

ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง
(ศึกษาเปรียบเทียบประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย)



นางสาวกนกวรรณ อธิธิวิภาต

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2552

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ADMINISTRATIVE COURT AND THE GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW
(A COMPARATIVE STUDY OF FRANCE AND THAILAND)



Miss Kanokwan Eitivipart

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2009

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง
(ศึกษาเปรียบเทียบประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย)

โดย

นางสาวกนกวรรณ อธิธิวิภาต

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทนิติศาสตร์

.....
.....

คณบดีคณะนิติศาสตร์

(รองศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....
.....

ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล)

.....
.....

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์)

.....
.....

กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร. ชาญชัย แสงศักดิ์)

.....
.....

กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย

(ดร. ประสาท พงษ์สุวรรณ)

กนกวรณ อธิวิภาต : ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง (ศึกษาเปรียบเทียบประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย) (ADMINISTRATIVE COURT AND THE GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW (A COMPARATIVE STUDY OF FRANCE AND THAILAND)) อ. ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์หลัก : ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, 233 หน้า.

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาถึงความเกี่ยวพันระหว่างศาลปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับสิ่งที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศไทย เพราะในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองนั้น จำต้องพิจารณาโดยนำหลักกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะมาใช้ ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองจะนำมาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้จึงต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายปกครองดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า ทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยมีศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง แต่เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการทางกฎหมายปกครองมายาวนาน ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและสอดคล้องกับสภาพสังคม จนกลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองอันเป็นที่ยอมรับเป็นการทั่วไป สำหรับประเทศไทยนั้น แม้จะมีพัฒนาการในทางกฎหมายปกครองที่ช้ากว่าประเทศฝรั่งเศส แต่ศาลปกครองของไทยก็ได้เพิกเฉยต่อการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเพื่อนำมาอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองและเพื่อรองรับกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสังคม เมื่อทำการเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของทั้งสองประเทศพบว่า ศาลปกครองไทยนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้เพียงบางหลักเท่าที่สอดคล้องกับสภาพสังคม

เพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศไทย วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอให้มีการส่งเสริมองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองแก่นักศึกษา ประชาชนทั่วไป ตลอดจนบุคลากรศาลปกครอง นอกจากนี้เพื่อสร้างความน่าเชื่อถือให้แก่หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง บุคลากรศาลปกครองควรนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาใช้อย่างมั่นคงและปราศจากอคติ และควรพิจารณานำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของต่างประเทศที่เล็งเห็นได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อระบบกฎหมายปกครองไทยมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต..... *Amponl Anitany*
ปีการศึกษา.....2552..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก..... *ศ.ดร.น.*

4986203234 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW / ADMINISTRATIVE COURT

KANOKWAN EITVIPART : ADMINISTRATIVE COURT AND THE GENERAL PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LAW (A COMPARATIVE STUDY OF FRANCE AND THAILAND). THESIS ADVISOR : PROF. NANTAWAT BORAMANAND, Ph.D., 233 pp.

This thesis explores the relationship between the general principle of administrative law and the administrative jurisdiction in both France and Thailand. In order to make a decision, the administrative court considers that the administrative law is the primary source to be applied. It is because the concept of administrative law is to maintain public interests. Thus, the general principle of administrative law, which is applied by the court, should be consistent with this concept.

According to the research, both France and Thailand use the same system: dual jurisdiction. Nevertheless, the French administrative law has been developing longer than the Thai administrative law. The French general principle of administrative law is crystallized correspond with its society. Therefore, it is easily accepted and applied by administrators. On the other hand, the later Thai administrative law needs more general principle of administrative law in order to deal with social problems. By comparing the general principle of administrative law in both countries, it can be seen that many French general principles of administrative law were adapted to Thailand. However, some principles still have not yet been seen in Thailand.

This thesis gives some suggestions to develop the general principle of administrative law in Thailand by creating better understanding to the public. Furthermore, in order to emphasize the general principle of administrative law in Thailand, this thesis suggests that the administrative judges should apply it without prejudice and adapt general principles of administrative law from other countries to develop the Thai system.

Field of Study : Laws

Student's Signature

Academic Year : 2009

Advisor's Signature

K. Eitvipart
Nat B.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรمانันท์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก ซึ่งให้ความรู้ คำแนะนำ ตลอดจนความเอาใจใส่แก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ด้วยดีเสมอมา ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์เป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. โภคิน พลกุล ที่กรุณาและสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้ข้อเสนอแนะอันมีค่ายิ่งแก่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ และอาจารย์ ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ ที่ได้กรุณาได้รับเป็นอาจารย์สอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำในทางวิชาการอันมีค่าประกอบการให้ข้อมูลในการศึกษาเกี่ยวกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่าง ๆ ของท่านอาจารย์ทั้งสามเป็นประโยชน์อย่างยิ่งสำหรับผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สำเร็จลงได้ นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบพระคุณครู อาจารย์ทุกท่านที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้แก่ผู้เขียนตั้งแต่ชั้นอนุบาลจนถึงอุดมศึกษา รวมทั้งบุคคลทุกท่านที่ผู้เขียนได้อ้างอิงผลงานทางวิชาการของท่านไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าท่านเป็นเสมือนครูของผู้เขียนด้วยเช่นกัน

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ซึ่งเป็นผู้วางรากฐานและให้ความสนับสนุนในด้านการศึกษา ตลอดจนให้ความรักและกำลังใจแก่ผู้เขียนตลอดมา นอกจากนี้ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ คุณอภิญญา แก้วกำเหนิด คุณพัชร์ นิยมศิลป์ และกัลยาณมิตรทุก ๆ ท่านทั้งในคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และในสำนักงานศาลปกครองที่มอบกำลังใจและให้ความช่วยเหลือในทุก ๆ ด้านแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด สดุดีท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณเป็นอย่างสูงสำหรับทุก ๆ ท่านที่มีส่วนในการช่วยให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จ ซึ่งผู้เขียนไม่อาจกล่าวในที่นี้ได้ทั้งหมด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีประโยชน์และคุณค่าทางการศึกษาประการใดแล้ว ผู้เขียนขอกราบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา คณาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้ให้ความกรุณาแก่ผู้เขียน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	3
1.4 สมมติฐาน.....	3
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย.....	3
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	4
บทที่ 2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป.....	5
2.1 ลักษณะพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป.....	5
2.1.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป.....	5
2.1.2 ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไป.....	8
2.1.2.1 หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติ.....	8
(1) หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติในกฎหมายแพ่ง.....	9
(2) หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติในกฎหมายอาญา.....	11
(3) หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติในกฎหมายปกครอง.....	14
2.1.2.2 หลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ.....	24
(1) หลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติในกฎหมายแพ่ง.....	24
(2) หลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติในกฎหมายอาญา.....	28
(3) หลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติในกฎหมายปกครอง.....	33
2.1.3 แหล่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป.....	37
2.1.3.1 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่ง.....	37
2.1.3.2 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง.....	40
2.1.4 สถานะทางกฎหมายหรือค้ำบังคับของหลักกฎหมายทั่วไป.....	41
2.2 การยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปในทางนิติปรัชญาและในระบบกฎหมาย.....	43
2.2.1 ข้อพิจารณาในทางนิติปรัชญา.....	44

	หน้า
2.2.1.1 สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ.....	44
2.2.1.2 สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์.....	46
2.2.1.3 สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง.....	46
2.2.2 ข้อพิจารณาในทางระบบกฎหมาย.....	47
2.2.2.1 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	48
(1) พัฒนาการทางประวัติศาสตร์.....	48
(2) นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีต่อ หลักกฎหมายทั่วไป.....	48
2.2.2.2 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	49
(1) พัฒนาการทางประวัติศาสตร์.....	49
(2) นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อ หลักกฎหมายทั่วไป.....	50
2.3 บทสรุป.....	51
บทที่ 3 หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	53
3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันส่งผลต่อการพัฒนา หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส.....	53
3.1.1 การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789.....	53
3.1.2 การจัดระบบกระบวนการยุติธรรมภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส.....	54
3.2 องค์กรที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ของประเทศฝรั่งเศส.....	56
3.2.1 สภาแห่งรัฐ.....	56
3.2.1.1 ความเป็นมา.....	56
3.2.1.2 อำนาจหน้าที่.....	57
3.2.1.3 การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด.....	59
3.2.2 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.....	62
3.2.2.1 ความเป็นมา.....	62
3.2.2.2 อำนาจหน้าที่.....	63
3.2.2.3 การวางหลักกฎหมายทั่วไปโดยตุลาการรัฐธรรมนูญ.....	64
3.2.3 ศาลคดีขัดกัน.....	69
3.2.3.1 ความเป็นมา.....	69

3.2.3.2	อำนาจหน้าที่.....	70
3.2.3.3	การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยศาลคดีขัดกัน.....	70
3.3	การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด.....	75
3.3.1	การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณา พิพาทชาติโดยศาลปกครองสูงสุด.....	75
3.3.1.1	การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ด้านสารบัญญัติ.....	76
(1)	หลักความเสมอภาค.....	76
(1.1)	หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย.....	78
(1.2)	หลักความเสมอภาคในการเข้าทำงาน หรือร่วมงานกับรัฐ.....	78
(1.3)	หลักความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ.....	80
(1.4)	หลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติ อย่างเท่าเทียมกันตามภารกิจ ที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเอกชน.....	81
(2)	หลักความได้สัดส่วน.....	82
(3)	หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ของฝ่ายปกครอง.....	86
(3.1)	หลักความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำ ของฝ่ายปกครอง.....	88
(3.1.1)	หลักความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่.....	89
(3.1.2)	หลักความผิดร่วมและความรับผิดชอบร่วม.....	90
(3.2)	หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด.....	91
(3.2.1)	หลักความรับผิดชอบต่อการกระทำ ที่มีความเสี่ยงภัย.....	92
(3.2.2)	หลักความรับผิดชอบในกรณีก่อให้เกิด ความไม่เสมอภาคของบุคคล ต่อสาธารณะ.....	94
(3.3)	หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	97
(3.3.1)	หลักเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครอง.....	97
(3.3.2)	หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับ	

บริการสาธารณะ.....	100
(3.3.3) หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง.....	100
(3.3.4) หลักดุลยภาพทางการเงิน ในสัญญาทางปกครอง.....	101
3.3.1.2 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสัญญาผู้ติ.....	102
(1) การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย.....	104
(1.1) สิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรม ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.....	106
(1.2) สิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อ ศาลปกครองสูงสุด.....	107
(2) หลักฟังความทุกฝ่าย.....	107
3.3.2 นิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ของศาลปกครองสูงสุด.....	110
3.3.2.1 การวิเคราะห์บรรดาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง.....	110
3.3.2.2 เจตนารมณ์ของบทบัญญัติซึ่งไม่มีคำบังคับทางกฎหมาย.....	111
3.3.2.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ.....	111
3.3.3 คำบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง.....	112
3.3.3.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีคำบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ.....	113
3.3.3.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีคำบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติ.....	114
3.3.3.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีคำบังคับเทียบเท่า กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง.....	115
3.4 บทสรุป.....	116
บทที่ 4 หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย.....	119
4.1 การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประวัติศาสตร์ไทย.....	119
4.1.1 การปฏิรูปการปกครองและระบบกฎหมายไทยในสมัยรัชการที่ 5.....	119
4.1.2 การแบ่งประเภทกฎหมายและสภาพของกฎหมายมหาชน ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475.....	121
4.1.3 ความเป็นเอกเทศของกฎหมายมหาชน.....	122
4.2 องค์กรที่มีบทบาทในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง	

	หน้า
ในประเทศไทย.....	124
4.2.1 องค์กรฝ่ายบริหาร.....	124
4.2.1.1 คณะรัฐมนตรี.....	124
(1) ความเป็นมา.....	124
(2) อำนาจหน้าที่.....	125
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยคณะรัฐมนตรี.....	125
4.2.1.2 คณะกรรมการกฤษฎีกา.....	128
(1) ความเป็นมา.....	128
(2) อำนาจหน้าที่.....	129
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดย คณะกรรมการกฤษฎีกา.....	129
4.2.2 องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ.....	134
4.2.2.1 รัฐสภา.....	134
(1) ความเป็นมา.....	134
(2) อำนาจหน้าที่.....	135
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยรัฐสภา.....	136
4.2.3 องค์กรฝ่ายตุลาการ.....	138
4.2.3.1 ศาลยุติธรรม.....	138
(1) ความเป็นมา.....	138
(2) อำนาจหน้าที่.....	138
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดย ศาลยุติธรรม.....	139
4.2.3.2 ศาลปกครอง.....	143
(1) ความเป็นมา.....	144
(2) อำนาจหน้าที่.....	144
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดย ศาลปกครอง.....	146
4.2.3.3 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	147
(1) ความเป็นมา.....	147
(2) อำนาจหน้าที่.....	148
(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดย	

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.....	148
4.3 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีโดย	
ศาลปกครอง.....	151
4.3.1 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสารบัญญัติ.....	152
(1) หลักความเสมอภาค.....	153
(2) หลักความได้สัดส่วน.....	156
(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	161
(4) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ.....	168
(5) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย.....	170
4.3.2 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสบัญญัติ.....	172
(1) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล.....	173
(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี.....	179
(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง.....	186
4.3.3 นิตินิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองไทย.....	188
4.3.4 ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย.....	190
4.4 บทสรุป.....	192

บทที่ 5 การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย.....	195
5.1 การศึกษาเปรียบเทียบองค์กรที่มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป.....	197
5.2 การศึกษาเปรียบเทียบการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง.....	198
5.2.1 การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติ.....	198
5.2.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ	
ของประชาชน.....	198
(1) หลักความเสมอภาค.....	198
(2) หลักความได้สัดส่วน.....	200
5.2.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเฉพาะเรื่อง.....	201
(1) หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง.....	201
(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง.....	205
5.2.2 การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ.....	206
5.3 การศึกษาเปรียบเทียบนิตินิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง.....	212
5.4 การศึกษาเปรียบเทียบค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง.....	213

	หน้า
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	215
6.1 บทสรุป.....	215
6.2 ข้อเสนอแนะ.....	221
รายการอ้างอิง.....	226
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	233



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและสภาพปัญหา

ภายใต้การปกครองที่ยึดหลักนิติรัฐ การกระทำของฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐนั้นตราขึ้น และบรรดากฎหมายที่ตราขึ้นต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่าองค์กรใดมีอำนาจกระทำการอันเป็นการล่วงล้ำสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและภายในขอบเขตใด กฎหมายดังกล่าวต้องไม่มีลักษณะเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองจนเกินขอบเขต ทั้งนี้ เพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ การกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครอง นอกจากนี้หลักนิติรัฐยังเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการให้สิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอันเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายปกครอง

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองถือเป็นหน้าที่สำคัญยิ่งของฝ่ายตุลาการ ทั้งนี้ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ศาลจำต้องอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อใช้เป็นกรอบในการพิจารณาถึงขอบเขตของการกระทำดังกล่าวว่าอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้หรือไม่อย่างไรก็ตาม คงไม่อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีความสมบูรณ์และเพียงพอต่อการนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในทุกคดี ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายและส่งผลกระทบต่อความยุติธรรม

นอกเหนือจากความไม่สมบูรณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของกฎหมายปกครอง คือ พัฒนาการของกฎหมายปกครองเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาจะเห็นได้ว่า กฎหมายทั้งสองประเภทหลังมีพัฒนาการมายาวนานตั้งแต่สมัยกรีก – โรมัน จนสามารถรวบรวมหลักกฎหมายออกมาในรูปของประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายอาญา แต่สำหรับกฎหมายปกครองที่มีจุดเริ่มต้นที่ช้ากว่าจึงต้องใช้ระยะเวลาในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองและรวบรวมออกมาเป็นประมวลกฎหมายปกครอง แต่เนื่องจากศาลไม่อาจปฏิเสธความยุติธรรม จึงไม่อาจปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างเหตุแห่งการไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้บังคับกับการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้ ดังนั้น ศาลจึงต้องค้นหา

หลักเกณฑ์บางประการเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายและเพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่อาจบัญญัติเพื่อแก้ไขปัญหาได้ทันทั่วถึง โดยหลักเกณฑ์ประการหนึ่งที่มีความสำคัญคือ หลักกฎหมายทั่วไป

สำหรับกฎหมายปกครองในประเทศไทย บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ อันเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยมากจะมีลักษณะเป็นการกำหนดหน้าที่และขั้นตอนในการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะกรณี เช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 บัญญัติขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่าง ๆ ให้ชัดเจน มิให้มีการปฏิบัติงานซ้ำซ้อนกัน หรือ พระราชบัญญัติควบคุมอาคารพ.ศ. 2522 บัญญัติขึ้นเพื่อให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นในการควบคุมการก่อสร้าง ต่อเติมหรือตัดแปลงอาคาร แต่ทั้งนี้ยังมีกฎหมายบางฉบับที่ตราขึ้นโดยมีเนื้อหาอันเป็นหลักสำคัญต่อระบบกฎหมายปกครอง ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินงานทางปกครองให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย มีประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมาย สามารถรักษาประโยชน์สาธารณะได้ และอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน อีกทั้งยังป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ แต่กรณีดังกล่าวก็ไม่อาจถือได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้สร้างหลักกฎหมายปกครองที่สมบูรณ์และเพียงพอต่อการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ประกอบกับในอดีตประเทศไทยตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของกฎหมายเอกชนทั้งในด้านการศึกษาและการใช้บังคับกฎหมาย ส่งผลให้พัฒนาการของกฎหมายปกครองเป็นไปอย่างล่าช้า ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองของไทย

เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นอย่างเป็นทางการในปี พ.ศ. 2544 เพื่อทำหน้าที่พิจารณาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองอีกกรณีหนึ่ง โดยคดีพิพาทดังกล่าวเกิดจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครอง หรือเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง ปัญหาดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิพากษาคดีของศาลปกครอง เพื่อเป็นการแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายในกฎหมายปกครองที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ผู้เขียนจึงเห็นควรศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศต้นแบบของกฎหมายปกครอง และเคยประสบปัญหาในกรณีเดียวกันมาก่อน ทั้งนี้เพื่อให้เห็นแนวทางในการแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง อันจะเป็นประโยชน์ต่อการใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง
2. เพื่อศึกษาองค์กรที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของศาลปกครองสูงสุดทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย
4. เพื่อศึกษาคำบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ผู้เขียนจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ไว้เป็นเพียงเพื่อนำเสนอให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมีลักษณะเช่นไรและมีพัฒนาการอย่างไร โดยพิจารณาถึงองค์กรที่เข้ามามีบทบาทในการพัฒนาและนำหลักดังกล่าวเข้ามาใช้บังคับ คำบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง และการนำหลักกฎหมายดังกล่าวเข้ามาใช้ในการพิจารณาพิพากษาเท่านั้น ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่นำมากล่าวอ้างในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเป็นเพียงตัวอย่างที่ยกขึ้นมาประกอบให้เห็นเป็นรูปธรรม ผู้เขียนมิได้มีเจตนาที่จะรวบรวมทุกหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาไว้ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้แต่อย่างใด

1.4 สมมติฐาน

การเปลี่ยนแปลงของสังคมที่มีอยู่อย่างต่อเนื่องทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้น ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายปกครองทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติจึงก่อให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมทางปกครอง การแก้ไขปัญหาดังกล่าวทำได้โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของตนหรือจากการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของต่างประเทศ โดยมีศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการค้นหา ใช้ และพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ การรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐอันเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายปกครอง

1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

ใช้วิธีวิจัยเชิงเอกสาร(Documentary Research) โดยการค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสาร ตำรา วารสาร บทความ วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย หรือสิ่งพิมพ์ต่างๆ รวมทั้งการบรรยาย

พิเศษจากผู้เชี่ยวชาญ มติคณะรัฐมนตรี ความเห็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตลอดจน คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้เข้าใจถึงลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย
2. ทำให้ทราบถึงองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง
3. ทำให้เกิดความเข้าใจในที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง
4. ทำให้เห็นถึงการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีโดย ศาลปกครอง



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป

กฎหมายที่บังคับใช้ในสังคมไม่ว่าจะเป็นกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายสบัญญัติ มักปรากฏในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร การที่กฎหมายปรากฏให้เห็นในลักษณะดังกล่าว ย่อมเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ประการหนึ่งว่าประชาชนสามารถรับรู้ถึง สิทธิและหน้าที่ของตนได้อย่างชัดเจนและจะไม่ถูกลงโทษโดยปราศจากกฎหมาย นอกจากนี้ หากพิจารณาในทางกฎหมายปกครองก็จะเป็นการประกันสิทธิของประชาชนจากการกระทำอัน ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ และในทางตรงกันข้ามก็เป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ ของรัฐในการดำเนินงานตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม กฎหมายลายลักษณ์ อักษรก็มีใช้ว่าจะมีความสมบูรณ์เสมอไป ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายซึ่งศาลไม่อาจค้นหา กฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมแก่กรณี แต่เพื่อให้การพิจารณาคดี ดำเนินไปได้อย่างสำเร็จลุล่วงจึงมีความจำเป็นที่ศาลต้องดำเนินการบางประการเพื่ออุดช่องว่าง ของกฎหมายดังกล่าว

การใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นวิธีการหนึ่งที่ศาลนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่การที่หลักกฎหมายทั่วไปมิได้ปรากฏให้เห็นในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็น การยากที่จะทำความเข้าใจได้อย่างละเอียด ในกรณีนี้จึงขอเสนอแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับ หลักกฎหมายทั่วไปโดยแยกออกเป็นสองประเด็นสำคัญ คือ ลักษณะพื้นฐานของหลักกฎหมาย ทั่วไปและการยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปในทางนิติปรัชญาและในระบบกฎหมาย

2.1 ลักษณะพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปได้ปรากฏในรูปของลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในการให้คำจำกัดความจึง ต้องอาศัยการให้ความหมายของบรรดานักกฎหมายที่มีต่อหลักกฎหมายทั่วไป และเพื่อให้เกิด ความสมบูรณ์ในการทำความเข้าใจลักษณะพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปจึงควรรู้ถึงที่มาของ หลักกฎหมายทั่วไปและสถานะทางกฎหมายหรือค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปเช่นกัน

2.1.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นสิ่งที่นักกฎหมายนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของ กฎหมายที่เกิดขึ้นจากความบกพร่องของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เมื่อลักษณะของ หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมิได้ปรากฏให้เห็นรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงเป็นการยากที่จะ บอกได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะเช่นไร ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายหลายท่านจึงให้ ความหมายของคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังนี้

ปรีดี พนมยงค์ อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักที่ซึ่งมนุษย์ที่รวบรวมอยู่กัน เป็นหมู่คณะหรือเป็นประเทศจักต้องประพฤติต่อกันถึงแม้ว่ายังมีได้ประกาศเป็นบทกฎหมาย หรือได้ปฏิบัติกันเสมอมาจนเป็นจารีตประเพณีก็ตาม เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดๆ จะหวัง ให้มีข้อความบริบูรณ์ครบง่าไปถึงราษฎรทุกชนิตนั้นไม่ได้ กิจการบางชนิดซึ่งประเทศสยามไม่เคยมีจารีตประเพณีปฏิบัติกันเลย แต่ด้วยความเจริญได้นำสิ่งใหม่มาให้จำต้องเกิดกิจการเช่นนั้น ขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ก็จำต้องอาศัยหลักที่ซึ่งมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันจักต้องปฏิบัติต่อกัน โดยในเบื้องต้น อาจอาศัยคำอธิบายของนักปราชญ์กฎหมาย คำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินมาแล้วว่าควร ประพฤติต่อกันอย่างไร ศาลได้เคยยกขึ้นปรับคดียอมให้มีผลดังเช่นกฎหมาย”¹

ปรีดี เกษมทรัพย์ ให้ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง บทบัญญัติที่มีอยู่มากมายโดยปกติ เกิดจากหลักทั่วไป เพียงไม่กี่หลัก หากได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมาย และการศึกษาวิเคราะห์ตัว บทหลายๆ มาตราให้ถี่จริงๆ ก็จะพบหลักใหญ่ที่อยู่หลังบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลัก กฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับใช้แก้คดีได้ และในกรณีที่ไม่อาจหาหลักกฎหมายทั่วไปในดับบท กฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้แก้คดีได้ ก็ต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักความ ยุติธรรมตามธรรมชาติ”²

จีต เศรษฐบุตร อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไป คือ ต้นหรือหลักการสำคัญของ กฎหมายโดยสามารถแบ่งออกได้เป็น (1) หลักกฎหมายทั่วไปอันใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายใน ของรัฐทั้งหลาย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ กับ (2) หลักกฎหมายทั่วไปอัน ใช้บังคับอยู่ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ”³

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายไว้ว่า “ตามทฤษฎีนิติศาสตร์นั้น ถือว่าหลักกฎหมาย ทั่วไปนั้นมีอยู่แล้วก่อนศาลจะค้นพบและนำมาใช้ ศาลทำหน้าที่เพียงค้นหาแล้วนำมาใช้เท่านั้น แต่ในความเป็นจริงแล้วหลักกฎหมายทั่วไปนี้อาจไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลาย ลักษณ์อักษร หรือถึงบัญญัติไว้ผู้ร่างกฎหมายก็อาจมีเพียงเจตนาให้ใช้สำหรับเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

¹ หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทการณและคำแนะนำ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 (พระนคร: นิติศาสตร์, 2471), หน้า 39 – 41.

² ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง:หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 26 - 27

³ จีต เศรษฐบุตร, “หลักกฎหมายเบื้องต้นแห่งการตีความดับบทกฎหมายตามกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน การใช้และตีความกฎหมาย, จำปี หยกอุบล,บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 1 – 4.

อันเกี่ยวโดยตรงกับกฎหมายฉบับนั้น แต่ศาลอ้างว่าหลักดังกล่าวมีอยู่และไม่ได้ใช้สำหรับเรื่องนั้นเรื่องเดียว แต่ใช้สำหรับทุกเรื่องอันเป็นการสกัดหลักขึ้นมายกระดับให้เป็นหลักทั่วไปด้วยเหตุนี้ ทางทฤษฎีจึงถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปต่างจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งอาจเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นๆ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปใช้บังคับอยู่ได้แม้ปราศจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้นเองนำหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติ⁴

นั้นทัวฌน์ บรมานันท์ ได้อธิบายเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป ดังนี้ “หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เกิดขึ้นจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการโดยใช้ตรรกะทางด้านกฎหมายและแนวคิดเกี่ยวกับนิติรัฐเป็นพื้นฐาน”⁵

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่า “หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย หรือ อีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) บางหลักสืบสมมุติฐานว่ามาจากตรรกะทางนิติศาสตร์ ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือเกิดสภาวะไร้ชื่อแป๊ะขึ้นในบ้านเมือง”⁶

พนม เอี่ยมประยูร กล่าวว่า “หลักกฎหมายทั่วไปนั้น เป็นผลของความเพียรพยายามในอันที่จะธำรงและรักษาไว้ซึ่งแนวคิดในเรื่องนิติรัฐ”⁷

บุบผา อัครพิมาน อธิบายว่า “หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นป่อเกิดสำคัญของกฎหมายปกครอง โดยเป็นหลักกฎหมายที่มีได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่สอดแทรกอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่งๆ”⁸

⁴ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 82 – 83.

⁵ นั้นทัวฌน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 86.

⁶ Demiche, A. Le droit administratif : Essai de réflexion théorique, Paris, L.G.D.J., อ้างถึงในวรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 13 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 66.

⁷ พนม เอี่ยมประยูร, “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส,” ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร.พนม เอี่ยมประยูร, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544), หน้า 43.

⁸ บุบผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป”, วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 1 (มกราคม – เมษายน 2548): 1.

จากการให้ความหมายหลักกฎหมายทั่วไปโดยนักกฎหมายเห็นได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีความสำคัญต่อระบบกฎหมายทั้งในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชน และแม้ว่าการให้ความหมายแก่หลักกฎหมายทั่วไปจะแตกต่างกันไป แต่ก็อาจสรุปลักษณะสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปได้ ดังนี้

1. หลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่นั้นมิได้ปรากฏให้เห็นในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่อาจแฝงอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายๆ ฉบับซึ่งมีการกำหนดเนื้อหาไว้ซ้ำๆ กัน
2. การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นหน้าที่สำคัญยิ่งสำหรับศาล ทั้งนี้เพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย
3. หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้นั้น บางหลักเป็นได้ทั้งหลักกฎหมายทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน
4. หลักกฎหมายทั่วไปแบ่งออกเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางสารบัญญัติและหลักกฎหมายทั่วไปในทางสบัญญัติ
5. ในทางกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปสามารถค้นหาได้จากแนวคิดนิติรัฐ ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายปกครองและแนวคิดรัฐธรรมนุญนิยม

2.1.2 ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไป

การแบ่งประเภทของกฎหมายอาจแบ่งได้โดยใช้เกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น หากใช้เกณฑ์การแบ่งแยกโดยพิจารณาจากนิติสัมพันธ์ ก็สามารถแบ่งกฎหมายออกเป็นสองประเภทได้แก่ ประเภทแรก คือ กฎหมายเอกชนอันว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกันเอง และประเภทที่สอง คือ กฎหมายมหาชนอันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชน แต่หากแบ่งแยกประเภทกฎหมายโดยพิจารณาในทางเนื้อหา ก็สามารถแบ่งกฎหมายออกเป็นกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ อย่างไรก็ตามในการพิจารณาประเภทของหลักกฎหมายทั่วไปนี้จะอาศัยการแบ่งแยกประเภทกฎหมายโดยพิจารณาในทางเนื้อหาเป็นหลัก

2.1.2.1 หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติ

กฎหมายสารบัญญัติเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงเนื้อหาของสิทธิ หน้าที่ ขอบห้าม หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นกฎหมายที่ควบคุมความประพฤติของคนในสังคมโดยตรง เช่น กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือการกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเพื่อให้สังคมสามารถดำรงอยู่ได้อย่างเป็นระเบียบเรียบร้อย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร กฎหมายเกี่ยวกับการสาธารณสุข เป็นต้น

(1) หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติในกฎหมายแพ่ง

กฎหมายแพ่งมีจุดเริ่มต้นตั้งแต่ยุคโรมันและมีการพัฒนาหลักกฎหมายเรื่อยมาจนมีเนื้อหาที่สมบูรณ์ หลายประเทศได้นำหลักการต่างๆ เหล่านี้ไปจัดทำเป็นประมวลกฎหมายของตน เนื้อหาของกฎหมายแพ่งเกี่ยวข้องกับการดำรงชีพและการประกอบอาชีพของเอกชนเป็นสำคัญ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับบุคคล นิติกรรม สัญญา ละเมิด ทรัพย์สิน ครอบครัว มรดก เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาความเป็นธรรมแก่บุคคลในสังคมเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของกฎหมายแพ่งหาได้มีความสมบูรณ์เสมอไป จึงต้องมีกระบวนการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งอาจทำได้โดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไป ในประเทศไทยการใช้หลักกฎหมายทั่วไปปรากฏในมาตรา 4 บรรดาสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีของท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในกฎหมายแพ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงขอยกตัวอย่างแต่เพียงบางหลัก ได้แก่ หลักสุจริต หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา และหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด

(1.1) หลักสุจริต

หลักสุจริตเป็นหลักแห่งความเป็นธรรมหรือความยุติธรรม โดยเฉพาะแนวคิดเกี่ยวกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ และเป็นหลักที่ยึดหลักคุณธรรม จริยธรรม ศีลธรรม ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจของบุคคล นักกฎหมายได้พัฒนาหลักสุจริตโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรอันเคร่งครัด มีความยืดหยุ่น สามารถนำไปปรับใช้กับสภาพทางสังคมและเศรษฐกิจอันสลับซับซ้อน และเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา⁹

หลักสุจริตเป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งไทยทั้งระบบ โดยมีการบัญญัติหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อันมีใจความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” การบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพื่อวางหลักการที่บุคคลจะได้ปฏิบัติต่อกันให้เป็นไปโดยความสงบเรียบร้อย กล่าวคือ ให้ถือเอาความสุจริตเป็นหลัก หลักสุจริตในมาตรา 5 จึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกบัญญัติไว้ในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและนำมาใช้บังคับกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้โดยทั่วไป นอกจากนี้ยังมีบทบัญญัติที่เป็นหลักสุจริตเฉพาะเรื่อง เช่น มาตรา 412 บัญญัติไว้ว่า “ถ้าทรัพย์สินซึ่งได้รับไว้เป็นลามิควรได้นั้นเป็นเงินจำนวนหนึ่ง ท่านว่าต้องคืนเต็มจำนวนนั้น เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นรับไว้โดยสุจริต จึงต้องคืนลามิควรได้เพียงส่วนที่ยังอยู่ในขณะต้องเรียกคืน”

⁹ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 – 14 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2548), หน้า 78.

มาตรา 1300 บัญญัติว่า “ถ้าได้จดทะเบียนโอนอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เป็นทางเสียเปรียบแก่บุคคลผู้อยู่ในฐานะอันจะจดทะเบียนสิทธิของตนได้อยู่ก่อนไซ้ร้ ท่านว่าบุคคลนั้นอาจเรียกให้เพิกถอนการจดทะเบียนนั้นได้ แต่การโอนอันมีค่าตอบแทนซึ่งผู้รับโอนกระทำโดยสุจริตนั้น ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นประการใด ท่านว่าจะเรียกให้เพิกถอนทะเบียนไม่ได้” เป็นต้น การกระทำใดที่ฝ่าฝืนหลักสุจริตย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

(1.2) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา

สัญญาย่อมเกิดจากเจตนาของคู่สัญญาที่สอดคล้องต้องตรงกัน และเมื่อสัญญาเกิดขึ้น คู่สัญญาย่อมมีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามที่ได้ตกลงกัน ด้วยเหตุนี้ จึงเกิดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pacta sunt servanda) ที่กำหนดให้บุคคลต้องปฏิบัติตามสัญญา หลักการนี้เกิดขึ้นจากหลักศีลธรรมที่ว่า เมื่อบุคคลพูดอะไรแล้ว ต้องรักษาคำพูดของตน การกระทำใดที่เบี่ยงเบนไปจากที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาหรือไม่ได้รับความยินยอมจากคู่สัญญา ทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักสัญญาย่อมเป็นสัญญา อย่างไรก็ตามหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอาจถูกยกเว้นไม่นำมาใช้เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปจนเป็นเหตุให้ไม่อาจชำระหนี้ได้

(1.3) หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด

หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (volenti non fit injuria) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป มีความหมายว่าบุคคลซึ่งยอมต่อการกระทำอย่างหนึ่งหรือเข้าเสี่ยงภัยโดยยอมรับความเสียหายจะฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นไม่ได้และผู้กระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายนั้น ในการให้ความยินยอมผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจในเรื่องที่ตนให้ความยินยอมและผลที่จะเกิดขึ้น การให้ความยินยอมอาจเกิดขึ้นโดยตรงหรือโดยปริยาย โดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรก็ได้

การนำหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดมาใช้ในระบบกฎหมายไทยมีผลเป็นการยกเว้นมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น” แต่หลังจากที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งบัญญัติว่า “ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้” จากบทบัญญัตินี้ทำให้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดไม่อาจนำมาใช้ได้ในระบบกฎหมายไทยเพราะมีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรห้ามไว้อย่างชัดเจน

(2) หลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติในกฎหมายอาญา

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความผิดและโทษอันส่งผลต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื้อหาของกฎหมายจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปในทางอาญาจึงปรากฏให้เห็นไม่มากนักเมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั่วไปทางแพ่ง หลักกฎหมายทั่วไปในทางอาญาที่เป็นหลักการสำคัญ คือ หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ทั้งนี้ หลักกฎหมายดังกล่าวแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วนสำคัญ คือ หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen sine lege) และหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege)

(2.1) หลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมาย (Nullum crimen sine lege)

หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หมายถึง ศาลจะใช้กฎหมายอาญาได้เฉพาะแต่การใดๆ ซึ่งได้เกิดขึ้นตั้งแต่วันประกาศใช้กฎหมายนั้น การใดที่กฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้นไม่ถือว่าเป็นความผิด ศาลจะถือว่าเป็นความผิดมิได้¹⁰

(2.2) หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (Nulla poena sine lege)

หลักไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หมายถึง บุคคลจะรับโทษต่อเมื่อมีกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดบัญญัติให้ต้องรับโทษนั้นๆ¹¹

หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักการสากลซึ่งปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในมาตรา 8 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ว่า “กฎหมายจะกำหนดโทษก็แต่เพียงเท่าที่เห็นว่าจำเป็นเท่านั้น บุคคลจะถูกลงโทษก็แต่ด้วยบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดไว้ก่อนการกระทำความผิด และโทษที่จะลงต้องเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย” ต่อมาหลักการนี้ได้ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ ค.ศ. 1948 ในมาตรา 11 วรรคสอง ว่า “จะถือว่าบุคคลใดๆ มีความผิดอาญาเนื่องด้วยการกระทำหรือละเว้นใดๆ อันมิได้จัดเป็นความผิดทางอาญาดามกฎหมายแห่งชาติหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่ยังกระทำการนั้นขึ้นมิได้และจะถูกลงโทษหนักกว่าที่ใช้อยู่ในขณะที่ได้กระทำความผิดทางอาญาไม่ได้” สำหรับประเทศไทยหลักการนี้ถูกบัญญัติไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายอาญา โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ในมาตรา 39 วรรคหนึ่งว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่

¹⁰ ประภาพรพรณ อุดมจรรยา, “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521), หน้า 7.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่จะทำความผิดมิได้” และในประมวลกฎหมายอาญาปรากฏหลักการดังกล่าวในมาตรา 2 ความว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำการนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้ที่จะทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายตั้งอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ 4 ประการ คือ¹²

(ก) หลักการกระทำ กฎหมายอาญาตามหลักนิติรัฐนั้น ย่อมผูกพันอยู่กับการกระทำ มิได้ผูกพันอยู่กับความคิด ดังนั้น พื้นฐานในการกำหนดความผิดหรือการกำหนดโทษจึงต้องวางอยู่บนพื้นฐานของการกระทำ (ซึ่งหมายความว่ารวมถึงการละเว้นไม่กระทำการด้วย)

(ข) หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมาย หรือการกำหนดโทษจะต้องได้รับการกำหนดโดยกฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าวหมายถึงหลักการอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย โดยกฎหมายที่จะกำหนดโทษทางอาญาต้องเป็นกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากรัฐสภา ซึ่งหลักดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองบุคคล เพราะบุคคลควรที่จะได้รับทราบล่วงหน้าว่า การกระทำเช่นใดที่กฎหมายห้ามมิให้กระทำและกำหนดไว้ ส่วนวัตถุประสงค์ประการที่สอง เพื่อทำให้เกิดความแน่ใจว่าเฉพาะอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น (ไม่หมายรวมถึงอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ) ที่ทำการกำหนดโทษทางอาญาได้ จากหลักการกำหนดโทษต้องกระทำโดยกฎหมายเท่ากับเป็นการห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล นอกจากนี้ยังห้ามใช้กฎหมายใกล้เคียงยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล ดังนั้น หลักการกำหนดโทษโดยกฎหมายมีความหมายเฉพาะกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้น

(ค) หลักความแน่นอนของกฎหมาย เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐและเป็นหลักที่ได้รับการเรียกร้องมากขึ้นในกรณีของกฎหมายอาญา ยิ่งมีการกำหนดโทษสูงขึ้น กฎหมายอาญายังต้องมีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น หลักความแน่นอนของกฎหมายนั้นเรียกร้องว่าบุคคลควรจะต้องรู้ตั้งแต่เบื้องต้นว่ากฎหมายอาญาห้ามกระทำการใดบ้างและหากบุคคลละเมิดข้อห้ามดังกล่าวจะได้รับโทษเพียงใด ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลสามารถกำหนดพฤติกรรมของตนเองได้ อย่างไรก็ตาม หลักความแน่นอนของกฎหมายมิได้หมายความว่า

¹² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 35.

ว่ากฎหมายที่ออกมาใช้บังคับจะมีถ้อยคำที่ชัดเจนเสมอไป ดังนั้น ในบางครั้งก็มีความจำเป็นที่ศาลต้องตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนในถ้อยคำดังกล่าว

(ง) หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ในกฎหมายอาญาถือเป็นข้อห้ามโดยเด็ดขาดในการบัญญัติกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อกำหนดโทษที่มีอยู่ให้สูงขึ้นและห้ามมิให้ผู้พิพากษาใช้กฎหมายอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อลงโทษบุคคล หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องเสรีภาพส่วนบุคคล

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังจะไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้¹³

(ก) กฎหมายที่ยกเลิกการกระทำความผิดที่บัญญัติขึ้นในภายหลังซึ่งเกิดได้สองกรณี คือ กรณีแรก กฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำนั้นๆ เป็นความผิดถูกยกเลิกไปโดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นในภายหลังส่งผลให้ผู้ที่กระทำความผิดตามที่ระบุไว้ในกฎหมายฉบับเก่าพ้นจากการเป็นผู้กระทำความผิด หรือถ้ามีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษแล้ว ก็ให้ถือว่าผู้นั้นไม่เคยต้องคำพิพากษา หรือถ้าอยู่ในขณะรับโทษ ก็จะมีผลให้การลงโทษนั้นสิ้นสุดลงอย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีที่กฎหมายเก่าถูกยกเลิกไปโดยไม่มี การบัญญัติความผิดนั้นไว้อีกในกฎหมายใหม่ กรณีที่สอง การที่กฎหมายใหม่บัญญัติข้อความขัดแย้งกับกฎหมายเดิม ส่งผลให้กฎหมายเก่าในส่วนที่ขัดแย้งนั้นถูกยกเลิกโดยปริยาย

(ข) กฎหมายส่วนที่เป็นคุณกับผู้กระทำความผิดสามารถใช้บังคับย้อนหลังได้ หมายความว่า ในกฎหมายฉบับหนึ่งมีทั้งส่วนที่เป็นคุณและส่วนที่เป็นโทษ ให้ใช้เฉพาะส่วนที่เป็นคุณไม่ว่าในทางใด เช่น กฎหมายเก่ารวางโทษจำคุกตั้งแต่ 5 ปี ถึง 20 ปี แต่กฎหมายใหม่ระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 3 ปี ถึง 30 ปี ให้นำกฎหมายใหม่ส่วนที่เป็นคุณมาใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดในทุกกรณี กล่าวคือ ในส่วนของระวางโทษขั้นต่ำ ให้บังคับตามกฎหมายใหม่ เพราะมีระวางโทษขั้นต่ำเพียง 3 ปี ส่วนระวางโทษขั้นสูง ให้ใช้ตามกฎหมายเก่า เพราะมีระวางโทษขั้นสูงเพียง 20 ปี เท่านั้น

(ค) กฎหมายที่กำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยสามารถนำมาบังคับใช้ย้อนหลังได้ แม้วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะถูกนำมาใช้ในขณะที่หรือภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วก็ตาม แต่ยังมีบางกรณีที่สามารถนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบังคับใช้เพื่อให้มีผลย้อนหลังไปถึงช่วงก่อนเกิดการกระทำความผิดได้อีกด้วย เช่น กรณีที่ศาลมีคำสั่งให้เรียกประกันทัณฑ์บนจากบุคคลใดๆ ที่มีเหตุอันควรน่าเชื่อว่าจะไปกระทำความผิดขึ้นในอนาคต ซึ่งเป็นกรณีที่น่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบังคับใช้แม้จะยังไม่เกิดการกระทำความผิด

¹³ บรรยาย โทเมเน ภัทรภิมย์, กฎหมายอาญาชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2550.

(ง) กฎหมายเพื่อการตีความสามารถใช้อย่างย้อนหลังได้ กฎหมายเพื่อการตีความเป็นกรณีที่แต่เดิมมีกฎหมายออกมาบังคับใช้อยู่แล้ว แต่ต่อมามีกฎหมายฉบับใหม่ออกมาเพื่อแปลความหรือแปลถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายเดิมว่ามีความหมายอย่างไร เหตุที่สามารถนำมาใช้อย่างย้อนหลังได้เพราะกฎหมายประเภทนี้มีได้เป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับความผิดและโทษและถือเป็นสิ่งเดียวกับกฎหมายที่ถูกแปลความ

(จ) กฎหมายที่ออกมาเพื่อแก้วิธีการบังคับตามคำพิพากษาสมาศนนำมำบังคับใช้ย้อนหลังได้ เพราะการบังคับตามคำพิพากษาโดยใช้วิธีการใหม่ย่อมต้องดีกว่าวิธีการเดิมเพราะได้ผ่านการไตร่ตรองมาเป็นอย่งดี เช่น จำนวนเบี้ยปรับในการกักขังแทนค่าปรับจากเดิม 70 บาทต่อวัน มาเป็น 200 บาทต่อวัน

(ฉ) กฎหมายวิธีสบัญญูติสามารถนำมาใช้อย่างย้อนหลังได้ เพราะมิได้เป็นกฎหมายที่กำหนดความผิดและโทษขึ้นมาใหม่ แต่เป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดวิธีการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีไม่อาจนำหลักการนี้มาใช้ได้ เช่น กฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการอุทธรณ์จะไม่นำมาใช้อย่างย้อนหลัง กฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องร้อง และกฎหมายที่ทำให้การอ้างอิงพยานหลักฐานของฝ่ายจำเลยเกิดความลำบากยิ่งขึ้นจะไม่นำมาใช้อย่างย้อนหลัง

(3) หลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญูติในกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองรัฐหรือการจัดระเบียบบริหารราชการ รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจการของฝ่ายปกครองซึ่งอาจมีความเกี่ยวพันกับเอกชน และเมื่อพิจารณาถึงลักษณะดังกล่าวแล้วเห็นได้ว่าโดยสภาพของกฎหมายปกครองนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายเอกชนผู้อยู่ภายใต้การปกครอง ทั้งนี้ เพราะการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองนั้นมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและเพื่อให้การดำเนินกิจการดังกล่าวบรรลุเป้าหมาย ฝ่ายปกครองอาจต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินการของเอกชนโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอม อำนาจดังกล่าวที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้นี้เรียกว่าอำนาจมหาชน

อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายปกครองต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายอันเป็นไปตามหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ ส่วนกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณีและหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปจึงเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่มีความสำคัญในกฎหมายปกครอง เพราะนอกจากจะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปยังถูกนำมาใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองด้วยเช่นกัน หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่สำคัญ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วนหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง หลักว่าด้วยการบังคับบัญชา

(3.1) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญในกฎหมายปกครอง หลักดังกล่าวได้แทรกอยู่ตามหลักกฎหมายปกครองในเรื่องต่างๆ เช่น การจัดทำกิจการของรัฐ หรือที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ”¹⁴ รวมไปถึงการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น หลักความเสมอภาคผูกพันทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร รวมทั้งฝ่ายตุลาการ ให้ต้องเคารพหลักการนี้

แนวคิดเรื่องหลักเสมอภาคตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าโดยธรรมชาติมนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน และต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน หลักความเสมอภาคมีที่มาจากแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่า สิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้แต่ในความเป็นจริงและทางปฏิบัติของอารยประเทศถือว่าสิ่งที่เป็นกฎหมายและมีสภาพบังคับนั้น ต้องได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้หลักความเสมอภาคมีสภาพบังคับได้อย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม จึงต้องนำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร¹⁵

สาระสำคัญของหลักความเสมอภาคมีอยู่ว่า ประการแรก ฝ่ายปกครองต้องใช้หลักเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคน เว้นแต่สถานการณ์จะแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ ในกรณีที่สถานการณ์เดียวกันต้องใช้กฎเกณฑ์เดียวกัน และใช้กฎเกณฑ์ที่ต่างกันออกไปในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน ดังนั้น ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎเกณฑ์จึงไม่อาจออกกฎเกณฑ์ใดๆ ที่ก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคแก่บุคคลหรือสถานการณ์ที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกัน กฎเกณฑ์ใดที่ออกมาใช้บังคับกับบุคคลหรือสถานการณ์ที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้แตกต่างกันออกไป กฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค ประการที่สอง

¹⁴ ประยูร กาญจนกุล, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108 – 115.

¹⁵ เกรียงไกร เจริญชนาวีวัฒน์, หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2544. แหล่งที่มา www.pub-law.net

การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันต้องสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น กล่าวคือ แม้บุคคลจะอยู่ในสถานะที่เหมือนกัน แต่เมื่อพิจารณาแล้วปรากฏว่าในสถานะนั้นมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับย่อมแตกต่างกัน แต่หากข้อเท็จจริงดังกล่าวไม่ถือเป็นสาระสำคัญ การปฏิบัติต่อบุคคลจึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันเสมอ ประการที่สาม การดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นเหตุให้สามารถใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันในสถานการณ์เดียวกัน เพราะประโยชน์สาธารณะสำคัญยิ่งกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล แม้บุคคลจะอยู่ในสถานะเดียวกัน ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์หรือผู้บังคับใช้กฎเกณฑ์ชอบที่จะปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวแตกต่างกันออกไปได้ ประการที่สี่ การไม่ปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคโดยอ้างประโยชน์สาธารณะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกที่ไม่อาจยอมรับได้ การแบ่งแยกที่ไม่อาจยอมรับได้ ได้แก่ การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ซึ่งเป็นการแบ่งแยกที่ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ

(3.2) หลักความได้สัดส่วน

การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองสามารถแยกออกได้เป็น 2 กรณี คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมความเหมาะสมของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายสามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติของกฎหมายว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการตามกรอบที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ การควบคุมในกรณีนี้จึงมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่การควบคุมความเหมาะสมในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดกรอบในการพิจารณา เพราะเป็นเรื่องของดุลพินิจอันเป็นการตัดสินใจของบุคคลหนึ่งในทางปกครอง ซึ่งวิญญูชนอาจไม่เห็นด้วยก็ได้ ดังนั้น การค้นหากฎเกณฑ์เพื่อใช้ในการควบคุมความเหมาะสมของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงเป็นหน้าที่ประการสำคัญขององค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้น ศาลจึงแสวงหา กฎเกณฑ์ที่ต้องทำให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์หรือส่วนได้เสียของบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง แม้จะกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เช่น การกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องแสดงเหตุผลของการออกคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง หรือกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐาน แต่การดำเนินการดังกล่าวก็ยังไม่เพียงพอที่จะควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการนำมาใช้โดยทั่วไปโดยศาลปกครอง หลักความได้สัดส่วนมีขึ้นเพื่อประกันสิทธิและประโยชน์ของประชาชนให้ห่างไกลจากการใช้

อำนาจดุลพินิจที่มีชอบของฝ่ายปกครอง และใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง¹⁶ ทั้งในเรื่องของการออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อปัจเจกชนหรือคำสั่งใดๆ ที่มีผลกระทบในทางสังคมและทางเศรษฐกิจ

หลักความได้สัดส่วนมีองค์ประกอบสำคัญ 3 ประการ ได้แก่¹⁷

(ก) หลักความสัมฤทธิ์ผล

เป็นหลักการที่บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น มาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดกับหลักการดังกล่าว และไม่มีผลใช้บังคับได้ หากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้อย่างแน่นอน จึงต้องสันนิษฐานว่าเข้าข่ายเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

(ข) หลักความจำเป็น

ในบรรดามาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่มาตรการเหล่านี้มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ความคิดที่อยู่เบื้องหลังหลักการนี้ คือ ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่เป็นต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น

(ค) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักการนี้เรียกร้องให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ราษฎรต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ ถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจใช้บังคับ

¹⁶ Braibant, *Le Principe de Proportionnalité*, Mélanges Waline, 1974, p. 297 – 298 อ้างถึงใน วรตну วิจารณ์, “หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 45.

¹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองวันที่ 13, หน้า 24 – 30.

ได้ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้จึงบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องทำการชั่ง
ผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ตนตั้งใจจะออกมาใช้บังคับแก่เอกชน มาตรการใด
ที่เห็นได้ชัดว่าหากบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้ว จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่
คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่เอกชนหรือแก่สังคมโดยรวม ฝ่ายปกครองต้องห้ามมิให้ออก
มาตรการนั้นมาใช้บังคับ และแม้ว่ามาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุ
วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจและจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือ
วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นก็ตาม

(3.3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะ หมายถึง กิจการที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์
สาธารณะที่ดำเนินการจัดทำขึ้นโดยบุคคลในกฎหมายมหาชนหรือโดยเอกชน ซึ่งฝ่ายปกครอง
ต้องใช้อำนาจกำกับดูแลบางประการและอยู่ภายใต้ระบบพิเศษ¹⁸ บริการสาธารณะที่ได้จัดทำขึ้น
อาจได้แก่ การจัดให้มีสาธารณูปโภคที่จำเป็น เช่น น้ำ ไฟฟ้า การคมนาคมขนส่ง หรือบริการ
สาธารณะด้านสาธารณสุขด้านการศึกษา เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นประโยชน์แก่
ประชาชนอย่างแท้จริง ผู้จัดทำบริการสาธารณะจึงตกอยู่ใต้หลักความเสมอภาค หลักความ
ต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ

(3.3.1) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะเป็นการนำหลักกฎหมาย
ทั่วไปเรื่องความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายและความเสมอภาคที่จะได้รับการปฏิบัติจาก
หน่วยงานของรัฐมาใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ ในขณะเดียวกันหลักความเสมอภาคถูก
นำมาใช้กับผู้ให้บริการสาธารณะในเรื่องการเก็บค่าบริการและผลประโยชน์ที่ให้แก่ผู้ใช้บริการ
กล่าวคือ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย ผู้ให้บริการสาธารณะแต่ละคนมีสิทธิได้รับ
ประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งฐานะของบุคคลและค่าบริการ
จะต้องไม่แตกต่างกัน เว้นแต่จะเป็นไปตามลักษณะที่แตกต่างกันในการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการ
หรือตามความจำเป็นในเรื่องประโยชน์สาธารณะ¹⁹ อย่างไรก็ตาม ในการให้บริการสาธารณะที่มี
ลักษณะในทางเศรษฐกิจอาจมีความไม่เท่าเทียมกันของผู้ให้บริการสาธารณะ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับ
สถานะของบุคคลที่เข้าใช้บริการ

¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 107.

¹⁹ สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2547),
หน้า 453.

(3.3.2) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป การจัดทำบริการสาธารณะจึงไม่ควรหยุดชะงักลงหรือขาดความต่อเนื่อง โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับประโยชน์ของชุมชนเพราะอาจก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรง หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีขึ้นเพื่อกำหนดให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง แต่หลักดังกล่าวมิได้มีความตายตัวเท่าใดนัก ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะแต่ละประเภท บริการสาธารณะบางประเภทต้องมีความต่อเนื่องอย่างถาวร เช่น ห้องฉุกเฉินของโรงพยาบาล หน่วยดับเพลิง ตำรวจ หรือทหาร เป็นต้น ในขณะที่บริการสาธารณะบางประเภทไม่มีความจำเป็นที่ต้องจัดทำอย่างถาวรแต่ต้องจัดทำอย่างสม่ำเสมอโดยฝ่ายปกครองอาจกำหนดช่วงเวลาการให้บริการได้ เช่น พิพิธภัณฑสถาน หรือห้องสมุด เป็นต้น²⁰

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะถูกนำมาใช้ในกรณีของการนัดหยุดงานเช่นกัน กล่าวคือ แม้ว่าเจ้าหน้าที่ที่ให้บริการสาธารณะจะใช้สิทธินัดหยุดงานตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรับรองไว้ แต่การนัดหยุดงานดังกล่าวต้องไม่ส่งผลให้บริการสาธารณะชะงักลง ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะจึงต้องจัดให้มีบริการขั้นต่ำเพื่อไม่ให้เป็นการสร้างควมยากลำบากแก่ผู้ใช้บริการสาธารณะ เช่น การที่หน่วยงานที่ให้บริการด้านรถไฟนัดหยุดงาน จากที่เคยให้บริการวันละ 10 เที่ยว ก็ลดลงเหลือเพียง 3 เที่ยว นอกเหนือจากการจัดให้มีบริการขั้นต่ำ หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจัดทำบริการสาธารณะอาจใช้มาตรการพิเศษในการเข้าดำเนินการจัดให้มีบริการสาธารณะเสียเองในกรณีที่มีการใช้สิทธินัดหยุดงานอย่างเกินขอบเขต

(3.3.3) หลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะที่ดีต้องปรับเปลี่ยนให้ทันกับสถานการณ์และความต้องการของผู้ใช้บริการสาธารณะอยู่เสมอ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องจัดทำบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนและประโยชน์ส่วนรวม เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ใช้บริการสาธารณะไม่มีสิทธิใดๆ ที่จะเรียกร้องให้รักษาสภาพของบริการสาธารณะไว้ในลักษณะของสิทธิที่ได้มาแล้วตามกฎหมายในช่วงเวลาที่ตนเข้าใช้บริการนั้น

หลักว่าด้วยการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะนี้มีลักษณะแตกต่างจากหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะและหลักความเสมอภาคที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของบริการสาธารณะ หลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะนี้เป็นเพียงการชี้ให้เห็นว่าโดยสภาพของการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ไปที่มีวัตถุประสงค์ใน

²⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 113.

การสนองความต้องการของประชาชน เมื่อเกิดเหตุการณ์ที่ความต้องการของประชาชนเปลี่ยนแปลงไป บริการสาธารณะนั้นก็จำเป็นต้องได้รับการเปลี่ยนแปลงตามความต้องการของประชาชนไปด้วย²¹

(3.4) หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

ในการดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองบางครั้งอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ซึ่งในอดีตถือหลักเกณฑ์ที่ว่าฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับความเสียหายที่ตนได้ก่อขึ้น เนื่องจากในยุคนั้นรัฐจำกัดบทบาทของตนไว้อย่างแคบจึงไม่ค่อยมีโอกาสที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนมากนัก อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

นักวิชาการหลายท่านเห็นว่าความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเป็นผลสืบเนื่องมาจากหลักในเรื่องความเสมอภาคของพลเมืองต่อภาระสาธารณะ ซึ่งอาจอธิบายได้ว่าการดำเนินกิจการสาธารณะนั้น สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปก็เพื่อประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น จะให้ประชาชนคนใดคนหนึ่งต้องรับภาระที่เกิดจากการดำเนินการดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียวไม่ได้ ด้วยเหตุนี้ เมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการใดเพื่อประโยชน์สาธารณะและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนคนใด ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในการดำเนินการโดยมีประชาชนคนอื่น ๆ เข้ามาร่วมรับภาระดังกล่าวนี้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดการเลือกปฏิบัติและการชดใช้ค่าเสียหายจะทำให้ความสมดุลที่ได้เสียไปแล้วกลับคืนมา²²

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองมิได้จำกัดอยู่เฉพาะในกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน เพราะในเวลาต่อมาศาลปกครอง (โดยเฉพาะศาลปกครองฝรั่งเศส) ได้ขยายหลักเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองให้รวมถึงกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบแม้จะมีได้กระทำการอันก่อให้เกิดความเสียหาย ทั้งนี้ เป็นผลมาจากความต้องการที่จะไม่ปล่อยให้เกิดกรณีที่มีความเสียหายขึ้นโดยไม่มี การชดใช้เยียวยา ซึ่งเป็นความต้องการที่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดจึงมีที่มาจากทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและจากการวางหลักกฎหมายของศาลปกครองหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดถูกนำมาใช้ในหลายกรณี เช่น อุบัติเหตุที่เกิดจากการทำงานที่เกิดขึ้นกับเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ความเสียหายซึ่งเกิดจากวัตถุที่เป็น

²¹ Guglielmi, G.J. Introduction au droit des services publics, L.G.D.L., 1994, p.49 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 44.

²² สำนักงานศาลปกครอง, หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 260.

อันตรายหรือจากกิจกรรมหรือเทคนิคที่เป็นอันตราย ความเสี่ยงภัยที่เกิดขึ้นจากการบำบัดรักษา เป็นต้น

(3.5) หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาดำเนินการหรือเข้าร่วมกับฝ่ายปกครองเพื่อจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว ทั้งนี้แม้รูปแบบของการให้เอกชนเข้ามาในการจัดทำบริการสาธารณะจะเป็นไปในรูปแบบของสัญญาแต่ก็ไม่อาจนำเอาหลักเกณฑ์ของสัญญาทางแพ่งเข้ามาใช้บังคับกับสัญญาทางปกครองได้ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครองมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่สัญญาทางแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของเอกชนเป็นสำคัญ ดังนั้น สัญญาทางปกครองจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายปกครองเข้ามาใช้บังคับเป็นการเฉพาะ

(3.5.1) เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

แม้สัญญาทางปกครองจะเกิดจากความสมัครใจของคู่สัญญาแต่ก็มีได้หมายความว่าคู่สัญญาฝ่ายปกครองจะสิ้นไปซึ่งอำนาจมหาชนที่ตนมีอยู่ การบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครองฝ่ายปกครองมีอำนาจพิเศษบางประการซึ่งเรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” การมีอำนาจพิเศษดังกล่าวนี้อาจปรากฏอย่างชัดเจนในสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ได้ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองอาจปรากฏให้เห็นในเรื่องดังต่อไปนี้²³

(ก) อำนาจในการควบคุม

ฝ่ายปกครองมีอำนาจควบคุมเพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญาได้ทุกเมื่อ เพื่อดูว่าได้มีการปฏิบัติงานที่ดีหรือไม่ รวมทั้งตรวจสอบความก้าวหน้าของงาน ในกรณีที่งานมีความบกพร่องหรือล่าช้า ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการให้ถูกต้องได้

(ข) สิทธิในการลงโทษ

ในกรณีที่คู่สัญญาปฏิบัติไม่ถูกต้องตามสัญญา ฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิดนั้น เช่น

- การลงโทษปรับ เป็นการลงโทษในความผิดที่ร้ายแรง

น้อยที่สุด เช่น การลงโทษปรับในความล่าช้า

²³ ยงยุทธ อนุกุล, “หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาต่างประเทศ,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 120 -121.

- การเข้าทำงานแทนหรือให้บุคคลที่สามเข้าทำงานแทนในกรณีที่มีความเสี่ยงในการปฏิบัติตามสัญญา

- การยกเลิกสัญญาในกรณีที่มีความผิดพลาดของคู่สัญญา แต่ในกรณีสัญญาสัมปทานที่มีการลงทุนเป็นจำนวนมาก มีเพียงศาลเท่านั้นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษายกเลิกสัญญา

(ค) สิทธิในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว

ฝ่ายปกครองสามารถขอแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม รวมไปถึงการแก้ไขสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นฝ่ายผิดสัญญา อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีความจำเป็นสาธารณะเท่านั้น กล่าวคือ เมื่อมีความเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับความต้องการในบริการสาธารณะเท่านั้น ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการแก้ไขสัญญาให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน หลักการพื้นฐานที่สนับสนุนข้อความคิดเรื่องนี้ คือ ฝ่ายปกครองไม่ควรผูกพันอยู่กับสัญญาที่วัตถุประสงค์ของสัญญากลายเป็นสิ่งที่ไม่มีประโยชน์อีกต่อไป หรือผูกพันกับข้อสัญญาที่ล้าสมัยที่ไม่อาจตอบสนองความต้องการของประชาชนอีกต่อไป²⁴

(ง) สิทธิในการเลิกสัญญา

สิทธิในการเลิกสัญญาเป็นเรื่องที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับการเลิกสัญญาในลักษณะที่เป็นการลงโทษการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้มิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากความเสียหายทั้งหมด

(3.5.2) หลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงินของสัญญา

การจ่ายเงินตามที่กำหนดไว้ในสัญญาทางปกครองให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเพื่อเป็นค่าตอบแทนจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระหน้าที่ตามสัญญา และการจ่ายเงินค่าตอบแทนจะเกิดขึ้นเมื่อได้มีการปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วน จำนวนเงินที่ฝ่ายปกครองต้องจ่ายนั้นอาจกำหนดไว้อย่างตายตัว หรืออาจกำหนดให้มีการแก้ไขค่าตอบแทนได้โดยระบุหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน แต่การที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับเงินค่าตอบแทนต่อเมื่อมีการปฏิบัติตามสัญญาอย่างครบถ้วนย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาศัยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว อันส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น ด้วยเหตุนี้

²⁴ บุนผา อัครพิมาน, “ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 171.

เพื่อเป็นการชดเชยการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง คู่สัญญาฝ่ายเอกชนย่อมได้รับการชดเชยในรูปของจำนวนเงินอันเป็นไปตามหลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงินของสัญญา

หลักว่าด้วยดุลยภาพทางการเงินของสัญญา เป็นแนวคิดที่ว่า การจ่ายเงินตอบแทนให้แก่คู่สัญญาจะต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาผู้นั้นต้องรับไปตามความเป็นจริง ซึ่งภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายแทนที่จะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอย่างตายตัว แนวคิดดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากทฤษฎีการถูกบังคับด้วยเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (théorie des sujétions imprévues) ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องประสบกับอุปสรรคในการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเกิดจากเหตุการณ์ภายนอก ซึ่งไม่ใช่เป็นความประสงค์ของคู่สัญญา และเป็นกรณีที่ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้น คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทนทั้งหมด หลักการนี้ปรากฏให้เห็นจากแนวคำพิพากษาของศาลที่สกัดออกมาเป็น 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีแรก คือ การกระทำของเจ้าชาย (fait du prince) ถูกนำมาใช้เป็นเหตุในการจ่ายค่าสินไหมทดแทนเสมอในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไขเงื่อนไขที่กำหนดหน้าที่คู่สัญญา แต่ทฤษฎีการกระทำของเจ้าชายไม่ถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนต้องรับภาระที่หนักขึ้นอันเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญา รวมถึงกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองออกมาตรการที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปและมาตรการดังกล่าวมีผลเป็นการเพิ่มภาระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน เว้นแต่มาตรการทั่วไปนั้นจะมีผลกระทบโดยตรงต่อสาระสำคัญอย่างหนึ่งอย่างใดของการปฏิบัติตามสัญญา เช่น การจัดเก็บภาษีประเภทใหม่อันส่งผลต่อราคาวัตถุดิบที่จำเป็นต่อการนำมาใช้ในการปฏิบัติตามสัญญา และทฤษฎีที่สอง คือ ทฤษฎีเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ (l'imprévision) เป็นกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนประสบกับเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้และเป็นเหตุการณ์ที่อยู่นอกเหนือเจตนาของคู่สัญญา และก่อให้เกิดความผกผันถึงขนาดที่คู่สัญญาเอกชนเกิดการขาดทุนเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ จนส่งผลให้ไม่อาจดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ กรณีเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นเพื่อเป็นการช่วยเหลือคู่สัญญาฝ่ายเอกชน คู่สัญญาฝ่ายปกครองจึงต้องเข้ามาแบ่งเบาภาระดังกล่าวโดยการจ่ายเงินชดเชยเพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนสามารถดำเนินการตามสัญญาได้ต่อไป แต่การจ่ายเงินชดเชยในกรณีนี้ไม่จำเป็นต้องมีจำนวนเท่ากับความเสี่ยงที่คู่สัญญาเอกชนได้รับ²⁵

²⁵ สุรพล นิตไกรพจน์ และคนอื่นๆ, รายงานวิจัย : หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 122 – 126.

(3.6) หลักว่าด้วยการบังคับบัญชา²⁶

หลักการบังคับบัญชาเกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรของฝ่ายปกครอง ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลภายในองค์กรจะเป็นไปตามลำดับชั้น โดยเจ้าหน้าที่แต่ละคนจะขึ้นตรงต่อเจ้าหน้าที่คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไป และเป็นเช่นนี้ไปตลอดสายจนถึงผู้เป็นหัวหน้าองค์กรของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและรับผิดชอบต่อการดำเนินงานทั้งหมดขององค์กรนั้น โดยเหตุที่ผู้บังคับบัญชาแต่ละลำดับชั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ทุกคนที่อยู่ในบังคับบัญชาของตน ผู้บังคับบัญชาย่อมมีอำนาจที่จะแนะนำหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชานั้นปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบแบบแผนและเป็นธรรมแก่กรณี อีกทั้ง ยังมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิก หรือเพิกถอนคำวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนได้เสมอ อำนาจดังกล่าวของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไป ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนและผู้บังคับบัญชาจะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดังกล่าวโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้

2.1.2.2 หลักกฎหมายทั่วไปทางสับัญญัติ

กฎหมายสับัญญัติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาคดีเป็นกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการต่างๆ ในศาลเพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ที่ดีของวิธีพิจารณา ซึ่งได้แก่ ความยุติธรรม ความรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ที่บังคับหรืออนุญาตให้คู่ความและศาลปฏิบัติตามเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาคดี อันจะทำให้ศาลสามารถตัดสินคดีที่มาสู่ศาลได้²⁷ ดังนั้น ในแต่ละประเภทกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา หรือกฎหมายปกครองย่อมต้องมีกฎหมายวิธีพิจารณาความของตนเองเพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับลักษณะเฉพาะของแต่ละประเภทคดี

(1) หลักกฎหมายทั่วไปทางสับัญญัติในกฎหมายแพ่ง

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเครื่องมือหรือวิธีการที่รัฐได้กำหนดขึ้นเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายหรือความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากข้อพิพาทในความสัมพันธ์ทางแพ่งระหว่างเอกชน โดยศาลจะเป็นผู้นำหลักกฎหมายสับัญญัติที่กำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นแบบแผนใช้บังคับกับคนทุกคนในสังคมมาใช้กับคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่ากฎหมายวิธีพิจารณา

²⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง" เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 13, หน้า 67.

²⁷ Habscheid, W.J. Droit judiciaire privé Suisse, 2^e éd., Genève, Librairie de l'université, 1981, p. 9 – 10 อ้างถึงใน วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 61.

มีจุดประสงค์เพื่อให้สิทธิต่าง ๆ ในทางแพ่งสามารถบังคับใช้ได้เป็นอย่างดี²⁸ ทั้งนี้ หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งอาจสรุปได้ดังต่อไปนี้

(1.1) หลักความประสงค์ของคู่ความ

หลักความประสงค์ของคู่ความเป็นหลักการที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเน้นไปที่หน้าที่ของฝ่ายเอกชน โดยศาลจะถูกจำกัดอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา และตามหลักการนี้คู่ความมีอำนาจเต็มที่ในการต่อสู้คดีทั้งในทางกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ อีกทั้งยังมีสิทธิที่จะเลือกว่าจะใช้หรือไม่ใช้สิทธิดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ขอบเขตของคดีและวิธีการสืบพยานจึงเป็นไปตามความประสงค์ของคู่ความ คู่ความจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าจะนำคดีมาสู่ศาลหรือไม่ อีกทั้งเป็นผู้กำหนดขอบเขตของคดีและทิศทางหรือความเป็นไปของกระบวนการพิจารณา

หลักความประสงค์ของคู่ความถูกนำมาใช้ในกระบวนการพิจารณาความแพ่งทั้งในระบบ Civil law และ Common law โดยเฉพาะในระบบ Common law นั้น หลักการนี้ถูกนำมาใช้มากที่สุดในเรื่องพยาน โดยหน้าที่ทั้งหมดในการเสนอพยานจะตกอยู่กับคู่ความในคดี หลักความประสงค์ของคู่ความประกอบด้วยองค์ประกอบหลายประการ ได้แก่

(ก) หลักคู่ความเป็นผู้ร้องขอ หมายถึง กระบวนการพิจารณาความไม่อาจมีขึ้นได้ เว้นแต่โดยการริเริ่มของคู่ความ

(ข) หลักการฟ้องแย้งและต่อสู้คดีของเอกชน การฟ้องแย้งเป็นการต่อสู้คดีอย่างหนึ่งที่ต้องยกขึ้นอ้างโดยคู่ความ แต่การฟ้องแย้งนั้นกระทำได้โดยมีข้อจำกัด กล่าวคือ การฟ้องแย้งต้องมีขึ้นจากการดำเนินกระบวนการหรือเหตุการณ์ที่สืบเนื่องจากคดีเดิม

(ค) หลักการไม่พิจารณาเกินคำขอ หมายถึง ศาลจะไม่พิจารณาเกินกว่าสิ่งที่คู่ความร้องขอ หลักการนี้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดในประเทศที่ใช้ระบบ Civil law แต่ในประเทศที่ใช้ระบบ Common law หรือประเทศที่เป็นสังคมนิยม ศาลอาจไม่นำเอาหลักการนี้มาใช้อย่างเคร่งครัดนัก

(ง) สิทธิเด็ดขาดในการโต้แย้งคำพิพากษา เมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้ว ผู้ที่มีสิทธิอุทธรณ์คำพิพากษาดังกล่าวโดยหลัก คือ คู่ความ แต่ในบางกรณีกฎหมายบัญญัติอาจเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในคดีอุทธรณ์ได้ ส่วนศาลเองไม่มีอำนาจริเริ่มในการอุทธรณ์ อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกามีการขยายขอบเขตในหลักการดังกล่าว โดยให้อำนาจแก่ศาลที่พิจารณาอุทธรณ์สามารถริเริ่มการพิจารณาข้อโต้แย้งที่คู่ความมิได้ยกขึ้นในศาลล่างหรือ

²⁸ วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 58.

ในคำอุทธรณ์ได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของคู่ความในบางกรณี โดยมองไปถึงประเด็นที่จะเกิดขึ้นในอนาคตไม่จำกัดเฉพาะที่มีอยู่ในขอบเขตของคดีที่พิจารณาเท่านั้น

(จ) สิทธิเด็ดขาดในการประนีประนอมยอมความ คู่ความสามารถยุติคดีได้ไม่ว่าคดีพิพาทนั้นจะอยู่ในขั้นตอนใดของกระบวนการพิจารณาโดยอาศัยการตกลงประนีประนอมยอมความ เช่น ในระบบ Common law คู่ความอาจตกลงประนีประนอมยอมความกันภายหลังที่มีการดำเนินคดีมายาวนานหรือแม้ในช่วงที่ลูกขุนกำลังทำคำชี้ขาดก็ตาม อย่างไรก็ตาม ศาลที่พิจารณาคดีอาจไม่อนุญาตให้ยุติคดีโดยการประนีประนอมยอมความ ทั้งนี้เพื่อเป็นการรักษาประโยชน์สาธารณะบางประการ

(1.2) หลักฟังความสองฝ่าย

คำพิพากษาที่ดีต้องเกิดจากการที่ศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงอย่างถี่ถ้วน โดยการรับฟังคู่ความทุกฝ่าย และจากการที่ศาลต้องรับฟังคู่ความนี้แสดงให้เห็นว่าคู่ความเป็นผู้ทรงสิทธิในกระบวนการพิจารณามีใช่เป็นเพียงวัตถุในคำพิพากษาของศาล

สาระสำคัญของหลักฟังความสองฝ่ายคือ คู่ความทุกฝ่ายต้องมีโอกาสได้ทราบข้อความหรือข้อต่อสู้ตลอดจนพยานหลักฐานต่างๆ ของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่ง และมีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ทุกประเด็นของคดีที่ได้มีการพิจารณา โดยสิทธิที่จะต่อสู้คดีเป็นสิทธิในการที่จะเสนอข้อเท็จจริงทุกอย่าง สิทธิในการพิสูจน์ สิทธิในการโต้แย้งคัดค้าน สิทธิในการที่จะได้รับทราบกระบวนการพิจารณาต่างๆ ในเวลาอันสมควร²⁹ และแม้ว่าในบางกรณีกฎหมายจะให้อำนาจแก่ศาลในการที่จะริเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ด้วยตนเองโดยที่คู่ความไม่จำเป็นต้องร้องขอ ศาลก็ต้องปฏิบัติตามหลักการฟังความสองฝ่ายเช่นกัน กล่าวคือ ต้องเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายทราบข้อเท็จจริงที่ศาลได้มา และเปิดโอกาสให้คู่ความได้แสดงพยานหลักฐานโต้แย้งข้อเท็จจริงดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม หลักฟังความสองฝ่ายอาจถูกยกเว้นไม่นำมาใช้ในกรณีดังต่อไปนี้³⁰

(ก) ในกรณีที่ไม่ได้มีการยื่นฟ้องตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือเป็นเรื่องที่คู่ความไม่ดำเนินกระบวนการพิจารณาภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งเป็นเรื่องการพิจารณาโดยขาดนัด ในกรณีดังกล่าวหากเป็นเรื่องที่ไม่สามารถแก้ไขข้อบกพร่องได้ก็จะเป็นการเสียเปล่าหากศาลต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความ

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 212.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 210 – 211.

(ข) ศาลอาจไม่รับฟังคู่กรณีในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาและศาลสามารถยกเลิกหรือแก้ไขคำสั่งดังกล่าวได้ในภายหลัง เช่น คำสั่งให้มีการพิจารณาโดยลับ ซึ่งคู่ความสามารถที่จะทำการโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวเพื่อให้ศาลยกเลิกหรือแก้ไขคำสั่งนั้นได้ในภายหลัง

(ค) ศาลอาจมีคำสั่งโดยไม่จำเป็นต้องรับฟังคู่กรณีในกรณีที่มีเหตุจำเป็นรีบด่วน

(ง) กรณีที่ต้องรักษาผลประโยชน์ของพยานหรือคู่ความ ศาลอาจไม่อนุญาตให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งหมดเข้าร่วมการพิจารณาสืบพยาน

(1.3) หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย

หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยนี้แสดงให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐ ดังนั้น รูปแบบในการพิจารณาคดีตามหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยจึงมีลักษณะเป็นการพิจารณาด้วยวาจาเพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงการพิจารณาอย่างแท้จริง อีกทั้งเป็นการคุ้มครองประชาชนจากการพิจารณาโดยทางลับและการพิจารณาตามอำเภอใจของผู้พิพากษา ในบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสถือว่าการพิจารณาโดยเปิดเผยเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตามการนำหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยมาใช้ย่อมมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยจะไม่ถูกนำมาใช้หากการนั้นจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์หรือความสงบเรียบร้อยของสังคม

แม้การพิจารณาโดยเปิดเผยจะกระทำโดยลักษณะของการพิจารณาด้วยวาจา แต่ในบางกรณีศาลอาจนำรูปแบบการพิจารณาโดยเอกสารมาใช้ประกอบและในบางครั้งศาลอาจมีคำพิพากษาโดยมิได้มีการพิจารณาด้วยวาจาเลยก็ได้ เช่น การพิจารณาโดยขาดนัดการพิจารณาคดีมโนสำเนา เป็นต้น ทั้งนี้ถือเป็นความยืดหยุ่นของกระบวนการยุติธรรม ซึ่งการจะใช้หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยหรือไม่นั้นต้องพิจารณาไปพร้อมกับหลักเรื่องความยุติธรรมว่าเรื่องดังกล่าวมีน้ำหนักพอที่จะยกเว้นไม่นำเอาหลักการพิจารณาโดยเปิดเผยมาใช้หรือไม่

(1.4) หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา

ข้อพิพาทในทางแพ่งเป็นเรื่องระหว่างเอกชนสองฝ่าย ซึ่งการพิจารณาคดีที่ใช้ระบบกล่าวหา ศาลพึงต้องกระทำหน้าที่ของตนด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือต้องไม่กระทำการใดอันแสดงออกถึงความไม่เป็นกลาง ดังนั้น ในการเสนอคำฟ้องก็ดี การแสดงพยานหลักฐานก็ดี เป็นหน้าที่ของคู่กรณีทั้งสิ้น ศาลไม่อาจให้ผู้ฟ้องคดีแก้ไขคำฟ้อง หรือทำการเรียกพยานหลักฐานนอกเหนือจากที่คู่กรณีอ้างหรือนำเสนอมาได้ ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาพิพากษาของศาลจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานของคู่กรณี

(1.5) หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดี

หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดีเป็นหลักการที่สืบเนื่องจากหลักความประสงค์ของคู่ความซึ่งคู่ความมีอิสระในการกำหนดขอบเขตของคดี และเมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลแล้วก็ไม่ควรที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเนื้อหาสาระหรือขอบเขตของคดี และคงรูปคดีไว้จนคดีเสร็จสิ้น เช่น เปลี่ยนแปลงคุณสมบัติของคู่ความ วัตถุประสงค์ หรือเพิ่มเติมคำขอท้ายฟ้อง อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติหลักการนี้มิได้ถูกนำมาใช้อย่างเคร่งครัดนักเนื่องจากคู่ความสามารถที่จะเพิ่มเติมคำคู่ความได้ แต่ทั้งนี้การแก้ไขเพิ่มเติมคำคู่ความนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคำคู่ความเดิม นอกจากนี้หลักความไม่เปลี่ยนแปลงของรูปคดีส่งผลให้ศาลไม่สามารถพิจารณาคดีเกินกว่าประเด็นแห่งคดี และไม่อาจที่จะเปลี่ยนตัวคู่ความ คุณสมบัติของคู่ความ หรือคำขอตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีได้

(1.6) หลักการใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต

กระบวนการพิจารณาหรือวิธีพิจารณามีขึ้นเพื่อให้การดำเนินคดีในชั้นศาลเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยกำหนดขั้นตอนในการแก้ไขปัญหาของคดีและป้องกันสิทธิและผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่ความ เช่น การกำหนดให้คู่ความเสนอคดีของตนต่อศาลในลักษณะที่เหมาะสมและใช้วิธีการดำเนินการกระบวนการพิจารณาเฉพาะเพื่อพิสูจน์ข้ออ้างหรือข้อต่อสู้ของตน วิธีพิจารณาที่มีประสิทธิภาพต้องก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันของคู่ความในการดำเนินกระบวนการพิจารณา อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณาที่ต้องการให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความเรียบร้อยอาจถูกบิดเบือนโดยคู่ความที่ใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริต

การใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริตเป็นกรณีที่บุคคลใช้สิทธิของตนโดยมีจุดประสงค์ที่ไม่สอดคล้องกับจุดประสงค์ของกฎหมาย กล่าวคือ มีลักษณะเป็นการใช้สิทธิที่ถูกต้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย แต่เป็นการฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของกฎหมาย เช่น การฟ้องคดีเพื่อให้คู่ความอีกฝ่ายได้รับความอับอายเสียชื่อเสียง หรือใช้วิธีพิจารณาต่างๆ เพื่อให้การพิจารณาคดีต้องล่าช้า ดังนั้น หลักเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตจึงเป็นสิ่งที่ศาลนำมาใช้ในการควบคุมการใช้สิทธิของคู่ความให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่และสิทธิของตน

(2) หลักกฎหมายทั่วไปทางบัญญัติในกฎหมายอาญา

กฎหมายบัญญัติหรือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการค้นหาความจริงอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดและนำตัวผู้กระทำความผิดต่อกฎหมายอาญามาดำเนินการพิจารณาและลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งประกอบด้วย การร้องทุกข์ การกล่าวโทษ การสืบสวน การสอบสวน การชันสูตรพลิกศพ การสังคดี การฟ้องร้อง การไต่สวนมูลฟ้อง การพิจารณา การพิพากษา

การอุทธรณ์ ฎีกา และการบังคับตามคำพิพากษาเป็นต้น หลักเกณฑ์เหล่านี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและศาลร่วมมือกันค้นหาความจริงในการกระทำความผิดที่เกิดขึ้น อีกทั้งศาลจะเป็นองค์กรชี้ขาดผู้ถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่และจะต้องรับโทษเพียงใด รวมถึงการบังคับโทษจำคุกหลังจากมีคำพิพากษา เป้าหมายในการให้อำนาจดังกล่าวก็เพื่อต้องการให้มีการค้นหาผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษตามกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกัน หลักเกณฑ์ดังกล่าวก็คำนึงถึงการประกันสิทธิของประชาชน สิทธิของผู้ถูกกล่าวหาในคดีอาญาที่จะได้รับการปกป้องมิให้ถูกล่วงละเมิดต่อเสรีภาพในร่างกาย เคหสถานและในกรณีอื่นโดยไม่จำเป็นหรือไม่มีเหตุอันควรจากการใช้อำนาจในการค้นหาความจริงของเจ้าหน้าที่ของรัฐและศาล รวมถึงการที่ผู้ถูกจับ ผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ที่ต้องคำพิพากษาให้ต้องรับโทษแล้ว จะได้รับการประกันสิทธิที่จะไม่ได้รับการปฏิบัติอย่างไร้มนุษยธรรม³¹

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับแนวคิด ค่านิยม วัฒนธรรมและนิติวิธีต่อวิธีพิจารณาของแต่ละประเทศ อย่างไรก็ตามแม้จะมีแนวคิด ค่านิยม วัฒนธรรมและนิติวิธีที่แตกต่างกัน แต่วัตถุประสงค์ของวิธีพิจารณาความอาญาก็เพื่อให้ได้มาซึ่งตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริง ดังนั้น หากจะกล่าวว่าการกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในแต่ละประเทศได้นำหลักการที่มีลักษณะเดียวกันมาใช้จนกลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปสำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก็คงมีอาจปฏิเสธได้ ทั้งนี้ หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่

(2.1) หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

อำนาจในการเสนอคดีอาญาเพื่อเข้าสู่กระบวนการชี้ขาดของศาลนั้น อาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน และหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

(2.1.1) หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชนเป็นหลักการที่เกิดขึ้นก่อนหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ โดยหลักการนี้ถือว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิฟ้องคดีอาญาโดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้เสียหายในความผิดนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะคดีอาญาเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม จึงเป็นหน้าที่ของประชาชนทุกคนที่จะป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในทุกขั้นตอนของกระบวนการ

³¹ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 19 – 20.

(2.1.2) หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเกิดจากแนวคิดที่ว่า การกระทำความผิดเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคม รัฐจึงเป็นผู้เสียหายจากการกระทำความผิดดังกล่าว และเพื่อเป็นการรักษาความสงบสุขของสังคม รัฐจึงมีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ที่กระทำความผิดโดยอาศัยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่ อัยการและเจ้าหน้าที่ตำรวจ

สำหรับประเทศไทยยึดหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐเห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการตลอดกระบวนการพิจารณา ประชาชนมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีเฉพาะในเรื่องการร้องทุกข์ กล่าวโทษ และการฟ้องคดีต่อศาล และประชาชนที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาหรือเป็นผู้ที่กฎหมายให้อำนาจดำเนินการแทนผู้เสียหายเท่านั้น ประชาชนโดยทั่วไปไม่มีอำนาจฟ้องร้องดำเนินคดี นอกจากนี้ การดำเนินคดีอาญาของไทยได้แยกอำนาจสอบสวนออกจากอำนาจสั่งคดีและฟ้องร้อง โดยตำรวจเป็นผู้รับผิดชอบในการสอบสวน ส่วนอัยการรับผิดชอบในการสั่งสำนวนและฟ้องร้อง

(2.2) การดำเนินคดีของเจ้าพนักงานของรัฐ

การดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานของรัฐเป็นหลักการที่สืบเนื่องมาจากการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ การดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานของรัฐจะมีมากน้อยเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับการดำเนินคดีอาญาในประเทศนั้นถือหลักการดำเนินคดีตามกฎหมายหรือหลักการดำเนินคดีตามดุลพินิจ หากการดำเนินคดีอาญาของเจ้าพนักงานของรัฐถือหลักการดำเนินคดีตามกฎหมาย ย่อมส่งผลให้เจ้าพนักงานของรัฐต้องดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดทุกคดี โดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องทุกข์หรือกล่าวโทษ และเมื่อทำการสอบสวนจนปรากฏหลักฐานอันน่าเชื่อว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิด เจ้าพนักงานของรัฐต้องดำเนินคดีโดยฟ้องเป็นคดีต่อศาลและดำเนินคดีจนกว่าจะถึงที่สุดโดยไม่อาจถอนฟ้องได้ แต่หากถือหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ เจ้าพนักงานของรัฐสามารถพิจารณาได้เองว่าจะดำเนินการสอบสวนหรือฟ้องร้องคดีนั้นหรือไม่ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงเพศ อายุ สภาพของการกระทำความผิด หรือสภาพของผู้กระทำความผิด เป็นต้น ดังนั้น ข้อดีของหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจ คือ การที่เจ้าพนักงานของรัฐสามารถดำเนินคดีอาญาได้อย่างยืดหยุ่นเหมาะสมกับสภาพของสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งยังเป็นการลดความกระด้างของกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากเจ้าพนักงานของรัฐใช้อำนาจดุลพินิจนี้โดยปราศจากการควบคุมที่ดีก็อาจส่งผลให้เกิดการเลือกปฏิบัติและความไม่เสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมาย

(2.3) หลักการค้นหาความจริง

ในการพิจารณาพยานหลักฐานเพื่อค้นหาความจริงแห่งคดี ศาลอาจค้นหาความจริงจากพยานหลักฐานได้เป็น 2 วิธี ได้แก่

(2.3.1) การค้นหาความจริงตามแบบ หมายถึง การที่ศาลพิจารณาพยานหลักฐานว่า พยานหลักฐานนั้นยื่นมาโดยชอบหรือไม่ และเท่าที่ปรากฏหลักฐานที่นำเสนอ นั้นวินิจฉัยได้ว่า การกระทำของจำเลยมีหลักฐานน่าเชื่อหรือไม่ว่าเป็นผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ พยานหลักฐานที่ได้มาอาจได้มาจากการยอมรับของคู่ความทั้งสองฝ่ายให้นำมาใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้

(2.3.2) การค้นหาความจริงตามเนื้อหา หมายถึง การที่ศาลพิจารณาพยานหลักฐานโดยการค้นหาความจริงด้วยตัวของศาลเอง โดยการพิจารณาพยานหลักฐานที่ศาลเรียกเข้ามาในคดีนอกเหนือจากพยานหลักฐานของโจทก์และจำเลย ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงที่แน่ชัดและศาลอาจเป็นผู้ซักถามพยานด้วยตนเองแทนการนำเสนอและซักถามจากโจทก์และจำเลย

(2.4) หลักฟังความทุกฝ่าย

ก่อนที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่นั้น ผู้ถูกกล่าวหาต้องได้รับทราบข้อเท็จจริงในเรื่องที่ตนถูกกล่าวหา การรับทราบข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในสองขั้นตอน โดยขั้นแรกจะเป็นการรับทราบข้อเท็จจริงในชั้นพนักงานอัยการและต่อมาเป็นการรับทราบข้อเท็จจริงในชั้นศาล นอกจากนี้ กระบวนการในชั้นของพนักงานอัยการและกระบวนการในชั้นศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงของทั้งฝ่ายผู้กล่าวหาและฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาเพื่อให้เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย

(2.5) หลักทวงถาม

การพิจารณาคดีในศาลต้องกระทำด้วยวาจา โดยพยานที่นำมาสืบในศาลต้องมาเบิกความต่อหน้าศาล หรือข้อเท็จจริงบางอย่างที่มีอยู่ในพยานเอกสารต้องนำมาอ่านหรือแถลงในศาลเพื่อให้เข้าใจกันทุกฝ่าย และศาลจะรับฟังพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนคดีเท่านั้น จะนำข้อเท็จจริงนอกสำนวนมาวินิจฉัยไม่ได้ แม้พยานหลักฐานนั้นจำเลยจะยอมให้นำมาเป็นพยานก็ตาม หลักทวงถามนี้ถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีที่ศาลพิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความผิด ผู้กระทำความผิดและสภาพบังคับ ส่วนการพิจารณาของศาลที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงอื่น ๆ ไม่จำเป็นต้องนำหลักทวงถามมาใช้ เช่น ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเงื่อนไขระงับคดี ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเงื่อนไขการลงโทษ เป็นต้น³²

³² คณิศ ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2542), หน้า 15 – 16.

(2.6) หลักพยานโดยตรง

หลักพยานโดยตรงมีความหมายว่าการสืบพยานเป็นหน้าที่ของศาล และศาลไม่อาจมอบหมายให้บุคคลอื่นทำการสืบพยานแทนได้ ทั้งนี้เพื่อให้ศาลได้พิจารณาว่า พยานดังกล่าวนั้นน่าเชื่อถือเพียงใด และแม้แต่พยานผู้เชี่ยวชาญพิเศษซึ่งทำให้ความเห็น เป็นหนังสือก็ต้องมาเบิกความประกอบความเห็นของตนต่อหน้าศาล ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 243 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่า “ผู้เชี่ยวชาญอาจทำให้ความเห็น เป็นหนังสือก็ได้แต่ต้องส่งสำเนาหนังสือดังกล่าวให้ศาลและคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งทราบ และต้องมา เบิกความประกอบหนังสือนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นหรือคู่ความไม่ตั้งใจซักถามผู้เชี่ยวชาญนั้น ศาลจะให้รับฟังความเห็นเป็นหนังสือดังกล่าวโดยผู้เชี่ยวชาญไม่ต้องมาเบิกความประกอบก็ได้”

(2.7) หลักเปิดเผย

การพิจารณาคดีในศาลต้องกระทำโดยเปิดเผย หมายถึง การ เปิดโอกาสให้ประชาชนได้เข้าฟังการพิจารณาคดี ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนสามารถตรวจสอบ การพิจารณาคดีของศาลและเป็นการป้องกันการพิจารณาคดีที่ผิดระเบียบ หรือการดำเนินการใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นเพื่อให้ศาลพิจารณาลับได้ ถ้าการดังกล่าวเป็นไปเพื่อรักษาความลับมิให้ประชาชนทั่วไปล่วงรู้ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิของ เด็กหรือสตรี

(2.8) หลักอิสระในการชี้หน้าพยานหลักฐาน

หลักอิสระในการชี้หน้าพยานหลักฐาน หมายถึง การที่ศาล มีอำนาจดุลพินิจในการที่จะวินิจฉัยพยานหลักฐานที่ถูกนำเสนอได้อย่างเต็มที่ว่าพยานหลักฐาน ดังกล่าวมีความน่าเชื่อถือเพียงใด ดังนั้น กฎหมายจึงไม่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ ชี้หน้าพยานหลักฐานไว้ นอกจากนี้ ศาลไม่ผูกพันที่จะต้องเชื่อความเห็นของพยาน ผู้เชี่ยวชาญว่าความเห็นดังกล่าวถูกต้องเสมอไป

(2.9) หลักยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย

หลักยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยถือเป็นหลักการสากล ของกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความอาญาโดยเฉพาะ โดยหลักการดังกล่าวนี้หมายความว่า ในกรณีที่ศาลพิจารณาพยานหลักฐานทั้งหลายแล้ว ศาลยังมีความสงสัยโดยเหตุอันสมควรว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดจริงหรือไม่ ซึ่งในกรณีที่เกิดความสงสัยเช่นนี้ต้องถือว่าจำเลยเป็น ผู้บริสุทธิ์

หลักกฎหมายนี้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้บริสุทธิ์ เพราะการลงโทษ บุคคลใด ต้องปรากฏหลักฐานที่ปราศจากข้อสงสัย แต่หากยังคงเป็นที่สงสัยก็ควรยกฟ้องซึ่งเป็น

การตีความที่จะลงโทษผู้นั้น ส่วนขอบเขตของหลักกฎหมายนี้จะถูกนำมาใช้เฉพาะกรณีเกิดความสงสัยในเรื่องข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เกิดปัญหาความสงสัยในเรื่องข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับอายุความ การถอนคำร้องทุกข์ หรือเป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดหรือไม่นั้น จะสามารถใช้หลักยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยได้หรือไม่ มีความเห็นแยกออกได้ดังนี้ ความเห็นแรก เห็นว่า กรณีดังกล่าวมิได้เกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลย แต่เป็นเรื่องการพิจารณาว่าจะสามารถดำเนินคดีกับจำเลยได้หรือไม่ จึงไม่อาจยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยได้ ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดด้วย เพราะบุคคลจะรับโทษไม่ได้ถ้าไม่มีการดำเนินคดีโดยรัฐจึงสามารถยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยได้³³

(3) หลักกฎหมายทั่วไปทางสัจยัตินอกกฎหมายปกครอง

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองถือเป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีในศาลปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้เป็นกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับตุลาการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาและคุ้มครองในการต่อสู้คดี อีกทั้งยังเป็นการหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการและลดปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณีในคดีปกครองซึ่งฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นเอกชน โดยให้คู่กรณีมีฐานะและสถานภาพใกล้เคียงกันที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการละเลยต่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชน

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กล่าวคือ การพิจารณาคดีปกครองใช้ระบบไต่สวนโดยใช้เอกสารเป็นหลัก เสียค่าใช้จ่ายน้อย เป็นวิธีพิจารณากึ่งลับ เรียบง่ายไม่ต้องมีทนาย และมีตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อคอยถ่วงดุลการทำงานขององค์คณะ อีกทั้ง ยังมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ นอกจากนี้การฟ้องคดีปกครองไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง และในการทำคำสั่งหรือคำพิพากษาศาลจะไม่ออกคำสั่งในทางบริหารเสียเอง พร้อมทั้งเปิดโอกาสให้วิจารณ์คำพิพากษาได้ในทางวิชาการ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือระเบียบที่ออกโดยฝ่ายตุลาการอาจไม่เพียงพอสำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีปกครอง นอกจากนี้ในการที่จะอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองย่อมไม่อาจที่จะนำเอาหลักการของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้เสมอไป ทั้งนี้เพราะกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายวิธี

³³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 18 – 19.

พิจารณาความแฟ้ง และความแตกต่างดังกล่าวย่อมส่งผลต่อนิติวิธีและการบังคับใช้กฎหมาย ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับในกรณีที่ไม่มีการกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น มีประโยชน์สำคัญ 2 ประการ³⁴ คือ

(1) เป็นการสอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองที่ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น เกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลและพัฒนาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

(2) เป็นการยืนยันหลักความแตกต่างและความเป็นเอกเทศจากวิธีพิจารณาคความแฟ้ง เพราะไม่เช่นนั้นหากมีช่องว่างขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็จะมี ความพยายามนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคความแฟ้งมาใช้บังคับอันจะทำให้เกิดความขัดแย้งกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองและอาจส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ หลักกฎหมายทั่วไปในวิธีพิจารณาคดีปกครองที่สำคัญมีประการ 2 ได้แก่ การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการพิจารณา

(3.1) การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

การปกครองในระบบกฎหมายสมัยใหม่นั้นถือหลักว่าการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ อันเป็นการริดรอนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงกลายเป็นทั้งที่มาและข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองนี้โดยปกติแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ ส่วนกฎหมายลำดับรองอันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แม้กฎหมายลำดับรองจะมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน แต่กฎหมายลำดับรองเหล่านี้ก็ยังคงอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ จึงจะสามารถมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น การที่จะระบุเพียงว่าที่มาของอำนาจฝ่ายปกครองโดยหลักแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ และกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับ

³⁴ ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุทธาวาร, "หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2545): หน้า 96.

ดังเช่นพระราชบัญญัติ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเรื่องที่คลาดเคลื่อนหรือขัดต่อสภาพทางกฎหมายแต่อย่างใด³⁵ ส่วนกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยปกติแล้ว ได้แก่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ เช่นพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองซึ่งจะกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจไว้ในคราวเดียวกัน นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าว ข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอาจปรากฏในกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในเวลาที่ฝ่ายปกครองกระทำการ หรือในกฎหมายจารีตประเพณี หรือหลักกฎหมายทั่วไป เป็นต้น

ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมายอาจแยกพิจารณาได้เป็นสองประการได้แก่

ประการแรก สิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิดังกล่าวนี้เป็นของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียที่จะโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการรับคดีไว้พิจารณาตามที่ศาลกำหนดไว้

หลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับเป็นการทั่วไป อีกทั้งคำพิพากษาของศาลได้ขยายขอบเขตของการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมให้กว้างขวางขึ้นโดยได้ลดจำนวนของข้อยกเว้นต่างๆ เช่น การกระทำของรัฐบาล มาตรการภายใน หนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความ นิติกรรมที่เป็นการเตรียม โดยขยายเขตแดนของนิติกรรมทางปกครองในส่วนที่สัมพันธ์กับกิจกรรมทางศาลหรือการกระทำที่เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะขององค์กรเอกชนและพิจารณาคดีสัญญาโดยใช้เทคนิคการพิจารณานิติกรรมที่แยกออกจากสัญญา (*acte détachable*) และการขยายเขตแดนการควบคุมดังกล่าวก็ยังคงมีอยู่เช่นเดียวกับกรณีของคำสั่งขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (*autorités administratives indépendantes*) และผู้ตรวจการรัฐสภา (*Médiateur*) ซึ่งแม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก็อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง³⁶

ประการที่สอง สิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุด เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักที่สกัดขึ้นโดยคำพิพากษาในสมัยเดียวกับการสกัดหลักว่าด้วยสิทธิในการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และหลักดังกล่าวมีขึ้นเพื่อโต้แย้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้มีการฎีกาได้ก็ตามและแม้จะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดว่าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มีลักษณะสูงสุด

³⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง" เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 13, หน้า 15.

³⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุทธาวาร, "หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 2: 123.

หรือเด็ดขาดหรือไม่สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้อีก การแสดงออกอย่างชัดเจนที่จะยกเว้นไม่ให้มีการฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดเท่านั้นที่จะมีผลให้ไม่สามารถยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดในฐานะศาลชั้นสุดท้าย³⁷

(3.2) หลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการพิจารณา

หลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการพิจารณาหรือหลักฟังความทุกฝ่ายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อันเป็นการประกันสิทธิของคู่กรณีที่จะได้รับแจ้งข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งในสำนวนคดีทั้งหมด หรือมีโอกาสดังกล่าวจะแสดงความคิดเห็นหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงต่างๆ แต่หลักดังกล่าวอาจถูกยกเว้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักฟังความทุกฝ่ายปรากฏในทุกประเภทกฎหมายทั้งในกฎหมายวิธีพิจารณาคriminal หรือกฎหมายวิธีพิจารณาคivil และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง และหลักกฎหมายดังกล่าวถูกนำมาใช้บังคับอย่างเคร่งครัด อย่างไรก็ตามหลักฟังความทุกฝ่ายถูกปรับให้เหมาะสมกับลักษณะเฉพาะของแต่ละศาล ดังนั้น หลักฟังความทุกฝ่ายในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองจึงมีลักษณะที่แตกต่างออกไปจากหลักฟังความทุกฝ่ายที่ใช้บังคับในกระบวนการพิจารณาของศาลอื่น ดังนี้

ประการแรก หลักฟังความทุกฝ่ายกำหนดให้ต้องมีการแจ้งคู่กรณีถึงกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง เมื่อศาลปกครองได้รับคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งของฝ่ายปกครอง ศาลจะต้องแจ้งให้ฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องทราบและอาจจะต้องแจ้งแก่บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องในคดีนั้นด้วย เช่น การฟ้องขอให้เพิกถอนการสอบแข่งขัน ในกรณีนี้ศาลต้องแจ้งแก่ฝ่ายปกครองคู่กรณีและแจ้งแก่ผู้สอบแข่งขันคนอื่นๆ ซึ่งอาจถูกยกเลิกสิทธิในฐานะที่เป็นผู้สอบได้ และอาจได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ ต่อไป หรือถ้าการฟ้องคดีเกิดจากฝ่ายปกครองเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองต้องแจ้งแก่หน่วยงานอื่นหรือเอกชนที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย³⁸

ประการที่สอง ศาลจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริง ศาลจะไม่รับเอกสารที่ยื่นต่อศาลถ้าคู่กรณีไม่ได้รับทราบถึงเอกสารดังกล่าวด้วย ซึ่งการกำหนดให้ต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบเกี่ยวกับข้อเท็จจริงก็เพื่อให้มีการโต้แย้งคัดค้านในประเด็นต่างๆ ซึ่งเป็นสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดี และเพื่อที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ศาลจะต้องใช้เวลาแก่คู่กรณีพอสมควรที่จะดำเนินการ ระยะเวลาดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้แน่นอนแต่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของแต่ละคดี เนื้อหาของเอกสาร ความยุ่งยากซับซ้อนของคดี ซึ่งศาลมีอำนาจที่จะกำหนดระยะเวลาดำเนินการดังกล่าวได้³⁹

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124 – 125.

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 127.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 129.

แม้หลักฟังความทุกฝ่ายจะมีความสำคัญในกระบวนการวิธีพิจารณา แต่ในบางกรณีศาลก็อาจไม่นำหลักการดังกล่าวมาใช้บังคับแก่คดีได้ เช่นกรณีต่อไปนี้

(ก) กรณีที่มีความเร่งด่วน เช่น ในคดีการเลือกตั้ง ที่ต้องอาศัยความรวดเร็วในกระบวนการวิธีพิจารณา การที่ศาลจะดำเนินการให้ครบกระบวนการโต้แย้งคัดค้านที่ใช้ระยะเวลานานย่อมก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมส่วนรวม ดังนั้น ศาลจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบเฉพาะกรณีที่เกิดการคัดค้านเท่านั้น หรือในคดีขอให้กำหนดมาตรการชั่วคราว ศาลอาจกำหนดมาตรการชั่วคราวได้โดยไม่ต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม หากเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ได้มาเพียงพอแก่กรณี

(ข) ตามหลักฟังความทุกฝ่ายศาลมีหน้าที่ในการแจ้งข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบ รวมถึงข้อเท็จจริงที่ได้มาจากการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลเอง แต่ในกรณีที่เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถยกขึ้นกล่าวอ้างได้โดยไม่ต้องแจ้งให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องในคดีได้ทราบ แม้ว่าเหตุแห่งดังกล่าวจะไม่ปรากฏในคำฟ้องหรือคำให้การใดๆ ของคู่กรณี หลักการนี้เป็นหลักการทั่วไปที่ศาลได้วางขึ้นเพื่อใช้ในวิธีพิจารณา

2.1.3 แหล่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

ในแต่ละประเภทกฎหมายต่างก็ต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกฎหมายของตน และองค์กรที่มีความสำคัญในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป คือ ศาล อย่างไรก็ตาม การได้มาซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปย่อมแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องมาจากกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองมีที่มาและนิติวิธีที่แตกต่างกัน จากความแตกต่างนี้เองจึงเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปต่างกัน

2.1.3.1 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่ง⁴⁰

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่งมีที่มาจากหลายแห่ง ได้แก่ สุภาษิตกฎหมาย (Legal Proverb) หลักกฎหมายต่างประเทศ (The principle or theory of foreign laws) หลักแห่งความยุติธรรม (The principle of justice) หลักสามัญสำนึก (Common sense) คำสอนหรือตำรากฎหมาย และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice)

(1) สุภาษิตกฎหมาย (Legal Proverb)

สุภาษิตกฎหมาย คือ ประโยคหรือวลีสั้นๆ อันมีข้อความเกี่ยวกับแนวคิดทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นคำคมหรือคำพังเพยที่นักกฎหมายนำไปใช้ในโอกาสต่างๆ หรือนำไปใช้กับข้อพิพาทหรือปัญหาทางกฎหมาย อย่างไรก็ตาม สุภาษิตกฎหมายไม่ใช่ตัวบท

⁴⁰ ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 - 14, หน้า 46 - 58.

กฎหมายโดยตรงเป็นแต่เพียงสัญลักษณ์แห่งกฎหมาย นักกฎหมายมักอ้างสุภาษิตกฎหมาย เสมือนหนึ่งว่าเป็นตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับได้ ในการกล่าวอ้างสุภาษิตกฎหมายมีข้อพึงระวังว่า สุภาษิตกฎหมายแต่ละบทมีข้อยกเว้นและข้อจำกัดในเรื่องขอบเขตและความหมายหลายประการ นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมและเศรษฐกิจทำให้สุภาษิตกฎหมายบางบทไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ ศาลจึงต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งเพื่อมิให้เกิดความบกพร่องในการ ใช้สุภาษิตกฎหมาย

ตัวอย่างสุภาษิตกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับคดีแพ่ง ได้แก่

(ก) ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (No man can give a better title than that which he himself has)

(ข) ผู้ซื้อต้องมีหน้าที่ระวัง (Let a purchase beware)

(ค) ผู้กระทำมิชอบในการใดไม่ควรให้ได้ประโยชน์จากการนั้น (No person ought to have advantage from his own wrong)

(ง) การเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่ากับจงใจทำความผิด (Gross negligence is held equivalent to intention wrong)

(จ) ตัวแทนไม่มีอำนาจแต่งตั้งตัวแทนช่วง (A delegate cannot delegate)

(ฉ) ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (That to which a man consent cannot be considered an injury)

(ช) สิ่งใดติดกับที่ดิน ย่อมเป็นส่วนหนึ่งของที่ดิน (Whatever is affixed to the soil belongs to the soil)

(ซ) สัญญาซึ่งทำขึ้นโดยกลฉ้อฉล กฎหมายไม่รับบังคับบัญชาให้ (An agreement secured by fraud cannot be upheld)

(2) หลักกฎหมายต่างประเทศ (The principle or theory of foreign laws)

หลักกฎหมายต่างประเทศถูกนำมาอ้างเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายตามที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายต่างประเทศนั้นต้องได้รับการยอมรับและนำไปใช้บังคับในประเทศต่าง ๆ โดยไม่ขัดต่อกฎหมายภายในของประเทศหรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

ตัวอย่างคำพิพากษาที่นำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 87/2478 ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า อ.ถึงแก่กรรมเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม 2455 ได้ทำพินัยกรรมลงวันที่ 8 มิถุนายน 2477 ตั้งให้จำเลยเป็นผู้จัดการทรัพย์สินและเป็นทรัพย์สินให้ถือกรรมตกไว้ให้แก่ทายาท โจทก์เป็นผู้รับทรัพย์สินตามทรัพย์สินที่ตั้งขึ้นจึง

ฟ้องคดีเพื่อเรียกทรัพย์สินส่วนของโจทก์และให้ทรัพย์สินแสดงบัญชี ศาลฎีกาเห็นว่า คดีนี้มีไม่ใช่แค่คดีร้องขอส่วนแบ่งในทรัพย์สิน แต่เป็นคดีที่ผู้รับประโยชน์ฟ้องทรัพย์สินที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยพินัยกรรมและขอให้บังคับตามสิทธิเรียกร้อง และเห็นว่าคดีนี้เป็นคดีที่ค้างชำระอยู่ในศาล กฎหมายที่ใช้บังคับกับคดีที่ค้างชำระต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่ในเวลาเริ่มคดี เว้นแต่จะมีกฎหมายใหม่บัญญัติเป็นการชัดแจ้งให้เปลี่ยนสิทธินั้นๆ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มิได้บัญญัติถึงการเปลี่ยนสิทธิของคู่ความในคดีนี้ และไม่มีกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องทรัพย์สิน ศาลฎีกาจึงอาศัยมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษเกี่ยวกับทรัพย์สินมาใช้ในลักษณะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

(3) หลักแห่งความยุติธรรม (The principle of justice)

ความยุติธรรม แปลว่า ความเที่ยงธรรม ความชอบด้วยเหตุผล ความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งในทางนิติศาสตร์เพราะความยุติธรรมเป็นจิตวิญญาณของกฎหมาย กฎหมาย ความยุติธรรม เหตุผลและความถูกต้องชอบธรรมเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้ หลักแห่งความยุติธรรมจึงถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่ง

(4) หลักสามัญสำนึก (Common sense)

หลักสามัญสำนึก คือ แนวความคิดของวิญญูชนทั่วไปที่ยึดในหลักเหตุผล ความชอบธรรมและความถูกต้องที่สอดคล้องกับขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีของสังคมนั้น โดยปกติแนวคิดหรือสามัญสำนึกจะสอดคล้องและกลมกลืนกับสภาพของธรรมชาติจึงทำให้เป็นที่ยอมรับของบุคคลทั่วไป ฉะนั้น สามัญสำนึกของบุคคลต้องไม่ขัดหรือแย้งกับความรู้สึกนึกคิดของบุคคลทั่วไป มีผู้กล่าวว่า “Common sense is not common” ซึ่งแสดงว่าบุคคลที่มีสามัญสำนึกโดยทั่วไปแล้วเป็นบุคคลที่มีสติมีความรอบคอบและมีความเฉลียวฉลาดนั่นเอง หลักสามัญสำนึกจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ มีศีลธรรมและมีความยุติธรรมและนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปได้

(5) คำสอนและตำรากฎหมาย

คำสอนและตำรากฎหมายเป็นสิ่งที่นักปราชญ์ทางกฎหมายได้คิดค้นและวางหลักเกณฑ์ไว้ตั้งแต่ในสมัยกรีกและสืบเนื่องมาจนถึงยุคปัจจุบัน หลักกฎหมายที่นักปราชญ์ได้คิดค้น ได้แก่ หลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาของจักรพรรดิ Justinian ทฤษฎี Analytical Jurisprudence ของ John Austin ที่สร้างหลัก “กฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลปัดยศ” คำสอนและตำรากฎหมายเหล่านี้ได้ศึกษาวิเคราะห์เรื่องความยุติธรรม ความเป็นธรรม ความชอบธรรม ความถูกต้องและเหตุผลต่างๆ ซึ่งสอดคล้องกับสภาพการดำรงชีวิตของสมาชิกในสังคม และมุ่งสร้างแนวคิดต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม คำสอนและตำราจึงได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

(6) หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice)

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติคือหลักแห่งความเป็นธรรม (Fairness) เป็นสิ่งที่มีเหตุผลตามสภาพธรรมชาติที่เรียกว่า “nature of things” เมื่อมนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของธรรมชาติ อยู่ภายใต้กฎของธรรมชาติ ดังนั้นกฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นจึงต้องสอดคล้องกับกฎของธรรมชาติ หลักความยุติธรรมตามกฎหมายธรรมชาติได้นำมาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของบุคคล สิทธิว่าด้วยมนุษยชน หรือหลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิมนุษยชนล้วนเป็นแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติทั้งสิ้น

2.1.3.2 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

เมื่อกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดระเบียบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อีกทั้งยังเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานภาพระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน ด้วยเหตุนี้จึงมีนักกฎหมายบางท่านมองว่ากฎหมายปกครองเป็นกฎหมายเทคนิคที่ถูกร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนี้ นอกจากการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยตนเองแล้วก็ยังมี การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองซึ่งได้แก่ ศาลปกครอง

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น ศาลปกครองจำต้องอาศัยกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ นอกจากนี้อาจมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาใช้ด้วยเช่นกัน ในการค้นหาหลักกฎหมายเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาคดี ศาลปกครองค้นหาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษร กฎหมายจารีตประเพณี และจากคำพิพากษาของศาลในอดีตก่อน

(1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักเกิดขึ้นจากการสกัดหลักที่ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ โดยอาจเกิดขึ้นจากการตีความตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใด ฉบับหนึ่งหรือจากการค้นหาเจตนารมณ์จากกฎหมายหลายๆ ฉบับ⁴¹ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กล่าวมานี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น เป็นต้น

⁴¹ บุปผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5,1: 2.

(2) กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณี คือ หลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่สืบทอดกันมาช้านานจากคนรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่งและปฏิบัติกันต่อมาอย่างสม่ำเสมอ และสาธารณชนมีความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติ แต่โดยตัวกฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจนำมาใช้เป็นกฎหมายได้โดยตรง หากเป็นแต่เพียงวัตถุดิบเบื้องต้นที่ศาลนำไปแปรสภาพเพื่อนำไปใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

แม้หลักกฎหมายทั่วไปจะมีที่มาจากกฎหมายจารีตประเพณี แต่ทั้งสองอย่างนี้ก็อาจถือได้ว่าเป็นสิ่งเดียวกัน เพราะหลักกฎหมายทั่วไปแม้จะมาจากข้อความคิดพื้นฐานของคนในสังคมว่าเป็นสิ่งที่ถูกและจำต้องปฏิบัติซึ่งสอดคล้องกับลักษณะบางประการของกฎหมายจารีตประเพณีก็ตาม แต่การที่หลักกฎหมายทั่วไปถูกนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ทันทีโดยไม่ต้องได้รับการปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างช้านานเหมือนกับกฎหมายจารีตประเพณี จึงทำให้ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายจารีตประเพณีแตกต่างกันออกไป

(3) คำพิพากษาของศาล

ในการพิจารณาพิพากษาคดีตุลาการจะเป็นผู้ใช้และตีความกฎหมาย และในกรณีเกิดช่องว่างของกฎหมาย ตุลาการจะเป็นผู้อุดช่องว่างดังกล่าวโดยการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษา แม้คำพิพากษาที่ได้จากการใช้หรือการตีความกฎหมาย หรือเกิดจากการอุดช่องว่างโดยหลักกฎหมายทั่วไปอันจะมีผลใช้บังคับแต่เฉพาะคดีที่ศาลพิจารณาพิพากษาเท่านั้น แต่เมื่อมีการค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปก็ย่อมเป็นประโยชน์แก่กฎหมายปกครอง และศาลในคดีต่อๆ มาก็สามารถนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาคดีของตนได้

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากการวินิจฉัยคดีของตุลาการมีความแตกต่างจากคำพิพากษาที่เป็นแนวบรรทัดฐานของศาล กล่าวคือ ประการแรก แนวบรรทัดฐานของศาลมีความไม่แน่นอน เมื่อสภาพการณ์ทางสังคมหรือเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปแนวบรรทัดฐานของศาลก็อาจเปลี่ยนแปลงไป แต่หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีความมั่นคงและเป็นหลักการที่สามารถยึดถือได้ อีกทั้งยังสามารถที่จะนำไปใช้กับสถานการณ์ที่หลากหลาย ประการที่สอง คือ แนวคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นผลมาจากการตัดสินคดีของศาล แล้วได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดีถัดมา แต่หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการที่อยู่เหนือศาล ซึ่งศาลเองได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของตน

2.1.4 สถานะทางกฎหมายหรือค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไป

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีย่อมแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปถูกนำมาใช้โดยมีสถานะเช่นเดียวกับกฎหมาย แต่สิ่งที่น่าพิจารณาคือ

ในระบบกฎหมายหนึ่งๆ ต่างก็มีลำดับศักดิ์กฎหมายที่แตกต่างกัน และลำดับศักดิ์นี้เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงค่าบังคับของกฎหมาย ดังนั้น ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปโดยเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองนั้นเป็นเช่นไรในระบบกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่น่าพิจารณา

นักกฎหมายมหาชนหลายท่านได้อธิบายถึงลำดับศักดิ์กฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองไว้ ดังนี้

CHAPUS René เห็นว่า ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไม่จำเป็นต้องให้เทียบเท่ากับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่เทียบเท่ารัฐบัญญัติ แต่ควรมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา (*valeur infralégislative et supradécrétale*)⁴²

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ อธิบายว่า หลักกฎหมายทั่วไปย่อมมีลำดับศักดิ์เท่ากับกฎหมายที่องค์กรนั้นเป็นผู้ออก เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติย่อมต้องมีศักดิ์เท่ากับพระราชบัญญัติ (*legislatif*) ซึ่งมีศักดิ์สูงกว่า พระราชกฤษฎีกา (*décret*) แต่มีศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปจำแนกเป็นสองระดับคือ (1) หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญ (*valeur constitutionnal*) ได้แก่ หลักกฎหมายพื้นฐาน (*les principes fondamentaux du droit*) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญจึงมีคุณค่าเท่ารัฐธรรมนูญ และ (2) หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ (*valeur infra constitutional*) ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกสร้างขึ้นโดยองค์กรที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่ในระดับใดนั้น ต้องดูว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีที่มาจากที่ใด ใครเป็นผู้สร้างขึ้น หรือปรากฏอยู่ ณ ที่ใด ถ้าปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญในส่วนที่เรียกว่าหลักกฎหมายพื้นฐานแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะมีคุณค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าหลักกฎหมายทั่วไปถูกสร้างโดยองค์กรที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายนิติบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะมีค่าบังคับเทียบเท่ากับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและสามารถนำไปใช้กับสิ่งที่อยู่ต่ำกว่าได้⁴³

พนม เอี่ยมประยูร เห็นว่า ไม่ควรกำหนดให้หลักกฎหมายทั่วไปอยู่ในระดับใดระดับหนึ่งเพียงระดับเดียว หลักกฎหมายทั่วไปควรมีระดับแตกต่างกันไปได้ และความแตกต่างนี้มิใช่ขึ้นอยู่กับระดับขององค์กรผู้มีอำนาจในการอ้างหรือใช้หลักการดังกล่าว หากแต่ขึ้นอยู่กับที่มา

⁴² Chapus, R. *De la soumission au droit des règlements autonomes*, D., 1960, chron.p. 119 – 126 และ *De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administrative*, D., 1966, chron. P.99 – 106 อ้างถึงใน พนม เอี่ยมประยูร, “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส” ใน *ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร.พนม เอี่ยมประยูร*, หน้า 55 – 56.

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *ที่มาของกฎหมายมหาชน* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป), หน้า 193.

ในทางเนื้อหาของหลักการต่างๆ กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดมาจากตัวบทกฎหมาย ซึ่งตัวบทกฎหมายเหล่านี้มีค่าบังคับแตกต่างกันไป เช่น รัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ หรือข้อกำหนด เป็นต้น ฉะนั้นเราจะให้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งสกัดจากตัวบทกฎหมายดังกล่าวนี้มีค่าบังคับแตกต่างกันไปตามตัวบทกฎหมายซึ่งเป็นที่มาในทางเนื้อหาของหลักการเหล่านี้ไม่ได้⁴⁴

จากความเห็นของนักกฎหมายที่มีต่อลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปสามารถสรุปได้ ออกเป็น 2 แนวทาง ดังนี้

แนวทางที่หนึ่งเห็นว่า ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นอยู่กับองค์กรผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายนั้นก็จะมีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ ผลที่ตามมาคือหลักกฎหมายทั่วไปนี้ไม่สามารถขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่าได้ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ นอกจากนี้หลักกฎหมายทั่วไปแบ่งเป็นสองระดับคือ มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญ และมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการจัดลำดับศักดิ์หลักกฎหมายทั่วไปอย่างกว้างๆ

ความเห็นที่สอง ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นอยู่กับที่มาในทางเนื้อหาของหลักกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ หากหลักกฎหมายทั่วไปถูกสกัดมาจากกฎหมายในลำดับใดหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ก็ควรมีค่าบังคับเท่ากับกฎหมายที่ตนถูกสกัดมา โดยไม่ต้องพิจารณาถึงองค์กรผู้สร้าง ดังนั้น หลักกฎหมายจึงอาจมีลำดับศักดิ์ตั้งแต่ชั้นรัฐธรรมนูญจนถึงข้อบังคับของฝ่ายบริหารก็เป็นได้

2.2 การยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปในทางนิติปรัชญาและในระบบกฎหมาย

นอกเหนือจากการทำความเข้าใจในลักษณะพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไป การศึกษาในทางปรัชญาก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะทำให้ทราบว่าการสร้างและการใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของสำนักความคิดใด ทั้งนี้การทราบถึงที่มาในทางแนวคิดและปรัชญามีผลต่อการทำความเข้าใจในหลักกฎหมายทั่วไปได้ดียิ่งขึ้น นอกจากนี้สิ่งที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งคือ การยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปในแต่ละระบบกฎหมายเพราะในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน การใช้หลักกฎหมายทั่วไปอาจแตกต่างกันออกไป

⁴⁴ พนม เอี่ยมประยูร, "หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส" ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร.พนม เอี่ยมประยูร, หน้า 56

2.2.1 ข้อพิจารณาในทางนิติปรัชญา

แนวคิดในทางนิติปรัชญาเป็นพื้นฐานสำคัญในการสร้างและใช้กฎหมาย ด้วยเหตุนี้จึงเห็นควรที่จะพิจารณาแนวคิดของสำนักความคิดต่างๆ เพื่อนำไปสู่การพิจารณาว่าสำนักความคิดใดที่มีอิทธิพลต่อแนวคิดในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป

2.2.1.1 สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ

สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติเน้นเรื่องกฎเกณฑ์ต่างๆ มีระเบียบอยู่โดยธรรมชาติของมันเองไม่ขึ้นกับอำเภอใจของมนุษย์ มนุษย์เพียงแต่ใช้สติปัญญาไปค้นพบได้เท่านั้น นอกจากนี้ กฎหมายธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ที่แท้จริงและมีลักษณะเป็นกฎหมายทั่วไป คือ เป็นจริงในทุกสถานที่ กฎเกณฑ์ที่เป็นจริงในสถานที่หนึ่งต้องเป็นจริงในอีกสถานที่หนึ่งด้วย หากกฎเกณฑ์ใดเป็นจริงเฉพาะแต่ในบางแห่ง กฎเกณฑ์นั้นไม่ถือเป็นกฎหมายธรรมชาติ และกฎเกณฑ์ธรรมชาติจะต้องมีลักษณะเป็นจริงตลอดไป เมื่อเป็นจริงในสมัยหนึ่งก็ต้องเป็นจริงในอีกสมัยหนึ่ง มิเช่นนั้นแล้วก็ไม่อาจถือว่าเป็นกฎหมายธรรมชาติ

(1) ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติในสมัยกรีก - โรมัน

(1.1) Aristotle มีความเห็นต่อเรื่องการปกครองโดยกฎหมายว่า การมีชีวิตอยู่ในสังคมของมนุษย์จะเป็นไปได้ต่อเมื่อดำเนินไปภายใต้หลักเหตุผลและความยุติธรรม คือ อยู่ภายใต้กฎหมาย และ Aristotle เชื่อว่ากฎหมายคือเหตุผลที่ปราศจากกิเลสตัณหา ฉะนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่ปรารถนายิ่งกว่าตัวบุคคล จึงควรมอบอำนาจให้แก่กฎหมายมิใช่มอบอำนาจให้แก่บุคคล อย่างไรก็ตาม Aristotle ยอมรับว่าการปกครองด้วยกฎหมายนั้นในบางครั้งอาจเกิดความไม่เป็นธรรม เพราะกฎหมายเป็นหลักการทั่วไปจึงอาจไม่เป็นธรรมแก่กรณีเฉพาะเรื่อง แต่โดยที่กฎหมายในตัวมันเองคือเหตุผลอันปราศจากกิเลส การแก้ปัญหาคความไม่ยุติธรรมเฉพาะเรื่องสามารถแก้ไขโดยการนำเอาหลักความเป็นธรรมเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรมได้ ลักษณะดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับธรรมชาติของการปกครองด้วยกฎหมาย เพราะการปกครองด้วยกฎหมายคือการปกครองด้วยเหตุผลนั่นเอง⁴⁵

(1.2) Cicero เห็นว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องของเหตุผลที่เป็นไปตามธรรมชาติสอดคล้องกับกฎเกณฑ์หรือหลักการของจักรวาล อันเป็นธรรมชาติภายนอกและขณะเดียวกันก็เป็นธรรมชาติภายในของมนุษย์เช่นกัน และกฎหมายธรรมชาตินั้นมีลักษณะทั่วไปเพราะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ทุกแห่งไม่ได้อยู่เหนือหรือแยกออกจากสิ่งต่างๆ และมีคุณค่าในตัวเองเหนือกว่ากฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้น นอกจากนี้ยังมีผลผูกพันให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามข้อความดังกล่าว อีกทั้งมีความเป็นสากลไม่เปลี่ยนแปลง⁴⁶

⁴⁵ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 81 – 82.

⁴⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546),

(2) ความคิดกฎหมายธรรมชาติในสมัยกลาง⁴⁷

ในยุโรปสมัยกลางเป็นยุคสมัยที่ศาสนจักรมีอำนาจครอบงำการเมือง และมีการนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาอ้างอิงกับคำสอนของศาสนจักร โดยอ้างว่าความประสงค์ของพระเจ้าเป็นเจ้าเป็นกฎหมายธรรมชาติ ผู้ที่มีอิทธิพลสำคัญในยุคนี้ คือ St. Thomas Aquinas

St. Thomas Aquinas เห็นว่า กฎเกณฑ์ของจักรวาลและโลกมนุษย์มี 4 ประเภท ได้แก่

(ก) กฎหมายนิรันดร คือ แบบแผนการปกครองของพระเจ้า การกระทำทั้งหลายย่อมดำเนินไปภายใต้ลิขิตอันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้า และมีเพียงพระเจ้าเท่านั้นที่รู้กฎหมายอันศักดิ์สิทธิ์นี้ มนุษย์จะสามารถล่วงรู้กฎหมายดังกล่าวได้ต่อเมื่อพระเจ้าได้ประทานให้เข้าถึงสารัตถะของพระองค์

(ข) กฎหมายธรรมชาติ คือ กฎหมายนิรันดรในส่วนที่มนุษย์สามารถเข้าถึงด้วยเหตุผลที่มีอยู่ในตัวมนุษย์เอง กฎหมายธรรมชาตินี้แบ่งออกเป็นกฎหมายธรรมชาติลำดับต้นและกฎหมายธรรมชาติลำดับรอง กฎหมายธรรมชาติลำดับต้น คือ การทำความดี ละเว้นความชั่ว ซึ่งรู้ได้ด้วยเหตุผลของมนุษย์ ส่วนกฎหมายธรรมชาติลำดับรอง คือ การนำหลักกฎหมายธรรมชาติลำดับต้นไปแยกย่อยเป็นรายละเอียด หรือนำไปปรับใช้ในสังคมตามควรแก่กาลเทศะ

(ค) กฎหมายศักดิ์สิทธิ์ คือ กฎเกณฑ์ที่มนุษย์ได้รับรู้จากการดลบันดาลจากพระบัญญัติในคัมภีร์ไบเบิลและแนวคำสอนของศาสนจักร กฎเกณฑ์เหล่านี้มักเป็นกฎเกณฑ์ทางความเชื่อทางศาสนาหรือทางศีลธรรมที่ขัดแย้งกันด้วยเหตุผลไม่ได้

(ง) กฎหมายมนุษย์ คือ บัญชาของเหตุผลเพื่อความดีงามร่วมกัน โดยคำบัญชานี้ต้องแสดงออกถึงอำนาจอันชอบธรรมหรืออำนาจที่ได้รับการยอมรับนับถือซึ่งทุกคนเคารพและปฏิบัติตาม และต้องเป็นสิ่งที่บัญญัติขึ้นโดยผู้มีหน้าที่ในการรักษาความสงบของสังคม และได้มีการประกาศใช้ นอกจากนี้ St. Thomas Aquinas เน้นว่า กฎหมายมนุษย์ต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติถ้ากฎหมายมนุษย์ขัดต่อกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายมนุษย์จะไม่มีค่าเป็นกฎหมายและประชาชนย่อมมีสิทธิไม่เชื่อฟังผู้ปกครองได้

(3) ความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่

แนวคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่เกิดขึ้นอีกครั้งในยุค Renaissance กฎหมายธรรมชาติในยุคนี้เห็นว่า มนุษย์มีสติปัญญาและเหตุผล เหตุผลในธรรมชาติของมนุษย์เป็นรากฐานของกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น กฎหมายธรรมชาตินี้จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับเหตุผลและคำนึงถึงมนุษยธรรมซึ่งคนธรรมดาสามารถเข้าใจได้ด้วยเหตุผล นักกฎหมายในยุคนี้ได้นำแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมาใช้ในการอธิบายแนวคิดการปกครองสมัยใหม่ เช่น การเสนอแนวคิดสัญญา

⁴⁷ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญาเบื้องต้น, หน้า 89 – 91.

ประชาคมของ John Locke และของ Jean Jacques Rousseau หรือการเสนอแนวคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu

2.2.1.2 สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์

สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์เกิดขึ้นโดยมีจุดเริ่มต้นจากการต่อต้านแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติและต่อต้านแนวคิดการบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันตามแบบอย่างของประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส โดยศาสตราจารย์ชาวเยอรมัน Von Savigny ได้แสดงความคิดที่เป็นจุดเริ่มต้นของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์นี้ว่า กฎหมายไม่ใช่สิ่งที่มนุษย์สร้างขึ้นได้ตามใจชอบ แต่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยตัวของมันเองแล้วเติบโตเปลี่ยนแปลงคลี่คลายไปตามประวัติศาสตร์ หรือลักษณะของชนชาติ เหมือนกับต้นไม้ คนหรือสัตว์ที่เมื่อเกิดขึ้นแล้วจะค่อย ๆ เติบโตไปตามหลักเกณฑ์วิวัฒนาการ⁴⁸ นอกจากนี้ Savigny ได้เสนอว่าในการบัญญัติกฎหมายจะต้องศึกษาถึงจารีตประเพณีของชาติก่อน ฉะนั้น การนำเอากฎหมายของประเทศหนึ่งมาใช้เป็นกฎหมายของอีกประเทศหนึ่งจึงไม่อาจทำได้ การทำประมวลกฎหมายก็เช่นกันไม่ควรทำโดยพลการโดยถือเอาอำนาจและเจตจำนงของรัฐเพียงรัฐเดียวหรือใช้เหตุผลของนักปราชญ์มาสร้างเป็นกฎหมายในรูปแบบของกฎหมาย การทำประมวลกฎหมายที่ดีต้องเป็นผลมาจากการศึกษาค้นคว้าในทางประวัติศาสตร์เพื่อรู้ถึงจิตวิญญาณของประชาชาติ ซึ่งก็คือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีที่เกิดขึ้นในแวดวงของชนชาติแต่ละชาติ และหลักนิติศาสตร์ที่พัฒนาต่อเนื่องจากจิตวิญญาณของประชาชาติเพื่อนำมาเรียบเรียงให้เกิดเป็นประมวลกฎหมาย

2.2.1.3 สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมือง⁴⁹

สำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองเกิดขึ้นมาพร้อมกับการขยายตัวของรัฐสมัยใหม่ โดยสำนักกฎหมายนี้มีแนวคิดปฏิเสธกฎหมายที่สูงกว่า(Higher Law) หรือกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และยอมรับว่าสิ่งที่เป็กฎหมายแท้จริงคือกฎหมายบ้านเมืองหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เท่านั้น เพราะรัฐอธิปไตยมีอำนาจสูงสุดที่จะออกกฎหมายใดๆ ก็ได้และคนทั่วไปไม่อาจโต้แย้งได้ถึงความถูกต้อง ความผิด ความยุติธรรมหรือความอยุติธรรม เพราะกฎหมายของรัฐอธิปไตยเป็นตัวกำหนดความถูกต้อง ความผิด ความยุติธรรม ความอยุติธรรม ความดี ความชั่ว แนวคิดของสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองถูกแสดงออกให้เห็นผ่านแนวคิดของนักปราชญ์ต่างๆ เช่น การเสนอแนวคิดอำนาจอธิปไตยของ Jean Bodin ที่เห็นว่า อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจเด็ดขาดและถาวรไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายใดๆ ดังนั้น ภายใต้เขตแดนของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตย รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยกฎหมายให้ประชาชนของตนปฏิบัติตามโดยไม่ขึ้นอยู่กับ

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 114 – 115.

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124 – 128.

บุคคลใดหรือกฎเกณฑ์ใด อำนาจนิติบัญญัติจึงเป็นสิ่งที่แสดงออกอย่างหนึ่งว่ารัฐมีอิสระในการกำหนดตนเอง การเสนอแนวคิดเช่นนี้เท่ากับเป็นการตัดขาดจากความคิดสมัยโบราณและสมัยกลางที่ยึดถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องที่เป็นไปตามเหตุผลตามธรรมชาติไม่ใช่เรื่องที่คนกำหนดขึ้นได้ตามอำเภอใจ หรือการเสนอแนวคิดสัญญาประชาคมของ Thomas Hobbes ที่เห็นว่า มนุษย์ควรสละประโยชน์ของตนและเข้ามาทำสัญญาประชาคมเพื่ออยู่ร่วมกันอย่างสันติโดยการสละสิทธิและอำนาจทั้งปวงให้แก่รัฐชาติปัดย์ เพื่อให้รัฐชาติปัดย์มีอำนาจเด็ดขาดในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมและกฎหมายทั้งหลายที่ออกโดยรัฐชาติปัดย์ย่อมเป็นธรรมและประชาชนต้องยอมรับโดยดุษฎี หรือ การเสนอแนวคิดว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐชาติปัดย์ของ John Austin

จากแนวคิดของสำนักกฎหมายทั้งหลายจะเห็นได้ว่า แนวคิดของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ และสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองต่างก็เห็นว่ากฎหมายมีที่มาอันแตกต่างกัน และความแตกต่างนี้เองที่ผู้เขียนเห็นว่ามีส่วนต่อการยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปของสำนักความคิดต่างๆ กล่าวคือ การที่สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติยอมรับเหตุผลที่มีอยู่ตามธรรมชาติซึ่งมนุษย์สามารถนำเอาเหตุผลเหล่านั้นมาปรุงแต่งเป็นกฎหมาย เมื่อหลักกฎหมายทั่วไปเป็นสิ่งหนึ่งที่เกิดจากความพยายามของมนุษย์ที่จะแสวงหาความยุติธรรมที่นอกเหนือไปจากความยุติธรรมที่ปรากฏในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยการค้นหาหลักความยุติธรรมจากกฎหมายธรรมชาติ ดังนั้น การกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปจึงไม่เป็นการขัดกับแนวคิดของสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ แต่หลักกฎหมายทั่วไปจะสามารถนำมาใช้กับสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าสิ่งที่สำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ให้ความสำคัญ คือ ที่มาของกฎหมายที่ต้องมาจากจิตวิญญาณประชาชาติเป็นสำคัญ ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่สอดคล้องกับแนวคิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์จึงต้องเป็นหลักกฎหมายที่มีมาจากจิตวิญญาณประชาชาติ ด้วยเหตุนี้ หลักกฎหมายทั่วไปตามแนวคิดของสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์จึงอาจมีลักษณะเฉพาะตามแต่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของประเทศนั้นๆ สำหรับสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองแม้จะยึดว่ากฎหมายคือคำสั่งของรัฐชาติปัดย์ แต่ก็มิได้หมายความว่าสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองจะปฏิเสธหลักกฎหมายทั่วไป เพราะหลักกฎหมายทั่วไปอาจมิได้หารัฐชาติปัดย์ยอมรับว่าหลักการดังกล่าวมีค่าเป็นกฎหมาย

2.2.2 ข้อพิจารณาในทางระบบกฎหมาย

ระบบกฎหมายของโลกมีอยู่หลายระบบด้วยกัน แต่ระบบกฎหมายที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปอาจแยกพิจารณาได้ 2 ระบบ คือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยทั้งสองระบบกฎหมายนี้มีที่มาจากประวัติศาสตร์และนิติวิธีที่แตกต่างกัน

2.2.2.1 ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันมีที่มาจากระบบกฎหมายของโรมันที่ได้วิวัฒนาการตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาแม้อาณาจักรโรมันจะล่มสลายไปเป็นแล้วก็ตามประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เช่น เยอรมัน ฝรั่งเศส ออสเตรีย อิตาลี สเปน โปรตุเกส ไทย ญี่ปุ่น จะมีการจัดทำกฎหมายในรูปแบบของประมวลกฎหมายลายลักษณ์อักษรอันเป็นจุดเด่นในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

(1) พัฒนาการทางประวัติศาสตร์

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีที่มาจากกฎหมายโรมัน โดยเนื้อหาส่วนใหญ่ในระบบกฎหมายนี้มาจากกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน คือ Corpus Juris Civilis ที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของบุคคลในทางแพ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายซีวิลลอว์ให้ความสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชน และแม้จะมีการพัฒนากฎหมายมหาชนอยู่บ้างแต่ในการพัฒนาดังกล่าวก็ได้รับอิทธิพลของกฎหมายเอกชนเข้าไปไม่น้อย ลักษณะนี้เองทำให้ผู้เรียกกฎหมายโรมันว่าซีวิลลอว์ ซึ่งเดิมหมายถึงกฎหมายแพ่งแต่ภายหลังมีความหมายว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในทวีปภาคพื้นยุโรปและแพร่กระจายไปทั่วโลก⁵⁰ เห็นได้จากในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศส กฎหมายลายลักษณ์อักษรถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย และเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่มั่นคงและแน่นอน

(2) นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่มีต่อหลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์ให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้น ฉะนั้นเมื่อต้องการค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย นักกฎหมายจะแสวงหาหรือค้นคว้าหลักการและเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นอันดับแรก แต่เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่อาจมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมในทุกกรณีจึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายจึงต้องแสวงหาหลักเกณฑ์อื่นๆ เพื่อนำมาใช้อำนวยความสะดวก

วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีหลักเกณฑ์

ดังนี้⁵¹

⁵⁰ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน้าที่ 1-7, (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2542), หน้า 38.

⁵¹ ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 - 14, หน้า 26 - 27.

- กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่ได้นำคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ผู้พิพากษาอาจใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้กับคดีนั้น

- ถ้าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่ปรากฏก็อาจอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยใช้หลักวิธีการเปรียบเทียบ ตามที่ Aristotle ได้กล่าวไว้ว่าสิ่งที่เหมือนกันหากได้รับการปฏิบัติแบบอย่างเดียวกันก็จะก่อให้เกิดความยุติธรรม แต่ถ้าสิ่งที่แตกต่างกันได้รับการปฏิบัติไม่แตกต่างกันย่อมจะก่อให้เกิดความยุติธรรม

- ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใกล้เคียงยิ่ง ก็อุดช่องว่างโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้

ในหลายประเทศได้บัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย เช่น ในมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งออสเตรีย ที่กำหนดให้ศาลใช้ปกติประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไป มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ หรือมาตรา 6 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสเปน บัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปที่สืบเนื่องจากหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและบทกฎหมายอื่นๆ มาปรับใช้ เป็นต้น

2.2.2.2 ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีต้นกำเนิดในประเทศอังกฤษ โดยมีที่มาจากรากฐานของขนบธรรมเนียม ประเพณี จารีตประเพณีที่ประชาชนในท้องถิ่นได้ปฏิบัติสืบต่อกันมา และเป็นที่ยอมรับกันในสังคม และศาลได้นำหลักการดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถูกนำไปใช้ในหลายประเทศ ได้แก่ แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ ฮองกง มาเลเซีย เป็นต้น

(1) พัฒนาการทางประวัติศาสตร์

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์มีจุดเริ่มต้นในช่วงศตวรรษที่ 11 เมื่อพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 ได้จัดรูปแบบการปกครองแบบศักดินาและจัดระบบกระบวนการยุติธรรมเสียใหม่ โดยรวมอำนาจของบรรดาขุนนางและศาสนจักรและจัดตั้งเป็นศาลหลวง (Royal Court) เพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาท กฎหมายที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดีในศาลหลวงนั้นมาจากจารีตประเพณีที่ใช้ร่วมกันหรือตรงกันทั่วประเทศ รวมไปถึงกฎเกณฑ์ที่ศาลได้คิดค้นขึ้นเพื่อให้ความยุติธรรมแก่คดีนั้นได้ดีที่สุด การวินิจฉัยคดีเช่นนี้ทำให้กฎหมายในอาณาจักรมีความเป็นเอกภาพมากยิ่งขึ้น อีกทั้งศาลหลวงใช้วิธีพิจารณาโดยคณะลูกขุน (Jury) ซึ่งเป็นราษฎรด้วยกันและมีการใช้ระบบหมาย (writ) เข้ามาอำนวยความสะดวกในการดำเนินคดี กฎหมายและวิธีพิจารณาเหล่านี้มิได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและเกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างกฎเกณฑ์ให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันทั่วทั้งประเทศ จึงเรียกว่า “คอมมอนลอว์” อย่างไรก็ตาม

ระบบคอมมอนลอว์เน้นการสร้างความยุติธรรมเฉพาะคดีและคำพิพากษาในศาลหนึ่งจะกลายเป็นบรรทัดฐานของศาลในคดีถัดไป ดังนั้น หลักเกณฑ์ที่ศาลจะนำมาใช้ในการพิจารณาคดีจึงขึ้นอยู่กับความแตกต่างของแต่ละคดีและความเฉลียวฉลาดของผู้พิพากษาที่สร้างกฎเกณฑ์ในคดีนั้นๆ จึงดูเหมือนว่าการใช้กฎหมายค่อนข้างเป็นไปอย่างจำกัด⁵² เมื่อศาลหลวงไม่สามารถให้ความยุติธรรมแก่คู่ความด้วยกฎหมายคอมมอนลอว์ได้จึงมีการตั้งศาลชานเซอร์รี่ (The Court of Chancery) ศาลดังกล่าวสร้างหลักกฎหมายที่เรียกว่า เอคควิตี้ (equity) ซึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักความเป็นธรรมและศีลธรรมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดี ในเวลาต่อมาเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีจำนวนเพิ่มขึ้น แต่การดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติก็มิได้ส่งผลต่อระบบกฎหมายอังกฤษให้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด ศาลยังคงเป็นองค์กรสำคัญในการพัฒนากฎหมายเช่นเดิม

(2) นิตินิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อหลักกฎหมายทั่วไป

ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถือว่าคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (judge made law) เพราะเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับการตัดสินข้อพิพาท นอกจากนี้การที่ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ถูกใช้อย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ ก็เพราะถือหลัก “Doctrine of Precedent” กล่าวคือ ถ้าศาลใดได้วินิจฉัยคดีใดคำพิพากษานั้นจะมีผลผูกพันศาลต่อๆ มาซึ่งจะต้องวินิจฉัยอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาในคดีแรก โดยยึดถือคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นแนวบรรทัดฐานโดยให้ใช้กับกรณีที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยคดีตามเหตุผลที่สำคัญเท่านั้น (ratio decidendi) ดังนั้น ถ้าไม่ใช่ประเด็นสำคัญเป็นแต่เพียงคำที่กล่าวอ้างประกอบในคำพิพากษาที่เรียกว่า “Obiter Dicta” ถ้อยคำดังกล่าวก็หาผูกมัดคำพิพากษาในคดีนั้นไม่⁵³ และแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาจะกลายมาเป็นกฎหมายในภายหลังที่เรียกว่า “Case Law”

ในระยะแรก กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างแห่งกฎหมาย เนื่องจากคดีและข้อพิพาทต่างๆ ยังมีจำนวนน้อยและศาลสามารถนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือนำแนวบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาในคดีก่อนๆ มาปรับใช้กับคดีต่างๆ ได้ดี ต่อมาเมื่อสังคม เศรษฐกิจและการเมืองเจริญรุ่งเรืองมากยิ่งขึ้น ความสลับซับซ้อนของคดีและปัญหาที่เกิดขึ้น ตลอดจนการเจริญเติบโตทางการค้าและอุตสาหกรรม การกระทำความผิดหรือการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของบุคคลยิ่งขยายวงกว้างขึ้น ผู้พิพากษาก็มีอาจะแก้ไขโดยใช้หลักและวิธีการเดิมๆ ดังนั้น จึงมีความ

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

⁵³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, (กรุงเทพฯ: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2538), หน้า 9.

จำเป็นที่จะต้องอาศัยการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษร (statute)⁵⁴ เมื่อมีการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น ก็ก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมายเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์

การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์สามารถดำเนินการโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและสามัญสำนึก กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายโดยตรง ทั้งไม่ปรากฏคำพิพากษาหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตลอดจนความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเด็นเดียวกัน ศาลต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักสามัญสำนึกมาวินิจฉัยแทน⁵⁵ โดยหลักการดังกล่าวตั้งอยู่บนแนวคิดกฎหมายธรรมชาติเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คดี

2.3 บทสรุป

ในกฎหมายประเภทหนึ่งๆ ย่อมประกอบไปด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ใช้ลายลักษณ์อักษร กฎหมายทั้งสองประเภทนี้มีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีขึ้นเพื่อให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปอย่างชัดเจน ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นส่วนที่เข้ามาเสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัตินำหลักกฎหมายทั่วไปบัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น การบัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การบัญญัติหลักโต้แย้งคัดค้านไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี นอกจากนี้ หลักกฎหมายทั่วไปแบ่งออกได้เป็นสองประเภทคือ กฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ เช่น หลักความสุจริต หลักสัญญาต้องเป็นสัญญาและหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดในกฎหมายแพ่ง หลักไม่มีความผิดและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายในกฎหมายอาญา หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะในกฎหมายปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้จัดว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางสารบัญญัติ ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ ได้แก่ หลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา หลักการใช้สิทธิทางกระบวนการพิจารณาโดยไม่สุจริตในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หลักการดำเนินคดีโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักพยานโดยตรง หลักยกผลประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยในกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการพิจารณาในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ ศาลสามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้จากคำสอนและตำรากฎหมาย กฎหมายลายลักษณ์

⁵⁴ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 - 14, หน้า 23.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

อักษร คำพิพากษาของศาลที่เคยมีมา หรือจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เป็นต้น ส่วนการจัดลำดับศักดิ์หรือค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปสามารถพิจารณาได้จากทั้งองค์กรผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปหรือเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นๆ

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปในเชิงนิติปรัชญาเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปได้รับอิทธิพลจากสำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติที่เน้นเรื่องกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ในธรรมชาติที่ชอบด้วยเหตุผลและเป็นธรรม ซึ่งมนุษย์ได้ค้นพบและนำมาใช้รูปของหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปก็อาจมีอยู่ทั้งในสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์และสำนักความคิดกฎหมายบ้านเมืองได้เช่นกัน นอกจากนี้ ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แม้จะมีนิติวิธีทางกฎหมายที่ต่างกัน แต่ก็ต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายของตนเหมือนกัน

การศึกษาแนวคิดพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปในบทที่ 2 นี้ มีขึ้นเพื่อแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปปรากฏอยู่ในทุกประเภทและทุกระบบกฎหมาย ในกฎหมายที่มีการพัฒนามายาวนาน เช่น กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา เนื้อหากฎหมายดังกล่าวมีความสมบูรณ์และหลักกฎหมายทั่วไปอาจกลมกลืนอยู่ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่สำหรับกฎหมายปกครองที่มีพัฒนาการช้ากว่ากฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา เนื้อหาของกฎหมายปกครองจึงยังขาดความสมบูรณ์ ดังนั้น เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจึงต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งจะทำการศึกษาโดยละเอียดในบทต่อไป

บทที่ 3

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

ภายหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองถูกจำกัดให้อยู่ใต้ขอบเขตของกฎหมาย และมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ทั้งนี้โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการตรวจสอบเพื่อคุ้มครองและรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

3.1 ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันส่งผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเกิดขึ้นเมื่อครั้งการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 เพื่อล้มล้างการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และจำกัดการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ใต้ขอบเขตของกฎหมายโดยอาศัยหลักกฎหมายต่างๆ การศึกษาพัฒนาการของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้เป็นสองช่วงเวลา คือ ช่วงของการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 และช่วงของการจัดระบบกระบวนการยุติธรรมภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส

3.1.1 การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789

ระบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศสก่อน ค.ศ. 1789 อยู่ในรูปของระบอบศักดินา ซึ่งไม่มีการแยกกิจการส่วนบุคคลออกจากกิจการซึ่งเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ด้วยเหตุนี้จึงทำให้รูปแบบการปกครองไม่มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย อีกทั้งในช่วงเวลาดังกล่าวรูปแบบการปกครองในแต่ละท้องถิ่นก็แตกต่างกันออกไปตามแต่วัตถุประสงค์ของการดำเนินงานและความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์ของท้องถิ่นนั้นๆ และมีความเป็นอิสระในการปกครองตนเองไม่เท่ากัน สิ่งเหล่านี้ทำให้การปกครองท้องถิ่นไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน นอกจากนี้ การก้าวก้าวการบริหารราชการโดยศาลยุติธรรมก็เป็นปัจจัยหนึ่งส่งผลให้การปกครองไม่มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยและทำให้งานทางปกครองและงานทางตุลาการปะปนกัน เช่น ในกรณีที่กษัตริย์ตรากฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อให้กฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับจึงต้องส่งไปยังศาลยุติธรรมเพื่อทำการลงทะเบียนเสียก่อน ในกรณีนี้ศาลยุติธรรมได้อาศัยวิธีการลงทะเบียนกฎหมายเป็นเครื่องมือในการช่วงชิงอำนาจนิติบัญญัติของกษัตริย์โดยการส่งความเห็นวิจารณ์กฎหมายกลับไปยังกษัตริย์เพื่อขอให้ทรงพิจารณาใหม่ เหตุดังกล่าวก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งระหว่างกษัตริย์กับศาลยุติธรรมอยู่เสมอ อีกกรณีหนึ่งที่ได้ชี้ชัดว่าศาลยุติธรรมกระทำการอันเป็นอุปสรรคในการดำเนินงานทางปกครอง คือ การที่ศาลยุติธรรมพิพากษาให้เอกชนเป็นฝ่ายชนะในคดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการถมคูน้ำซึ่งผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

แก่ทรัพย์สินของเอกชนโดยมิชอบ ทั้งที่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าคูน้ำดังกล่าวเป็นที่หลวงซึ่งโจทก์ใช้ประโยชน์โดยมิชอบและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา¹

ความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และศาลยุติธรรมมีความรุนแรงยิ่งขึ้นในช่วงปลายรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 เมื่อกษัตริย์ไม่พอพระทัยที่ศาลเข้ามาแทรกแซงทางการเมือง จึงได้ตรากฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมทั้งหลายติดต่อกันด้วยเรื่องใดๆ นอกจากเรื่องที่มีความจำเป็นในการดำเนินงานของศาล นอกจากนี้ยังกำหนดต่อไปอีกว่าการทำให้การพิจารณาคดีหยุดชะงักลงก็ตีการยุติการดำเนินงานของศาลก็ตี การลาออกพร้อมกันของผู้พิพากษาก็ตีเป็นความผิดซึ่งมีโทษถึงให้ออกจากตำแหน่ง ผลจากการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวทำให้ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมต่างพากันไม่พอใจและลาออกกันเป็นจำนวนมาก ต่อมา ในสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 เกิดวิกฤตทางการเมืองอันเป็นผลมาจากการที่ฝรั่งเศสส่งกองทหารไปรบในทวีปอเมริกา เพื่อแก้ไขวิกฤตดังกล่าวรัฐบาลจะต้องประหยัดค่าใช้จ่ายและปรับปรุงระบบภาษี พระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ได้วางแผนปรับปรุงระบบภาษีอากรเพื่อความเป็นธรรมของสังคม แต่ถูกขัดขวางจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่กระทำไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของพวกตน ต่อมาในปี ค.ศ. 1788 สภาพเศรษฐกิจทรุดตัวเป็นอย่างมาก และในเวลาดังกล่าวนักวิชาการต่างพากันเผยแพร่แนวคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค สิ่งเหล่านี้กระตุ้นให้ชนชั้นสามัญตื่นตัวทางการเมืองและมีการพยายามเรียกร้องสิทธิในทางการเมืองของตน² จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1789 ประชาชนก่อการปฏิวัติขึ้นโดยบุกเข้าโจมตีเรือนจำลาบาสตีแย (La Bastille) ที่ใช้เป็นสถานที่ขังนักโทษทางการเมืองและเป็นสัญลักษณ์ของความไม่เป็นธรรมของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ การที่ประชาชนเข้าทำลายเรือนจำดังกล่าวถือเป็นการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ต่อมา ได้มีคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) เพื่อรับรองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของมนุษย์ตามที่นักวิชาการได้เผยแพร่แนวคิดไว้³

3.1.2 การจัดระบบกระบวนการยุติธรรมภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 สภาร่างรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้ศึกษาวิเคราะห์ในเรื่องการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมของฝรั่งเศสซึ่งมีแนวความคิดและข้อยุติดังนี้⁴

¹ อิศสระ นิติทัศน์ประกาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ: กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2527), หน้า 20 – 23.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 24

³ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 118.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121

(ก) สภาร่างรัฐธรรมนูญได้วิเคราะห์หลักการแบ่งแยกอำนาจ ตามข้อเสนอของ มงเตสกีเยอแล้ว มีความเห็นว่า มงเตสกีเยอเพียงแต่เสนอว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษา การกระทำความผิดในคดีอาญา และข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนในคดีแพ่งเท่านั้นที่ต้องแยก ออกจากอำนาจบริหาร การวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองหรือคดีปกครองนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดิน จึงต้องอยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง

(ข) สภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นควรดำเนินตามหลักการที่กษัตริย์ฝรั่งเศสทรงยึดถือ ปฏิบัติว่า ศาลยุติธรรมควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น โดยศาลยุติธรรม ไม่ควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง เพราะถ้าหากยอมให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัย ชี้อาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับข้าราชการและฝ่ายบริหารได้แล้ว ก็เท่ากับว่า “อำนาจบริหาร” ต้องตก อยู่ภายใต้ “อำนาจตุลาการ” อันเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากแนวคิดดังกล่าว สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงได้ตราบัญญัติ ลงวันที่ 16 - 24 สิงหาคม 1790 เพื่อแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ทางปกครองและอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ โดยมีสาระสำคัญ คือ ห้ามศาลทั้งหลายพิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ ต่อมา ได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1794 เพื่อยืนยันข้อห้ามดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง ฉะนั้นอาจกล่าวได้ว่าในสมัยหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศสถูกตัดอำนาจในการ พิจารณาคดีปกครองเกือบสิ้นเชิง เหตุผลสำคัญก็เนื่องมาจากความไม่ไว้วางใจในศาลยุติธรรม นั้นเองและระวางว่าศาลยุติธรรมจะประพฤติตนเหมือนศาลในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นอกจากนี้ คณะปฏิวัติยังได้ล้มล้างสถาบันต่างๆ ที่กษัตริย์ทรงจัดตั้ง เป็นเหตุให้ในระยะนั้นไม่มี สถาบันใดที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง รัฐบาลในขณะนั้นจึงออกประกาศ กำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้เป็นการทั่วไป เว้นแต่จะมี กฎหมายพิเศษกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น⁵

ในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoléon Bonaparte) ได้ปฏิรูประบบ การปกครองส่วนท้องถิ่นโดยการจัดระเบียบการปกครองให้เป็นระบบรวมอำนาจที่มีการควบคุม บังคับบัญชาหลายชั้น ส่วนในการดำเนินกิจการทางปกครองนโปเลียนได้จัดตั้งคณะที่ปรึกษา ชื่อว่า “สภาแห่งรัฐ” (Conseil d'Etat) ขึ้นในปี ค.ศ. 1800 เพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาด้านการ ปกครองและด้านกฎหมายของรัฐบาล ในฐานะที่ปรึกษาด้านการปกครองสภาแห่งรัฐได้รับ มอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาคดีปกครองและเสนอความเห็นแก่หัวหน้ารัฐบาลเพื่อวินิจฉัยสั่งการ ต่อไป ส่วนงานด้านกฎหมายสภาแห่งรัฐจะเป็นผู้เตรียมร่างกฎหมายเพื่อเข้าสู่การพิจารณาของ ฝ่ายนิติบัญญัติ⁶

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121 -122.

⁶ สรุปความจาก อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, หน้า 27 - 29.

การจัดระบบการดำเนินงานของสภาแห่งรัฐเกิดขึ้นอีกครั้งตามที่กำหนดในรัฐบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ที่มอบอำนาจให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจทางการศาล ส่งผลให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของสภาแห่งรัฐแต่เพียงผู้เดียว มีจำต้องเสนอความเห็นไปยังประมุขของรัฐหรือฝ่ายบริหารอีกต่อไป⁷ เมื่อสภาแห่งรัฐมีอำนาจทางการศาลอย่างแท้จริง สภาแห่งรัฐจึงเห็นว่าตนไม่ผูกพันที่จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและหลักกฎหมายเอกชนโดยทั่วไปมาปรับแก้คดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของตน ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงค้นหาหลักกฎหมายพิเศษเพื่อนำมาปรับใช้แก้คดีทำให้เกิดหลักกฎหมายปกครองซึ่งมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายแตกต่างกันในสาระสำคัญกับหลักกฎหมายเอกชน

3.2 องค์กรที่มีบทบาทในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส

หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันได้รับการพัฒนามายาวนานจนกลายเป็นที่ยอมรับในหลายๆ ประเทศ แต่ในขั้นตอนของการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปก็หาใช่ว่าจะเกิดขึ้นจากองค์กรใดองค์กรหนึ่งเพียงฝ่ายเดียว แม้สภาแห่งรัฐตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลคดีขัดกันจะเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นต่างวาระ แต่ทั้งสามองค์กรต่างก็มีส่วนสำคัญในการพัฒนาและวางหลักเกณฑ์อันก่อให้เกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ดังนี้

3.2.1 สภาแห่งรัฐ

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นองค์กรที่มีความเป็นมาอันยาวนาน และมีความสำคัญในระบบกฎหมายปกครองเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำหน้าที่เป็นศาลปกครองได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญหลายหลักการเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างกว้างขวาง

3.2.1.1 ความเป็นมา

สภาแห่งรัฐถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1799 ในสมัยของนโปเลียน โบนาปาร์ต โดยมาตรา 52 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวบัญญัติว่า “ภายใต้การอำนวยการของคณะผู้ปกครอง ให้มีกองเซย์ เดตาห์ มีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมาย และกฎต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ตลอดจนแก้ไขปัญหายุ่งยากที่เกิดขึ้นในทางปกครอง”⁸ สภาแห่งรัฐที่เกิดขึ้นในยุคนี้ได้ยึดแบบอย่างจากสภาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) และมีหน้าที่ไม่ต่างจากสภาของกษัตริย์ในอดีต

⁷ ฐริชญา วัฒนรุ่ง, ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน, หน้า 124.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 122

สภาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) มีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่กษัตริย์ในเรื่องที่เกี่ยวกับการปกครองและการพิพากษาคดีที่กษัตริย์ทรงตัดสินในฐานะศาลชั้นสุดท้าย ซึ่งส่วนมากมักจะตัดสินในที่ประชุมสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์

ในปี ค.ศ. 1871 รัฐสภาได้นำเอาปัญหาเกี่ยวกับสภาแห่งรัฐมาพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง โดยในการนี้มีสมาชิกสภาจำนวนมากที่เห็นควรให้ยุบเลิกสภาแห่งรัฐ เพราะเห็นว่าสภาแห่งรัฐเป็นระบอบการปกครองแบบเผด็จการ (régime autoritaire) หรือไม่ก็ให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายทั่วไป ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าควรให้มีสภาแห่งรัฐต่อไป เพราะสภาแห่งรัฐได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความเป็นอิสระและความรอบคอบในส่วนที่เกี่ยวกับคดีปกครอง ซึ่งในการพิจารณาครั้งนี้ปรากฏว่าฝ่ายที่เห็นควรให้สภาแห่งรัฐดำเนินการต่อไปเป็นฝ่ายชนะ และได้มีการตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 เพื่อจัดระบบภายในของสภาแห่งรัฐเสียใหม่โดยให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจทางศาล และทำให้ข้อพิพาททั้งหลายในทางปกครองอยู่ภายใต้การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ⁹

3.2.1.2 อำนาจหน้าที่

สภาแห่งรัฐมีหน้าที่สำคัญอยู่สองประการ คือ อำนาจหน้าที่ทางปกครอง และอำนาจหน้าที่ทางศาล อำนาจหน้าที่ทั้งสองอย่างนี้จะแตกต่างกันไป กล่าวคือ การดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ทางปกครองจะเป็นการดำเนินงานด้านบริหาร ส่วนการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ทางศาลจะเป็นการดำเนินงานเสมือนฝ่ายตุลาการ

(1) อำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษา¹⁰

สภาแห่งรัฐมีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาล ทั้งนี้มีบทบัญญัติกฎหมายจำนวนมากที่กำหนดให้รัฐบาลต้องขอคำปรึกษาสภาแห่งรัฐในเรื่องเกี่ยวกับร่างกฎหมายนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎและนิติกรรมที่มีลักษณะเฉพาะบางกรณี สภาแห่งรัฐมีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาในเรื่องดังต่อไปนี้

(1.1) กรณีที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นจากสภาแห่งรัฐ

สภาแห่งรัฐมีหน้าที่ในการให้ความเห็นแก่รัฐบาลในการออกกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ และให้คำปรึกษาในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร ทั้งในระดับรัฐกฤษฎีกาและการออกคำสั่งในเรื่องเฉพาะ (décision particulières) ตามที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายที่กำหนดให้ต้องขอความเห็นจากสภาแห่งรัฐ ผลที่ตามมาคือการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นๆ ตกอยู่ภายใต้ภาวะการกระทำโดยไม่มีอำนาจ (vice d'incompétence) ซึ่งศาลปกครองสามารถหยิบเหตุดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้เอง แต่การบังคับให้ขอความเห็นจากสภาแห่งรัฐมิได้หมายความว่า

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 124 – 125.

¹⁰ สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่นๆ, รายงานวิจัย : หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 186 – 187.

รัฐบาลหรือฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด รัฐบาลจะเป็นผู้ตัดสินใจในการออกคำสั่งเองอยู่เสมอในการกระทำนั้นๆ เว้นแต่กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบ (avis conforme) ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นน้อยมาก อย่างไรก็ตาม รัฐบาลมีอิสระที่จะเลือกกระหว่างร่างกฎหมายที่เสนอไว้ในตอนต้นหรือร่างกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมโดยสภาแห่งรัฐ แต่ไม่มีสิทธิเลือกบทบัญญัติฉบับอื่นนอกเหนือจากที่สภาแห่งรัฐได้ทำการพิจารณา

(1.2) การให้คำปรึกษาในเรื่องอื่น ๆ

รัฐบาลมีสิทธิขอคำปรึกษาในเรื่องหลักเกณฑ์ก่อนออกคำสั่งเฉพาะเรื่อง พร้อมทั้งขอให้สภาแห่งรัฐศึกษาเรื่องต่างๆ ให้ได้ นอกจากนี้รัฐบาลอาจขอคำปรึกษาในกรณีที่มีปัญหายุ่งยากอันอยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น การตีความกฎหมาย ส่วนความเห็นที่สภาแห่งรัฐเสนอไปนั้น รัฐบาลจะเป็นผู้ตัดสินใจว่าควรมีการเปิดเผยต่อสาธารณะหรือไม่

(1.3) การมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง

ในการจัดทำร่างกฎหมายของหน่วยงานทางปกครอง รัฐมนตรีของหน่วยงานนั้นๆ สามารถขอให้สมาชิกของสภาแห่งรัฐเข้าไปมีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายของหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบและช่วยเข้าไปแก้ปัญหาทางกฎหมายต่างๆ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการออกรัฐกฤษฎีกากำหนดให้สมาชิกของสภาแห่งรัฐคนใดคนหนึ่งอาจได้รับมอบหมายให้เข้าร่วมในการร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง แต่หลักเกณฑ์นี้ก็มิได้มีการนำไปปฏิบัติกันบ่อยครั้ง

(1.4) การจัดทำรายงานประจำปี

สภาแห่งรัฐอาจจัดทำรายงานเพื่อเสนอให้มีการปฏิรูปบทบัญญัติแห่งกฎหมายและข้อบังคับต่างๆ ซึ่งตนเห็นสมควรต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง การจัดทำรายงานดังกล่าวสภาแห่งรัฐสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องได้รับการร้องขอจากทางรัฐบาล

(2) อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคดี*

ระยะแรกของการดำเนินงานของสภาแห่งรัฐนอกเหนือจากการเป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลแล้ว สภาแห่งรัฐยังมีหน้าที่ในการเสนอความเห็นในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นของฝ่ายปกครองเพื่อให้ประมุขของรัฐพิจารณาดัดสินต่อไป อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการเสนอความเห็นในการพิจารณาคดีปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปเมื่อรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 กำหนดให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจทางการศาล สามารถพิจารณา

* เพื่อมิให้เกิดความสับสนในอำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ ผู้เขียนจึงขอใช้คำว่า “ศาลปกครอง” หรือ “ศาลปกครองสูงสุด” ตามแต่กรณี เพื่อแสดงให้เห็นถึงการทำหน้าที่ของสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง

พิพากษาคดีโดยไม่จำเป็นต้องส่งเรื่องให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ชี้ขาดอีกต่อไป ทำให้สภาแห่งรัฐมีสถานะเป็นศาลปกครอง

การปฏิบัติหน้าที่ของสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลปกครองสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท¹¹ ดังนี้

(ก) สภาแห่งรัฐในฐานะศาลศาลปกครองชั้นต้นและชั้นสุดท้าย เนื่องด้วย รัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953 กำหนดให้ข้อพิพาทในเรื่องที่มีความสำคัญเกินกว่าที่จะอยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้น เช่น คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือที่ใช้บังคับเฉพาะราย คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกำหนด คดีเกี่ยวกับสถานภาพส่วนบุคคลของข้าราชการซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยกฎหมายของประธานาธิบดี คดีเกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกสภาเศรษฐกิจ คดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมที่มีลักษณะเป็นกฎหมายของรัฐมนตรี หรือคดีเกี่ยวกับการเลือกตั้งเข้าสู่สภายุโรป เป็นต้น นอกจากนี้คดีที่เกิดขึ้นนอกอาณาเขตอันเกิดจากหน่วยงานทางปกครองของฝรั่งเศสใช้อำนาจภายนอกอาณาเขต หรือคดีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองซึ่งมีขอบเขตการบังคับใช้อยู่ในเขตอำนาจทางพื้นที่ของศาลปกครองชั้นต้นหลายศาล และการกระทำขององค์กรกลุ่มที่มีอำนาจหน้าที่ในระดับประเทศ สามารถนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองโดยตรงได้เช่นกัน

(ข) สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ มีหน้าที่วินิจฉัยคดีในฐานะที่เป็นศาลอุทธรณ์สำหรับคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งมีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ใด เช่น คดีเลือกตั้งส่วนท้องถิ่น

(ค) สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด ทำหน้าที่พิจารณาฎีกาที่คัดค้านคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ นอกจากนี้ยังมีบทบาทเป็นศาลสูงสุดสำหรับคำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรวินิจฉัยชี้ขาดทางปกครองอื่นในชั้นสุดท้าย แม้จะมีกฎหมายกำหนดให้คำวินิจฉัยขององค์กรนั้นถึงที่สุดก็ตาม ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำวินิจฉัยดังกล่าวก็สามารถฎีกาคำวินิจฉัยนั้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้ตามหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม การดังกล่าวมิอาจกระทำได้หากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดห้ามไว้อย่างชัดเจน

3.2.1.3 การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นรูปแบบของการจัดระเบียบการปกครองในรัฐสมัยใหม่ มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยอำนาจทั้งสามต่างมีบทบาทที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจในการวางกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับใน

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 188 -189.

สังคม ซึ่งในหลายประเทศอำนาจนิติบัญญัติจะถูกใช้ผ่านทางรัฐสภา อำนาจบริหารซึ่งเป็นอำนาจที่มอบให้แก่รัฐบาลในการดำเนินกิจการของประเทศทั้งในระดับภายในและภายนอกประเทศ สำหรับอำนาจตุลาการถูกนำมาใช้ผ่านองค์กรศาลเพื่อใช้ในการอำนวยความยุติธรรมและบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม อย่างไรก็ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้อาจถูกผ่อนปรนในบางกรณี เช่น อำนาจในการออกกฎหมายแม้จะเป็นหน้าที่หลักของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจบัญญัติกฎหมายลงไปในรายละเอียดได้อย่างชัดเจนเพราะเป็นเรื่องในทางปฏิบัติ ด้วยเหตุนี้จึงมีการมอบอำนาจในการบัญญัติกฎหมายบางส่วนให้แก่ฝ่ายบริหารไปดำเนินการออกกฎหมายที่ลงรายละเอียดภายใต้กรอบที่กำหนดไว้ของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ไม่เคยปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจในการที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับเป็นการทั่วไป กฎหมายที่ศาลนำมาใช้จึงเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร

ปัจจัยที่ส่งผลให้ศาลปกครองสูงสุดทำการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีมีหลายกรณี ดังนี้

(1) ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายปกครองในยุคเริ่มแรก

ในยุคเริ่มต้นของการพัฒนากฎหมายปกครองในช่วงศตวรรษที่ 19 ระบบกฎหมายปกครองถูกนำมาใช้แต่เฉพาะกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจมหาชนเท่านั้น ส่วนการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นการจัดการ (l'activité de gestion) รวมทั้งการทำสัญญาของฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนโดยใช้ประมวลกฎหมายแพ่งเป็นสำคัญ นอกจากนี้ในเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ในช่วงแรกศาลปกครองเห็นว่า รัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในทางแพ่งต่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของรัฐจากการใช้อำนาจมหาชน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในทางแพ่งอันเกิดจากกิจกรรมบางอย่างของรัฐ เช่น ความรับผิดชอบของรัฐในกรณีที่มีการช้อมรบของทหารหรือการฝึกทหารก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของเอกชน และความรับผิดชอบของรัฐในความเสียหายที่เกิดจากการจลาจลเป็นต้น จากที่กล่าวมานี้เห็นว่า ในยุคเริ่มต้นของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองไม่มากนัก และสำหรับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติก็มีลักษณะเป็นการเฉพาะเรื่อง นอกจากนี้กิจกรรมของฝ่ายปกครองบางประเภท เช่น สัญญาของฝ่ายปกครองหรือความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะยังอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายแพ่ง กฎหมายปกครองในยุคนี้จึงยังไม่มี ความสมบูรณ์ อย่างไรก็ตามเมื่อศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นบริการสาธารณะควรอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง ศาลปกครองสูงสุดจึงค้นหาหลักกฎหมายที่เหมาะสมที่นอกเหนือจากบทบัญญัติที่องค์กร

นิติบัญญัติได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้ยุติข้อพิพาททางปกครอง ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองบางอย่างที่เกิดขึ้นในยุคนี้จึงมีที่มาจากศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ

(2) กฎหมายที่บัญญัติขึ้นมิได้มีขึ้นเพื่อการแสดงออกถึงเจตนารมณ์ของประชาชน

ตามแนวคิดดั้งเดิมนับแต่มีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญเป็นบทบัญญัติที่กำหนดกรอบทั่วไปทางกฎหมายในการจัดระบบการเมืองการปกครอง ตลอดจนรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชน แนวคิดนี้ตั้งอยู่บนสมมติฐานว่า รัฐธรรมนูญจะกำหนดแต่กฎเกณฑ์ที่ดีและเหมาะสมแก่การดำรงอยู่ของรัฐนั้น ๆ ในขณะที่กฎหมายในลำดับรัฐธรรมนูญจะเป็นตัวกำหนดรายละเอียดตามกรอบที่รัฐธรรมนูญได้วางไว้ ดังนั้น รัฐบัญญัติจึงเป็นทั้งบทกฎหมายที่จำกัดการใช้เสรีภาพของประชาชนและเป็นตัวกำหนดเอกสิทธิ์ให้แก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินบริการสาธารณะ การยอมรับให้รัฐบัญญัติมีผลเป็นการจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนและให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครอง เพราะรัฐบัญญัติเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของประชาชนทุกคน ดังนั้น รัฐบัญญัติจึงไม่อาจผิดพลาดได้ แนวคิดนี้ได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีการเมืองการปกครองของ Jean-Jacques Rousseau ที่ว่ากฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของประชาชนทุกคน ด้วยเหตุนี้ประชาชนย่อมไม่ปรารถนาที่จะออกกฎเกณฑ์ใดเพื่อมาทำร้ายตัวเอง ดังนั้น กฎหมายย่อมเป็นสิ่งที่ดีอยู่เสมอ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสกลับเห็นว่า กฎหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น แท้จริงแล้วมิได้เป็นเครื่องมือของประชาชนในการบ่งบอกถึงเจตนารมณ์ของตน แต่กลับกลายเป็นเครื่องมือของผู้ปกครองในการปกครองประเทศเสียมากกว่า ซึ่งนั่นก็หมายความว่า กฎหมายอาจทำร้ายประชาชนได้ไม่ว่าวันใดก็วันหนึ่ง นอกจากนี้ การที่รัฐบัญญัติมีลักษณะก่อผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะนั้น หากใช้ความจริงไม่เพราะกฎหมายนั้นให้ประโยชน์แต่เฉพาะคนบางกลุ่มเท่านั้นหาได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่ ดังนั้น กฎหมายในยุคปัจจุบันจึงอยู่ห่างไกลจากทฤษฎีของ Jean-Jacques Rousseau จากสภาพการณ์ที่ล้มเหลวของกฎหมายในปัจจุบัน กฎหมายจึงไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้ จึงเป็นโอกาสของตุลาการที่จะเข้ามามีบทบาทในการค้นหาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้เป็นไปตามความเห็นของ Maurice Hauriou อาจารย์คณะนิติศาสตร์แห่งเมืองตูลุส ที่กล่าวไว้ในช่วงต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 ว่า การควบคุมทางการเมืองโดยรัฐสภานั้น มิได้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ประการใด ศาลจะต้องเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และ/หรือเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของบรรดากฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ¹²

¹² ของปีแอร์ เดร็ง, "หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ," วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม - เมษายน 2549): 66 - 67.

(3) ความไม่มีเสถียรภาพของกฎหมายในยุคปัจจุบัน

ตามแนวคิดที่ว่า ประชาชนแต่ละคนจะต้องรู้กฎหมายที่จะถูกบังคับใช้กับตน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บุคคลพึงปฏิเสธไม่ได้ว่าไม่รู้ ข้อความคิดนี้สามารถตีความได้เป็น 2 นัย นัยแรก ประชาชนแต่ละคนต้องเคารพในกฎหมาย และนัยที่สอง ประชาชนแต่ละคนพึงเรียกร้องในสิทธิของตนได้ อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดนี้ไม่อาจนำมาใช้ได้ในปัจจุบัน เนื่องจากกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอจนทำให้ขาดเสถียรภาพในที่สุด เหตุที่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าวคือการที่สังคมมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอไม่ว่าจะทางดีหรือไม่ดีก็ตาม เมื่อสังคมเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ของสังคมก็เปลี่ยนแปลงตาม บทกฎหมายก็พัฒนาไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายจึงมีความซับซ้อนและมีเนื้อหามากยิ่งขึ้น ผลที่ตามมาคือการไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและท้ายที่สุดนำไปสู่ช่องว่างของกฎหมาย¹³

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดได้ค้นพบล้วนแต่มีความสำคัญยิ่ง เพราะเป็นสิ่งที่เข้ามาทดแทนความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยการควบคุมฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้กฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่สำคัญ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ซึ่งรายละเอียดของหลักกฎหมายเหล่านี้จะกล่าวไว้ในหัวข้อถัดไป

3.2.2 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) จัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ แม้ในช่วงเริ่มต้นแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์ในเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจนเป็นเหตุให้ไม่อาจจัดตั้งองค์กรดังกล่าวได้ในเบื้องต้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญจึงมีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้น

3.2.2.1 ความเป็นมา

ภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ได้มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1791 แต่ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังไม่มีองค์กรใดทำหน้าที่ตรวจสอบบทบัญญัติของกฎหมายว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เพราะมีแนวคิดว่าการกฎหมาย (loi)

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68 – 69.

คือ การแสดงออกซึ่งเจตนาธรรมร่วมกันของปวงชน (l'expression de la volonté générale) ดังนั้น จึงไม่สามารถควบคุมกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยผู้แทนปวงชนได้¹⁴ อย่างไรก็ตาม SIEYES นักปราชญ์และนักการเมืองชื่อดังคนหนึ่งซึ่งเป็นหนึ่งในคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า เพื่อให้เกิดความเคารพในการเป็นเอกสารทางการเมืองสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สมควรที่จะมีองค์กรหรืออำนาจใดอำนาจหนึ่งซึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนการกระทำหรือกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ จึงเสนอให้จัดตั้งลูกขุนรัฐธรรมนูญขึ้นมาในรูปแบบของคณะกรรมการพิเศษ (ad hoc) แยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายและการกระทำต่างๆ มิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอดังกล่าวของ SIEYES ก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์และถกเถียงกันมาก ในการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ. 1795 ฝ่ายที่คัดค้านแนวคิดของ SIEYES เห็นว่า “ลูกขุนรัฐธรรมนูญ” จะเป็นองค์กรที่อยู่สูงกว่าอำนาจรัฐ (pouvoir public) ทั้งหมดและทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทั้งหลาย หากคนเหล่านี้กระทำสิ่งใดที่เกินขอบอำนาจหน้าที่ของตน ใครหรือองค์กรใดจะเป็นผู้ควบคุมหรือระงับการกระทำของลูกขุนรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลดังกล่าว เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1795 ประกาศใช้จึงไม่มีการจัดตั้งองค์กรพิเศษดังกล่าว¹⁵

ต่อมาในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 ได้มีการจัดตั้ง “สภาเซนาตผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Sénat conservateur) ขึ้นตามแนวคิดของ SIEYES เพื่อทำหน้าที่รักษาและยกเลิกการกระทำทุกอย่างที่ขัดรัฐธรรมนูญ ต่อมา ในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ได้กำหนดให้มี “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Comité constitutionnel) ทำหน้าที่ตรวจสอบร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาว่ามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามิชอบบัญญัติใดที่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็จะส่งกลับไปให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ และในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มีการบัญญัติเรื่อง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เพื่อทำหน้าที่ควบคุมร่างกฎหมายที่ยังไม่มีการลงนามโดยประมุขของรัฐและยังไม่ประกาศใช้มิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

3.2.2.2 อำนาจหน้าที่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใดๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีอำนาจหน้าที่อีกหลายประการ ดังต่อไปนี้

¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548), หน้า 5.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6 – 7.

(1) อำนาจในการควบคุมมิให้บทบัญญัติหรือกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ*

บทบัญญัติหรือกฎหมายที่อยู่ภายใต้การควบคุมของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ข้อบังคับรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) กฎหมายทั่วไป (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมมิให้บทบัญญัติหรือกฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ตั้งแต่ในขั้นตอนการร่างกฎหมาย

(2) อำนาจอื่นๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

อำนาจอื่นๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาได้หลายกรณี เช่น หน้าที่ในการควบคุมการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หน้าที่ในการควบคุมข้อบังคับของรัฐสภา หน้าที่ในการควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดี ตั้งแต่กระบวนการเตรียมการจนถึงการประกาศผลการเลือกตั้ง และให้คำแนะนำในกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้ อำนาจพิเศษตามมาตรา 16** ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 รวมไปถึงหน้าที่ในการตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงประชามติ (référéndum) และประกาศผลดังกล่าว

3.2.2.3 การวางหลักกฎหมายทั่วไปโดยตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสนั้น นอกเหนือจากการพิจารณาในส่วนของศาลปกครองสูงสุดแล้ว ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังคงเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่มีบทบาทหรือมีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสด้วยเช่นกัน หน้าที่สำคัญของตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้มิให้ขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาขยายขอบเขตการควบคุมร่างกฎหมายไปถึงการควบคุมร่างกฎหมายมิให้ขัดกับคำปรารภของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตราสารซึ่ง

* รายละเอียดโปรดดูใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 17 – 27.

** มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่จะสั่งการได้อย่างอิสระในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ภายในที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอก ซึ่งทำให้การปฏิบัติงานตามปกติไม่สามารถกระทำต่อเนื่องได้ แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษากับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังทำหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้

คำปรารภที่รัฐธรรมนูญได้อ้างถึงโดยตรงได้แก่ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1946 และหลักการพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) รวมไปถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques)¹⁶

หลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ ในทางเนื้อหาของหลักการดังกล่าวนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสมิได้ให้คำนิยามเอาไว้ว่า หมายถึงอะไรหรือมีขอบเขตเพียงใดโดยชัดแจ้ง เพียงแต่ดูจากการรัฐธรรมนูญยอมรับ “การมีอยู่” ของหลักการดังกล่าว และตีความถ้อยคำ “บรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ” ไว้ว่าหมายถึงตัวบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับในประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่สมัยสาธารณรัฐที่ 1 (ค.ศ.1792) เรื่อยมา จนกระทั่งกฎหมายก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1946 โดยหลักกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวจะต้องเป็นหลักที่เคยมีอยู่ในกฎหมายในอดีตและจะต้องเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน¹⁷ ต่อมาหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐนี้ ได้รับการพัฒนาและกลายมาเป็นทฤษฎี bloc de constitutionnalité อันเป็นทฤษฎีที่ยอมรับการมีอยู่ของหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่อยู่นอกเหนือตัวบทรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การยอมรับคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 หลักการทางด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคมที่บัญญัติไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี ค.ศ.1946¹⁸ และท้ายที่สุดหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐทั้งสามหลักจะประกอบกันเป็น bloc de constitutionnalité ซึ่งจะมีผลให้การบัญญัติกฎหมายในภายหลังจะต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมายของหลักกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวเพิ่มเติมจากการเคารพตัวบทในรัฐธรรมนูญ¹⁹

จากหน้าที่ในการควบคุมร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ของตุลาการรัฐธรรมนูญ กลายมาเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไป โดยหลักกฎหมายส่วนใหญ่ที่ตุลาการรัฐธรรมนูญกล่าวถึงเกิดขึ้นจากการยอมรับหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ ในการแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากตุลาการรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขอยกหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญแต่เพียงบางหลักมานำเสนอ อันได้แก่

¹⁶ พนม เอี่ยมประยูร, “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส,” ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร. พนม เอี่ยมประยูร (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544), หน้า 49.

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชน ฝรั่งเศส – ไทย (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548), หน้า 175.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

¹⁹ ปาลีรัฐ ศิริวรรณพฤกษ์, ความรู้เบื้องต้นกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสำหรับผู้เริ่มเรียน [ออนไลน์], 30 กันยายน พ.ศ. 2548. แหล่งที่มา www.pub-law.net

หลักว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธ หลักว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม และหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

(1) หลักว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธ²⁰

ในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มิถุนายน 1969 ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในช่วงระยะเวลาก่อนการเลือกตั้งรอบแรกของการเลือกตั้งประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีในสมัยนั้นมีวัตถุประสงค์จะปรับใช้กฎหมายฉบับลงวันที่ 2 พฤษภาคม 1930 ว่าด้วยการคุ้มครองอนุสรณ์สถานทางธรรมชาติและเขตพื้นที่ที่มีลักษณะในทางศิลปวัฒนธรรม ประวัติศาสตร์ วิทยาศาสตร์ และเป็นแหล่งโบราณสถานที่มีความสำคัญและความสวยงาม กฎหมายฉบับลงวันที่ 31 ธันวาคม 1913 ว่าด้วยอนุสรณ์สถานทางประวัติศาสตร์ และ บทบัญญัติมาตรา 98-1 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองและที่อยู่อาศัย จึงมีการเสนอเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของตุลาการรัฐธรรมนูญ

ในการนี้หากพิจารณาโดยทั่วไปแล้วดูเหมือนจะไม่มีมีความเกี่ยวพันกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีแต่อย่างใด อย่างไรก็ตามการที่ตุลาการรัฐธรรมนูญรับพิจารณาเรื่องนี้ อาจเป็นผลมาจากการได้รับอิทธิพลโดยอ้อมจากการเลือกตั้งประธานาธิบดี ทั้งนี้ จากการอาศัย ข้อมูลต่าง ๆ ที่มีขึ้นในช่วงการหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้วเห็นว่า การอนุญาตเป็นกรณีพิเศษที่จะทำให้เจ้าของที่ดินที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตพื้นที่อนุรักษธรรมชาติหรือได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นอนุสรณ์สถานนั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกิจการทางวัฒนธรรม จึงจะสามารถปรับปรุงแก้ไขสภาพหรือ ลักษณะทางกายภาพของเขตพื้นที่หรืออนุสรณ์สถานดังกล่าวได้ และการอนุญาตต้องเป็นไปโดยชัดแจ้ง กรณีจึงเห็นได้ว่ารัฐบาลต้องการจะใช้ระบบการอนุญาตโดยชัดแจ้งนี้แทนระบบการอนุญาตโดยปริยายซึ่งเกิดขึ้นจากการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองเป็นระยะเวลาหนึ่ง ด้วยเหตุนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงปฏิเสธอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะนิ่งเฉยต่อการพิจารณาอนุญาตดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่าการยอมรับโดยการนิ่งเฉยเป็นการขัดต่อหลักว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธ (le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet) อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่มีเอกสิทธิ์ในการออกกฎหมายให้แตกต่างจากหลักกฎหมายทั่วไปได้

จากคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มิถุนายน 1969 นี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้สร้างสิ่งที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (le principe général du droit) ขึ้นมา

²⁰ Favoreu, L – Philip, L. *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris: Dalloz, 2007, p. 239 – 251. แปลโดย อภิภูญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง

ปรับใช้แก่คดีเพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการอนุญาตโดยปริยายของฝ่ายปกครอง โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่านี้ คือ หลักว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธ และจากคำวินิจฉัยนี้ได้แสดงให้เห็นว่าตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่าฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้ปฏิเสธหลักการดังกล่าวและไม่ยอมรับว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ทั่วไป

แม้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธจะมีผลผูกพันให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว แต่หลักกฎหมายนี้อาจถูกยกเลิกหรือแก้ไขให้แตกต่างออกไปจากหลักกฎหมายทั่วไปได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การบัญญัติให้การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการอนุญาต อนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบโดยปริยาย หรือการบัญญัติให้การนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจถือว่าเป็นการให้ความยินยอมโดยปริยายในการออกหนังสือรับรองความถูกต้องเหมาะสมของงานก่อสร้างตามที่ได้รับใบอนุญาตก่อสร้าง เป็นต้น

(2) หลักว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม²¹

เมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 1971 รัฐสภาได้ลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายฉบับลงวันที่ 1 กรกฎาคม 1901 ว่าด้วยการรวมกลุ่มหรือการรวมตัวกันโดยสมัครใจ ซึ่งหมายความรวมถึงการตกลงทำสัญญาจัดตั้งสมาคมต่าง ๆ ด้วย แต่ในการรวมตัวจัดตั้งสมาคมบางประเภท กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบหรือได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (un contrôle judiciaire préalable) และร่างกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกนำเสนอต่อตุลาการรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วเห็นว่าข้อกำหนดให้การจัดตั้งสมาคมบางประเภทต้องได้รับความเห็นชอบหรือได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยเฉพาอย่างยิ่งจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญและหลักการพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ และหลักว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม (le principe de la liberté d'association) อันเป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ ด้วยเหตุนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยยกเลิกร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1971

จากคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1971
พึงสังเกตได้ว่า

²¹ Ibid, p. 252 – 271 แปลโดย อภิญญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง

(1) โดยปกติคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำการตรวจสอบร่างกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับขั้นตอนหรือกระบวนการออกกฎหมาย (règles de procédure) ซึ่งเป็นการควบคุมความถูกต้องตามกฎหมายภายนอก (légalité externe) แต่ในการวินิจฉัยคดีนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตรวจสอบถึงความถูกต้องของเนื้อหาของกฎหมาย โดยอาศัยคำปรารภของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 และหลักกฎหมายพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นการควบคุมตรวจสอบลงไปถึงเนื้อหาของกฎหมาย หลักกฎหมายเหล่านี้ถือเป็นสาระดะที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายลายลักษณ์อักษร อีกทั้งเป็นหลักการที่มีลักษณะยืดหยุ่นไม่ยึดติดตายตัว สามารถปรับใช้กับคดีได้อย่างเหมาะสมยิ่งกว่าบทบัญญัติที่เขียนไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) ตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับว่าคำปรารภในรัฐธรรมนูญมีค่าบังคับทางกฎหมาย (la valeur juridique) และมีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) เช่นเดียวกับบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ

(3) ตุลาการรัฐธรรมนูญถือว่าหลักการว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐและมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

(3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ²²

เนื่องจากบริการสาธารณะเป็นกิจการที่สัมพันธ์กับการดำรงชีวิตของประชาชนในรัฐ ดังนั้น การจัดให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนจึงต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความกระทบกระเทือนหรือความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชน หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นหลักการที่ศาลปกครองสูงสุดได้รับรองไว้ในคำพิพากษาคดี Winkell วันที่ 7 สิงหาคม 1909 เพื่อนำมาใช้กับกิจการที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีขึ้น และศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวตลอดมา จนทำให้หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะกลายเป็นหลักสำคัญในกฎหมายปกครองและมีคุณค่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในเวลาต่อมาตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยอมรับว่า หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นหลักการที่มีค่าบังคับตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏให้เห็นในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1979

ข้อพิพาทที่นำไปสู่การรับรองหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะว่าเป็นหลักการที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากเหตุการณ์การนัดหยุดงาน

²² Ibid, p.379 - 396 แปลโดย อภิญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง

ประท้วงอย่างต่อเนื่องของพนักงานเจ้าหน้าที่กิจการวิทยุและโทรทัศน์ตลอดช่วงฤดูหนาวในปี ค.ศ. 1978 – 1979 อันส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์อย่างเคร่งครัดในการใช้สิทธิหยุดงานในกิจการวิทยุโทรทัศน์ อันเป็นเหตุให้มีการยื่นฟ้องโต้แย้งบทบัญญัติดังกล่าวต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งในการพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่า สิทธิในการหยุดงานชุมนุมประท้วงเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและสามารถใช้ได้ตามกรอบของรัฐธรรมนูญ แต่สิทธิดังกล่าวมิใช่สิทธิเด็ดขาด (un droit constitutionnel non absolu) เพราะต้องพิจารณาประกอบกับข้อกำหนดอื่นๆ ของรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาข้อพิพาทเรื่องเดียวกันนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้รับรองหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางรัฐธรรมนูญ (un principe général du droit constitutionnel) ที่ศาลสามารถนำหลักการนี้มาปรับใช้แก้คดีได้ นอกจากนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้วางแนวทางไว้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถวางกรอบของสิทธิในการนัดหยุดงานเพื่อให้เกิดความเหมาะสมระหว่างสิทธิในการนัดหยุดงานและความต่อเนื่องในบริการสาธารณะ ซึ่งในการนี้ศาลอาจก้าวล่วงไปถึงการห้ามการชุมนุมนัดหยุดงานในบางกรณีที่ไม่ใช่เป็นการนัดหยุดงานเพื่อปกป้องผลประโยชน์ในวิชาชีพ (L'intérêt professionnel) หรือการห้ามใช้สิทธินัดหยุดงานประท้วงสำหรับบุคลากรในกิจการที่เป็นบริการสาธารณะ (des services publics)

3.2.3. ศาลคดีขัดกัน

ภายหลังจากการปฏิรูประบบศาลโดยแยกระบบศาลยุติธรรมและระบบศาลปกครองออกจากกันจนกลายเป็นระบบศาลคู่ (la dualité juridictionnelle) ปัญหาการขัดกันในเรื่องเขตอำนาจศาลจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อแก้ปัญหานี้จึงได้มีการตั้งศาลที่มีลักษณะพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาชี้ขาดในเรื่องดังกล่าว เรียกว่า “ศาลคดีขัดกัน” (Le Tribunal des conflits)²³

3.2.3.1 ความเป็นมา

ก่อนการจัดตั้งศาลคดีขัดกัน การแก้ปัญหาคัดกันของอำนาจศาลระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองเป็นหน้าที่ของผู้มีอำนาจทางการเมือง โดยเฉพาะประมุขของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นกษัตริย์หรือประมุขของรัฐโดยผ่านการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ต่อมารัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1848 มาตรา 89 ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้ง “ศาลคดีขัดกัน” ขึ้นเป็นครั้งแรก และได้ถูกยกเลิกไปหลังจากสาธารณรัฐที่ 2 ได้สิ้นสุดลงและกลับไปใช้วิธีปฏิบัติเช่นเดิม คือ ประมุขของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจในการชี้ขาดอำนาจศาล อย่างไรก็ตามศาลคดีขัดกัน

²³ โภคิน พลกุล, การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล [ออนไลน์], 20 พฤษภาคม 2545. แหล่งที่มา www.pub-law.net

ถูกจัดตั้งขึ้นใหม่ในปี ค.ศ.1872 และได้รับการปรับปรุงบทบาทอำนาจหน้าที่ให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นตามลำดับ²⁴

3.2.3.2 อำนาจหน้าที่

ศาลคดีขัดกันเป็นศาลที่มีอิสระ (la juridiction autonome) มิได้ขึ้นอยู่กับศาลฎีกา (la Cour de cassation) หรือศาลปกครองสูงสุด ศาลคดีขัดกันมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากรณีที่มีการขัดแย้งกันเกี่ยวกับอำนาจของศาลและการขัดแย้งกันของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง อย่างไรก็ตามอำนาจของศาลคดีขัดกันจะมีเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น แต่ในกรณีที่มีการขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจของศาลในระบบเดียวกัน การชี้ขาดเขตอำนาจศาลในกรณีนี้เป็นอำนาจของศาลสูงในระบบศาลนั้นๆ²⁵ ภารกิจของศาลคดีขัดกันถือเป็นงานทางตุลาการ (une mission juridictionnelle) กล่าวคือ เป็นการชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมายว่ากรณีใดเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลใด เมื่อศาลได้พิพากษาหรือชี้ขาดอย่างใดแล้วย่อมเป็นการจำกัดอำนาจโดยทั่วไปของศาลในระบบนั้นๆ ที่จะพิจารณาพิพากษาคดีประเภทหรือลักษณะเดียวกัน²⁶

3.2.3.3 การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลคดีขัดกัน

ศาลคดีขัดกันมีหน้าที่หลักในการพิจารณากรณีการขัดแย้งกันเกี่ยวกับอำนาจศาลและการขัดแย้งกันของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง ในการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลใดย่อมต้องอาศัยคำอธิบายในทางทฤษฎีและหลักการทางกฎหมายซึ่งนำไปสู่การวางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองบางประการ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

(1) คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1873 คดี Blanco

ในคดีนี้ นาย Blanco ได้ฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัดในฐานะตัวแทนของรัฐต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนกรณีบุตรสาวของตนได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุรถชนซึ่งขับโดยคนขับรถของโรงงานยาสูบ ผู้ว่าราชการจังหวัดได้โต้แย้งอำนาจในการพิจารณาคดีดังกล่าวของศาลยุติธรรม ศาลคดีขัดกันได้รับเรื่องดังกล่าวและมีคำวินิจฉัยซึ่งมีสาระสำคัญว่า ความเสียหายของเอกชนที่เกิดจากการกระทำของบุคคลที่รัฐจ้างให้มาดำเนินการบริการสาธารณะไม่อาจอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด

²⁴ เรื่องเดียวกัน

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ เรื่องเดียวกัน

(ni general, ni absolu) แต่ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่ผันแปรไปตามความจำเป็นของบริการสาธารณะและความจำเป็นที่จะประสานสิทธิและหน้าที่ของรัฐกับสิทธิและหน้าที่ของเอกชน ดังนั้น คดีในลักษณะนี้จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง²⁷

ผู้มีบทบาทสำคัญในการวางหลักกฎหมายดังกล่าว คือ ตุลาการผู้แถลงคดี David ซึ่งเสนอให้นำหลักเกณฑ์บริการสาธารณะมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกเขตอำนาจแทนหลักเกณฑ์ดั้งเดิมที่พิจารณาจากกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจ (acte d'autorité) และกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการจัดการแบบเอกชน (acte de gestion) โดยเขาได้เสนอว่าศาลยุติธรรมไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีที่เอกชนฟ้องฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าการฟ้องนั้นจะเพื่อวัตถุประสงค์ใด กล่าวคือ แม้ว่าจะมิใช่การฟ้องเพื่อเพิกถอนนิติกรรมใดๆ ของฝ่ายปกครอง แต่เป็นเพียงการฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองเพื่อการบริหารสาธารณะ คดีนั้นก็ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม แต่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แม้กิจการของโรงงานยาสูบจะมีลักษณะใกล้เคียงกับกิจกรรมทางอุตสาหกรรมของเอกชนและผู้ก่อให้เกิดอุบัติเหตุเป็นเพียงลูกจ้างมิใช่ข้าราชการก็ตาม²⁸

จากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Blanco นี้ แม้จะเป็นการพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง แต่ในเนื้อหาของคำวินิจฉัยนี้ได้กล่าวถึงหลักการสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หลักบริการสาธารณะ และหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง การที่ศาลคดีขัดกันได้กล่าวถึง “การบริหารสาธารณะ” ในทัศนะของ Paul AMSELEK เห็นว่าการที่ผู้พิพากษาอ้างถึงบริการสาธารณะเพื่อวางหลักอำนาจทางปกครอง (compétence administrative) ก็เพราะเห็นว่าโดยปกติแล้วกิจกรรมทางการปกครอง (activités administratives) เพื่อการบริหารสาธารณะนั้นจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายพิเศษ ในขณะที่กิจกรรมทางการปกครองอื่นๆ ต้องอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเดียวกันกับกฎหมายเอกชน ด้วยเหตุนี้แนวคิดเรื่องการบริหารสาธารณะจึงเป็นตัวกำหนดที่สำคัญ²⁹

ส่วนความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ศาลคดีขัดกันปฏิเสธที่จะนำกฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับตัดสินคดีที่เอกชนฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย

²⁷ บุนผา อัครพิมาน, “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 335.

²⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 335 – 336.

²⁹ Amselek, P. Le service public et la puissance publique : Réflexions autour d'une étude récente, A.J.D.A. (octobre 1986), p. 492 – 514 อ้างถึงใน รังสิกร อุพงษ์, “ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศไทยฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ 18, 3 (กันยายน 2531): 44.

อันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ศาลจะใช้กฎเกณฑ์พิเศษ แต่ในคำวินิจฉัยก็มีได้อธิบายให้ชัดเจนว่ากฎเกณฑ์พิเศษที่กล่าวนี้หมายถึงกฎเกณฑ์อะไร แต่การที่ศาลกล่าวถึงกฎเกณฑ์พิเศษเป็นเอกเทศจากกฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่ง และเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลปกครองต้องนำมาใช้เพื่อบังคับกับคดีที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ที่พอจะเข้าใจได้ว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวย่อมหมายถึง “กฎหมายปกครอง” นั้นเอง³⁰ คดี Blanco จึงเป็นคดีแรกที่ศาลยอมรับว่าฝ่ายปกครองอาจต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้ต้องรับผิดชอบ

(2) คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 1873 คดี Pelletier

ในคดีนี้ นาย Pelletier ฟ้องการกระทำของนายพลลาตมิโรลด์ ผู้บัญชาการในสถานการณณ์ฉุกเฉินในเขตจังหวัดอัวส์ (Oise) นายโชแปง ผู้ว่าราชการจังหวัด และนายเลอโดต์ สารวัตรตำรวจแห่งเมืองครีล (Creil) ต่อศาลยุติธรรม เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งปิดหนังสือพิมพ์และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตามผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าคดีพิพาทดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่า การสั่งปิดหนังสือพิมพ์โดยนายพลลาตมิโรลด์ ในฐานะผู้บัญชาการในสถานการณณ์ฉุกเฉิน เป็นการกระทำเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยอาศัยอำนาจพิเศษตามมาตรา 9 ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 สิงหาคม 1849 เกี่ยวกับสถานการณณ์ฉุกเฉิน ดังนั้น ความรับผิดชอบที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของรัฐบาลซึ่งเป็นผู้ให้อำนาจแก่ผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อความเดือดร้อนของผู้ฟ้องคดีเกิดจากการกระทำทางปกครองของผู้ใช้อำนาจทางปกครอง และไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจมีการกระทำอื่นใดที่แสดงให้เห็นว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัว และหากพิจารณาโดยถ่วงแต่การฟ้องคดีดังกล่าวมุ่งโต้แย้งการกระทำที่ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจสั่งการ ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงไม่มีเขตอำนาจเหนือคดีดังกล่าว³¹

คดีนี้เกิดขึ้นภายหลังที่มีการออกกฎหมายยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลยุติธรรม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาลปกครองสูงสุดเสียก่อน ทั้งนี้ เพื่อมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาก้าวล่วงงานของฝ่ายปกครอง และในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดจะไม่ค่อยอนุญาตให้มีการฟ้องคดีเจ้าหน้าที่ของรัฐทำให้รัฐหลุดพ้นจากความรับผิดชอบทั้งปวง ด้วยเหตุนี้ จึงมีการออกกฎหมายลงวันที่ 19 กันยายน 1870 เพื่อยกเลิกบทบัญญัติดังกล่าว และผลของกฎหมายฉบับนี้

³⁰ รังสิกร อุปพงศ์, “ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส,” วารสารนิติศาสตร์ 18, 3: 43.

³¹ บุปผา อัครพิมาน, “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ, หน้า 337.

ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้รับความคุ้มกันทางศาลอีกต่อไป อย่างไรก็ตามก็ดี ศาลคดีขัดกันเห็นว่าการตีความกฎหมายฉบับลงวันที่ 19 กันยายน 1870 ต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครอง กล่าวคือ การออกกฎหมายเพื่อยกเลิกมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญ มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะยกเลิกการให้ความคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการกระทำที่เกิดจากเจตนาส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ แต่มิใช่เป็นการยกเลิกเขตอำนาจศาลที่มุ่งคุ้มครองฝ่ายปกครองจากการถูกแทรกแซงโดยศาลยุติธรรม³²

นอกจากนี้ คำวินิจฉัยในคดี Pelletier ได้สร้างหลักการแบ่งแยกความรับผิดชอบส่วนตัวและความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในกรณีที่มีการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น หากการกระทำดังกล่าวเกิดจากความผิดส่วนตัว (faute personnelle) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองและสามารถแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปกติของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ความรับผิดชอบดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ส่วนการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายซึ่งไม่อาจแยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่โดยปกตินั้น ถือเป็นความผิดของหน่วยงาน (faute de service) และฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง³³

(3) คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 23 มกราคม 1921 คดี Bac d'Eloka

คดี Bac d'Eloka เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองของประเทศ Ivory Coast ได้จัดให้มีบริการเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟาก ต่อมาเรือข้ามฟากชื่อ Bac d'Eloka ที่ให้บริการดังกล่าวได้จมลงและก่อให้เกิดความเสียหายแก่รถยนต์ของบริษัทเอกชนรายหนึ่ง บริษัทจึงได้ยื่นฟ้องฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการเรือข้ามฟากต่อศาลยุติธรรม ฝ่ายปกครองได้โต้แย้งเรื่องเขตอำนาจศาลโดยอ้างว่าเป็นกรณีเกี่ยวกับการจัดให้มีบริการสาธารณะ ดังนั้น จึงควรอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลคดีขัดกัน ศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทนนั้น มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการขนส่งในสภาพเดียวกับเอกชนทั่วไป ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชนและอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดี³⁴

คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Bac d'Eloka ได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นมาใหม่ เรียกว่า บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งก่อนหน้านี้แม้ศาลคดีขัดกันได้กล่าวถึงเรื่องบริการสาธารณะไว้ในคดี Blanco แต่ก็เพียง

³² เรื่องเดียวกัน. หน้า 338.

³³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่นๆ, รายงานวิจัย : หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, หน้า 261.

³⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2543), หน้า 26.

การกล่าวถึงบริการสาธารณะโดยยังไม่มี การแบ่งแยกประเภทของบริการสาธารณะแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทในคดี Bac d'Eloka ศาลคดีขัดกันจึงได้สร้างหลักเกณฑ์เพื่อจัดแบ่งประเภทของบริการสาธารณะขึ้นใหม่ โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินกิจการดังกล่าว ดังนั้น เมื่อการจัดให้มีเรือข้ามฟากเป็นกิจการที่จัดทำขึ้นโดยฝ่ายปกครอง แต่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเป็นไปเพื่อแสวงหากำไรจากการให้บริการ กรณีจึงไม่ต่างจากการดำเนินกิจการของเอกชน ข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดจากบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมจึงอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายเอกชนและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม

(4) คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ลงวันที่ 8 กรกฎาคม 1963 คดี Société entreprise Peyrot

สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายเป็นนิติบุคคลมหาชน ดังนั้น หากพิจารณาจากหลักการดังกล่าวสัญญาที่ทำระหว่างเอกชนด้วยกันจึงไม่อาจเป็นสัญญาทางปกครองได้ อย่างไรก็ตาม ในคดี Société entreprise Peyrot ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างบริษัททางด่วนผู้รับสัมปทานจากรัฐให้สร้างและบริหารทางด่วน ได้ทำสัญญาช่วงให้บริษัทเปย์โรต์ก่อสร้างงานพื้นฐานที่จำเป็น ต่อมาบริษัทเปย์โรต์ได้กล่าวหาว่าบริษัททางด่วนใช้วิธีโดยฉ้อฉลเพื่อให้บริษัทเปย์โรต์ไม่อาจปฏิบัติตามสัญญาได้ ทำให้ได้รับความเสียหาย จึงฟ้องคดีเพื่อให้บริษัททางด่วนชดเชยค่าเสียหายแก่ตน ในกรณีนี้ศาลคดีขัดกันพิจารณาแล้วเห็นว่า การก่อสร้างทางหลวงมีลักษณะเป็นงานโยธาสาธารณะและเป็นภารกิจของรัฐโดยสภาพซึ่งตามจารีตประเพณีการดำเนินงานดังกล่าวรัฐจะจัดทำเอง ดังนั้น สัญญาต่างๆ ที่รัฐในฐานะเจ้าของทางหลวงได้ทำเพื่อการดำเนินการก่อสร้างหรือบริหารทางหลวงจึงอยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน ศาลเห็นว่าหลักการนี้ต้องนำมาปรับใช้กับสัญญาที่ผู้เป็นเจ้าของงานทำการก่อสร้างทางด่วน โดยไม่ต้องคำนึงถึงความแตกต่างว่าเป็นกรณีทั่วไปที่รัฐดำเนินการเอง หรือเป็นกรณียกเว้นที่รัฐมอบให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ดำเนินการเพื่อประโยชน์ของรัฐ ไม่ว่าผู้รับสัมปทานจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือเป็นบริษัทร่วมทุนฯ ซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน นอกจากนี้ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใดเพื่อก่อสร้างทางด่วน สัญญาที่รัฐหรือผู้รับสัมปทานทำกับผู้รับเหมาก่อสร้างมีลักษณะเป็นสัญญางานโยธาสาธารณะ หากมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติการชำระหนี้ย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง³⁵

คำวินิจฉัยในคดีนี้เป็นการวางหลักเกี่ยวกับเกณฑ์คู่สัญญาของสัญญาทางปกครองว่า สัญญาที่ทำระหว่างเอกชนด้วยกันเองก็อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ทั้งนี้ เพื่อแก้ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นเรื่อยๆ ในสังคมปัจจุบัน เพราะรัฐหรือ

³⁵ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 4 – 5.

นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนมีแนวโน้มที่จะไม่จัดทำภารกิจของตนเอง แต่มอบให้นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนจัดทำภารกิจแทนตนขึ้นมา ทำให้เกิดปัญหาว่าการดำเนินการเหล่านี้จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายใดและอยู่ในเขตอำนาจของศาลใด และคงจะเป็นการไม่สมเหตุสมผลถ้าการดำเนินการที่มีลักษณะหรือธรรมชาติอย่างเดียวกันต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับว่าภารกิจนั้นดำเนินการเองโดยรัฐหรือรัฐมอบหมายให้เอกชนดำเนินการแทน³⁶

อย่างไรก็ดี แนวคำวินิจฉัยนี้ถูกนำมาปรับใช้เฉพาะกรณีของสัญญาช่วงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างทางด่วนเท่านั้น หากเป็นการดำเนินการอื่นที่ไม่ใช่การก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ เช่น สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับบริษัทร่วมทุน เพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการผังเมืองและการพัฒนาเมือง หรือองค์กรเอกชนที่มีหน้าที่ดำเนินการบริการสาธารณะและมีอำนาจมหาชนในการออกนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว แต่องค์กรเหล่านี้ไม่อาจทำสัญญาทางปกครองกับเอกชนอื่นได้ แม้วัตถุประสงค์ของสัญญาจะเป็นไปเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ แต่สัญญาที่จัดทำขึ้นกับเอกชนรายอื่นยังคงเป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน จากข้อจำกัดดังกล่าวอาจวิเคราะห์ได้ว่า ศาลต้องการที่จะแยกความแตกต่างระหว่างภารกิจที่เป็นธรรมชาติดั้งเดิมของรัฐ เช่น การก่อสร้างถนน กับภารกิจใหม่ๆ ของรัฐอันเป็นภารกิจที่มีลักษณะทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม หากไม่มีการกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม³⁷

3.3 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดได้อาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีเนื้อหาเป็นการเฉพาะในกฎหมายปกครอง บางหลักก็มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้มีแหล่งที่มาและค่าบังคับที่แตกต่างกันไป

3.3.1 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลปกครองสูงสุด

การพิจารณาคดีพิพาทของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องหนึ่ง ๆ ย่อมต้องอาศัยทั้งกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติไปพร้อมกัน ความสมบูรณ์ของกฎหมายทั้งสองประเภทนี้เป็นสิ่งที่เอื้ออำนวยให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปอย่างรวดเร็วและเป็นธรรมแก่คู่กรณี แต่ในความเป็นจริงกฎหมายเหล่านี้ยังมีความไม่สมบูรณ์ในตัวเอง ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงได้ค้นหาหลักการบางประการเพื่อนำมาใช้ทดแทนในส่วนที่กฎหมายดังกล่าวขาดหายไป

³⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

3.3.1.1 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสารบัญญัติ

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสารบัญญัติที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาปรับใช้มีอยู่หลายหลักการ หลักกฎหมายที่กล่าวต่อไปนี้เป็นเพียงบางส่วนที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความสำคัญ มีพัฒนาการและลักษณะเฉพาะในทางกฎหมายปกครองซึ่งเหมาะแก่การนำมาศึกษาอันได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(1) หลักความเสมอภาค

ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ประชาชนชาวฝรั่งเศสถือเป็นเพียงผู้อยู่ใต้ปกครอง การออกกฎหมายใดๆ ของฝ่ายปกครองจึงเป็นไปตามความพอใจของผู้ปกครอง การกระทำเช่นนี้ก่อให้เกิดความไม่พอใจแก่ประชาชนชาวฝรั่งเศส ประกอบกับในช่วงเวลาดังกล่าวมีการเผยแพร่แนวคิดเกี่ยวกับการเมืองการปกครอง รวมไปถึงหลักความเสมอภาคด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศส สถานะของประชาชนชาวฝรั่งเศสจึงเปลี่ยนแปลงไปจากที่เคยเป็นเพียงผู้อยู่ใต้ปกครอง กลายมาเป็นบุคคลผู้มีส่วนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน อีกทั้งมีการนำแนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคมาบัญญัติไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เพื่อเป็นหลักเกณฑ์การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน

คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ใน 3 มาตรา³⁸ ดังนี้

มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้อีกแต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 6 กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน...กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน

มาตรา 13 เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อรายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน

³⁸ เกรียงไกร เจริญชนาวังษ์, หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2544. แหล่งที่มา www.pub-law.net

หลักความเสมอภาคที่ปรากฏในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 กลายมาเป็นต้นแบบของการบัญญัติกฎหมายในประเทศฝรั่งเศสที่จะต้องคำนึงและเคารพหลักความเสมอภาคที่รับรองไว้ในคำประกาศดังกล่าวดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1946 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า “กฎหมายให้หลักประกันว่าสิทธิของผู้หญิงเท่าเทียมกันกับสิทธิของผู้ชาย” หรือในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี 1958 วรรคสาม บัญญัติว่า “อาศัยอำนาจตามหลักการดังกล่าวและหลักเสรีภาพในการตัดสินใจของประชาชน สาธารณรัฐได้มอบให้ดินแดนโพ้นทะเลแสดงเจตจำนงที่จะเข้าร่วมกับสาธารณรัฐ สถาบันที่จะจัดตั้งใหม่จักได้จัดตั้งขึ้นบนพื้นฐานของอุดมคติร่วมกันแห่งเสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ ...” และในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้ ได้บัญญัติรับรองหลักแห่งความเสมอภาคเอาไว้ว่า “ฝรั่งเศส...รับรองถึงความเสมอภาคของประชาชนตามกฎหมาย โดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา...”³⁹ เห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคตามที่ปรากฏในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ถูกนำมาใช้เป็นต้นแบบในการบัญญัติกฎหมายในเวลาต่อมา อีกทั้งมีการพัฒนาหลักความเสมอภาคไปสู่หลักการต่างๆ อันเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายปกครองซึ่งผู้เขียนจะกล่าวถึงต่อไป

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาย้อนกลับไปในช่วงเริ่มต้นของคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ในทางวิชาการยังไม่ถือว่าคำประกาศดังกล่าวมีค่าบังคับดังเช่นกฎหมาย เพราะเนื้อหาของคำประกาศมีลักษณะเป็นการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างขวางเกินกว่าที่จะกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าสิทธิเสรีภาพใดบ้างที่ได้รับการรับรองและคุ้มครอง อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาเดียวกันนี้ก็ไม่ปรากฏบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดที่ให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของชาวฝรั่งเศส ดังนั้น เพื่อให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองและไม่ถูกเอาเปรียบจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นองค์กรแรกที่สุดที่สกัดหลักการที่ได้รับการรับรองในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มาใช้เพื่อให้บรรลุผลข้างต้น หลักการที่มีความสำคัญลำดับแรกที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ คือ หลักความเสมอภาค ศาลปกครองสูงสุดรับรองว่าหลักความเสมอภาคมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะต้องยอมรับนับถือ ความเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของหลักความเสมอภาคถูกเน้นย้ำอีกครั้งโดยตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ในครั้งนี้ตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยกสถานะหรือค่าบังคับของหลักความเสมอภาคให้มีค่าบังคับในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเสมอภาคในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในหลายลักษณะ เช่น ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความเสมอภาคในการ

³⁹ เรื่องเดียวกัน

ทำงานหรือร่วมงานกับรัฐ ความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ และความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเอกชน เป็นต้น

(1.1) หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ในระบบกฎหมายมาใช้ในควบคุมการดำเนินการของฝ่ายปกครองให้สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 1931 คดี Roubeau ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า นายเทศมนตรีอาจสงวนอำนาจไว้ในข้อกำหนดของตน เพื่ออาศัยอำนาจดังกล่าวสั่งการไม่นำข้อบัญญัติมาใช้เมื่อเกิดสถานการณ์พิเศษที่มีเหตุอันสมควรรับฟังได้ว่าไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของข้อบัญญัติ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของพลเมืองภายใต้กฎหมาย⁴⁰

สำหรับกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความเสมอภาค ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2000 คดี Union nationale intersyndicale des enseignants de la conduite ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมคุณภาพและการใช้พลังงาน ทำให้เมืองปารีสต้องออกประกาศกำหนดการควบคุมและการจำกัดเวลาการใช้รถประจำทางหรือรถยนต์ที่มีการใช้งานต่อเนื่อง แต่ข้อจำกัดที่กำหนดนี้ไม่รวมถึงรถยนต์ขนาดเล็กและยกเว้นให้กับรถยนต์ที่ใช้ในการบริการประชาชนในลักษณะอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อให้บริการสาธารณะบรรลุผลตามที่ได้กำหนดประเภทไว้ท้ายประกาศ เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการยกเว้นดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า รถยนต์รับส่งนักเรียนหรือรถยนต์ที่ใช้ในกิจการเพื่อการศึกษาควรได้รับการยกเว้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น การที่สำนักงานตำรวจจราจรเมืองปารีสปฏิเสธการยกเว้นข้อบังคับให้แก่รถยนต์รับส่งนักเรียนหรือรถยนต์ที่ใช้ในกิจการเพื่อการศึกษาจึงขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย⁴¹

(1.2) หลักความเสมอภาคในการเข้าทำงานหรือร่วมงานกับรัฐ

หลักความเสมอภาคเป็นหลักการพื้นฐานในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากภาครัฐ ซึ่งรวมไปถึงความ

⁴⁰ บุษผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 11.

⁴¹ สำนักงานศาลปกครอง ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, สรุปหลักกฎหมายหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2552), หน้า 37.

เสมอภาคในการเข้าทำงานหรือร่วมงานกับรัฐ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงหลักความเสมอภาคในการเข้าทำงานหรือร่วมงานกับภาครัฐ ดังนี้

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 กรกฎาคม 1936 คดี Demoiselle BOBARD et autres กระทรวงการสงครามได้ออกกฤษฎีกากำหนดคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งระดับสูงของกระทรวงไว้ให้แก่บุคลากรชายเท่านั้น จึงถูกบุคลากรหญิงโต้แย้งว่า กฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลเกี่ยวกับการทำงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า หญิงมีความสามารถโดยชอบด้วยกฎหมายในงานที่ขึ้นตรงต่อราชการส่วนกลางของกระทรวงต่าง ๆ แต่ฝ่ายปกครองก็สามารถกำหนดคุณสมบัติที่จำเป็นสำหรับงานในตำแหน่งหน้าที่ใด ๆ ในกระทรวงได้ โดยอาจกำหนดข้อจำกัดสำหรับการรับบุคคลเข้าทำงานหรือหลักเกณฑ์การเลื่อนขั้นตำแหน่งเฉพาะบุคลากรหญิงได้ หากข้อจำกัดดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับหน้าที่นั้น ๆ ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าจำเป็นสำหรับตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ จริง มิได้เกิดจากเหตุอื่น⁴²

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 1954 คดี Barel ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้าราชการผู้หนึ่งจักต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากหน่วยงานต้นสังกัด หากเขาอยู่ในตำแหน่งหน้าที่และมีลักษณะงานในหน้าที่รับผิดชอบเท่าเทียมกับข้าราชการผู้อื่น ดังนั้น รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีจะต้องออกคำสั่งกำหนดรายชื่อข้าราชการทุกคนที่มีสิทธิหรือมีคุณสมบัติในการได้รับคัดเลือกเพื่อเข้าอบรมในสถาบันปกครองชั้นสูงโดยคำนึงถึงหลักความเสมอภาคในการเข้ารับราชการ โดยไม่เลือกว่าบุคคลใดจะมีความคิดทางการเมืองอันเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐหรือไม่⁴³

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 10 เมษายน 2009 คดี Abdeljalel El-Haddoui ศาลปกครองสูงสุดสั่งเพิกถอนผลการสอบแข่งขันภายในของตำรวจแห่งชาติ เนื่องจากมีการเลือกปฏิบัติในการสอบ โดยคณะกรรมการผู้ทำการสอบสัมภาษณ์ได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับถิ่นกำเนิด รวมทั้งความคิดเห็นต่างๆ ในทางศาสนาของผู้ถูกสัมภาษณ์และคู่สมรส ซึ่งเป็นคำถามที่สร้างความแตกต่างระหว่างผู้ถูกสัมภาษณ์ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำถามดังกล่าวเป็นคำถามที่แปลกไปจากคำถามที่จะทำให้คณะกรรมการผู้ทำการสัมภาษณ์สามารถตัดสินถึงความสามารถในการทำงานของผู้ถูกสัมภาษณ์ได้ และยังเป็นการก่อให้เกิดความแตกต่างระหว่างข้าราชการซึ่งเป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งถูกห้ามไว้ตามมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญฯ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ การเลือกปฏิบัติ

⁴² บุษผา อัครพิมาน, "หลักกฎหมายทั่วไป," วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 1 :13

⁴³ สำนักงานศาลปกครอง ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, สรุปหลักกฎหมายหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม, หน้า 49.

ดังกล่าวนี้ถือเป็นการละเมิดต่อหลักความเท่าเทียมกันในการเข้าทำงานกับราชการ หรือการมีสิทธิโดยเท่าเทียมของการเข้าถึงงานในภาคสาธารณะ (le principe d'égal accès aux emplois publics) ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงสั่งเพิกถอนการอภิปรายลงมติของคณะกรรมการสอบแข่งขันของตำรวจแห่งชาติในครั้งนี้⁴⁴

จากคำพิพากษานี้ศาลปกครองสูงสุดได้แสดงให้เห็นว่า แม้จะเป็นการสอบแข่งขันภายในของหน่วยงานราชการ แต่คณะกรรมการผู้ทำการสอบสัมภาษณ์ต้องมีความระมัดระวังในการตั้งคำถามที่ต้องแสดงถึงความเป็นกลาง ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้เข้าแข่งขันคนหนึ่งคนใดด้วย

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความเสมอภาคมาใช้พิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะของเอกชน เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2000 คดี *syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise* ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นมีอำนาจตามประมวลกฎหมายการปกครองส่วนท้องถิ่น ในการจัดทำบัญชีรายชื่อบริษัทเอกชนผู้เข้าแข่งขันประกวดราคา โดยพิจารณาจากความน่าเชื่อถือ หลักประกัน และสถานะทางการเงินของบริษัทเหล่านั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงหลักการที่ว่าบริการสาธารณะต้องมีความต่อเนื่อง บริษัทเหล่านั้นจึงต้องมีความมั่นคงพอสมควร และด้วยเหตุผลเดียวกันนี้การนำสภาพทางการเงินของบริษัทบางแห่งขึ้นมาพิจารณาหรือตรวจสอบตัวเลขรายรับรายจ่ายของบริษัทจึงไม่ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค⁴⁵

(1.3) หลักความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ

บุคคลมีสิทธิเท่าเทียมกันในการใช้บริการสาธารณะที่ได้จัดให้มีขึ้นภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงหรือสาระสำคัญที่แตกต่างกัน ฝ่ายปกครองอาจกำหนดเงื่อนไขในการเข้าใช้บริการสาธารณะให้แตกต่างกันได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 5 ตุลาคม 1984 คดี *Commissaire de la république de l'Ariège* ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อการจัดให้มีโรงอาหารของโรงเรียนหรือไม่นั้นไม่ใช่เรื่องบังคับ การที่เทศบาลจัดให้มีโรงอาหารของโรงเรียนและเรียกเก็บค่าบริการเฉพาะเด็กนักเรียนที่มีภูมิลำเนาในท้องที่อื่น หรือเรียกเก็บค่าบริการจากเด็กในท้องที่ของตนในราคาต่ำกว่าเด็กนักเรียนต่างท้องที่นั้น ตรวจจับที่

⁴⁴ กรณีศึกษา สุทธิประสิทธิ์, "สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสสั่งเพิกถอนผลการสอบแข่งขันภายในของตำรวจแห่งชาติ," *ทันข่าววิชาการ สวว.* (กรกฎาคม 2552): 11 – 12.

⁴⁵ สำนักงานศาลปกครอง ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ, *สรุปหลักกฎหมาย หลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม*, หน้า 54 – 55.

ราคาเรียกเก็บไม่สูงไปกว่าราคาต้นทุนแล้ว เทศบาลสามารถออกข้อกำหนดเรื่องราคาให้เป็นประโยชน์เฉพาะแก่เด็กนักเรียนในท้องถิ่นของตนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากรัฐ⁴⁶

อย่างไรก็ตาม ยังมีกรณีศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการออกประกาศของฝ่ายปกครองบางประเภทมีลักษณะเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1996 คดี le Groupement Français de l'Hélicoptère ประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมที่มีวัตถุประสงค์ในการลดเสียงรบกวนจากเครื่องยนต์เฮลิคอปเตอร์ โดยกำหนดให้เฮลิคอปเตอร์ขนาดเล็กบรรจุผู้โดยสารไม่เกิน 5 คน และเฮลิคอปเตอร์ที่มีเสียงเครื่องยนต์เกินกว่าที่กำหนดให้สามารถใช้สนามบินขึ้นลงในตอนกลางคืนได้ไม่เกิน 10 ครั้งต่อปี ประกาศฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงเฮลิคอปเตอร์ที่ใช้ในการสำรวจที่มีภารกิจมากกว่า 12 ครั้งต่อปี ซึ่งภารกิจเหล่านี้จักได้แจกแจงไว้ท้ายประกาศฉบับนี้ นอกจากนี้แล้ว ผู้ดำเนินการในภารกิจสำรวจยังสามารถปรับเปลี่ยนหรือนำเฮลิคอปเตอร์เครื่องใหม่หรือเครื่องอื่นมาใช้ในภารกิจได้ตลอดเวลา จึงเห็นได้ว่า เจ้าของเฮลิคอปเตอร์ที่ใช้ในการสำรวจได้รับสิทธิประโยชน์ในการใช้สนามบินมากกว่าเจ้าของเฮลิคอปเตอร์ทั่วไป ประกาศฉบับนี้จึงขัดกับหลักความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ⁴⁷

(1.4) หลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเอกชน

ภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเอกชน เช่น หน้าที่ในการชดเชยค่าเสียหายแก่เอกชนตามหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง หน้าที่ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากการขอใช้บริการจากหน่วยงานของรัฐอย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น ในการดำเนินการภารกิจเหล่านี้ฝ่ายปกครองผูกพันให้ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาค ตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาดังต่อไปนี้⁴⁸

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 31 มีนาคม 1995 คดี Lavaud การที่คณะกรรมการการเคหะหยุดดำเนินกิจการและสั่งปิดอาคารการเคหะจำนวน 10 หลังในบริเวณหนึ่งด้วยเหตุผลทางด้านความปลอดภัย ผู้พักอาศัยไม่อาจเรียกร้องความเสียหายได้ เนื่องจากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ในกรณีของผู้เสียหายซึ่งเปิดรายชื่อยา

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

ในบริเวณเดียวกันถือว่าขาดรายได้และได้รับความเสียหายเป็นกรณีพิเศษ การชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายรายนี้เพียงคนเดียวไม่เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 21 มีนาคม 2003 คดี syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux ประมวลกฎหมายไปรษณีย์และการสื่อสารกำหนดให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ให้บริการโทรศัพท์ที่ได้รับอนุญาตให้เดินสายโทรศัพท์ไปตามเขตถนน โดยให้เรียกเก็บจากการเดินสายไปตามทางหลวงพิเศษ เป็นเงิน 10,000 ฟรังก์ ต่อกิโลเมตร เรียกเก็บจากทางหลวงแผ่นดินทางหลวงจังหวัด และทางหลวงท้องถิ่น เป็นเงิน 150 ฟรังก์ ต่อกิโลเมตร และกรณีที่มีการตั้งสถานีขยายสัญญาณ ให้เรียกเก็บการตั้งเสาอากาศเป็นเงิน 1,000 ฟรังก์ และกรณีตั้งเสาเพิ่ม ความสูงเสาอากาศให้เรียกเก็บเป็นเงิน 2,000 ฟรังก์ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ฝ่ายปกครองมิได้พิสูจน์ให้เห็นว่าได้ใช้อะไรเป็นเกณฑ์ในการคำนวณค่าธรรมเนียม อีกทั้งไม่ให้เกิดผลว่าเหตุใดอัตราค่าธรรมเนียมบนทางหลวงพิเศษจึงแตกต่างไปจากค่าธรรมเนียมบนทางหลวงทั่วไปเป็นอันมาก การกำหนดค่าธรรมเนียมดังกล่าวเท่ากับไม่เคารพต่อหลักความเสมอภาค

(2) หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างส่วนได้เสียของประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน เมื่อฝ่ายปกครองจะใช้มาตรการใด มาตรการหนึ่งก็ต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ วิธีการและผลกระทบที่เกิดจากมาตรการนั้น มาตรการที่นำมาใช้จะสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนก็ต่อเมื่อมาตรการนั้นเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมตาม “หลักความสัมฤทธิ์ผล” เป็นมาตรการที่จำเป็นจะต้องใช้ตาม “หลักความจำเป็น” และเป็นมาตรการที่มีความสมเหตุสมผลตาม “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ”

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการดำเนินการของฝ่ายปกครองใน 4 กรณีสำคัญ⁴⁹ คือ

1. การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน

หลักความได้สัดส่วนเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายของการกระทำทางปกครอง กับวิธีการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าว ดังนั้น หากมีวิธีดำเนินการที่ฝ่ายปกครองสามารถนำมาใช้เพื่อให้บรรลุเป้าหมายได้หลายวิธี ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกใช้วิธีการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม ศาลจะต้องยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจโดยทั่วไปในการออกกฎระเบียบต่าง ๆ ซึ่งอาจมี

⁴⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” วารสารกฎหมายปกครอง 19, 1 (เมษายน 2543): 190 – 197.

ผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณากรณีพิพาทที่จำกัดเสรีภาพของประชาชนในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 1990 คดี Pichiné สืบเนื่องจากรัฐธรรมนูญ ปี 1961 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีด้านวัฒนธรรม (Le Ministère de la Culture) ในการสั่งห้ามฉายภาพยนตร์เรื่องใดเรื่องหนึ่งแก่ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ 18 ปี แล้วแต่กรณี หรือสั่งห้ามฉายภาพยนตร์โดยสิ้นเชิง ในข้อพิพาทนี้รัฐมนตรีด้านวัฒนธรรมได้อนุญาตให้มีการฉายภาพยนตร์เรื่อง The Last Temptation of Christ ซึ่งก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในสังคม จึงมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าว ในการนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเกิดจากการฉายภาพยนตร์ดังกล่าวมิได้มีความรุนแรงตามที่มีการโต้แย้งแต่ประการใด อีกทั้งไม่เป็นการกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อจิตสำนึก หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนแต่ประการใด คำสั่งอนุญาตของรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวจึงชอบแล้ว

อีกตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการรักษาไว้ซึ่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 19 พฤษภาคม 1993 คดี Benjamin ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้รับรองว่า นายกเทศมนตรีซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดำเนินการมาตรการใดๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในชุมชนนั้น จะต้องใช้อำนาจของตนโดยคำนึงถึงการเคารพต่อเสรีภาพในการนัดชุมนุม แต่ตามข้อเท็จจริงของคดีนายกเทศมนตรียังสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชนได้ โดยไม่จำเป็นต้องสั่งห้ามการนัดชุมนุมทางวรรณกรรม โดยกำหนดมาตรการทางตำรวจที่จำเป็นแก่การนั้น ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับระดับความรุนแรงของผลกระทบต่อความเรียบร้อยของสาธารณชนที่อาจเกิดขึ้นจากการนัดชุมนุมนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้เพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการนัดชุมนุมดังกล่าว เนื่องจากการสั่งห้ามดังกล่าวเป็นวิธีการที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน

2. การลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน

ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน ศาลมักจะดำเนินการควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) โดยจะพิจารณาแต่เพียงว่าการลงโทษทางวินัยดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ และข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างมีคุณสมบัติทางกฎหมาย (qualification juridique des faits) อัน

เป็นเหตุแห่งการลงโทษหรือไม่ และศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า “มิใช่หน้าที่ของศาลที่จะตัดสินว่าขอบเขตของการลงโทษที่กำหนดโดยฝ่ายปกครองนั้นสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือไม่” เนื่องจากการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือนเป็นกรณีเกี่ยวกับความประพฤติ โดยทั่วไปของข้าราชการพลเรือน ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรในการสังเกตพฤติกรรมที่เป็น การกระทำความผิดกับโทษที่จะลงสำหรับความผิดนั้น

อย่างไรก็ตาม การที่ศาลเข้าควบคุมชั้นต่ำในเรื่องการลงโทษทางวินัยนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการควบคุมที่ขาดประสิทธิภาพและนำมาซึ่งการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงได้ปรับเปลี่ยนแนวทางในการดำเนินการดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาข้อพิพาท ที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน เห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 มิถุนายน 1978 คดี Lebon ในคดีนี้ นาย Lebon มีอาชีพเป็นครูถูกกล่าวหาว่าประพฤติหยาบโหล่นต่อเด็กนักเรียนหญิง และด้วยเหตุนี้จึงถูกฝ่ายปกครองไล่ออก ศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธที่จะพิจารณาอุทธรณ์ของนาย Lebon เพราะเห็นว่าฝ่ายปกครองมิได้ใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน และการลงโทษดังกล่าวได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดตามข้อเท็จจริง

หลักความได้สัดส่วนถูกนำมาปรับใช้อีกครั้งในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 1978 คดี Vinolay ในคดีนี้ประธานคณะกรรมการเกษตรกรรมชนถูกไล่ออก เนื่องจากความล่าช้าของตนในการตอบข้อซักถามของกระทรวงการคลัง ซึ่งการล่าช้าดังกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดในการประกอบวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้เพิกถอนคำสั่งไล่ออกดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าความบกพร่องในการปฏิบัติตามกฎระเบียบของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (une bonne administration) จะเป็นเหตุอันสมควรที่บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษทางวินัย แต่ก็ไม่ใช่เหตุถึงขนาดที่จะกำหนดโทษไล่ออก (อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน) ซึ่งรุนแรงเกินขอบเขตตามอัตราโทษที่กำหนดในกฎระเบียบนั้น

3. การวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน

หลักความได้สัดส่วนประกอบไปด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ การดำเนินการใดๆ ของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตามหลักการใดหลักการหนึ่งที่ประกอบขึ้นเป็นหลักความได้สัดส่วน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วนและอาจนำไปสู่การเพิกถอนโดยศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้นำเอาหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดินของเอกชน ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 1971 คดี Ville Nouvelle-Est ในคดีนี้รัฐบาลฝรั่งเศสมีนโยบายที่จะลดความแออัดของเมือง Lille ซึ่งเป็นเมืองมหาวิทยาลัยที่มีนักศึกษาอยู่เป็นจำนวนมากไปอยู่นอกเมือง จึงได้จัดทำศูนย์การศึกษาและสร้างเมืองใหม่เพื่อรองรับนักศึกษาและประชากรในอนาคต โดยมีการเวนคืนที่พักออาศัยเพื่อเตรียมดำเนินโครงการดังกล่าว ผู้อยู่อาศัยในบริเวณที่ถูกเวนคืนได้ต่อต้านการดำเนินการดังกล่าวเป็นอย่างมากโดยอ้างว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการนี้ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาผลกระทบทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของโครงการดังกล่าวประกอบกับความสำคัญของโครงการแล้วเห็นว่าการที่จะต้องรื้อบ้านพักออาศัยหลายครัวเรือนนั้นมิได้ทำให้ลักษณะ “ประโยชน์สาธารณะ” ของโครงการดังกล่าวต้องสูญสิ้นไปแต่อย่างใด นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายไว้ในคำพิพากษานี้ว่า โครงการใดโครงการหนึ่งจะถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล ค่าใช้จ่ายหรือผลกระทบด้านการเงินที่เกิดขึ้น และความเสียหายทางสังคมที่อาจเป็นไปได้ไม่เกินขอบเขตเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่โครงการนั้นจะทำให้เกิดขึ้น

นับตั้งแต่คดี Ville Nouvelle-Est เป็นต้นมา หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ได้ถูกนำมาบังคับใช้อย่างชัดเจนในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการวางผังเมืองหรือการเวนคืนที่ดิน

4. การป้องกันสภาพแวดล้อม

ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้สภาพแวดล้อมถูกทำลาย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 4 พฤษภาคม 1979 คดี Dep. de la Savoie กลุ่มผู้ร่วมต่อต้านการสร้างสถานีพลังงานนิวเคลียร์ อ้างว่า โครงการดังกล่าวมิได้ดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากความไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอของการศึกษาวิจัยในเบื้องต้น จำนวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานมีจำนวนมหาศาล มีความเสี่ยงในการดำเนินงานต่อสภาพแวดล้อมในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุ และการก่อสร้างตามโครงการดังกล่าวจะทำให้สภาพแวดล้อมตามธรรมชาติของพื้นที่ในบริเวณนั้นสูญหายไป ในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ในด้านหนึ่งความไม่ได้สัดส่วนระหว่างความต้องการพลังงานและความสามารถในการนำเอาแหล่งทรัพยากรในประเทศมาใช้ประโยชน์ ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าด้วยวิธีการอื่นๆ ที่แตกต่างไปจากวิธีการในอดีต และอีกด้านหนึ่ง ข้อบังคับที่กำหนดให้ผู้ก่อสร้างและผู้ดำเนินงานติดตั้งสถานีพลังงานนิวเคลียร์ปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดในอันที่จะต้องระมัดระวังเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของการก่อสร้างสถานี

ดังกล่าว อีกทั้งการก่อสร้างโรงงานนิวเคลียร์ในพื้นที่ที่กำหนดไว้นั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสภาพแวดล้อมแต่อย่างใด ดังนั้น จึงไม่มีข้อเท็จจริงใดที่บ่งชี้ว่าโครงการดังกล่าว จะก่อให้เกิดผลกระทบหรือผลเสียหายใดๆ ไม่ว่าในด้านเศรษฐกิจและการเงิน ไม่ว่าจะพิจารณาในประเด็นเรื่องความปลอดภัยหรือประเด็นเรื่องสภาพแวดล้อมที่อาจมีผลลบข้างลักษณะ ประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ ประกอบการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดจากการต่อต้านโครงการก่อสร้างที่อาจก่อให้เกิดมลพิษต่อ สิ่งแวดล้อมในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 25 กรกฎาคม 1995 คดี Syndicat CFDT des marins – pêcheurs de la rade de Brest กลุ่มชาวประมงทางทะเลในเมือง Brest ได้รวมตัวกันคัดค้านการก่อสร้างศูนย์อุตสาหกรรมคอมเพล็กซ์และก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันบน ท่าเรือในบริเวณที่ตนประกอบอาชีพ เนื่องจากโครงการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดมลพิษทางทะเล ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ตามข้อเท็จจริงพื้นที่ทางการเกษตรที่จะถูกนำมาดำเนินโครงการมี เพียงส่วนน้อยเท่านั้น ประกอบกับโครงการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อพื้นที่ที่ถูกจัดว่ามี คุณค่าทางประวัติศาสตร์และสิ่งแวดล้อมธรรมชาติ ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงยอมรับลักษณะ “ประโยชน์สาธารณะ” ของโครงการดังกล่าว

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง

เดิมในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น หลักว่าด้วยความรับผิดของ ฝ่ายปกครองมีอยู่อย่างจำกัด ทั้งนี้ เป็นผลมาจากแนวคิดในสมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ ถือว่ากษัตริย์ไม่อาจกระทำผิดได้ เนื่องจากในยุคนี้ยังไม่ปรากฏแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยก อำนาจ จึงไม่มีการแบ่งแยกฝ่ายปกครองออกจากตัวกษัตริย์ ด้วยเหตุนี้ หากให้ฝ่ายปกครองต้อง รับผิด ก็จะมีผลเสมือนหนึ่งว่ากษัตริย์ต้องรับผิดด้วยเช่นกัน บริบททางสังคมเหล่านี้นำมาสู่ หลักความไม่ต้องรับผิดของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม เมื่อสภาพการณ์ทางสังคมเปลี่ยนแปลง ไป รัฐเข้ามามีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น การจัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนไม่มากนักน้อย หลักความไม่ต้องรับผิดของฝ่ายปกครอง จึงถูกจำกัดขอบเขตให้แคบลงโดยบทบัญญัติของกฎหมายและการวางหลักกฎหมายทั่วไปของ ศาลปกครองสูงสุด

บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเรื่องความรับผิดของฝ่ายปกครองใน ฝรั่งเศสมีอยู่ด้วยกันหลายลักษณะ ได้แก่

(1) ความรับผิดต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากเหตุจลาจล ตามมาตรา L.2216-3 แห่งประมวลกฎหมายปกครองท้องถิ่น (Code général des collectivités territoriales) กำหนดให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบในทางแพ่งต่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากความผิดที่มาจากเหตุ

จลาจลต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการรวมตัวหรือจากการชุมนุมของประชาชน โดยตำรวจไม่ได้เข้าไปแทรกแซงการรวมตัวหรือการชุมนุมที่ตนได้อนุญาตไป กรณีดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลยุติธรรมในการพิจารณากำหนดค่าทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งรัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าว⁵⁰

(2) ความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากนักเรียนหรือโดยนักเรียนในโรงเรียนของรัฐ เดิมมาตรา 1384 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งได้กำหนดให้ครูเป็นผู้รับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากนักเรียนของตน นอกจากจะพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดจากความบกพร่องของการทำหน้าที่ในการดูแลเด็กนักเรียนของตน อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นเรื่องการพิสูจน์ถูกยกเลิกไป ต่อมาได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1937 กำหนดให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบแทนครู แม้ความผิดนั้นจะเกิดจากการกระทำของครู และในปัจจุบันผู้เสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐได้เพียงผู้เดียว โดยฟ้องต่อศาลยุติธรรม แม้จะเป็นความผิดของหน่วยงาน (*la faute de service*) ก็ตาม อนึ่ง หากความเสียหายเกิดขึ้นโดยเหตุอื่นนอกเหนือไปจากข้อบกพร่องในการทำหน้าที่ดูแลนักเรียน เช่น การไม่ดูแลรักษาอาคารเรียน หรือสถานที่เรียน ก็จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดของฝ่ายปกครองมาใช้⁵¹

(3) ความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยรถยนต์ รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1957 กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณำปัญหาเรื่องความรับผิดของนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับรถยนต์ของบุคคลอื่น การที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้พิจารณาเรื่องดังกล่าวก็เพื่อต้องการให้กฎเกณฑ์เกี่ยวกับอุบัติเหตุที่เกี่ยวกับการจราจรอยู่ในมาตรฐานเดียวกัน ดังนั้น หลักเกี่ยวกับความรับผิดจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้ฝ่ายปกครองจะต้องชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายด้วยตนเอง หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้ก่อให้เกิดอุบัติเหตุอยู่ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ โดยอาจมีข้อยกเว้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถเรียกเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเข้ามาร่วมรับผิดชอบได้ หรือเป็นกรณีที่เป็นความรับผิดส่วนตัว (*la faute personnelle*) ของเจ้าหน้าที่นั้น⁵²

(4) ความรับผิดสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการยุติธรรม โดยหลักแล้วการดำเนินกิจกรรมของกระบวนการยุติธรรมที่แสดงออกโดยผ่านคำวินิจฉัยอยู่นอกเหนือความรับผิดทั้งหมด แต่ต่อมา รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 17 กรกฎาคม ค.ศ. 1970 กำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการถูกคุมขังชั่วคราว ในกรณีที่คดีนั้นจบลง

⁵⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2551), หน้า 190.

⁵¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 191.

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 191 – 192.

ด้วยการยกฟ้องหรือการปล่อยตัว ซึ่งในกรณีดังกล่าวคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยตุลาการจากศาลฎีกาจะเป็นผู้กำหนดค่าชดเชยความเสียหายให้เป็นพิเศษ⁵³

(5) ความรับผิดชอบอันเกิดจากความเสียหายอันเนื่องมาจากการก่อการร้าย ตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 กันยายน ค.ศ. 1985 กำหนดให้กรณีความเสียหายที่มีผลมาจากการก่อการร้าย ผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดขึ้นแก่ร่างกายจะได้รับการชดเชยความเสียหายโดยผ่านกองทุนที่จัดตั้งขึ้น เป็นกองทุนรับประกัน เงินในกองทุนจะนำมาจากสัญญาประกันภัย ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินนั้น ผู้ได้รับความเสียหายสามารถเรียกเงินค่าชดเชยได้จากสัญญาประกันภัย อันเป็นไปตามหลักการที่ว่าสัญญาประกันภัยไม่สามารถที่จะปฏิเสธความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการก่อการร้ายได้⁵⁴

(6) ความรับผิดชอบอันเกิดจากความเสียหายจากการติดเชื้อเอชไอวี การชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากโรคเอชไอวีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1991 กฎหมายฉบับนี้กำหนดให้มีการชดเชยความเสียหายกรณีที่มีการติดเชื้อเอชไอวีอันเนื่องมาจากการถ่ายเลือด หรือการฉีดสารผ่านเส้นเลือด ผู้ได้รับความเสียหายจะได้รับการชดเชยความเสียหายอย่างเต็มจำนวนจากกองทุนที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ⁵⁵

สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่เกิดจากการวางหลักกฎหมายของศาลปกครองสูงสุด แม้ในช่วงเริ่มแรกศาลปกครองสูงสุดจะได้วางหลักกฎหมายทั่วไปให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ในระยะต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองให้รวมไปถึงการที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบแม้จะมีได้กระทำละเมิดหรือหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดเป็นผลมาจากการที่ศาลปกครองสูงสุดไม่ต้องการให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่มีการชดเชยเยียวยา ซึ่งก็เป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ (la solidarité nationale)⁵⁶

(3.1) หลักความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกจากการวางหลักกฎหมายทั่วไปของศาลคดีขัดกันในคำวินิจฉัยคดี Blanco ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ความรับผิด

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 192.

⁵⁴ ฌ็อง-โกลด์ เวเนเซีย, “การพัฒนาเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มี ความผิด,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3, 1 (มกราคม-เมษายน 2546): 28.

⁵⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

ของรัฐในกรณีที่ทำให้เกิดความเสียหายจากเอกชนต่อบุคคลที่ทำงานในองค์กรบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ได้ ความรับผิดชอบดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นการทั่วไปหรือเด็ดขาดและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษ ซึ่งแตกต่างออกไปตามความจำเป็นของบริการ และความจำเป็นที่จะต้องประสานประโยชน์ของรัฐและเอกชน ดังนั้น เรื่องดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองตามกฎหมาย⁵⁷ จากคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในคดี Blanco ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาคดีพิพาทอันเกิดจากการบริการสาธารณะ และเป็นการยอมรับความมีอยู่ของหลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองทั้งที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติ

หลังจากคดี Blanco เป็นต้นมาศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อใช้พิจารณาชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น ความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ความผิดร่วมและความรับผิดชอบร่วม

(3.1.1) หลักความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะ หรือความผิดที่ไม่สามารถแยกออกได้ว่าเป็นความบกพร่องของระบบการทำงานตามปกติของหน่วยงาน หรือเป็นความผิดอันเนื่องมาจากการปฏิบัติงานตามปกติของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานนั้นๆ หากการกระทำใดของเจ้าหน้าที่ที่ทำนอกเหนือขอบเขตการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจากความจงใจหรือเกิดจากความประมาทเลินเล่อขาดความรอบคอบระมัดระวังของบุคคล กรณีนี้ถือว่าเป็นความผิดเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องรับผิดชอบชดเชยหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยตนเอง

ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเรื่องความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่มาใช้พิจารณาอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นจากตำรวจทำปิ่นล้านโดนบุคคลอื่นว่ามีลักษณะเป็นการกระทำนอกเหนือการปฏิบัติหน้าที่ จึงเป็นความผิดเฉพาะตัวของผู้กระทำผิดเท่านั้น⁵⁸ อย่างไรก็ตามหากการใช้อาวุธปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน แต่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำนี้มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ รัฐหรือฝ่ายปกครองก็ต้อง

⁵⁷ Pontier, J.M. *Les services publics*, HACHETTE, 1996, p.7 – 8, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*, (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2543): 20.

⁵⁸ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 26 ตุลาคม 1973 คดี Sadoudi, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, *รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ*, หน้า 35.

รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น⁵⁹ การกระทำใดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกิดจากการจงใจประสงค์ร้ายหรือเพื่อกลั่นแกล้ง หรือเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการปฏิบัติงาน การกระทำนั้นถือเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่

(3.1.2) หลักความผิดร่วมและความรับผิดชอบ

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายเรื่องความผิดร่วมและความรับผิดชอบออกเป็น 3 กรณี⁶⁰ คือ

กรณีที่หนึ่ง แม้ความเสียหายเกิดจากการกระทำผิดหลายการกระทำด้วยกันที่แยกเป็นอิสระจากกันได้ (cas de pluralité de fautes) ฝ่ายปกครองยังคงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดร่วมกัน ทั้งในความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่และความผิดของหน่วยงาน เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1911 คดี Anguet ผู้ใช้บริการไปรษณีย์แห่งฝรั่งเศสไม่สามารถออกจากที่ทำการไปรษณีย์ได้ เนื่องจากที่ทำการไปรษณีย์ปิดทำการก่อนเวลาที่กำหนด อีกทั้งเจ้าหน้าที่ของไปรษณีย์ไม่อนุญาตให้นาย Anguet ใช้ประตูทางออกของเจ้าหน้าที่และผลกษานาย Anguet ออกไปที่ถนนเป็นเหตุให้หกล้มขาหัก ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากทั้งการกระทำของหน่วยงานที่สั่งปิดที่ทำการก่อนเวลาอันสมควร และการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ทำร้ายนาย Anguet จนได้รับบาดเจ็บ แม้ว่าความผิดทั้งสองประเภทสามารถแยกให้เห็นได้อย่างชัดเจน แต่ฝ่ายปกครองยังคงต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว

กรณีที่สอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำเดี่ยวแต่เข้าลักษณะทั้งความผิดอันเนื่องมาจากการจัดทำบริการสาธารณะและความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 26 กรกฎาคม 1918 คดี Époux Lemonnier ในการจัดเตรียมงานฉลองเทศกาลประจำปี นายกเทศมนตรีสั่งปรับปรุงวิธีการยิงพลุเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ประชาชน แต่ก็ไม่เป็นการเพียงพอต่อความปลอดภัยของประชาชนอย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ ในวันงานประจำปี Mme. Lemonnier จึงได้รับบาดเจ็บจากพลุที่เทศบาลเมืองอนุญาตให้ติดตั้งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้แม้จะเป็นความผิดพลาดส่วนตัวของนายกเทศมนตรี แต่ในขณะที่เดียวกันนายกเทศมนตรีก็มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะด้วยเช่นกัน ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นในครั้งนี้นี้จึงเป็นทั้งความผิดของ

⁵⁹ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 1988 คดี Ministre de la Défense c/Époux Raszewski, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 35.

⁶⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 35 – 37.

หน่วยงานและความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองจึงต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเพียงฝ่ายเดียว

กรณีที่สาม แม้การกระทำเป็นความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ แต่ยังมีส่วนเกี่ยวพันอย่างใดอย่างหนึ่งกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ เช่น การที่พลทหารขับรถยนต์ของหน่วยงานเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ แต่ระหว่างทางได้ขับรถออกนอกเส้นทาง และเกิดอุบัติเหตุขึ้น กรณีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นความผิดของหน่วยงานที่ไม่ควบคุมคนขับรถให้ถึงจนเป็นเหตุให้เกิดการกระทำผิดขึ้น การกระทำนี้จึงไม่สามารถตัดขาดจากการปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างสิ้นเชิง

(3.2) หลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด

โดยปกติความรับผิดจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำผิด (la responsabilité pour faute) ฝ่ายปกครองผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นและเป็นผลมาจากการกระทำนั้นเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อาจมีกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายแม้ปราศจากความผิด (la responsabilité sans faute) ด้วยก็ได้ ซึ่งหลักกฎหมายในเรื่องนี้ศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้สร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้ในกรณีที่การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างผิดปกติหรือเป็นพิเศษแก่บุคคล โดยมีเหตุผล 2 ประการ⁶¹ คือ

1) เพื่อให้ผู้เคราะห์ร้ายหรือผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล ซึ่งบางครั้งเป็นการยากที่บุคคลภายนอกจะเข้าถึงข้อมูลของฝ่ายปกครองและสามารถพิสูจน์ถึงการกระทำอันเป็นองค์ประกอบของความผิดได้

2) เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและปราศจากความวิตกกังวลว่าตนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติ

ทั้งนี้ เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าภาระหน้าที่ของรัฐบางประเภทมีความเสี่ยงภัยหรืออันตรายโดยสภาพ หากรัฐเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบเยียวยาชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เคราะห์ร้ายโดยตรงแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะไม่ลังเลที่จะตัดสินใจสั่งการหรือดำเนินมาตรการที่ตนเห็นว่าจำเป็นและสมควรเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้ว่าการตัดสินใจนั้นอาจเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ศาลเห็นควรให้รัฐเป็นผู้รับผิดชอบความเสี่ยงที่คาดเห็นได้ (risque couvert, risque couru) โดย

⁶¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40 – 41.

ผู้เคราะห์ร้ายไม่จำเป็นต้องรับภาระการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำของเจ้าหน้าที่กับความเสียหายที่เกิดขึ้น⁶²

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดมาปรับใช้อย่างกว้างขวางในหลายกรณี ได้แก่ ความรับผิดต่อการกระทำที่มีความเสี่ยงภัยและความรับผิดในกรณีก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะ

(3.2.1) หลักความรับผิดต่อการกระทำที่มีความเสี่ยงภัย

หลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดนำมาปรับใช้กับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นอันตราย เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 21 มิถุนายน 1895 คดี Comes กรณีที่คนงานของคลังอาวุธซึ่งทำหน้าที่หลอมเหล็ก ได้รับบาดเจ็บจากสะเก็ดโลหะกระเด็นถูกมือซ้ายจนใช้การไม่ได้ ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักในคดีนี้ว่า รัฐหรือฝ่ายปกครองควรรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุในขณะปฏิบัติงาน และชดเชยค่าเสียหายให้แก่คนงานของคลังอาวุธของรัฐจากความเสี่ยงภัยที่ฝ่ายปกครองได้ทำให้เกิดขึ้นในการทำงาน ต่อมาในปี ค.ศ. 1898 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานและหลักประกันการเกิดอุบัติเหตุจากการทำงาน ซึ่งผู้ปฏิบัติงานของรัฐจะได้รับค่าทดแทนจากภัยอันตรายดังกล่าว

นอกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับค่าชดเชยจากการได้รับอันตรายจากการดำเนินงานที่เสี่ยงภัยแล้ว ศาลปกครองสูงสุดได้ปรับใช้หลักกฎหมายเดียวกันนี้กับผู้ร่วมดำเนินจัดทำบริการสาธารณะเป็นการชั่วคราวหรืออาสาสมัครด้วยเช่นกัน เพราะงานที่เหล่าบรรดาอาสาสมัครจัดทำเป็นงานบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของท้องถิ่นโดยส่วนรวม แต่บุคคลเหล่านี้ไม่ได้รับประโยชน์หรือความคุ้มครองเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลดังกล่าวจึงตั้งอยู่บนพื้นฐานทฤษฎีว่าด้วยความเสี่ยงภัย ฝ่ายปกครองจึงต้องรับผิดในกรณีที่เกิดความเสียหายแก่บุคคลดังกล่าว

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความรับผิดต่อการกระทำที่มีความเสี่ยงภัยไปใช้กับการพิจารณาข้อพิพาทในกรณีอื่นๆ อีกหลายกรณี ได้แก่

(1) ความเสียหายอันเกิดจากการใช้วัตถุระเบิดหรือการดำเนินกิจการที่เป็นอันตราย เช่น การระเบิดของโรงเก็บอาวุธและวัตถุระเบิด ทำให้บ้านพักของ

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 41.

ประชาชนได้รับความเสียหาย⁶³ ความเสียหายจากการระเบิดของก๊าซในครัวเรือนเนื่องจากท่อจ่ายก๊าซมีรอยรั่ว⁶⁴ ความเสียหายจากการใช้อาวุธปืนของเจ้าหน้าที่ตำรวจในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่ประชาชนผู้สุจริต⁶⁵ และความเสียหายที่เกิดจากผู้กระทำผิดซึ่งเป็นผู้เยาว์ที่หนีออกจากการควบคุมของโรงเรียน⁶⁶ หรือความเสียหายจากการอนุญาตให้ผู้ป่วยโรคจิตออกนอกบริเวณของโรงพยาบาลแล้วไปก่อความเสียหายแก่บุคคลภายนอก⁶⁷

(2) ความเสียหายอันเกิดจากเทคนิคหรือวิธีการที่เสี่ยงต่ออันตราย หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดได้ขยายขอบเขตไปถึงการดำเนินงานของรัฐที่ใช้เทคนิคหรือวิธีการที่เป็นอันตราย เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 เมษายน 1993 คดี Bianchi ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้วิธีการรักษาของแพทย์จะเป็นไปโดยถูกต้องไม่มีข้อผิดพลาดแต่ประการใด แต่เมื่อปรากฏว่าวิธีที่จำเป็นต่อการวินิจฉัยโรคนั้นก่อให้เกิดความเสียหายที่คาดเห็นได้ และก่อความเสียหายหรือผลกระทบรุนแรงอย่างเห็นได้ชัดต่อผู้ป่วย โดยไม่เกี่ยวกับสภาพร่างกายก่อนรับการรักษาของผู้ป่วย กรณีนี้ถือว่าความเสียหายจากการรักษา เป็นผลโดยตรงจากการรักษาพยาบาล ฝ่ายปกครองจึงต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น⁶⁸

(3) ความเสี่ยงภัยอันเกิดจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ เช่น ผู้ปฏิบัติงานในสถานกงสุลฝรั่งเศสประจำประเทศเกาหลีที่ปฏิบัติหน้าที่ท่ามกลางเหตุการณ์การ

⁶³ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 28 มีนาคม 1919 คดี Regnault-Desroziers, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 43.

⁶⁴ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1974 คดี Gaz de France, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 44.

⁶⁵ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 24 มิถุนายน 1949 คดี Consorts Lecomte, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 44.

⁶⁶ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ 1956 คดี Thouzellier, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 45.

⁶⁷ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1967 คดี Département de la Moselle, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 45

⁶⁸ Jacqueline Morand-Deville, Cours de droit administratif, p.796 อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 46.

เป็นศัตรูของประชาชนประเทศเกาหลี เป็นเหตุให้ทรัพย์สินส่วนตัวถูกเผาทำลายหมดสิ้น ย่อมได้รับการเยียวยาความเสียหายโดยรัฐ⁶⁹ หรือครูโรงเรียนอนุบาลซึ่งตั้งครุฑทำการสอนใน โรงเรียนที่มีโรคหัดระบาดเป็นเหตุให้ทารกที่คลอดออกมาพิการ ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายแก่ครูคนดังกล่าวสำหรับความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติงาน⁷⁰

(3.2.2) หลักความรับผิดชอบในกรณีก่อให้เกิดความไม่เสมอภาค ของบุคคลต่อภาระสาธารณะ

หลักความรับผิดชอบของรัฐในกรณีนี้เกิดจากการที่ศาลปกครอง สูงสุดเห็นว่ากิจกรรมหรือการจัดบริการสาธารณะบางอย่างที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีขึ้น ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นระหว่างประชาชน อันเนื่องจากประชาชนบางกลุ่มต้องเสียสละ ประโยชน์ส่วนตนเพื่อให้เกิดการจัดทำบริการสาธารณะ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงนำหลัก กฎหมายเรื่องความไม่เสมอภาคของบุคคลต่อภาระสาธารณะมาพิจารณาปรับใช้ และตัดสินใจให้ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายส่วนที่เกินสมควรของผู้ได้รับความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักที่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจะต้องมีลักษณะพิเศษและผิดปกติ มาประกอบการพิจารณาในกรณีนี้เช่นกัน

หลักความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความไม่เสมอภาคของ บุคคลต่อภาระสาธารณะนำมาใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้⁷¹

(1) ความรับผิดชอบอันเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายของ ฝ่ายนิติบัญญัติ ตามปกติการตรากฎหมายถือเป็นการประกาศเจตจำนงขององค์กรอำนาจ อธิปไตย ซึ่งสามารถทำได้โดยอิสระและไม่อาจสร้างความรับผิดชอบด้วยประการใดๆ ให้แก่รัฐได้ เพราะเหตุว่า รัฐบัญญัติได้บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและใช้บังคับกับทุกคน ดังนั้น ความรับผิดชอบในกรณีนี้จึงเกิดขึ้นได้ยาก และเฉพาะแต่ความเสียหายที่มีลักษณะพิเศษเท่านั้นที่ ศาลปกครองสูงสุดจะรับพิจารณา ยิ่งไปกว่านั้นจะต้องปรากฏด้วยว่ารัฐบัญญัติฉบับนั้นไม่มี บทบัญญัติห้ามความรับผิดชอบของรัฐไว้ล่วงหน้า แต่เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับ ผลของกฎหมาย อาจก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการเฉพาะต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใด ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจ

⁶⁹ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 19 ตุลาคม 1962 คดี Perruche, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครอง ต่างประเทศ, หน้า 46.

⁷⁰ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 1968 คดี Dame Saulze, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาล ปกครองต่างประเทศ, หน้า 46.

⁷¹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของ ศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 47 – 50.

ทราบได้เป็นการล่วงหน้า ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการบังคับใช้รัฐบัญญัติโดยฝ่ายปกครองนั้นสมควรที่จะได้รับการเยียวยา เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 14 มกราคม 1938 คดี La Fleurette เป็นกรณีที่รัฐสภาได้ตรากฎหมายห้ามมิให้มีการผลิต นำเสนอ ขาย หรือจำหน่าย ส่งออกหรือนำเข้าผลิตภัณฑ์ครีมเทียมที่มีได้ทำจากนม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลืออุตสาหกรรมนมในประเทศ แต่ทำให้บริษัทของผู้ฟ้องคดีไม่อาจผลิตสินค้าต่อไปได้ เพราะสินค้ามีลักษณะตามนิยามที่กฎหมายกำหนดไว้ทั้งไม่ปรากฏว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพอนามัยของประชาชน เมื่อพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายหรือในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย และสถานการณ์อื่นๆ ของเรื่อง ไม่ปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ผู้เสียหายต้องรับภาระที่โดยปกติเขาไม่จำเป็นต้องรับ และภาระนี้ถูกสร้างขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น บริษัท La Fleurette จึงมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากรัฐในความเสียหายที่ตนได้รับจากผลของกฎหมายฉบับดังกล่าว

(2) ความรับผิดชอบอันเกิดจากการทำสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศ โดยปกติการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในลักษณะที่เป็น “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งศาลจะไม่เข้าไปก้าวก้าวยการดำเนินงานดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1966 ศาลปกครองสูงสุดได้เข้าไปพิจารณาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐบาล โดยนำหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดเข้ามาพิจารณา ซึ่งในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 มีนาคม 1966 ในคดี Compagnie générale d'énergie radio-électrique ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาให้ฝ่ายปกครองชดเชยค่าเสียหายแก่บริษัทที่ถูกทหารเยอรมันเข้ายึดสถานที่ในกรุงปารีส ในช่วงปี ค.ศ. 1940 ตามสนธิสัญญาที่ฝรั่งเศสได้ทำกับเยอรมัน หรือในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 29 ตุลาคม 1976 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยให้รัฐรับผิดชอบจ่ายค่าเสียหายให้แก่เจ้าของบ้านเช่าแห่งหนึ่งซึ่งไม่อาจขับไล่ผู้เช่าซึ่งเป็นคู่สมรสของผู้แทนรัฐต่างประเทศประจำยูเนสโกออกจากบ้านเช่าได้ เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามความตกลงระหว่างองค์การยูเนสโกกับฝรั่งเศส

(3) ความรับผิดชอบอันเกิดจากการออกกฎที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยปกติกฎที่ออกโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป แต่ในบางกรณีอาจมีบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการใช้บังคับกฎดังกล่าว ดังนั้น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1963 ในคดี Commune de Gavarnie ซึ่งองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นออกประกาศเทศบัญญัติห้ามขายของและห้ามคนเดินเท้าในบริเวณตรอก Gavarnie ส่งผลให้พ่อค้าขายของที่ระลึกที่วางขายสินค้าในตรอกดังกล่าวไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้ ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาให้องค์การปกครองท้องถิ่นชดเชยค่าเสียหายให้แก่พ่อค้าคนนั้น

จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำเอาหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี

(4) ความรับผิดชอบอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายเรื่องนี้ไว้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน 1923 ในคดี Couitéas ในกรณีที่รัฐบาลฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะออกคำสั่งให้กองกำลังทหารทำการขับไล่กลุ่มผู้บุกรุกชาวตูนิเซียที่เข้ายึดครองที่ดินและบ้านของนาย Couitéas ซึ่งเป็นชาวฝรั่งเศส แม้ว่านาย Couitéas จะได้ฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม และศาลได้มีคำพิพากษาให้ทำการขับไล่กลุ่มผู้บุกรุกแล้วก็ตาม ทั้งนี้เพราะศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้การกระทำของรัฐบาลฝรั่งเศสจะเป็นไปเพื่อไม่ต้องการให้เกิดปัญหาระหว่างฝรั่งเศสและตูนิเซีย และเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม รัฐบาลฝรั่งเศสจึงปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว แต่การละเว้นการปฏิบัติตามนี้นำไปสู่ความเสียหายที่ผิดปกติและมีลักษณะพิเศษต่อนาย Couitéas ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องเข้ามารับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษา

หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดอันเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปรากฏให้เห็นอีกครั้งในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 มิถุนายน 1938 คดี Société la cartonnerie et imprimerie Saint-Charles ซึ่งเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการขับไล่กลุ่มผู้ชุมนุมประท้วงที่เข้ายึดโรงงานออกไปจากบริเวณดังกล่าวตามคำพิพากษาของศาล ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เจ้าของโรงงาน อันเนื่องจากการที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าว

ปัจจุบันศาลปกครองสูงสุดได้ขยายหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดและนำมาใช้กับกรณีที่เกิดความเสียหายอันเกิดจากการหยุดชะงักของบริการสาธารณสุขประเภทต่างๆ เช่น การให้บริการท่าเรือ สนามบิน การเดินเรือ ฯ อันเนื่องจากการเดินขบวนประท้วง การนัดหยุดงาน และฝ่ายปกครองเพิกเฉยที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวไม่ว่าด้วยเหตุผลใดๆ ก็ตาม

(5) ความรับผิดชอบในกรณีที่มีความเสียหายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้น เช่น การก่อสร้างถนน การก่อสร้างอาคารสาธารณะของรัฐ ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการดังกล่าวเกิดจากการทำงานปกติของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ผู้ได้รับความเสียหายจะสามารถเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองชดใช้ความเสียหายได้ต่อเมื่อความเสียหายที่ได้รับมีความเชื่อมโยงกับการดำเนินงานดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 18 พฤศจิกายน 1998 คดี Société La Maison de Sophie

การก่อสร้างที่ก่อให้เกิดมลพิษทางเสียงหรือมีลักษณะที่บดบังทัศนียภาพต่อบริเวณใกล้เคียงกับการก่อสร้าง จนเป็นเหตุโดยตรงให้ผู้เข้าชมงานนิทรรศการแห่งหนึ่งลดน้อยลงอย่างชัดเจน ศาลปกครองสูงสุดได้ใช้หลักเรื่องความรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความไม่เสมอภาคกันต่อรายจ่ายเพื่อรับบริการสาธารณะมาปรับใช้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

(3.3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเป็นหลักกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อใช้บังคับกับสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น หลักการต่าง ๆ ที่นำมาใช้บังคับจึงแตกต่างออกไปจากสัญญาทางแพ่ง ทั้งในเรื่องเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครอง สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญา และการเยียวยาแก้ไขระหว่างคู่สัญญา

(3.3.1) หลักเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครอง

ในอดีต หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองและศาลยุติธรรมในประเทศฝรั่งเศส คือ หลักว่าด้วยนิติกรรมของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจบังคับบัญชา และหลักว่าด้วยนิติกรรมของฝ่ายปกครองที่บริหารกิจการเหมือนเอกชน การอาศัยหลักเกณฑ์ข้างต้นเป็นแนวทางในการพิจารณาเขตอำนาจศาลนี้ ส่งผลให้สัญญาทุกเรื่องที่ทำขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นนิติกรรมที่มีได้เกิดจากการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นนิติกรรมที่เป็นการจัดการอย่างเอกชน ดังนั้น สัญญาดังกล่าวจึงจัดอยู่ในประเภทเดียวกับการจัดทำนิติกรรมของภาคเอกชนและอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้จะถือว่าการจัดทำสัญญาของฝ่ายปกครองจัดอยู่ในประเภทเดียวกับการจัดทำนิติกรรมของภาคเอกชนที่จะต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมก็ตาม แต่ก็มีสัญญาของฝ่ายปกครองบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง เช่น สัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานโยธาสาธารณะตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 28 pluviöse an VII สัญญาการใช้สาธารณสมบัติของแผ่นดินตามรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 17 มิถุนายน 1938 และสัญญาจัดหาพัสดุ ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 11 มิถุนายน 2001 เป็นต้น สัญญาของฝ่ายปกครองเหล่านี้มีสภาพเป็นสัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมาย

ในเวลาต่อมา ระบบสัญญาทางปกครองถูกพัฒนาขึ้นตามลำดับโดยคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยในช่วงเวลาเริ่มต้นของการพัฒนาหลักกฎหมายสัญญาทางปกครอง การวางหลักเกณฑ์ว่าสัญญาใดเป็นสัญญาทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจึงเป็นประเด็นสำคัญที่ศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกันได้พัฒนาขึ้น

คำพิพากษาที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1903

คดี Terrier ในคดีนี้ ข้อพิพาทเกิดขึ้นจากการที่ผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิเสธการจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่ นาย Terrier ตามสัญญาที่จังหวัดได้จัดทำไว้กับผู้ล้า่งพิษ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่าการดำเนินการกิจของนิติบุคคลมหาชนไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลระดับรัฐหรือท้องถิ่น หากเกิดข้อพิพาทจากการปฏิบัติภารกิจดังกล่าว เขตอำนาจศาลย่อมต้องเป็นเช่นเดียวกัน⁷² ดังนั้นข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่นิติบุคคลมหาชนได้จัดทำให้มีขึ้นจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเช่นนี้เท่ากับเป็นการละทิ้งการแบ่งแยกเขตอำนาจศาลตามหลักดั้งเดิมอันว่าด้วยหลักนิติกรรมของฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจบังคับบัญชาและหลักนิติกรรมของฝ่ายปกครองที่บริหารกิจการเหมือนเอกชน

ในคดีเดียวกันนี้ ตุลาการผู้แถลงคดี Romieu ได้แถลงว่า “ทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กรและการดำเนินการบริการสาธารณะไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณะระดับรัฐหรือระดับท้องถิ่น เป็นการดำเนินการในทางปกครอง (opération administrative) ซึ่งโดยสภาพเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง การกระทำทุกอย่างไม่ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างนิติบุคคลมหาชนด้วยกันเอง หรือระหว่างนิติบุคคลมหาชนกับบุคคลที่สาม และมีเนื้อหาเกี่ยวกับการดำเนินการบริการสาธารณะ การงดเว้นการดำเนินการบริการสาธารณะหรือการดำเนินการบริการสาธารณะที่บกพร่อง ล้วนอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง” เว้นแต่ ประการแรก กรณีที่โดยธรรมชาติของเรื่องนิติบุคคลมหาชนกระทำการโดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับเอกชน คดีพิพาทย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม และอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันกับเอกชน ประการที่สอง กรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินการบริการสาธารณะ แต่ฝ่ายปกครองมีเจตนาที่จะไม่อ้างเอกสิทธิ์เหนืออีกฝ่ายหนึ่งและยอมอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกับเอกชน⁷³

จากความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี Romieu แสดงให้เห็นว่า การจัดบริการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจเลือกที่จะใช้กระบวนการทำงานได้ 2 แบบ คือ ใช้กระบวนการทางแพ่งโดยทำสัญญาภายใต้กฎหมายเอกชน หรือใช้กระบวนการทางกฎหมายมหาชนในการดำเนินการที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจและภารกิจของฝ่ายปกครอง กรณีจึงเป็นสิ่งที่เข้าใจได้ว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้ทำขึ้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เมื่อฝ่ายปกครองใช้กระบวนการทางกฎหมายแพ่ง และจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองเมื่อฝ่ายปกครองใช้กระบวนการทางกฎหมายมหาชน สัญญาทั้งหลายของฝ่ายปกครองจึงแยกออกเป็นสัญญาที่เป็นการจัดการเยี่ยงเอกชนกับสัญญาที่เป็นการจัดการทางมหาชน การเสนอแนวคิดเช่นนี้จึงเป็นการยอมรับว่าสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดทำให้มีขึ้นนั้น อาจมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพได้เช่นกัน

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพมาใช้พิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองในหลายกรณี เช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 4 มีนาคม 1910 คดี Thérond ข้อพิพาทระหว่างเมือง Montpellier กับนาย Thérond ที่เกิดจากสัญญาสัมปทานจับสุนัขจรจัดและกำจัดสัตว์ที่ไม่มีเจ้าของ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมือง Montpellier ได้ทำสัญญากับนาย Thérond เพื่อให้ทำหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน คือ การรักษาสุขอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน อันเป็นวัตถุประสงค์เพื่อการบริการสาธารณะ ดังนั้น ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการไม่ดำเนินการหรือจากการดำเนินการที่บกพร่องของบริการสาธารณะดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เว้นแต่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดเรื่องเขตอำนาจศาลไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น คำพิพากษานี้จึงเป็นการวางหลักว่าสัญญาที่มีวัตถุประสงค์มุ่งให้มีการจัดทำบริการสาธารณะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

อีกตัวอย่างหนึ่งที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่าเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ สัญญาในการจัดหาอาหารมาเลี้ยงดูผู้อพยพชาวโซเวียต ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 20 เมษายน 1956 คดี Epoux Bertin ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาในข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า สัญญาที่ทำด้วยวาจาซึ่งคู่สามีภรรยาแบรแดงมีหน้าที่ตามสัญญาในการจัดหาอาหารมาเลี้ยงดูผู้อพยพชาวโซเวียตในศูนย์อพยพก่อนการถูกส่งกลับประเทศ เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อมอบหมายให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง (execution même du service public) ดังนั้น ลำพังวัตถุประสงค์ของสัญญาเพียงเงื่อนไขเดียวก็เพียงพอที่ศาลจะวินิจฉัยว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง

นอกจากการที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักว่าสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ หลักเกณฑ์อีกประการหนึ่งที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้พิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครอง คือ การมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาในทางแพ่ง ซึ่งในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 31 กรกฎาคม 1912 คดี Société des Granits Porphyroïdes des Vosges ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาว่า สัญญาระหว่างเมือง Lille กับบริษัทมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ แต่สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริษัทส่งมอบพัสดุภัณฑ์ (อิฐปูทางเท้า) ภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขเหมือนกรณีของสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน ข้อพิพาทดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา

จากคดี Société des Granits Porphyroïdes des Vosges จะเห็นได้ว่า สัญญาที่คู่สัญญาอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับคู่สัญญาในทางแพ่ง สัญญาดังกล่าวจึงมิใช่สัญญาทางปกครอง ส่วนสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปจะมี

ลักษณะเช่นไรนั้น มีข้อคิดเห็นว่าจะต้องเป็นข้อสัญญาที่โดยปกติจะไม่พบในสัญญาระหว่างเอกชน หรือต้องเป็นข้อกำหนดที่ให้สิทธิหน้าที่แก่คู่สัญญาซึ่งโดยปกติเป็นสิทธิและหน้าที่ที่ไม่อาจเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายเอกชน

(3.3.2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

ในการจัดให้มีบริการสาธารณะที่ต่อเนื่องและทันต่อความต้องการของประชาชน แม้จะเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม แต่ข้อพิพาทที่เกิดจากการจัดให้มีบริการสาธารณะก็เป็นสิ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ สำหรับข้อพิพาทที่เกิดจากการจัดให้มีบริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะมาปรับใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เช่น การนำหลักการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงมาปรับใช้ ดังที่ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 10 มกราคม 1902 คดี Compagnie nouvelle du Gaz de Deville-les-Rouen ในคดีนี้ เทศบาลเมืองเดอวิลให้สัมปทานการตามไฟถนนสาธารณะและการให้แสงสว่างแก่บ้านเรือนของประชาชนด้วยก๊าซให้แก่บริษัทเอกชน ต่อมา เมื่อมีการพัฒนาพลังงานไฟฟ้า เทศบาลเมืองเดอวิลจึงเรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนนและบ้านเรือนด้วยไฟฟ้า แต่บริษัทปฏิเสธที่จะดำเนินการดังกล่าว เทศบาลจึงทำสัญญาสัมปทานกับบริษัทเอกชนอีกแห่งหนึ่งให้ตามไฟถนนและจ่ายกระแสไฟฟ้าตามบ้านเรือนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้เสียหายจึงฟ้องคดีขอให้เทศบาลชดเชยค่าเสียหายจากการที่ตนต้องสูญเสียสิทธิผูกขาดในการจ่ายไฟฟ้าแต่เพียงผู้เดียวตามสัญญาสัมปทาน ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้รับสัมปทานมีสิทธิพิเศษที่จะตามไฟและจ่ายไฟที่ผลิตด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่เทศบาลก็สามารถดำเนินการให้บริการความสว่างด้วยไฟฟ้าได้ และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานได้รับค่าเดือนจากเทศบาลให้ดำเนินการแล้วปฏิเสธที่จะทำตาม เทศบาลย่อมมีสิทธิมอบหมายการดำเนินการดังกล่าวให้บุคคลที่สามทำได้ แนวคำวินิจฉัยนี้ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปรับปรุงบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายให้ทันสมัยและทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม⁷⁴

(3.3.3) หลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส หลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองได้รับการยอมรับจากทั้งศาลปกครองสูงสุดและนักวิชาการ เช่น ตุลาการผู้แถลงคดี จาโคเมต์ ได้แถลงไว้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 5 มีนาคม 1954 ในคดี Delle Soulier ว่า “เมื่อทำสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองมิได้สูญสิ้นไปซึ่งอำนาจมหาชนที่มีอยู่” และ Marceau Long ได้อธิบายไว้ในหนังสือคำสอนเกี่ยวกับสัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาสัมปทานไว้ว่า “รัฐแสดงออกซึ่งสถานะที่แตกต่างกันสองประการต่อความสัมพันธ์ที่มีต่อคู่สัญญาของรัฐ โดย

⁷⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

บางครั้งมีลักษณะเป็นเจ้าของ (Prince : สัญลักษณ์ที่แสดงถึงผู้มีอำนาจเหนือ) และบางครั้งมีสถานะเป็นลูกค้า (client) ถึงแม้ว่าฝ่ายปกครองจะแสดงออกว่าตนมีฐานะเป็นลูกค้าคนหนึ่ง แต่ก็มีบางสิ่งที่ปรากฏอันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองนั้นมีลักษณะเป็นเจ้าของ⁷⁵

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักเอกลัทธิของฝ่ายปกครองมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการควบคุมการปฏิบัติตามสัญญา การแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว รวมไปถึงการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว เช่น คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 11 มีนาคม 1910 คดี Compagine générale française des Tramway ข้อพิพาทในคดีดังกล่าวเกิดจากจังหวัดให้สัมปทานการเดินรถไฟในเขตจังหวัดแกเอกซง ต่อมาผู้ว่าราชการจังหวัดได้ออกประกาศกำหนดตารางเวลาการเดินรถไฟในช่วงฤดูร้อน และบังคับให้บริษัทผู้รับสัมปทานเพิ่มจำนวนตู้รถไฟเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนที่เพิ่มมากขึ้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดได้ออกประกาศจังหวัดโดยอาศัยอำนาจตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้วเห็นว่าการกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไม่เฉพาะแต่การอนุมัติจำนวนเที่ยวรถไฟเพื่อความปลอดภัยและความสะดวกของการเดินรถเท่านั้น แต่ยังให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการแก้ไขและเพิ่มจำนวนหรือขบวนรถไฟเท่าที่จำเป็นเพื่อการดำเนินการให้บริการเป็นไปโดยไม่ติดขัด อันเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมจึงมีอำนาจทำได้ อย่างไรก็ตาม หากผู้รับสัมปทานเห็นว่าตนต้องรับภาระมากขึ้นและก่อให้เกิดความเสียหายจากการกระทำของผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้รับสัมปทานก็มีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากคู่สัญญาฝ่ายปกครองได้

นอกจากนี้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1983 คดี Union des transports publics urbains et régionaux ศาลปกครองสูงสุดได้ตัดสินว่า ในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ฝ่ายปกครองคู่สัญญาสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงบริการให้เกิดความเหมาะสม รวมทั้งรูปแบบการดำเนินการบริการสาธารณะที่มอบหมายให้เอกชนดำเนินการได้โดยฝ่ายเดียว ซึ่งการใช้เอกลัทธิของฝ่ายปกครองนั้นอาจก่อให้เกิดการแก้ไขข้อกำหนดทางการเงินในสัญญาได้ ทั้งนี้ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรูปแบบหรือวิธีการจัดการบริการสาธารณะนั้นๆ ในการนี้ฝ่ายปกครองคู่สัญญาเป็นเพียงผู้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาทางปกครองเท่านั้น

(3.3.4) หลักดุลยภาพทางการเงินในสัญญาทางปกครอง

หลักดุลยภาพทางการเงินเป็นแนวคิดที่ว่า การจ่ายเงินค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาจะต้องปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาต้องรับไป

⁷⁵ บุปผา อัครพิมาน, "ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 160.

ตามความเป็นจริง ซึ่งอาจเกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หรือจากการออกมาตรการทั่วไปที่ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับผลกระทบอย่างมีอาจหลีกเลี่ยงได้ หรือเกิดจากเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้

ศาลปกครองสูงสุดนำหลักดุลยภาพทางการเงินมาปรับใช้ใน คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 30 มีนาคม 1916 คดี Compagnie générale d'Eclairage de Bordeaux ในคดีนี้ เมือง Bordeaux ให้สัมปทานแก่บริษัทเอกชนในการ ดำเนินการให้แสงสว่างด้วยก๊าซ ราคาถ่านหินที่เป็นวัตถุดิบในการผลิตก๊าซในขณะที่ทำสัญญา ราคา 23 ฟรังก์ต่อตัน ต่อมา ในช่วงเกิดวิกฤตทางเศรษฐกิจราคาถ่านหินได้เพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก ศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวไว้ว่า โดยหลัก สัญญาสัมปทานกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้ สัมปทานและผู้รับสัมปทาน และคู่สัญญาต้องผูกพันตามนั้น ไปจนกว่าสัญญาจะสิ้นสุด โดยผู้รับ สัมปทานมีหน้าที่ต้องจัดทำบริการสาธารณะตามที่ได้รับมอบหมายและภายใต้เงื่อนไขที่ สัมปทานกำหนด และมีสิทธิเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้ใช้บริการตามที่กำหนดในสัมปทาน ทั้งนี้ ความเปลี่ยนแปลงของราคาวัตถุดิบจากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจอาจสูงขึ้นหรือต่ำลงเป็นสิ่งที่ ผู้รับสัมปทานจะต้องยอมรับความเสี่ยงภัยนั้นเอง เพราะคู่สัญญาแต่ละฝ่ายย่อมรับรู้และยอมรับ ความไม่แน่นอนนั้น แต่เนื่องจาก สภาวะก่อนสงครามประกอบกับปัญหาในการขนส่งทางทะเล ทำให้ราคาถ่านหินในการผลิตก๊าซมีราคาสูงขึ้นมากผิดปกติกจากการขึ้นลงราคาตามสถานการณ์ ทางเศรษฐกิจทั่วไป ส่งผลให้ต้นทุนการผลิตก๊าซสูงมากเกินกว่าที่คู่สัญญาจะสามารถคาดการณ์ ได้ล่วงหน้าในขณะที่ทำสัญญา เหตุการณ์ดังกล่าวได้ส่งผลกระทบต่อความสมดุลของ ประโยชน์ได้เสียที่กำหนดไว้ในสัญญา จึงวินิจฉัยว่าผู้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องดำเนินการ สาธารณะที่ได้รับมอบหมายต่อไป และผู้รับสัมปทานต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่สูงมากขึ้นเพียง บางส่วนเท่าที่วิญญูชนอาจตีความได้จากสัญญา และกำหนดค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้ผู้รับ สัมปทานเพราะเหตุที่ต้องรับภาระในการดำเนินการบริการสาธารณะในช่วงที่เกิดวิกฤตด้วย⁷⁶

3.3.1.2 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสัญญา

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง คือ กฎเกณฑ์ทั้งหมดที่ใช้บังคับกับ การดำเนินคดีในศาลปกครอง ความจำเป็นในการวางกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับตุลาการในการ ดำเนินกระบวนการพิจารณาและคู่กรณีในการต่อสู้คดีในศาล เกิดจากความประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยง ปัญหาการใช้อำนาจตามอำเภอใจของตุลาการและปัญหาความไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณี ฉะนั้น ศาลแต่ละประเภทจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของตน การเคารพต่อ กฎหมายดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ทั้งในการที่จะทำให้ศาลมีแนวทางการทำงานชัดเจนและ

⁷⁶ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของ ศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 20 – 22.

เป็นหลักประกันแก่สิทธิประโยชน์ของคู่กรณี เมื่อกล่าวถึงกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองจะพบว่ากฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า คู่กรณีในคดีปกครองนั้นไม่ได้อยู่ในสถานภาพเดียวกัน ในคดีเกือบทั้งหมดคู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้แก่ฝ่ายปกครองและอีกฝ่ายหนึ่งได้แก่เอกชน ดังนั้นวิธีพิจารณาคดีปกครองต้องคำนึงถึงข้อแตกต่างดังกล่าวไว้เสมอ เพื่อให้คู่กรณีนั้นมีฐานะและสถานภาพใกล้เคียงกันที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ แต่ทั้งนี้ ต้องไม่ละเลยถึงประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นเรื่องสำคัญเช่นเดียวกัน

ศาลปกครองฝรั่งเศสมีหลายศาลและมีความแตกต่างกันไป บางศาลมีการจัดตั้งที่มั่นคงและมีการจัดโครงสร้างอย่างดี เช่น ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunaux administratifs) ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cours administratives d'appel) ศาลบัญชีและศาลบัญชีระดับภาค (Cour des comptes et les chambres régionales des comptes) รวมทั้งศาลว่าด้วยวินัยการคลังและการงบประมาณ (Cour de discipline budgétaire et financière) คณะกรรมการว่าด้วยการอุทธรณ์เกี่ยวกับผู้ลี้ภัยและผู้ไม่มีสัญชาติ หรือคณะกรรมการว่าด้วยวินัยในสภาของผู้ประกอบวิชาชีพต่างๆ ศาลปกครองประเทศต่างๆ เหล่านี้ปกติจะมีวิธีพิจารณาที่กำหนดขึ้นโดยตัวบทกฎหมายอย่างสมบูรณ์ชัดเจน และกฎหมายที่มีความสำคัญและพัฒนาไปมากที่สุด ได้แก่ ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel) ซึ่งปัจจุบันได้มีการใช้ประมวลว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de la justice administrative) แทนตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2001 แต่อย่างไรก็ตามยังมีศาลปกครองบางส่วนที่ไม่มีกฎหมายด้านวิธีพิจารณาที่ชัดเจน ได้แก่ คณะกรรมการที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะที่กฎหมายหรือแนวคำพิพากษายอมรับนับถือว่ามีฐานะเป็นศาลปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองสูงสุด

วิธีแก้ปัญหาเพื่ออุดช่องว่างกรณีที่ไม่มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองสำหรับศาลปกครอง อาจทำได้โดยประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นมาคล้ายกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดแนวทางการดำเนินคดีต่างๆ ในศาลปกครองทุกศาล โดยเฉพาะในศาลปกครองพิเศษ ซึ่งในปัจจุบันไม่มีกฎหมายหรือกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเอาไว้ แต่ด้วยเหตุผลที่ศาลปกครองแต่ละศาลมีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกันทำให้แนวคิดที่จะร่างประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น แม้ปัจจุบันจะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองแล้ว แต่ก็ยังเป็นเพียงการรวบรวมกฎหมายเดิมมาไว้ที่เดียวกันซึ่งก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาการขาดกฎหมายที่ใช้ร่วมกันอยู่ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงมีเพียงแค่นำคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่จะสามารถเป็นแนวทางในการวางกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป อย่างไรก็ตาม การนำแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดมาเป็นแนวทางในการดำเนินการมีประโยชน์เนื่องจากมีความยืดหยุ่นและสามารถปรับเปลี่ยนได้

ตลอดเวลา แต่กระนั้นก็ยังมีความเสี่ยง คือ แนวคำพิพากษาศาลไม่สามารถที่จะเป็นหลักประกันของความมั่นคงทางกฎหมายเทียบเท่าได้กับกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพราะอาจมีการกลับแนวคำพิพากษาได้ในภายหลัง นอกจากนี้แนวคำพิพากษาของศาลอาจถูกแก้ไขได้โดยกฎหมายของฝ่ายบริหาร ยกเว้นแต่ในส่วนที่ศาลปกครองสูงสุดได้ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้รับอิทธิพลจากระบอบประชาธิปไตยที่ถูกถ่ายทอดไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และปี ค.ศ. 1958 ทั้งนี้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีขึ้นเพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองในระบบวิธีพิจารณา รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองจัดอยู่ในประเภทกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร แต่ในขณะที่ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและมีค่าเหนือกว่ากฎหมายลำดับรอง ดังนั้น ในกรณีที่กฎหมายลำดับรองขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ย่อมถือว่ากฎหมายลำดับรองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จากที่กล่าวมานี้จะเห็นว่าโดยปกติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาจะมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองซึ่งไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่สูงกว่าได้ แต่เมื่อศาลปกครองได้สร้างวิธีพิจารณาในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป จึงเท่ากับว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสร้างขึ้นนี้มีฐานะเทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจขัดกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดฐานะของกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีไว้ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองจึงพยายามหลีกเลี่ยงการอ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง หลักกฎหมายปกครองทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ปรากฏให้เห็นในปัจจุบันมี 2 หลักสำคัญ คือ การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และหลักฟังความทุกฝ่าย⁷⁷

(1) การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Garantie de l'existence d'un contrôle de légalité)

หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (le contrôle de légalité des actes administratifs) เป็นหลักที่สนับสนุนให้หลักนิติรัฐ (L'Etat de droit) มีความศักดิ์สิทธิ์ในทางปฏิบัติ เพราะหลักนี้ส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลได้เสมอ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้รับรองว่าการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

⁷⁷ ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร, "หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง," วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2545): 120 – 132.

(recours pour excès de pouvoir) ทำได้เสมอ แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ (même sans texte)

การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองโดยองค์การฝ่ายตุลาการ โดยเฉพาะศาลปกครองสูงสุดมีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นศาลชั้นสุดท้ายในการพิจารณาคดีที่มาจากศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ จากหลักการดังกล่าวก่อให้เกิดหลักการสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก นิติกรรมทางปกครองอาจถูกโต้แย้งด้วยเหตุเกินอำนาจ ประการที่สอง คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นสามารถฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดได้ หลักเกณฑ์ทั้งสองประการนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ดี การให้บุคคลมีสิทธิฟ้องคดีในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 13 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่กำหนดว่า บุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่ได้บัญญัติไว้ในข้อตกลงมีสิทธิที่จะฟ้องคดีต่อศาลของประเทศนั้น แม้ว่าการละเมิดสิทธิดังกล่าวจะเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติตามหน้าที่ แต่ในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับมาตราดังกล่าวว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีความสำคัญน้อยกว่าหลักเกณฑ์ตามคำพิพากษาที่สกัดขึ้นโดยศาลปกครองสูงสุด เนื่องจากกรณีในอนุสัญญายุโรป จะใช้บังคับเฉพาะในเรื่องของสิทธิเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองจากข้อตกลงยุโรปและไม่ใช้กับกรณีอื่น ๆ⁷⁸ ดังนั้น แม้อนุสัญญายุโรปฉบับดังกล่าวจะมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่สิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองนั้นมีอยู่อย่างจำกัด เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเกิดผลโดยแท้จริง โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดจึงมีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์ที่นำไปสู่การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง โดยการให้ผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการรับคดีไว้พิจารณาตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือตามแนวคำพิพากษา แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้ไปไกลจนถึงขนาดที่ว่า การฟ้องคดีเพื่อให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองสามารถทำได้ แม้บทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดของกฎจะกำหนดไว้เป็นบททั่วไปว่าคำสั่งนั้นไม่สามารถถูกคัดค้านโต้แย้งต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ไม่อาจใช้ได้หากรัฐบัญญัตินั้นมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะว่า คำสั่งทางปกครองชนิดหรือประเภทใดหรือฉบับใด ที่ห้ามมิให้มีการฟ้องต่อศาลปกครองหรือ

⁷⁸ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 8 ธันวาคม 1995 คดี *Mouvement de défense des automobilistes* อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร, "หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณา คดีปกครอง," *วารสารวิชาการศาลปกครอง* 2, 2: 122.

อุทธรณ์ต่อไปยังศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น จึงจะถือว่าคำสั่งนั้นหลุดพ้นจากหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้

(1.1) สิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดได้รับรองสิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 1950 คดีระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตร กับ นางลามอตต์ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า สิทธิการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกประเภทเป็นสิทธิทั่วไปที่ประชาชนมีอยู่แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม และสิทธิการฟ้องคดีเพิกถอนเป็นสิทธิตามหลักกฎหมายทั่วไปที่มุ่งให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย แม้รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 1943 มาตรา 4 วรรคสอง จะกำหนดว่า “การให้สัมปทานไม่อาจถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม” ในการพิจารณาคำฟ้องโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งให้สัมปทานของผู้ว่าราชการจังหวัดศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า คำสั่งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้สัมปทานซึ่งเคยถูกศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนไปนั้นกลับมามีผลใหม่ คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าวจึงมุ่งทำลายผลคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่สั่งการในเรื่องดังกล่าว คำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดจึงออกมาโดยบิดเบือนอำนาจ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงวินิจฉัยให้เพิกถอนเสีย

จากผลของคำพิพากษาในคดีนี้ ส่งผลให้รัฐบาลไม่อาจอาศัยอำนาจที่ตนมีอยู่ ออกกฎหมายที่มีผลเป็นการขัดขวางการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะโดยการห้ามใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง หรือโดยการออกกฎหมายให้คำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนกลับมามีผลทางกฎหมาย (la loi de validation) ดังนั้น คดีนี้จึงเป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักในการคุ้มครองประชาชนเพื่อให้สามารถใช้สิทธิทางศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจออกกฎหมายมาจำกัดการควบคุมตรวจสอบการกระทำของตน⁷⁹

การที่ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้โดยไม่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจ มิได้เป็นการกระทำเกินหน้าที่ของการเป็นผู้คุ้มครองให้มีการเคารพหลักนิติรัฐ เพราะการฟ้องคดีดังกล่าวเป็นเสรีภาพของประชาชนที่จะเลือกอุทธรณ์คำสั่งของฝ่ายปกครองหรือไม่ก็ได้

⁷⁹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 135.

(1.2) สิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุด (Recours en cassation)

สิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุดในฐานะศาลชั้นสุดท้ายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดได้แสดงให้เห็นในคำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 1947 คดี d'Aillières ข้อเท็จจริงคดีนี้รัฐบาลซึ่งตั้งขึ้นในช่วงการประกาศอิสรภาพจากการปกครองของเยอรมันได้ตอบโต้การกระทำอันเป็นการลดเกียรติภูมิของชาติ (L'indignité nationale) โดยการขยายลักษณะของการขาดคุณสมบัติในการรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาว่างรัฐธรรมนูญและสมาชิกสภาต่างๆ เพิ่มเติมจากที่กฎหมายกำหนด บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวจึงนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาของคณะตุลาการพิเศษ (un jury d'honneur) แต่คณะตุลาการพิเศษได้ปฏิเสธที่จะหยิบยกเรื่องการขาดคุณสมบัติในการรับเลือกตั้งขึ้นพิจารณา บุคคลดังกล่าวจึงได้นำคำวินิจฉัยของคณะตุลาการพิเศษเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยถึงสถานะของคณะตุลาการพิเศษว่ามีสถานะเป็นองค์กรตุลาการ และแม้ว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการพิเศษจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางตุลาการ แต่ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุดได้⁸⁰

(2) หลักฟังความทุกฝ่าย

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่กล่าวถึงหลักการฟังความทุกฝ่าย ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 20 มิถุนายน 1913 คดี Téry ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การอุทธรณ์ในครั้งแรกของนาย Téry ต่อคณะกรรมการวินัยระดับสูงนั้นไม่ได้เป็นการโต้แย้งเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและกระบวนการพิจารณาของคณะกรรมการวินัยระดับสูงเท่านั้น แต่ยังเป็นการโต้แย้งมติของคณะกรรมการระดับภาคด้วย คณะกรรมการวินัยระดับสูงได้พิจารณาและวินิจฉัยอุทธรณ์ของนาย Téry และสั่งไม่รับอุทธรณ์ แต่เหตุดังกล่าวไม่ทำให้คณะกรรมการระดับสูงนำมาใช้เพื่อปฏิเสธการรับฟังนาย Téry ในการอุทธรณ์ครั้งใหม่ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีนี้เป็นการละเมิดสิทธิในการต่อสู้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของนาย Téry จึงสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยระดับสูง และส่งเรื่องให้คณะกรรมการวินัยระดับสูงพิจารณาอุทธรณ์ของนาย Téry ใหม่ โดยให้รับฟังข้อเท็จจริงที่นาย Téry เสนอด้วย

⁸⁰ Long, M., and Weil, P, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, 2001, p. 389 – 393 แปลโดย อภิญา แก้วกำเนิด พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง

แนวคำวินิจฉัยในคดี Téry เป็นก้าวสำคัญที่ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยการวางหลักว่าปัจเจกชนมีสิทธิในการต่อสู้คดีในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง และศาลปกครองต้องเคารพสิทธิดังกล่าวของคู่ความ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยอมรับว่า คณะกรรมการวินัยระดับสูง (conseil supérieur) มีสถานะเป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับวินัยของข้าราชการ (jurisdiction disciplinaire) โดยในคดีนี้ ตุลาการผู้แถลงคดี Corneille ได้กล่าวไว้ในคำแถลงการณ์ว่า “คณะกรรมการวินัยระดับสูงมีสถานะเป็นศาลปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาคำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และสิ่งสำคัญที่ต้องพิจารณาคือความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการวิธีพิจารณาของคณะกรรมการว่าได้ดำเนินการโดยชอบหรือไม่ โดยที่กระบวนการวิธีพิจารณาในการลงโทษทางวินัยไม่ได้มีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในลักษณะของประมวลกฎหมาย แต่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปทั้งในหมู่นักวิชาการและแวดวงตุลาการว่า ในการดำเนินการกระบวนการวิธีพิจารณาเพื่อลงโทษบุคคลตามกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ แม้จะไม่อาจนำกฎเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ได้อย่างเคร่งครัด แต่ในการดำเนินการเพื่อลงโทษบุคคลที่กระทำผิดอย่างน้อยที่สุดจะต้องเคารพหลักการสำคัญของวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งถือเป็นหลักประกันขั้นต่ำให้แก่ประชาชน ซึ่งได้แก่หลักการมีสิทธิต่อสู้คดีของผู้ถูกกล่าวหา⁸¹

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักการฟังความทุกฝ่ายให้สามารถนำมาใช้ในกระบวนการออกคำสั่งทางปกครอง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1944 คดี Dame Veuve Trompier-Gravier ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบการค้าขายหนังสือพิมพ์ในชุมชนหนังสือที่ตั้งอยู่บนถนนบูเลวาร์ด แซงต์-เดอนี เมืองปารีส ต่อมา ผู้ว่าราชการจังหวัดได้เพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวโดยอ้างเหตุว่าผู้รับใบอนุญาตทำผิดเงื่อนไขใบอนุญาต ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่าการเพิกถอนใบอนุญาตถือเป็นการลงโทษผู้รับใบอนุญาตที่รุนแรง ดังนั้น กระบวนการเพิกถอนจะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีแสดงพยานหลักฐานโต้แย้งข้อกล่าวหาของฝ่ายปกครองแล้วเท่านั้น จากข้อเท็จจริงในคดีไม่ปรากฏว่าได้มีการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบเพื่อเปิดโอกาสให้โต้แย้งข้ออ้างของผู้ว่าราชการจังหวัดก่อนทำการเพิกถอนใบอนุญาต ดังนั้น การออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในคดีนี้ตุลาการผู้แถลงคดี Chenot เสนอให้นำหลักการฟังความทุกฝ่าย ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มาใช้ในกระบวนการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะคำสั่งที่มี

⁸¹ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ, หน้า 137.

ลักษณะเป็นโทษที่รุนแรง และศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักการฟังความทุกฝ่ายมาใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นการทั่วไปเช่นในกรณีดังต่อไปนี้⁸²

(1) การให้ออกหรือไล่ออกจากราชการ

(2) การเพิกถอนคุณสมบัติหรือสิทธิประโยชน์ที่เอกชนได้รับ แต่กรณีการปฏิเสธไม่ออกไปอนุญาตหรือสิทธิประโยชน์แก่เอกชนตามคำขอไม่อยู่ภายใต้บังคับนี้ ยกเว้นการปฏิเสธไม่ให้ประกอบอาชีพบางอย่างที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิไว้ ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิเสธโดยอ้างข้อเท็จจริงที่ไม่มีอยู่ในคำขอได้

(3) คำวินิจฉัยทางปกครองที่มีผลรุนแรงในการบริหารงานบุคคล นอกจากการดำเนินการทางวินัยซึ่งต้องอยู่ภายใต้หลักการให้คู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านแล้ว การดำเนินการอื่นที่มีใช้การลงโทษทางวินัยที่กระทบต่อสิทธิของผู้ได้รับผลจากการกระทำนั้น การดำเนินการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าวด้วย เช่น การสั่งย้ายข้าราชการเพราะผลของการกระทำของข้าราชการผู้นั้น การให้ข้าราชการออกจากราชการชั่วคราวด้วยเหตุไม่เกี่ยวกับวินัย นอกจากเรื่องเกี่ยวกับบริหารงานบุคคลแล้ว ศาลปกครองสูงสุดยังวินิจฉัยให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพต่อหลักการฟังความทุกฝ่ายในกรณีอื่นๆ ด้วย เช่น การยกเลิกสัญญา การล้มเลิกองค์การอาคารสงเคราะห์ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดได้จำกัดขอบเขตการใช้หลักดังกล่าวไว้สองกรณี คือ กรณีแรก การกำหนดมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองหรือสุขอนามัยของประชาชนในเชิงป้องกัน เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น การออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในสถานการณ์ฉุกเฉิน การสั่งห้ามโฆษณาสินค้าต่างชาติ เป็นต้น กรณีที่สอง การกระทำที่ไม่ได้เกี่ยวกับการวินิจฉัยลักษณะการกระทำของปัจเจกชนรายใดรายหนึ่ง ไม่ว่าจะประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นเพียงการวินิจฉัยผลทางกฎหมายที่ได้รับการกำหนดไว้ในลักษณะทั่วไป เช่น การตัดข้าราชการที่สอบคัดเลือกไม่ผ่านออก การประกาศว่าใบอนุญาตที่ออกโดยฝ่ายปกครองเป็นโมฆะ เป็นต้น

ในปัจจุบันแม้จะมีบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะมาใช้ในการดำเนินการของศาล แต่หลักการฟังความทุกฝ่ายก็ยังคงเป็นสิ่งที่ในแต่ละศาลต้องเคารพและปฏิบัติตามโดยอาจมีกระบวนการที่แตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทศาล เช่น ในการดำเนินการของศาลปกครอง ศาลต้องดำเนินการให้คู่กรณีฝ่ายเอกชนสามารถเข้าถึงเอกสารที่เกี่ยวข้องกับคดีเพื่อใช้จัดทำเอกสารในการต่อสู้คดี แต่ทั้งนี้ศาลก็ต้องระวังในเรื่องผลประโยชน์ของสาธารณะที่ฝ่ายปกครองจะต้องปกป้องเช่นกัน ดังนั้น หลักการฟังความทุกฝ่ายในวิธีพิจารณาคดีปกครองอาจแตกต่างไปจากหลักการฟังความทุกฝ่ายในกระบวนการวิธีพิจารณาของ

⁸² เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

ศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม การแจ้งข้อเท็จจริงให้แก่คู่กรณีจะมีขอบเขตเพียงใดนั้น กรณีนี้ ศาลปกครองสูงสุดวางหลักเกณฑ์ไว้ในคดี Association syndicale des propriétaires de Champigny-sur-Marne และ คดี Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de la circonscription Aquitaine et autres ว่าศาลจะไม่รับเอกสารที่ยื่นต่อศาลถ้าคู่กรณีไม่ได้รับทราบถึงเอกสารดังกล่าว แต่การแจ้งให้คู่กรณีทราบข้อเท็จจริงจะไม่ถูกนำมาใช้กับการที่ศาลจะต้องแจ้งผลการพิจารณาข้อพิพาทก่อนวันนัดพิจารณา และไม่จำต้องแจ้งเรื่องการจัดโครงสร้างองค์กรภายในศาลให้แก่คู่กรณีได้ทราบ

3.3.2 นิตินิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของศาลปกครองสูงสุด

นิตินิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปของศาลปกครองสูงสุดมีหลายวิธีการด้วยกัน แต่พอสรุปได้โดยรวมว่า วิธีการต่างๆ เหล่านี้ต่างก็มีลักษณะร่วมกันตรงที่เป็น “วิธีการที่มุ่งผลสุดท้าย” กล่าวคือ เป็นวิธีการเพื่อนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นที่ยุติ โดยในการนี้เพื่อให้เกิดความชอบธรรมในการอ้างหลักกฎหมายทั่วไป ศาลปกครองสูงสุดจะกล่าวอ้างว่า “ศาลปกครองสูงสุดรับรองหลักกฎหมายนี้” หรือ “ศาลปกครองสูงสุดค้นพบหลักกฎหมายนี้” ซึ่งมีนัยว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีอยู่แล้วในระบบกฎหมายหนึ่งๆ ศาลปกครองสูงสุดเป็นเพียงผู้ค้นพบและนำออกเผยแพร่ให้ปรากฏต่อสาธารณชนเท่านั้น เช่น ศาลปกครองสูงสุดจะไม่กล่าวว่า “ศาลปกครองสูงสุดสร้างหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการรับฟังความทุกฝ่าย” แต่จะกล่าวว่า “กฎเกณฑ์ที่ว่าประชาชนทุกคนพึงมีสิทธิที่จะต่อสู้โต้แย้งเพื่อปกป้องสิทธิของตน ในกรณีที่เขาถูกล่ามโซ่จากบุคคลอื่นนั้น มีปรากฏอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ อยู่แล้ว โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้ถูกบังคับใช้ในกรณีอื่นๆ มาแล้วนอกจากกรณีตามคดีนี้” เป็นต้น

3.3.2.1 การพิเคราะห์บรรดาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ว่า ในระบบกฎหมายหนึ่งๆ นั้น มีหลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องต่างๆ ที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” และหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีค่าบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ แม้ว่าหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้นๆ จะไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นก็ตาม นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้กล่าวต่อไปว่า ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ตัดสินคดีนี้โดยอาศัยเฉพาะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น แต่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาคดีโดยอาศัยการพิเคราะห์บรรดาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งอาจเรียกหลักการที่ได้จากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเหล่านั้นได้ว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”

อีกวิธีการหนึ่งที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้เพื่อสร้างหลักกฎหมายทั่วไป คือ การค้นหาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือจากเจตนารมณ์ของบรรดาบทกฎหมายหลายฉบับรวมกัน หรือการค้นหาจากตรรกะ (une logique générale) ของ

บทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ซึ่งตราระดับกล่าวจะเป็นตัวอธิบายและรับรองการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลปกครองสูงสุดได้ค้นหาจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว

3.3.2.2 เจตนารมณ์ของบทบัญญัติซึ่งไม่มีคำบังคับทางกฎหมาย

ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1945 นั้น รัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของฝรั่งเศสมิได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพต่างๆ ไว้อย่างเป็นทางการ หากจะมีก็แต่เฉพาะที่บัญญัติอยู่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่ได้ถูกกล่าวอ้างและรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1791 และปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 อย่างไรก็ตาม ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 อันเป็นช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1875 และเป็นยุคแห่งการก่อตั้งระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส นักกฎหมายต่างพากันหาทางออกให้กับปัญหาเรื่องสิทธิและเสรีภาพที่มีได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงเรื่องการทำหน้าที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้มีการสร้างจุดเกาะเกี่ยวกับคำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เพื่อให้คำประกาศดังกล่าวมีคุณค่าทางกฎหมาย รวมไปถึงการไม่มีมาตรการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบกับในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงของการฟื้นฟูประเทศภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ดังนั้น จึงมีความจำเป็นยิ่งที่รัฐต้องออกกฎหมายหลายฉบับที่มีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน ด้วยเหตุนี้ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการเยียวยาจากการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่เกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดมีหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ต่อมา ภายใต้การปกครองของสาธารณรัฐที่ 4 ช่วงปี ค.ศ. 1946 - 1958 แม้จะมีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 แต่ก็ยังไม่ปรากฏการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นอันตรายต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่นั่นเอง ศาลปกครองได้เข้ามามีบทบาทในการค้นหาหลักกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ทั้งนี้ โดยอาศัยการตีความหลักการต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เพื่อนำมาใช้บังคับกับฝ่ายปกครอง เช่น หลักความเสมอภาคหรือหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อคุ้มครองสิทธิต่างๆ ในทางเศรษฐกิจและสังคม หรือหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวและหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นต้น

3.3.2.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ

ภายหลังจากที่มีการก่อตั้งสหภาพยุโรป ศาลปกครองสูงสุดได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้โดยการสกัดจากแนวคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (Cour Européenne des droits de l'homme) เป็นสำคัญ ทั้งนี้เพราะสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปต้องเคารพในการตัดสินใจของศาลดังกล่าว ดังนั้นบรรดาคำพิพากษา

บรรทัดฐานของศาลปกครองสูงสุดจึงต้องเคารพต่อคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ด้วยเช่นกัน ยิ่งไปกว่านั้นศาลปกครองสูงสุดได้ให้ความสนใจแก่บรรดาคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมากขึ้น จนถึงขนาดทำการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปที่ซ่อนอยู่ในคำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและนำมาปรับใช้แก่คดี เช่น หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสิทธิของคนต่างด้าว⁸³ หลักดังกล่าวประกอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการส่งบุคคลข้ามแดน โดยศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำพิพากษาในการห้ามส่งบุคคลข้ามแดนในกรณีที่บุคคลนั้นมีฐานะเป็นผู้ลี้ภัย ซึ่งกระบวนการนี้เป็นหลักประกันที่สำคัญนอกเหนือไปจากกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพราะการส่งบุคคลข้ามแดนได้นั้น ต้องให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากการเป็นผู้ลี้ภัยเสียก่อน นอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการห้ามขับบุคคลออกนอกประเทศสำหรับบุคคลที่อาจจะได้รับโทษประหารในประเทศของตน ซึ่งกระบวนการขับบุคคลออกนอกประเทศเป็นกระบวนการของกฎหมายภายใน แต่การส่งบุคคลข้ามแดนเป็นกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการส่งบุคคลข้ามแดนเป็นหลักที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและชีวิตบุคคล ซึ่งนอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการอยู่ร่วมกันของครอบครัวผู้ลี้ภัย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้รับรองสิทธินี้เช่นกัน⁸⁴

3.3.3 ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

ค่าบังคับของกฎหมายย่อมเป็นไปตามลำดับชั้นของกฎหมาย เมื่อในเบื้องต้นเรา ยอมรับว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับดังเช่นกฎหมาย และมีการปรับใช้อย่างบ่อยครั้งในการ พิจารณาพิพากษาคดีของศาล สิ่งที่ควรพิจารณาถัดไปคือหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านั้นมี ค่าบังคับตามลำดับชั้นของกฎหมายใด

นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสบางท่านจึงอธิบายลำดับชั้นของหลักกฎหมายทั่วไปว่ามี ค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามการอธิบายเช่นนี้ถูกโต้แย้งโดย CHAPUS ว่า ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ไม่จำเป็นต้องให้เทียบเท่ากับกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือ แม้แต่เทียบเท่ารัฐบัญญัติ แต่ควรมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ากฎหมาย (valeur infra-législative et supra-décrétale) แต่เมื่อมีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นแล้ว คำอธิบาย เรื่องลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปของ CHAPUS อาจไม่สามารถนำมาใช้ได้ ทั้งนี้เพราะ ก่อนที่จะมีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่มีบทบาทฝ่าย เดียวในการใช้หลักกฎหมายทั่วไป คำอธิบายดังกล่าวจึงเป็นเพียงการอธิบายลำดับศักดิ์ของ

⁸³ ซอง-ปีแอร์ เตรง, "หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ," วารสารวิชาการศาลปกครอง, 6,1 : 62.

⁸⁴ ซอง-ปีแอร์ เตรง, "เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป," วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม – เมษายน 2549): 79.

หลักกฎหมายทั่วไปเมื่อครั้งที่ยังไม่มืองค์กรอื่นที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายทั่วไป นอกจากศาลปกครองสูงสุด

ในการดำเนินงานของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แม้ในช่วงแรกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะยืนยันถึงความเป็นไปได้ที่สมาชิกสภานิติบัญญัติจะยกเลิกหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับว่า หลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และในคำวินิจฉัยต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันถึงหลักการที่สกัดจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญและคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งใช้บังคับกับสมาชิกสภานิติบัญญัติ จึงเท่ากับว่าหลักการดังกล่าวเหล่านี้มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ⁸⁵ อย่างไรก็ตาม มีผู้เสนอทางทฤษฎีเกี่ยวกับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่า หากคิดตามทฤษฎีที่เสนอโดย CHAPUS แล้ว หลักการซึ่งเกิดขึ้นจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมิได้มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่ควรมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกันก็อยู่สูงกว่ารัฐธรรมนูญ (*valeur infra-constitutionnelle et supra-législative*)⁸⁶

จากความเห็นที่แตกต่างเกี่ยวกับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปจึงแสดงให้เห็นว่า ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปมิได้อยู่ในระดับใดระดับหนึ่งเพียงอย่างเดียว หากแต่มีหลายระดับที่แตกต่างกันไป ดังนี้

3.3.3.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง และไม่อาจตรากฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญเพื่อยกเลิกหลักกฎหมายประเภทนี้ได้ เว้นแต่จะเสนอแก้ไขด้วยวิธีการเดียวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะต้องควบคุมร่างรัฐธรรมนูญและข้อกำหนด (*règlement*) มิให้ขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปนี้ อย่างไรก็ตาม สิ่งที่น่าพิจารณาคือ หลักการที่ได้จากรัฐธรรมนูญ หรือหลักการที่ผูกติดกับรัฐธรรมนูญ จะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่

ในกรณีนี้ Alain-Serge Mescheriakoff เห็นว่า หลักการที่ผูกติดกับรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถือเป็นกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ (*normes constitutionnelles*) คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภของ

⁸⁵ พนม เอี่ยมประยูร, “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส,” ใน *ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร. พนม เอี่ยมประยูร*, หน้า 56.

⁸⁶ Gaudenet P.H. *L'aménagement de la taxation d'office face aux exigences de l'égalité devant la loi*, A.J.D.A., 1974 อ้างถึงใน พนม เอี่ยมประยูร, “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส,” ใน *ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร. พนม เอี่ยมประยูร*, หน้า 56.

รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1749 ล้วนถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น หลักการที่ผูกติดกับรัฐธรรมนูญจึงมีค่าบังคับเป็นรัฐธรรมนูญและใช้บังคับกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญ โดยหลักแล้วหลักกฎหมายเหล่านี้ไม่อาจปะปนกับหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญได้ สำหรับประเด็นนี้ พนม เอี่ยมประยูร ได้แสดงข้อคิดที่แตกต่างออกไปว่า หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักการที่สกัดมาจากบทบัญญัติบทเดียวหรือหลายบท ทั้งที่อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับ ซึ่งมีได้มีเนื้อหาระบุไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรถึงหลักซึ่งมีใจความเช่นนั้น เช่น หลักว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัว ที่สกัดมาจากรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 1 กรกฎาคม 1901 นั้น มิได้มีบทบัญญัติมาตราใดในกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าทุกคนมีเสรีภาพในการรวมตัว หากแต่หลักการดังกล่าวได้มาจากการวิเคราะห์ด้วยบทหลาย ๆ มาตรา แล้วจึงสกัดออกมาเป็นหลักการดังกล่าว ดังนั้น หลักการที่ผูกติดกับรัฐธรรมนูญ เช่น คำปรารภของรัฐธรรมนูญ หากทำให้หลักเสรีภาพในการรวมตัวมิใช่หลักกฎหมายทั่วไป ในทางตรงกันข้าม ไม่ว่าจะในคำปรารภเองหรือตราสารซึ่งคำปรารภกล่าวอ้างถึง หากมีบทบัญญัติเขียนอย่างชัดเจนถึงหลักการใดหลักการหนึ่ง หลักการดังกล่าวนั้นก็ถือเป็นเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

สิ่งที่น่าสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐซึ่งประกาศใช้ก่อนรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1946 ในช่วงแรกในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าบทบัญญัติต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐมีค่าบังคับเป็นรัฐธรรมนูญหรือรัฐธรรมนูญแต่อย่างไร เพราะเป็นเพียงการประกาศหลักการทางปกครองประเทศ อีกทั้งมีเนื้อหาและหลักการที่กว้างเกินไป แต่ศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรแรกที่น่าหลักการต่างๆ ที่อยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ หรือคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 หรือตราสารที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้แก่คดี และยอมรับว่าสิ่งเหล่านี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ องค์กรนี้อาศัยหลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดจากคำปรารภหรือตราสารที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้แก่คดีและยืนยันเสมอมาว่าหลักการที่ตนสกัดมาจากตราสารเหล่านี้มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

3.3.3.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญนี้ได้แก่ หลักการที่สกัดมาจากบรรดารัฐบัญญัติต่างๆ และโดยทฤษฎีแล้วต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่ออกมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ ปี ค.ศ. 1958 ส่วนหลักกฎหมายที่สกัดได้จากรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลบังคับใช้ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญนั้นถือว่ามีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามแนวคิดของ Morange เห็นว่า อาจจะเป็นไปได้ที่หลักการซึ่งสกัดได้จากรัฐธรรมนูญที่มีมาก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 จะมีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ หาก

รัฐบัญญัติเหล่านั้นมีเนื้อหาไม่สมบูรณ์เพียงพอที่จะสกัดหลักการออกมา นอกเสียจากจะได้พิจารณาร่วมไปกับรัฐบัญญัติที่ออกภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ⁸⁷

หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติย่อมมีค่าบังคับสูงกว่าข้อกำหนด แต่หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติอาจถูกแก้ไขหรือยกเลิกโดยรัฐบัญญัติ ในขณะที่รัฐบัญญัติไม่อาจถูกยกเลิกได้โดยหลักกฎหมายทั่วไป ที่เป็นเช่นนี้สามารถอธิบายได้โดยอาศัยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั่วไป (loi générale) และกฎหมายพิเศษ (loi spéciale) Alain-Serge Mescheriakoff ได้อธิบายว่า ผู้พิพากษาใช้หลักกฎหมายทั่วไปอย่างกฎหมายทั่วไป และใช้รัฐบัญญัติอย่างกฎหมายพิเศษ ดังนั้น กฎหมายพิเศษจึงยกเว้นกฎหมายทั่วไป อีกทั้งกฎหมายทั่วไปนั้นไม่อาจยกเลิกกฎหมายพิเศษที่มีผลบังคับใช้ก่อนหน้าได้

3.3.3.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (règlement) *

หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองนี้มีขึ้นเพื่อให้ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติ และใช้ในการควบคุมการกระทำในทางปกครองซึ่งมีผลเฉพาะบุคคล (des actes administratifs individuels) โดยใช้กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองเป็นบรรทัดฐาน ดังนั้น ในกรณีที่ศาลไม่อาจหาข้อกฎหมายมาใช้บังคับแก่กรณีได้นั้น ศาลอาจสกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่มีอยู่ได้

⁸⁷ Morange, G. Une catégorie juridique ambiguë : Les principes généraux du droit, R.D.P. 1977, p. 774 อ้างถึงใน พนม เอี่ยมประยูร, "หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส," ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผศ.ดร. พนม เอี่ยมประยูร, หน้า 61.

* กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง (règlement) อาจแบ่งเป็นเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ

1 กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองซึ่งออกมาเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท (règlement d'application หรือ règlement d'exécution de la loi) กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองประเภทนี้ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองและต้องสอดคล้องกับกฎหมายแม่บท ไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทได้

2 กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองที่เป็นเอกเทศ (règlement autonome) ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถออกได้โดยความริเริ่มของตนเอง ไม่ผูกติดกับกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งในฝรั่งเศส กฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองประเภทนี้ส่วนใหญ่เป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในการออกกฎเกณฑ์ตามมาตรานี้มีลักษณะที่กว้างขวางมาก จึงมีการจำกัดอำนาจดังกล่าวโดยผลของคำพิพากษาให้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไป

3.4 บทสรุป

จากความเป็นมาของระบบกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1789 จากการปฏิวัติฝรั่งเศส และคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่มีขึ้นเพื่อรับรองสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของมนุษย์ อีกทั้งมีการการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมโดยการห้ามศาลทั้งหลายพิจารณาพิพากษาคดีที่มีฝ่ายปกครองเป็นคู่ความ เพื่อป้องกันการครอบงำการบริหารกิจการบ้านเมืองโดยฝ่ายตุลาการเหมือนในอดีตที่ผ่านมา และมีการจัดตั้งสภาแห่งรัฐเพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาในด้านการปกครองและด้านกฎหมายแก่รัฐบาล ต่อมาเมื่อมีการจัดระบบการดำเนินงานของสภาแห่งรัฐใหม่ โดยให้มีอำนาจทางศาลและให้ข้อพิพาททางปกครองอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของสภาแห่งรัฐ จึงทำให้สภาแห่งรัฐกลายเป็นศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าตนไม่ผูกพันที่จะต้องนำหลักกฎหมายเอกชนมาปรับแก้คดีปกครอง ดังนั้น จึงมีการค้นหาหลักกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทในทางปกครองเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ยังมีปัจจัยอื่นที่เป็นสาเหตุให้ศาลปกครองสูงสุดทำการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อปรับใช้กับการพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่ ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้อยู่กับกิจการของฝ่ายปกครอง ประกอบกับในอดีตกฎหมายที่มีอยู่ได้กลายเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองที่นำมาใช้จำกัดเสรีภาพของประชาชน กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงอาจมิใช่เป็นสิ่งที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมอไป นอกจากนี้การที่กฎหมายในปัจจุบันมีเนื้อหาที่ซับซ้อนจึงยากแก่การบังคับการให้เป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากศาลปกครองสูงสุดแล้วยังมีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลคดีขัดกันที่มีส่วนในการพัฒนาและวางหลักเกณฑ์อันก่อให้เกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเช่นกัน คณะตุลาการได้รับรองถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปบางประการ เช่น หลักว่าด้วยการนิ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธ หลักว่าด้วยเสรีภาพในการรวมกลุ่ม หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นต้น ส่วนศาลคดีขัดกันได้วางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งนำไปสู่การวางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง เช่น การวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง เช่น การแบ่งแยกความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองออกจากกฎหมายเอกชน การแบ่งแยกความรับผิดชอบส่วนตัวออกจากความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง การวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ การวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น มีทั้งหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติและหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวโดยมากมีขึ้นเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้

ถูกนำมาใช้กับการพิจารณาข้อพิพาทในหลายกรณี เช่น หลักความเสมอภาคถูกนำมาใช้ในเรื่องความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความเสมอภาคในการเข้าทำงานหรือร่วมงานกับรัฐ ความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ และความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อเอกชน สำหรับหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้ตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง เช่น การลงโทษวินัยข้าราชการพลเรือน และใช้ตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่อาจส่งผลกระทบต่อสังคมส่วนรวม สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปบางประเภท เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้เป็นการเฉพาะกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง และเป็นหลักกฎหมายที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่องเพื่อให้เกิดเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ทั้งประชาชนและฝ่ายปกครอง

ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสัญญาหรือหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีในศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดยอมรับว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปสำคัญสองประการ ประการแรก คือ หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย หลักการนี้ส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองอาจถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลเสมอ ซึ่งการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถกระทำได้แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ และยังรวมถึงสิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุด ประการที่สอง คือ หลักฟังความทุกฝ่ายเป็นหลักการที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนโดยการให้สิทธิในการต่อสู้คดีในกระบวนการพิจารณาของศาลปกครอง และศาลต้องเคารพสิทธิดังกล่าวของคู่ความ

สำหรับนิติวิธีที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปมาจากการพิเคราะห์บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องหรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือจากหลายฉบับรวมกัน การค้นหาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติที่ไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย เช่น คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภในรัฐธรรมนูญ และจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ สำหรับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง หลักกฎหมายแต่ละหลักอาจมีค่าบังคับแตกต่างกันไป หลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือคำปรารภในรัฐธรรมนูญหรือจากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้จากรัฐบัญญัติทั้งหลายจะมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติ ส่วนหลักกฎหมายที่สกัดมาจากกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง หลักกฎหมายเหล่านี้จะมีค่าบังคับเทียบเท่ากฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง

เมื่อได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสแล้ว ในบทต่อไปจะเป็นการศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศไทย ทั้งในด้านพัฒนาการของกฎหมายมหาชน องค์การที่มีส่วนเกี่ยวข้อง การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดย

ศาลปกครอง นิตินิติและคำบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยทั้งนี้เพื่อให้เกิด
การเปรียบเทียบในพัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของทั้งสองประเทศ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 4

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย

ภายหลังจากการความพยายามในการจัดตั้งศาลปกครองประสบความสำเร็จ ระบบศาลในประเทศไทยจึงเปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยวมาเป็นระบบศาลคู่ การปรับใช้กฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองจึงก้าวพ้นจากการครอบงำของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม แม้จะมีหลายองค์การที่ผลักดันให้กฎหมายปกครองมีการพัฒนาเพื่อให้เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ยังไม่สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้ทั้งหมด ดังนั้น ศาลปกครองในฐานะผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐจึงค้นหากฎเกณฑ์ทางกฎหมายปกครองซึ่งได้แก่หลักกฎหมายทั่วไป มาประกอบการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คดี ดังนั้นในการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทยจึงแบ่งหัวข้อการศึกษาออกเป็น 3 ประเด็นหลัก คือ ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์อันส่งผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศไทย องค์การที่มีบทบาทในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย และการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลปกครองไทย

4.1 การพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประวัติศาสตร์ไทย

การเกิดขึ้นของระบบกฎหมายในประเทศไทยอาจสืบย้อนไปถึงครั้งสมัยกรุงสุโขทัยที่ระบบกฎหมายยังไม่มีความเป็นระเบียบเรียบร้อยนัก ต่อมาในสมัยอยุธยาที่ได้รับอิทธิพลแนวคิดทางกฎหมายผ่านทางวัฒนธรรมของชาวขอมและผ่านทางศาสนา เช่น พุทธ พราหมณ์-ฮินดู อย่างไรก็ตามก็จุดเปลี่ยนที่สำคัญทางประวัติศาสตร์กฎหมายไทยที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบันนั้นมีจุดเริ่มต้นในสมัยรัชกาลที่ 5 แห่งกรุงรัตนโกสินทร์

4.1.1 การปฏิรูปการปกครองและระบบกฎหมายไทยในสมัยรัชกาลที่ 5

เมื่อครั้งเข้าสู่ยุคล่าอาณานิคม ประเทศตะวันตกแสดงท่าทีที่จะนำประเทศไทยไปเป็นเมืองขึ้นของตน ในปี พ.ศ. 2389 อังกฤษได้ส่งเซอร์ จอห์น เบาว์ริง เข้ามาเจรจาทำสนธิสัญญาพระราชไมตรีกับไทยซึ่งต่อมาส่งผลให้กฎหมายและศาลไทยไม่สามารถบังคับใช้กับคนอังกฤษหรือคนในบังคับของอังกฤษ เช่น ชาวอินเดีย พม่า มาลายู ได้ ทั้งนี้เนื่องจากอังกฤษอ้างว่ากฎหมายไทยล้าหลังและสับสน ไม่สามารถเป็นหลักประกันความปลอดภัยเพียงพอต่อชาวต่างชาติในประเทศไทย อีกทั้งยังมีผู้มีอิทธิพลสูงหรือราชตระกูลเข้ามาแทรกแซงความยุติธรรมตามกฎหมาย ครั้นเมื่ออังกฤษได้ทำสนธิสัญญาดังกล่าวกับไทย ประเทศมหาอำนาจอื่นๆ อาทิ สหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศสก็ได้เข้าทำสัญญากับประเทศไทยในทำนองเดียวกัน

สภาพปัญหาของระบบศาลไทยที่ส่งผลให้ต่างชาติเรียกรังสีทิสภาพนอกอาณาเขต อาจมีสาเหตุเนื่องจาก ประการที่หนึ่ง องค์การศาลขาดความเป็นเอกภาพ ศาลไทยสมัยนั้นมีอยู่ กระจายจัดกระจายในหน่วยงานต่างๆ แต่ละหน่วยแต่ละกรมต่างก็มีศาลเป็นของตนเอง เช่น ศาลใน หัวเมืองฝ่ายเหนือขึ้นอยู่กับสมุหนายก ศาลในหัวเมืองฝ่ายใต้ขึ้นอยู่กับสมุหกลาโหม ศาลหัว เมืองชายทะเลขึ้นอยู่กับกรมท่า ส่วนในพระนครอำนาจในการตั้งศาลอยู่ที่เจ้าเมืองหรือกรมการ เมือง ประการที่สอง องค์การศาลขาดความเป็นอิสระเพราะศาลตกอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่าย บริหาร การที่ศาลไทยมิได้แยกอำนาจในการวินิจฉัยคดีออกจากฝ่ายบริหารทำให้ตุลาการถูก แทรกแซงจากข้าราชการชั้นผู้ใหญ่หรือราชตระกูลได้¹ ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระ จุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงปรารถนาที่จะแก้ไขปัญหาลิทิสภาพนอกอาณาเขต พระองค์ทรง เล็งเห็นถึงความสำคัญที่จะต้องปฏิรูประบบกฎหมายไทย โดยมีพระบรมราโชบายดังต่อไปนี้ ประการแรก ไทยจำเป็นต้องปรับปรุงระบบศาลและกฎหมายของตนให้ทันสมัยเช่นตะวันตกเพื่อ เจริญยกเลิกลิติสภาพนอกอาณาเขต ประการที่สองใช้พระราชอำนาจนิติบัญญัติปรับปรุง กฎหมายเพื่อให้เกิดการรวมศูนย์การปกครองและการปฏิรูปอื่นๆ เช่น การภาษี การคลัง การทหาร การจัดการปกครองหัวเมือง การจัดการทรัพยากร ฯลฯ ประการที่สาม จำกัดอำนาจ ของขุนนางให้อยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายที่พระองค์ทรงตราขึ้นพระบรมราโชบายเหล่านี้ได้ ส่งผลให้เกิดการสถาปนาเคาน์ซิลออฟสเตต (Council of State) ตามแบบสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศฝรั่งเศส และ ปรีวีเคาน์ซิล (Privy Council) หรือสภาที่ปรึกษาใน พระองค์ตามแบบอย่างของประเทศอังกฤษ นอกจากนั้นยังโปรดเกล้าฯ ให้ส่งพระราชโอรส ไปศึกษากฎหมาย ณ ประเทศอังกฤษ ซึ่งการปรับปรุงทั้งหลายเหล่านี้เป็นไปเพื่อปรับระบบ กฎหมายและศาลไทยให้เข้าสู่ระบบกฎหมายและศาลตะวันตกนั่นเอง²

ในการปฏิรูปการศาลในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวเพื่อให้เป็น ที่ยอมรับในหมู่อารยประเทศและเพื่อเป็นการประกันความยุติธรรมแก่ราษฎร ทั้งนี้พระองค์โปรด เกล้าฯ ให้มีการตั้งกระทรวงยุติธรรมเพื่อรวบรวมศาลที่อยู่กระจายมาไว้ด้วยกันจากนั้นจึง แยกอำนาจตุลาการออกจากฝ่ายบริหาร ในการดำเนินงานของศาลยุติธรรมจะเกี่ยวข้องกับ ข้อพิพาทในทางแพ่งและทางอาญาเท่านั้น ส่วนข้อพิพาทระหว่างราษฎรกับรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐในกระทรวงกรมต่างๆ (ที่มีลักษณะเทียบเคียงคล้ายกับคดีปกครองในปัจจุบัน) ราษฎรยังคง ต้องใช้วิธีร้องทุกข์ต่ออธิบดีและเจ้ากระทรวงอยู่เช่นเดิม อย่างไรก็ตามก็ติราษฎรยังมีช่องทางใน การร้องทุกข์ต่อพระมหากษัตริย์ผ่านทางกรอวยฎีกา โดยพระมหากษัตริย์จะทรงรับฎีกาไว้

¹ อัครราช จุฬารัตน, กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 25 - 26.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 71 - 72.

พิจารณาเองหรือทรงมอบหมายให้ขุนนางข้าราชการที่เกี่ยวข้องรับเรื่องไปพิจารณา³ นอกจากจะทรงมีพระราชดำริให้ตั้งกระทรวงยุติธรรมแล้วพระองค์ยังทรงมีพระราชวินิจฉัยให้ปฏิรูประบบกฎหมายเป็นไปในแนวทางของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากทรงเห็นว่ากฎหมายเดิมของไทยมีความใกล้เคียงกับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายมากกว่าระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ใช้กันอยู่ในประเทศอังกฤษดังนั้นจึงเป็นการง่ายกว่าที่จะปฏิรูประบบกฎหมายไทยให้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมาย⁴

4.1.2 การแบ่งประเภทกฎหมายและสภาพของกฎหมายมหาชนภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สู่ระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 หน่วยราชการต่างๆ ได้จัดองค์กรใหม่เพื่อให้เป็นไปตามธรรมนูญการปกครอง รัฐบาลในขณะนั้นโดยดำริของหลวงประดิษฐมนูธรรมประสงคีให้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีปกครองหรือข้อพิพาททางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนในลักษณะเดียวกันกับสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือ เคาน์ซิลออฟสเตต (Council of State) ของประเทศฝรั่งเศสและกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปอื่นๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งสภาแห่งรัฐในประเทศภาคพื้นยุโรปนั้นจะมีหน้าที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารและทำหน้าที่เป็น “ศาลปกครอง” พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชน ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2476 จัดตั้ง “คณะกรรมการกฤษฎีกา” ให้มีอำนาจหน้าที่และโครงสร้างอย่างเดียวกับ “สภาแห่งรัฐ” ของฝรั่งเศสและมีหน้าที่คล้ายคลึงกับเคาน์ซิลออฟสเตตในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว คณะกรรมการกฤษฎีกาที่จัดตั้งขึ้นนี้มีฐานะเป็นกรม สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีและพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ออเนงานของกรมร่างกฎหมายซึ่งทำหน้าที่ร่างกฎหมายไปเป็นงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย⁵

สำหรับการเผยแพร่กฎหมายมหาชนนั้น เห็นว่าภายหลังการจัดทำประมวลกฎหมายและมีการเปลี่ยนแปลงระบบการศึกษากฎหมายให้เป็นแบบภาคพื้นยุโรปเพื่อให้สอดคล้องกับระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ในขณะนั้น แม้ในระยะเริ่มแรกการศึกษากฎหมายจะเน้นหนักในทางกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่แนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในยุคนั้นก็ปรากฏให้เห็นในข้อเขียนของ

³ อัครราช จุฬารัตน, กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง, หน้า 82 - 86.

⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, “หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 173.

⁵ อัครราช จุฬารัตน, กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง, หน้า 110 - 112.

ดร. ดูปลาตร์ นักวิชาการชาวฝรั่งเศส ที่นำวิธีการแบ่งประเภทกฎหมายเอกชนและมหาชนเข้ามาเผยแพร่เพื่อนำเสนอกฎหมายมหาชนในประเทศไทย นอกจากนี้ยังปรากฏในคำอธิบายกฎหมายปกครองของหลวงประดิษฐมนูธรรม ที่ใช้ประกอบการสอนในโรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม อย่างไรก็ดี เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 การเรียนการสอนกฎหมายมหาชนมีความเฟื่องฟู โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองที่มีการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนโดยเน้นเรื่องการจัดอำนาจของรัฐการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งมีตำราและหนังสือเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน อาทิ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กฎหมายเลือกตั้ง ฯลฯ เพิ่มมากขึ้น จึงเห็นได้ว่าในทางวิชาการมีการยอมรับการแบ่งแยกประเภทกฎหมายเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน แต่การล้มล้างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 และในอีกหลาย ๆ ครั้งถัดมาทำให้รัฐธรรมนูญกลายเป็นกฎหมายที่ขาดความมั่นคงและมีผลสืบเนื่องมาถึงความมีเสถียรภาพของกฎหมายมหาชน และกฎหมายปกครองกลายเป็นเครื่องมือของรัฐในการลดทอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าที่จะเป็นเครื่องมือควบคุมการอำนาจของฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจดังกล่าวของคณะรัฐประหารก่อให้เกิดความไม่พอใจในหมู่มวลชนชั้นกลางซึ่งนำไปสู่การเรียกร้องรัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 เป็นเหตุให้รัฐบาลในขณะนั้นต้องลาออกเพื่อเปิดทางให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มีความเป็นประชาธิปไตย ในการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้มีการพิจารณาโดยปราศจากการแทรกแซงของผู้มีอำนาจและผ่านการพิจารณาที่ตั้งอยู่บนเหตุผลที่มีหลักวิชาการสนับสนุนอย่างเต็มที่ รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่จำกัดอำนาจรัฐและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอย่างแท้จริง นอกเหนือจากความตื่นตัวในรัฐธรรมนูญแล้วทางด้านกฎหมายปกครองก็ได้รับความสนใจเช่นกัน โดยมีการพิจารณาระบบที่เหมาะสมในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองระหว่างการควบคุมโดยศาลยุติธรรมหรือองค์กรอื่นที่มีความเป็นอิสระซึ่งใช้ระบบกฎหมายปกครองและมีระบบวินิจจัยชี้ขาดของตนและมีผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในทางกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ นอกจากนี้ยังมีบทความทางวิชาการที่ออกมากระตุ้นให้วงการนิติศาสตร์ไทยหันมาให้ความสนใจกับกฎหมายมหาชน

4.1.3 ความเป็นเอกเทศของกฎหมายมหาชน

แม้แนวคิดในทางกฎหมายมหาชนจะปรากฏในวงการนิติศาสตร์ไทยมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้วก็ตาม แต่ก็มิได้ส่งผลให้ศาลยุติธรรมนำเอาแนวคิดทางกฎหมายมหาชนมาใช้ประกอบการพิจารณาคดี ทั้งนี้เพราะการได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดของศาลยุติธรรมอังกฤษ ดังนั้น คดีพิพาทที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาททางปกครองจึงถูกพิจารณาพิพากษาโดยอาศัยหลักกฎหมายเอกชนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามในการจัดตั้งระบบการพิจารณาคดี

ปกครองออกเป็นเอกเทศจากระบบการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม โดยมอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาดำเนินการเตรียมความพร้อมในการจัดตั้งศาลปกครองต่อไปในอนาคต คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ดำเนินการดังกล่าวได้เป็นอย่างดี ทั้งในด้านการวางแนวคิดเรื่องกฎหมายปกครองและวางระบบวิธีพิจารณาที่เหมาะสมต่อการพิจารณาคดีปกครอง

นอกจากนี้หากพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตจะพบว่ามีการบัญญัติให้จัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง เช่น มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 บัญญัติว่า “ศาลปกครองและศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี หรือสาขาสังคมจะจัดตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ของศาลตลอดจนวิธีพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น” หรือในมาตรา 195 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตามที่กฎหมายบัญญัติ” และในมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้ “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” และในวรรคสองของบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

ในขั้นตอนการจัดตั้งศาลปกครองเกิดข้อขัดแย้งมากมายในเรื่องรูปแบบที่เหมาะสมขององค์กร ทำยี่ที่สุดความพยายามที่จะผลักดันให้เกิดศาลปกครองประสบผลสำเร็จในปี พ.ศ. 2542 ภายใต้การใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ออกมาใช้บังคับความสำเร็จดังกล่าวนี้เป็นสัญลักษณ์ที่แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายปกครองได้แยกตนออกเป็นเอกเทศจากระบบกฎหมายเอกชน ทั้งในเนื้อหาของกฎหมายและวิธีพิจารณาทำให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองให้เกิดผลอย่างแท้จริง

4.2 องค์กรที่มีบทบาทในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย

ในระบบการปกครองของไทยประกอบด้วยองค์กรที่สำคัญ 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายตุลาการ โดยองค์กรเหล่านี้มีบทบาทหน้าที่เป็นการเฉพาะของตน โดยองค์กรฝ่ายบริหารทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินทั้งในประเทศและต่างประเทศ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่แสดงออกถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชนในรูปของการตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคม และองค์กรฝ่ายตุลาการเป็นองค์กรสำคัญในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยอาศัยอำนาจตุลาการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ เพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง เห็นได้ว่าองค์กรดังกล่าวต่างก็มีหน้าที่แตกต่างกันไป ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสมดุลในการใช้อำนาจอธิปไตย และจากการใช้อำนาจดังกล่าวอาจนำมาซึ่งหลักเกณฑ์ในทางปกครอง

4.2.1 องค์กรฝ่ายบริหาร

การดำเนินงานของฝ่ายบริหารแสดงผ่านทางคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลที่ประกอบไปด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การกระทำของคณะรัฐมนตรีมีทั้งที่เป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญและการกระทำในฐานะฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ โดยมีมติคณะรัฐมนตรีเป็นเครื่องมือที่นำมาใช้ในการกำหนดนโยบายหรือเป็นแนวทางให้แก่ฝ่ายปกครองนำไปปฏิบัติราชการต่อไป

4.2.1.1 คณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีอำนาจหน้าที่ทั้งในฐานะองค์กรทางการเมืองและฐานะองค์กรฝ่ายปกครอง ในฐานะที่เป็นองค์กรทางการเมืองคณะรัฐมนตรีจะดำเนินการในฐานะรัฐบาลทำหน้าที่กำหนดนโยบายของชาติเพื่อความเจริญและความมั่นคงระหว่างประเทศ วางแผนเศรษฐกิจ และทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น สำหรับการดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครอง คณะรัฐมนตรีคือผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายปกครองที่สามารถควบคุมบังคับบัญชาข้าราชการประจำและเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของฝ่ายปกครองให้อยู่ในความเหมาะสมต่อการบริหารราชการแผ่นดินและในกรอบของกฎหมาย คณะรัฐมนตรีคณะหนึ่งประกอบไปด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอีกจำนวนหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นในมาตรา 171 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกิน 35 คน

(1) ความเป็นมา

รูปแบบของคณะรัฐมนตรีในประเทศไทยปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในปี พ.ศ. 2475 โดยพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามฉบับชั่วคราว พุทธศักราช

2475 กำหนดให้มีคณะบุคคลขึ้นคณะหนึ่งมีจำนวน 15 คน ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินเรียกว่า "คณะกรรมการราษฎร" ผู้เป็นหัวหน้าเรียกว่า "ประธานกรรมการราษฎร" ต่อมาเมื่อประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2475 ตำแหน่งเหล่านี้ถูกเรียกใหม่ว่า "คณะรัฐมนตรี" "รัฐมนตรี" และ "นายกรัฐมนตรี" จนถึงบัดนี้

(2) อำนาจหน้าที่⁷

ในอดีตอำนาจของคณะรัฐมนตรีจำกัดอยู่เฉพาะการรักษาความสงบเรียบร้อยของประเทศ แต่เมื่อสภาพสังคมทั้งภายในและภายนอกประเทศเปลี่ยนแปลง อำนาจของคณะรัฐมนตรีได้ขยายออกไปถึงเรื่องเศรษฐกิจ สังคม เช่น การจัดให้มีบริการสาธารณสุข การพัฒนาระบบเศรษฐกิจ เป็นต้น สำหรับประเทศไทยเมื่อพิจารณาจากประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา ตลอดจนระเบียบหรือมติของคณะรัฐมนตรีแล้ว เห็นว่า กฎหมายที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีได้แก่ รัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะอื่นๆ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญจะเกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินทั้งภายในและภายนอกประเทศ สำหรับอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายเฉพาะอื่นๆ โดยมากจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดการดำเนินการในบางกรณีให้ต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีจึงจะมีผลสมบูรณ์ตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือการให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีในการแต่งตั้งคณะบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ นอกจากนี้ยังมีการดำเนินการบางอย่างที่ถือว่าเป็นอำนาจโดยทั่วไปของคณะรัฐมนตรี เช่น การกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน การประสานงานระหว่างกระทรวง กรม กำหนดแนวปฏิบัติให้แก่กระทรวง กรม เป็นต้น

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินและกำหนดแบบแผนในการบริหารราชการแผ่นดินในรูปของมติคณะรัฐมนตรี แต่มติดังกล่าวมิได้มีผลบังคับตั้งเช่นกฎหมาย หากจะมีก็เพียงแต่ผลในทางปฏิบัติเพราะมติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์กำหนดแนวทางการใช้ดุลพินิจซึ่งมีสภาพบังคับในทางปกครอง อย่างไรก็ตามสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีอาจแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท ได้แก่

⁶ วิษณุ เครืองาม, คณะรัฐมนตรีมีความเป็นมาอย่างไร, สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เล่มที่ 27 [ออนไลน์], 1 มกราคม 2553. แหล่งที่มา <http://kanchanapisek.or.th/kp6/BOOK27/chapter2/t27-2-11.htm#sect3>

⁷ รายละเอียดโปรดดูใน อัครเมศวร์ ทองนวล, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) :คณะรัฐมนตรี, (กรุงเทพฯ: องค์การค้ำของคุรุสภา, 2544), หน้า 14.

(ก) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะนี้เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดิน นอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงต่อรัฐสภา เช่น นโยบายของคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ การเสนอร่างกฎหมายไปยังรัฐสภา หรือการที่คณะรัฐมนตรีที่เห็นสมควรให้มีการออกกฎหมายลำดับรอง กรณีเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีทั้งสิ้น เมื่อมติของคณะรัฐมนตรีในรูปของนโยบายเป็นแกนหลักในการบริหารประเทศ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับนโยบายดังกล่าว ตัวอย่างมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบาย มีดังนี้

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 9 ตุลาคม 2533 ที่เห็นควรห้ามส่งผู้มีชีวิตและหนังสือทุกชนิดที่ยังไม่แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 30 สิงหาคม 2548 ที่อนุมัติให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยระดมทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้างโรงไฟฟ้าเพิ่มเติม รวมทั้งเห็นชอบให้มีการจัดสรรกำลังการผลิตให้กับบริษัทดังกล่าวในปี 2554 - 2558

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 25 ธันวาคม 2550 ที่เห็นชอบตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอให้เสนอกรอบการเจรจาความตกลงการค้าเสรีอาเซียนกับสหภาพยุโรปที่ได้ปรับปรุงตามความเห็นของกระทรวงอุตสาหกรรมให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณา

(ข) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้มีผลต่อส่วนราชการและข้าราชการให้ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ตัวอย่างมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้ได้แก่

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 30 มิถุนายน 2552 อนุมัติแต่งตั้งบุคคลเข้าเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการสภาวิชาชีพวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ตามที่กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเสนอ

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2551 อนุมัติแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารแทนกรรมการคนเก่าซึ่งได้ลาออก

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 3 มิถุนายน 2551 มีมติอนุมัติตามที่กระทรวงเกษตรและสหกรณ์แต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการคณะกรรมการจัดรูปที่ดินกลางแทนกรรมการชุดเดิมที่ดำรงตำแหน่งครบกำหนด 2 ปี ตามวาระเมื่อวันที่ 30 มกราคม 2551

- มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้ยืนยันระดับโทษตามมติเดิม คือลดโทษให้บุคคลผู้กระทำความผิดวินัย จากโทษปลดออกจากราชการเป็นโทษลดขั้นเงินเดือน จำนวนขั้นตามความเห็นของ ก.ค. ตามที่กระทรวงศึกษาธิการเสนอ

(ค) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดแบบแผนในการปฏิบัติราชการ อันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อย่างชัดเจนซึ่งองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตาม

มติดังกล่าวมักจะมีการกำหนดบทลงโทษทางวินัยแก่ผู้เกี่ยวข้องในกรณีไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืน มติคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จะนำมาใช้กับงานประจำที่ต้องมีการควบคุมดูแล ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดแบบแผนในการปฏิบัติ

ราชการได้แก่

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 24 มกราคม 2538 ขอให้ให้นำมติ ก.พ. เรื่อง อำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการของผู้บังคับบัญชาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นเสนอต่อ คณะรัฐมนตรี

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 11 กันยายน 2544 เรื่อง การพ้นจากการเป็น กรรมการที่แต่งตั้งโดยระบุชื่อบุคคลและตำแหน่งหรือส่วนราชการ และมีมติเห็นชอบวิธีการ แต่งตั้งกรรมการตามคำสั่งของฝ่ายบริหาร ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ

- มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 5 มิถุนายน 2544 เรื่อง การพิจารณาแก้ไข ปัญหาการชดเชยค่าก่อสร้างตามสัญญาแบบปรับราคาได้ (ค่า K)

อมร จันทรสมบูรณ์ ให้ความเห็นเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะ เป็นการกำหนดแบบแผนในการปฏิบัติราชการไว้ในบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการ คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. ว่า “สภาพการ บริหารประเทศในปัจจุบันขาดการกำหนด “ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ” ระเบียบ ต่างๆ ของทางราชการ มักจะเป็นระเบียบเกี่ยวกับการเงินและการคลังโดยอาจจะกล่าวได้ว่า ในขณะนี้ยังไม่มีระเบียบเกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ต่างๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ แต่อย่างไรก็ดี ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารจึงมักจะพึ่ง “ตัวบทกฎหมาย” ซึ่งมักจะกำหนดแต่ เฉพาะในหลักการใหญ่ๆ โดยอ้างว่าตนมีอำนาจที่จะกระทำอย่างนั้นอย่างนี้ หรือสั่งการอย่างนั้น อย่างนี้ได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพราะกฎหมายมิได้ห้ามไว้ หรือมิฉะนั้นก็อ้างว่า ไม่ สามารถทำได้เพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ด้วยเหตุนี้ สภาพของการใช้อำนาจ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในปัจจุบัน จึงประสบปัญหาสองด้านพร้อมกัน คือ บางกรณีกฎเกณฑ์ทาง ราชการตายตัวเกินไป โดยไม่ปล่อยดุลพินิจไว้ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติการ แต่ตรงกันข้ามในบาง กรณีก็ปล่อยดุลพินิจโดยไม่ชอบหรือโดยทุจริตได้ ฉะนั้น วิธีการแก้ปัญหาของประเทศไทยจึง ต้องหาวิธีสร้าง “ระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการ” ขึ้นโดยเร็ว โดยให้เป็นระเบียบแบบแผน ที่เหมาะสมกับสภาพของงานราชการ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะ ในแต่ละประเภทและในทุกระดับ เจ้าหน้าที่ ทำให้สามารถมีการมอบหมายอำนาจการสั่งการได้โดยมีระบบความรับผิดชอบที่ เหมาะสมและต่อจากนั้นจึงค่อยๆ สร้างสภาพบังคับ (sanction) ให้แก่การปฏิบัติตามระเบียบ แบบแผน (จำนวนมาก) นั้นๆ ขึ้น ซึ่งการที่จะทำให้เป็นผลสำเร็จได้จำเป็นต้องมีแผนระยะยาว โดย เริ่มจากสถาบันระดับสูง (คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี) ก่อน เพราะการสั่งการจากสถาบัน

ระดับสูงจะเป็นแบบอย่างให้แก่การสั่งการในระดับล่าง และนอกจากนั้นในการแก้ไขปัญหาการบริหารจะต้องมีขั้นตอนของการพัฒนา “ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ” และขั้นตอนของการสร้าง “สภาพบังคับ” เพื่อให้ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการนั้นกลายเป็น “หลักกฎหมายปกครอง” ตามลำดับต่อไป”

ดังนั้น ในการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในรูปของมติคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดแบบแผนในการปฏิบัติราชการที่เป็นส่วนหนึ่งของการวางหลักเกณฑ์ในการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่และหน่วยงานต่าง ๆ หรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องรับไปปฏิบัติตาม อันทำให้เกิดแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และกลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่จะนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองต่อไป

4.2.1.2 คณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นสถาบันทางกฎหมายที่เก่าแก่แห่งหนึ่งของประเทศไทย จัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 มีอำนาจหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ จัดทำร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ กับพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการและหน่วยงานบริหารของคณะกรรมการกฤษฎีกาตลอดมา⁸

(1) ความเป็นมา

คณะกรรมการกฤษฎีกาถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกตามพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พุทธศักราช 2476 เพื่อทำหน้าที่จัดทำร่างกฎหมายหรือกฎข้อบังคับตามคำสั่งของสภาผู้แทนราษฎรหรือคณะรัฐมนตรี รับปรึกษาให้ความเห็นทางกฎหมายแก่ทบวงการเมืองของรัฐบาล และพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกา และเพื่อให้การดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงมีการแบ่งแยกกรรมการออกเป็น 2 ประเภท คือ กรรมการร่างกฎหมายและกรรมการกฤษฎีกา

ต่อมาในปี พ.ศ. 2522 มีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เพื่อปรับปรุงการจัดองค์กรของคณะกรรมการกฤษฎีกาเสียใหม่ กฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาออกเป็น 2 ประเภท คือ กรรมการร่างกฎหมาย และคณะกรรมการวินิจฉัย

⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, สารานุกรมเกี่ยวกับ “กฤษฎีกา” (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2542), หน้า 1.

ร้องทุกข์ ซึ่งเป็นการนำเอาคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์ ตามพระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 มารวมไว้กับคณะกรรมการกฤษฎีกา

(2) อำนาจหน้าที่

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(2.1) อำนาจหน้าที่ของกรรมการร่างกฎหมาย

กรรมการร่างกฎหมายมีหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี และให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐทุกแห่ง รวมทั้งเสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมาย

(2.2) อำนาจหน้าที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะทำหน้าที่ได้สวนหาข้อเท็จจริงในคดีโดยการตรวจสอบเอกสารหลักฐานที่คู่กรณีนำมายื่นและซักถามทั้งผู้ร้องทุกข์และหน่วยงานของรัฐเพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน และจะเป็นผู้วินิจฉัยคดีที่มีการร้องทุกข์นั้นโดยอาศัยเหตุผลในทางกฎหมายปกครองรวมทั้งเสนอแนะแนวทางการวางกลไกการปฏิบัติราชการต่อไป ซึ่งอาจมีทั้งการเสนอให้แก้ไขกฎหมายหรือกำหนดระเบียบปฏิบัติราชการให้เกิดประสิทธิภาพต่อไปด้วย⁹ และเสนอคำวินิจฉัยดังกล่าวให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควร ต่อมา ในปี พ.ศ. 2540 งานวินิจฉัยร้องทุกข์ของคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ถูกยกเลิกไป และโอนเรื่องร้องทุกข์ไปเป็นคดีในศาลปกครอง

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยคณะกรรมการกฤษฎีกา

การทำหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาทั้งการให้ความเห็นทางกฎหมายและการวินิจฉัยข้อพิพาท ในหลายกรณีมีลักษณะเป็นการให้ความเห็นหรือการวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครอง การทำหน้าที่ดังกล่าวมีส่วนช่วยให้การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น การที่กรรมการร่างกฎหมายเห็นว่า ฝ่ายปกครองต้องกระทำการภายใต้กฎหมายที่ให้อำนาจและไม่อาจกระทำการใดๆ ที่เป็นการขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

อื่นๆ ที่ใช้บังคับอยู่ในเวลาเดียวกัน ดังที่เคยปรากฏในการพิจารณาปัญหาตามข้อหารือของ ส.ป.ก. เกี่ยวกับการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการรดกทอด มรดกแก่ทายาทโดยธรรม และการโอนไปยังสถาบันเกษตรกรหรือ ส.ป.ก. ซึ่งสิทธิในที่ดินที่ บุคคลได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมตามนัยแห่งมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการ ปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร พ.ศ. 2518 โดย ส.ป.ก. ประสงค์จะทราบว่า การออกกฎกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว จะสามารถกำหนดหลักเกณฑ์การรดกทอดทางมรดกซึ่ง สิทธิในที่ดินที่ได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมในลักษณะที่มีการจัดลำดับผู้มีสิทธิรับ มรดกไว้เป็นลำดับชั้นแน่นอน โดยให้ตัดสิทธิทายาทโดยธรรมคนอื่นๆ เพื่อมิให้ที่ดินถูกแบ่งแยก เป็นแปลงเล็กแปลงน้อย เช่นนี้จะกระทำได้หรือไม่

ในการนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) ได้พิจารณาปัญหาตามข้อหารือของ ส.ป.ก. ดังกล่าวแล้วเห็นว่า การที่เกษตรกรได้รับสิทธิใน ที่ดินโดยอาศัยสิทธิการเช่า หรือสิทธิการเช่าซื้อตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อ เกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ย่อมเป็นสิทธิที่บุคคลได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม และมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ได้บัญญัติให้สิทธิในที่ดินที่ ผู้ตายได้รับมาโดยให้รดกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม หรือโอนไปยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง ฉะนั้นการออกกฎกระทรวงตามมาตรา 39 เพื่อวาง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการรดกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม หรือการโอนไปยัง สถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมย่อมจะกระทำได้ แต่จะต้องออกโดยมิให้ขัดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (เช่น จะกำหนดสิทธิในการรับ มรดกขึ้นใหม่แตกต่างจากที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้) และจะต้องไม่ขัด กับมาตรา 39 ด้วย กล่าวคือ จะกำหนดมิให้แบ่งแยกหรือรดกทอดแก่ทายาทโดยธรรม หรือโอน ไปยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. เพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมมิได้¹⁰

ต่อมา ส.ป.ก. ได้นำร่างกฎกระทรวงฉบับที่ ... (พ.ศ.) เพื่อกำหนด หลักเกณฑ์การรดกทอดทางมรดกแก่ทายาทโดยธรรม และการแบ่งแยกกับการโอนสิทธิในที่ดิน

¹⁰ บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) เรื่อง หารือ ข้อกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดิน (การออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการรดก ทอดทางมรดก และการโอนสิทธิในที่ดินที่บุคคลได้รับโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518) อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำ ของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตร พนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 13 (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 21.

ไปยังสถาบันเกษตรกร หรือ ส.ป.ก. ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติ การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 เสนอต่อคณะรัฐมนตรี ตามร่างกฎกระทรวงฉบับนี้ได้ กำหนดคุณสมบัติของทายาทโดยธรรมผู้มีสิทธิได้รับมรดกในที่ดินที่ได้รับมาตามพระราชบัญญัติ การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ว่า ทายาทโดยธรรมผู้นั้นจะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติ ตามระเบียบคณะกรรมการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการคัดเลือกเกษตรกร และกำหนดให้ทายาทโดยธรรมที่จะมีสิทธิรับที่ดินมีได้เพียงคนเดียว หากมีทายาทหลายคนและตกลงกันไม่ได้ว่าทายาทผู้ใดจะเป็นผู้ได้รับสิทธิในที่ดิน ให้ที่ดินนั้น โอนมายัง ส.ป.ก. สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้จัดส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวมาให้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) ซึ่งเป็น ผู้รับผิดชอบในการตรวจพิจารณาร่างกฎกระทรวงฉบับนี้พิจารณาแล้วให้ความเห็น¹¹ การกำหนดหลักการตามร่างกฎกระทรวงดังกล่าวขัดต่อสิทธิการรับมรดกตามประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ดังที่ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายได้เคยพิจารณาให้ความเห็นไว้ ครั้งหนึ่งแล้วจึงเห็นว่า การออกกฎกระทรวงตามหลักการเช่นนี้กระทำมิได้ แม้ว่าหลักการ ของร่างกฎกระทรวงนี้ จะมีความจำเป็นเพื่อป้องกันและควบคุมมิให้มีการกระจายการ ถือครองที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมออกเป็นแปลงเล็กแปลงน้อยเมื่อผู้มีสิทธิในที่ดิน หรือเจ้าของที่ดินเดิมตาย และเพื่อต้องการให้ทายาทโดยธรรมผู้จะรับมรดกในที่ดินนั้นเป็น เกษตรกรซึ่งประสงค์จะทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวสืบเนื่องต่อไปอันเป็นหลักสำคัญที่จะทำ ให้ระบบการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมบรรลุเป้าหมายที่แท้จริงได้ก็ตาม แต่เมื่อสิทธิในการ รับมรดกของทายาทโดยธรรมได้มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะโดยบทบัญญัติของกฎหมายคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว การจะยกเว้นไม่นำบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมาใช้ บังคับแก่กรณีใดจึงต้องกระทำโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นโดยเฉพาะสำหรับกรณีนั้น ๆ เช่นเดียวกันด้วย ในขณะที่พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 ยังมีได้มี บทบัญญัติโดยบัญญัติไว้ในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่า สิทธิในการรับมรดกสำหรับที่ดินในเขต ปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนั้น ให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเป็นกรณีพิเศษ โดยเฉพาะ อันมิใช่เป็นสิทธิในการรับมรดกโดยทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่

¹¹ บันทึกความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 6) เรื่อง ร่าง กฎกระทรวงฉบับที่ ... พ.ศ. ออกตามความในพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 (กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตกทอดทางมรดกและการโอนสิทธิในที่ดินที่บุคคลได้รับโดย การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518) อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำ ทางปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 13, หน้า 22 – 23.

อย่างไรก็ดี ฉะนั้นจึงต้องทำความเข้าใจบทบัญญัติมาตรา 39 อันเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการดกทอดทางมรดกสำหรับที่ดินที่ได้รับสิทธิโดยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมนี้ว่า การออกกฎกระทรวงตามนัยมาตรานี้ กฎหมายมีความประสงค์เพียงแต่ให้มีการกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับ ส.ป.ก. และผู้ที่เกี่ยวข้องว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้างในการเข้ารับสิทธิในที่ดินแทนที่ผู้ตาย การจะกำหนดสิทธิในการรับมรดกให้เป็นอื่นแตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการออกกฎกระทรวงเกินกว่าที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้

ส่วนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับรัฐโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ มีความสำคัญในฐานะที่เป็นต้นแบบของการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง และจากการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา จนกระทั่งคณะกรรมการดังกล่าวสิ้นสภาพไปโดยผลของกฎหมายเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์บางส่วนได้มีการวางหลักการหรืออธิบายหลักการประการสำคัญของกฎหมายปกครองแฝงอยู่ เช่น คำวินิจฉัยที่ 84/2538 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการที่กรมบัญชีกลางปฏิเสธการจ่ายเงินบำนาญให้แก่ทายาท เนื่องจากเห็นว่าการเสียชีวิตของข้าราชการผู้นั้นเกิดจากความผิดของตนเอง ซึ่งในกรณีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วางหลักไว้ว่า “ในการตีความหรือการวินิจฉัยคำว่า “ความผิดของตนเอง” ของบทบัญญัติมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2498 จะต้องนำเอาความร้ายแรงของความผิดที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำขึ้นอันเป็นสาเหตุให้ผู้นั้นต้องถูกประทุษร้ายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น มาเปรียบเทียบกับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้ถูกประทุษร้ายนั้นได้รับ ประกอบกับความดีความชอบอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำมาตลอดระยะเวลาการรับราชการของผู้ถูกประทุษร้ายนั้นว่า ได้สัดส่วนกันหรือไม่ ถ้าได้สัดส่วนกันก็ถือว่าผู้ถูกประทุษร้ายนั้นไม่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษด้วย แต่ถ้าความผิดที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำขึ้นเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยไม่สามารถเทียบได้กับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้ถูกประทุษร้ายนั้นได้รับและไม่สามารเทียบได้กับความดีความชอบที่ผู้ถูกประทุษร้ายนั้นได้กระทำมา ก็ต้องถือว่าผู้ถูกประทุษร้ายนั้นยังเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษอยู่ นอกจากนี้ มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 ได้กำหนดเหตุยกเว้นการได้รับบำนาญพิเศษไว้ 2 ประการ คือ การถูกประทุษร้ายนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ประการหนึ่ง กับเกิดจากความผิดของตนเองอีกประการหนึ่ง ฉะนั้น หากตีความว่า “ความผิดของตนเอง” ไม่ต้องคำนึงถึงระดับความรุนแรงของการกระทำด้วยแล้ว ก็จะไม่สอดคล้องกับการกระทำโดยประมาทเลินเล่อซึ่งระบุไว้ชัดแจ้งว่า จะต้องเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อีกทั้ง หากเป็นกรณีที่เกิดจากความผิดเล็กๆ น้อยๆ

ของผู้ถูกประทุษร้ายก็จะเป็นเหตุให้บุคคลนั้นไม่ได้รับบำนาญพิเศษทุกกรณีไป น่าจะเกิดความไม่เป็นธรรมในวงราชการ ในสังคม และแก่ข้าราชการทั่วไปได้ และน่าจะมีชี้แจงนารมณของกฎหมายที่จะตีความให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกประทุษร้าย”

นอกเหนือจากการให้ความเห็นในทางกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมายและคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้ว การให้ความเห็นในบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในเรื่องต่างๆ ที่จะต้องเสนอไปยังนายกรัฐมนตรี โดยมีการนำหลักกฎหมายปกครองที่ได้รับการยอมรับในประเทศที่มีศาลปกครองมาอธิบายประกอบกับสภาพความเป็นจริงของสังคมและกระบวนการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ทางปกครองไทย ก็เป็นส่วนหนึ่งที่เป็นการวางรากฐานของกฎหมายปกครองไทย¹² เช่น

- บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการประกอบคำวินิจฉัยที่ 26/ 2529 เรื่อง นิติกรรมทางแพ่ง - นิติกรรมทางปกครอง – สัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการอธิบายถึงพื้นฐานของทฤษฎีกฎหมายปกครองเกี่ยวกับนิติกรรมทางแพ่ง (เอกชน) - นิติกรรมทางปกครอง – สัญญาทางปกครอง ว่ามีความแตกต่างกันอย่างไรและมีหลักกฎหมายแตกต่างกันอย่างไร

- การให้ความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของนายกรัฐมนตรี ในคำวินิจฉัยที่ 13/2529 เรื่องสถานะมติของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติ โดยในกรณีนี้เลขาธิการฯ มีความเห็นว่า มติของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติที่ให้นำ(หรือไม่ให้นำ) ที่ดินแปลงใดมาจัดสรรให้แก่ราษฎรหรือไม่ เป็น"ขั้นตอนภายใน" ของกระบวนการตัดสินใจของรัฐที่จะนำที่ดินของรัฐมาจัดสรรแก่ราษฎรเท่านั้น มติของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติมิได้เป็นนิติกรรมทางปกครอง ที่ก่อให้เกิด "สิทธิ" แก่ราษฎรคนหนึ่งคนใดหรือหลายคนโดยเฉพาะเจาะจง และในทางทฤษฎีกฎหมายปกครองอาจกล่าวได้ว่า มติของคณะกรรมการจัดที่ดินแห่งชาติมิใช่นิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับต่อบุคคล (décision exécutoire) และมีใช้เป็นคำวินิจฉัยที่ชี้ขาดสิทธิของบุคคล (acte juridictionnel)

- ข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามคำวินิจฉัยที่ 11/2541 เห็นว่า การที่กรรมการร่างกฎหมายมีข้อเสนอแนะเรื่องการจ่ายเงินค่าทดแทนการเวนคืนเป็นข้อเสนอแนะเฉพาะเรื่องที่มีการหารือในครั้งนั้น มิใช่มีลักษณะเป็นการวางแนวปฏิบัติทั่วไปในข้อกฎหมายแต่อย่างใด การนำเฉพาะข้อเสนอแนะในเรื่องดังกล่าวไปอ้างในเรื่องอื่นจึงไม่เป็นเหตุที่จะทำให้กรมทางหลวงนำมาปฏิบัติราชการจ่ายเงินตามที่มิหน้าที่ตามกฎหมายได้

- ข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามคำวินิจฉัยที่

¹² อมร จันทรสมบูรณ์, หลักกฎหมายปกครอง จากข้อสังเกตจากศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ (กรุงเทพฯ : วิทยุชน, 2546), หน้า 8.

5/2538 เห็นว่า การออกคำสั่งเลื่อนระดับและปรับอัตราเงินเดือนเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่เมื่อเกิดความผิดพลาดในการออกคำสั่งเนื่องจากตกสำรวจรายชื่อผู้ร้องทุกข์ ย่อมเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ได้สั่งการไปแล้วนั้นไม่สมบูรณ์ จึงเป็นเหตุผลโดยชอบที่จะมีการแก้ไขคำสั่งเดิมนั้นได้ และผู้มีอำนาจสั่งแก้ไขย่อมได้แก่ผู้ที่ออกคำสั่งเดิมที่ผิดพลาดนั่นเอง

- ข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามคำวินิจฉัยที่ 54/2526 ที่มีความเห็นเกี่ยวกับความเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายว่า ในทางทฤษฎีการอ้างฐานะว่าเป็นผู้ใช้ถนนยังไม่อาจถือได้ว่าเป็น "ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย" อันเนื่องมาจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อการดูแลรักษาหลอดไฟฟ้าบนถนนให้อยู่ในสภาพที่ใช้งานได้ดี ดังนั้นผู้ร้องทุกข์จึงมิใช่ผู้มีสิทธิร้องทุกข์ตาม "ระบบวินิจฉัยชี้ขาด" โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

4.2.2 องค์การฝ่ายนิติบัญญัติ

อำนาจในการบัญญัติกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับคนในสังคมเป็นอำนาจหลักของรัฐสภา ซึ่งเป็นองค์การฝ่ายนิติบัญญัติ รูปแบบของรัฐสภาอาจปรากฏในลักษณะสภาเดียว คือ มีแต่สภาผู้แทนราษฎรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือสองสภาซึ่งประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา อย่างไรก็ตามรูปแบบของรัฐสภาจะเป็นเช่นไรนั้นย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของประเทศนั้นๆ

หนึ่งในหน้าที่ประการสำคัญของรัฐสภา คือ การตราบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเนื้อหากฎหมายอาจกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ ข้อจำกัดในการใช้สิทธิ ลักษณะของความผิด และบทลงโทษในกรณีที่กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย อย่างไรก็ตามในการบัญญัติกฎหมายฉบับหนึ่งๆ ฝ่ายนิติบัญญัติอาจนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักประกันที่ชัดเจนแก่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคม

4.2.2.1 รัฐสภา

รัฐสภาถือเป็นองค์กรสูงสุดในฝ่ายนิติบัญญัติเพราะเป็นสถาบันที่แสดงออกถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนทั้งประเทศ โครงสร้างของรัฐสภาไปเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งมาตรา 88 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน และการให้ความเห็นชอบตามที่กฎหมายกำหนด

(1) ความเป็นมา

นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่วางหลักการสำคัญในรูปแบบการเมืองการปกครอง

โดยรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่เคยมีมาได้กำหนดรูปแบบการเมืองการปกครองของประเทศไทยให้อยู่ในระบบรัฐสภา¹³ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับที่ผ่านมาได้กำหนดรูปแบบของรัฐสภาไว้ในลักษณะต่างกัน เช่น รัฐสภาที่เป็นสภาเดี่ยวโดยมีสมาชิกมาจากการแต่งตั้งทั้งหมด หรือรัฐสภาที่เป็นสภาเดี่ยวที่มีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งและการแต่งตั้งโดยสมาชิกทั้งสองประเภทนี้มีอำนาจและหน้าที่เท่าเทียมกันทุกประการ หรือรัฐสภาที่มีสองสภาโดยสภาหนึ่งมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งและอีกสภาหนึ่งมาจากการแต่งตั้ง หรือทั้งสองสภามาจากการเลือกตั้ง หรือสภาใดสภาหนึ่งมีสมาชิกมาจากทั้งการเลือกตั้งและแต่งตั้ง เป็นต้น

(2) อำนาจหน้าที่

รัฐสภาดำเนินการในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ประการสำคัญในการตรากฎหมาย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน และให้ความเห็นชอบในเรื่องต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ประการแรก อำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย หมายถึง อำนาจในการตราพระราชบัญญัติและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมหรือการยกเลิกพระราชบัญญัติ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายต่างๆ เพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย การปกครองในระบบประชาธิปไตยนั้นจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายเป็นกรอบในการดำเนินการ กฎหมายต่างๆที่ใช้เป็นหลักหรือเป็นแม่บทสำคัญต้องได้รับการตราขึ้นตามเจตนารมณ์ของประชาชน ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐสภาที่จะแสดงออกและให้ความยินยอมในการนำกฎหมายนั้นๆ ออกใช้บังคับ¹⁴

ประการที่สอง อำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน หมายถึง อำนาจในการสอดส่องดูแลการปฏิบัติงานของคณะรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหาร ด้วยวิธีการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในปัญหาอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน และการขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลอันอาจส่งผลให้รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งได้¹⁵ อำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินนี้เป็นหลักการอย่างหนึ่งที่น่ามาใช้ในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจจนเกินขอบเขตและนำไปสู่ความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชน

¹³ ศรชัย ท้าวมิตร, ระบบรัฐสภาไทย (กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์, 2549), หน้า 1.

¹⁴ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, อำนาจหน้าที่ของรัฐสภา (กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551), หน้า 10 – 11.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 55 – 56.

ประการที่สาม อำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบ รัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่รัฐสภาในเรื่องสำคัญๆ เช่น การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ การให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติ การให้ความเห็นชอบในการเปิดสมัยประชุมสภา การให้ความเห็นชอบพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีระบุไว้ในนโยบายว่าจำเป็นต้องการบริหารราชการแผ่นดิน หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่สภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่ให้ความเห็นชอบ การให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม การให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภท เช่น การเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย¹⁶ นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้วุฒิสภามีหน้าที่ในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อเข้าเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยรัฐสภา

ในกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา อาจมีการนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับหรือถูกใช้มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย กรณีดังกล่าวมีผลทำให้หลักกฎหมายทั่วไปกลายเป็นหลักกฎหมายที่มีฐานะรองรับในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

หากจำแนกรูปแบบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับพระราชบัญญัติ จะสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ พระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการเฉพาะและพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป

พระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการเฉพาะ เป็นพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเพื่อใช้บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง โดยให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของเอกชนในเรื่องนั้นๆ เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการออกใบอนุญาตก่อสร้าง ดัดแปลง หรือรื้อถอนอาคาร รวมถึงการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ในการใช้อำนาจนี้ กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจให้เจ้าพนักงานท้องถิ่น ขั้นตอนและระยะเวลาการดำเนินการ หรือพระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. 2541 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมดูแลการประกอบกิจการสถานพยาบาลและให้ความคุ้มครองประชาชนผู้รับบริการจากสถานพยาบาล กฎหมายจึงให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาออกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานพยาบาล การต่อใบอนุญาต และการเข้าตรวจสถานพยาบาล การสั่งปิดสถานพยาบาล รวมถึงการพิจารณา

¹⁶ ศรชัย ท้าวมิตร, ระบบรัฐสภาไทย, หน้า 10.

อุทธรณ์คำสั่งปิดสถานพยาบาลฯ เห็นได้ว่า พระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการเฉพาะมีการวางกรอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เป็นรายกรณี และในแต่ละพระราชบัญญัติจะแฝงไว้ซึ่งหลักการในทางปกครอง เช่น การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ระยะเวลาในการออกคำสั่ง การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามในกฎหมายแต่ละฉบับอาจกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ไว้แตกต่างกันออกไป

ส่วนพระราชบัญญัติที่มีเนื้อหาเป็นการทั่วไป ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองและมีการนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมากำหนดไว้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้วิธีปฏิบัติราชการตามกฎหมายต่างๆ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน¹⁷ หลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ได้แก่

- หลักความเป็นกลางที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียกับการออกคำสั่งทางปกครองไม่สามารถทำการพิจารณาทางปกครองได้ หรือการให้สิทธิการคัดค้านเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีความเป็นกลาง

- หลักการโต้แย้งคัดค้าน ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีมีส่วนร่วมในการพิจารณาโดยแสดงพยานหลักฐานของตนในกรณีที่คำสั่งทางปกครองจะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี และได้ทราบถึงเหตุผลในการออกคำสั่งเพื่อเปิดโอกาสให้ผู้รับคำสั่งสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่โดยการอุทธรณ์หรือฟ้องคดีต่อไป

- การนำหลักได้สวนมาใช้ในวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เพื่อให้การออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่เป็นไปโดยถูกต้อง เจ้าหน้าที่จึงต้องมีอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องได้ตามความเหมาะสม โดยไม่ผูกพันกับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี¹⁸

นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่วางหลักความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ให้เป็นไปอย่างสมเหตุสมผล โดยกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อย่างเป็นระบบ

¹⁷ วรณาริ สิงห์โต, “หลักเกณฑ์การขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะนำไปใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้หรือไม่,” วารสารกฎหมายปกครอง 25, 3 (ธันวาคม 2551): 81 – 92.

¹⁸ วรณชัย บุญบำรุง, “เปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง 25, 3 (ธันวาคม 2551): 3 - 20.

4.2.3 องค์การฝ่ายตุลาการ

อำนาจตุลาการเป็นอำนาจพิจารณาบรรดคดีทั้งปวง โดยมีศาลทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจทำให้ศาลมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาโดยไม่อยู่ภายใต้อำนาจอื่นใด

4.2.3.1 ศาลยุติธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นและในระยะหลังมีการจัดตั้งศาลชำนาญพิเศษที่อยู่ในระบบของศาลยุติธรรม เพื่อให้มีผู้พิพากษาที่มีความรู้ความชำนาญเป็นผู้พิจารณาและตัดสินคดี ศาลชำนาญพิเศษ ได้แก่ ศาลแรงงานศาลภาษีอากร ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และศาลล้มละลาย¹⁹

(1) ความเป็นมา

เนื่องจากระบบศาลของไทยในอดีตกระจัดกระจายอยู่ตามหน่วยงานต่าง ๆ แต่เมื่อสังคมขยายตัวระบบศาลดังกล่าวทำให้เกิดความสับสนและล่าช้า พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงปฏิรูปงานศาล โดยการรวบรวมศาลต่าง ๆ ที่กระจัดกระจายมารวมอยู่ที่แห่งเดียวกัน และจัดตั้งศาลยุติธรรมขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2425 และกำหนดให้ผู้พิพากษาทำหน้าที่พิจารณาคดี และมีให้ศาลยุติธรรมยุ่งเกี่ยวกับราชการอื่นเพื่อให้เกิดความยุติธรรมอย่างแท้จริง

(2) อำนาจหน้าที่

ศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมในสังคม บทบาทของศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปตาม “ระบบกล่าวหา” กล่าวคือ เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลมีหน้าที่พิจารณาด้วยความเป็นธรรมวางตัวเป็นกลางไม่เข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การใช้ดุลพินิจของศาลจึงมีน้อย และต้องเปิดโอกาสให้ทั้งโจทก์และจำเลยต่อสู้คดีของตนได้อย่างเต็มที่ และการพิจารณาคดีของศาล โดยหลักแล้วต้องเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย หมายถึง ประชาชนทั่วไปที่แม้จะไม่ได้เป็นโจทก์จำเลยหรือพยานก็สามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมให้ศาลพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ยกเว้นในบางคดีที่ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการพิจารณาเป็นการลับ²⁰

¹⁹ วรณชัย บุญบำรุง, สารานุกรมแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540): ศาลยุติธรรม (กรุงเทพฯ : องค์การค้านของคุรุสภา, 2544), หน้า 10.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 36.

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลยุติธรรม

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 คดีปกครองอยู่ใต้เขตอำนาจของศาลยุติธรรม และในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น นอกจากศาลยุติธรรมจะพิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเฉพาะศาลยุติธรรมได้นำเอากฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีพิพาทด้วยเช่นกัน ซึ่งทำให้ระบบกฎหมายที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเป็นระบบเดียวกับที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทของเอกชน

การนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองเห็นได้ชัดในเรื่องของสัญญาทางปกครอง ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตั้งแต่ในชั้นของการก่อให้เกิดสัญญา ความสมบูรณ์ของสัญญา ผลของสัญญา การแก้ไขและการเลิกสัญญา ศาลยุติธรรมได้นำเอาหลักกฎหมายอันเกี่ยวกับสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ทั้งสิ้น เช่น

(1) การนำหลักคำเสนอ – คำสนองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาการเกิดสัญญาทางปกครอง

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2523 จำเลยแจ้งความให้ผู้ประสงค์รับเหมาก่อสร้างปรับปรุงท่อระบายน้ำเย็นของประกวตราคา โดยมีเงื่อนไขว่าราคาที่ผู้รับเหมายื่นของประกวตราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน นับแต่วันยื่นของประกวตราคา การที่โจทก์ยื่นของประกวตราคาโดยมีข้อตกลงตามเงื่อนไขดังกล่าวไม่ทำให้คำเสนอของโจทก์เป็นคำเสนอที่มีข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ฉะนั้น เมื่อจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่าราก่อสร้างที่โจทก์ยื่นของประกวตราคาเป็นราคาต่ำสุด และตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้างก็ถือได้ว่าเป็นคำสนองของจำเลย โจทก์จึงมีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรกับจำเลย หากโจทก์ไม่ไปทำสัญญาตามกำหนด จำเลยก็มีสิทธิยึดเงินประกันของ แล้วทำความตกลงจ้างผู้อื่นต่อไปตามเงื่อนไขในแจ้งความ ส่วนเงื่อนไขที่ว่าราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน ก็เป็นเพียงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำเชิญเท่านั้น มิได้หมายความว่าถ้าเกิน 60 วันแล้ว ราคาจะต้องเปลี่ยนแปลง ดังนั้น เมื่อโจทก์มิได้ระบุในใบประกวตราคาว่าราคาที่เสนอจะคงอยู่เพียง 60 วันแล้ว การที่จำเลยสนองรับและแจ้งให้โจทก์ไปทำสัญญาภายใน 5 วัน แม้จะพ้นกำหนด 60 วัน ตามเงื่อนไขในแจ้งความ หากโจทก์ปฏิเสธไม่ยอมลงนามในสัญญาก็ถือว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา

(2) การนำบททั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรม – สัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญา เช่น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 752/2504 ในเรื่องการประมูลผูกขาดทำประมง มีกฎกระทรวงเกษตรฯ วางระเบียบว่าเมื่อชี้ขาดให้ผู้ใดได้รับประมูลแล้ว ก็ให้เรียกผู้นั้น

มาชำระเงินและดำเนินการออกประทานบัตรตามแบบพิมพ์ ปรากฏว่าจำเลยประมูลได้และได้วางเงินมัดจำไว้ 10% แล้วจำเลยไม่มาทำสัญญาตามแบบพิมพ์ และเจ้าหน้าที่ยังไม่ได้ออกประทานบัตรให้ถ้าหากเจ้าหน้าที่ได้ยินยอมอนุญาตให้จำเลยเข้าทำประมงตามที่ประมูลได้นั้น และจำเลยเข้าทำก็ถือว่ามิสัญญาต่อกันแล้ว การไม่ปฏิบัติตามระเบียบที่วางไว้ไม่ได้ทำให้สัญญาเป็นโมฆะหรือฟ้องร้องไม่ได้

กรณีพิพาทนี้ศาลฎีกานำเอาบทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งนิติกรรมตามมาตรา 112 มาตรา 114 และมาตรา 115 และบทกฎหมายว่าด้วยสัญญาในมาตรา 366 และมาตรา 367 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2496 มาใช้บังคับกับการพิจารณาความสมบูรณ์ของสัญญาทางปกครองที่มีได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด

(3) การนำหลักกฎหมายเรื่องผลของสัญญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครองเช่นกัน

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2384/2536 สัมปทานปิโตรเลียมที่โจทก์ออกให้แก่จำเลยเป็นการอนุญาตให้จำเลยมีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการสำรวจการปิโตรเลียมภายในขอบเขตที่กำหนดซึ่งจำเลยจะต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่โจทก์ แต่การจ่ายเงินผลประโยชน์มีจำนวนมากหลายรายการ เพื่อผ่อนผันแบ่งเบาภาระให้แก่จำเลยจึงได้แบ่งชำระเป็นงวด เงื่อนไขดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่โจทก์พึงได้รับประโยชน์จากการที่ยอมให้สัมปทานแก่จำเลย แม้เงินผลประโยชน์พิเศษงวดที่ 3 ใช้คำว่า "กับทุกปีหลังจากนั้นเป็นเวลาต่อเนื่องกันอีกสองปี" ก็ตาม ก็มีใช่เป็นเงินอื่น ๆ ที่มีกำหนดจ่ายเป็นระยะเวลา จึงไม่เป็นสิทธิเรียกร้องที่มีอายุความ 5 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 166 เดิม สิทธิเรียกร้องของโจทก์ดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความไว้เฉพาะ จึงต้องใช้อายุความทั่วไปกำหนด 10 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 164 เดิม โจทก์บอกกล่าวให้จำเลยชำระเงินผลประโยชน์พิเศษให้แก่โจทก์แล้ว จำเลยไม่ชำระจึงตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะโจทก์เตือนแล้ว โจทก์มีสิทธิติดดอกเบี้ยจากจำเลยได้

(4) ในการเลิกสัญญาคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษานี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 948/2525 สัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคารจำเลยผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องมอบพื้นที่และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยสั่งระงับการก่อสร้างเฉพาะการวางผังและตอกเสาเข็มรुक้าเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นนั้นเป็นความผิดของจำเลยที่ไม่ตรวจแนวเขตที่ดินให้แน่นอนเสียก่อนจำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาที่ไม่สามารถให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาต่อไปได้ แต่ในสัญญาจ้างเหมาไม่มีข้อสัญญาให้สิทธิในการบอกเลิกสัญญาไว้เลย สิทธิในการบอกเลิกสัญญาจึงยอมมีอยู่เฉพาะตามที่กฎหมาย

บัญญัติไว้เท่านั้นแม้สัญญาจ้างเหมาจะกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้แน่นอน แต่เมื่อมีพฤติการณ์แสดงให้เห็นว่าคู่สัญญาไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีกต่อไป กรณีจึงต้องด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 โจทก์จะต้องบอกกล่าวให้จำเลยดำเนินการให้โจทก์ลงมือก่อสร้างต่อไปโดยกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้จำเลยแก้ไขข้อขัดข้อง ไม่สามารถแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดให้แล้ว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ หากโจทก์ยังมีได้ปฏิบัติดังกล่าว โจทก์ก็ยังไม่มีความผิดบอกเลิกสัญญาและไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหาย

แม้ว่าศาลยุติธรรมจะยึดหลักความเสมอภาคของคู่สัญญาตามกฎหมาย เอกชนมาใช้กับสัญญาทางปกครอง แต่ในคำพิพากษาบางฉบับได้นำหลักเรื่องเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักการของกฎหมายปกครองมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5728/2533 ว่า “การวางท่อน้ำทิ้งสาธารณะกระทำเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภคและเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ การสร้างทำเรื่อน้ำลึกเป็นประโยชน์ต่อประชาชนทั่วไปและประเทศชาติ ถือได้ว่ากระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ จำเลยที่ 2 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจึงมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรของโจทก์ทั้งสองได้ โจทก์ไม่มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหาย”

จากคำพิพากษาดังกล่าวเห็นได้ว่า การให้ประทานบัตรเป็นการให้สิทธิแก่เอกชนในการเข้าไปใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติภายในเขตที่กำหนด โดยเอกชนต้องจ่ายค่าตอบแทนให้แก่รัฐจากการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าว การให้ประทานบัตรจะมีระยะเวลาที่แน่นอนและไม่สามารถออกประทานบัตรในพื้นที่เดียวกันแก่บุคคลอื่นได้อีก การให้ประทานบัตรจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง เมื่อหน่วยงานผู้ให้ประทานบัตรใช้อำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรจึงมีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขสัญญาทางปกครองฝ่ายเดียว ดังนั้น การที่ศาลฎีกายอมรับว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อที่ในเขตประทานบัตรของโจทก์ทั้งสองเพื่อประโยชน์แก่การอันเป็นสาธารณูปโภคและเพื่อประโยชน์สาธารณะของรัฐ จึงเท่ากับเป็นการนำเอาหลักเรื่องเอกสิทธิ์ฝ่ายปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

นอกจากนี้ ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองในกรณีอื่น เช่น การพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลยุติธรรมอาศัยกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการดำเนินการต่าง ๆ มาเป็นเครื่องมือในการพิจารณา

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยกฎหมายดังกล่าวอาจปรากฏในลักษณะของพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรองฉบับอื่นๆ เช่น

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 720/2505 (ประชุมใหญ่) กรณีที่ นาย ป. คนสัญชาติไทยและนางสาว ช. ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยชั่วคราว ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ครบถ้วนทุกประการ ได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอปากเกร็ด นายอำเภอปากเกร็ดซึ่งเป็นนายทะเบียนมีหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ได้บอกปิดไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรสให้ตามที่ชายหญิงคู่นี้ร้องขอ โดยอ้างว่า กระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งยับยั้งการจดทะเบียนสมรสให้แก่คนไทยที่สมรสกับคนต่างด้าวที่ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวและไม่มีสำมะโนครัวเป็นหลักฐาน ศาลฎีกาพิพากษาว่า “คำสั่งของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวนี้มิได้อาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใด จึงเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยด้วยกันเท่านั้น จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายหาได้ไม่ เมื่อคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใด และจะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายไม่ได้ นายอำเภอผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายรับจดทะเบียนสมรสย่อมอ้างคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยเป็นเหตุไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหาได้ไม่”

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2383/2526 โจทก์ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท การลงทุนและคอมโมดิตี้ส์ (ประเทศไทย) จำกัด ซึ่งมีวัตถุประสงค์ซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและเล่นแชร์ต่อกรมทะเบียนการค้า แต่จำเลยไม่ยอมจดทะเบียนให้โดยอ้างว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจเช่นว่านี้ ศาลฎีกาพิพากษาว่า การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์ เป็นการประกอบอาชีพหรือจัดการทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ซึ่งทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นว่านี้จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ฉะนั้น เมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามหรือควบคุมตามกฎหมาย จึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1019 บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น การที่จำเลยสั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ครอบคลุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการตัดสิทธิของโจทก์ที่จะพึงมีพึงได้ โดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้”

นอกจากนี้ มีกรณีศาลยุติธรรมได้นำหลักความเสมอภาคมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทเกี่ยวกับค่าทดแทนการเวนคืน ดังนี้

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 337/2537 การที่โจทก์นำสืบว่า ที่ดินข้างเคียงที่ดินของโจทก์มีการซื้อขายกันในราคาเท่าใดก่อนมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาก็เท่ากับว่าเป็นการนำสืบให้เห็นว่าที่ดินดังกล่าวมีราคาเท่าใดในวันที่พระราชกฤษฎีกาประกาศใช้บังคับนั่นเอง แม้โจทก์ไม่มีราคาซื้อขายมาแสดงว่าในวันดังกล่าวที่ดินของโจทก์มีราคาเท่าใด แต่โจทก์นำสืบว่าที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกันมีราคาตารางวาละ 1,655 บาท และที่ดินข้างเคียงตารางวาละ 1,887 บาท ย่อมฟังได้ว่าที่ดินของโจทก์มีราคาตามที่ซื้อขายกันในท้องตลาดไม่ต่ำกว่าตารางวาละ 1,655 บาท การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แม้จะกระทำเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชนทั่วไปก็ตาม แต่รัฐก็มีหน้าที่จ่ายค่าทดแทนเพื่อบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนตามความเหมาะสมและเป็นธรรมทั้งยังต้องปฏิบัติต่อเจ้าของที่ดินทุกคนอย่างเสมอภาคกัน

จากคำพิพากษาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่า ศาลยุติธรรมได้พิจารณาพิพากษาคดีปกครองต่างๆ โดยอาศัยทั้งบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งมีผลเป็นการวางหลักให้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองซึ่งไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้ซึ่งนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเอกชนคู่สัญญา ดังนั้น ในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา ศาลยุติธรรมจึงนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้แก่กรณี แต่ทั้งนี้หาใช่ว่าศาลยุติธรรมได้ยึดติดกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกกรณี เพราะในบางคำพิพากษาศาลได้ยอมรับหลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองที่มีเหนือคู่สัญญาอันเป็นหลักการในกฎหมายปกครอง

4.2.3.2 ศาลปกครอง

ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีอำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” ซึ่งเป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนกรณีหนึ่ง และข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอีกกรณีหนึ่ง อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งนี้ เพื่อปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและเพื่อสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องในการปฏิบัติราชการ

(1) ความเป็นมา

แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองมีขึ้นในสมัยรัชกาลพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตทหรือที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน เพื่อจัดตั้งคณะที่ปรึกษาราชการแผ่นดินขึ้น โดยให้มีหน้าที่หลักอยู่ 2 ด้าน คือ เป็นที่ปรึกษาในการบริหารราชการแผ่นดินและการร่างกฎหมาย กับเป็นผู้พิจารณาเรื่องที่ราษฎรได้รับความเดือดร้อน สถาบัน “ที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน” นี้ มีรูปแบบที่คล้ายกับศาลปกครองที่ใช้กันอยู่ในบางประเทศและถือเป็นต้นแบบในการพัฒนาเป็นศาลปกครองไทยในเวลาต่อมา อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าสู่กระบวนการจัดตั้งศาลปกครอง มีความเห็นในทางวิชาการเกี่ยวกับรูปแบบการจัดตั้งศาลปกครองออกเป็น 2 แนวทาง คือ แนวทางแรก เห็นว่า ควรจัดตั้งศาลปกครองในรูปแบบของศาลเดี่ยวและให้เป็นส่วนหนึ่งในระบบศาลยุติธรรมเพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของระบบศาล แนวทางที่สอง เห็นว่า เนื่องจากความแตกต่างในทางกฎหมายและลักษณะข้อพิพาทระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง จึงควรให้ศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม เพื่อให้การวินิจฉัยคดีเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยมีบุคลากรและวิธีพิจารณาที่เหมาะสม ในท้ายที่สุดศาลปกครองถูกจัดตั้งขึ้นในรูปแบบของศาลคู่

(2) อำนาจหน้าที่

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง²¹ สำหรับลักษณะคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองมีดังนี้

(1) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแยกออกเป็นนิติกรรมทางปกครองและปฏิบัติการทางปกครอง การกระทำทั้งสองกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการได้เองฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากเอกชน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษ

²¹ มาตรา 223 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ทางวินัย คำสั่งอนุญาต อนุมัติ เป็นต้น ส่วนคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่ เช่น ข้อพิพาทจากการก่อสร้างสะพาน ถนน การขุดลอกคลองสาธารณะ เป็นต้น ลักษณะคดีที่เกิดจากการกระทำดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือสั่งห้ามกระทำการทั้งหมดหรือบางส่วน หากพบว่าการกระทำที่กล่าวมานี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร และการกระทำที่ใช้อุบายโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทอันเนื่องจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง

(5) คดีพิพาททางปกครองอื่นๆ เช่น คดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

ลักษณะคดีที่กล่าวมาทั้ง 5 ประเภทข้างต้น เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น นอกจากนี้ ยังมีคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดอีก 4 ประเภท คือ

(1) คดีพิพาทที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยปกติคดีประเภทนี้เป็นคดีลักษณะเดียวกับการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แต่ด้วยความสำคัญของกฎดังกล่าวจึงให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทข้างต้น ศาลปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามกระทำการทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ศาลอาจกำหนดค่าบังคับดังกล่าวให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแก่กรณี

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลปกครอง

ในการดำเนินการของศาลปกครองในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ศาลปกครองจึงมีหน้าที่ประการสำคัญในการก่อให้เกิดสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย และแสดงออกในรูปของคำพิพากษา ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวอาจเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

การวางหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองอาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรก หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ในการพิจารณาการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การกระทำทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคและความเป็นกลาง ประเภทที่สอง หลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะเรื่อง เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ ศาลปกครองยังมีส่วนสำคัญในการวางหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่การพิจารณาคดี โดยหลักกฎหมายดังกล่าวต้องสอดคล้องกับลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ใช้วิธีพิจารณาระบบ

ได้สวน กิ่งลับ เรียบง่าย เสียค่าใช้จ่ายน้อย ไม่ต้องมีทนาย ใช้ออกสารเป็นหลัก การฟ้องคดีไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง มีการประกันความเป็นอิสระของตุลาการ มีการถ่วงดุลองค์คณะโดยตุลาการผู้แถลงคดี อีกทั้งเปิดโอกาสให้วิจารณ์คำพิพากษาได้ทางวิชาการ และศาลจะไม่ออกคำสั่งในทางบริหาร จากลักษณะพิเศษนี้เป็นสิ่งที่ศาลปกครองนำมาสกัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย เช่น การสั่งให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในกรณีที่ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเนื่องจากคู่กรณียังไม่ได้ดำเนินการในชั้นอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามลักษณะวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ยึดหลักเสียค่าใช้จ่ายน้อย หรือการวางหลักความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีปกครอง เพื่อป้องกันมิให้บุคคลทั่วไปนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองทั้งที่ไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

เห็นได้ว่า การวางหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองมีทั้งหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติและหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ สำหรับรายละเอียดของหลักกฎหมายทั่วไปทั้งสองประเภทนี้จะนำมากล่าวอีกครั้งในหัวข้อถัดไป

4.2.3.3 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ในระบบศาลเดี่ยวการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งเรื่องเขตอำนาจศาลสามารถทำได้โดยอาศัยการชี้ขาดจากศาลสูงในระบบศาลนั้น แต่ในระบบศาลคู่แล้วจำเป็นต้องมีกระบวนการแก้ไขที่แตกต่างกันออกไป เนื่องจากการตัดสินปัญหาดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงการตัดสินว่าคดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจศาลใดในระบบศาลหนึ่ง ๆ อีกต่อไป แต่เป็นการพิจารณาว่าคดีพิพาทที่เกิดขึ้นจะอยู่ในเขตอำนาจศาลใดระหว่างสองศาลที่อยู่ในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน การดำเนินการดังกล่าวมิใช่แต่เป็นเพียงการพิจารณาเลือกศาลที่มีความเหมาะสม แต่ยังมีความหมายถึงการเลือกระบบกฎหมายที่นำมาใช้กับกรณีพิพาทด้วย

การจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยทำให้รูปแบบศาลเปลี่ยนไปจากระบบศาลเดี่ยวมาเป็นระบบศาลคู่ และนำมาซึ่งปัญหาความขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลให้เป็นองค์กรกลางในการพิจารณาว่ากรณีพิพาทอยู่ในเขตอำนาจศาลใด

(1) ความเป็นมา

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 รูปแบบขององค์กรดังกล่าวนำมาจากมาจากศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศสแล้วนำมาปรับปรุงให้เหมาะสมกับการดำเนินงานในประเทศไทย โดยการกำหนดให้มีคณะกรรมการร่วมระหว่างศาลในระบบต่าง ๆ มาพิจารณาร่วมกันเพื่อหาข้อยุติ

(2) อำนาจหน้าที่²²

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดขึ้นจากการขัดกันของอำนาจศาลอยู่ 3 ลักษณะ คือ

(1) อำนาจหน้าที่ในการชี้ขาดว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจศาลใด ซึ่งข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นในกรณีมีทั้งกรณีที่ศาลเห็นว่าตนมีอำนาจและกรณีที่ศาลเห็นว่าตนไม่มีอำนาจ

(2) อำนาจหน้าที่ในการชี้ขาดกรณีมีคำพิพากษาขัดแย้งกัน เป็นกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดของศาลขัดแย้งกันในข้อเท็จจริงเรื่องเดียวกัน คู่ความหรือบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลขัดแย้งกัน สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลโดยตรง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะกำหนดแนวทางการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่ขัดแย้งนั้น เพื่อให้คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องสามารถปฏิบัติให้เป็นผลต่อไปได้และคำวินิจฉัยดังกล่าวถือเป็นที่สุด

(3) อำนาจหน้าที่ในกรณีอื่นๆ เช่น อำนาจในการวินิจฉัยเรื่องวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา การยื่นคำร้องต่อศาลก่อนการฟ้องคดี และการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ประการอื่นของศาล

ในการดำเนินการพิจารณาในประเด็นต่างๆ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นไปในรูปแบบของ “คณะกรรมการ” ดังนั้น จึงไม่มีการสืบพยานหรือดำเนินกระบวนการพิจารณาในห้องพิจารณาคดี การรวบรวมความเห็น คำร้อง คำชี้แจงและเอกสารที่จำเป็นต่อการพิจารณาของคณะกรรมการฯ จะดำเนินการโดยเลขานุการ เมื่อคณะกรรมการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดว่าคดีที่ฟ้องอยู่ในอำนาจศาลใดก็จะสั่งให้ศาลเดิมพิจารณาคดีต่อไปหรือสั่งโอนคดีหรือจำหน่ายคดีแล้วแต่กรณี ทั้งนี้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการจะมีผลเมื่อศาลได้อ่านให้ผู้ร้องและบุคคลที่เกี่ยวข้องทราบแล้ว อย่างไรก็ตาม นอกจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจะผูกพันคู่ความหรือคู่กรณีในคดีนั้นแล้ว คำวินิจฉัยดังกล่าวจะมีผลผูกพันศาลในลำดับสูงขึ้นไปของศาลนั้นด้วย

(3) การวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีขึ้นเพื่อทำหน้าที่แก้ไขปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาลในระบบศาลคู่ การดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด

²² รายละเอียดโปรดดูใน โภคิน พลกุล, “การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล,” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 2 (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 22 – 27.

อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมีบทบาทสำคัญต่อการวางหลักกฎหมายปกครองไม่น้อยไปกว่าศาลปกครองหรือองค์กรอื่นๆ เพราะการวินิจฉัยว่าข้อพิพาทมีลักษณะเป็นคดีปกครองหรือไม่นั้น ต้องอาศัยหลักการและทฤษฎีเพื่อนำมาอธิบายว่าเหตุใดการกระทำดังกล่าวเป็นคดีปกครองหรือไม่เป็นคดีปกครองอันอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น ตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่เป็นการวางหลักกฎหมาย ได้แก่

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 25/2545 สัญญาลาศึกษาต่อเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะในข้อกำหนดสัญญามีข้อกำหนดว่า เมื่อครบกำหนดแล้วจะกลับมารับราชการที่โรงเรียนในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือการใช้ผู้ฟ้องคดีกลับมาดำเนินการหรือมีส่วนร่วมในการดำเนินการบริการสาธารณะอันเป็นเรื่องของการจัดการศึกษา แม้ในสัญญาจะมีข้อตกลงว่า หากผิดสัญญาหรือไม่สามารถกลับมาปฏิบัติราชการได้ จะต้องชดใช้เงินให้กับทางราชการ หรือหากกลับมาแล้วปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ไม่ครบตามกำหนดจะต้องชดใช้เงินโดยลดลงตามส่วนด้วยก็ตาม แต่สัญญาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักในการให้ผู้ฟ้องคดีกลับมารับราชการในโรงเรียนที่สังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีอันเป็นการดำเนินการหรือร่วมดำเนินการบริการสาธารณะ ไม่ใช่ให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้เงิน จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 22/2545 สัญญาจะซื้อจะขายที่ดินที่จะถูกเวนคืนเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองและเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ โดยใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินจากเอกชน ทั้งการเวนคืนที่ดินพิพาทก็เพื่อใช้ในการก่อสร้างถนนซึ่งเป็นสิ่งสาธารณูปโภคที่ประชาชนเป็นผู้ใช้และได้รับประโยชน์โดยตรง อันมีลักษณะเป็นการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545 สัญญาจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาลเป็นสัญญาทางปกครอง เนื่องจากการสาธารณสุขเป็นบริการสาธารณสุขอย่างหนึ่งของรัฐ อาคารโรงพยาบาลของรัฐซึ่งเป็นถาวรวัตถุเป็นองค์ประกอบและเครื่องมือสำคัญในการดำเนินการบริการสาธารณสุขให้บรรลุผล ซึ่งประชาชนทั่วไปสามารถเข้าใช้ประโยชน์ได้โดยตรง อาคารโรงพยาบาลของรัฐจึงเป็นสิ่งสาธารณูปโภค และเนื่องจากวัตถุประสงค์แห่งสัญญาคือการรับจ้างก่อสร้างปรับปรุงโรงพยาบาล จึงถือได้ว่าเป็นการที่หน่วยงานทางปกครองมอบให้เอกชนเข้าดำเนินการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคและเป็นสัญญาทางปกครอง

จากตัวอย่างข้างต้น เห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักเกณฑ์ของการเป็นสัญญาทางปกครอง ทั้งในเรื่องของวัตถุประสงค์ของสัญญาที่มีขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะโดยอาจปรากฏในรูปของการให้เข้าร่วมดำเนินการ

บริการสาธารณะหรือให้จัดทำสิ่งสาธารณูปโภค หรือคู่สัญญาฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือ คู่สัญญาเอกชน เช่น การใช้อำนาจทางปกครองบังคับซื้อที่ดินเอกชน เป็นต้น ซึ่งหลักเกณฑ์ เหล่านี้เป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากสัญญาในทางกฎหมายเอกชนทั้งสิ้น

นอกเหนือจากการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเป็นสัญญาทางปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำอันมี ลักษณะเป็นการละเมิดทางปกครองไว้หลายคำวินิจฉัย เช่น

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 8/2546 การที่กองทัพเรือ ละเลยต่อหน้าที่ไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายบริหารที่มีขึ้น เพื่อคุ้มครองและให้ประโยชน์แก่เอกชนและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับ ประโยชน์จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว จึงเป็นคดีปกครองตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อันอยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 49/2548 การฟ้องเรียก ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากหน่วยงานรัฐมีคำสั่งเลิกจ้างจากการเป็นลูกจ้างประจำ เป็นข้อพิพาท อันสืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้บังคับบัญชาอันเป็นไปตามกฎหมาย ได้แก่ ระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2539 เมื่อคำสั่ง ดังกล่าวเป็นผลให้โจทก์พ้นจากสถานภาพเป็นลูกจ้างประจำนับแต่วันที่ระบุในคำสั่ง ทำให้ไม่มี สิทธิที่จะรับเงินเดือนหรือสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้าง นิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 การโต้แย้งว่าคำสั่งของหน่วยงานเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและ ขอให้ชดเชยค่าเสียหายจึงเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่อันเกิดจากการ ใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น อันอยู่ในอำนาจพิจารณา พิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 11/2548 สำนักงาน ปลัดกระทรวงสาธารณสุขยื่นฟ้องข้าราชการในสังกัดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามระเบียบ กฎหมาย คำสั่ง และข้อบังคับของสำนักงานฯ ในการจัดจ้างลูกจ้างชั่วคราวจากเงินบำรุงอันเป็นเงินนอก งบประมาณให้เข้าช่วยเจ้าพนักงานปฏิบัติงานในโรงพยาบาลแม่ใจ และยังร่วมกันนำเงินบำรุง ของสำนักงานฯ ไปจ่ายเป็นค่าปฏิบัติงานล่วงเวลา และเงินสมทบประกันสังคมให้กับลูกจ้าง รวมทั้งร่วมกันทำหลักฐานอันเป็นเท็จในการเบิกจ่ายเงินค่าจ้างว่าเป็นการจ้างเหมาบริการดูแล

ต้นไม้และทำความสะอาด ทำให้หน่วยงานได้รับความเสียหาย เป็นกรณีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติมีลักษณะเป็นคดีปกครอง อันอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 1/2545 การยื่นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการกระทำทางกายภาพในระหว่างปฏิบัติหน้าที่ คือ การขับรถ แต่เนื่องจากความเสียหายดังกล่าวมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

- คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 32/2548 การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานสรรพสามิตในการจับกุม ค้น ยึดยาเส้น กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติยาสูบ พ.ศ. 2509 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพื่อดำเนินคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับกฎหมายยาสูบ เป็นการดำเนินการของพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดอำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง อันอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม

จากตัวอย่างของคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาลักษณะของการกระทำละเมิดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองว่าต้องเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ เช่น การใช้อำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือเป็นการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายหรือหลักเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองและก่อให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานหรือบุคคลภายนอก ส่วนการกระทำละเมิดอันเกิดจากการกระทำทางกายภาพของเจ้าหน้าที่ ซึ่งมีได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม รวมไปถึงการใช้อำนาจบางอย่างของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมเช่นกัน

4.3 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลปกครอง

จากการศึกษาถึงการพัฒนาลักกฎหมายปกครองในประเทศไทยและองค์กรที่มีส่วนในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองข้างต้น เห็นได้ว่าช่วงที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีพิพาททุกประเภท แต่ด้วยนิติวิธีที่นำมาใช้ใน

ข้อพิพาททางปกครองเป็นไปในทางกฎหมายเอกชนเสียส่วนใหญ่ ดังนั้น พัฒนาการของหลักกฎหมายปกครองภายใต้การดำเนินการของศาลยุติธรรมจึงมีอยู่น้อย และแม้จะมีความพยายามในการพัฒนากฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางรากฐานของหลักกฎหมายปกครองเพื่อนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองในอนาคต แต่กฎหมายปกครองที่มีอยู่ในปัจจุบันยังมีเนื้อหาที่ไม่สมบูรณ์ กรณีนี้กล่าวรวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา เพราะเนื้อหาในกฎหมายโดยมากเป็นการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเรื่องเท่านั้น จึงไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีอื่นๆ ในลักษณะที่เป็นการทั่วไป หากจะมีก็เพียงแต่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เท่านั้น ที่มีเนื้อหาที่สามารถนำมาใช้เป็นการทั่วไปได้ ส่วนการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีที่ปรากฏในรูปของมติคณะรัฐมนตรี แม้จะมีการกล่าวอ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยวางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง แต่ก็เพียงส่วนน้อย สำหรับองค์การที่ปรากฏขึ้นพร้อมกับการจัดตั้งศาลปกครอง คือ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คณะกรรมการดังกล่าวมีบทบาทสำคัญไม่น้อยไปกว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือศาลปกครอง เพราะการพิจารณาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลย่อมเป็นการวางหลักการเพื่อแบ่งแยกระบบกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งการวินิจฉัยว่าข้อพิพาทลักษณะใดอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองก็จัดได้ว่าเป็นการวางหลักการทางกฎหมายในเบื้องต้น แต่ทั้งนี้ไม่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจะได้รับการพัฒนามาเป็นระยะเวลาเท่าไรหรือโดยองค์การใด เมื่อข้อพิพาทเกิดขึ้นย่อมเป็นหน้าที่สำคัญของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี

4.3.1 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสารบัญญัติ

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจศาลในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปรากฏให้เห็นและเป็นที่รู้จักเป็นการทั่วไป คือ มาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ขณะเดียวกันกลับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติมาตราใดในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดให้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกรณีที่ไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนั้นก็หาเป็นการตัดอำนาจของศาลปกครองในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้จากการกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปในคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย

(1) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคภายใต้ระบบกฎหมายไทยได้รับการรับรองในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม ”

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ส่งผลให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพและดำเนินการให้เป็นไปตามหลักความเสมอภาคที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยการปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดีย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอันเนื่องมาจากความเชื่อทางศาสนา ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักเสมอภาค แต่ในบางกรณีการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในเรื่องอื่นนอกเหนือจากเรื่องความเชื่อทางศาสนาสามารถกระทำได้ แต่ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป็นมาตรการที่จำเป็น อย่างไรก็ตามบุคคลไม่อาจกล่าวอ้างหลักความเสมอภาคต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตน

นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคยังเป็นหลักการสำคัญที่ศาลปกครองนำมาใช้ตรวจสอบการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองได้นำเอาหลักความเสมอภาคมาใช้ในการพิจารณาหลายประเภทคดี เช่น

(1.1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง

- ศาลได้พิจารณาคำสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของกรมทางหลวงไว้ว่า การที่กรมทางหลวงมีคำสั่งให้รื้อถอนและทำลายบ้านพักและแจ้งกำหนดจะเข้ารื้อถอนหรือ

ทำลายบ้านพักอาศัยของผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน ที่ปลูกอาศัยในเขตทางหลวง อีกทั้งมีการดำเนินการผลักดันผู้รุกร้ำเขตทางหลวงสายต่างๆ มาโดยตลอด จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คนแต่อย่างใด และการที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกัน ย่อมทำได้เฉพาะเพื่อให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คนจึงไม่อาจอ้างว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้²³

- การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งให้รื้อถอนสุสานของผู้ฟ้องคดีที่ก่อสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติสุสานและฌาปนสถาน พ.ศ. 2528 ไม่อาจนำมากล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่ดำเนินการกับบุคคลอื่นที่ก่อสร้างสุสานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน เพราะการกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต้องเป็นกรณีที่ผู้กล่าวอ้างมีสิทธิตามกฎหมายจะได้รับสิทธินั้นๆ แต่ไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวเพราะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หากใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดด้วยกันแต่ผู้กระทำผิดบางรายยังมีได้ถูกดำเนินคดี²⁴

- การที่หัวหน้าสำนักงานกรมการขนส่งทางน้ำออกคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างล่วงล้ำลำน้ำทะเลภายในน่านน้ำไทย โดยไม่ดำเนินคดีกับบุคคลอื่นที่ก่อสร้างล่วงล้ำลำน้ำในทำนองเดียวกัน ไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะการจะกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้กล่าวอ้างมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับสิทธินั้นๆ แต่ไม่ได้รับสิทธินั้นเพราะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หากใช่เป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดด้วยกันบางคนจะกล่าวอ้างว่าผู้กระทำผิดคนอื่นยังไม่ถูกดำเนินคดีเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมไม่ ฉะนั้น การที่หัวหน้าสำนักงานการขนส่งทางน้ำยังไม่ได้ดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดในทำนองเดียวกับผู้ถูกฟ้องคดี จึงมิใช่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม²⁵

(1.2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล

- การกำหนดหลักเกณฑ์รับรองคุณวุฒิ การกำหนดเงินเดือนและระดับแก่ผู้จบการศึกษาจากประเทศอินเดีย โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของหลักสูตร ทั้งเรื่องระบบการศึกษา การรับรองวิทยฐานะ วัตถุประสงค์และเนื้อหาของหลักสูตร เป็นหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนนำมาใช้รับรองคุณวุฒิให้แก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากต่างประเทศคนอื่นๆ มาโดยตลอดจนถึงปัจจุบัน จึงไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแก่ผู้ฟ้องคดี²⁶

²³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.160 – 179/2551

²⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.251/2551

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.242/2550

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.299/2551

- การที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดจันทบุรีกำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณาให้ความเห็นชอบในการดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาล ที่นอกเหนือจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่คณะกรรมการฯ ได้ประกาศกำหนดไว้ในหลักเกณฑ์การเลื่อนระดับและแต่งตั้งนักบริหารงานเทศบาล อันมีสภาพเป็นกฎและผูกพันให้คณะกรรมการต้องปฏิบัติตาม การกระทำของคณะกรรมการจึงขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อีกทั้งการที่คณะกรรมการฯ มิได้กำหนดให้ผู้ยื่นคำขอรายอื่นที่มีคุณสมบัติเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์เพื่อประกอบการพิจารณามีลักษณะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันในสาระสำคัญอันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค²⁷

(1.3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน

- การกำหนดค่าทดแทนความเสียหายพิเศษสำหรับที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ครอบครองที่ดิน โดยแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่ร่วมเรียกร้องกับสมาชิกคนจนให้ได้รับเงินค่าทดแทนตามความเหมาะสมของสภาพที่ดินที่ถูกเวนคืน กับกลุ่มที่มีได้เรียกร้องกับสมาชิกคนจน ทั้งที่ผู้ครอบครองที่ดินทั้งสองกลุ่มนี้ถูกเวนคืนที่ดินอันเป็นการโต้แย้งกรรมสิทธิ์และยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของกระบวนการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กปร.) เช่นกัน จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าทดแทนความเสียหายพิเศษที่เป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน ซึ่งขัดกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540²⁸

(1.4) คดีพิพาทเกี่ยวกับการพัสดุ

- การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีคำสั่งไม่อนุญาตการจ้างผู้ฟ้องคดี เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเสนอรายละเอียดแตกต่างจากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอกสารสอบราคา ทั้งที่ในการเสนอราคาโครงการอื่นๆ ของจังหวัดนครนายกที่ผู้เสนอราคากรอกข้อความไม่ครบถ้วน แต่ได้รับการอนุมัติให้ทำสัญญาเนื่องจากเป็นผู้เสนอราคาต่ำสุด ไม่เป็นผลให้ผู้ฟ้องคดีอ้างหลักความเสมอภาคเพื่อให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดนครนายกปฏิบัติในสิ่งที่แตกต่างไปจากความถูกต้องชอบธรรมได้²⁹

²⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.41/2552

²⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.3/2551, อ.22/2551 และ อ.119/2551

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.444/2550

(1.5) คติพิพาทเกี่ยวกับงานทะเบียน

- การที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติกำหนดหลักเกณฑ์และแนวปฏิบัติในการพิจารณาอนุญาตให้ข้าราชการกับประชาชนทั่วไปมีอาวุธปืนติดตัวแตกต่างกัน เนื่องจากข้าราชการตุลาการและข้าราชการอัยการ เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม ซึ่งก่อนเข้าดำรงตำแหน่งได้ผ่านกระบวนการคัดเลือกอย่างเข้มงวดแล้ว ส่วนสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ที่ผ่านกระบวนการเลือกตั้งและได้รับความไว้วางใจจากประชาชนให้มาทำหน้าที่ในกระบวนการนิติบัญญัติ จึงมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะได้รับการพิจารณาผ่อนผัน สำหรับข้าราชการอื่นนั้นได้รับการผ่อนผันเพราะต้องปฏิบัติภารกิจอยู่ในเขตพื้นที่นำอันตรายต่อชีวิต ดังนั้น จึงเป็นการกำหนดขั้นตอนโดยชอบด้วยเหตุผล หลักเกณฑ์ และแนวทางการปฏิบัติดังกล่าวจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันจะเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค³⁰

(2) หลักความได้สัดส่วน

ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ศาลปกครองนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการที่ฝ่ายปกครองนำออกมาใช้บังคับกับประชาชน สารสำคัญที่ศาลปกครองนำมาพิจารณา คือ ประการแรก มาตรการที่ออกโดยฝ่ายปกครองนำมาใช้นั้นสามารถดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ได้อย่างแน่แท้ ประการที่สอง คือ ในบรรดามาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกมาดำเนินการ ฝ่ายปกครองได้เลือกมาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และประการที่สาม คือ มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ต้องก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้นกับฝ่ายเอกชน

การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ปรากฏให้เห็นในหลายประเภทคดี เช่น คติพิพาทเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ คติพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คติพิพาทเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คติพิพาทเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ คติพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร เป็นต้น

(2.1) คติพิพาทเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ

ผู้ฟ้องคดีเคยเป็นข้าราชการทหารสมัครเป็นสมาชิกกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (กบข.) และเมื่อเกษียณอายุราชการโดยได้รับเงินบำนาญจาก กบข. ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับเงินบำนาญน้อยกว่าบำนาญระบบเดิม จึงมีหนังสือขอลาออกจากการเป็นสมาชิก กบข. แต่คณะกรรมการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการมีคำสั่งปฏิเสธไม่ให้ผู้ฟ้องคดีลาออก

³⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.151/2550

จากการเป็นสมาชิก ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งปฏิเสชดังกล่าว และให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับบำนาญในระบบเดิม ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้พระราชบัญญัติกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2539 จะมีได้ห้ามสมาชิก กบข. ลาออกจากการเป็นสมาชิกโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวและวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง กบข. เพื่อเป็นหลักประกันการจ่ายบำเหน็จบำนาญและให้ประโยชน์ตอบแทนการรับราชการเมื่อออกจากราชการ ส่งเสริมการออมทรัพย์และจัดสวัสดิการและสิทธิประโยชน์อื่นให้แก่ข้าราชการที่เป็นสมาชิกของกองทุน รวมทั้งให้เป็นสถาบันเงินออมที่มีบทบาทสำคัญในการช่วยแก้ไขปัญหาการขาดแคลนเงินออมภายในประเทศ และการส่งเสริมการลงทุนอันเป็นการส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมโดยรวมแล้ว หากคณะกรรมการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการให้สมาชิกสามารถออกจากการเป็นสมาชิก กบข. โดยมีใช้กรณีออกจากราชการ ย่อมขัดต่อบทกฎหมายและวัตถุประสงค์ข้างต้น อีกทั้งกรณีของผู้ฟ้องคดีซึ่งเกษียณอายุราชการจึงไม่อยู่ในฐานะที่จะลาออกจากราชการ กบข. ได้ตามคำขอ ดังนั้น คำสั่งที่ปฏิเสชไม่ให้ผู้ฟ้องคดีลาออกจากการเป็นสมาชิก กบข. จึงชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับการให้สมาชิก กบข. ลาออกได้นั้นจะกระทบต่อระบบกองทุนของคณะกรรมการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการทั้งระบบ ย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อการจัดการกองทุนเป็นอย่างมาก อันเป็นผลกระทบต่อข้าราชการโดยรวม จึงถือว่าเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะมากกว่าความเดือดร้อนของผู้ฟ้องคดี³¹

(2.2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการปกครองและการบริหารราชการ

แผ่นดิน

เจ้าหน้าที่ตำรวจทำการสลายการชุมนุมโดยใช้เครื่องยิงแก๊สน้ำตา วัตถุระเบิด อาวุธสงครามและอาวุธอื่น ๆ ยิงใส่กลุ่มผู้ชุมนุมหน้ารัฐสภา โดยมีได้ประกาศแจ้งเตือนถึงการจะเข้าสลายการชุมนุมแก่ผู้เข้าร่วมชุมนุมทราบแต่อย่างไร เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีและผู้เข้าร่วมการชุมนุมได้รับอันตรายบาดเจ็บสาหัสและมีผู้เสียชีวิต ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ตำรวจเป็นการกระทำทางปกครองที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพและชีวิตร่างกาย อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิมนุษยชน อีกทั้งมิได้เป็นการบริหารบ้านเมืองโดยหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงขอให้ศาลมีคำสั่งหรือกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้มีการใช้อาวุธหรือความรุนแรงใดๆ เป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาคดี ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสลายการชุมนุม มิได้มีการจับกุม แจ้งข้อกล่าวหาหรือดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงเห็นได้ว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 343/2550

มิได้มีเจตนาใช้อำนาจของตนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมิใช่การกระทำทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแต่เป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง การชุมนุมประท้วงของผู้ฟ้องคดีมีการกระทำที่มีลักษณะทำให้ผู้อื่นกลัวว่าจะเกิดอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ จนไม่กล้าเข้า – ออกรัฐสภา อันเป็นการกระทบต่อเสรีภาพของบุคคลอื่น ดังนั้น การชุมนุมนี้จึงมิใช่การชุมนุมโดยชอบอันจะได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้ง การปิดมิให้คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ก่อให้เกิดผลกระทบต่อภาระหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินและการจัดทำบริการสาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจเข้าสลายการชุมนุมได้ อย่างไรก็ตาม การสลายการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม ลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชน เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจดำเนินการได้ตามอำเภอใจ และในขณะนั้นการชุมนุมยังคงมีอยู่และเจ้าหน้าที่ตำรวจอาจต้องดำเนินการสลายการชุมนุมอีก ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองให้ผู้ฟ้องคดี โดยมีคำสั่งให้การกระทำใดๆ ของสำนักงานตำรวจแห่งชาติต่อผู้เข้าชุมนุมต้องดำเนินการเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุม³²

(2.3) คดีพิพาทเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ประกอบอาชีพการประมงเห็นว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นประกาศที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และมีผลกระทบต่อวิถีชีวิตชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม จึงขอให้ศาลเพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าประกาศฉบับดังกล่าวออกโดยใช้อำนาจตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 43 (1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 จึงเป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว นอกจากนี้ประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่ามาตรการที่เคยมีมาและแม้ว่ามาตรการนี้จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีในท้องที่ดังกล่าวมากกว่าในอดีตก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศฯ ฉบับปี 2542 มาตรการนี้

³² คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1605/2551

จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป แม้จะกระทบต่อรายได้จากการทำประมงของผู้ฟ้องคดีก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถนำเรือออกไปทำการประมงนอกพื้นที่ หรือใช้เครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้าม หรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงในระยะเวลาต้องห้ามดังกล่าวได้ และผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการกำหนดมาตรการต่างๆ ตามประกาศฯ ฉบับปี 2542 สามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก เป็นประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ อีกทั้งประกาศดังกล่าวมิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทำการประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไป จึงมิได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540³³

(2.4) คดีพิพาทเกี่ยวกับองค์กรวิชาชีพ

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสหภาพแรงงานมัคคุเทศก์อาชีพแห่งประเทศไทย เห็นว่า กฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ที่กำหนดให้มัคคุเทศก์ผู้มีใบอนุญาตแล้วต้องเข้ารับการฝึกอบรมวิชามัคคุเทศก์ตามหลักสูตร ระยะเวลา และในสถานฝึกอบรมที่คณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กำหนด เว้นแต่ผู้ที่ได้รับวุฒิบัตรการอบรมวิชามัคคุเทศก์มาแล้วไม่เกิน 2 ปี นั้น ขัดต่อพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เพราะเป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพและกระทบกระเทือนสิทธิในการประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์ เพราะการอบรมความรู้เพิ่มเติมเป็นสิทธิเฉพาะส่วนบุคคลไม่สามารถบังคับกันได้ อีกทั้งยังเก็บค่าธรรมเนียมในการอบรมเกินกว่าที่กำหนดไว้ในอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้การกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติในกรณีนี้จะมีใช่การกำหนดหน้าที่ให้มัคคุเทศก์ต้องปฏิบัติตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ ก็ตาม แต่การกำหนดหน้าที่ของมัคคุเทศก์ดังกล่าวย่อมเกี่ยวข้องและมีผลโดยตรงต่อการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ เพราะสามารถนำเอาสิ่งที่ได้รับรู้จากการอบรมเพิ่มเติมไปใช้ให้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ได้ดียิ่งขึ้น และส่งผลดีในด้านอื่นๆ ด้วย สมดังเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่ต้องการให้การประกอบอาชีพของมัคคุเทศก์เป็นไปอย่างมีระเบียบและได้มาตรฐาน กฎกระทรวงฉบับนี้จึงเป็นกฎกระทรวงที่มีลักษณะเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นเรื่องตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยินยอมให้กระทำได้นอกจากนี้ การกำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมยังเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยที่ไม่เป็นการกระทบกระเทือนต่อ

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547

สาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้มีคฤเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ อีกทั้งไม่ขัดต่อหลักคุณลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อมีคฤเทศก์หรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน เนื่องจากการบังคับให้คฤเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมจะทำให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม เพราะมีคฤเทศก์จะมีความรู้ความเข้าใจในข้อมูลต่างๆ ได้ถูกต้อง และปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังในด้านมารยาทและความประพฤติมากยิ่งขึ้น ย่อมเป็นผลดีต่อภาพพจน์ด้านอุตสาหกรรมท่องเที่ยวโดยรวมของประเทศ ในขณะที่มีคฤเทศก์จะมีภาระเพิ่มขึ้นเพียงแต่ในแง่ของการต้องเข้ารับการฝึกอบรมและต้องเสียค่าใช้จ่ายทุกๆ 2 ปีเท่านั้น ดังนั้น กฎกระทรวงนี้จึงไม่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนที่จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของมีคฤเทศก์จนเกินสมควรอันจะถือว่าเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด³⁴

(2.5) คดีพิพาทเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร

ผู้ฟ้องคดีอาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกับบริเวณที่บริษัทเอกชนแห่งหนึ่งได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างสะพานข้ามบ่อยืมคั่นกันน้ำเค็มสมุทรสาคร - สมุทรสงคราม เพื่อใช้เข้าไปยังโครงการจัดสรรที่ดินหมู่บ้านเย็นสบาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าสะพานดังกล่าวมีขึ้นเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน และทำให้ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นได้รับความเดือดร้อนเนื่องจากสะพานที่ได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอยู่ตรงข้ามบ้านผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเขตชุมชน อีกทั้งยังเป็นที่ตั้งศาลาที่พักผู้โดยสารที่มีนักเรียนและประชาชนจำนวนมากเข้า - ออกเป็นประจำ เมื่อสะพานก่อสร้างเสร็จอาจทำให้เกิดอุบัติเหตุและทำให้การสัญจรไปมาไม่สะดวกได้ อีกทั้งมีสะพานข้ามบ่อยืมคั่นกันน้ำเค็มสมุทรสาคร - สมุทรสงคราม อยู่แล้ว โดยห่างจากสะพานที่ได้รับอนุญาตไม่ถึง 200 เมตร การอนุญาตให้สร้างสะพานดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่า ในการขออนุญาตก่อสร้างสะพานข้ามคลองดังกล่าวได้รับการอนุมัติจากหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กรมชลประทาน กรมธนารักษ์ กรมขนส่งทางน้ำและพาณิชยนาวี อีกทั้งแบบแปลนการก่อสร้างไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบล ออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างได้ตามคำขอจึงเป็นไปตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แล้ว นอกจากนี้ เมื่อเปรียบเทียบผลประโยชน์มหาชนซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนรวมที่จะได้รับการก่อสร้างสะพานข้ามบ่อยืมคั่นกันน้ำเค็มสมุทรสาคร - สมุทรสงคราม เห็นได้ว่าเป็นประโยชน์สาธารณะซึ่งประชาชนทั่วไปจะได้ประโยชน์จากการใช้สะพานพิพาทเป็นทางเชื่อมเพื่อเดินทางเข้า - ออกสู่ถนนเลียบคลองชลประทานซึ่งเป็นทางสาธารณะ ส่วนความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า บริเวณที่ก่อสร้างสะพานเป็นเขตชุมชนมีประชาชนและเด็กนักเรียนจำนวนมากข้ามฝั่งมารอรถประจำทางบริเวณศาลาที่พักผู้โดยสารหน้าบ้านของผู้ฟ้องคดีซึ่งอยู่เยื้องตรงกันข้ามกับบริเวณที่ก่อสร้างสะพานพิพาท เมื่อก่อสร้างสะพานพิพาทเสร็จอาจจะเกิด

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.15/2545 (ประชุมใหญ่)

อุบัติเหตุและทำให้การสัญจรไปมาไม่สะดวกนั้น เห็นว่า ความเสียหายตามที่กล่าวอ้างเป็นเพียง การคาดหมายตามความเข้าใจของผู้ฟ้องคดีเอง เมื่อนายกองค้การบริหารส่วนตำบลได้กำหนด มาตรการป้องกันโดยกำหนดให้มีลูกระนาด สัญญาณไฟกระพริบ และแผงกั้นรถยนต์บริเวณ ทางเข้า – ออกสะพานพิพาทที่ประชาชนสามารถมองเห็นได้ จึงเห็นได้ว่าเป็นการกำหนด มาตรการความปลอดภัยในการใช้รถใช้ถนนบนสะพานพิพาทไว้เหมาะสมตามสมควรแล้ว การก่อสร้างสะพานดังกล่าวจึงเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็น เอกชน³⁵

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งของฝ่ายปกครองใน การจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งการเกิดขึ้นของสัญญาทางปกครองจะต้องอาศัยความสมัครใจของ คู่สัญญาเช่นเดียวกับสัญญาเอกชน แต่วัตถุประสงค์ของสัญญาและสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาทาง ปกครองนั้นแตกต่างออกไปจากสัญญาเอกชน กล่าวคือ สัญญาทางปกครองมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ และในด้านสิทธิและ หน้าที่ของคู่สัญญาอาจปรากฏให้เห็นถึงสิทธิต่าง ๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้อำนาจแก่คู่สัญญาฝ่าย ปกครองหรือที่เรียกว่า “เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง” จากความแตกต่างทั้ง 2 ประการนี้จึงไม่ สามารถนำเอาหลักกฎหมายของสัญญาเอกชนเข้ามาใช้บังคับได้โดยตรง ดังนั้น สัญญาทาง ปกครองจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ หลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทาง ปกครองที่ปรากฏมีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ ได้แก่ หลักกฎหมายที่เกิดจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุด และหลักกฎหมายทั่วไปตามที่ปรากฏในคำพิพากษา

(3.1) หลักกฎหมายที่เกิดจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง สูงสุด

ในระบบกฎหมายไทยยังไม่ปรากฏบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วย สัญญาทางปกครองในรูปของพระราชบัญญัติ แต่มีการบัญญัติคำนิยาม “สัญญาทางปกครอง” ไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ว่า “สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น หน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติ” จากนิยามดังกล่าว เห็นได้ว่า สัญญาที่จะเป็นสัญญาทางปกครองนั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยหนึ่งฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครองหรือผู้ที่กระทำการแทนฝ่าย ปกครอง ประการที่สอง ต้องเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มี

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 1647/2550

สิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ³⁶ และจากการที่กฎหมายได้นิยามความหมายของสัญญาทางปกครองโดยใช้คำว่า “หมายรวมถึง” นั้น แสดงให้เห็นว่าสัญญาทางปกครองอาจมีใช้มีแค่สัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเท่านั้น แต่อาจมีสัญญาในรูปแบบอื่นที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองได้เช่นกัน และการพิจารณาว่าสัญญาใดมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น เป็นกรณีศาลปกครองและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจะต้องเป็นผู้วางหลักถึงลักษณะของสัญญาทางปกครองที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่อไป

ในเวลาต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักการเพิ่มเติมในการเป็นสัญญาทางปกครองไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2544 ดังนี้ “สัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้นั้น ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้กระทำการแทนรัฐ ประการที่สอง สัญญานั้นมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้น หากสัญญาใดเป็นสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐมุ่งผูกพันตนกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งด้วยใจสมัครบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและมีได้มีลักษณะเช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นย่อมเป็นสัญญาทางแพ่ง” ผลจากการกำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองตามมติที่ประชุมใหญ่ฯ ทำให้สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทยแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่ม คือ สัญญาทางปกครองโดยผลของกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 และสัญญาทางปกครองโดยสภาพตามที่กำหนดไว้ในมติที่ประชุมใหญ่ฯ ในการนี้ศาลปกครองได้นำหลักการพิจารณาความเป็นสัญญาทางปกครองตามแนวทางของมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดไว้มาใช้ในการวินิจฉัยคดี เช่น

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544 สัญญาจ้างก่อสร้างหอพักข้าราชการโรงพยาบาลของคณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มีข้อกำหนดที่ให้เอกสิทธิ์

³⁶ โภคิน พลกุล, “สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 4, 1 (มกราคม – เมษายน 2547): 51.

แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองเพียงฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาได้โดยที่ผู้รับจ้างซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญ หรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้แม้ไม่ได้มีระบุไว้ในสัญญาจ้าง อีกทั้งสัญญาดังกล่าวมีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองบรรลุผลซึ่งไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544 สัญญาศึกษาหลักสูตรการบินในโรงเรียนการบินทหารอากาศซึ่งกองทัพเรือได้ส่งผู้ฟ้องคดีเข้ารับการศึกษ โดยผู้ฟ้องคดีผูกพันตนว่าจะต้องรับราชการชดใช้ทุนเป็นเวลา 8 ปี นับแต่วันที่บรรจุเป็นนักบินซึ่งเป็นสัญญาที่กำหนดให้มีขึ้นตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยการศึกษาในต่างประเทศ พ.ศ. 2527 และข้อบังคับฯ (ฉบับที่ 4) โดยทำสัญญาตามแบบแนบท้ายข้อบังคับและวางหลักทรัพย์ค้ำประกัน ข้อบังคับดังกล่าวจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาสำหรับผู้ซึ่งทางราชการส่งไปศึกษา ซึ่งวัตถุประสงค์ของสัญญาคือผู้ฟ้องคดีต้องกลับมารับราชการในกระทรวงกลาโหมตามระยะเวลาที่กำหนดและข้อกำหนดดังกล่าวผู้ฟ้องคดีจะถูกจำกัดสิทธิของตนกรณีลาออกหรือโอนสังกัดหรือบอกเลิกสัญญา แต่ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญามีสิทธิและอำนาจเด็ดขาดในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบกำหนดไม่ว่ากรณีใดๆ หรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้ให้แก่กระทรวงกลาโหมโดยยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์แห่งสัญญาและข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาแพ่งทั่วไป สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 139/2547 สัญญาจ้างก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรม ระหว่างสำนักงานการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้าง เป็นสัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคสำหรับประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกันและมีข้อกำหนดที่มีลักษณะพิเศษที่ให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองเป็นอันมาก เช่น ข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่สั่งให้ผู้รับจ้างทำงานพิเศษ ข้อกำหนดที่ให้ผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้ ประกอบกับเป็นสัญญาสำเร็จรูปที่มีวัตถุประสงค์เพื่อก่อสร้างพัฒนาระบบแปลงเกษตรกรรมอันเป็นลักษณะพิเศษเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองบรรลุผลซึ่งเป็นลักษณะที่ไม่พบในสัญญาทางแพ่งทั่วไป นอกจากนี้ยังมีการตกลงให้ใช้สัญญาแบบปรับราคาได้ สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาทางปกครอง

(3.2) หลักกฎหมายทั่วไปตามที่ปรากฏในคำพิพากษา

นอกจากการวางหลักความเป็นสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้ว การพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองได้การวางหลักกฎหมายที่สำคัญทั้งเรื่องการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครองและความรับผิดชอบต่อกฎสัญญาเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง เพราะการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองมีผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามสัญญา บังคับการให้เป็นไปตามสัญญา แก้ไขข้อสัญญาได้ฝ่ายเดียว รวมไปถึงยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ซึ่งอำนาจดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้นมีอยู่แม้จะมีได้ปรากฏไว้อย่างชัดเจนในสัญญา ด้วยเหตุนี้ จึงต้องมีการกำหนดขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและการเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้เอกสิทธิ์ดังกล่าว

(3.2.1) ขอบเขตการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

แม้การมีเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองจะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในสัญญาทางปกครอง แต่เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองก็ไม่อาจนำมาใช้โดยไม่มีขอบเขต เพราะถ้าปล่อยให้เป็นอย่างนั้นจะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน และอาจส่งผลต่อการตัดสินใจในการเข้ามามีส่วนร่วมของเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อจำกัดขอบเขตของการใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองได้วางหลักการบางประการ ดังนี้

(ก) การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดยอมรับอำนาจของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาทางปกครองเพื่อให้สอดคล้องกับการจัดทำบริการสาธารณะ แต่ทั้งนี้ในการใช้อำนาจดังกล่าวตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องเป็นไปเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของสัญญาทางปกครอง ตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ด้วยเหตุที่ระหว่างการก่อสร้างถนนได้เกิดการทรุดตัวของดินด้านข้างถนนไหลเลื่อนลงคลองซึ่งจะทำให้ถนนชำรุดเสียหาย ดังนั้น การที่คณะกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลสั่งการด้วยวาจาให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างเขื่อนกันดินพังเพื่อให้การก่อสร้างถนนตามสัญญาสามารถดำเนินการต่อไปได้ เป็นการสั่งการที่มีอำนาจกระทำได้ โดยถือว่าเป็นงานพิเศษซึ่งอยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่งวัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อให้ก่อสร้างถนนตามสัญญาต่อไปได้ แม้การก่อสร้างเขื่อนดังกล่าวจะเป็นการตกลงด้วยวาจา แต่ก็ถือได้ว่าเป็นข้อตกลงส่วนหนึ่งของสัญญาก่อสร้างถนน³⁷

³⁷ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.16/2547

(ข) การยกเลิกสัญญาทางปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ศาลปกครองกลางนำหลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครองใช้พิจารณาข้อพิพาทในการบอกเลิกสัญญาให้สิทธิเก็บขยะมูลฝอยภายในเขตขององค์การบริหารส่วนตำบลท่าทรายอันเกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญาที่กำหนดไว้ กล่าวคือ ไม่ดำเนินการจัดเก็บขยะมูลฝอย ส่งผลให้มีขยะตกค้างเป็นจำนวนมากส่งกลิ่นเน่าเหม็นและประชาชนได้รับความเดือดร้อนรำคาญ ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าการบอกเลิกสัญญาต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่กำหนดให้คู่สัญญาต้องกลับคืนสู่สถานะเดิมภายหลังการบอกเลิกสัญญาและคำนึงถึงหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในสัญญาทางปกครองที่รัฐจะต้องไม่ใช้สิทธิตามสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบเอกชนคู่สัญญาเป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เว้นแต่จะเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น องค์การบริหารส่วนตำบลท่าทรายจึงต้องคืนเงินค่าตอบแทนสิทธิประจำปีให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ตามส่วนของระยะเวลาที่ได้บอกเลิกสัญญาพร้อมดอกเบี้ยตามกฎหมายในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีจากต้นเงินดังกล่าว นับแต่วันที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนได้รับชำระไว้จนกว่าจะชำระเสร็จ³⁸

เห็นได้ว่า แม้การยกเลิกสัญญาเกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน แต่การใช้อำนาจยกเลิกสัญญาของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครองขึ้นมากล่าวอ้างเพื่อเป็นแนวทางในการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาว่า ฝ่ายปกครองต้องไม่ใช้สิทธิตามสัญญาในลักษณะที่เป็นการเอาเปรียบเอกชนคู่สัญญาเป็นอย่างมาก เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะได้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเท่านั้น

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองกลางได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในสัญญาทางปกครองว่าด้วยการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะมาพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยรวม ซึ่งในคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า เทศบาลนครสมุทรสาครได้ว่าจ้างให้เอกชนทำการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยรวมของจังหวัดสมุทรสาคร แต่ในระหว่างการดำเนินการก่อสร้างตามสัญญา ชาวบ้านในบริเวณที่ก่อสร้างทำการต่อต้านคัดค้านโครงการ เนื่องจากเกรงว่าน้ำเน่าเสียจากขยะมูลฝอยจะไหลไปตามลำคลองต่าง ๆ จะกระทบต่อการประกอบอาชีพทำสวน เหตุการณ์ต่อต้านคัดค้านโครงการรุนแรงถึงขั้นมีการใช้อาวุธปืนจนตำรวจต้องเข้าระงับเหตุ และเทศบาลนครสมุทรสาคร

³⁸ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 153/2547

ไม่สามารถแก้ไขปัญหากับกลุ่มชาวบ้านที่คัดค้านได้จึงมีหนังสือขอยกเลิกสัญญาการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยดังกล่าวกับคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ในกรณีนี้ ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยรวมของจังหวัดสมุทรสาครเป็นสัญญาทางปกครองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผล ซึ่งตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาทางปกครองประการหนึ่งกำหนดให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐใช้สิทธิเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียวหากมีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เมื่อปรากฏว่าเทศบาลนครสมุทรสาครเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและดำเนินการกำจัดขยะมูลฝอยสิ่งปฏิกูล ดังนั้น การที่เทศบาลนครสมุทรสาครพิจารณาเห็นว่าการก่อสร้างดังกล่าวก่อให้เกิดความรุนแรงเสียหายอันเกิดจากการชุมนุมประท้วงของประชาชนในบริเวณที่ทำการก่อสร้าง และเห็นว่าหากดำเนินโครงการต่อไปอาจเกิดความเสียหายแก่ชีวิตและทรัพย์สินของทั้งทางราชการ ประชาชนและเอกชนคู่สัญญา อีกทั้งการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนมีความจำเป็นและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะและหน่วยงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยตรงมากกว่า การเลิกสัญญาจ้างก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยตามสัญญาดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจเลิกสัญญาทางปกครองโดยฝ่ายเดียวตามหลักสัญญาทางปกครองโดยชอบแล้ว³⁹ จากคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองยอมรับการใช้ออกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการบอกเลิกสัญญาแม้จะมีได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญา แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ

(3.2.2) การเยียวยาคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจากการใช้ออกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง

การใช้ออกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองสั่งการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญา หรือการยกเลิกสัญญาโดยมิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญา การใช้อำนาจดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งในเรื่องสถานะทางการเงินและสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะได้รับจากการเป็นคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง ดังนั้น เพื่อเป็นการเยียวยาคู่สัญญาจากการใช้ออกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองได้วางหลักการในการชดเชยความเสียหายดังกล่าวเช่นที่ปรากฏในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) กรณีที่ฝ่ายปกครองสั่งการให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนดำเนินการเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในสัญญา ศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ว่าเมื่อผู้ฟ้องคดีดำเนินงานที่เพิ่มเติมจนเสร็จเรียบร้อยตามที่ฝ่ายปกครองสั่งการ ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบค่าจ้างในงานดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน หลักการนี้ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

³⁹ คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 362/2548

ที่ อ.16/2547 ว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้รับจ้างก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็กเรียบคลองของ องค์การบริหารส่วนตำบลดำเนินการก่อสร้างเชื่อมกันดินพังตามที่ประธานกรรมการบริหาร องค์การบริหารส่วนตำบลได้สั่งการด้วยวาจา และเป็นการสั่งการที่อยู่ในขอบข่ายทั่วไปแห่ง วัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อให้ก่อสร้างถนนตามสัญญาต่อไปได้ ดังนั้น เมื่อกรณีดังกล่าวมิได้ เกิดจากการสมยอมระหว่างผู้แทนของหน่วยงานของรัฐกับผู้รับจ้าง หรือเกิดจากการความผิด ของผู้รับจ้าง หรือผู้รับจ้างต้องการหลีกเลี่ยงการประกวดราคา แม้จะเป็นกรณีที่ไม่ผ่านขั้นตอน การจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 แต่โดยที่การดำเนินการตามระเบียบดังกล่าวเป็นขั้นตอนการปฏิบัติภายในของ หน่วยงาน องค์การบริหารส่วนตำบลจึงไม่อาจนำการไม่ปฏิบัติตามระเบียบฯ มาเป็นเหตุผล ปฏิเสธความรับผิดได้ เมื่อผู้ฟ้องคดีก่อสร้างเชื่อมตามที่มีการสั่งการให้ทำเพิ่มเติมจนเสร็จ เรียบร้อยแล้ว ย่อมมีสิทธิได้รับชำระค่าจ้างเป็นการตอบแทนตามจำนวนที่ตกลงกันได้

(ข) การที่ฝ่ายปกครองยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อ ประโยชน์สาธารณะ ศาลปกครองยอมรับว่าเป็นการใช้อำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไปในสัญญา ทางปกครอง แต่เมื่อการเลิกสัญญาดังกล่าวมิได้เกิดจากความผิดของคู่สัญญาฝ่ายเอกชน ฝ่าย ปกครองจึงมีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญา เช่น เพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของ ประชาชนในพื้นที่ ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 322/2548 ที่ประชาชนใน พื้นที่เทศบาลนครสมุทรสาครไม่พอใจที่มีการก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลใน บริเวณดังกล่าว จึงมีการชุมนุมประท้วงและมีเหตุการณ์ความรุนแรงเกิดขึ้น เทศบาลนคร สมุทรสาครจึงยกเลิกสัญญาก่อสร้างระบบกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูลดังกล่าว ซึ่งศาล ปกครองเห็นว่ากรยกเลิกสัญญาในกรณีนี้เป็นการเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะที่เป็นไป ตามหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง แต่การเลิกสัญญาดังกล่าวองค์การบริหารส่วนตำบลต้อง ชดเชยค่าเสียหายให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ส่วนการชดเชยค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการบอกเลิก สัญญาจะเป็นจำนวนเท่าไรนั้น ศาลปกครองได้นำมาตรา 391 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ ที่กำหนดว่า “เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้อง ให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม แต่ทั้งนี้จะให้เป็นที่เสื่อมเสียแก่สิทธิของ บุคคลภายนอกหาได้ไม่ ส่วนเงินอันจะต้องใช้คืนในกรณีดังกล่าวมาในวรรคต้นนั้น ท่านให้บวก ดอกเบี้ยเข้าด้วย คิดตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้ ส่วนที่เป็นการทำงานอันได้กระทำให้และเป็นการยอมให้ ใช้ทรัพย์สินนั้น การที่จะชดเชยคืนท่านให้ทำได้ด้วยใช้เงินตามควรค่าแห่งการนั้นๆ หรือถ้าในสัญญา มีกำหนดว่าให้ใช้เงินตอบแทนก็ให้ใช้ตามนั้น การใช้สิทธิบอกเลิกสัญญานั้นหากกระทบกระทั่งถึง สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายไม่” มาใช้บังคับกับการบอกเลิกสัญญาในกรณีนี้

(ค) กรณีที่ฝ่ายปกครองสั่งระงับสัญญาสัมปทานโดยมิได้ เกิดจากความผิดของผู้รับสัมปทานและส่งผลให้ผู้รับสัมปทานได้รับความเสียหายเป็นอย่างยิ่ง

เพราะได้ลงทุนในการดำเนินการเป็นจำนวนมาก ศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดหลักการเยียวยาความเสียหายในกรณีนี้ไว้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.374/2549 ว่า เมื่อกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยอธิบดีกรมป่าไม้มีคำสั่งให้ผู้รับสัมปทานระงับการทำไม้ตามสัญญาสัมปทานทำไม้ป่าชายเลนและไม่ส่งมอบพื้นที่ให้ผู้รับสัมปทานเข้าทำไม้ตามสัญญา โดยอ้างว่าเป็นการสั่งการตามมติคณะรัฐมนตรีและเป็นการใช้อำนาจตามสัญญา จนเป็นเหตุให้ผู้รับสัมปทานได้รับความเสียหายไม่สามารถดำเนินกิจการในสัมปทานส่วนที่เหลือต่อไปได้ หน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นคู่สัญญาสัมปทานจึงต้องชดเชยค่าเสียหายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การดำเนินการทำไม้ตามสัญญาสัมปทานให้แก่ผู้รับสัมปทาน เช่น ค่าเสียหายในส่วนของเงินลงทุนในการจัดทำทางเดินและท่าเทียบเรือ เงินลงทุนในการสร้างเตาเผาถ่าน เงินลงทุนค่าก่อสร้างบ้านพักโรงงาน และเงินลงทุนจัดซื้อเครื่องใช้ อุปกรณ์ และยานพาหนะที่ใช้ในการ ดำเนินกิจการทำไม้ตามเงื่อนไขสัมปทาน เป็นต้น

(ง) กรณีที่ฝ่ายปกครองยกเลิกสัญญาอันเนื่องมาจากคู่สัญญา ฝ่ายเอกชนปฏิบัติงานล่าช้าไม่ทันกำหนด การยกเลิกสัญญาจึงเกิดจากความผิดของคู่สัญญา ฝ่ายเอกชน ในกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดมิได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องชดเชยความเสียหายจากการบอกเลิกสัญญา ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.273/2550 ซึ่งสรุปได้ว่า กรณีที่เอกชนผู้รับจ้างหยุดพักงานโดยไม่มีสาเหตุ และเข้าปฏิบัติงานเมื่อเหลือเวลาเพียงไม่ถึงหนึ่งในสี่ของระยะเวลาทั้งหมดตามสัญญา ในขณะที่ต้องปฏิบัติงานทั้งหมดให้แล้วเสร็จตามสัญญา การที่หน่วยงานทางปกครองผู้ว่าจ้างบอกเลิกสัญญา จึงเป็นการใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยชอบ ผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องรับผิดชอบชดเชยค่าเสียหายตามสัญญาให้แก่ผู้รับจ้าง

(4) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ

การจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวมต้องเป็นไปอย่างต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่ เสมอ และต้องให้บริการแก่ประชาชนอย่างเสมอภาค หลักการเหล่านี้เป็นสิ่งที่ผู้จัดทำบริการ สาธารณะต้องยึดถือและนำมาปฏิบัติ การจัดทำบริการสาธารณะใดที่ขัดกับหลักการดังกล่าว ย่อมเป็นเหตุให้ผู้ใช้บริการสาธารณะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

คดีพิพาทอันเกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะที่เข้าสู่การพิจารณาของ ศาลปกครอง ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการจ่ายกระแสไฟฟ้าของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ตามที่ ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.162/2552 ในกรณีพิพาทนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เช่า บ้านพักอาศัยได้รับความเดือดร้อนจากการที่ผู้ให้เช่าตัดฝากมิเตอร์ไฟฟ้าสำหรับบ้านเช่า ดังกล่าวเป็นการชั่วคราวต่อผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจังหวัดกำแพงเพชร เป็นเหตุให้ ผู้ฟ้องคดีไม่มีกระแสไฟฟ้าสำหรับดำรงชีวิตและประกอบอาชีพ จึงร้องขอให้ผู้จัดการการไฟฟ้า

ส่วนภูมิภาคจังหวัดกำแพงเพชรต่อมิเตอร์กลับและจ่ายกระแสไฟฟ้าให้ผู้ฟ้องคดี แต่เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีข้อพิพาทกับเจ้าของห้องเช่าจึงไม่อาจนำหนังสือมอบอำนาจหรือหนังสือยินยอมของเจ้าของบ้านมายื่นประกอบคำขอให้ไฟฟ้าต่อผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ได้ ผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ จึงปฏิเสธที่จะติดตั้งมิเตอร์และจ่ายกระแสไฟฟ้าให้กับผู้ฟ้องคดี โดยในชั้นอุทธรณ์ผู้ฟ้องคดีอ้างว่า กรณีนี้เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลปกครองชั้นต้นจึงต้องนำหลักกฎหมายมหาชนมาใช้บังคับ ซึ่งได้แก่หลักการให้บริการแก่ประชาชนโดยเสมอภาคและความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เมื่อผู้ฟ้องคดีมาแสดงเจตนาต่อผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ขอให้จำหน่ายกระแสไฟฟ้าต่อไปดังเดิม ผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ จึงมีหน้าที่ต้องจำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้ผู้ฟ้องคดีทันทีตามหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เพราะประชาชนต้องใช้ไฟฟ้าในการดำรงชีวิตประจำวันจะขาดเสียมิได้มิฉะนั้นจะเดือดร้อนอย่างมาก การปฏิเสธการจำหน่ายกระแสไฟฟ้าให้ผู้ฟ้องคดี โดยอ้างระเบียบว่าผู้เช่าบ้านต้องยื่นหนังสือมอบอำนาจหรือหนังสือยินยอมของเจ้าของบ้าน ทั้ง ๆ ที่รู้อยู่แล้วว่าผู้ฟ้องคดีมีข้อพิพาทกับเจ้าของบ้านเช่าจึงเป็นการพันวิสัยที่ผู้ฟ้องคดีจะนำหนังสือดังกล่าวมายื่นต่อผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ได้ การปฏิเสธการจำหน่ายกระแสไฟฟ้าของผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ จึงขัดกับหลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะที่ต้องการให้ประชาชนได้รับบริการได้ง่าย สะดวก รวดเร็วและดีเสมอภาคกัน แต่กลับสร้างระเบียบซึ่งมีขั้นตอนโดยไม่จำเป็นและสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้าเกินสมควรขัดกับกฎหมายมหาชนว่าด้วยการบริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า กิจการตามวัตถุประสงค์ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคเป็นกิจการบริการสาธารณะ และเป็นความจริงดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างมาในคำอุทธรณ์ว่าในการจัดทำกิจการสาธารณะดังกล่าว การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคต้องจัดทำให้มีความต่อเนื่องไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอและโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องให้บริการแก่ประชาชนผู้ขอใช้บริการอย่างเสมอภาค คือ ไม่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ขอใช้บริการไม่ว่าในเรื่องราคา ค่าธรรมเนียม บริการที่ให้หรือเวลาในการให้บริการ ฯลฯ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การผลิต จัดให้ได้มา จัดส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าอันเป็นกิจการสาธารณูปโภคและกิจการสาธารณะดังกล่าวดำเนินไปด้วยความเป็นระเบียบเรียบร้อยและอย่างมีประสิทธิภาพ การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคและพนักงานของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจึงต้องจัดทำกิจการสาธารณะดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายกำหนดด้วย และเมื่อได้พิจารณาระเบียบการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ว่าด้วยการใช้ไฟฟ้าและบริการของการใช้ไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2534 และคำสั่งการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค ที่ อ.5/2531 เรื่อง อัตราค่าธรรมเนียมการใช้ไฟฟ้าและค่าบริการ ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2531 ดังกล่าวโดยตลอดแล้ว ก็ไม่ปรากฏว่ามีข้อความในข้อใดหรือตอนใดขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าหน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่จัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องจัดทำกิจการบริการสาธารณะให้มีความต่อเนื่อง ไม่หยุดชะงัก ต้องปรับปรุง

เปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อประชาชนผู้ใช้บริการ หรือขัดหรือแย้งต่อมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 ที่บัญญัติว่า การดำเนินกิจการของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคให้คำนึงถึงความปลอดภัย ประโยชน์ของรัฐและประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใช้ไฟฟ้ามีความเห็นตามอัธยาศัยของตนว่ามีความจำเป็นต้องเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราว ผู้ใช้ไฟฟ้ามีสิทธิขอตัดฝากมิเตอร์ไว้เป็นการชั่วคราวได้และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคต้องยินยอมให้ผู้ใช้ไฟฟ้าเลิกใช้ไฟฟ้าเป็นการชั่วคราวได้โดยไม่จำเป็นต้องทำการตรวจสอบความจำเป็นในทางวิศวกรรมที่จะต้องเลิกใช้ไฟฟ้า การที่ผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ดำเนินการตัดฝากมิเตอร์ไฟฟ้าตามคำขอของเจ้าของบ้านจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นการละเมิดผู้ฟ้องคดี นอกจากนี้ผู้ที่มีสิทธิขอให้การไฟฟ้าส่วนภูมิภาคหรือผู้ว่าการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ต่อมิเตอร์กลับ คือ ผู้ใช้ไฟฟ้าที่ได้ร้องขอให้มีการตัดฝากมิเตอร์ไว้เป็นการชั่วคราว และการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคหรือเจ้าหน้าที่ของการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคจะมีหน้าที่ดำเนินการต่อมิเตอร์กลับก็ต่อเมื่อผู้ใช้ไฟฟ้างดงกล่าวร้องขอ ดังนั้น การที่ผู้จัดการการไฟฟ้าส่วนภูมิภาคฯ ไม่ดำเนินการต่อมิเตอร์ซึ่งได้มีการตัดฝากไว้เป็นการชั่วคราวและจ่ายกระแสไฟฟ้าตามมิเตอร์ดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่อะไรที่ผิดกฎหมายกำหนด

(5) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนมาใช้เป็นส่วนหนึ่งเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการออกกฎที่มีผลย้อนหลังซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและกฎดังกล่าวมิได้ผ่านขั้นตอนการออกกฎที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามข้อเท็จจริงดังนี้

เทศบาลเมืองตากได้ประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเข้ารับราชการและแต่งตั้งเป็นพนักงานเทศบาลสามัญของเทศบาลเมืองตาก ประจำปี พ.ศ. 2548 เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2545 โดยข้อ 11 ของประกาศดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขการขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันไว้ว่า การขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้จะเรียงลำดับที่จากผู้สอบได้คะแนนสูงสุดลงมาตามลำดับ และจะขึ้นบัญชีไว้เท่ากับจำนวนตำแหน่งที่ว่างจริงในประกาศสอบแข่งขัน ผู้สอบแข่งขันได้ที่เหลือจะขึ้นบัญชีเรียงตามลำดับที่ในแต่ละตำแหน่งเป็นรายภาคจากคะแนนมากไปหาน้อยตามความสมัครใจของผู้สมัครสอบที่ได้แสดงความประสงค์ไว้เป็นรายภาคในขณะสมัครสอบ โดยกำหนดรับสมัครสอบตั้งแต่วันที่ 9 มกราคม 2549 ถึงวันที่ 31 มกราคม 2549 กำหนดวันสอบแข่งขันในวันที่ 1 และวันที่ 2 เมษายน 2549 แต่เนื่องจากมีพระราชกฤษฎีกากำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันอาทิตย์ที่ 2 เมษายน 2549 เทศบาลจึงประกาศยกเลิกวันสอบแข่งขันที่ได้กำหนดไว้เดิม และประกาศกำหนดวันสอบแข่งขันใหม่เป็นวันที่ 27 และวันที่ 28 มีนาคม 2549 ในระหว่างการดำเนินการจัดสอบแข่งขันนี้ คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลมีมติลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ให้กำหนดมาตรการแก้ไข

ปัญหาการทุจริตในการสอบแข่งขันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเนื้อหาส่วนหนึ่งของมติ กำหนดให้ กรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการสอบแข่งขันให้ใช้บัญชีได้เฉพาะองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หากคณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่นจังหวัดเป็นผู้ดำเนินการจัด สอบแข่งขันให้ใช้บัญชีได้เฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดนั้น ห้ามใช้บัญชีข้าม จังหวัด นอกจากนี้คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้มีหนังสือวิทญูแจ้งคณะกรรมการ พนักงานเทศบาลจังหวัดตาก (ก.ท.จ.ตาก) ทราบ และให้ชะลอการดำเนินการสอบแข่งขัน จนกว่าจะได้รับแจ้งให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด เว้นแต่กรณีที่ได้รับสมัคร ไว้ก่อนวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ให้ดำเนินการต่อไป แต่หากยังไม่ถึงกำหนดวันสอบแข่งขัน ให้ประกาศเพิ่มเติมให้ผู้สมัครสอบแข่งขันทราบว่าไม่สามารถใช้บัญชีข้ามจังหวัดได้ ต่อมา คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้ออกประกาศ เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขัน เพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 โดยให้ยกเลิกหลักเกณฑ์ การสอบแข่งขันเดิมและกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันใหม่ตามมติของคณะกรรมการกลาง เทศบาล และให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ซึ่งเป็นวันที่ คณะกรรมการดังกล่าวมีมติกำหนดหลักเกณฑ์ เทศบาลเห็นว่าการสั่งการของคณะกรรมการ กลางเทศบาลไม่ถูกต้องตามขั้นตอน กระบวนการ เพราะยังไม่ได้กำหนดเป็นหลักเกณฑ์ของ คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) แล้วนำเข้าสู่การพิจารณาของ ก.ท.จ.ตาก เพื่อ ประกาศใช้บังคับกับผู้ฟ้องคดี หนังสือสั่งการดังกล่าวจึงขัดต่อมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติ ระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 จึงยื่นฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนมติ ดังกล่าว

ในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะกรรมการกลาง เทศบาล ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาในประเด็นสถานะทางกฎหมายและผลบังคับทาง กฎหมายของมติดังกล่าว ว่า ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนและความชัดเจนของ กฎหมาย กฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติหรืออนุบัญญัติจะต้องมีความแน่นอนและชัดเจน เพียงพอให้บุคคลที่อยู่ในบังคับสามารถเข้าใจได้และสามารถกำหนดพฤติการณ์ของตนเองได้ อีกทั้งวิธีปฏิบัติในการตราอนุบัญญัติต่าง ๆ ของไทยที่ผ่านมาในกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนด รูปแบบและวิธีการไว้อย่างชัดเจน ก็จะมีการนำเอามติของคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจในการออก กฎ มาเรียบเรียงเนื้อความเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นข้อ ๆ ในรูปแบบของร่างกฎ ร่างระเบียบ หรือร่างประกาศ มีการสอบทานความถูกต้องและชัดเจนของเนื้อหาว่าตรงตามมติของ คณะกรรมการหรือไม่ แล้วนำเสนอร่างกฎ ร่างระเบียบหรือร่างประกาศนั้นให้คณะกรรมการนั้น ตรวจสอบพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง จากนั้นก็ต้องเสนอให้ประธานของคณะกรรมการนั้นเป็นผู้ลงนาม โดยจะต้องมีการระบุวันที่ร่างกฎ ร่างระเบียบ หรือร่างประกาศนั้นจะมีผลใช้บังคับและหรือวันที่จะ ประกาศใช้ แล้วจะต้องมีการนำไปประกาศให้ผู้ที่จะอยู่ในบังคับได้รับทราบตามระเบียบปฏิบัติของ ทางราชการ เห็นได้ว่า การกำหนดมาตรฐานทั่วไปโดยคณะกรรมการกลางเทศบาลนั้น

ต้องกระทำในรูปแบบของประกาศที่มีการลงนามแสดงความรับผิดชอบโดยประธานคณะกรรมการกลางเทศบาล มีการระบุวันที่มีการประกาศใช้ประกาศดังกล่าวและมีการประกาศให้ผู้ที่อยู่ในบังคับได้ทราบโดยทั่วกัน ดังนั้น มติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ของคณะกรรมการกลางเทศบาลที่ได้มีการแจ้งเวียนให้ ก.ท.จ. ทุกแห่งทราบผ่านทางหนังสือวิทยุจึงเป็นได้เพียงมติของคณะกรรมการกลางเทศบาลที่เป็นเรื่องภายในของคณะกรรมการยังไม่มีสถานะและผลบังคับทางกฎหมายเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับกับ ก.ท.จ. ซึ่งเป็นผู้อยู่ในบังคับโดยตรงได้ รวมทั้งในส่วนของเทศบาลที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ท.จ. กำหนดก็ไม่ได้อยู่ในบังคับโดยตรงของมาตรฐานทั่วไปของคณะกรรมการกลางเทศบาล โดยสรุป มติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้บังคับกับการดำเนินการเกี่ยวกับการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานเทศบาลสามัญและประกาศผลการสอบแข่งขันพนักงานเทศบาลของเทศบาลเมืองตาก และการที่คณะกรรมการกลางเทศบาลจะยกเลิกมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดไว้เดิมและจะกำหนดมาตรฐานทั่วไปขึ้นใหม่ที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากมาตรฐานเดิมในนัยที่สำคัญเช่นนี้ จะต้องกำหนดให้มีผลใช้บังคับในอนาคต เพื่อให้ ก.ท.จ. ต่างๆ ได้มีเวลาดำเนินการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ และให้เทศบาลต่างๆ รวมทั้งผู้สมัครสอบแข่งขันได้มีโอกาสพิจารณาปรับตัวให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นใหม่ ดังนั้น การออกประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁰

4.3.2 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสัญญาญติ

การนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสัญญาญติมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองได้รับการรับรองไว้ในข้อ 5 ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งกำหนดว่า

“วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบได้สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

ในบางกรณีศาลปกครองได้นำเอาวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่การใช้หลักการดังกล่าว

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2551 (คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน ได้แก่ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 64 – 79/2551 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.403/2552)

จำเป็นต้องคำนึงถึงความเหมาะสมต่อระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองอันมีลักษณะเป็นการสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและเสรีภาพของประชาชนและมีวัตถุประสงค์ที่จะถ่วงดุลการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้มีอำนาจชี้ขาด อีกทั้งหลักกฎหมายที่นำมาใช้ต้องมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไป เช่น หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลักความเป็นกลาง และหลักการฟังความทุกฝ่าย อย่างไรก็ตาม จากการค้นคว้าคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง พบว่าหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทยสามารถแบ่งออกได้ 3 กรณี คือ หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง

(1) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

เขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อย่างไรก็ตาม การกระทำบางอย่างแม้จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง แต่ก็มิใช่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เช่น มาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชำนาญพิเศษ เป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง หรือในกรณีมาตรา 223 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น” หรือในกรณีมาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า “ไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพของ บสท. ตามพระราชกำหนดนี้และการออกระเบียบหรือข้อบังคับ คำสั่ง คำวินิจฉัย การอนุญาต และการกระทำอื่นใดของคณะกรรมการและคณะกรรมการบริหารอันเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ด้วยคุณภาพตามพระราชกำหนดนี้” เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อันเป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลนอกเหนือจากที่มี การกำหนดไว้ในกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลของศาลปกครอง ได้แก่

(ก) การกระทำทางการเมืองของฝ่ายบริหาร

การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติใด ถือเป็นขั้นตอนหนึ่งในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาและเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมามีกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าว อันถือเป็นการกระทำของฝ่าย

บริหารตามรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁴¹

(ข) นโยบายของฝ่ายบริหาร

กรณีที่นายกรัฐมนตรีมีนโยบายให้สำรวจผู้ต้องขังที่ไม่ได้กระทำผิดหรืออาจเป็นผู้บริสุทธิ์ที่ขาดโอกาสในการพิสูจน์ความจริงตามกระบวนการยุติธรรมเพื่อให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย และกรมราชทัณฑ์ได้ดำเนินการตามนโยบายดังกล่าว ซึ่งแม้จะทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องเสียค่าใช้จ่ายในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน แต่การกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวมิใช่การใช้อำนาจในทางกฎหมาย กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴²

(ค) การกระทำทางนิติบัญญัติ

การที่คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งทำหน้าที่วุฒิสภาตามมาตรา 293 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พิจารณาเสนอรายชื่อบุคคลที่เห็นสมควรเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 6 คน และสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาเลือกเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 2 คน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมิได้กระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่กระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกระบวนการพิจารณาดังกล่าว กรณีจึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴³ หรือกรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เกี่ยวกับการรอนสิทธิ และให้บังคับหรือปรับใช้ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 นั้น การพิจารณายกเลิกหรือแก้ไขพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551

⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 345/2551

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 438/2551

โดยศาลปกครอง กรณีจึงไม่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴⁴

(ง) การใช้อำนาจทางตุลาการ

การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁴⁵

(จ) การกระทำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

คดีอาญาเป็นเรื่องของขั้นตอนการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การลงโทษ ผู้กระทำความผิดในคดีอาญา อย่างไรก็ตาม ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คือ พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการนั้น อาจมีการกระทำทางปกครองปะปนอยู่ด้วย ขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่การกระทำใดที่พนักงานสอบสวนหรือพนักงานอัยการกระทำนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ การกระทำนั้นจะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง⁴⁶

ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยว่า การดำเนินการดังต่อไปนี้เป็นเรื่องของการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

- การที่ผู้แทนหรือผู้มีอำนาจทำการแทนหน่วยงานทางปกครอง มอบอำนาจให้ทนายความไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน เพื่อให้ดำเนินคดีอาญากับผู้ฟ้องคดีในข้อหาหมิ่นประมาท เป็นการใช้สิทธิในฐานะผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ดังนั้น การฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนหนังสือมอบอำนาจและเพิกถอนการดำเนินคดีอาญากับผู้ฟ้องคดี จึงมิใช่คดีพิพาท

⁴⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 802/2551

⁴⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 885/2551

⁴⁶ คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 19/2545

ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการทางปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁴⁷

- การที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องผู้ฟ้องคดีในความผิดฐานร่วมกันออกไปกำกับภาษีโดยไม่มีสิทธิออก ถือได้ว่าเป็นขั้นตอนดำเนินการเพื่อนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิดทางอาญา ซึ่งเป็นขั้นตอนที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง และอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม ดังนั้น แม้ว่าการกระทำดังกล่าวของพนักงานอัยการจะส่งผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีโดยตรง แต่ก็เป็นการใช้อำนาจตามขั้นตอนที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่พนักงานอัยการกระทำดังกล่าว จึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴⁸

- การที่ผู้กำกับสถานีตำรวจมีหนังสือขออายัดตัวผู้ฟ้องคดีต่อเรือนจำ เป็นวิธีการหนึ่งในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ได้ตัวผู้ฟ้องคดี ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาในคดีที่ได้ขออายัดตัวไว้ นั้นมาดำเนินการสอบสวนเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิด และเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องลงโทษตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การกระทำดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม กรณีไม่เข้าเกณฑ์เป็นคดีพิพาทตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ⁴⁹

- การยึดและอายัดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด นอกจากเป็นการลงโทษทางอาญาตามมาตรา 18 วรรคหนึ่ง (5) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ยังเป็นมาตรการทางอาญาที่พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อให้การปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ดังนั้น การตรวจสอบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการยึดหรืออายัดทรัพย์สินดังกล่าว จึงถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจกระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งเลขานุการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด ที่มีคำสั่งยึดและหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจึงเป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่

⁴⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 54/2551

⁴⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 417/2551

⁴⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 418/2551

เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการนำผู้กระทำความผิดทางอาญาในความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมาลงโทษไว้เป็นการเฉพาะนอกเหนือจากที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปกำหนด และอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม⁵⁰

- การเปรียบเทียบปรับผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับภาษีอากรเป็นการดำเนินการของเจ้าพนักงานในคดีอาญาซึ่งอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁵¹

- การที่พนักงานสอบสวนยึดสัญญาเช่าซื้อรถยนต์ หนังสือมอบอำนาจจากผู้เช่าซื้อ และแบบคำขอโอนและรับโอนรถยนต์ของกรมการขนส่งทางบก ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งอ้างว่ารับโอนรถยนต์คันดังกล่าวจากผู้เช่าซื้อ เพื่อตรวจสอบลายมือชื่อของผู้เช่าซื้อ และคืนรถยนต์ให้แก่บริษัทผู้ให้เช่าซื้อซึ่งเป็นเจ้าของที่แท้จริง เนื่องจากสงสัยว่ามีการกระทำความผิดอาญาฐานปลอมเอกสาร ใช้เอกสารปลอม และยกยอกทรัพย์หรือรับของโจร ถือเป็นดำเนินการสืบสวนสอบสวนเพื่อนำตัวผู้กระทำความผิดทางอาญาดังกล่าวมาลงโทษ อันเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาบัญญัติไว้ คดีพิพาทดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁵²

- กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ป่าไม้ยึดทรัพย์สินของ ผู้ฟ้องคดี โดยกล่าวหาว่าบุกรุก กั้นสร้าง แผ้วถาง หรือกระทำการใดๆ อันเป็นการยึดถือครอบครองป่าเพื่อตนเองหรือผู้อื่น ตั้งโรงงานแปรรูปไม้โดยไม่ได้รับอนุญาต มีไม้หวงห้ามและสัตว์ป่าคุ้มครองไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต และมีไว้ในครอบครองหรือค้าวิญญูโทษคมนาคมโดยไม่ได้รับอนุญาต และการที่พนักงานอัยการมีคำสั่งฟ้องผู้ฟ้องคดีกับพวกในข้อหาดังกล่าว เป็นขั้นตอนนำไปสู่การฟ้องคดีอาญาต่อศาลยุติธรรมเพื่อพิสูจน์ว่าผู้ฟ้องคดีกับพวกได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาและของกลางที่ยึดไว้เป็นทรัพย์สินที่มีไว้ ได้ใช้หรือได้มาจากการกระทำความผิดอันควรริบหรือไม่ เพื่อให้ศาลยุติธรรมได้พิจารณาตรวจสอบตามประมวล

⁵⁰ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 471/2551 (นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 473/2551 และที่ 755/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

⁵¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 484/2551

⁵² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 488/2550

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง⁵³

- กรณีที่พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนแล้วเห็นว่า เป็นเรื่องที่ไม่ปรากฏตัวผู้กระทำผิดและเสนอสำนวนการสอบสวนต่อพนักงานอัยการสั่งการสอบสวนนั้น เป็นขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าพนักงานในคดีอาญาที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลยุติธรรม ดังนั้น การฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งการสอบสวน จึงมิใช่เป็นคดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁵⁴

- การที่พนักงานสอบสวนแจ้งอายัดหรือเพิกถอนการอายัดเงินฝากในบัญชีธนาคารของผู้ต้องหาในคดีอาญา เนื่องจากเป็นเงินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในคดีอาญา ย่อมเป็นการดำเนินกระบวนการทางอาญาที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม⁵⁵

- กรณีฟ้องว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา โดยมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าว เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งจะดำเนินคดีเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางอาญากับเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษา⁵⁶

- กรณีที่เจ้าหน้าที่ตุลาการยึดสินค้าของผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินคดีในความผิดฐานแสดงก้ำกึ่งเป็นเท็จและความผิดฐานนำของต้องห้ามเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งเป็นความผิดอาญาตุลาการ เป็นการกระทำตามกฎหมายพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีการบัญญัติโทษอาญาและให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง จึงเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หากใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดย

⁵³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 609/2551 (นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 836/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

⁵⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 478/2551 (นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 554/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

⁵⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 614/2551

⁵⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 718/2551 (นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 890/2551 และที่ 913/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่อย่างใด⁵⁷

- กรณีฟ้องว่า องค์การบริหารส่วนตำบลห้วยทรายปล่อยให้มีการลักลอบตัดต้นไม้และทำลายทรัพย์สินของโครงการหมู่บ้านจัดสรร ขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้นายอำเภอควบคุมดูแลผู้ถูกฟ้องคดีให้ดำเนินการเพื่อมิให้มีการลักลอบตัดต้นไม้และทำลายทรัพย์สินของโครงการ และฟ้องว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการตามจับกุมผู้กระทำผิดที่จัดทำลายบ้าน ขโมยทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีและขโมยเหล็กกันทางเข้าออกของหมู่บ้านตามที่ผู้ฟ้องคดีได้แจ้งความไว้ต่อพนักงานสอบสวนแล้ว ขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ตำรวจติดตามจับกุมคนร้ายที่จัดทำบ้าน ขโมยทรัพย์สิน และขโมยเหล็กกันทางเข้าออกของหมู่บ้านตามที่แจ้งความไว้ เป็นคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจกระทำการในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา หรือเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายอื่นที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการนำผู้กระทำผิดทางอาญามาลงโทษตามกฎหมายกำหนด หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงเป็นคดีพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁵⁸

(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง

เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเป็นเงื่อนไขที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามให้ครบถ้วน เพื่อให้ศาลจะสามารถรับคำฟ้องไว้พิจารณาและแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีต่อไปได้ ในกรณีที่คำฟ้องใดที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดีและเป็นกรณีที่ไม้อาจแก้ไขได้ ศาลจะมีคำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณา อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง ศาลปกครองสูงสุดได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดีบางประการ ดังนี้

(ก) เงื่อนไขเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

ศาลปกครองได้วางหลักเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองออกเป็น 2 กรณี คือ หลักผู้เสียหายอย่างกว้างสำหรับการฟ้องคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และหลักผู้เสียหายอย่างแคบสำหรับการ

⁵⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 767/2551

⁵⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2551 (นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 911/2551 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน)

ฟ้องคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน นอกจากนี้ศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายทั่วไปสำหรับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนกฎและคำสั่งทางปกครองเป็นการเฉพาะนอกเหนือจากหลักความเป็นผู้เสียหายอย่างกว้าง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- หลักผู้เสียหายอย่างกว้าง

ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองจะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้อหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี การมีประโยชน์เกี่ยวข้อหรือมีส่วนได้เสียในกรณีนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดความเป็นผู้เสียหายอย่างกว้าง ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดลักษณะของผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองไว้ในมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ว่า “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง” การกำหนดให้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองต้องเป็น “ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้” นั้น จำต้องพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลโดยใช้ “ประโยชน์เกี่ยวข้อ” มาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ทั้งนี้เพื่อมิให้เป็นการฟ้องคดีที่กระทำโดยใครก็ได้⁵⁹ ประโยชน์ที่เกี่ยวข้อนี้อาจมีลักษณะในทางวัตถุหรือในทางจิตใจ อาจมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะบุคคลหรือประโยชน์ที่เกี่ยวข้อร่วมกัน แต่ประโยชน์เกี่ยวข้อต้องมีอยู่จริง รวมทั้งต้องมีลักษณะที่ชอบธรรมและได้สัดส่วนพอเหมาะพอสมกับสิ่งที่ร้องขอด้วย⁶⁰

จากการที่ต้องพิจารณาความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยอาศัยประโยชน์เกี่ยวข้อ ศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายทั่วไปในวิธีพิจารณาปกครองว่า ผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองต้องเป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้อหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี และประโยชน์เกี่ยวข้อหรือส่วนได้เสียนั้นต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงกับเหตุแห่งการฟ้องคดี หลักกฎหมายดังกล่าวได้ปรากฏให้เห็นในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.31/2551 ซึ่งคดีดังกล่าวมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะเป็นประชาชนชาวไทยและผู้เสียหายให้แก่วรัฐได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่

⁵⁹ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, การฟ้องคดีปกครอง ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง แต่ละประเภท (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2543), หน้า 5 – 6.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีออกพระราชกฤษฎีกาเงินประจำตำแหน่งขององคมนตรีและรัฐบุรุษ พ.ศ. 2551 ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดเพิ่มเงินเดือนให้แก่องคมนตรีและรัฐบุรุษ เนื่องจากเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งด้านหลักการและเหตุผล กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ (คมช.) โดยไม่ได้มาตามแนวทางในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น การดำรงตำแหน่งจึงมีลักษณะเป็นการชั่วคราวเพื่อดำเนินการเฉพาะกิจ เพื่อให้กิจการที่สำคัญของชาติสามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยไม่เกิดความเสียหายต่อประชาชนเท่านั้น การที่คณะรัฐมนตรีกำหนดให้มีการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ไม่เป็นไปตามหลักการและอยู่นอกขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์ของการดำรงตำแหน่ง มิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวม หรือเป็นการป้องกันความเดือดร้อนเสียหายแก่ประชาชนแต่ประการใด กรณีจึงถือได้ว่าการดำเนินการของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติขัดกับหลักความชอบธรรมในการบริหารประเทศ ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนอย่างแท้จริง แม้ว่านายกรัฐมนตรีจะลาออกจากตำแหน่งองคมนตรีแล้วก็ตาม แต่โดยพฤตินัยยังเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทางอ้อมกับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งมีแนวโน้มส่อไปในทางเอื้อประโยชน์ให้แก่คณะองคมนตรีอย่างชัดเจน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ถูกต้องตามหลักการพิจารณาทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองถือหลักว่า ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงกับเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีอย่างไร และหากศาลพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว จะมีผลเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอย่างไร แต่ไม่ไปไกลถึงขนาดยอมรับให้บุคคลใดๆ อ้างประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในฐานะที่เป็นประชาชน เป็นผู้เสียหาย หรือเป็นเจ้าของประเทศ นักกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองใดๆ ที่ตนไม่เห็นด้วยมาฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองทั้งๆ ที่ผู้ฟ้องคดีมิได้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียโดยตรงกับการที่ศาลจะเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองด้วย

นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองที่แสดงให้เห็นถึงการนำหลักผู้เสียหายอย่างกว้างมาใช้ในการพิจารณาความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี เช่น

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2546 วินิจฉัยว่า กรณีที่ผู้แทนขององค์การบริหารส่วนตำบลกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการและอำนาจหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบล จึงมีอำนาจหน้าที่ในการฟ้องคดีแทนองค์การบริหารส่วนตำบลได้

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 5/2549 การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์โดยรวมของประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า เกี่ยวข้องกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินและความมั่นคงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของชาติ ถือได้ว่าการฟ้องคดีนี้เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และเป็นการดำเนินการภายในขอบวัตถุประสงค์ของมูลนิธิเพื่อผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดี มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

- หลักผู้เสียหายอย่างแคบ

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักผู้เสียหายอย่างแคบสำหรับการพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับคดีละเมิดทางปกครองและคดีสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับคดีละเมิดทางปกครองนั้น จะต้องเป็นผู้ถูกระทำละเมิดโดยตรง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 20/2547 วินิจฉัยว่า ดั้วยามตำรวจตั้งอยู่ในเขตทางหลวง โดยก่อสร้างและเปิดให้บริการประชาชนก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะก่อสร้างอาคารของตน จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบถึงทำเลและภูมิทัศน์ในบริเวณที่จะก่อสร้างอาคารแล้ว แต่สมัครใจก่อสร้างอาคารในบริเวณนั้น ผู้ฟ้องคดีย่อมคาดหมายถึงปัญหาและอุปสรรคในการที่จะลงทุนประกอบกิจการของตนและยอมรับสภาพที่เป็นอยู่ เมื่อประสบความล้มเหลวในการประกอบกิจการจึงเป็นความผิดพลาดของผู้ฟ้องคดีเอง โดยสถานีตำรวจภูธรอำเภอบางบัวทองมิได้กระทำการกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด อีกทั้งความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ามีสาเหตุมาจากการดำรงอยู่ของดั้วยามตำรวจดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย จึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

สำหรับผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นอกจากต้องเป็นคู่สัญญาโดยตรงแล้ว ยังต้องปรากฏว่าเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามสัญญานั้นด้วย เช่น คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 59/2546 วินิจฉัยว่า การจะเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองนั้น จะต้องปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ถูกโต้แย้งสิทธิตามสัญญานั้น แต่ตามสัญญาการศึกษาต่อของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีมีเพียงสิทธิหยุดงานเพื่อไปศึกษาต่อและสิทธิได้รับเงินเดือนระหว่างการศึกษา ส่วนกระทรวงสาธารณสุขซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีมีสิทธิจะเรียกให้ผู้ฟ้องคดีชดเชยค่าเสียหายและค่าปรับหากมีการผิดสัญญาดังกล่าว โดยผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายและค่าปรับหากมีการผิดสัญญา การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีนำเงินไปชำระค่าปรับและค่าเสียหายตามสัญญาการศึกษาฝึกอบรมภายในประเทศเป็นเพียงการใช้สิทธิตามสัญญา มิได้เป็นการโต้แย้งสิทธิใดๆ ของผู้ฟ้องคดี หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการ

เรียกให้ชำระเงินค่าปรับและค่าเสียหายไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องอย่างไรก็อาจปฏิเสธการชำระหนี้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ และเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล เพื่อบังคับให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าปรับและค่าเสียหายเพราะผู้ฟ้องคดีโต้แย้งสิทธิที่จะได้รับชำระเงินของผู้ถูกฟ้องคดี สำหรับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเกรงว่า การปฏิเสธไม่ชำระเงินตามที่ถูกทวงถาม อาจทำให้ต้องเสียดอกเบี้ยเพราะเหตุผิดนัด จึงน่าจะถือว่าผู้ฟ้องคดีโต้แย้งสิทธิแล้วนั้นเห็นว่า ควรชดใช้ค่าปรับและค่าเสียหายเพียงหนึ่งเท่าของทุนที่รับไปเท่านั้น ก็ชอบที่จะชดใช้เงินจำนวนดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อไม่ต้องเสียดอกเบี้ยส่วนนั้น ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ควรถือชำระก็ชอบที่จะปฏิเสธการชำระ และเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่จะต้องฟ้องคดีต่อศาลต่อไป ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

- หลักผู้มีส่วนได้เสียต้องได้รับผลกระทบกระเทือนจากกฎหรือคำสั่งนั้น

ศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายทั่วไปว่า แม้ฝ่ายปกครองจะออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับ แต่หากคำสั่งดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้ที่ตกอยู่ใต้บังคับของกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ก็ยังไม่อาจถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

การที่ศาลปกครองวางหลักกฎหมายทั่วไปข้างต้นก็เพื่อป้องกันมิให้มีการนำมาตรการภายในของฝ่ายปกครองมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลโดยไม่มีความเสียหายที่แท้จริง แม้ว่ามาตรการภายในของฝ่ายปกครอง รวมไปถึงคำสั่งจัดระบบภายในหน่วยงานของฝ่ายปกครอง คำสั่งย้ายข้าราชการภายในฝ่ายปกครองโดยไม่กระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือก่อให้เกิดภาระทางการเงินเพิ่มเติม มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองแต่ก็ไม่ก่อผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งแต่อย่างใด หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการฟ้องคดีที่จะกระทบต่อการบริหารงานภายในของฝ่ายปกครองโดยไม่มีความจำเป็น ตัวอย่างของการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้บังคับ ได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 846/2550 การที่เทศบาลนครสมุทรสาครย้ายผู้ฟ้องคดีจากหัวหน้าหน่วยงานธุรการกองช่าง ไปช่วยปฏิบัติราชการเป็นหัวหน้าธุรการสารบรรณ กองการประปา เป็นการชั่วคราว 1 ปี เป็นการสั่งให้ไปช่วยราชการในระดับและอัตราเงินเดือนเดิม ไม่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายและสิทธิหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีจึงไม่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ศาลไม่รับฟ้องไว้พิจารณา

(ข) เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครอง

เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 มาตรา 51 และมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อย่างไรก็ตาม

ในบางกรณีเช่น การนับระยะเวลาการฟ้องคดีสำหรับคดีสัญญาการศึกษาต่อหรือสัญญารับทุนการศึกษา โดยหลักระยะเวลาการฟ้องคดีย่อมเป็นไปตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กล่าวคือ ต้องฟ้องคดีภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม ในกรณีพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด และปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้รับทุนมีหนังสือยอมรับผิดในหนี้โดยขอผ่อนชำระคืนเป็นรายเดือน จึงทำให้ศาลต้องพิจารณาในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีใหม่ ซึ่งในวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ปรากฏในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ไม่ปรากฏหลักเกณฑ์ในเรื่องการนับระยะเวลาในกรณีดังกล่าว ศาลปกครองจึงนำบทบัญญัติว่าด้วยการรับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ดังปรากฏให้เห็นในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดนี้

- ผู้รับทุนทำสัญญาการศึกษาเพิ่มเติมภายในประเทศ เมื่อสัญญาดังกล่าวครบกำหนดไม่ปรากฏว่าผู้รับทุนได้สำเร็จการศึกษา ผู้รับทุนได้รายงานตัวกลับเข้ารับราชการ แต่ในขณะที่ปฏิบัติราชการชดใช้ทุนยังไม่ครบตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก็ได้ขอลาออกจากราชการ ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมีคำสั่งอนุญาตให้ผู้รับทุนลาออกจากราชการโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2544 จึงถือว่าวันที่ 1 ตุลาคม 2544 เป็นวันที่สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขผู้ให้ทุนสามารถบังคับตามสิทธิเรียกร้องได้ตั้งแต่วันที่ดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้รับทุนมีหนังสือลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2546 ขอผ่อนชำระหนี้พร้อมกับส่งเงินชำระงวดแรกซึ่งผู้ฟ้องคดีได้ออกใบเสร็จรับเงินให้แก่ผู้รับทุน จึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการมีหนังสือยอมรับผิดในหนี้โดยขอผ่อนชำระคืนเป็นรายเดือน พร้อมทั้งได้ส่งเงินชำระบางส่วนแล้วนั้น จะถือว่าเป็นการรับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ และสามารถนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับคดีปกครองได้หรือไม่ หากนำมาใช้บังคับกับคดีปกครองได้ ระยะเวลาการฟ้องคดีซึ่งต้องเริ่มนับแต่วันที่ได้รับความรับผิดจะมีกำหนด 1 ปี ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือจะมีกำหนด 2 ปี ตามมาตรา 193/35 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ก่อนที่ผู้รับทุนจะมีหนังสือลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2546 ขอผ่อนชำระหนี้ตามสัญญาเรียนต่ออันนั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาดังกล่าวได้พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีไปแล้ว ดังนั้น การที่ผู้รับทุนมีหนังสือขอผ่อนชำระหนี้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาดังกล่าว จึงเป็นการรับสภาพความรับผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิได้บัญญัติ

หลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้จึงสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคดีปกครองได้ โดยสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้รับทุนรับสภาพความรับผิดชอบดังกล่าวให้มีกำหนดระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับสภาพความรับผิดชอบ ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้รับทุนมีหนังสือลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2546 ถึงผู้ฟ้องคดียอมรับผิดในหนี้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาการศึกษาต่อโดยขอผ่อนชำระคืนเป็นรายเดือนถือว่า ได้รับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือแล้วตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2546 การที่ผู้ให้ทุนนำคดีมาฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2546 จึงเป็นการฟ้องคดีภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน⁶¹

- ผู้รับทุนตกเป็นผู้ผิดสัญญาับทุนการศึกษาภายในประเทศ เนื่องจากไม่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตรภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาและไม่ไปรายงานตัวต่อมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลศรีวิชัยผู้ให้ทุนภายใน 7 วัน ก่อนวันที่ 31 พฤษภาคม 2543 ซึ่งเป็นวันสิ้นสุดสัญญา ผู้ให้ทุนยอมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้รับทุนและผู้ค้ำประกันชดใช้เงินทุนหรือเบี้ยปรับได้แต่วันถัดจากวันดังกล่าว โดยต้องนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่อย่างไรก็ตาม ในขณะที่ศาลปกครองยังไม่เปิดทำการผู้ให้ทุนจึงต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมภายในอายุความ แต่ในกรณีนี้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ให้ทุนได้ยื่นฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อผู้ให้ทุนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นในวันที่ 13 พฤษภาคม 2547 จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ต่อมาข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้รับทุนมีหนังสือลงวันที่ 15 กันยายน 2546 ขอผ่อนผันการชำระเงินและดอกเบี้ยต่อผู้ให้ทุน และได้นำเงินมาชำระหนี้ในเบื้องต้น 100,000 บาท เห็นได้ว่า ก่อนที่ผู้รับทุนจะมีหนังสือลงวันที่ 15 กันยายน 2546 ขอผ่อนชำระหนี้ตามสัญญาับทุนดังกล่าว นั้น ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาได้พ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ดังนั้น การที่ผู้รับทุนมีหนังสือลงวันที่ 15 กันยายน 2546 ถึงผู้ให้ทุนขอผ่อนชำระหนี้อันเนื่องมาจากการผิดสัญญา จึงเป็นการรับสภาพความรับผิดชอบโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือตามมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้จึงสามารถนำบทบัญญัติมาตรา 193/28 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคดีปกครองได้ โดยสิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้รับทุนรับสภาพความรับผิดชอบ

⁶¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.302/2549

ดังกล่าวให้มีกำหนดระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับสภาพความรับผิดชอบ ทั้งนี้ ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁶²

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง และเพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในการอำนวยความสะดวกทางปกครอง โดยหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว ได้แก่ หลักการพิจารณาตรงตามคำขอ และหลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย

- หลักการพิพากษาตรงตามคำขอ

การพิพากษาคดีตรงตามคำขอเป็นหลักการที่ศาลถือปฏิบัติ และเป็น การกำหนดให้ศาลต้องพิจารณาพิพากษาคดีไม่น้อยกว่าคำขอหรือเกินกว่าคำขอของผู้ฟ้องคดี ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ยุติข้อพิพาทหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นตามที่ปรากฏในคำขอท้ายฟ้อง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเคยปรากฏกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมิได้พิจารณาพิพากษารับถ้วนตามคำขอของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ ในคดีที่ผู้ประกอบการแท็กซี่ฟ้องกรมการขนส่งทางบกและกระทรวงคมนาคมอันเนื่องจากการละเลยต่อหน้าที่ไม่ทำการพิจารณาปรับปรุงอัตราค่าโดยสารรถแท็กซี่มิเตอร์หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ขอให้กรมการขนส่งทางบกและกระทรวงคมนาคมพิจารณาปรับปรุงค่าโดยสารให้แก่ผู้ขับรถแท็กซี่ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร ประการที่สอง ขอให้กรมการขนส่งทางบกและกระทรวงคมนาคมแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อติดตามและดูแลรับข้อพิจารณาร้องเรียนจากผู้ประกอบการขับรถแท็กซี่อย่างเป็นทางการ ในการพิจารณาพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เมื่อกระทรวงคมนาคมได้ออกประกาศ เรื่อง กำหนดอัตราค่าจ้างบรรทุกคนโดยสารสำหรับรถรับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน (TAXI-METER) ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 แล้วนั้น เหตุแห่งการฟ้องคดีที่ขอให้กรมการขนส่งทางบกและกระทรวงคมนาคมพิจารณาปรับปรุงอัตราค่าโดยสารรถแท็กซี่จึงหมดสิ้นไป ศาลไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อีกต่อไป ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยมีได้พิจารณาคำขอในส่วนที่สองของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่กระทรวงคมนาคมมีประกาศกระทรวง เรื่อง กำหนดอัตรา

⁶² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.344/2549

ค่าจ้างบรรทุกคนโดยสารสำหรับรถยนต์รับจ้างบรรทุกคนโดยสารไม่เกินเจ็ดคน (TAXI-METER) ที่จดทะเบียนในเขตกรุงเทพมหานคร ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เพื่อปรับปรุงค่าโดยสารรถแท็กซี่ใหม่แล้ว เหตุแห่งการฟ้องคดีที่ขอให้กรมการขนส่งทางบกและกระทรวงคมนาคม พิจารณาปรับปรุงอัตราค่าโดยสารรถแท็กซี่จึงหมดสิ้นไป แต่ศาลต้องพิจารณาคำขอท้ายฟ้องข้อ 2 ด้วยหรือไม่นั้น เห็นว่า ตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองทั่วไป มีหลักว่าศาลต้องพิพากษาคดีตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี ซึ่งหลักนี้ก่อให้เกิดข้อห้ามสองประการ คือ ห้ามมิให้ศาลพิพากษาคดีน้อยกว่าคำขอและห้ามมิให้ศาลพิพากษาคดีเกินคำขอ จากหลักกฎหมายดังกล่าว แม้ว่าเหตุแห่งการฟ้องคดีตามคำขอท้ายฟ้องข้อที่ 1 จะหมดสิ้นไปแต่คดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีคำขอท้ายฟ้องสองข้อ การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแต่คำขอท้ายฟ้องเพียงข้อเดียวจึงเป็นการพิพากษาคดีน้อยกว่าคำขอ ถือว่าศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาไม่ตรงตามคำขอของผู้ฟ้องคดี การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย⁶³

- หลักการดำเนินวิธีพิจารณาความคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์การสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลไว้ในมาตรา 72 วรรคหก ว่า “ในการพิพากษาคดีให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี” นอกจากนี้ยังปรากฏในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 38 กำหนดให้ “ในกรณีที่ศาลสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้ศาลมีอำนาจสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี” และข้อ 82 วรรคสี่ กำหนดให้ “เมื่อมีการถอนคำฟ้อง ให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความกับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี” สำหรับกรณีอื่นๆ เช่น การสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือระเบียบใดกำหนดให้ศาลปกครองสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดี ด้วยเหตุนี้ศาลจึงมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากระบบความ เพื่อให้คู่ความไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการโดยไม่มีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาล⁶⁴

อย่างไรก็ตาม ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551 ได้วินิจฉัยัยประเด็นดังกล่าวโดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง โดยวินิจฉัยว่า “หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองทั่วไปที่เกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาล คือ หลักการ

⁶³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 254/2552

⁶⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 209/2548 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 445/2548

ดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย การฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยทั่วไปจึงไม่จำเป็นต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เพราะถือว่าการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งซึ่งผู้เสียหายเป็นผู้ใช้บริการและรัฐมีหน้าที่เป็นผู้ให้บริการ แต่สำหรับคดีที่ฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันเนื่องมาจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) นั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 45 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 การที่มาตรา 45 วรรคสี่ ดังกล่าวบัญญัติให้การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลฟ้องเรียกร้องเงินหรือทรัพย์สินในจำนวนที่สูงเกินกว่าความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริง โดยมีได้คำนึงถึงความสำคัญของสิทธิฟ้องคดีซึ่งการใช้สิทธิฟ้องคดีในลักษณะดังกล่าวจะเป็นการเพิ่มภาระในการดำเนินคดีแก่คู่กรณีและศาลจนเกินสมควร อย่างไรก็ตาม แม้การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่ถ้าหากผู้ฟ้องคดีเป็นฝ่ายชนะคดี หรือศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความเพราะมีการถอนคำฟ้อง ศาลก็จะสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วน ตามมาตรา 72 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือข้อ 38 หรือข้อ 82 วรรคสี่ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี ดังนั้น เมื่อการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองมีหลักการให้คู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย และการเสียค่าธรรมเนียมศาลก็เป็นเพียงมาตรการเพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลฟ้องเรียกร้องเงินหรือทรัพย์สินในจำนวนที่สูงเกินกว่าความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริง รวมทั้งการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาล การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ศาลปกครองชั้นต้นจึงต้องสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วย โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 5 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542" ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวมาใช้ในคดีถัดมาที่มีลักษณะเดียวกัน⁶⁵

4.3.3 นิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองไทย

นิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีแนวคิดที่ปฏิเสธการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในระบบกฎหมายมหาชนโดยตรง จึงต้องมีการสร้างหลักกฎหมายเป็นการเฉพาะที่ก่อให้เกิดความ

⁶⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 42/2552

สมดุระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน แต่ในบางกรณี อาจมีการปรับใช้ทฤษฎี แนวคิด หรือหลักกฎหมายเอกชนมาเป็นพื้นฐานและปรับให้เข้ากับ กฎหมายมหาชนได้⁶⁶ ด้วยเหตุนี้วิธีการในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองจึงตั้งอยู่ บนหลักการพื้นฐานดังกล่าวเช่นกัน

การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของศาลปกครองไทยนั้น เมื่อพิจารณา จากเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏในคำพิพากษาแล้ว เห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไป ในปกครองที่ปรากฏนั้นมีที่มาจากทั้งบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรและจากหลักกฎหมายทั่วไป ที่ได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับทั้งในประเทศและต่างประเทศ

กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาสาระเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสกัดมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ หลักความ เสมอภาคที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

นอกเหนือจากการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลปกครองยังค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ทั้งในระดับ พระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองฉบับอื่น ๆ รวมไปถึงกฎหรือระเบียบภายในของฝ่าย ปกครอง โดยการสกัดหลักกฎหมายจากกฎหมายหลายฉบับที่บัญญัติไว้อย่างสอดคล้องกัน เช่น การแต่งตั้งบุคคลซึ่งไม่มีคุณสมบัติหรือขาดคุณสมบัติให้ดำรงตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใด และ บุคคลผู้ขาดคุณสมบัตินั้นได้ปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต แม้ภายหลังบุคคลนั้นจะพ้นจากตำแหน่ง การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่คนนั้นในระหว่างที่ยังไม่พ้นจากตำแหน่งก็ไม่เสียไป รวมไปถึงสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้รับในระหว่างนั้นก็มิได้เสียไปด้วย⁶⁷ หรือการค้นหา หลักกฎหมายทั่วไปจากกฎหมายฉบับใดเฉพาะหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเป็นกลาง ของเจ้าหน้าที่ตามที่ปรากฏในมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากนี้ ตามทัศนะของ อมร จันทรมบูรณ์ เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรี แม้จะมีได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่เป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่จะต้องยึดถือและ ปฏิบัติตาม และถ้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติสืบเนื่องกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานก็อาจ กลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้กับการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่าย ปกครอง

⁶⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2538), หน้า 315.

⁶⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 321.

นอกจากนี้ ศาลปกครองนำเอาหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาและได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักการสำคัญในทางกฎหมายปกครองในต่างประเทศมาศึกษาเปรียบเทียบและปรับใช้หลักการดังกล่าว รวมถึงการนำความเห็นของนักนิติศาสตร์มาปรับใช้ในคำพิพากษา เช่น หลักกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะอันเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมาปรับกับการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไทยในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในการนำหลักกฎหมายของต่างประเทศมาปรับใช้มีข้อพึงระวังในเรื่องความเหมาะสมในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามลักษณะของแต่ละสภาพสังคม

4.3.4 ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทย

การนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาใช้เป็นเครื่องมือหนึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพื่อเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายหรือเพื่อยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับโดยสมบูรณ์ แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่นำมาใช้นั้นมีผลบังคับตั้งเช่นกฎหมาย แต่ทั้งนี้กฎหมายแต่ละประเภทย่อมมีลำดับชั้นที่แตกต่างไป ดังนั้น ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจึงอาจแตกต่างกับไปตามลำดับชั้นของกฎหมายเช่นกัน

ลำดับชั้นของกฎหมายในระบบกฎหมายไทยอาจเรียงลำดับศักดิ์ได้ ดังนี้ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และกฎหมายที่ออกโดยองค์กรส่วนท้องถิ่น

ในการนี้ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้กล่าวถึงลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปไว้ว่า “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในระบบกฎหมายไทยขึ้นอยู่กับว่าองค์กรใดเป็นผู้ค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นมาใช้ในการใด ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไทยหรือศาลไทยค้น “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” ที่เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ควบคุมร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เราก็ตอบได้ว่าหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปมีศักดิ์เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ (bloc constitutionnel) ถ้าองค์กรที่ควบคุมฝ่ายปกครองเป็นผู้ค้นหาหลักกฎหมายดังกล่าวมาควบคุมนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะระดับพระราชกฤษฎีกาลงไป เราก็ตอบว่าในกรณีนี้หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นมีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติแต่สูงกว่าพระราชกฤษฎีกา ทำนองเดียวกับที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส”⁶⁸ การให้ความเห็นในเรื่องลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปในทาง

⁶⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 272

กฎหมายมหาชนของ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ มีลักษณะเป็นการพิจารณาลำดับศักดิ์ตามกฎหมายผู้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้นๆ

อย่างไรก็ตามการพิจารณาลำดับศักดิ์หรือค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองอาจพิจารณาได้จากเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองได้เช่นกัน ดังนั้นแม้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองจะเกิดขึ้นจากการค้นหาโดยศาลปกครองเพื่อนำมาใช้ควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากมีเนื้อหาหรือสาระสำคัญสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายดังกล่าวก็ควรมีลำดับศักดิ์หรือค่าบังคับในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ เมื่อกฎหมายแต่ละประเภทมีลำดับชั้นของกฎหมายต่างกัน การพิจารณาลำดับศักดิ์และค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจึงต้องพิจารณาตามเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปว่าเทียบเท่ากับกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้⁶⁹ ซึ่งหากพิจารณาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลปกครองแล้วนั้น เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนมิให้ถูกเบียดบังจากการใช้อำนาจของรัฐ และบางหลักก็มีเนื้อหาที่เชื่อมโยงโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาคที่มีสาระสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากการดำเนินงานของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงควรให้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีค่าบังคับดังเช่นรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหลักการอื่นๆ นอกเหนือจากหลักแห่งความเสมอภาคไว้โดยชัดแจ้งก็มิได้หมายความว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการกล่าวอ้างโดยศาลปกครองจะมีค่าบังคับน้อยกว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจและบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ⁷⁰ แม้ว่ารัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่จะมีได้กำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ⁷¹

⁶⁹ มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 83.

⁷⁰ Muller, P. Le Principe de la proportionnalité, *Revue de droit suisses*, Bale, 1798, p.198 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายการกระทำทางปกครอง" เอกสารประกอบการอบรม หลักสูตรพนักงานคดีปกครองรุ่นที่ 13, หน้า 24.

⁷¹ Nolte, G. General Principle of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, M.L.R., Vol.57, no.2, March 1994, p. 191 – 212 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์,

นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปบางประเภทที่มีขึ้นเพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะด้านหนึ่งกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลอีกด้านหนึ่ง ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ แม้จะยังไม่มีการบัญญัติไว้ในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การที่ศาลปกครองนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้เพื่อตรวจสอบหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่อาศัยอำนาจของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมีค่าบังคับไม่ต่ำกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้นๆ จึงจะสามารถยกเลิกเพิกถอนการกระทำเหล่านั้นได้

ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สามารถนำไปใช้ได้ทั้งในกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญาและกฎหมายปกครอง เช่น หลักว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักการต่างๆ เหล่านี้เป็นหลักการที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายปกครองต้องเคารพอยู่เสมอ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติที่สอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ซึ่งปรากฏให้เห็นในมาตรา 38 วรรคหนึ่ง ว่า “บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้” แม้เป็นการกำหนดไว้ในเรื่องทางอาญา แต่ฝ่ายปกครองก็อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันที่จะไม่ออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดที่ไม่มีความแน่นอนชัดเจนและมีโทษเป็นการย้อนหลังอันกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นๆ

สำหรับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่นำมาใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเหมาะสมต่อการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยพิจารณาในชั้นศาล เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี และหลักกฎหมายทั่วไปในชั้นการพิจารณาคดีของศาล กรณีต่างๆ เหล่านี้มีขึ้นเพื่อเป็นการอุดช่องว่างของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น ค่าบังคับของหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ศาลปกครองนำมาใช้จึงมีค่าบังคับในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติดังกล่าว

4.4 บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองโดยศาลปกครองไทยอาจสรุปได้ว่า นับแต่มีการปฏิรูประบบกฎหมายไทย โดยมีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรพิจารณาพิพากษาคดี

พิพาททุกประเภทรวมถึงคดีพิพาทในทางปกครอง ส่งผลให้รูปแบบการพิจารณาคดีตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาคดีของเอกชนเสียเป็นส่วนใหญ่ และผลกระทบที่ตามมาคือความไม่เหมาะสมในการพิจารณาคดีปกครองทั้งในเรื่องของวิธีพิจารณาคดีและหลักกฎหมายที่นำมาใช้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามในการที่จะจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อเป็นองค์กรในการพิจารณาคดีพิพาทในทางปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม ความพยายามในการจัดตั้งศาลปกครองประสบความสำเร็จในปี พ.ศ. 2544 ศาลปกครองจึงกลายเป็นองค์กรหลักในการใช้บังคับกฎหมายปกครองและวางหลักการประการสำคัญในทางปกครอง แต่ทั้งนี้ก็หาใช่ว่าศาลปกครองเป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีส่วนในการวางหลักกฎหมายปกครอง เพราะหากพิจารณาจากอดีตจนถึงปัจจุบันยังมีองค์กรอื่นที่มีส่วนในการวางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองเช่นกัน เช่น การมีมติของคณะรัฐมนตรี การดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งในส่วนของการให้ความเห็นของกรมการร่างกฎหมายและการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ รวมไปถึงการให้ความเห็นของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา การวางหลักกฎหมายที่ปรากฏในพระราชบัญญัติโดยรัฐสภา และในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลฎีกาเองก็มีผลเป็นการวางหลักกฎหมายปกครองไว้เช่นกัน อีกทั้งในปัจจุบันการดำเนินงานของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลก็มีส่วนสำคัญในการวางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการดำเนินงานของศาลปกครอง

ศาลปกครองได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเพื่อนำมาปรับใช้แก่คดี โดยหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติบางหลักศาลปกครองได้สกัดออกมาจากรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาค ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีการกล่าวอ้างว่าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติ ซึ่งก็พบในข้อพิพาทหลากหลายประเภท เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ่ายค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ข้อพิพาทอันเกิดจากการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างอาคาร ข้อพิพาทเกี่ยวกับการขออนุญาตออกรถขึ้น เป็นต้น หรือการนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งนักกฎหมายมหาชนบางท่านเห็นว่าหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองเพื่อตรวจสอบความเหมาะสมของการดำเนินการหรือมาตรการต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองนำออกมาใช้บังคับกับประชาชน หรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง อันเป็นหลักกฎหมายที่นำมาใช้เป็นการเฉพาะในเรื่องของสัญญาระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในทุกประเภทกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาคดี เช่น หลักว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย มาพิจารณาความมีผลบังคับของกฎหรือระเบียบภายในฝ่ายปกครอง เป็นต้น ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติหรือหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในเรื่องเขตอำนาจศาลเงื่อนไขการฟ้องคดี และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาปรับใช้แก่การพิจารณาพิพากษาคดีเหล่านี้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่ทั้งนี้ค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจะเช่นใดนั้นสามารถพิจารณาได้จากองค์กรผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวหรืออาจจะพิจารณาจากเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องนั้นๆ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักการใดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

เมื่อได้พิจารณาถึงลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในบทที่ 1 ประกอบกับการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยในบทที่ 3 และบทที่ 4 แล้วต่อไปจะเป็นการวิเคราะห์เปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย ทั้งในส่วนขององค์กรที่เกี่ยวข้อง การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองทั้งภาคสารบัญญัติและภาคสบัญญัติ รวมไปถึงนิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองและค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของทั้งสองประเทศ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย

จากการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสในบทที่ 3 และหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทยในบทที่ 4 ในเบื้องต้นเห็นได้ว่าศาลปกครองของทั้งสองประเทศต่างก็นำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองด้านสารบัญญัติและสบัญญัติมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ที่ตรงกันคือเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายและเพื่อให้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองบรรลุผลและเป็นไปตามหลักนิติรัฐ

อย่างไรก็ดี แม้วัตถุประสงค์ของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองจะไม่แตกต่างกัน แต่ในรายละเอียดหรือเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ถูกนำมาใช้ในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ เกิดจากความแตกต่างด้านประวัติศาสตร์ที่มีผลต่อการพัฒนาและการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง รวมไปถึงความเชี่ยวชาญของผู้ใช้หลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศส พัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ.1789 ประกอบกับปัจจัยหลายอย่างที่ทำให้ศาลปกครองสูงสุดในประเทศฝรั่งเศสต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้ ประการแรก เกิดจากการมีกฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามามีส่วนในการพิจารณาคดีปกครอง เท่ากับเป็นการปฏิเสธที่จะนำหลักกฎหมายเอกชนทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครอง ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองสูงสุดจึงต้องมีหลักกฎหมายเฉพาะที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายเอกชน เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายเอกชนในหลาย ๆ เรื่องมีขึ้นเพื่อประโยชน์ของปัจเจกชน ในขณะที่การดำเนินงานของฝ่ายปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ วัตถุประสงค์ของกฎหมายเอกชนจึงไม่สอดคล้องกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง การนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองจึงเป็นเรื่องที่อาจส่งผลเสียต่อประโยชน์สาธารณะโดยตรง ประการที่สอง การไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนในการรองรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็เป็นสิ่งหนึ่งที่กระตุ้นให้ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น ในยุคเริ่มต้นหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติที่ถูกนำมาใช้จึงเกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสียเป็นส่วนใหญ่ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความเสมอภาค หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความได้สัดส่วน เมื่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป รัฐเข้ามามีบทบาทในการจัดทำบริการสาธารณะมากขึ้น การเข้ามามีบทบาทของภาครัฐก่อให้เกิดทั้งประโยชน์และผลกระทบต่อประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเสมอมา แต่เมื่อกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสยังไม่ปรากฏว่า

มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เพื่อบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายได้อย่างครบถ้วน ศาลปกครองสูงสุดจึงได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะเรื่อง เช่น หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองและหลักสัญญาทางปกครองเข้ามาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว และจากการที่กฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความเป็นมาและพัฒนาการที่ยาวนานจึงทำให้หลักกฎหมายต่าง ๆ ได้รับการพัฒนาอย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัย

สำหรับประเทศไทย ความพยายามการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาปรับใช้กับการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองเกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นสถาบันกฎหมายที่เก่าแก่แห่งหนึ่งของไทยได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาปรับใช้ทั้งในการให้ความเห็นทางกฎหมายและการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง นอกจากนี้ยังมีองค์กรอื่นๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 และเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อให้เป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ศาลปกครองได้อาศัยหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเป็นหนึ่งในบรรดาเครื่องมือที่ใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองบางหลักปรากฏให้เห็นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายของไทย เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ และบางครั้งศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปในต่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น การที่ศาลปกครองสูงสุดของไทยใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองแทนที่จะนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ในกฎหมายเอกชนมาใช้ก็เพราะความแตกต่างในวัตถุประสงค์ของแต่ละประเภทกฎหมาย ซึ่งก็เป็นเหตุผลเดียวกับที่ได้อธิบายไว้ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส นอกจากนี้ กฎหมายปกครองไทยมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณีมากกว่าที่จะเป็นหลักการทั่วไปที่สามารถนำมาใช้กับทุกการกระทำของฝ่ายปกครอง และในบางเรื่องกลับไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน เช่น เรื่องสัญญาทางปกครอง แม้จะมีแนวคิดและทฤษฎีที่นักวิชาการในประเทศไทยได้เผยแพร่ไว้ และมีการให้คำนิยามไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ถึงลักษณะของสัญญาทางปกครอง แต่ในกฎหมายเหล่านี้ไม่มีการกำหนดไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา จะเห็นได้ว่าสภาพทางกฎหมายปกครองในประเทศไทยเป็นไปอย่างกระจัดกระจายและยังไม่มี ความสมบูรณ์ในตัวเอง จึงมิใช่เรื่องแปลกที่ศาลปกครองสูงสุดจะนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาปรับใช้เพื่อให้เป็นแกนกลางของกฎหมายปกครองที่มีอยู่ในระบบกฎหมายไทย

ความแตกต่างในเรื่องความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ตลอดจนระยะเวลาและสภาพสังคมอาจทำให้หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักได้รับการยอมรับจากทั้งประเทศฝรั่งเศสและ

ประเทศไทย หรืออาจเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่เฉพาะในประเทศใดประเทศหนึ่งเท่านั้น ตามที่จะทำการศึกษเปรียบเทียบดังต่อไปนี้

5.1 การศึกษาเปรียบเทียบองค์กรที่มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป

จากการศึกษาพบว่า องค์กรหลักในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยนั้นมิได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดของทั้งสองประเทศเป็นผู้ที่มีบทบาทในการค้นหา ปรับใช้ และพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาลงไปในระยะละเอียดจะพบว่าทั้งสองประเทศยังมีองค์กรอื่นที่มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองนอกเหนือไปจากศาลปกครองสูงสุด

ในประเทศฝรั่งเศสมีศาลคดีขัดกันและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรในฝ่ายตุลาการเข้ามามีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป โดยศาลคดีขัดกันเข้ามามีบทบาทในการวางหลักกฎหมายทั่วไปโดยการกำหนดเขตอำนาจศาลในคดีปกครอง สำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแม้จะมิได้มีส่วนสัมพันธ์โดยตรงกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง แต่ในการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ บางหลักเป็นสิ่งที่ศาลปกครองสูงสุดเคยนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ส่งผลให้สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปถูกจัดอยู่ในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ เช่น หลักว่าด้วยความเสมอภาค ด้วยเหตุนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสคือองค์กรฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ค้นหา ผู้ใช้และผู้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่มีอยู่ระบบกฎหมายของตน

เมื่อหันมาเปรียบเทียบองค์กรที่มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทยที่นอกเหนือจากศาลปกครองสูงสุด จะพบว่าในการดำเนินงานขององค์กรฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับการวางระเบียบ ข้อบังคับการดำเนินงานต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง รวมไปถึงการเสนอความเห็นในทางกฎหมาย เห็นได้วาระระเบียบ ข้อบังคับการดำเนินงานหรือความเห็นในทางกฎหมายเหล่านั้นอาจกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็มีบทบาทในการวางหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปได้รับการรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร และองค์กรตุลาการ เช่น ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น สำหรับองค์กรฝ่ายในตุลาการที่นอกเหนือจากศาลปกครอง ปรากฏว่าในช่วงเวลาก่อนการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหลักในการพิจารณาพิพากษารรคดีทั้งปวง แต่เนื่องจากแนวคิดในทางกฎหมายเอกชนครอบงำการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม

ดังนั้น การค้นหา การใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจึงไม่ปรากฏให้เห็นมากนัก นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาเขตอำนาจศาลในคดีปกครอง ซึ่งเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลแสดงให้เห็นจะปรากฏในลักษณะของการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลเช่นเดียวกับการดำเนินงานของศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศส อาจสรุปได้ว่าองค์กรที่มีส่วนในการค้นหา การใช้ และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศไทยนอกจากองค์ฝ่ายตุลาการแล้ว ยังมีองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่เข้ามามีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองเช่นกัน

5.2 การศึกษาเปรียบเทียบการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

เมื่อประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยต่างนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของตน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของแต่ละประเทศอาจเหมือนหรือแตกต่างกันไปดังที่จะแสดงให้เห็นดังต่อไปนี้

5.2.1 การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติ

การศึกษาเปรียบเทียบในชั้นนี้ผู้เขียนขอแบ่งแยกหัวข้อในการศึกษาเปรียบเทียบออกเป็น 2 หัวข้อย่อย ได้แก่ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเฉพาะเรื่อง ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการศึกษาเปรียบเทียบ

5.2.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประการสำคัญที่ปรากฏทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย ได้แก่ หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน ศาลปกครองของทั้งสองประเทศได้นำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครองซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

(1) หลักความเสมอภาค

ในประเทศฝรั่งเศส หลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญและในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการกล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาค ศาลปกครองสูงสุดจะอาศัยหลักความเสมอภาคที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของตนมาใช้พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองว่ามีการกระทำอันขัดกับหลักความเสมอภาคหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ แม้ในช่วงแรกที่ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเสมอภาค

ภาคที่ได้รับการรับรองไว้ในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 มาใช้ โดยที่ในช่วงเวลาดังกล่าวคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ยังไม่ได้รับการยอมรับว่ามีค่าบังคับเป็นกฎหมายก็ตาม ในการนี้ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาที่ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 มาใช้และยืนยันว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเรื่องที่เหมาะสม เนื่องจากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของประชาชนที่ต้องการให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และแนวคิดเรื่องความเสมอภาคเป็นส่วนหนึ่งของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เห็นวามมนุษย์ทุกคนเกิดมาอย่างเท่าเทียม คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 จึงเป็นการนำหลักกฎหมายธรรมชาติมากำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในช่วงที่คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 ยังไม่ได้รับการยอมรับว่ามีค่าบังคับเป็นกฎหมาย ก็มีได้ส่งผลให้หลักความเสมอภาคอันเป็นหลักกฎหมายธรรมชาติ กลายมาเป็นสิ่งที่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายด้วยเช่นกัน หลักความเสมอภาคยังคงอยู่ในสถานะของหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดสามารถนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้เสมอ

สำหรับประเทศไทย หลักความเสมอภาคได้รับการรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งเรื่องความเสมอภาคทั่วไปและความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ดังนั้น จึงไม่เกิดเป็นข้อโต้แย้งในทางวิชาการถึงค่าบังคับทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย อีกทั้งศาลยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง และศาลปกครองในปัจจุบันต่างก็นำหลักความเสมอภาคมาใช้พิจารณาข้อพิพาทที่มีการกล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือขัดกับหลักความเสมอภาคเสมอมา

หลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยนำมาใช้พิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในหลายกรณี และถูกนำมาใช้โดยมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสและไทยนำหลักความเสมอภาคมาใช้พิจารณาข้อพิพาทในหลายประเภท ทั้งในเรื่องความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความเสมอภาคในการเข้าทำงานหรือร่วมงานกับภาครัฐ ความเสมอภาคในการให้บริการสาธารณะ และความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันในระบบกฎหมายปกครองไทยไม่ถูกนำมาใช้กับทุกกรณีเสมอไป เช่น หลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะถูกนำมาใช้อย่างจริงจังกับกรณีการเสียภาษีให้รัฐ แต่ไม่ถูกนำมาใช้กันเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยปราศจากความผิด

(2) หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นการแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับมาตรการที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ หลักกฎหมายดังกล่าวจึงถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง มิให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักกฎหมายหนึ่งที่สำคัญในระบบนิติรัฐ

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ปรากฏว่าหลักความได้สัดส่วนมีการบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งต่างไปจากความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองทั้งในคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่เนื่องจากกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการใช้และการควบคุมอำนาจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงถือเป็นหน้าที่ของศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้มีความเหมาะสม นอกเหนือไปจากการควบคุมความผิดพลาดอย่างชัดแจ้งที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้เป็นเทคนิคในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนให้อยู่ในขอบเขตของความพอเหมาะพอประมาณ ดังนั้น ข้อพิพาทที่มีเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองสูงสุดจะนำหลักความได้สัดส่วนเข้ามาใช้ในการพิจารณา สำหรับข้อพิพาทที่เป็นการใช้ดุลพินิจที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนรวม ศาลปกครองสูงสุดจะใช้หลักความได้สัดส่วน โดยนำประโยชน์สาธารณะมาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครอง จะเห็นได้ว่าข้อพิพาทอันเกิดจากการวางผังเมืองก็ดี ข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมก็ดี หากเป็นเรื่องที่โต้แย้งเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองสูงสุดจะนำเอาหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาทั้งสิ้น

ในประเทศไทย หลักความได้สัดส่วนปรากฏให้เห็นในพระราชบัญญัติฉบับต่าง ๆ และในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จนถึงฉบับปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมีเงื่อนไขว่าฝ่ายปกครองจำต้องใช้อำนาจดุลพินิจให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน มิฉะนั้นการใช้อำนาจดังกล่าวถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นอำนาจของศาลที่จะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบของฝ่ายปกครอง ศาลจะพิจารณาการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปอย่างมีเหตุผลหรือไม่ โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อหาความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการของฝ่ายปกครองกับเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะได้รับ นอกจากนี้ การนำเรื่องประโยชน์

สาธารณะมาใช้พิจารณาเพื่อหาความได้สัดส่วนของนิติกรรมทางปกครองก็เป็นเรื่องที่พบเห็นได้ ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของไทยเช่นกัน ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนที่ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของไทยจึงมีหลักการที่ไม่ต่างไปจากที่ปรากฏในประเทศฝรั่งเศส

จากการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองอาจกล่าวได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายอันเป็นที่ยอมรับทั้งในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย และถูกนำมาใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยลักษณะของอำนาจดุลพินิจเป็นเรื่องที่ยากแก่การตรวจสอบว่าถูกหรือผิด เพราะเป็นเรื่องที่บุคคลไม่อาจตัดสินได้บนพื้นฐานของความคิดที่แตกต่างกัน แต่หลักความได้สัดส่วนมีขึ้นเพื่อเป็นเกณฑ์กำหนดกรอบพื้นฐานว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองควรเป็นไปในทิศทางใด และหากการใช้อำนาจนั้นเกินไปกว่ากรอบที่กำหนดไว้ก็จะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองหลักความได้สัดส่วนไว้ แต่ในคำพิพากษาของศาลก็ย่อมแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่มีอยู่จริง อีกทั้งยังเป็นสิ่งที่สามารถรักษาสีทึบขั้นพื้นฐานของประชาชนให้ห่างไกลจากการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองเสมอมา

5.2.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองเฉพาะเรื่อง

หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองเฉพาะเรื่องเป็นหลักกฎหมายที่มีขึ้นเนื่องมาจากความต้องการหลักกฎหมายทั่วไปที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายเอกชน ทั้งนี้ เพราะความแตกต่างด้านวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นผลสุดท้ายที่ต่างกัน เมื่อกฎหมายปกครองมุ่งเน้นที่ประโยชน์สาธารณะ ในขณะที่กฎหมายเอกชนมุ่งเน้นที่ประโยชน์ของปัจเจกชน การใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดอันตรายกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่นำมาใช้เป็นการเฉพาะกับการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่สำคัญ ได้แก่ หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองและหลักสัญญาทางปกครอง ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้ปรากฏให้เห็นทั้งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและระบบกฎหมายปกครองไทย แต่ทั้งนี้ความสมบูรณ์ครบถ้วนของหลักกฎหมายทั่วไปอาจต่างกันไปตามพัฒนาการของกฎหมายปกครองในแต่ละประเทศ

(1) หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่มีอยู่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายไทย ผู้เขียนขอแบ่งแยกออกเป็นสองส่วน ส่วนแรกเป็นหลักความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ส่วนที่สองคือหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด

หลักความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการกระทำ ความผิดในประเทศฝรั่งเศสเริ่มต้นจากการที่ศาลคดีขัดกันได้วางหลักความรับผิดของฝ่าย ปกครองในคดี Blanco และเป็นการชี้ให้เห็นว่าความรับผิดของรัฐในกรณีที่เกิดความ เสียหายต่อเอกชนอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ทั้งที่ในระบอบเวลาดังกล่าวยังไม่มียกกฎหมาย ที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการจัดทำบริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยอมรับในคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันดังกล่าว และวางหลัก ทั่วไปในการกำหนดความรับผิดที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ทั้ง หน่วยงานที่เกี่ยวข้องและเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายรวมไปถึงประชาชนที่ ได้รับความเดือดร้อน อันได้แก่ หลักความรับผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่และความรับผิดร่วม ระหว่างหน่วยงานทางปกครองกับเจ้าหน้าที่ ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิด อันเกิดจากการกระทำความผิดมีที่มาจากศาลคดีขัดกันและศาลปกครองสูงสุดเป็นสำคัญ และใน การใช้หลักความรับผิดอันเกิดจากการกระทำความผิดนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำเอาหลักเกณฑ์ การพิจารณาความรับผิดที่กล่าวไว้ข้างต้นมาใช้ในการประกอบการพิจารณาเรื่อยมา

สำหรับความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการกระทำ ความผิดในประเทศไทยมีบทบัญญัติของกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อกำหนดความรับผิดของเจ้าหน้าที่ให้ เป็นไปอย่างเหมาะสม เนื้อหาของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกความ ความรับผิดส่วนตัวออกจากความรับผิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ และกำหนดหลักเกณฑ์ผู้ที่มี หน้าที่ในการชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามความรับผิดอันเกิดจากการปฏิบัติ หน้าที่ของฝ่ายปกครองในประเทศไทยมิได้มีความเป็นเอกภาพเหมือนในประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสการกระทำละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองไม่ ว่าจะเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือเกิดจากการกระทำทางกายภาพ ย่อมอยู่ใน เขตอำนาจของศาลปกครองทั้งสิ้น ในขณะที่ประเทศไทย คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจ หน้าที่ระหว่างศาลได้วางหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการกระทำความผิดไว้ สองกรณี กรณีแรกความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายดกอยู่ ภายใต้อำนาจศาลปกครอง กรณีที่สองความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการกระทำ ทางกายภาพดกอยู่ภายใต้อำนาจของศาลยุติธรรม ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดที่ผู้เขียนพึงจะยกขึ้น เพื่อประกอบการศึกษาเปรียบเทียบในกรณีนี้ คือ คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันในประเทศ ฝรั่งเศสในคดี Blanco กับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของประเทศไทยที่ 1/2545 ทั้งสองคำวินิจฉัยเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากอุบัติเหตุรถยนต์ ซึ่งใน คดี Blanco ศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศสวินิจฉัยให้คดีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของ ศาลปกครอง โดยแสดงเหตุผลไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยว่า ความเสียหายของเอกชนที่เกิด

จากการกระทำของบุคคลที่รัฐจ้างให้มาดำเนินการบริการสาธารณะไม่อาจอยู่ภายใต้หลักกฎหมายแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน เพราะความรับผิดของฝ่ายปกครองไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด แต่ความรับผิดของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่แปรผันไปตามความจำเป็นของบริการสาธารณะและความจำเป็นที่จะประสานสิทธิและหน้าที่ของรัฐกับสิทธิและหน้าที่ของเอกชน¹ ดังนั้น คดีในลักษณะนี้จึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตามในข้อพิพาทที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของไทยเห็นว่า การยื่นฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ คือ การขับรถ แต่เมื่อความเสียหายดังกล่าวมิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ จึงไม่อยู่ในบังคับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ดังนั้น แม้คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ยอมรับหลักความรับผิดของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากความแตกต่างในแนวคิดและการใช้กฎหมายระหว่างศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศสและคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลของประเทศไทย จึงเป็นเหตุให้ความรับผิดของฝ่ายปกครองอันเกิดจากการกระทำทางกายภาพตกอยู่ในเขตอำนาจศาลที่แตกต่างกัน

ส่วนความรับผิดโดยปราศจากความผิด เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยไม่มีการคำนึงถึงการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ด้วยเหตุผลสำคัญประการหนึ่งคือ ไม่ต้องการให้ความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมปราศจากการชดใช้เยียวยา ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีความเกี่ยวพันในด้านใดด้านหนึ่งกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ศาลปกครองสูงสุดจะนำหลักความรับผิดของฝ่ายปกครองโดยปราศจากความผิดเข้ามาใช้หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นการแปรสิ่งที่เรียกว่าความช่วยเหลือเกื้อกูลกันในสังคมให้เกิดผลในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสนำมาใช้อย่างกว้างขวาง เห็นได้จากการที่ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสนำหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดเข้ามาใช้ในหลายกรณี เช่น ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายอันเกิดจากการกระทำที่มีความเสี่ยงภัยทั้งในเรื่องของการใช้อาวุธและวัตถุระเบิด การใช้วิธีการในการดำเนินการที่เสี่ยงต่ออันตราย หรือความเสี่ยงภัยที่เกิดกับเจ้าหน้าที่ในขณะปฏิบัติหน้าที่ รวมไปถึงการที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล สิ่งที่น่าสนใจยิ่งขึ้นในเรื่องความรับผิดโดยปราศจาก

¹ บุปผา อัครพิมาน, "คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส," ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 335.

ความผิด คือ การที่ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสนำหลักกฎหมายทั่วไปนี้มาใช้กับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำในทางนิติบัญญัติและการกระทำของรัฐบาล เพราะโดยหลักแล้วศาลปกครองไม่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำในทางนิติบัญญัติ ส่วนการกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะในทางนโยบายทั้งการบริหารบ้านเมืองและการต่างประเทศย่อมเป็นอำนาจโดยเด็ดขาดของรัฐบาลและถูกตรวจสอบได้โดยกระบวนการทางรัฐสภา อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายผ่านกระบวนการในทางนิติบัญญัติ หรือการกระทำทางรัฐบาลได้ผ่านกระบวนการทางรัฐสภาแล้ว และมีผลใช้บังคับก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการเฉพาะแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะได้รับการเยียวยาเช่นไร กรณีนี้จะไม่เป็นการยุ่งยากหากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่ในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายกำหนดศาลปกครองสูงสุดได้หาทางออกให้กับประเด็นปัญหาดังกล่าวโดยการนำเอาหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย โดยมีเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งคือความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีลักษณะเฉพาะ เช่น เป็นผู้ที่มีความเสียหายอันเนื่องมาจากการได้รับภาระเกินไปกว่าที่ประชาชนทั่วไปควรได้รับ

เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทย ในเบื้องต้นเรายอมรับว่า ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่ทั้งนี้ต้องเป็นความรับผิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากการกระทำทางกายภาพเป็นหลัก ส่วนหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดกลับไม่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป เหตุที่ผู้เขียนกล่าวเช่นนี้เพราะโดยปกติหลักกฎหมายทั่วไปจะปรากฏให้เห็นโดยศาล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือศาลเป็นผู้ที่ทำให้หลักกฎหมายปรากฏและเป็นผู้แสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายนั้นๆ มีอยู่จริงในระบบกฎหมายของตน เมื่อไม่ปรากฏว่าหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดถูกนำมาใช้ในลักษณะของการเป็นหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองของไทย ก็เป็นที่น่าเชื่อถือว่าในระบบกฎหมายปกครองไทยไม่ยอมรับหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่ตนเองมิใช่ผู้ก่อต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น

เหตุที่ในระบบกฎหมายปกครองไทยไม่ปรากฏหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความรับผิดโดยปราศจากความผิด ส่วนหนึ่งเนื่องจากการไม่นำหลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะมาใช้ให้เกิดผลกับกรณีที่บุคคลต้องได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการต้องรับภาระเกินสมควรจากการกระทำที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงลำพัง และการไม่ให้ความสำคัญกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากกิจการของฝ่ายปกครอง ในขณะที่ในประเทศฝรั่งเศส หลักความเสมอภาคของพลเมืองต่อการรับภาระสาธารณะและหลักความเสียหายเป็นพื้นฐานสำคัญที่ศาลนำมาใช้สนับสนุนหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดและประเด็นสำคัญ คือ องค์การที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด

อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและศาลปกครองของไทยต่างพิจารณาความรับผิดของฝ่ายปกครอง โดยยึดติดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดลักษณะของความรับผิดของฝ่ายปกครองต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นเมื่อได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น จึงเป็นการจำกัดกรอบความรับผิดของฝ่ายปกครองให้มีอยู่เฉพาะความรับผิดอันเกิดจากการกระทำความผิด และส่งผลให้ไม่มีการนำหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดมาใช้กับฝ่ายปกครอง

(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งหลักบริการ สาธารณะ หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง และหลักดุลยภาพทางการเงิน มีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส เห็นได้จากการที่ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส นำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้พิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เช่น การที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อให้บริการ สาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของสังคม หรือใช้อำนาจตามหลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการยกเลิกสัญญาทางปกครองในกรณีที่ความจำเป็นหรือความต้องการในบริการ สาธารณะนั้นหมดไป หรือการที่ฝ่ายปกครองต้องชดเชยเยียวยาแก่คู่สัญญาเอกชนจากการใช้ เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในการแก้ไขข้อสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นเกินกว่าที่จะคาดหมายได้ในขั้นตอนการทำสัญญาซึ่งก็เป็นการสะท้อนถึงหลักดุลยภาพทางการเงิน ในสัญญาทางปกครอง

ระบบกฎหมายไทยยอมรับว่าสัญญาที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย นั้นมีทั้งสัญญาในกฎหมายเอกชนและสัญญาทางปกครอง และยอมรับในความแตกต่างของ ระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับสัญญาทั้งสองประเภท หลักกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา ทางปกครองในประเทศไทยไม่แตกต่างไปจากที่มีอยู่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ส่วนหนึ่งเพราะ การได้รับอิทธิพลหรือแนวคิดของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส สิ่งที่เห็นได้ชัดเจนคือการที่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ วางหลักเกณฑ์ความเป็นสัญญาทางปกครอง เพื่อแยกให้เห็นถึงลักษณะของสัญญาทางปกครอง ที่แตกต่างไปจากสัญญาของกฎหมายเอกชน อีกทั้งการที่ศาลปกครองไทยนำเอาหลักกฎหมาย เกี่ยวกับเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองและหลักดุลยภาพทางการเงินเข้ามาใช้ในการพิจารณา ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้ว่าการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องดังกล่าวจะมีปรากฏ ให้เห็นไม่มากนัก แต่ก็ยังเป็นสิ่งแสดงให้เห็นได้ว่าในระบบกฎหมายปกครองไทยมีหลักกฎหมาย ทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองใช้บังคับอยู่เช่นกัน

นอกเหนือจากหลักกฎหมายทั่วไปอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญในกฎหมายปกครองที่กล่าวมานี้ ในประเทศฝรั่งเศสยังมีหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองอื่นๆ ที่เกิดขึ้นในช่วงปัจจุบัน เช่น หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสิทธิของคนต่างด้าว หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการส่งบุคคลข้ามแดน หรือหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการอยู่ร่วมกันของครอบครัว ผู้ลี้ภัย ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้มีความเป็นมาที่สอดคล้องกับสภาพสังคมของสหภาพยุโรป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไม่ปรากฏในระบบกฎหมายปกครองไทย ผู้เขียนเห็นว่าความจำเป็นในการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของต่างประเทศเป็นสิ่งที่ควรจะมีเพื่อนำมาพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศไทย แต่สิ่งที่สำคัญในปัจจุบันคือการใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นพื้นฐานสำคัญทางปกครองให้มีความชัดเจนแน่นอนและเป็นที่น่าเชื่อถือในสังคมเสียก่อน ก่อนที่จะนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักอื่นๆ ของต่างประเทศที่ได้รับการพัฒนามาปรับใช้

5.2.2 การศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางสัญญาญติ

กฎหมายสัญญาญติหรือกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความเป็นเอกเทศของกฎหมายปกครอง กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดกระบวนการในการใช้สิทธิทางศาลปกครองไว้เป็นการเฉพาะเพื่อให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายเอกชนได้รับการอำนวยความสะดวกที่เหมาะสม ดังนั้นในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงได้กำหนดขั้นตอนในการดำเนินคดีไว้ตั้งแต่กระบวนการในการฟ้องคดี สิทธิหน้าที่ของคู่กรณีที่มีต่อศาล การพิจารณาของศาล และผลของคำวินิจฉัยของศาล

ในประเทศฝรั่งเศสหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลปกครองมีอยู่เพียงสองประการ คือ หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และหลักฟังความทุกฝ่าย การที่กำหนดให้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีเพียงหลักการสำคัญสองประการนั้นเพราะโดยลักษณะแล้วหลักกฎหมายทั่วไปจะมีศักดิ์เทียบเท่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งก็คือรัฐบัญญัติ แต่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองจัดอยู่ในกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ดังนั้น การกำหนดให้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นหลักกฎหมายทั่วไปจึงอาจไม่สอดคล้องกับการจัดลำดับศักดิ์กฎหมายในประเทศฝรั่งเศส ปัญหาเหล่านี้ทำให้ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้แก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีลักษณะเป็นบทสำรอง และจะนำมาใช้ต่อเมื่อหลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ขัดกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป หรือกฎ

เมื่อเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย ในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยเปิดโอกาสให้ศาลปกครองนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเข้ามาใช้ในการพิจารณาคดี เห็นได้จากข้อ 5 วรรคสองของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ว่า “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” การที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้เช่นนี้ เพราะวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยยังขาดความสมบูรณ์ และการนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองอาจมีหลักการที่ไม่สอดคล้องกับการดำเนินคดีปกครอง ดังนั้น การจะอุดช่องว่างในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้นั้น จึงต้องเปิดโอกาสให้ศาลได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

หลักกฎหมายที่ศาลปกครองไทยเห็นว่ามีผลสำคัญต่อวิธีพิจารณาคดีปกครองและระบุไว้อย่างชัดเจนหรือโดยปริยายในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่

(1) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองที่นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำเนินการบางประเภทที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น การกระทำทางการเมืองของฝ่ายบริหาร นโยบายของฝ่ายบริหาร การกระทำทางนิติบัญญัติ การใช้อำนาจทางตุลาการ และการกระทำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี

เงื่อนไขการฟ้องคดีประกอบด้วยกันหลายประการ แต่เงื่อนไขหนึ่งที่เป็นหลักการสำคัญและศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายทั่วไป คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักกฎหมายไว้อย่างชัดเจนในการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองในแต่ละประเภทคดี ทั้งหลักผู้เสียหายอย่างกว้างในคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และหลักผู้เสียหายอย่างแคบในคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) และ (4) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักกฎหมายทั่วไปเพิ่มเติมจากหลักผู้เสียหายอย่างกว้างว่า ผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ต้องได้รับผลกระทบกระเทือนจากกฎหรือคำสั่งนั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดการฟ้องคดีอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อการดำเนินของฝ่ายปกครอง ดังนั้น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองต่างๆ แม้จะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่หากไม่มีผลเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคล ก็ยังไม่อาจถือได้ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่ทั้งนี้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการขัดหรือแย้งกับลักษณะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้แก่ การนับระยะเวลาการฟ้องคดีในกรณีที่มีการรับสภาพความผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้กับการนับระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะเรื่องสัญญารับทุนการศึกษา หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเป็นหลักที่ไม่ปรากฏให้เห็นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองหรือระเบียบที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งเมื่อลักษณะของการนับระยะเวลาการฟ้องคดีกรณีที่มีการรับสภาพความผิดโดยมีหลักฐานเป็นหนังสือไม่ขัดกับการนับระยะเวลาฟ้องคดีสัญญาทางปกครองตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หลักกฎหมายทั่วไปนี้จึงสามารถนำมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองได้

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้แสดงให้เห็นว่าหลักการพิจารณาตรงตามคำขอเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ เพื่อชี้ให้เห็นถึงหน้าที่ประการสำคัญของศาล ในการที่จะต้องพิจารณาพิพากษาให้ตรงตามคำขอ และเป็นการประกันสิทธิของผู้ฟ้องคดีในการได้รับการพิจารณาจากศาลตามคำขอ

นอกจากนี้ ยังมีหลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย เพราะหัวใจสำคัญของการดำเนินคดีปกครองคือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยไม่ชอบก็เป็นธรรมดาที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือกฎดังกล่าว และโดยลักษณะของคดีประเภทนี้เป็นการฟ้องเพื่อปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ การฟ้องคดีปกครองจึงไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล แต่ในกรณีที่มีการฟ้องต่อศาลเพื่อสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน การเสียค่าธรรมเนียมศาลมีขึ้นเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่ฟ้องคดีต่อศาลฟ้องเรียกเงินหรือทรัพย์สินในจำนวนเงินที่สูงเกินความความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริง ซึ่งก็เป็นหลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 42/2552 ผู้เขียนเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองนี้มีขึ้นเพื่อเป็นประกันสิทธิแก่ประชาชนในการได้รับบริการสาธารณะทางศาลโดยเสียค่าค่าใช้จ่ายน้อย และอีกนัยหนึ่งหลักกฎหมายนี้วางกรอบการดำเนินงานของศาลมิให้แสวงหาประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาล หลักการฟ้องคดีโดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยถูกนำมาใช้พิจารณาอย่างเคร่งครัดในคดีที่ศาลสั่งจำหน่ายคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

สำหรับหลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายซึ่งได้รับการรับรองว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี

ปกครองในประเทศฝรั่งเศสนั้น หลักกฎหมายทั่วไปนี้มีอยู่ในระบบกฎหมายปกครองไทยเช่นกัน เพียงแต่หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวแฝงอยู่ในเนื้อหาของคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด โดยมีได้กล่าวอย่างชัดเจนว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.271/2549 อันมีประเด็นที่สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและคณะกรรมการสรรหา กสช. ได้อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น การสรรหา กสช. ได้เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของวุฒิสภาเพื่อลงมติเลือก กสช. จนมีการลงมติเสร็จสิ้นไปแล้ว และเห็นว่าวุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนบุคคลหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด วุฒิสภาจึงมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมายและความชอบธรรมของที่มาของบุคคลหรือคณะกรรมการก่อนลงมติ ซึ่งวุฒิสภาก็ได้ดำเนินการตรวจสอบรายชื่อของผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเป็น กสช. ทั้งหมดถึงความถูกต้องชอบธรรมโดยรอบคอบแล้ว มติของวุฒิสภาที่เลือก กสช. จึงมีผลทางกฎหมายถึงที่สุดแล้ว ไม่สามารถอุทธรณ์ต่อไปได้ เมื่อวุฒิสภาเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงในการเลือก กสช. และลงมติโดยชอบแล้ว ศาลควรปล่อยให้เป็นเรื่องของวุฒิสภา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การดำเนินการคัดเลือก กสช. นั้น ตามที่มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุกระจายเสียง และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 กำหนดให้ภายหลังจากที่คณะกรรมการสรรหา กสช. ได้คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวนสองเท่าของจำนวนกรรมการที่จะได้รับการแต่งตั้งแล้ว ให้เสนอรายชื่อดังกล่าวต่อวุฒิสภาและให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมสภาเพื่อมีมติเลือกผู้ได้รับการเสนอรายชื่อดังกล่าวนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาเข้ามาเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมในการคัดเลือก กสช. ด้วยการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการคัดเลือก กสช. ตามกฎหมายในกรณีนี้ จึงไม่ใช่การใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรนิติบัญญัติ และเนื่องจาก กสช. มิใช่องค์กรที่รัฐธรรมนูญ จัดตั้งขึ้นโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติภายในกรอบที่มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ การใช้อำนาจของวุฒิสภาจึงไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในฐานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น วุฒิสภาในฐานะที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพราะฉะนั้นแม้วุฒิสภาจะมีการลงมติคัดเลือก กสช. ไปแล้วก็ตาม ข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการสรรหา กสช. ดังกล่าวจึงยังคงมีลักษณะเป็นคดีปกครอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวได้ตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ผู้เขียนเห็นว่า จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.271/2549 แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองได้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาลักษณะของการใช้

อำนาจของวุฒิสภาที่มีในพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ ว่าเป็นไปในลักษณะของการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง มิใช่ในฐานะของฝ่ายนิติบัญญัติหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ความไม่ชอบในกระบวนการสรรหาจึงสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง การอ้างถึงการดำเนินงานของวุฒิสภาว่าเป็นไปอย่างรอบคอบและมีผลทางกฎหมายเป็นที่สุดจึงไม่เป็นการตัดอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังของคำพิพากษาดังกล่าว

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเป็นที่สุด เช่น มาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2546 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) (6) หรือ (7) ให้นายอำเภอสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของนายอำเภอให้เป็นที่สุด” หรือมาตรา 19 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2546 บัญญัติว่า “เมื่อมีข้อสงสัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาเทศบาลผู้ใดสิ้นสุดลงตาม (4) (5) หรือ (6) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดสอบสวนและวินิจฉัยโดยเร็ว คำวินิจฉัยของผู้ว่าราชการจังหวัดให้เป็นที่สุด” กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้คำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดนั้น มีความหมายแต่เพียงว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดในฝ่ายปกครองเท่านั้น หากผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ทันที โดยไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวเสียก่อน ดังที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 487/2547 การที่ผู้ฟ้องคดีคัดค้านคำสั่งของนายอำเภอที่วินิจฉัยให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งตามมาตรา 47 ตรี วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 บัญญัติให้คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นที่สุด ผู้ฟ้องคดีจึงไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งของนายอำเภอ ก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ในกรณีนี้ ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายกำหนดไว้ก็ดี หรือสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองมีอยู่แม้จะมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดก็ดี เป็นการรับรองสิทธิของประชาชนในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ในทางตรงข้าม หากศาลปฏิเสธที่จะเข้าตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็น

ที่สุดแล้วนั้น อาจก่อให้เกิดช่องว่างในการเข้าตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

สำหรับหลักฟังความทุกฝ่ายเป็นหลักการที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 เช่น การเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามควรแก่กรณี รวมถึงการให้สิทธิขอตรวจดูพยานหลักฐานของแต่ละฝ่ายได้ยื่นไว้ในสำนวน หรือการที่ศาลต้องแจ้งกำหนดการให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีนั้นคัดค้านหรือชี้แจงการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย ก่อให้เกิดข้อบกพร่องในกระบวนการพิจารณาพิพากษาและทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรมเป็นเหตุให้คู่กรณีสามารถร้องขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้

ตัวอย่างคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่แสดงให้เห็นถึงผลของการที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักฟังความทุกฝ่าย คือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 338/2552 การที่ศาลปกครองชั้นต้นได้ระบุว่า ไม่สามารถตรวจบันทึกคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาหรือพยานที่ดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เนื่องจากเป็นเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ รวมทั้งบันทึกคำให้การของพยาน เมื่อศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่ากระบวนการได้สวนของอนุกรรมการได้สวนไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ก็ควรที่จะได้ตรวจสอบพยานเอกสารดังกล่าว การที่พิจารณาโดยสรุปว่าตรงกับเอกสารรายงานการได้สวนข้อเท็จจริงหรือจากการนำส่งของผู้ฟ้องคดี ผู้บัญชาการสำนักงานนิติวิทยาศาสตร์ตำรวจ และคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ โดยมีได้รับฟังพยานหลักฐานโดยตรงจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งจะมีผลทำให้การรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดได้ ประกอบกับเมื่อจะวินิจฉัยว่าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งมีความผิดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงสมควรที่จะต้องตรวจสอบพยานและเอกสารหลักฐานจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นสำคัญ ดังนั้น การที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมิได้เข้ามาในการดำเนินกระบวนการพิจารณา หรือมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาพิพากษาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม ตามมาตรา 75 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจึงเป็นผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ได้ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

การที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่เปิดโอกาสให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล และเป็นเหตุทำให้บุคคลดังกล่าวไม่มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านหรือแสดงพยานหลักฐานของตน อีกทั้งการที่ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาสรุปพยานหลักฐานเองโดยมิได้รับฟังพยานหลักฐานจากผู้เกี่ยวข้องโดยตรง จึงเป็นกรณีที่เห็นได้ชัดเจนว่าศาลปกครองชั้นต้นได้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาโดยขัดต่อหลักฟังความทุกฝ่าย ซึ่งส่งผลต่อความยุติธรรมแห่งคดี ดังนั้น การที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองใหม่ และให้รับคำขอพิจารณาพิพากษาคดีใหม่ของผู้ร้องไว้พิจารณาและดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไปตามรูปคดี โดยองค์คณะใหม่ของศาลปกครองชั้นต้น จึงเป็นคำสั่งที่สอดคล้องกับหลักฟังความทุกฝ่าย

นอกจากนี้ หลักฟังความทุกฝ่ายหมายความรวมถึงการที่ศาลจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงการดำเนินกระบวนการพิจารณา เช่น การแจ้งวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน เพื่อให้คู่กรณีได้มีโอกาสยื่นคำแถลงหรือนำพยานหลักฐานมาสืบประกอบในวันดังกล่าว หลักการดังกล่าวปรากฏในส่วนหนึ่งของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 362/2552 ว่า “ก่อนการพิจารณาคดีครั้งแรก ศาลได้สรุปข้อเท็จจริงให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และให้โอกาสคู่กรณียื่นคำแถลงรวมทั้งนำพยานหลักฐานมาสืบประกอบคำแถลงดังกล่าวเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงในวันนั่งพิจารณา กรณีจึงไม่ใช่เป็นการรับฟังข้อเท็จจริงผิดพลาดหรือมีข้อบกพร่องสำคัญในกระบวนการพิจารณาที่ทำให้ผลของคดีไม่มีความยุติธรรม”

ด้วยเหตุนี้จึงอาจสรุปได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปทางสัพัญญัตติที่มีอยู่เหมือนกันในกฎหมายปกครองของในประเทศฝรั่งเศสและในประเทศไทย คือ หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและหลักฟังความทุกฝ่าย หากแต่ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยเปิดโอกาสให้ศาลสามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น ในบางกรณีจึงอาจเห็นหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่หลากหลายกว่าที่ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสนำมาใช้

5.3 การศึกษาเปรียบเทียบนิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

จากการศึกษานิติวิธีในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองพบว่าการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยมีส่วนสัมพันธ์กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ทางใดก็ทางหนึ่งเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาหลักกฎหมายจากเจตนารมณ์หรือจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้ ผู้เขียน

เห็นว่า การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยฝ่ายตุลาการจะไม่ทำหน้าที่ในการกำหนดเนื้อหาของกฎหมายขึ้นเอง แต่จะอ้างอิงกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดขึ้น สำหรับประเทศไทยที่มีพัฒนาการในทางหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่ช้ากว่าประเทศฝรั่งเศส การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปอาจมีลักษณะพิเศษที่นอกเหนือไปจากการค้นหาหลักกฎหมายจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ ใช้วิธีการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของต่างประเทศและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับลักษณะสภาพสังคม ซึ่งจะทำให้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของไทยสามารถพัฒนาไปได้อย่างรวดเร็ว

5.4 การศึกษาเปรียบเทียบค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

การอธิบายถึงค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยมีลักษณะเหมือนกัน กล่าวคือ นักกฎหมายฝรั่งเศสและไทยมีความเห็นถึงค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปไว้สองแนวทางที่เหมือนกัน คือ แนวทางแรก ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปผูกติดกับองค์กรผู้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากการค้นหาขององค์กรในระดับรัฐธรรมนูญจะมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หรือถ้าเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในระดับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปนั้นก็อาจมีค่าบังคับเทียบเท่ากับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือต่ำกว่านั้น แนวทางที่สอง ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นอยู่กับเนื้อหาหรือสาระของหลักกฎหมายทั่วไปว่ามีค่าเทียบเท่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรใด

จากการศึกษาพบว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ทั้งสองประเทศยอมรับตรงกันว่ามีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ คือ หลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปอื่นๆ เช่น หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองหรือหลักสัญญาทางปกครองไม่ว่าจะพิจารณาโดยอาศัยทั้งเกณฑ์องค์กรและเกณฑ์เนื้อหา หลักกฎหมายดังกล่าวมีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสหรือระดับพระราชบัญญัติของประเทศไทย เพราะศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจึงนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติเท่านั้น

ส่วนค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติหรือหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในประเทศฝรั่งเศสยอมรับว่าหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติ คือ หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและหลักฟังความทุกฝ่ายเท่านั้น ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองอื่นๆ มีค่าบังคับเทียบเท่ากับกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครอง

แต่ในประเทศไทยยังไม่ปรากฏว่ามีการกำหนดค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไว้เช่นไร ผู้เขียนเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้บังคับกับการดำเนินวิธีพิจารณาคดีมีขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยจึงควรมีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาการหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย ซึ่งประกอบไปด้วยแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศฝรั่งเศส หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของประเทศไทย ตลอดจนการศึกษาเปรียบเทียบการใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองโดยศาลปกครองของทั้งสองประเทศ นำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะ ดังนี้

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาพบว่า นักกฎหมายยอมรับตรงกันว่าในแต่ละประเภทกฎหมาย ทั้งในทางกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายปกครอง ต่างก็มีหลักกฎหมายทั่วไป ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายสบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปเป็น สิ่งที่มีอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่งๆ หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักเป็นหลักการที่ได้รับอิทธิพลมาจาก หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งต่อมามีได้กลายเป็นหลักการสากลที่ได้รับการยอมรับจาก นานาประเทศ เช่น หลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับอิทธิพลมาจากสำนัก ความคิดกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาอย่างเสมอภาคกัน รัฐธรรมนูญของ ประเทศฝรั่งเศสก็ดี รัฐธรรมนูญของประเทศไทยก็ดีต่างก็รับรองหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจน อีกทั้ง เป็นหลักการที่ปรากฏในหลายประเภทกฎหมาย เช่น ในทางกฎหมายแพ่ง หลักความเสมอภาคถูกนำมาใช้ในเรื่องนิติกรรมสัญญา ในกฎหมาย ปกครองหลักความเสมอภาคถูกนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรม ทางปกครอง อย่างไรก็ตาม เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปในแต่ละประเภทกฎหมายย่อม แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักอาจมี ความเหมาะสมกับประเภทกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น หากนำมาใช้กับกฎหมายประเภท อื่นย่อมจะขัดหรือแย้งต่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายอื่นก็เป็นได้ ในกฎหมายปกครอง วัตถุประสงค์สำคัญของกฎหมายปกครอง คือ การรักษาไว้ซึ่งหลักนิติรัฐ โดยการควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้จึงต้อง สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ข้างต้น การค้นหาและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปให้สอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของกฎหมายและความเปลี่ยนแปลงของสภาพสังคมจึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทาง ปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดเป็นองค์กรที่มีส่วนสัมพันธ์โดยตรงกับการใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองทั้งในด้านหลักกฎหมายทั่วไปทางสารบัญญัติและหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ แต่ทั้งนี้หาใช่ศาลปกครองสูงสุดจะเป็นเพียงองค์กรเดียวที่ผูกขาดการใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครอง เพราะยังมีศาลคดีซัดกันที่ทำหน้าที่การวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลที่ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต้องเคารพ นอกจากนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป โดยการยกระดับหรือค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจากที่มีค่าบังคับในระดับรัฐบัญญัติให้มีค่าบังคับสูงขึ้นในระดับรัฐธรรมนูญ เช่น การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำหลักความเสมอภาคที่ศาลปกครองสูงสุดเคยใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีก่อนนำมาใช้ในการตัดสินคดีของตนหรือการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญรับรองให้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะเป็นหลักการที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยกขึ้นกล่าวอ้างบางหลักมิได้รับการยอมรับจากศาลปกครองสูงสุดเสมอไป เช่น การที่ศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธหลักการหนึ่งเฉยของฝ่ายปกครองถือเป็นการปฏิเสธที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเห็นได้ว่า องค์กรที่มีส่วนในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส โดยมากจะเป็นองค์กรในฝ่ายตุลาการที่มีหน้าที่โดยตรงในการใช้บังคับกฎหมาย

สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปสารบัญญัติที่ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสนำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่

(1) หลักความเสมอภาคที่ศาลปกครองสกัดมาจากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายในช่วงเวลาภายหลังการปฏิวัติฝรั่งเศส ซึ่งยังไม่มีกฎหมายออกมารับรองความเสมอภาคของประชาชนอย่างชัดเจน ศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายในหลายกรณี เช่น ความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย ความเสมอภาคในการทำงานหรือร่วมงานกับรัฐ ความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ และความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันตามภารกิจที่รัฐมีหน้าที่ต่อเอกชน เป็นต้น

(2) หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เสี่ยงต่อการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือเสี่ยงต่อการก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม โดยนำเงื่อนไข “ประโยชน์สาธารณะ” มาใช้พิจารณาความได้สัดส่วนในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง ภายหลังจากที่ศาลคดีขัดกันวางหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องเขตอำนาจศาลเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เพราะเห็นว่าความรับผิดของฝ่ายปกครองไม่มีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาด แต่ความรับผิดของฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์พิเศษที่แปรผันไปตามความจำเป็นของบริการสาธารณะและความจำเป็นที่จะประสานสิทธิและหน้าที่ของรัฐกับสิทธิและหน้าที่ของประชาชน¹ ในช่วงแรก หลักความรับผิดของฝ่ายปกครองนำมาใช้กับกรณีของความรับผิดอันเกิดจากการกระทำความผิดของฝ่ายปกครอง ในเวลาต่อมา หลักดังกล่าวถูกนำมาใช้กับกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นแม้จะมีได้เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกว่าหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด โดยหลักกฎหมายนี้เป็นผลมาจากการที่ศาลปกครองสูงสุดไม่ต้องการให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยไม่มีการชดเชยเยียวยา ซึ่งเป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องการช่วยเหลือเกื้อกูลกันในชาติ² ด้วยเหตุนี้ ความเสียหายทั้งหลายที่เกิดขึ้นแม้จะมีได้เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองโดยตรง แต่หากเป็นกรณีที่เกิดจากกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นอันตรายหรือเสี่ยงภัย หรือมีความเสียหายที่เกิดจากความไม่เสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดจะนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดโดยปราศจากความผิดมาใช้บังคับให้เกิดความเป็นธรรมแก่กรณี

(4) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ในการพิจารณาสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้จัดให้มีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ และเพื่อให้สัญญาทางปกครองสามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงนำหลักเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครองและหลักดุลยภาพทางการเงินอันเป็นหลักกฎหมายเฉพาะของสัญญาทางปกครองมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีสัญญาทางปกครอง

นอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปประเภทใหม่ๆ ที่ปรากฏขึ้นในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีให้สอดคล้องกับการเป็นส่วนหนึ่งของสหภาพยุโรป เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าว หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการห้ามขับบุคคลออกนอกประเทศ

สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองด้านสัญญาที่ศาลปกครองสูงสุดในประเทศฝรั่งเศสยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้บังคับกับวิธีพิจารณาคดีปกครองมีเพียง 2 หลักการสำคัญ ได้แก่

¹ บุปผา อัครพิมาน, “คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส,” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2548), หน้า 335.

² ฌ็อง-โกลด์ เวเนเซีย, “การพัฒนาเรื่องความรับผิดของฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มี ความผิด,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 3, 1 (มกราคม – เมษายน 2546): 28.

(1) การประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักการนี้เป็นการรับรองสิทธิในการฟ้องขอเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและสิทธิในการฎีกาปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลปกครองสูงสุด

(2) หลักฟังความทุกฝ่าย เป็นหลักการที่ศาลปกครองยึดถือและนำมาใช้ในวิธีพิจารณาเพื่อให้โอกาสแก่คู่กรณีในการต่อสู้คดีในศาล นอกจากนี้ ยังเป็นหลักกฎหมายที่ศาลนำมาใช้ในการตรวจสอบกระบวนการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน

หลักกฎหมายต่างๆ ที่กล่าวไว้ข้างต้น เป็นสิ่งที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาจากระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือบทบัญญัติที่มีได้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย หรือจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปทั้งหลายเหล่านี้ได้รับการยอมรับว่ามีค่าบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หากแต่ค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปแต่ละหลักอาจแตกต่างกันออกไปตามแหล่งที่มาด้านเนื้อหาหรือองค์กรที่เป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านั้น

ในการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศไทย นอกจากศาลปกครองจะนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปก็เป็นสิ่งหนึ่งที่ศาลปกครองไทยนำมาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นกัน หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้พิจารณาพิพากษามีดังต่อไปนี้

(1) หลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการรับรองอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลปกครองสูงสุดนำหลักกฎหมายทั่วไปนี้มาปรับใช้กับข้อพิพาทที่มีข้อเท็จจริงที่มีการกล่าวอ้างว่าฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดกับหลักความเสมอภาค ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงถูกนำมาปรับใช้ในหลายประเภทคดี เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการรื้อถอนอาคาร คดีพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล คดีพิพาทเกี่ยวกับการเวนคืน หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับงานทะเบียน

(2) หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบความเหมาะสมของมาตรการต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองนำมาใช้บังคับกับประชาชน เช่น ความเหมาะสมในการใช้มาตรการในการสลายการชุมนุม ความเหมาะสมในการกำหนดห้ามใช้เครื่องมือในการทำการประมงในฤดูที่ปลาไม่ไข่ วางไข่ หรือเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ความเหมาะสมในการกำหนดให้มัคคุเทศก์เข้ารับการฝึกอบรมทุก 2 ปี ความเหมาะสมในการอนุญาตให้มีการก่อสร้างสะพาน เป็นต้น

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายดังกล่าวถูกทำให้ปรากฏอย่างชัดเจนจากการวางหลักเกณฑ์การเป็นสัญญาทางปกครองโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฯ และในเวลาต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเอกลัทธิของฝ่าย

ปกครองและหลักคุณภาพทางการเงินอันเป็นหลักกฎหมายเฉพาะของสัญญาทางปกครองมาใช้ในข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ศาลปกครองสูงสุดนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองปฏิเสธการจัดให้มีบริการสาธารณะตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอว่ามีลักษณะเป็นการขัดกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับบริการสาธารณะหรือไม่

(5) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ถูกนำมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากฎที่ผ่านขั้นตอนอันไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีเนื้อหาที่เป็นผลย้อนหลัง เป็นการขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย

สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปทางสบัญญัติ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เปิดโอกาสให้ศาลปกครองนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีอยู่ในปัจจุบัน จากการศึกษาพบว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ในการพิจารณาคดีปกครองมีดังนี้

(1) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล ศาลปกครองได้แสดงให้เห็นถึงประเภทคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งเป็นการยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครอง นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เช่น การกระทำทางการเมืองของฝ่ายบริหาร นโยบายของฝ่ายบริหาร การกระทำทางนิติบัญญัติ การใช้อำนาจทางตุลาการ และการกระทำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

(2) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับเงื่อนไขการฟ้องคดี ทั้งในเรื่องของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง และระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในกรณีที่มีหนังสือรับสภาพความผิดในข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(3) หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง เช่น หลักการพิจารณาตรงตามคำขอ และหลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย

จากที่กล่าวมา แม้จะแสดงให้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดของไทยเป็นองค์กรที่ใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองโดยตรง แต่ในช่วงเวลาก่อนหรือในขณะที่ศาลปกครองจะเปิดทำการพบว่า มีองค์กรอื่นที่มีส่วนในการใช้และพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองทั้งทางตรงและทางอ้อม ได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะรัฐมนตรี ศาลยุติธรรม คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และรัฐสภา ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปบางเรื่องที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาใช้ก็เป็นสิ่งที่นำมาจากหลักการที่องค์กรดังกล่าวได้วางไว้ในเบื้องต้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทยสามารถสรุปได้ว่า

1. องค์การที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยพบว่า ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักที่ใช้บังคับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ทั้งนี้ยังมีองค์กรอื่นที่เข้ามามีส่วนสัมพันธ์กับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ทั้งในแง่ของการแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสามารถนำไปใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี หรือในแง่ของการกำหนดกฎเกณฑ์พื้นฐานที่ศาลปกครองสามารถสกัดมาใช้ในลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป หรือในแง่ของการนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองที่ศาลปกครองได้วางไว้มาใช้ในการดำเนินการของตน

2. เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองพบว่า ศาลปกครองทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้ในลักษณะของการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อเสริมให้กฎหมายที่มีอยู่มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาที่ประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการในกฎหมายปกครองที่ยาวนานกว่าประเทศไทย หลักกฎหมายทั่วไปจึงถูกพัฒนาและถูกนำมาใช้อย่างมั่นคงและมีความเหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ในขณะที่ประเทศไทยมีจุดเริ่มต้นในกฎหมายปกครองที่ช้ากว่าประเทศฝรั่งเศส แต่ก็มิได้ส่งผลต่อการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปแต่อย่างใด เหตุหนึ่งเพราะสามารถศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปของต่างประเทศและนำมาปรับใช้ในการพิจารณาของศาลปกครอง และจากการวางรากฐานทางกฎหมายปกครองขององค์กรที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม การใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศไทยอาจปรากฏให้เห็นไม่มากนัก เพราะโอกาสที่ศาลจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ขึ้นอยู่กับคดีที่เข้าสู่การพิจารณา สำหรับการนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของไทยเป็นไปอย่างมั่นคงและน่าเชื่อถืออย่างไรในประเทศฝรั่งเศสหรือไม่นั้นเห็นได้ว่าในหลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ เช่น หลักความเสมอภาค หรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักกฎหมายทั่วไปอื่นๆ อันเป็นหลักการพื้นฐานที่เป็นที่ยอมรับทั้งในกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง เช่น หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ศาลปกครองไทยนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปในแนวทางเดียวกัน แต่สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลักษณะเฉพาะในทางปกครอง เช่น หลักเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองในสัญญาทางปกครอง ยังไม่ปรากฏว่าศาลปกครองไทยนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้พิจารณาเนื้อหาของคดีมากนัก จึงยังไม่อาจกล่าวว่าการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

สำหรับการนำหลักกฎหมายทั่วไปทางสัญญาที่ศาลนำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ไม่ปรากฏว่ามีการใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวอย่างแตกต่างกัน

เช่น หลักการประกันความคงอยู่และความศักดิ์สิทธิ์ของหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และหลักพึ่งความทุกฝ่ายยังคงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้บังคับในทุกชั้นศาล แม้ในคำพิพากษาของศาลปกครองไทยจะมีได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลใช้บังคับในคำพิพากษามันบังคับกล่าวก็ตาม นอกจากนี้ การที่ศาลปกครองไทยสกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากลักษณะของคดีปกครองหรือนำมาจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อชี้ให้เห็นหลักการที่แท้จริงในการดำเนินงานของศาล หลักกฎหมายดังกล่าวได้รับการยอมรับและนำมาใช้บังคับกับการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองเรื่อยมา

3. ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยมีนิติวิธีที่เหมือนกัน คือ ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือหลายฉบับ หรือจากหลักเกณฑ์ที่มีได้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย

4. ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปได้รับการยอมรับว่ามีค่าบังคับตั้งเช่นกฎหมาย หากแต่หลักกฎหมายแต่ละหลักอาจมีค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายที่ต่างกัน บางหลักมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ บางหลักมีค่าบังคับเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดค่าบังคับหรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปพิจารณาจากแหล่งที่มาในทางเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นๆ หรือจากองค์กรผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว

การที่ศาลปกครองของทั้งสองประเทศนำหลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษามีได้เป็นสิ่งที่เกินกว่าการอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่เป็นการทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่มีความสมบูรณ์มากขึ้น และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่ให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ เป็นสิ่งที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้และเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองโดยตรง สิ่งเหล่านี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพหลักนิติรัฐ โดยไม่ปล่อยให้มีการปฏิเสธความยุติธรรมโดยอ้างเหตุแห่งการไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมาใช้บังคับกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการดำเนินงานของศาลปกครองไทยในด้านการเรียนรู้การใช้ และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง จึงขอเสนอแนะแนวทางอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. การส่งเสริมองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครอง

เพื่อให้การใช้และการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองเป็นไปในทิศทางที่เหมาะสม จึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองที่ถูกต้องโดยเริ่มต้น

จากภาคการศึกษาและขยายไปถึงภาคประชาชนทั่วไป รวมไปถึงการพัฒนาศักยภาพของตุลาการศาลปกครอง เพื่อเป็นการรองรับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ดังต่อไปนี้

(1) การให้ความสำคัญกับการศึกษาแนวคิดพื้นฐานของกฎหมายปกครอง แก่นิสิต นักศึกษา

ในอดีต ระบบการศึกษากฎหมายไทยให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเป็นหลัก แต่สำหรับการศึกษากฎหมายปกครองนั้นจัดอยู่ในลำดับความสำคัญรองลงมา ประกอบการความเข้าใจในลักษณะของกฎหมายปกครองว่าเป็นเพียงกฎหมายที่เกี่ยวกับราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น กรณีเช่นนี้ส่งผลให้พัฒนาการของกฎหมายปกครองไทยเป็นไปอย่างล่าช้า ต่อมาความพยายามที่จะผลักดันให้การศึกษากฎหมายปกครองเป็นไปอย่างเท่าเทียมกับกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาประสบความสำเร็จ ดังนั้น การศึกษากฎหมายปกครองในปัจจุบันจึงมีการศึกษาทั้งเรื่องการจัดองค์กรของรัฐ การควบคุมฝ่ายปกครอง รวมไปถึงหลักการสำคัญในกฎหมายปกครองไม่ว่าจะเป็นหลักนิติรัฐ หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในเรื่องต่างๆ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การศึกษากฎหมายปกครองแต่เพียงเนื้อหาโดยละเอียดการให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครองในทางแนวคิด ปรัชญา และความเป็นมาของกฎหมายปกครองนั้น อาจส่งผลให้การใช้กฎหมายดังกล่าวแตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายปกครอง และอาจส่งผลให้กลไกการบังคับใช้กฎหมายปกครองของไทยเป็นไปอย่างไม่ถูกต้อง ซึ่งจะเป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อระบบกฎหมายปกครองและบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องในกฎหมายปกครอง ภาคการศึกษาจึงควรให้ความสำคัญกับการศึกษาแนวคิด ปรัชญา และความเป็นมาของกฎหมายปกครอง ให้เทียบเท่ากับการศึกษากฎหมายปกครองในทางเนื้อหา เพราะความเข้าใจที่ถูกต้องถึงแก่นแท้ของกฎหมายปกครอง รวมถึงความเป็นมาของแต่ละหลักการย่อมเป็นผลดีต่อการนำไปใช้อย่างถูกต้องและเป็นพื้นฐานอันดีในการพัฒนากฎหมายปกครองไทยให้เป็นไปอย่างเหมาะสม

(2) การส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองให้แก่บุคคลทั่วไปและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

นอกเหนือการจากให้ความสำคัญกับการจัดให้มีการศึกษาแนวคิดพื้นฐานในระดับภาคการศึกษา การส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองให้แก่บุคคลทั่วไปและเจ้าหน้าที่ของรัฐก็เป็นสิ่งหนึ่งที่ต้องดำเนินการควบคู่กัน ทั้งนี้เพื่อให้บุคคลดังกล่าวเข้าใจถึงสิทธิและหน้าที่ของตนในกฎหมายปกครอง และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจหน้าที่ของตนอย่างถูกต้องและอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย การเสริมสร้างความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองนี้เกิดขึ้นได้โดยการที่ศาลปกครองและองค์กรที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชนต่างๆ ทั้งในภาครัฐและเอกชนร่วมกันเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายปกครองของทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ

รวมถึงการเผยแพร่คำวินิจฉัยศาลปกครองที่เป็นการวางหลักกฎหมายที่สำคัญ เพื่อเป็นประโยชน์สำหรับประชาชนทั่วไปและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้กฎหมายปกครองได้อย่างถูกต้อง

(3) การพัฒนาความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองแก่ตุลาการศาลปกครอง

แม้ตุลาการในศาลปกครองจะได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้มีความรู้ในทางกฎหมายปกครอง แต่ในด้านทักษะและความเชี่ยวชาญในการใช้กฎหมายปกครองอาจแตกต่างกันไป สิ่งเหล่านี้ย่อมกลายเป็นอุปสรรคในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ประกอบกับการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครองพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง เช่น การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นิยามความหมายของ “สัญญาทางปกครอง” โดยใช้คำว่า “หมายความร่วมมือ” และการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับเพิ่มเติม สิ่งเหล่านี้เป็นการแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติเปิดโอกาสให้ศาลปกครองเป็นผู้วางหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักสัญญาทางปกครอง แต่จากการศึกษาคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองพบว่าการนำหลักสัญญาทางปกครองมาใช้บังคับกับการพิจารณาข้อพิพาทอันเกี่ยวกับสัญญายังมีไม่มากนัก ในขณะที่ตุลาการศาลปกครองบางส่วนนำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นการนำหลักกฎหมายที่มีแนวคิดและปรัชญาที่แตกต่างจากกฎหมายปกครองมาใช้บังคับ กรณีเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทย

ดังนั้น เพื่อเป็นการพัฒนาทักษะและความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองของตุลาการศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครองจึงควรจัดให้มีการสัมมนาสำหรับตุลาการเกี่ยวกับแนวคิดและปรัชญาของกฎหมายปกครอง และหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองทั้งของประเทศที่มีพัฒนาการทางกฎหมายปกครองที่ยาวนานและของประเทศที่มีพัฒนาการทางกฎหมายทางปกครองใกล้เคียงกับประเทศไทย ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้มีการนำหลักกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมายปกครองมาใช้บังคับกับการพิจารณาคดีปกครอง และเพื่อเรียนรู้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองของต่างประเทศ รวมถึงการให้เหตุผลในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง โดยวัตถุประสงค์หลักของการจัดสัมมนาดังกล่าวมิใช่เพื่อให้เกิดการลอกเลียนแบบโดยปราศจากความเหมาะสม แต่เพื่อให้ตุลาการสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ได้อย่างสอดคล้องกับสภาพสังคมของไทย

2. การนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของต่างประเทศมาใช้ในประเทศไทย

จากการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ศาลปกครองของไทยนำมาใช้นั้น โดยมากเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของต่างประเทศ ที่เป็นเช่นนี้เพราะในต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการในกฎหมายปกครองที่

ยาวนานกว่าประเทศไทย หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองจึงพัฒนาควบคู่ไปกับสภาพสังคมของประเทศนั้นๆ หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีพัฒนาการแตกย่อยออกไปเป็นหลักการต่างๆ เช่น หลักความเสมอภาคซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานถูกนำไปใช้และพัฒนาเป็นหลักกฎหมายหลายประการ ได้แก่ หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย หลักความเสมอภาคในบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคในการเข้าร่วมงานกับรัฐ เป็นต้น ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีพัฒนาในทางตรงกับข้ามกับหลักที่มีอยู่แต่ต้น ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับภาระหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ต้องเปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพสังคม เช่น หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดของฝ่ายปกครอง หรือหลักสัญญาทางปกครอง หลักกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ได้ผ่านการพัฒนาและค่อนข้างมีความสมบูรณ์ในตัวเอง จึงเป็นการง่ายที่ศาลปกครองของไทยจะเลือกนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง หลักการใดหลักการหนึ่งมาวิเคราะห์และปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อีกทั้งสามารถพิจารณาถึงข้อดีและข้อเสียของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจากสิ่งที่เคยเกิดขึ้นในต่างประเทศ

แม้ในปัจจุบัน ศาลปกครองไทยนำจะหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองของต่างประเทศมาใช้หลายหลัก เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำความผิด หลักสัญญาทางปกครอง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังคงมีหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองบางหลักที่ศาลปกครองควรนำมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน เช่น หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด อันเป็นหลักการที่กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นมิได้เป็นความผิดของรัฐ เพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการที่ต้องเสียสละเพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเป็นธรรม และการใช้หลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดจะเป็นการกระจายภาระที่เกิดขึ้นจากการให้บริการสาธารณะในระหว่างประชาชนทุกคนโดยเท่าเทียมกัน ในกรณีที่ศาลปกครองไทยพิจารณานำหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดมาใช้ ก็ควรนำมาใช้โดยตั้งอยู่บนความสมดุลระหว่างการเยียวยาความเสียหายกับภาระทางการเงินของรัฐ

3. การสร้างความมั่นคงในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง

การสร้างความมั่นคงในการใช้กฎหมายมีตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจน คือ ในสมัยการปกครองของพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 แห่งประเทศอังกฤษ พระองค์ทรงจัดตั้งศาลหลวงเพื่อพิจารณาข้อพิพาททั้งหลายโดยนำจารีตประเพณีที่ใช้ร่วมกันหรือตรงกันทั่วประเทศมาใช้บังคับ และจากการที่ศาลหลวงวางตนอยู่เหนือข้อพิพาททั้งปวง ส่งผลให้การบังคับใช้จารีตประเพณีกับข้อพิพาททั้งหลายเป็นไปโดยปราศจากอคติและใช้บังคับกฎหมายจารีตประเพณีได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผลของคำพิพากษาเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป การวินิจฉัยคดีเช่นนี้ทำให้กฎหมายในราชอาณาจักรมีความเป็นเอกภาพอย่างรวดเร็ว กรณีนี้เป็นแบบอย่างที่ดีในการสร้างความมั่นคงให้แก่หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง ให้เกิดความน่าเชื่อถือและเป็นที่ยอมรับแก่ประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น องค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น ศาลปกครองหรือคณะกรรมการวินิจฉัย

ชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลควรสร้างความมั่นคงให้กับหลักกฎหมายทั่วไป โดยการให้หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองให้ตรงตามเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายดังกล่าว เป็นไปในแนวทางเดียวกันและปราศจากอคติ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองในเรื่องเดียวกันอย่างแตกต่างกันย่อมต้องสามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลที่เหมาะสม



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กรรณิกา สุทธิประสิทธิ์. สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสสั่งเพิกถอนผลการสอบแข่งขันภายในของตำรวจแห่งชาติ. ทันข่าววิชาการ สว. (กรกฎาคม 2552): 11 – 12.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส [ออนไลน์]. 2544. แหล่งที่มา: www.pub-law.net [2553, มกราคม 1]

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. ที่มาของกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป.

โกเมน ภัทรภิรมย์. บรรยาย. กฎหมายอาญาชั้นสูง หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2550.

คณิต ฒ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2542.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคนอื่นๆ. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2549.

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายเบื้องต้นแห่งการตีความด้วยทฤษฎีตามกฎหมายฝรั่งเศส. ใน การใช้และตีความกฎหมาย, หน้า 1 - 4. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.

ซอง-ปีแอร์ เดรง. หลักกฎหมายทั่วไป : การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ. วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม – เมษายน 2549): 53 – 71.

ซอง-ปีแอร์ เดรง. เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป. วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม – เมษายน 2549): 72 – 79.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. สารนารู้เกี่ยวกับ “กฤษฎีกา”. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542.

ฌ็อง-โกลด์ เวเนเซีย. การพัฒนาเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกรณีที่ไม่มีความผิด. วารสารวิชาการศาลปกครอง 3, 1 (มกราคม – เมษายน 2546): 24 – 32.

- ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. คำอธิบายศัพท์กฎหมายมหาชน ฝรั่งเศส – ไทย. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. วารสารกฎหมายปกครอง 19, 1 (เมษายน 2543): 166 – 197.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชนและพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. หลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. การฟ้องคดีปกครอง ประเภทคดีปกครองและผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองแต่ละประเภท. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2543.
- บุบผา อัครพิมาน. ผลของสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ, หน้า 160 – 195. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.

- บุบผา อัครพิมาน. หลักกฎหมายทั่วไป. วารสารวิชาการศาลปกครอง 5, 1 (มกราคม – เมษายน 2548): 1 – 26.
- บุบผา อัครพิมาน. คำวินิจฉัยและข้อสังเกตในคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ, หน้า 335 – 358. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.
- ประดิษฐ์มนูธรรม, หลวง (ปรีดี พนมยงค์). บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1. พระนคร: นิติศาสตร์, 2471.
- ประภาพรรณ อุดมจรรยา. กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2521.
- ประยูร กาญจนดุล. คำอธิบายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. วารสารวิชาการศาลปกครอง 2, 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2545): 95 – 143.
- ประสิทธิ์ โขวิไลกุล. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 - 14. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ. ความรู้เบื้องต้นกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสำหรับผู้เริ่มเรียน. 2548. แหล่งที่มา: www. pub - law.net [2553, มกราคม 1]
- พนม เอี่ยมประยูร. หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส. ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพศ.ดร.พนม เอี่ยมประยูร, หน้า 41 - 70. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544.
- ภูมิชัย สุวรรณดี, มานิตย์ จุมปา และชิตาพร พิศลยบุตร โต๊ะวิเศษกุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2549.
- ภูริชญา วัฒนรุ่ง. ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.

โกคิน พลกุล. การวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล [ออนไลน์]. 2545. แหล่งที่มา: www.pub-law.net [2553, มกราคม 1]

โกคิน พลกุล. สัญญาทางปกครองในกฎหมายไทย. วารสารวิชาการศาลปกครอง 4, 1 (มกราคม – เมษายน 2547): 21 – 77.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาการระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศหน่วยที่ 1-7. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2542.

มานิตย์ จุมปา. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

ยงยุทธ อนุกุล. หลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและคำพิพากษาต่างประเทศ. ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครองภาคสารบัญญัติ, หน้า 113 -159. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.

รังสิกร อุปพงศ์. ทฤษฎีบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศส. วารสารนิติศาสตร์ 18, 3 (กันยายน 2531): 38 – 57.

รัฐสิทธิ์ ชุรุสุวรรณ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2539.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. อำนาจหน้าที่ของรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2551.

วรดนุ วิจารณ์ันท์. หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วรรณารี สิงห์โต. หลักเกณฑ์การขอให้พิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 จะนำไปใช้บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นก่อนพระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้หรือไม่. วารสารกฎหมายปกครอง 25, 3 (ธันวาคม 2551): 81 – 92.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” เอกสารประกอบการอบรมพนักงานคดีปกครอง รุ่นที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.

วรรณชัย บุญบำรุง. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

วรรณชัย บุญบำรุง. เปรียบเทียบกระบวนการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกับกระบวนการพิจารณาคดีปกครอง. วารสารกฎหมายปกครอง 25, 3 (ธันวาคม 2551): 3 – 20.

วรรณชัย บุญบำรุง. สารานุกรมแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540): ศาลยุติธรรม, กรุงเทพมหานคร: องค์การค้ำของคุรุสภา, 2544.

วิษณุชัย ธรรมประดิษฐ์. สารานุกรมแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540): รัฐสภา. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้ำของคุรุสภา, 2544.

วิษณุ เครืองาม. คณะรัฐมนตรีมีความเป็นมาอย่างไร. สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว 27 [ออนไลน์], 2546. แหล่งที่มา: <http://kanchanapisek.or.th/kp6/BOOK27/chapter2/t27-2-11.htm#sect3> [2553, มกราคม 1]

ศรชัย ท้าวมิตร. ระบบรัฐสภาไทย. กรุงเทพมหานคร: โอเดียนสโตร์, 2549.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. ศูนย์ศึกษาคดีปกครอง สำนักวิจัยและวิชาการ. สรุปหลักกฎหมายหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2552.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2551.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. สำนักวิจัยและวิชาการ. สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่อง เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2548.

ศาลปกครอง, สำนักงาน. สำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง. คดีปกครองเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ศาลยุติธรรม คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

สมยศ เชื้อไทย. นิติปรัชญาเบื้องต้น. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1 ความรู้กฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่นๆ. รายงานวิจัย : หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

สุวิมล สังขพันธ์. สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร: รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2538.

อมร จันทรสมบูรณ์. หลักกฎหมายปกครอง จากข้อสังเกตจากศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546.

อักษรพร จุฬารัตน. กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2549.

อัศรมศวร์ ทองนวล. สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) : คณะรัฐมนตรี. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2544.

อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ. กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. กรุงเทพมหานคร: กิ่งจันทร์การพิมพ์, 2527.

ภาษาต่างประเทศ

Braibant, G., and Stim, B. Le droit administratif français. Paris: Presses de la fondation nationale des sciences politiques: Dalloz, 2005.

Favoreu, L., and Philip, L. Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. Paris: Dalloz, 2007.

Guettier, C. Droit administrative. Paris: Montchrestien, 2000.

Jeanneau, B. Les Principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative. Paris: Recueil Sirey, 1954.

Lombard, M. Droit administratif. Paris: Dalloz, 1999.

Long, M., and Weil, P. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. Paris: Dalloz, 2001

Maillot, J.M. La théorie administrativiste des principes généraux du droit: continuité et modernité. Paris: Dalloz, 2003.

Rivero, J., and Waline, J. Droit administratif. Paris: Dalloz, 1998.

Vlachos, G. Principes généraux du droit administratif. Paris: Ellipses, 1993.



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวกนกวรรณ อธิธิวิภาต เกิดเมื่อวันที่ 24 มกราคม 2526 ที่กรุงเทพมหานคร จบการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายจากโรงเรียนอัสสัมชัญคอนแวนต์ สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีนิติศาสตร์บัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2547 และเข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. 2549 ปัจจุบันรับราชการที่สำนักงานศาลปกครอง ในตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง ปฏิบัติการ



ศูนย์วิทยทรัพยากร
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย