หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2559

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร

คณะนิติศาสตร์

ศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ดร.ฤทัย หงส์สิริ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ

(ดร.สุรพล นิติไกรพจน์)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

.....กรรมการ

(ดร.ฤทัย หงส์สิริ)

อาจารย์.....กรรมการ

(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี

(นเรศร์ เกษะประกร)

กุมภาพันธ์ 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์ หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย
ชื่อผู้เขียน นางสาวภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร
ชื่อปริญญา นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา 2559

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงหลักสารบัญญัติของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย โดยหลักกฎหมายทั่วไปนับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเรื่องหนึ่ง และเป็นหลักกฎหมายที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลได้ค้นหาและนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในการนี้ได้ศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาประกอบในการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยได้ศึกษาหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศด้วยเพื่อเป็นประโยชน์สำหรับการวางแนวทางในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

จากการศึกษาพบว่า รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย ต่างมีรากฐานแนวคิดหลักมาจากหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม และมีการนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้นได้ถูกพัฒนาและนำมาใช้มากขึ้นภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้เป็นผลมาจากหลักกฎหมายดังกล่าวหลายหลักได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับเป็นช่วงที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ ซึ่งศาลได้มีการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักใหม่ ๆ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

จากการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน พบว่า การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรกศาลปกครองได้นำมาปรับใช้กับคดีในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” กล่าวคือ เป็นกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้นได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว และกรณีที่สอง ศาลปกครองได้นำมาปรับใช้กับคดีในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” กล่าวคือ เป็นกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้นยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำหลักกฎหมายทั่วไปแต่ละหลักมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวอย่างถูกต้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดี ทั้งนี้ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะนำหลักกฎหมายทั่วไป ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” มาปรับใช้กับคดีได้จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ABSTRACT

Title of Dissertation	General Principles of Law in Thai Administrative Law
Author	Miss Passawan Ouchupongamorn
Degree	Doctor of Laws
Year	2016

This thesis intends to study substantive jurisprudence under general principles of law in Thai administrative law. The principles are normally unwritten thus interesting for legal academics. The courts have adopted the principles to fill the gaps in the written legislation. This study analyzed judgments of the Supreme Administrative Court comparing with foreign laws in order to designate way of studying general principles of law in Thai administrative law.

According to the research, fundamental concepts of the general principles of law in England, France and Thailand rooted from Legal State concept in civil law system or the Rule of Law concept in common law system. And the courts have filled the gaps in the written legislation by adopting the principles in making judicial decisions. The general principles of law in Thai administrative law have been much developed and more applied after the application of the Administrative Procedure Act, B.E. 2539. In this regard, many legal principles have been legislated in written law and the Administrative Court was established in this period. The Administrative Court is the key organizations in the administrative proceeding. The new general principles of law have been searched and applied by the Court such as human dignity and impartiality of the officials.

With analyzing the judgments of the Supreme Administrative Court between 2001 to present, this thesis found that the application of the principles in Thai administrative proceeding can be divided into two categories which are the general principles of law that is applied by The Administrative Court as “the Legislature” and the general principles of law that is applied by the Court as “the General Principle of Law” Especially, the court, systematically and perfectly applies the general principles of law to the adjudication of the cases. Besides filling the gaps in the written legislation, fairness is the other crucial reason the court applies the principles. Anyhow, The application of the general principles of law by The Administrative Court must be only in the case of the absence of the legislature and the principles must not be contrary to the legislature.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยความอนุเคราะห์อย่างยิ่งของท่านคณาจารย์ผู้มีพระคุณที่ให้ความช่วยเหลือแนะนำ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าและให้เกียรติรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาหลัก อาจารย์ ดร.ฤทัย หงส์สิริ ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่า และให้เกียรติรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทั้งสองท่านได้ให้คำปรึกษาอย่างสม่ำเสมอและชี้แนวทางในการเขียนวิทยานิพนธ์ ตรวจสอบเนื้อหาและความถูกต้องอย่างละเอียด ตลอดจนให้ข้อคิดเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขข้อบกพร่อง จนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้

กราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ที่ได้กรุณาให้เกียรติเป็นประธานกรรมการในการสอบวิทยานิพนธ์ และได้กรุณาตรวจสอบเนื้อหาโดยละเอียดตลอดจนให้คำชี้แนะอันเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขข้อบกพร่องในวิทยานิพนธ์ให้ถูกต้องและสมบูรณ์ยิ่งขึ้น รวมทั้งขอขอบคุณอาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร ที่ได้ให้เกียรติเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่ง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต และอาจารย์ ดร.กฤษณ์ วสีนนท์ ที่กรุณาให้ข้อคิดเห็นประกอบกับให้คำแนะนำต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการทำวิทยานิพนธ์ และขอขอบคุณอาจารย์สมารัฐ มหาปิยศิลป์ ที่ได้ให้คำแนะนำในด้านภาษาต่างประเทศ รวมตลอดถึงเพื่อน ๆ ที่ได้กรุณาให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการทำวิทยานิพนธ์นี้ และเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ทุกท่านที่ให้ความเอื้อเฟื้อด้วยดีมาโดยตลอด

ท้ายที่สุดนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา และขอขอบคุณสมาชิกทุกคนในครอบครัวที่ได้ให้กำลังใจแก่ผู้เขียนด้วยดีตลอดมา

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จักเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อผู้สนใจเพื่อศึกษาค้นคว้าและพัฒนาความรู้ต่อไป ผู้เขียนขอมอบความดีนี้เป็นกตเวทิตาคุณแด่บิดา มารดา และอาจารย์ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยไว้ ณ ที่นี้

ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร
กุมภาพันธ์ 2560

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ (3)
ABSTRACT (4)
กิตติกรรมประกาศ (5)
สารบัญ (6)
สารบัญตาราง (11)

บทที่ 1 บทนำ 1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา 4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา 4
1.4 สมมุติฐานในการศึกษา 4
1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา 5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ 5
บทที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง 6
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 6
2.1.1 แนวคิดที่เป็นรากฐานของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 6
2.1.1.1 แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) 6
2.1.1.2 แนวคิดของหลักนิติรัฐ (Legal State) 9
2.1.2 ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 12
2.1.2.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป 12
2.1.2.2 ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป 14
2.1.3 ที่มาของกฎหมายปกครอง 15
2.1.3.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 15
2.1.3.2 จารีตประเพณี 19
2.1.3.3 คำพิพากษาของศาล 21
2.1.3.4 หลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมาย 22
2.1.4 ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 22
2.1.4.1 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ 23
2.1.4.2 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ 24

2.2 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง 25
2.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบกฎหมาย 25
2.2.1.1 ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ (Civil Law System) 25
2.2.1.2 ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law System) 26
2.2.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการตีความกฎหมายในระบบกฎหมาย 28
2.2.2.1 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ 28
2.2.2.2 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ 31
2.2.3 ระบบศาลกับการตีความกฎหมายปกครอง 32
2.2.3.1 ระบบศาลเดี่ยว 32
2.2.3.2 ระบบศาลคู่ 34
บทที่ 3 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส 36
3.1 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ 36
3.1.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ 37
3.1.1.1 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) 37
3.1.1.2 หลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขต ของกฎหมาย (Ultra Vires) 41
3.1.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ 42
3.1.2.1 กำเนิดสถาบันหลักอังกฤษ: พระราชอำนาจ 42
3.1.2.2 การพยายามเพิ่มพูนพระราชอำนาจ: ความขัดแย้งระหว่าง พระมหากษัตริย์กับรัฐสภาและศาล 43
3.1.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ 48
3.1.3.1 แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา 48
3.1.3.2 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ 49
3.1.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง ของประเทศอังกฤษ 50
3.1.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยศาลอังกฤษ 50
3.1.5.1 หลักความเสมอภาค (Principle of Equality) 51
3.1.5.2 หลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness) 53
3.1.5.3 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) 56
3.1.5.4 หลักความเป็นกลาง (Principle of Impartiality) 60
3.2 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส 62
3.2.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส 63
3.2.1.1 แนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ 63
3.2.1.2 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย 65

3.2.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส 67
3.2.2.1 ช่วงแรก-ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 68
3.2.2.2 ช่วงสอง-หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 70
3.2.2.3 ช่วงสาม-การเข้ามามีบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 71
3.2.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส 72
3.2.3.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร 72
3.2.3.2 เจตนารมณ์ของคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 73
3.2.3.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ 76
3.2.3.4 กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 77
3.2.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศส 82
3.2.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยสภาแห่งรัฐ 83
3.2.5.1 หลักความเสมอภาค (Principe d' égalité) 84
3.2.5.2 หลักความได้สัดส่วน (Principe de proportionnalité) 91
3.2.5.3 หลักความเป็นกลาง (Principe d' impartialité) 96
3.2.5.4 หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (La loi des services publics) 99
3.2.5.5 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Non-rétroactivité des acts administratifs) 102
3.3 เปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส 104
3.3.1 ความหมายและขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส 104
3.3.2 สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส 106
3.3.3 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส 107
3.3.3.1 หลักความเสมอภาค 107
3.3.3.2 หลักความได้สัดส่วน 109
3.3.3.3 หลักความเป็นกลาง 111
บทที่ 4 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย 115
4.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย 115
4.1.1 ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 117
4.1.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกา 117
4.1.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม 125
4.1.2 หลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 132

4.1.2.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ 136
4.1.2.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 136
4.1.2.3 หลักความได้สัดส่วน 136
4.1.2.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ 137
4.1.2.5 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ 138
4.1.2.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง 138
4.2 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย 139
4.3 ขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครองไทย 143
4.4 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย 149
4.4.1 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ 149
4.4.2 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายปกครอง 152
4.5 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย 153
4.5.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ 154
4.5.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครอง 155
4.6 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุด 156
4.6.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ 156
4.6.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 164
4.6.3 หลักความได้สัดส่วน 167
4.6.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ 178
4.6.5 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ 187
4.6.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง 193
บทที่ 5 บทวิเคราะห์การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย 200
5.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทย 200
5.1.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง 201
5.1.1.1 ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 201
5.1.1.2 ช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 202
5.1.2 สถานะของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในระบบกฎหมายปกครองไทย 203
5.1.2.1 ช่วงก่อนมีการประกาศใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 203
5.1.2.2 ช่วงหลังการประกาศใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 204

5.1.3 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองไทย 205
5.2 บทวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง 207
5.2.1 บทวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” 208
5.2.1.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ 208
5.2.1.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 214
5.2.1.3 หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ) 216
5.2.1.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) 224
5.2.1.5 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) 234
5.2.2 บทวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” 237
5.2.2.1 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ 237
5.2.2.2 หลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) 239
5.2.2.3 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของกฎ) 241
5.2.2.4 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ) 243
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ 252
6.1 บทสรุป 252
6.2 ข้อเสนอแนะ 257

บรรณานุกรม 260
ประวัติผู้เขียน 270

สารบัญตาราง

ตารางที่ **หน้า**

6.1 ตัวอย่างการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป 256

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) นับได้ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเรื่องหนึ่ง เพราะเป็นปัญหาทางทฤษฎีและยากที่จะกำหนดขอบเขตให้แน่นอนตายตัวไปได้ และอาจกล่าวได้ว่า ส่วนที่เป็นหัวใจนั้นเป็นผลโดยตรงของความพยายามอย่างไม่หยุดยั้งของนักนิติศาสตร์ในอันที่จะหาทางพิทักษ์รักษาสิทธิเสรีภาพของบุคคลในสังคม ซึ่งการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปถือว่าเป็นการก้าวออกนอกกรอบของความแจ้งชัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร[1] อีกทั้งมิอาจอาศัยความสม่ำเสมอในการปฏิบัติเหมือนกับการสร้างกฎหมายจารีตประเพณีอันเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกประเภทหนึ่งนั้นได้ ดังนั้น จึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและรอบคอบอย่างยิ่ง

หลักกฎหมายทั่วไปจัดเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่งของกฎหมายฝรั่งเศส[2] ที่ถูกพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ซึ่งมีความสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดีและเป็นที่มาของกฎหมายปกครองด้วย[3] หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่สามารถนำมาใช้ปรับแก่คดีได้ ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันฐานความคิดในการที่สภาแห่งรัฐจะเข้ามาสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น เพราะตัวบทกฎหมายขาดความสมบูรณ์หรือเพราะไม่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้สำหรับพิจารณาพิพากษาคดี[4] ทั้งนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากบทกฎหมายที่พัฒนาไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้บทกฎหมายย่อมต้องมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในอดีต หรืออาจกล่าวได้ว่าความซับซ้อนของกฎหมายนั้นเองเป็นช่องว่างของกฎหมาย สำหรับยุคปัจจุบันซึ่งไม่ใช่เพราะขาดตกบกพร่องแต่เพราะมีเนื้อหา

---

[1]พนม เอี่ยมประยูร, หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส, ใน **ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544), หน้า 41.

[2]Walter Cairns and Robert McKeon, **Introduction to French Law**, 2nd ed. (London: Cavendish, 1998), pp. 12-13.

[3]Catherine Elliott, Catherine Vernon and Eric Jeanpierre, **French Legal System**, 2nd ed. (Dorchester: Dorset, 2006), p. 79.

[4]ชอง-ปีแอร์ เตรง, "หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ," **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 6, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 59.

มากจนเกินไปทำให้กฎหมายไม่สมบูรณ์ และกฎหมายไม่สามารถถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาจไปก่อความเสียหายให้แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย จากเหตุผลนี้เองที่ได้มีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภาแห่งรัฐที่จะเข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างของกฎหมาย[5]

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ซึ่งแนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่นั้นได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส[6] โดยประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้น ศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จนอาจกล่าวได้ว่า สภาแห่งรัฐ หรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสนั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยพฤตินัย เนื่องจาก สภาแห่งรัฐได้จัดตั้งขึ้นในสมัยที่กฎหมายมหาชนยังไม่มีการพัฒนา และกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่มีอยู่ ไม่อาจนำมาใช้บังคับกับคดีปกครองได้อย่างเหมาะสม แต่สภาแห่งรัฐก็ไม่อาจปฏิเสธที่จะพิพากษาคดีโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีได้[7] ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงจำเป็นต้องค้นหา หรือสร้างหลักกฎหมายปกครองขึ้นเพื่อพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะเพื่ออำนวยความเป็นธรรม ทั้งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์สาธารณะไปพร้อมกัน

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายเอกชนถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4[8] โดยบัญญัติให้อำนาจศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น และไม่อาจอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ อันแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งศาลและองค์กรอื่นมีหน้าที่ต้องค้นหาหลักดังกล่าว ในขณะที่กฎหมายมหาชนไม่มีประมวลกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม กฎหมายปกครองไทยก็ยอมรับและรับรองการมีอยู่และการนำมาใช้ ดังจะเห็นได้จากการออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่

---

[5] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 68-69.

[6] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), หน้า 174.

[7] ฤทัย หงส์สิริ, **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554), หน้า 166-167.

[8] มาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5[9] ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วก็น่าเชื่อว่าบทบาทของศาลปกครองไทยน่าจะมีวิวัฒนาการไปในทิศทางเดียวกันกับศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ ปัจจุบันกฎหมายไทยยังขาดหลักกฎหมายปกครองทั่วไป[10] ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะต้องตีความกฎหมายและวางหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ กับทั้งเหตุผลที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลเป็นผู้ค้นหา หรือสร้างหลักกฎหมายในบางเรื่อง

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นอิสระแยกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอยู่ในรูปของนามธรรมและแยกออกจากจารีตประเพณี การนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น แม้เป็นการสกัดออกมาจากหลักกฎหมายต่าง ๆ ก็ตามมีลักษณะใกล้เคียงกับการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเมื่อวินิจฉัยคดี โดยที่ศาลอ้างอิงไปที่บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรเพื่อสะท้อนให้เห็นว่าศาลสกัดจากบทบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลไม่ยอมรับว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่านั้นเป็นสิ่งเดียวกับบทบัญญัติที่อ้าง แต่ในขณะเดียวกันศาลกลับยืนยันว่า หลักกฎหมายทั่วไปนี้ใช้บังคับอยู่แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับก็ตาม[11]

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการยอมรับรูปแบบทางกฎหมายในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาในระบบกฎหมายปกครองไทยดังที่กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่การยอมรับดังกล่าวมีแต่เฉพาะในส่วนหลักสบัญญัติเท่านั้น ส่วนในหลักสารบัญญัติยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน โดยที่หลักกฎหมายปกครองไทยเป็นกฎหมายที่เพิ่งมีการพัฒนามาไม่นาน ทำให้หลักกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงยังมีไม่เพียงพอ ประกอบกับการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมได้ทุกเรื่อง และในการออกกฎหมายแต่ละฉบับใช้เวลานาน ดังนั้น การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายจึงมีความสำคัญขึ้นมา ถึงกระนั้นก็ตามหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะเป็นนามธรรม จึงทำให้เกิดปัญหาว่าหลักกฎหมายทั่วไปคืออะไร มีขอบเขตในการใช้อย่างไร กรณีใดที่ศาลปกครองไทยจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีและศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้ได้อย่างถูกต้องหรือไม่ อย่างไร ในการศึกษาวิจัยนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะศึกษาวิเคราะห์ คำพิพากษาของศาลปกครอง โดยศึกษาเฉพาะ

---

[9]ข้อ 5 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543

วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

[10]ฤทัย หงส์สิริ, *เรื่องเดิม*, หน้า 167-168.

[11]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 256.

ในส่วนหลักสารบัญญัติในทางกฎหมายปกครอง เพื่อชี้ให้เห็นถึงการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นรูปธรรมของศาลปกครองไทย ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งยังมีบทบาทที่สำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาความหมาย ขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง
3. ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองไทย ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

1. ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ (Civil Law) ประเทศอังกฤษที่เป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) และประเทศไทย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร
2. ศึกษาถึงความหมาย และขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไป โดยการรวบรวมหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองทั้งที่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว และที่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้ทราบว่าจะต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีใดและจะนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้อย่างไร
3. ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน ที่นำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง โดยศึกษาเฉพาะในส่วนหลักสารบัญญัติในทางกฎหมายปกครอง เพื่อให้ทราบว่าศาลได้ค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในขอบเขตอย่างไร เหมาะสมหรือสอดคล้องกับหลักกฎหมายหรือไม่

1.4 สมมุติฐานในการศึกษา

ศาลปกครองไทยได้มีการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายปกครอง เพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม

1.5 วิธีที่ใช้ในการศึกษา

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตำราที่เกี่ยวข้อง บทความทางวิชาการ ข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์จากเว็บไซด์ เอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย
2. ทำให้ทราบถึงความหมาย และขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง
3. ทำให้ทราบถึงขอบเขต และการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของศาลปกครองไทย
4. เพื่อประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าและใช้เป็นฐานข้อมูลอ้างอิงสำหรับผู้ที่สนใจ

บทที่ 2

แนวคิดเกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีที่สำคัญ ๆ เกี่ยวกับการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง โดยได้แบ่งหัวข้อเป็นดังนี้ 2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง และ 2.2 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง ประกอบด้วยสาระสำคัญดังนี้ 2.1.1 แนวคิดที่เป็นรากฐานของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 2.1.2 ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง 2.1.3 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง และ 2.1.4 ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

2.1.1 แนวคิดที่เป็นรากฐานของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไป มีพื้นฐานทางความคิดดั้งเดิมมาจากรากฐานทางความคิดจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ และแนวความคิดของหลักนิติรัฐ ดังจะได้กล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

2.1.1.1 แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

สำนักกฎหมายธรรมชาติ มีความคิดว่ากฎหมายเป็นเรื่องของเหตุผล ดังคำกล่าวของ Cicero ที่เห็นว่า กฎหมายธรรมชาติเป็นเรื่องของเหตุผลที่เป็นไปตามธรรมชาติสอดคล้องกับกฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์หรือหลักการของจักรวาล อันเป็นธรรมชาติภายนอก และขณะเดียวกันก็เป็นธรรมชาติภายในตัวมนุษย์เช่นกัน กฎหมายธรรมชาติมีผลใช้บังคับได้อย่างเป็นสากลไม่เปลี่ยนแปลงและเป็นนิรันดร เป็นกฎหมายที่มีอยู่ตามธรรมชาติและเป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาและสถานที่ นอกจากนี้ ยังมีผลผูกพันให้ทุกคนต้องปฏิบัติตามข้อความดังกล่าว[12] กฎหมายธรรมชาติยังเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ในอุดมคติซึ่งอยู่เหนือกว่ากฎหมายที่รัฐสร้างขึ้น[13] โดยถือว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้มีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติของสรรพสิ่งซึ่งอาจค้นพบได้โดยการใช้เหตุผล มนุษย์สามารถค้นพบกฎหมายธรรมชาติได้โดยอาศัยเหตุผลในตัวมนุษย์เอง เหตุผลและสติปัญญาของมนุษย์ก็คือ ที่มาของกฎหมายธรรมชาติ

---

[12]ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 125-127.

[13]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556), หน้า 396-397.

ในศตวรรษที่ 17-18 เป็นที่ปรากฏชัดเจนว่ากฎหมายธรรมชาติไม่ได้เกี่ยวพันกับความคิดเรื่องธรรมชาติของจักรวาล แต่หากไปสัมพันธ์กับเหตุผลของมนุษย์ จึงทำให้ความหมายของกฎหมายธรรมชาติเกิดความคลุมเครือขึ้น เพราะแต่เดิมเชื่อว่าทุกสิ่งทุกอย่างต้องสัมพันธ์กับระบบระเบียบของจักรวาล และโดยที่มนุษย์เป็นส่วนหนึ่งของจักรวาลจึงต้องอยู่ภายใต้เหตุผลสากลด้วย ซึ่งทำให้เกิดความหมายที่แตกต่างกันขึ้นของกฎหมายธรรมชาติ จนกลายมาเป็นสิ่งที่กัดเซาะความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติให้ค่อย ๆ เสื่อมไป ต่อมาในศตวรรษที่ 20 สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติต้องมีการปรับเปลี่ยนรูปแบบที่แสดงออกทางความคิดกฎหมายธรรมชาติเพื่อมาทดแทนคำว่า “กฎหมายธรรมชาติ” “เหตุผล” และ“ความเป็นธรรม” จึงทำให้เกิดคำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ขึ้น และได้กลายเป็นที่นิยมมาก ซึ่งการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ย่อมดีกว่าการอ้างแค่เพียงเหตุผล เพราะข้อความคิดของหลักกฎหมายทั่วไปมีระบบที่ชัดเจนกว่า[14] โดยแบ่งออกได้เป็นสองประการ คือ ประการแรก เป็นหลักการแห่งเหตุผลที่ออกจากกฎเกณฑ์ที่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นระบบระเบียบทางนิติบัญญัติ และประการต่อมา เป็นหลักการแห่งเหตุผลที่อยู่เหนือกว่ากฎเกณฑ์ที่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือระบบระเบียบทางกฎหมาย โดยเป็นความคิดที่กว้างมาก ๆ และตรงกับสิ่งที่ถูกเรียกว่า กฎหมายที่มีค่าบังคับที่เหนือกว่า กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่อยู่นอกเหนือไปจากกฎหมายของบ้านเมืองที่เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนการนำมาใช้ของข้อความคิดดังกล่าวจะนำหลักในประการแรกมาใช้บังคับก่อน ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าการให้คำตอบทางกฎหมายโดยการใช้เหตุผลที่ประเมินโดยศาลจำเป็นที่จะต้องมีบางส่วนออกมาจากการคิดเอาเองของศาลด้วย อันทำให้เกิดลักษณะที่เป็นอัตวิสัยที่มิได้ให้หลักประกันใด ๆ ต่อความมั่นคงแห่งสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งจะต่างกับหลักในประการแรกที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัยมากกว่า

สำหรับประเทศไทย แนวคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติเป็นแนวคิดที่ปรากฏอย่างชัดเจนในระบบกฎหมายไทยมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ระบบการเรียนการสอนกฎหมายในประเทศไทยมุ่งเน้นไปในเรื่องของการศึกษาตัวบทกฎหมายในรูปแบบของตะวันตก หรือแม้จะมีการศึกษาในเรื่องกฎหมายธรรมชาติก็เป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นไปในการศึกษากฎหมายธรรมชาติในระบบกฎหมายตะวันตก โดยมิได้มีการกล่าวถึงลักษณะความเป็นกฎหมายธรรมชาติของคัมภีร์พระธรรมศาสตร์ซึ่งเป็นกฎหมายเก่าที่ใช้กันมาก่อนการปฏิรูปกฎหมายแต่ประการใด ในส่วนนี้เป็นที่ชัดเจนว่ากฎหมายปกครองฝรั่งเศสยอมรับว่ากฎหมายธรรมชาติเป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป[15] ดังนั้น อาจสรุปได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยมานานแล้ว แต่แนวคิดดังกล่าวมิได้รับการยอมรับเป็นลายลักษณ์อักษร

---

[14] ภชฤทธิ์ นิลสนิท, **หลักกฎหมายทั่วไป, ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 25-26.

[15] ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 11, 2 (เมษายน-มิถุนายน 2554): 48.

อีกแนวคิดหนึ่งมีที่มาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ คือ หลักความยุติธรรม[16] (The Principle of Justice) ซึ่งคำว่า “ความยุติธรรม” แปลว่า ความเที่ยงธรรม ความชอบด้วยเหตุผล ความยุติธรรมจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งใหญ่ในทางนิติศาสตร์ เพราะความยุติธรรมเป็นจิตวิญญาณของกฎหมาย กฎหมาย ความยุติธรรม เหตุผลและความถูกต้องชอบธรรมเป็นสิ่งที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้

ความยุติธรรม คือ ความถูกต้องตามความคิดเห็นของคนทั่วไปซึ่งมีความรู้สึกโดยเหตุผลตามสมควร เพราะฉะนั้น มันจะตรงกับกฎหมายทุกกรณีไม่ได้ เรื่องของความยุติธรรมกับกฎหมายมันไม่พอดีกัน แม้กฎหมายนั้นจะมีที่มาจากความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ตาม เพียงแต่กฎหมายเขียนขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้ความยุติธรรมแน่นอน[17] หลักความยุติธรรมจึงถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่ง[18] ซึ่งหากมิใช่ความยุติธรรมดังกล่าวแล้วก็ไม่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป กล่าวคือ ต้องเป็นความนึกคิดของบุคคลทั่วไปเป็นส่วนมาก ความยุติธรรมเป็นหลักเกณฑ์ที่บุคคลธรรมดาทั่วไปเห็นว่าสมควรเป็นอย่างนั้นเรียกกันว่าเป็นความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) หรือกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ที่เป็นคนละเรื่องกับความยุติธรรมตามกฎหมาย (Legal Justice) ซึ่งหมายความว่า ถ้าได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นไรแล้ว ก็เป็นความยุติธรรมเช่นนั้น แม้คนทั่วไปจะเห็นว่าไม่ยุติธรรมก็ตาม ฉะนั้น เพียงแต่เป็นสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยย่อมไม่เป็นการเพียงพอ และจะไม่ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เพราะสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเองก็ย่อมไม่แน่นอน ต่างคนต่างใจต่างความรู้สึก เว้นแต่ สามัญสำนึกดังกล่าวมีความถูกต้องตามความคิดเห็นของคนทั่วไป ซึ่งมีความรู้สึกโดยมีเหตุผลสมควรจึงจะเป็นความยุติธรรมที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

การที่ศาลปกครองต้องสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดี ทั้งนี้ เพราะว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงพอแก่การที่ศาลจะนำมาปรับใช้ได้กับทุกคดี ซึ่งต้องเข้าใจว่าศาลมีหน้าที่ในการยุติข้อพิพาท ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาและมีเครื่องมือเพื่อให้การทำงานของตนสามารถดำเนินต่อไปได้ เนื่องด้วย ศาลเป็นองค์กรพิทักษ์ความยุติธรรม กฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดีนั้นศาลก็จะสร้างมาจากรากฐานของหลักความยุติธรรม (la règle equitable) เป็นสำคัญ โดยนัยนี้ จึงหมายความว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกสร้างโดยศาลปกครองผ่านคำพิพากษาของตน โดยมีฐานมาจากหลักความยุติธรรมที่ถูกซ่อนอยู่ใน

---

[16]ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, **กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548), หน้า 46.

[17]จิตติ ติงศภัทย์, **รวมคำบรรยาย, หลักวิชาชีพนักกฎหมาย: ทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 8-9.

[18]ไพจิตร ปุญญพันธุ์, “หลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม),” **วารสารนิติศาสตร์** 27 (มีนาคม 2540): 20-21.

ตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง[19] ซึ่งหลักความยุติธรรมนั้น แบ่งออกเป็นสองลักษณะ[20] คือ ความยุติธรรมในการแบ่งสันปันส่วน (Distributive Justice) เป็นความยุติธรรมที่ใช้เป็นเครื่องแบ่งสรรอำนาจหน้าที่ในกิจการสาธารณะ เกียรติยศ ความมั่งคั่ง และภาระของแต่ละคนในชุมชน โดยต้องแบ่งสรรสิ่งต่าง ๆ แก่บุคคลอย่างมีสัดส่วนเหมาะสมแก่คุณภาพของแต่ละบุคคล ส่วนความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนทดแทน (Commutative Justice) เป็นความยุติธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนด้วยกัน ซึ่งต่างฝ่ายต่างแลกเปลี่ยนทดแทนกันอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้น การที่ศาลสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยผ่านคำพิพากษาก็เพื่อที่จะนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาอธิบายให้มีความชัดเจนในรูปแบบใหม่ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนเป็นสำคัญ

2.1.1.2 แนวคิดของหลักนิติรัฐ (Legal State)

หลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด[21] ซึ่งหลักนิติธรรมเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ[22] แนวความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือในการสร้างสังคมนี้ได้วิวัฒนาการขึ้นในประเทศอังกฤษ ซึ่งต่อมากลายเป็นทฤษฎีทางกฎหมายที่สำคัญเรียกว่า “หลักนิติธรรม” โดยถือว่าการปกครองที่ดีนั้นต้องเป็นการปกครองโดยกฎหมาย หลักนี้ได้ถูกทำให้เป็นที่รู้จักแพร่หลายอย่างเป็นระบบขึ้นครั้งแรก โดยศาสตราจารย์อัลเบอร์ต เว็นน์ ไดซี (A. V. Dicey - Albert Venn Dicey) นักกฎหมายชาวอังกฤษได้อธิบายไว้ในหนังสือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (The Law of the Constitution) กล่าวถึงหลักนิติธรรมว่าต้องประกอบด้วยหลัก 3 ประการ กล่าวคือ[23] ประการแรก การที่ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจลงโทษบุคคลใดได้ตามอำเภอใจ เว้นเพียงในกรณีที่มีการละเมิดกฎหมายโดยชัดของกฎหมายต่อหน้าศาลปกติ (Ordinary Court) ของแผ่นดิน ประการที่สอง ไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมาย ไม่ว่าจะอยู่ในตำแหน่งหรือเงื่อนไขประการใด ๆ ทุก ๆ คนล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน ประการสุดท้าย หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนเป็นผลจากคำวินิจฉัยตัดสินของศาลหรือกฎหมายธรรมดาในการชี้ขาดตามกฎหมายบ้านเมือง จากหลักนิติธรรมได้กลายเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ จนกระทั่งปัจจุบันนี้ ซึ่งจะเห็นได้จากบทบัญญัติอันว่าด้วยหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและหลักการที่ให้ประชาชนทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายอันเป็นสิทธิขั้นมูลฐานของมนุษยชน

---

[19]ชอง-ปีแอร์ เตรง, *เรื่องเดิม*, หน้า 56-57.

[20]ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541), หน้า 114-115.

[21]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 65.

[22]William Wade and Christopher Forsyth, **Administrative Law**, 10th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 22.

[23]Albert V. Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution** (London: MacMillan, 1959), pp. 188-203.

ในประเทศเยอรมันหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ถือกำเนิดขึ้น และเป็นที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 อันเป็นที่นิยมและมีการใช้ครั้งแรกโดยคาร์ล โอดอร์ เวลค์เกอร์ (Carl Theodor Welcker) ในหนังสือของเขาเมื่อปี ค.ศ.1813[24] โดยสรุปว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมมิให้ผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจไปตามอำเภอใจอันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร แนวความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดด้านเสรีนิยมภายหลังจากที่ได้เกิดการปฏิวัติครั้งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789[25] โดยประเทศฝรั่งเศสก็เป็นประเทศหนึ่งที่มีแนวคิดในเรื่องการควบคุมการใช้อำนาจรัฐเช่นเดียวกับประเทศเยอรมัน ซึ่งคำว่า “Etat de droit” ของฝรั่งเศสจะให้ความสำคัญกับตัวเนื้อหาของตัวบทกฎหมายประกอบกับการตรากฎหมายด้วยว่าเนื้อหามีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) ของประชาชนหรือไม่ โดยการปกครองที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐโดยแท้จริง ต้องไม่มีลักษณะของการเข้าไปล่วงละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐาน[26]

ความคิดเรื่องนิติรัฐเป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกชนนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติถึงเสรีภาพของประชาชน[27] เช่น เสรีภาพในร่างกายในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสถานภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนได้มีวิธีอยู่วิธีเดียวคือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ด้วยความยินยอมของประชาชนเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยความสัมพันธ์ในนิติรัฐไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับประชาชน และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชน ก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วย จึงมีผู้กล่าวว่าผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐ คือ

---

[24]Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The Origing and Develöpment of the Concept of Rechtsstaat,” **State, Society and Liberty: Studies in Political theory and Constitutional Law** 48 (1991) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, **นิติรัฐ นิติธรรม** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 93.

[25]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 106.

[26]พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย, การสร้างกระบวนการเรียนรู้หลักนิติรัฐในระดับองค์กรและระดับบุคคล, ใน **รายงานการประชุมทางวิชาการกระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 8 และการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 7,** วันที่ 2-3 กันยายน 2553, ณ ศูนย์การประชุมอิมแพค เมืองทองธานี จังหวัดนนทบุรี, หน้า 435.

[27]หยุด แสงอุทัย, **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป,** พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 123-124.

กฎหมายที่รัฐตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือการปกครองที่ถือกฎหมายเป็นใหญ่[28] หลักนิติรัฐมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ มีสาระสำคัญ[29] ดังนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักการนี้ การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐกับประชาชนนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีอำนาจสั่งการให้ประชาชนกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำหรือใช้อำนาจแล้ว การใช้อำนาจนั้นต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย

2) หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หมายความว่า กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน”แห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างใด โดยกฎหมายที่จำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีเจตนารมณ์เพื่อจัดระเบียบแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพป้องกันไม่ให้การใช้สิทธิ หรือเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ๆ หรือต่อประโยชน์สาธารณะจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ต้องมีความแน่นอนชัดเจน ไม่มีผลบังคับย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ไม่จำกัด หรือให้อำนาจฝ่ายบริหารจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจนเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรวมถึงประโยชน์สาธารณะ ไม่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ของประชาชน และต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้น กฎหมายที่ตราขึ้นโดยเคารพและปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือข้อจำกัดดังกล่าวจะเป็นหลักประกันแก่ราษฎรว่าแต่ละคนจะมีความมั่นคงในนิติฐานะ กล่าวคือสามารถคาดคะเนได้ล่วงหน้าว่าถ้าตนตัดสินใจใช้สิทธิ หรือเสรีภาพกระทำการอย่างใด ๆ ลงไปแล้ว การกระทำนั้น ๆ ของตนจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร จะได้รับการปฏิบัติจากฝ่าย

---

[28]สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 128.

[29]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540), หน้า 5-7.

บริหารอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน และจะไม่ถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยเปล่าประโยชน์ หรือจนกระทั่งสูญเสียศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ไป[30]

3) หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตามหลักการนี้หมายความว่า การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย และขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรนิติบัญญัติ อย่างไรก็ตาม องค์กรตุลาการนั้น ๆ จะต้องมีอิสระอย่างแท้จริง โดยในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้นองค์กรตุลาการไม่จำต้องฟังคำสั่งคำบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงเป็นหลักพื้นฐานของการปกครองที่ว่ารัฐ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชนของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐนั้น ไม่ว่าจะเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการต่างก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าวทั้งสิ้น การกระทำขององค์กรเหล่านี้จึงต้องอยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายของรัฐที่ให้อำนาจในการกระทำขององค์กรเหล่านี้ซึ่งหมายความว่า องค์กรเหล่านี้จะกระทำการใดเป็นการลิดรอน ละเมิด จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฉะนั้น เพื่อให้การกำหนดวิถีชีวิตของปัจเจกชนดำเนินไปได้ด้วยดี รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐ จึงต้องมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้เสมอ

2.1.2 ความหมายและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) เป็นคนละเรื่องกับหลักกฎหมาย (Principles of Law) หรือบทบัญญัติหรือบทกฎหมาย (Provisions, Provisions of Law) อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ใช้คำว่า “หลักทั่วไปของกฎหมาย”[31] โดยในที่นี้จะได้กล่าวถึง 2.1.2.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป และ 2.1.2.2 ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป ดังนี้

2.1.2.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป

คำจำกัดความของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น มีนักวิชาการด้านกฎหมายได้ให้ความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้

หลักกฎหมายทั่วไป[32] หมายถึง หลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น โดยค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง บทบัญญัติที่มีอยู่มากมายโดยปกติเกิดจากหลักทั่วไปเพียงไม่กี่หลัก หากได้ศึกษาประวัติความเป็นมาของหลักกฎหมาย และ

---

[30]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540,** หน้า 143-144.

[31]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 431.

[32]ปรีดี เกษมทรัพย์, **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 26-27.

การศึกษาพิเคราะห์ตัวบทหลาย ๆ มาตราให้ดีจริง ๆ ก็จะพบหลักใหญ่ที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น หลักใหญ่นี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาปรับแก่คดีได้

หลักกฎหมายทั่วไป ปรากฏอยู่ในรูปของสุภาษิตกฎหมาย หลักกฎหมายต่างประเทศ และสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเอง[33] ในกรณีที่หาหลักกฎหมายทั่วไปมาอุดช่องว่างของกฎหมายไม่ได้ ศาลจะต้องใช้สามัญสำนึกวินิจฉัยคดีนั้น โดยเหตุที่สามัญสำนึกเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันหนึ่ง และสามัญสำนึกในการใช้กฎหมายก็มีทั้งสามัญสำนึกในเรื่องของกฎหมายและสามัญสำนึกในเรื่องของสามัญชนทั่วไป ซึ่งอาจจะขัดแย้งกันได้ จึงใช้หลักธรรมวินิจฉัยแทน คือ การวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความเป็นธรรมที่สอดคล้องกับความรู้สึกของคนทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) ได้แก่[34] บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ บางหลักสืบสมุฏฐานว่ามาจากมูลบทเบื้องต้นของการปกครองระบอบเสรีประชาธิปไตย หรืออีกนัยหนึ่งระบอบรัฐธรรมนูญนิยม บางหลักสืบสมุฏฐานว่ามาจากตรรกทางนิติศาสตร์ซึ่งหากไม่มีอยู่แล้วจะเป็นช่องทางให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือเกิดสภาวะไร้ขื่อแปขึ้นในบ้านเมือง

หลักกฎหมายทั่วไป (Principes généraux du droit) เป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองสร้างขึ้นโดยวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา นับเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่สำคัญประการหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบที่นับถือแนวคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นการวางหลักกฎหมาย (Droit Jurisprudentiel) เช่น ประเทศฝรั่งเศส[35]

หลักกฎหมายทั่วไป เป็นหลักที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร[36] เกิดขึ้นจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการโดยใช้ตรรกะทางด้านกฎหมาย และแนวความคิดเกี่ยวกับนิติรัฐเป็นพื้นฐาน

---

[33]ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, **การตีความกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 168.

[34]André DEMICHEL, **Le droit administrative: Essal de réflexion théorique** (Paris: L.G.D.J., 1978), p. 88 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, หน้า 101.

[35]André de Laubadère, **Traité de droit administrative**, 4th ed. (Paris: L.G.D.J., 1967), p. 259 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 13.

[36]นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551), หน้า 86.

หลักทั่วไปของกฎหมาย เป็นหลักกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ปรากฏชัดแจ้งในตัวบทกฎหมาย แต่ศาลจะเป็นผู้สกัดหลักดังกล่าวออกมา และใช้บังคับกับฝ่ายปกครองในกิจกรรมหลากหลายของฝ่ายปกครอง[37]

จากบรรดาคำจำกัดความของหลักกฎหมายทั่วไปข้างต้น จึงสรุปได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ บรรดาหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งระบบ เป็นหลักกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งปรากฏอยู่ในรูปของสุภาษิตกฎหมาย หลักกฎหมายต่างประเทศ และสามัญสำนึกของผู้พิพากษาผู้วินิจฉัยคดีเอง โดยวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา

2.1.2.2 ลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไป

ลักษณะสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน มีสาระที่เป็นแก่นของหลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ (régle) ที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับทางกฎหมาย (valeur juridique) ที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะมีผลต่อประเภทของบุคคลที่อยู่ภายใต้สภาพบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปนี้ด้วย และหลักกฎหมายทั่วไป “สกัด” (dégager) มาจากตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ (texte du droit)[38] ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎเกณฑ์ที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นกฎเกณฑ์ซึ่งผู้พิพากษาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย ในกรณีที่ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งมิได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรระบุไว้ชัดแจ้ง โดยสภาพของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นหลักการที่ศาลสร้างขึ้น หรือเป็นเพียงผู้ค้นพบแล้วนำมาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย

2) หลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับทางกฎหมาย

เป็นที่เห็นพ้องต้องกันว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับเป็นกฎหมาย เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแท้ ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ (règles de droit positif)

3) หลักกฎหมายทั่วไป “สกัด” มาจากตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่

กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงการได้มาของหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นบทบาทของศาลในการทำหน้าที่ดังกล่าว โดยคำว่า “สกัด”[39] หมายถึง ในการที่ศาลจะอ้างว่า “หลักทั่วไปของกฎหมาย” เป็นผลสะท้อนออกมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยพยายามอธิบายว่า หลักทั่วไปของกฎหมายดำรงอยู่ในตัวกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพียงแต่ศาลทำหน้าที่นำหลักทั่วไปของกฎหมายออกมาใช้เท่านั้น ศาลไม่ได้เป็นผู้สร้างหลักทั่วไปของกฎหมายแต่อย่างใด เพราะหน้าที่ในการสร้างกฎหมายเป็นของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหากศาลกล่าวว่า ศาลเป็นผู้สร้างหลักทั่วไปของกฎหมายเท่ากับว่าศาลได้กระทำการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะเห็นได้ว่า ศาลยังคงยึดติดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่ ดังนั้น จึงพยายามอ้างหลักทั่วไปของกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมาย

---

[37] Jacqueline Morand-Deviller, **Cours de droit Administratif** (Paris: Montchrestien, 1991), p. 211 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 431.

[38] พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 52-55.

[39] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 432.

ลายลักษณ์อักษร ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงศาลเป็นผู้สร้างกฎหมายจากหลักทั่วไปของกฎหมาย ซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้จะยอมรับว่าหลักทั่วไปของกฎหมายเป็นผลสะท้อนจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่อย่างไรก็ตาม ก็มีหลักทั่วไปของกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ของศาลสร้างขึ้นเพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม ซึ่งในกรณีนี้จะเห็นบทบาทของศาลเป็นผู้สร้างกฎหมาย

2.1.3 ที่มาของกฎหมายปกครอง

ที่มาของกฎหมายก็คือปัจจัยต่าง ๆ อันเป็นสิ่งที่ช่วยสร้างหลักกฎหมายสาขาต่าง ๆ ขึ้น โดยที่มาของกฎหมายปกครองนั้นประกอบด้วย บทบัญญัติแห่งกฎหมาย จารีตประเพณี คำพิพากษาของศาล รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นหลักที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรหรือหลักปฏิบัติที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ โดยความสำคัญของที่มาแต่ละอย่างนั้นไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายปกครองนั้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีความสำคัญมากกว่าจารีตประเพณี ซึ่งจะแตกต่างจากกฎหมายแพ่งที่จารีตประเพณีเป็นที่มาที่มีความสำคัญมาก ทั้งนี้เพราะกฎหมายปกครองมิได้กำหนดขึ้นจากจารีตประเพณี โดยเฉพาะหลักกฎหมายปกครองของไทยนั้นเกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายมากกว่าจากที่มาอย่างอื่น ๆ ในที่นี้ได้กล่าวถึงที่มาของกฎหมายปกครองโดยแบ่งออกเป็น 2.1.3.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย 2.1.3.2 จารีตประเพณี 2.1.3.3 คำพิพากษาของศาล และ 2.1.3.4 หลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมาย ดังต่อไปนี้[40]

2.1.3.1 บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือตัวบทกฎหมายอันเป็นกฎหมายที่ตราเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นที่มาที่สำคัญที่สุดของกฎหมายปกครอง[41] กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ โดยผู้บัญญัติจะต้องมีอำนาจหรือความชอบธรรมที่จะบัญญัติขึ้นมา[42] ซึ่งหากพิจารณาลำดับชั้นของกฎหมายประกอบกับองค์กรที่ตรากฎหมายแล้ว อาจจำแนกบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ออกเป็น 4 ประเภท[43] คือ รัฐธรรมนูญ กฎหมายนิติบัญญัติ กฎหมายบริหารบัญญัติ และกฎหมายองค์กรบัญญัติ มีรายละเอียด ดังนี้

---

[40]ประยูร กาญจนดุล, **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 71.

[41]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 72.

[42]สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550), หน้า 78-79.

[43]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 121-126.

1) รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดย “ผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญ” รัฐธรรมนูญ จึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีลำดับชั้นที่สูงที่สุด[44] และเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลายทั้งปวงในรัฐ โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายจึงส่งผลสืบเนื่อง 2 ประการ กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดในรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ โดยรัฐธรรมนูญนั้นอาจออกโดยอำนาจนิติบัญญัติ หรือออกโดยอำนาจพิเศษ[45] เช่น อำนาจปฏิวัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะร่างในสภานิติบัญญัติ หรือจะตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นโดยเฉพาะก็ได้

รัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาขึ้นมาด้วยเจตนารมณ์ 3 ประการด้วยกัน[46] กล่าวคือ กำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ อันได้แก่ องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ จัดตั้งรูปแบบการปกครองโดยแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งสามออกจากกันในลักษณะที่ให้เกิดการถ่วงดุลและคานกัน และรับรองคุ้มครองการใช้สิทธิ และการแสดงออกซึ่งเสรีภาพของประชาชนของรัฐ ซึ่งในระบบรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Constitutionnalisme) ต้องถือว่ารัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะรัฐธรรมนูญได้รับการสถาปนาโดยอำนาจพิเศษที่เรียกกันว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” อันทำให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่มีมาก่อนองค์กรอื่น ๆ ของรัฐทุกองค์กร โดยองค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรมีขึ้นมาก็เพราะได้รับการสถาปนาโดยรัฐธรรมนูญอีกทอดหนึ่ง ดังนั้น องค์กรทั้งหลายภายในรัฐจึงกระทำการใด ๆ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้

2) กฎหมายนิติบัญญัติ

กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่อยู่ในลำดับชั้นรองลงมาจากรัฐธรรมนูญและเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ พระราชบัญญัติ ซึ่งถือว่าเป็น “กฎหมายโดยแท้” เพราะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยองค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติตามบทบัญญัติโดยตรง อันเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้มากที่สุดยิ่งกว่าบทกฎหมายใด ๆ เพราะพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เป็นประจำตามปกติ เพื่อวางระเบียบบังคับความประพฤติของบุคคลรวมทั้งองค์การและเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกครองจึงเป็นที่มาอันสำคัญของกฎหมายปกครอง ซึ่งในการตราพระราชบัญญัติจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วจึงมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย

---

[44]มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับใดที่ขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

[45]ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

[46]วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป** (กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 10-11.

พระราชบัญญัตินี้หมายความรวมถึงประมวลกฎหมายด้วย ทั้งนี้เพราะการประกาศใช้ประมวลกฎหมายมีพระราชบัญญัติกำหนดให้ประมวลกฎหมายมีผลใช้บังคับ นอกจากนี้ประเทศไทยยังมีบทกฎหมายที่มีฐานะเท่าพระราชบัญญัติขึ้น ซึ่งออกโดยอำนาจของผู้ทำการปฏิวัติ[47] ได้แก่ การออกประกาศคณะปฏิวัติ คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน หรือประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ โดยอาจจะให้เป็นไปในรูปใดก็ได้

ตามหลักกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายที่ต้องตราเป็นพระราชบัญญัตินั้น ได้แก่[48] บทกฎหมายที่วางระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และเสรีภาพของบุคคล ซึ่งต้องเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่แสดงเจตนาของประชาชนที่ประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนที่จะให้ความยินยอมเห็นชอบในการที่จะออกกฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิ เสรีภาพ หรือกำหนดหน้าที่ของพลเมือง เพราะในระบอบประชาธิปไตย ถือว่าประชาชนปกครองตนเอง การที่จะออกกฎหมายจำกัดสิทธิ เสรีภาพ หรือกำหนดหน้าที่ของพลเมืองอย่างไรนั้นจึงต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยทางผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นสมาชิกของสภานิติบัญญัติ ดังนั้น พระราชบัญญัติ จึงเป็นผลผลิตของการแสดงออกซึ่งเจตนาทางการเมืองการปกครองของประชาชนในรัฐผ่านทางผู้แทนของตนที่ได้รับเลือกตั้งมา ซึ่งตามนัยนี้พระราชบัญญัติจึงเป็นที่มาของอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร และบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองต่าง ๆ ที่ปรากฏออกมาในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นกฎ คำสั่ง รวมตลอดไปถึงปฏิบัติการทางปกครองด้วยเช่นกัน

3) กฎหมายบริหารบัญญัติ

กฎหมายบริหารบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรอง คือ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งองค์กรของรัฐใช้อำนาจในทางบริหารอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับ จึงถือว่าเป็น “กฎหมายยกเว้น” เพราะโดยปกติฝ่ายบริหารไม่มีหน้าที่ออกกฎหมายโดยตรง การที่ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้ต้องนับว่าเป็นกรณียกเว้น ซึ่งเกิดจากความจำเป็นบางประการ โดยกฎหมายบริหารบัญญัติในระบบกฎหมายไทยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท[49] คือ (1) พระราชกำหนด ซึ่งมีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติ และ (2) กฎหมายลำดับรอง ซึ่งมีค่าบังคับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) พระราชกำหนด

พระราชกำหนด เป็นกฎหมายบริหารบัญญัติซึ่งฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรีได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ตรากฎหมายแทนฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากมีเหตุจำเป็นบางประการเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมของรัฐและฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้แต่เฉพาะ

---

[47]ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 75.

[48]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 74-75.

[49]สมยศ เชื้อไทย, **ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**, หน้า 81-87.

กรณีพิเศษตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเงื่อนไขไว้เท่านั้น[50] อันทำให้พระราชกำหนดจึงมีค่าบังคับเท่ากับพระราชบัญญัติและอาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกพระราชบัญญัติได้ ดังนั้น การให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารที่จะออกพระราชกำหนดซึ่งมีผลบังคับเท่ากับพระราชบัญญัตินั้นเป็นการมอบหมายให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ในกรณีจำเป็น ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจทำหน้าที่ออกกฎหมายให้ทันเหตุการณ์ได้เสมอไป เช่น เมื่อสภานิติบัญญัติไม่อยู่ในสมัยประชุมหรือถูกยุบ เป็นต้น

(2) กฎหมายลำดับรอง

กฎหมายลำดับรอง เป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติให้ตราบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในรายละเอียดที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติภายใต้หลักการที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ โดยกฎหมายลำดับรองมีลักษณะที่แตกต่างจากพระราชบัญญัติคือ กฎหมายลำดับรองเป็นทั้งบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนและขณะเดียวกันกฎหมายลำดับรองก็เป็นรูปแบบหนึ่งของการกระทำทางปกครองด้วย ซึ่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกกฎหมายลำดับรองว่า “กฎ” กฎเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มุ่งบังคับเป็นการทั่วไป และเป็นเครื่องมืออันขาดมิได้สำหรับการบริหารจัดการสังคมให้สงบเรียบร้อย รวมถึงเป็นการสร้างความสะดวกสบายในการดำรงชีวิตประจำวันของประชาชนในฐานะสมาชิกของสังคมเป็นสำคัญ แม้ในทางรูปแบบ กฎหมายลำดับรองจะไม่ได้เกิดขึ้นตามกระบวนการนิติบัญญัติ แต่หากได้รับมอบอำนาจให้ตรากฎหมายลำดับรองได้จากกฎหมายแม่บท อย่างไรก็ตาม กฎหมายลำดับรองเป็นกฎเกณฑ์ที่ได้รับการกำหนดขึ้นในลักษณะนามธรรมและใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปโดยไม่ระบุตัวบุคคล ทำให้กฎหมายลำดับรองหรือกฎจึงเป็น “กฎหมายตามเนื้อความ”[51]

การตรากฎหมายลำดับรองประเภทต่าง ๆ จะต้องอ้างถึงอำนาจของกฎหมายแม่บทที่มอบอำนาจฉบับนั้นเสมอ ซึ่งอาจเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดแล้วแต่กรณี โดยการตรากฎหมายลำดับรองมีรูปแบบต่าง ๆ คือ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารเพื่อใช้ในการจัดระเบียบบริหารราชการ หรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการหรือเงื่อนไขในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติวางหลักการให้พระมหากษัตริย์มีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 187 ประกอบกับบทบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นใช้บังคับโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีและจะต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงจะมีผลบังคับเป็นกฎหมาย

---

[50]มาตรา 184 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้

[51]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 125.

การตรากฎหมายลำดับรองในรูปแบบของกฎกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติตราขึ้นใช้บังคับเพื่อกำหนดกิจการ หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ซึ่งเป็นรายละเอียดเพื่อบังคับการหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้โดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี กฎกระทรวงนี้ออกโดยอาศัยอำนาจบริหารเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา แต่ต่างกันในข้อที่ว่า พระราชกฤษฎีกาตราโดยพระมหากษัตริย์ในฐานะที่ทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร ส่วนกฎกระทรวงตราโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

กฎหมายลำดับรองที่ตราในรูปแบบของประกาศกระทรวง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ตราขึ้นใช้บังคับตามดุลพินิจของตนภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น ทั้งนี้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี และการตรากฎหมายลำดับรองในรูปแบบของข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หรือคณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อวางข้อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไข เพื่อปฏิบัติตามกฎหมาย หรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎข้อบังคับเหล่านี้มีชื่อเรียกแตกต่างกันไป เช่น ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ กฎ เป็นต้น โดยข้อบังคับเหล่านี้ต้องเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ประชาชนซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายจึงจะมีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรอง

4) กฎหมายองค์กรบัญญัติ

กฎหมายองค์กรบัญญัติ หรือกฎหมายที่ตราขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนที่เป็นองค์การปกครองตนเองหรือองค์การมหาชน โดยองค์การปกครองตนเองในปัจจุบัน ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา โดยองค์การปกครองตนเองเหล่านี้ ซึ่งตามกฎหมายปกครองเรียกว่า “ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น” ต่างมีอำนาจออกกฎหมายใช้บังคับในเขตท้องที่ขององค์การปกครองตนเอง หรือใช้บังคับกับสมาชิกขององค์การมหาชน เช่น เทศบัญญัติ ที่เทศบาลตราขึ้นใช้บังคับในเขตเทศบาล หรือข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่อยู่ในกำกับของรัฐที่ใช้บังคับกับนักศึกษาในมหาวิทยาลัยของตน เป็นต้น

2.1.3.2 จารีตประเพณี

นอกจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือตัวบทกฎหมายอันเป็นกฎหมายที่ตราเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นที่มาอันสำคัญของกฎหมายปกครองแล้ว จารีตประเพณีก็อาจเป็นที่มาของกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน แต่จะเป็นที่มาที่มีความสำคัญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารพิจารณาเห็นว่าจารีตประเพณีใดเป็นสิ่งที่เหมาะสม ประชาชนเห็นชอบและถือปฏิบัติมาเป็นเวลานาน ก็อาจนำเอาไปใช้เป็นหลักในการตราบทกฎหมาย หรือกล่าวคือ เป็นการยอมรับจารีตประเพณีให้เป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าจารีตประเพณีเป็นที่มาของกฎหมายปกครอง[52]

---

[52]ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 100-101.

จารีตประเพณีในกฎหมายปกครอง[53] คือ การที่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น และเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าสิ่งนั้นมีผลผูกพัน หรือจำต้องปฏิบัติตาม โดยเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ระเบียบแบบแผนของทางราชการ ซึ่งจะเป็นจารีตประเพณีทางปกครองนี้จะต้องเกิดจากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองและต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ดังนั้น เมื่อฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งซ้ำ ๆ จนรู้สึกว่าตนต้องทำตามจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางปกครองนั้นจึงมีผลทำให้ระเบียบแบบแผนที่เป็นจารีตประเพณีทางปกครองจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ โดยเฉพาะในส่วนที่กระทบต่อบุคคลภายนอก สำหรับจารีตประเพณีที่เพิ่มเติมกฎเกณฑ์อื่นนอกเหนือไปจากที่กฎหมายบัญญัติโดยทำให้กระทบสิทธิของบุคคลภายนอกก็ย่อมมีไม่ได้เช่นกัน ดังนั้น จารีตประเพณีทางปกครองที่จะมีผลใช้บังคับได้ก็จะมีเพียงจารีตประเพณีที่ใช้สำหรับตีความกฎหมายเท่านั้น โดยที่ผลบังคับสำหรับระเบียบแบบแผนของทางราชการที่เป็นจารีตประเพณีนี้จะผูกพันเฉพาะเจ้าหน้าที่และองค์กรของรัฐเท่านั้น ไม่ผูกพันต่อบุคคลภายนอกโดยตรง เนื่องจากเป็นสิ่งปฏิบัติ หรือก่อขึ้นในระบบบริหารของรัฐ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่าฝืนระเบียบแบบแผนเช่นนั้นก็อาจมีโทษทางวินัยตามกฎหมายได้ และศาลสามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของจารีตประเพณีเหล่านี้ได้

ระเบียบแบบแผนของทางราชการที่เป็นจารีตประเพณีในทางปกครอง แบ่งเป็น 2 ลักษณะ[54] คือ

1) ระเบียบแบบแผนที่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะมีตัวกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หนังสือเวียน ซึ่งหากปฏิบัติการนาน ๆ ก็อาจกลายเป็นจารีตประเพณีทางปกครองขึ้นมาได้

2) ระเบียบแบบแผนที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เป็นแบบแผนที่ถือปฏิบัติกันจนมีความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกันในองค์กรนั้น ๆ ว่าเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติ มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น การไปประชุมร่วมกับส่วนราชการอื่น หรือหน่วยงานของรัฐอื่นในเวลาราชการย่อมทำได้และไม่ถือว่าเป็นการขาดราชการ

นอกจากนี้ ระเบียบแบบแผนของทางราชการอาจมีที่มาจากระเบียบแบบแผนที่คณะรัฐมนตรี หรือผู้บังคับบัญชาระดับสูงวางไว้ เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่อนุญาตให้อาจารย์ในมหาวิทยาลัยของรัฐไปสอนในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในเวลาราชการได้ไม่เกินสัปดาห์ละ 4 ชั่วโมง เป็นต้น

จากลักษณะสำคัญของจารีตประเพณีที่มีองค์ประกอบส่วนข้อเท็จจริง คือ มีการใช้กฎเกณฑ์นั้นอย่างสม่ำเสมอติดต่อกัน และองค์ประกอบเชิงจิตวิญญาณ คือ ความรู้สึกร่วมว่าสิ่งนั้นถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่ หลักกฎหมายทั่วไปก็เป็นหลักที่มาจากข้อความคิดพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ในสังคม ดังนั้น จึงมีหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักที่อาจเป็นสิ่งเดียวกับจารีตประเพณี โดยกฎหมายจารีตประเพณีเป็นเสมือนหนึ่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ดี แม้ส่วนที่ซ้อนกันอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป และกฎหมายจารีตประเพณีก็มิใช่สิ่งเดียวกันเพราะจารีต

---

[53]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 424-425.

[54]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 425.

ประเพณียังมีองค์ประกอบส่วนข้อเท็จจริงคือ ลักษณะของการใช้กฎเกณฑ์นั้นอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่องกันมาเป็นระยะเวลายาวนานจึงถือว่าเป็นกฎหมายจารีตประเพณี แต่หลักกฎหมายทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ดังกล่าว[55] จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีความแตกต่างจากจารีตประเพณี โดยสภาพบังคับของกฎหมายจารีตประเพณีมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลยอมรับรู้เสียก่อน ในขณะที่ ศาลจะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปเข้าสู่ระบบกฎหมายเสียก่อน และการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายของต่างประเทศนั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนการใช้หลักกฎหมายทั่วไปของศาล ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไป ไม่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติของมนุษย์ในสังคมซึ่งศาลต้องนำไปปรับใช้ในฐานะเป็นกฎหมายที่มีอยู่นอกเหนือเจตนาของศาล และไม่ใช่จารีตประเพณีที่เกิดจากการประพฤติปฏิบัติของศาลเองด้วย หรือกล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปมิใช่สิ่งเดียวกันกับแนวบรรทัดฐานของศาล

2.1.3.3 คำพิพากษาของศาล

คำพิพากษาของศาลอาจเป็นที่มาของกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน แต่เป็นที่มาทางอ้อม และมีความสำคัญน้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาของศาลก็อาจเป็นที่มาที่สำคัญได้ในประเทศที่มีศาลปกครองสำหรับการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ[56] เช่น เมื่อครั้งที่ประเทศฝรั่งเศส กฎหมายปกครองยังเป็นกฎหมายใหม่ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ครบถ้วนเหมือนกับกฎหมายแพ่ง สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสก็ได้นำหลักทั่วไปของกฎหมายปกครองมาใช้บังคับแก่คดีปกครองในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายบัญญัติไว้ จึงทำให้เกิดหลักกฎหมายปกครองขึ้นเป็นอันมาก จนอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเป็นที่มาที่สำคัญของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและมีความสำคัญไม่น้อยกว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

คำพิพากษาของศาลที่ได้รับนับถือว่าเป็นแนวคำพิพากษา (Jurisprudence) จะต้องเป็นคำพิพากษาที่มีความสำคัญ ซึ่งโดยปกติจะต้องเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่คดีอื่น ๆ ในระยะเวลาต่อมาภายหลัง อันมีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีในลักษณะคล้าย หรือเหมือนกันกับคดีพิพาทตามคำพิพากษาดังกล่าวนั้นยอมรับและยึดถือกับทั้งพิจารณาให้เหตุผลในคำพิพากษาเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยปกติการยอมรับที่จะผูกพันและเคารพในคำพิพากษาสำคัญของศาลสูงดังกล่าวมีผลนับตั้งแต่ศาลชั้นต้นเรื่อยมาจนถึงศาลสูงสุด ซึ่งก่อให้เกิดหลักที่เรียกว่า “ความผูกพันตามคดีที่ตัดสินไปแล้ว” หรือ “หลักคดีบรรทัดฐาน”[57] แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าต่อมาศาลสูงสุดจะพิพากษาคดีอื่น ๆ ที่มีประเด็นเนื้อหาแห่งคดีคล้าย หรือเหมือนกันกับคดีบรรทัดฐานให้ต่างไปจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานดังกล่าวไม่ได้

ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ศาลไม่ได้ใช้ข้อมูลที่มีพื้นฐานเช่นเดียวกับการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล โดยศาลต้องถูกจำกัดเสรีภาพในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป ไม่สามารถสร้างหลักโดยอำเภอใจ แต่ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปจะต้องสอดคล้องกับความเห็นร่วม

---

[55]บุบผา อัครพิมาน, “หลักกฎหมายทั่วไป,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 2-3.

[56]ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 102-103.

[57]วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 14.

ของคนในสังคม หลักเหตุผลและหลักตรรกะของวิญญูชน โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างขึ้นมิได้เป็นผลสะท้อนแนวความคิดส่วนตัวของศาล แต่ต้องอยู่ภายใต้เจตจำนงประชาชาติ[58] ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปที่มาจากการวินิจฉัยคดีของศาลจึงมีความแตกต่างจากคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล กล่าวคือ[59] ประการแรก หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการที่มีความมั่นคง ยึดถือได้และสามารถที่จะนำไปใช้กับหลากหลายสถานการณ์ ในขณะที่ แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลมีความไม่แน่นอนเมื่อสภาพการณ์ทางสังคมหรือเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไปแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลก็อาจเปลี่ยนแปลงไป ประการต่อมา หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการที่อยู่เหนือศาล ซึ่งศาลได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของตน แต่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นผลมาจากการตัดสินคดีของศาลที่ได้รับการยอมรับและถูกนำมาใช้ในการตัดสินคดีต่อมา

2.1.3.4 หลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมาย

หลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมาย หรือความเห็นของนักนิติศาสตร์ซึ่งได้เขียนบทความหรือตำรากฎหมายอธิบายหลักและทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ไว้ รวมทั้งวิพากษ์วิจารณ์บทกฎหมายที่มีอยู่ โดยชี้ให้เห็นข้อบกพร่อง หรือข้อที่ควรปรับปรุงแก้ไข ตลอดจนปัญหาต่าง ๆ ที่โต้เถียงกันเกี่ยวกับบทกฎหมายที่ประกาศใช้อยู่ อาจเป็นที่มาของกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน[60] ซึ่งผู้มีหน้าที่ร่างกฎหมายก็อาจนำไปใช้ในการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่หรือแก้ไขกฎหมายเดิมให้ถูกต้องยิ่งขึ้น จึงเท่ากับเป็นที่มาของบทกฎหมายโดยทางอ้อม

สำหรับกฎหมายปกครองที่ยังไม่มีหลักครบถ้วนบริบูรณ์อย่างเต็มที่ ทฤษฎีและความเห็นของนักนิติศาสตร์ ผู้แต่งตำราหรือเขียนบทความต่าง ๆ หรือเป็นผู้สอนในมหาวิทยาลัยย่อมจะมีประโยชน์มากในการที่จะสร้างความก้าวหน้าให้แก่กฎหมายปกครอง[61] เพราะนักนิติศาสตร์จะเป็นผู้อธิบายความให้เห็นอย่างชัดเจน โดยนำหลักกฎหมายทั่วไปและทฤษฎีกฎหมายที่เป็นผลแห่งการวิจัยของตน หรือหลักกฎหมายของประเทศต่าง ๆ มาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศตน พร้อมกับแนะแนวทางและให้ความคิดริเริ่มแก่ผู้ร่างกฎหมายในการที่จะนำไปบัญญัติเป็นกฎหมายนั่นเอง

2.1.4 ประเภทของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง

การแบ่งประเภทของกฎหมายนั้นมีหลายทฤษฎี หรือหลายแนวทางขึ้นอยู่กับว่าจะพิจารณาในแง่มุมใด ซึ่งได้แก่ การแบ่งประเภทของกฎหมายตามเนื้อหา การแบ่งประเภทของกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของการบังคับกฎหมาย และการแบ่งประเภทของกฎหมายตามผลประโยชน์ หรือ

---

[58]บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

[59]กนกวรรณ อิทธิวิภาค, **ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง (ศึกษาเปรียบเทียบประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย)** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 41.

[60]ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 105.

[61]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 105-106.

นิติสัมพันธ์ของผู้ทรงสิทธิ[62] ในที่นี้จะได้กล่าวถึงแต่เพียงการแบ่งประเภทของกฎหมายตามเนื้อหา แบ่งออกเป็น กฎหมายสารบัญญัติ (Substantive Law) และกฎหมายวิธีสบัญญัติ (Procedural Law) โดยในการพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครอง จึงสามารถแบ่งประเภทของกฎหมายออกได้เป็น 2.1.4.1 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ และ 2.1.4.2 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังนี้

2.1.4.1 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติ

กฎหมายสารบัญญัติ หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติหรือกำหนดถึงสาระองค์ประกอบที่เกี่ยวกับสิทธิ อำนาจ และหน้าที่ของบุคคลขึ้นโดยตรงและโดยอ้อม[63] ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน ประมวลรัษฎากร พระราชบัญญัติยาเสพติด และพระราชบัญญัติป่าไม้ เป็นต้น

กฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับจัดระเบียบการปกครองรัฐในทางปกครอง รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครอง และความเกี่ยวพันในทางปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง ซึ่งกฎหมายปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้อยู่ใต้ปกครอง การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองมีขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินกิจการของฝ่ายปกครองบรรลุเป้าหมาย ฝ่ายปกครองจึงต้องมีการใช้อำนาจรัฐ แต่ในการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย อันเป็นไปตามหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น สามารถพิจารณาได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ และกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ กฎหมายจารีตประเพณี และหลักกฎหมายทั่วไป[64] จะเห็นได้ว่า กฎหมายปกครองมีวัตถุประสงค์ในการควบคุม และวางหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานของรัฐใช้อำนาจภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด จึงได้สร้างหลักความชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาเรียกร้องให้การกระทำของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย หรือเรียกว่า นิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด ระบบนิติรัฐเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง

นอกจาก หลักกฎหมายทั่วไปจะมีความสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปยังมีความสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายสารบัญญัติที่สำคัญ ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักความเป็นกลาง

---

[62]ประสิทธิ ปิวาวัฒนพานิช, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการส่งเสริมการสร้างตำรา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 73-75.

[63]ดิเรก ควรสมาคม, **กฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 26.

[64]กนกวรรณ อิทธิวิภาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 14.

หลักในการมีสิทธิปกป้องตนเองของประชาชน หลักการคุ้มครองเสรีภาพเป็นหลักทั่วไปการจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้น หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หลักผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาล และหลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ เป็นต้น

2.1.4.2 หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ

กฎหมายวิธีสบัญญัติ[65] หมายถึง กฎหมายที่บัญญัติหรือกำหนดถึงวิธีการที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายสารบัญญัติ เมื่อมีการฝ่าฝืนละเมิดโต้แย้งกันในกฎหมายสารบัญญัติเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นวิธีการฟ้องคดีของศาล อำนาจหน้าที่ศาล การพิจารณาคดีในศาล พยานหลักฐาน คำพิพากษา การบังคับคดี การอุทธรณ์ฎีกา เป็นต้น ส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลล้มลายและวิธีพิจารณาคดีล้มละลาย พ.ศ. 2542 เป็นต้น

กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีในศาลปกครอง ซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[66] กล่าวคือ การพิจารณาคดีปกครองใช้ระบบไต่สวนโดยใช้เอกสารเป็นหลัก เสียค่าใช้จ่ายน้อย เป็นวิธีกึ่งลับ เรียบง่าย ไม่ต้องมีทนาย และมีตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อคอยถ่วงดุลการทำงานขององค์คณะ อีกทั้งยังมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ และในการทำคำสั่ง หรือคำพิพากษา ศาลจะไม่ออกคำสั่งในทางบริหารเสียเองพร้อมทั้งเปิดโอกาสให้วิจารณ์คำพิพากษาได้ในทางวิชาการ

ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเกิดช่องว่างขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปจึงควรถูกนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว[67] ซึ่งประโยชน์ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นเป็นการสอดคล้องกับปรัชญาของกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองที่ว่า หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาล พัฒนาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และยังเป็นการยืนยันหลักความแตกต่าง รวมถึงความเป็นเอกเทศจากวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะไม่เช่นนั้นหากมีช่องว่างขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็จะมีความพยายามนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ อันทำให้เกิดความขัดแย้งกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง อีกทั้งอาจส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้

---

[65]ดิเรก ควรสมาคม, *เรื่องเดิม*, หน้า 26.

[66]กนกวรรณ อิทธิวิภาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 33.

[67]ประสาท พงษ์สุวรรณ์ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร, “หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 2, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2545): 96.

2.2 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครอง

ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครองนั้น มีข้อพิจารณาหลายประการ ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 2.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบกฎหมาย 2.2.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการตีความกฎหมาย และ 2.2.3 ระบบศาลกับการตีความกฎหมายปกครอง ดังต่อไปนี้

2.2.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับระบบกฎหมาย

ระบบกฎหมายที่ยึดถือกันและเป็นที่ยอมรับของโลก อาจแยกพิจารณาออกได้เป็น 2 ระบบที่สำคัญ[68] คือ ระบบกฎหมายในประเทศยุโรป หรือที่เรียกว่าระบบซิวิล ลอว์ (Civil Law) และระบบกฎหมายอังกฤษ หรือที่เรียกว่าระบบคอมมอน ลอว์ (Common Law) เนื่องจากระบบกฎหมายทั้งสองมีที่มาทางประวัติศาสตร์ และนิติวิธี (Juristic Method) ที่แตกต่างกัน ดังนี้

2.2.1.1 ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ (Civil Law)

ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ถือว่าประมวลกฎหมาย (Code Law) หรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุด ซึ่งจะวางหลักกฎหมายไว้ในลักษณะเป็นการทั่วไปอย่างกว้างโดยครบถ้วนและชัดเจน จะเห็นได้จาก การที่ประเทศเหล่านี้จะมีประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ นอกจากประมวลกฎหมายดังกล่าวแล้วจะมีบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปพระราชบัญญัติต่าง ๆ (Statutes) เสริมประมวลกฎหมายที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปจะได้แก่สิ่งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมาย และในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ส่วนศาลสูงมีฐานะเป็นเพียงผู้มีหน้าที่แปล หรือตีความบทบัญญัติของกฎหมายในเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หรือมีปัญหาที่ต้องปรับใช้บทบัญญัติในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นเท่านั้น

ระบบกฎหมายนี้มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มาจากกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียน คือ Corpus Juris Civilis มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ของบุคคลในทางแพ่ง หรือกล่าวคือระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ให้ความสำคัญต่อการพัฒนากฎหมายเอกชนมากกว่ากฎหมายมหาชน และแม้จะมีการพัฒนากฎหมายมหาชนอยู่บ้าง แต่ในการพัฒนาดังกล่าวก็ได้รับอิทธิพลของกฎหมายเอกชนเข้าไปในอยู่ด้วยไม่น้อย จึงทำให้มีผู้เรียกกฎหมายโรมันว่า ซิวิล ลอว์ ซึ่งเดิมหมายถึงกฎหมายแพ่ง แต่ภายหลังมีความหมายว่าเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร[69] โดยอิตาลีเป็นชาติแรกที่รื้อฟื้นกฎหมายโรมันในอดีตขึ้นมาใหม่ หลังจากที่ล่มสลายไปพร้อมกับอาณาจักรโรมัน ส่วนเยอรมันเป็นประเทศที่สองที่ได้รับเอากฎหมายโรมันมาใช้เช่นเดียวกับอิตาลี ด้วยเหตุนี้จึงมีผู้เรียกชื่อกฎหมายนี้อีกชื่อหนึ่งว่า ระบบกฎหมายโรมาโน-เยอมันนิค (Romano-Germanic Law) ในปัจจุบันระบบ

---

[68]อักขราทร จุฬารัตน, **การตีความกฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: กฎหมายไทย, 2542), หน้า 13-14.

[69]วิษณุ เครืองาม, “การศึกษากฎหมายในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงเปรียบเทียบ,” ใน **เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544), หน้า 38.

กฎหมายซิวิล ลอว์ มีอิทธิพลแผ่ขยายไปทั่วไปโลกในทวีปต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นหลายประเทศในภาคพื้นยุโรป ซึ่งเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายนี้เอง ทวีปอเมริกาใต้ เช่น ประเทศบราซิล อาเจนตินา เปรู ทวีปแอฟริกา เช่น ซาอีร์ โซมาเลีย รวมทั้งประเทศในทวีปเอเชียบางประเทศ เช่น ไต้หวัน เกาหลีใต้ อินโดนีเซีย ญี่ปุ่น เป็นต้น[70] ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้รับอิทธิพลของระบบกฎหมาย ซิวิล ลอว์ เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลของระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมัน[71]

ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้น เมื่อต้องการค้นหากฎเกณฑ์ทางกฎหมาย นักกฎหมายจึงต้องแสวงหาหรือค้นหาหลักการและเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลำดับแรก แต่เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่อาจมีบทบัญญัติที่ครอบคลุมในทุกเรื่องทุกกรณีจึงทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งวิธีการในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นมีหลักเกณฑ์ดังนี้[72] กรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทที่ได้นำคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ผู้พิพากษาอาจใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นมาปรับใช้กับคดีนั้น ถ้าจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นไม่ปรากฏก็อาจอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากกรณีไม่มีกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วก็อุดช่องว่างโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้

2.2.1.2 ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law)

ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ มีลักษณะที่เป็นเอกลักษณ์ คือ หลักกฎหมายนั้นถูกกลั่นกรองออกมาจากคำพิพากษาของศาลที่เรียกว่า Precedent ดังนั้น บ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดของระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ คือ หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล[73] ระบบกฎหมายนี้มีแหล่งกำเนิด และวิวัฒนาการในประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก มีที่มาจากการที่ประเทศอังกฤษประกอบด้วยหลากหลายชนเผ่า โดยแต่ละชนเผ่าจะมีจารีตประเพณีของตนเอง เมื่อชาวนอร์แมน (Norman) ซึ่งมาจากตอนเหนือของยุโรปเข้าไปยึดครองเกาะอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1066 แล้วตั้งราชวงศ์มีกษัตริย์ปกครอง แต่กษัตริย์นอร์แมนก็ประสบปัญหาในการปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของคดีความ เนื่องจาก ศาลท้องถิ่นได้ตัดสินคดีโดยใช้จารีตประเพณีที่ไม่เหมือนกัน ทำให้ผลของคำพิพากษาแตกต่างตรงกันข้ามในแต่ละศาล และจารีตประเพณีท้องถิ่นของบางชนเผ่าเป็นจารีตประเพณีที่ล้าสมัย คำพิพากษาของศาลท้องถิ่นที่ตัดสินตามจารีตประเพณีนั้นเป็นเหตุให้ฝ่ายที่แพ้คดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมทั้งวิธีการพิสูจน์ความจริงก็โดยวิธีทรมาน หรือให้คู่ความต่อสู้กันเอง ดังนั้น ราษฎรฝ่ายที่แพ้คดีจึงมาร้องเรียนต่อพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์จึงได้จัดตั้งศาลพระมหากษัตริย์ (King's Court) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ศาลหลวง (Royal Court) ขึ้น โดยส่ง

---

[70]กำธร กำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยระบบกฎหมายหลัก** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), หน้า 91.

[71]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, "สกุลกฎหมายโรมาโน-เยอรมานิก," ใน **เอกสารการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544), หน้า 82.

[72]ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *เรื่องเดิม*, หน้า 26-27.

[73]ประสิทธิ ปิวาวัฒนพานิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 47.

ผู้พิพากษาเดินทางหมุนเวียนไปพิจารณาพิพากษาคดีทั่วราชอาณาจักร และผู้พิพากษานี่เองที่ได้ก่อตั้งข้อบังคับที่มีรูปลักษณะเดียวกันเป็นครั้งแรก และได้วางรากฐานความเป็นรูปลักษณะเดียวกันของกฎหมาย โดยก่อตั้งหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้น ซึ่งเป็นสามัญ (Common) ตลอดทั่วราชอาณาจักร โดยเหตุนี้จึงเกิดมีกฎหมายคอมมอน ลอว์ สำหรับทุกส่วนของราชอาณาจักร จึงเรียกกฎหมายนี้ว่า คอมมอน ลอว์ จนกระทั่งบัดนี้[74] และโดยที่วิธีการพิจารณาวินิจฉัยของศาลหลวงนั้นไม่ได้ใช้วิธีพิสูจน์ข้อเท็จจริงอย่างศาลท้องถิ่น แต่ใช้วิธีการไต่สวนจากบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์แทนการพิจารณาแบบดั้งเดิม ซึ่งทำให้ประชาชนทั่วไปเห็นว่าศาลหลวงให้ความเป็นธรรมแก่ตนได้ จนในที่สุด ศาลหลวงได้วางหลักเกณฑ์ในการตัดสินคดี โดยหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักที่แตกต่างจากการใช้กฎหมายประเพณีของท้องถิ่นดั้งเดิม ทำให้หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ เริ่มเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษนับแต่นั้นเป็นต้นมา และได้รับการปฏิบัติสืบเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ดังจะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ นี้ มิใช่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีเหมือนที่นักกฎหมายบางท่านเข้าใจ เพราะแท้จริงแล้วการใช้หลักคอมมอน ลอว์ จะมีผลเป็นการกีดกันกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งใช้กันแพร่หลายโดยศาลท้องถิ่นในสมัยนั้นด้วยซ้ำ และโดยที่หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้น ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากหลักเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาท มิใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจนี้เอง ทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนแล้วนำมาใช้ในการตัดสินที่มีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแบบเดียวกันในภายหลัง ตามหลักที่ว่า “ข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน” และพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา (The Doctrine of Precedent)[75]

ต่อมา ได้มีรัฐสภาซึ่งมีอำนาจตรากฎหมายขึ้น ในตอนแรกได้ทำให้ผู้พิพากษาเกิดมีความอิจฉาอำนาจของรัฐสภา เพราะศาลต้องใช้กฎหมายที่รัฐสภาออก และในเรื่องที่เกี่ยวกับคอมมอน ลอว์ กฎหมายของรัฐสภาย่อมเข้ามาตัดทอนขอบเขตของคอมมอน ลอว์ ซึ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผลจึงเป็นว่า ถ้าตัวบทกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาชัดแจ้ง ศาลก็ต้องนำมาปรับแก่คดี แต่ถ้ากรณีเป็นที่สงสัยศาลจะตีความให้มีความหมายอย่างแคบเพื่อที่จะไม่ให้กฎหมายนั้นเข้ามาตัดทอนขอบเขตของคอมมอน ลอว์ ทั้งนี้เพื่อจะรักษาไว้ซึ่งอำนาจศาลให้มากที่สุด แต่การนำคอมมอน ลอว์ มาใช้แก่คดีอาจเกิดสถานการณ์ที่แข็งกระด้างไม่เป็นธรรม จึงได้คิดหาทางแก้โดยกำหนดวิธีพิจารณาขึ้นใหม่ และโดยวิธีที่พระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐาธิปัตย์ได้โอนอำนาจให้แก่ “Chancellor of the Royal Court” จึงได้มี Court of Chancery ขึ้น ซึ่งได้ทำให้เกิดกฎหมายขึ้นใหม่คู่เคียงและเป็นอิสระจากกฎหมายเดิมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม[76] ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา กฎหมายอังกฤษจึงประกอบไปด้วย “กฎหมาย” “Common Law” และ “Equity”

จากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่หลักกฎหมายโดยทั่วไปเกิดจากคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสินของศาลสูง หรือ Case Law ที่เป็นการวางบรรทัดฐานเกิดเป็นหลักกฎหมาย อันทำให้เมื่อเกิด

---

[74]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพมหานคร: ประกายพรึก, 2548), หน้า 38.

[75]กิตติศักดิ์ ปรกติ, “ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลอว์และคอมมอนลอว์ (ตอนที่ 2),” **ดุลพาห** 41, 2 (มีนาคม-เมษายน 2537): 60.

[76]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 39.

ข้อพิพาทที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันเกิดขึ้น ศาลก็จะใช้หลักกฎหมายที่ได้เคยตัดสิน วางบรรทัดฐานไว้ในคดีก่อน ๆ นั้น ทำให้ในระยะนี้กฎหมายในระบบคอมมอน ลอว์ ไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยวกับช่องว่างแห่งกฎหมาย เนื่องจาก คดีและข้อพิพาทต่าง ๆ ยังมีจำนวนน้อยและศาลสามารถนำจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น หรือนำแนวบรรทัดฐานแห่งคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ มาปรับใช้กับคดีต่าง ๆ ได้ดี แม้ในปัจจุบันจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราออกใช้บังคับ ที่เรียกว่า Act of Parliament หรือ Statute แต่นั่นก็มิใช่หลักกฎหมายทั่วไปเหมือนกับสิ่งที่เป็นหลักกฎหมายที่ศาลสูงได้กำหนดขึ้นแต่อย่างใด[77] ซึ่งเมื่อมีการออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น ก็ก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ สามารถดำเนินการโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและสามัญสำนึก[78] กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายโดยตรง ทั้งไม่ปรากฏคำพิพากษาหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตลอดจนความเห็นของนักกฎหมาย และคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเด็นเดียวกัน ศาลต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักสามัญสำนึกมาวินิจฉัยแทน

จะเห็นได้ว่า ทั้งในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันในทางประวัติศาสตร์ และระบบกฎหมายทั้งสองมีนิติวิธีเป็นของตนเองก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่จะต้องมีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแล้วต่างต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไป เพื่อใช้อุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายของตนเหมือนกัน

2.2.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการตีความกฎหมายในระบบกฎหมาย

การตีความกฎหมายนำมาซึ่งการกำหนดแนวคำพิพากษาของศาล ในที่นี้จะได้กล่าวถึงการตีความในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งแยกพิจารณาออกเป็น 2.2.2.1 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ และ 2.2.2.2 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ดังนี้

2.2.2.1 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์

หลักการตีความกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป ที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ อาจสรุปได้ว่ามีหลักสำคัญอยู่ 2 ประการคือ[79] หลักการตีความตามตัวอักษร ที่เรียกว่า Grammatical (Literal) Interpretation หรือ Textual Approach กับหลักการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่เรียกว่า Logical Interpretation หรือ Purposive Approach ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) หลักการตีความตามตัวอักษร หรือการตีความตามหลักไวยากรณ์ (Literal or Grammatical Interpretation) คือ การแปลความบทกฎหมายให้ชัดเจน แปลความหมายแห่งบทบัญญัตินั้นให้กระจ่างแจ้ง และให้ได้ความหมายที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ได้ในความเป็นอยู่แห่งกฎหมาย

---

[77]อักขราทร จุฬารัตน, *เรื่องเดิม*, หน้า 12-13.

[78]ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล, *เรื่องเดิม*, หน้า 23.

[79]อักขราทร จุฬารัตน, *เรื่องเดิม*, หน้า 64.

และใช้เป็นแนวทางได้ในคำพิพากษา[80] หลักการนี้ถือเอาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักในการตีความ ต้องตีความตามภาษา กล่าวคือ ตีความถ้อยคำของบทกฎหมายและในขณะเดียวกันก็ต้องตีความตามหลักไวยากรณ์โดยศึกษารูปประโยคที่ใช้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงรูปแบบการใช้ภาษาตามปกติเป็นเกณฑ์และในกรณีมีการใช้ศัพท์เฉพาะ หรือคำนิยาม ก็ย่อมเป็นไปตามความหมายที่พึงเข้าใจกันตามรูปศัพท์นั้น นอกจากนี้ การนำเอาแนวคำพิพากษาของศาลที่เคยตัดสินไว้มาช่วยอธิบายก็จัดอยู่ในการตีความตามหลักภาษาอย่างหนึ่งด้วย[81]

2) หลักการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรือการตีความตรรกวิทยา[82] (Logical Interpretation) เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเพราะเหตุที่ว่าถ้อยคำของบทกฎหมายจะเกิดขึ้นจากเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น ถ้าทราบถึงเจตนารมณ์ของบทกฎหมายแล้วจะทำให้ทราบว่าบทกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างใด ก็ทำให้ทราบถึงความหมายของถ้อยคำของบทบัญญัตินั้น การตีความบทกฎหมายต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์และความหมายดังกล่าวนั้น

จะเห็นได้ว่า หลักการตีความตามตัวอักษรในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ เป็นการตีความที่ยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรเช่นเดียวกับหลักการตีความ Literal Rule ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ แต่การใช้หลักการตีความตามตัวอักษรในกลุ่มภาคพื้นที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ จะไม่ใช้วิธีพิจารณาเฉพาะแต่ถ้อยคำประการเดียว หรือจะไม่ใช้วิธีหาความหมายของถ้อยคำตามตัวอักษรก่อน จนเมื่อไม่สามารถที่จะค้นหาความหมายที่แท้จริงได้จึงจะไปใช้หลักการตีความที่เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเหมือนอย่างในระบบอังกฤษ ในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ การใช้และตีความกฎหมายจะกระทำโดยการพิจารณาถ้อยคำตามตัวอักษรควบคู่กับการค้นหาเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายนั้นไปพร้อม ๆ กัน ทั้งนี้ นอกจากเหตุผลที่สืบเนื่องจากประวัติความเป็นมาและนิติวิธีของระบบกฎหมายนี้ที่ถือว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติที่กำหนดขึ้นย่อมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพียงประการเดียว มิได้มีหลักกฎหมายอื่นทำนองเดียวกับในประเทศอังกฤษที่มีทั้งหลักกฎหมาย คอมมอน ลอว์ (Common Law) ดั้งเดิม และกฎหมายเฉพาะเรื่อง (Statutes) ซึ่งนักกฎหมายอังกฤษถือว่ากฎหมายเฉพาะเรื่องเป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งคือ นักกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ มีทัศนะต่อการใช้การตีความกฎหมายว่าถ้อยคำที่คนทั่วไปเข้าใจว่าสามารถแปลได้ตามความหมายธรรมดานั้น เป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนเสมอไป เพราะถ้อยคำที่เข้าใจได้ตามความหมายธรรมดานั้น ความจริงแล้วอาจมีความหมายอย่างอื่นได้อีกด้วย และแม้ถ้อยคำที่คน ๆ หนึ่ง อาจจะเห็นว่า ถ้าแปลเช่นนั้นจะก่อให้เกิดผลประหลาด (Absurd) แต่สำหรับอีกคนหนึ่งอาจเห็นว่าไม่ได้เป็นเช่นนั้นก็ได้

---

[80]ประกอบ หุตะสิงห์, “การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน,” **บทบัณฑิตย์** 1 (2481-2482): 1207.

[81]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 323-324.

[82]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 325.

สำหรับแนวทางหรือหลักการตีความกฎหมายของประเทศในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ส่วนใหญ่เป็นผลมาจากงานค้นคว้าในทางวิชาการ และโดยที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นแม่แบบที่สำคัญของกลุ่มกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบซิวิล ลอว์

ดังนั้น จึงต้องเริ่มพิจารณาจากกฎหมายของฝรั่งเศสก่อน ซึ่งมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับแนวความคิดหลักการตีความกฎหมาย ได้เริ่มในศตวรรษที่ 19 ความคิดที่มีอิทธิพลในขณะนั้นเป็นแนวความคิดของ School of Exegesis นักกฎหมายกลุ่มนี้เห็นว่า กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยทั่วไปของคนในสังคมหนึ่งที่ผ่านการตราขึ้นจากรัฐสภา ถือว่าเป็นที่มาของหลักเกณฑ์กฎหมายอย่างแท้จริงในเรื่องนั้น ๆ เพราะฉะนั้น บทบาทของผู้พิพากษาจึงเป็นผู้มีหน้าที่แปลความหมายบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นปัญหาในแต่ละกรณีที่เกิดขึ้น และนั่นคือที่มาดั้งเดิมของหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัด เพราะผู้พิพากษาจะไปเปลี่ยนแปลงเจตนาของรัฐสภา ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง จนกระทั่งในปลายศตวรรษที่ 19 ได้มีแนวความคิดของนักวิชาการทางกฎหมายอีกสถาบันหนึ่งคือ School of Free Scientific Research ที่เห็นว่า การตีความโดยยึดมั่นอย่างเคร่งครัดในตัวบทของประมวลกฎหมาย ซึ่งสนับสนุนโดย School of Exegesis นั้น ไม่น่าจะมีเหตุผลเพียงพอที่จะยึดเป็นหลักในการตีความกฎหมายได้อย่างแท้จริง เพราะเมื่อพิเคราะห์ดูว่าหลังจากที่ได้ตรากฎหมายออกมาใช้บังคับ ยิ่งเวลาผ่านไปนานเท่าใดก็จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ายิ่งเป็นการยากที่จะทราบได้ถึงเจตนาของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายมากขึ้นเท่านั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อต้องใช้บทบัญญัตินั้นต่อสถานการณ์ หรือเหตุการณ์ในภายหลังที่ผู้ตรากฎหมายในขณะนั้นไม่อาจคาดเห็นได้ เพราะฉะนั้น การยึดมั่นอยู่ในการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรอย่างที่ยึดถืออยู่ดั้งเดิมจึงไม่ทำให้การใช้กฎหมายถูกต้องและเป็นธรรมแก่สังคมได้ โดยนักกฎหมายในแนวความคิดนี้เห็นว่า ผู้ร่างประมวลกฎหมายทั้งหลายย่อมไม่สามารถที่จะมองเห็น หรือคาดการณ์ในเหตุต่าง ๆ ได้ทุกกรณีที่อาจเกิดขึ้น และเมื่อต้องพบกับสถานการณ์ที่บทบัญญัติในประมวลกฎหมายไม่อาจให้คำตอบต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ผู้มีหน้าที่ตัดสินชี้ขาดก็จะต้องใช้บทบัญญัติในทางสร้างสรรค์ (Creative Role) มากขึ้น โดยเริ่มจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย เพราะฉะนั้น การแปลบทบัญญัติของกฎหมายต้องให้สอดคล้องกับความเป็นธรรมในสังคม และเป็นไปตามเจตจำนงของสังคมส่วนใหญ่ หรือธรรมเนียมประเพณีของบ้านเมือง ซึ่งโดยวิธีการเช่นนี้ก็จะทำให้บทบัญญัติเหล่านั้นสามารถที่จะใช้ได้กับทุกเวลาและในทุกสถานการณ์อย่างทันสมัยอยู่เสมอ School of Free Scientific Research จึงเป็นที่มาที่ทำให้แนวทางการตีความกฎหมายที่ยึดมั่นอย่างเคร่งครัดกับถ้อยคำตามตัวอักษรนั้นได้เปลี่ยนไป และทำให้มีการใช้หลักการตีความตามตัวอักษรควบคู่ไปกับการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายในที่สุด ซึ่งการใช้หลักการตีความตามตัวอักษรกับการตีความเจตนารมณ์ของกฎหมายควบคู่กันนั้น ศาลหรือผู้มีหน้าที่ตีความกฎหมายจะพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นหลัก ถ้าปรากฏว่า จากความหมายของถ้อยคำดังกล่าวนั้นจะก่อให้เกิดผลประหลาด หรือความหมายของถ้อยคำนั้น ๆ มีความหมายกำกวมอาจแปลได้หลายความหมาย หรือบทบัญญัติในกฎหมายนั้นบกพร่องจำเป็นต้องมีการอุดช่องว่างของกฎหมาย ศาลหรือผู้มีหน้าที่ในการตีความย่อมสามารถที่จะค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้ อย่างกว้างขวาง โดยวิธีการที่ประเทศต่าง ๆ ในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ใช้เป็นเครื่องช่วยในการตีความกฎหมายและเป็นที่ยอมรับเหมือนกันในทุกประเทศนั้น เริ่มจากการพิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายนั้นทั้งหมดที่มีส่วนสัมพันธ์เชื่อมโยงกันทั้ง

ฉบับ ซึ่งน่าจะเริ่มด้วยการพิจารณาจากโครงสร้างของกฎหมายนั้นเป็นอันดับแรก และบทบัญญัติทั้งหลายตามโครงสร้างของกฎหมายที่มีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกันนั้นเอง ก็อาจทำให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้ชัดเจนขึ้น ในประการต่อมา อาจพิเคราะห์จากประวัติความเป็นมาของการจัดทำกฎหมายนั้น (Historical Interpretation) โดยวิธีการนี้เป็นการค้นหาวัตถุประสงค์ หรือความมุ่งหมายดั้งเดิมของกฎหมายนั้น ซึ่งสามารถค้นหาได้จากร่างกฎหมายเดิมที่เสนอต่อสภา บันทึกหลักการและเหตุผล บันทึกชี้แจงในการเสนอร่างกฎหมาย ตลอดจนจากรายงานของคณะกรรมาธิการของรัฐสภา หรือแม้กระทั่งรายงานการประชุมของสภา[83]

2.2.2.2 หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์

หลักการตีความกฎหมายในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ที่รู้จักกันทั่วไป มีอยู่ 3 หลัก[84] คือ

1) Literal Rule หรือหลักการตีความถ้อยคำตามตัวอักษรด้วยการอาศัยความหมายธรรมดา หรือปกติ (Ordinary) ของถ้อยคำนั้น ๆ เป็นสำคัญ โดยไม่คำนึงถึงว่าผลจากการแปลถ้อยคำตามความหมายธรรมดานั้นจะมีเหตุมีผลมาน้อยเพียงใด หรือก่อให้เกิดผลที่ประหลาด (Absurd)[85] โดยวิธีการตีความตามตัวอักษรนี้ ผู้พิพากษาหรือผู้มีหน้าที่ตีความที่จะต้องพิจารณาความหมายในทางภาษามากกว่าที่จะพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ เพราะในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ นั้น แนวความคิดของผู้พิพากษาของศาลอังกฤษถือว่าในการตีความกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นเป็น Statutes นั้น ศาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นผู้สร้างหลักกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เหมือนกับการทำหน้าที่ของศาลสูงในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีที่เกิดจากข้อพิพาททั่วไป ซึ่งในกรณีนั้นศาลสูงจะเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์

2) Golden Rule เป็นการปรับปรุงหลักการตีความตามตัวอักษรโดยเคร่งครัดเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดผลประหลาด หรือไม่สมเหตุสมผล[86] ในกรณีนี้ ศาลจึงน่าที่จะต้องใช้วิธีตีความถ้อยคำที่เป็นปัญหาให้ต่างไปจากความหมายของถ้อยคำปกตินั้นได้[87] ดังนั้น หลัก Golden Rule จึงเป็นหลักการตีความเสริมประกอบหลัก Literal Rule ไม่ใช่เป็นหลักการตีความที่เกิดขึ้นเป็นอิสระแยกต่างหากหลักหนึ่งอย่างแท้จริง

3) Mischief Rule หลักการตีความนี้แตกต่างจากหลัก Literal Rule และหลัก Golden Rule[88] ซึ่งทั้งสองหลักดังกล่าวเน้นที่การตีความถ้อยคำตามตัวอักษรเป็นสำคัญ ในกรณีของหลัก Mischief Rule ซึ่งความจริงแล้วเป็นหลักที่มีมาก่อนหลัก Golden Rule โดยหลัก Mischief Rule เป็นหลักที่เปิดโอกาสให้ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้น

---

[83]อักขราทร จุฬารัตน, *เรื่องเดิม,* หน้า 64-75.

[84]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 30-31.

[85]Philip S. James, **Introduction to English Law**, 9th ed. (London: Butter Worth, 1976), p. 10.

[86]*Ibid.*, p. 10.

[87]อักขราทร จุฬารัตน, *เรื่องเดิม*, หน้า 46.

[88]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 48-49.

(Statutes) โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่นั้น ทั้งนี้ สืบเนื่องจากการที่หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ในเรื่องดังกล่าวที่ศาลสูงได้วางไว้แล้วก่อนหน้านั้นไม่อาจใช้บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นนั้นได้ ทำให้ต้องมี Statutes ออกมาใช้บังคับ ซึ่งหมายความว่า โดยปกติแล้วจะใช้ หลัก Mischief Rule ต่อเมื่อไม่อาจจะใช้หลักที่เกิดจาก Common Law บังคับแก่กรณีที่เกิดขึ้นได้ ในการนำหลัก Mischief Rule มาใช้ในการตีความนั้น ศาลสูงของอังกฤษวางหลักไว้ว่า ศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากแนวทาง 4 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ต้องพิจารณาว่าก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นนั้น หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ในเรื่องที่เป็นปัญหามีไว้ว่าอย่างไร ประการที่สอง ข้อบกพร่องที่หลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ มิได้วางเอาไว้นั้นเป็นอย่างไร ประการที่สาม สิ่งที่รัฐสภาออกกฎหมายดังกล่าวมานั้นมีวิธีการแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องนั้นอย่างไร และประการสุดท้าย เหตุผลที่แท้จริงในการกำหนดวิธีการแก้ไข จุดบกพร่องนั้นคืออะไร

2.2.3 ระบบศาลกับการตีความกฎหมายปกครอง

กฎหมายปกครองจัดเป็นกฎหมายมหาชนประเภทหนึ่ง ซึ่งการตีความกฎหมายมหาชนของศาลนั้นขึ้นอยู่กับระบบศาลเป็นสำคัญ ระบบของศาลสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ[89] คือ

2.2.3.1 ระบบศาลเดี่ยว

ศาลยุติธรรมในระบบศาลเดี่ยวมีอำนาจในการตีความกฎหมายและพิจารณาตัดสินคดีทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคดีอาญา คดีแพ่ง และคดีปกครอง โดยประเทศอังกฤษถือว่าเป็นแม่แบบของระบบศาลเดี่ยว

การจัดระบบศาลเดี่ยวนั้นมีเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษซึ่งแต่เดิมใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นแตกต่างกันไปตามแต่ละท้องถิ่นกระจายไปทั่วดินแดนต่าง ๆ ต่อมาพวกนอร์มันเข้ายึดครอง จึงบังคับใช้จารีตประเพณีท้องถิ่นควบคู่ไปกับศาลศักดินาพระมหากษัตริย์ ในฐานะที่มาของความยุติธรรมจึงมีพระราชประสงค์ให้ใช้กฎหมายเดียวกันทั้งอาณาจักร เพื่อความเป็นอันหนึ่งอันเดียวและเป็นการขจัดอิทธิพลของเจ้าศักดินา ประชาชนได้ให้ความสนใจศาลของพระมหากษัตริย์มากขึ้น เพราะความมีประสิทธิภาพและคำพิพากษาสามารถบังคับได้ทั่วทั้งอาณาจักรที่เรียกว่า Common Law ต่อมาศาล Common Law จึงมีอำนาจทั่วไปแทน ศาลศักดินา ด้วยเหตุนี้ประวัติศาสตร์อังกฤษจึงเป็นประวัติศาสตร์แห่งการพยายามรวมอำนาจศาล เข้าเป็นแห่งหนึ่งแห่งเดียว โดยการที่ศาลของพระมหากษัตริย์พยายามกลืนอำนาจศาลอื่นจนเป็นผลสำเร็จ[90] ต่อมา มีการตั้งศาลพิเศษขึ้นมา คือ ศาล Equity โดยอ้างพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะที่มาของความยุติธรรมเพื่อแก้ไขความบกพร่องในการพิจารณาคดีของศาล Common Law ซึ่งพระมหากษัตรย์ในสมัยนั้นในราชวงศ์ทิวดอร์ต้องการขยายพระราชอำนาจมากกว่าเป็นการให้ความยุติธรรมจึงเกิดความขัดแย้งกันขึ้น[91] ดังนั้น ประวัติศาสตร์ของอังกฤษจึงเป็น

---

[89]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” **ดุลพาห** 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537): 82-96.

[90]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 59.

[91]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 331.

ประวัติศาสตร์ของความขัดแย้งที่เกิดจากการแยกศาลออกเป็นศาลยุติธรรม โดยความสนับสนุนของรัฐสภากับศาล Equity และความสนับสนุนของกษัตริย์ ซึ่งกษัตริย์ใช้ศาลเป็นเครื่องมือในการขยายอำนาจจนเป็นผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพประชาชน ในที่สุด รัฐสภาจึงออกมาต่อต้านและได้บังคับให้ยกเลิกศาลพิเศษและให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตัดสินคดีทุกประเภท

ระบบที่มีศาลยุติธรรมเป็นหลักจัดว่าเป็นระบบที่ใช้กันมากที่สุด ประเทศที่ใช้ระบบนี้เป็นประเทศในกลุ่ม Anglo-Saxon และประเทศสังคมนิยมบางประเทศ แต่ละประเทศมีหลักการร่วมกันว่า ระบบศาลยุติธรรมเป็นระบบหลัก ศาลพิเศษอื่น ๆ ล้วนขึ้นอยู่กับระบบหลักนี้มิได้แยกเป็นเอกเทศต่างหาก โดยประเทศที่อยู่ในสกุลกฎหมาย Anglo-Saxon มักไม่นิยมการจัดตั้งศาลปกครองนอกเหนือไปจากการอาศัยอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะเห็นว่าการควบคุมฝ่ายปกครองทางการเมืองและศาลยุติธรรมก็เพียงพอแล้ว ในการควบคุมทางการเมือง หมายถึง[92] การที่ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและข้าราชการประจำต้องรับผิดชอบต่อข้าราชการฝ่ายการเมือง ซึ่งต้องรับผิดชอบต่อราษฎรอีกต่อหนึ่ง การบริหารราชการก็ต้องอยู่ในกรอบของกฎหมาย ผู้ที่รู้สึกว่าตนได้รับความไม่เป็นธรรมจากการกระทำอันมิชอบของข้าราชการก็อาจขอความยุติธรรมจากศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจที่จะยกเอากฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐสภา หรือกฎหมายจารีตประเพณี และหลักความยุติธรรมทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีให้เกิดความยุติธรรมขึ้นได้

แม้ว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งมิได้มีการแยกกฎหมายปกครองออกมาเป็นกฎหมายต่างหากจากระบบกฎหมายใหญ่ของประเทศ อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ไม่มีศาลปกครองก็มีกลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง เช่น ประเทศอังกฤษ นอกจากมีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม ซึ่งตามกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษได้พยายามที่จะจัดกลุ่มประเภทของความเดือดร้อนของประชาชนที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองไว้ให้ชัดแจ้งว่า ความเดือดร้อนประเภทใดที่ควรได้รับการเยียวยา และมีวิธีการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาอย่างไร โดยผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนอาจจะต้องไปดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม หรืออาจต้องไปดำเนินการร้องเรียนขอต่อคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาท[93] (Administrative Tribunal) ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวเกิดขึ้นจากการที่ประเทศอังกฤษประสบปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม อันเป็นผลสืบเนื่องจากประเทศอังกฤษได้ก้าวสู่การเป็นรัฐสวัสดิการ (Welfare State) รัฐสภาจึงได้ตรากฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการเข้าแทรกแซงการดำเนินชีวิตของประชาชน ผลที่เกิดตามมาคือ เกิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองและเอกชนขึ้นเป็นจำนวนมาก โดยแทนที่ประเทศอังกฤษจะจัดตั้งศาลปกครอง แต่กลับยังคงใช้ศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีปกครอง และเพื่อแบ่งเบาภาระของศาลยุติธรรม จึงได้มีการจัดตั้งองค์กร “Statutory Tribunals” หรือ “Administrative Tribunals” ขึ้น ซึ่งเป็นคำรวมที่ใช้เรียกบรรดาคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลายฉบับ และมีจำนวนมาก ซึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทั้งหลายในฝ่ายปกครองทำหน้าที่กึ่งตุลาการ (Quas-Judicial Act)

---

[92]วิษณุ วรัญญู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 243.

[93]อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, “กลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง,” **ดุลพาห** 44, 1 (มกราคม-มีนาคม 2540): 25-26.

และกึ่งปกครอง ทั้งนี้เพื่อลดภาระให้ศาลยุติธรรมและฝ่ายบริหาร โดยแต่ละคณะกรรมการจะมีองค์ประกอบ ขอบอำนาจหน้าที่ วิธีดำเนินงานและหลักการที่ใช้แตกต่างกันไปตามกฎระเบียบที่กระทรวงผู้รับผิดชอบกิจการของคณะกรรมการนั้นจะกำหนด อันทำให้เกิดความสับสนลักลั่น ต่อมาในปี ค.ศ. 1958 มีกฎหมายก่อตั้งสภาแห่งคณะกรรมการขึ้น (Council on Tribunals) เพื่อเสนอแนะการปรับปรุงองค์ประกอบและวิธีพิจารณาของคณะกรรมการพิเศษเหล่านี้ โดยหากคณะกรรมการ ๆ ใด ประสงค์เปลี่ยนแปลงวิธีการพิจารณาของตนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาคณะกรรมการก่อน ต่อมาในศตวรรษที่ 20 ได้มีการเปลี่ยนแปลงในระบบเศรษฐกิจและสังคม จนกระทั่งประเทศอังกฤษกลายเป็นรัฐสวัสดิการ ซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจมากขึ้น ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในพระราชบัญญัติให้ศาลยุติธรรมควบคุมฝ่ายปกครองได้มากขึ้นกว่าที่จะใช้ทางเยียวยาที่ได้กำหนดในคอมมอนลอว์ (Common Law) หรือ เอคควิตี้ (Equity) เท่านั้น ซึ่งในกรณีนี้เรียกว่า ทางเยียวยาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร[94] ซึ่งหมายความว่า ประชาชนจะดำเนินคดีกับฝ่ายปกครองได้ก็โดยอาศัยอำนาจของกฎหมายเฉพาะ และจะไปใช้ทางเยียวยาตามคอมมอนลอว์ และเอคควิตี้อีกไม่ได้ หรือเรียกทางเยียวยาตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรนี้ว่า “อุทธรณ์” (Appeal)

นอกจากการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม และคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาทแล้ว ประเทศอังกฤษยังได้พัฒนากลไกการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเพื่อปรับปรุงระบบการควบคุมฝ่ายปกครองให้ดีขึ้น โดยไม่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครอง แต่ได้มีการตั้งกรรมาธิการฝ่ายปกครองของรัฐสภาขึ้น และได้มีการตราพระราชบัญญัติกรรมาธิการฝ่ายปกครองของรัฐสภาขึ้นในปี ค.ศ. 1967 (The Parliamentary Commissioner Act 1967) เพื่อตรวจสอบในกรณีที่มีการร้องเรียนว่ามีความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นจากการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ (Maladministration) ของฝ่ายปกครอง[95] ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษก็ได้มีการพัฒนาระบบกฎหมายปกครอง แม้จะไม่เป็นระบบที่เด่นชัดอย่างในประเทศฝรั่งเศส แต่ก็เป็นระบบที่สามารถให้ผลได้เช่นเดียวกัน

2.2.3.2 ระบบศาลคู่

ระบบศาลคู่ เป็นระบบศาลที่ให้อำนาจการตัดสินคดีที่มีมากกว่าหนึ่งศาล นอกจากศาลยุติธรรมที่มีอำนาจตัดสินคดีทั่วไปแล้ว ยังมีศาลปกครองซึ่งจะพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะแยกออกจากศาลยุติธรรม โดยเหตุที่ต้องมีการแยกออกเป็นศาลคู่ เพราะประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่มักมีการแยกประเภทของกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ซึ่งทั้งรากฐานแนวคิดและวัตถุประสงค์มีความแตกต่างกัน โดยกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องระหว่างเอกชนกับเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อผลประโยชน์ของคู่กรณีซึ่งเป็นประโยชน์ส่วนบุคคล แต่แนวคิดในกฎหมายมหาชนเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะของคนส่วนใหญ่ ดังนั้น องค์กรที่ทำหน้าที่จึงต้องแยกจากกัน โดยประเทศฝรั่งเศสถือเป็นต้นแบบของระบบศาลคู่[96]

---

[94] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 32-34.

[95] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 36-37.

[96] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 332.

ประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นของระบบศาลคู่ในประเทศฝรั่งเศสนั้นตรงกันข้ามกับประเทศอังกฤษ อันเนื่องจากประเทศฝรั่งเศสเคยชินกับการแยกอำนาจศาลแยกประเภทคดีของศาลหลายประเภท ซึ่งก่อนนั้นประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมตัดสินปัญหาทุกคดี มีการแย่งอำนาจกันระหว่างกษัตริย์และศาล ต่อมากษัตริย์จึงสร้างระบบกำกับอำนาจศาลขึ้นมาโดยจัดตั้งองค์กรในรูปคณะกรรมการที่เป็นอิสระจากพระมหากษัตริย์ จนกระทั่งได้วิวัฒนาการมาเป็นระบบศาลปกครองภายใต้สภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) ภายหลังจากที่มีการปฏิวัติใหญ่ของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ปรากฏว่า ศาลยุติธรรมพยายามเข้ามาแทรกแซงฝ่ายบริหารมากเกินไป จึงเกิดการแย่งชิงอำนาจระหว่างฝ่ายปกครองกับฝ่ายศาลยุติธรรม โดยฝ่ายศาลยุติธรรมไม่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจมากขึ้น จึงพยายามผลักอำนาจในการพิจารณาคดีให้ขึ้นกับศาลยุติธรรม ในขณะเดียวกันฝ่ายปกครองก็ไม่ยินยอม เพราะถือว่าถ้าทำเช่นนั้นก็เท่ากับฝ่ายตุลาการมาก้าวก่ายฝ่ายบริหาร[97] มีการออกรัฐบัญญัติห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามาข้องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง และยังมีรัฐบัญญัติที่ห้ามศาลยุติธรรมพิพากษาคดีปกครองไม่ว่าประเภทใด ๆ ซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจศาลยุติธรรมมิให้ยุ่งเกี่ยวกับฝ่ายปกครอง จนในปี ค.ศ. 1799 สมัยพระเจ้านโปเลียนเป็นจักรพรรดิ จึงมีการแยกศาลทั้งสองออกจากกันอย่างเด็ดขาด[98] จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งศาลปกครองในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่นั้นมีเหตุผลหลายประการ เช่น การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมยุ่งยากซับซ้อนและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย รวมทั้งต้องใช้เวลามาก ซึ่งประการสำคัญที่สุดคือ[99] ถ้ามีศาลปกครองโดยเฉพาะแล้ว ศาลปกครองย่อมจะใช้กฎหมายมหาชนมาปรับแก่คดี ซึ่งสามารถรักษาผลประโยชน์ของรัฐ และขณะเดียวกันก็ให้ความยุติธรรมแก่ราษฎรได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ เพราะการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาไม่ได้มีจุดมุ่งหมายแต่เพียงให้พิพากษาคดีเท่านั้น แต่เพื่อให้ศาลปกครองได้สร้างหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาด้วย

---

[97]สรรเสริญ ไกรจิตติ, “ระบบศาลปกครองเปรียบเทียบ: ทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดสำหรับประเทศไทย,” **ดุลพาห** 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537): 14.

[98]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” **ดุลพาห**, หน้า 63.

[99]วิษณุ วรัญญู ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม,* หน้า 243-244.

บทที่ 3

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส

บทนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ โดยจะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษที่ถือเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) และหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็นต้นแบบในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ (Civil Law) โดยเริ่มจากรากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไป วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไป การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของทั้งสองประเทศดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อจะได้เป็นต้นแบบในการเปรียบเทียบให้เห็นถึงความเหมือนหรือแตกต่างกันกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศไทยดังจะได้กล่าวในบทต่อไป ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.1 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีประวัติศาสตร์อันยาวนาน และมีอิทธิพลต่อประเทศอื่นทั่วโลก ไม่ว่าจะด้านภาษา ศาสนา วัฒนธรรม หรือแนวความคิดทางการเมือง อันเป็นผลจากการแผ่ขยายลัทธิจักรวรรดินิยมของตนไปยังดินแดนอื่นในโลก ตั้งแต่อดีตประเทศอังกฤษมีรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด โดยมีลักษณะเฉพาะคือ เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) กล่าวคือ ไม่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญอยู่ในรูปของประมวลกฎหมายโดยเฉพาะ แต่หากจะปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายที่บัญญัติขึ้น (Statue Law) กฎหมายจารีต (Common Law) ธรรมเนียมปฏิบัติ (Convention Law) คำพิพากษาของศาลที่เป็นบรรทัดฐาน (Court Precedent) และข้อเขียนที่น่าเชื่อถือได้ (Work of Authority) ดังเห็นได้จากผลงานตีความกฎหมายโดยอาศัยหนังสือ และข้อเขียนที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นแนวทางในการตีความของรัฐธรรมนูญ เช่น ผลงานเรื่อง “An Introduction to the Study of the Law of the Constitution” ของ A. V. Dicey ผลงานเรื่อง The English Constitution 1867” ของ WalterBagehot เป็นต้น โดยผลงานเหล่านี้เป็นที่ยอมรับในแวดวงการเมือง กฎหมาย และวิชาการ ซึ่งได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาตีความกฎหมายต่าง ๆ รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของอังกฤษยังหมายรวมไปถึงกฎหมายสหภาพยุโรป ที่เป็นผลมาจากการที่ประเทศอังกฤษได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกแห่งสหภาพยุโรป (European Union: EU) ซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มีวิวัฒนาการและเปลี่ยนแปลงไปพอสมควร โดยเห็นได้จากที่คำพิพากษาในคดีที่ออกมาภายหลังนั้นไม่จำต้องเหมือนกับผลคำพิพากษาในคดีก่อนทั้งที่มีข้อเท็จจริงเหมือนกัน เพราะนอกจากศาลจะใช้คำพิพากษาในคดีก่อนนั้นเป็นแนวทาง

ในการพิจารณาพิพากษาของศาลแล้ว ศาลยังอาจใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีให้แตกต่างไปจากคดีก่อนได้หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุอันควร โดยเฉพาะเรื่องการตีความและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลักษณะแปรเปลี่ยนไปได้ตามกาลเวลาและสังคม[100] ในที่นี้จะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองอังกฤษ โดยแบ่งหัวข้อในการพิจารณาเป็น 3.1.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ 3.1.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ 3.1.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ 3.1.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ และ 3.1.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยศาลอังกฤษ

3.1.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ

การควบคุมฝ่ายบริหารของศาลยุติธรรมของอังกฤษมีข้อจำกัดประการหนึ่งที่สำคัญ ได้แก่ หลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) รัฐสภามีอำนาจสูงสุดในการบัญญัติกฎหมายใด ๆ ขึ้นใช้บังคับได้ตามประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักนี้นับได้ว่าเป็นประโยชน์ต่อฝ่ายบริหารมากในการที่จะแสวงหาทางหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลยุติธรรม ซึ่งฝ่ายบริหารมักจะกระทำได้โดยไม่ยากนัก อันเนื่องจากฝ่ายบริหารในระบบรัฐสภาของอังกฤษเป็นฝ่ายคุมเสียงข้างมาก จึงถือโอกาสออกกฎหมายตัดอำนาจของศาลยุติธรรมมิให้เข้ามาควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารด้วยถ้อยคำในกฎหมายที่แสดงถึงดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้และยากแก่การถูกควบคุมโดยศาลยุติธรรม[101] แม้ศาลยุติธรรมของอังกฤษจะประสบกับปัญหาการใช้อำนาจควบคุมฝ่ายปกครองดังกล่าว ศาลยุติธรรมกลับพิจารณาวางหลักเกณฑ์การตัดสินคดีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้แน่นอนมั่นคงขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ศาลยุติธรรมได้วางไว้มีรากฐานแนวคิด ได้แก่ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และหลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ดังนี้

3.1.1.1 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice)

ศาลยุติธรรมของอังกฤษเป็นองค์กรที่มีอำนาจใช้ และตีความกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นในหลาย ๆ กรณีศาลยุติธรรมได้ตีความให้มีความหมายแตกต่างไปจากเนื้อความของกฎหมาย ซึ่งหลักการประกันสิทธิในชั้นวิธีพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเกิดจากคำพิพากษาของศาล โดยศาลยุติธรรมต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาเช่นเดียวกับการพิจารณาในชั้นศาลก่อนที่จะออกคำวินิจฉัยที่มีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ซึ่งศาลยุติธรรมได้นำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เป็นหลักคอมมอน ลอว์ มาเป็นรากฐานในการตีความกฎหมายที่ให้อำนาจแก่

---

[100] รัชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์, “การปฏิรูประบบศาลของประเทศอังกฤษ: จาก The House of Lords สู่ Supreme Court of United Kingdom,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** ฉบับพิเศษ (1 ตุลาคม 2552): 251.

[101] อมร จันทรสมบูรณ์, **กฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), หน้า 105-106.

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง[102] และถือเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะต้องยึดถือปฏิบัติเพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือหลักความยุติธรรมทั่วไปนี้ ปกติเป็นหลักการพิจารณาคดีของศาลในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่ได้ใช้กันมาเป็นระยะเวลายาวนาน หลักดังกล่าวถือกันว่าในการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะต้องให้ความเป็นธรรมแก่คู่ความใน 2 กรณี[103] กล่าวคือ หลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเอง (No Man a Judge in His Own Cause) และหลักต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (Audi Alteram Partem) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) หลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเอง (No Man a Judge in His Own Cause)

หลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเอง เป็นหลักที่ใช้กันในการพิจารณาของศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ โดยเคร่งครัด ซึ่งหมายความว่า ผู้พิพากษาที่เป็นคู่กรณีหรือมีส่วนได้เสียกับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นผู้พิจารณาพิพากษาในคดี นั้น ๆ ไม่ได้ เพราะอาจจะเกิดความอยุติธรรม (Bias) ได้ง่าย หลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเองจึงถูกนำมาใช้ในลักษณะอย่างเดียวกันแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรือมีกรณีพิพาทกับเอกชนผู้เสียหายในผลการกระทำในทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเป็นผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหรือคำร้องต่าง ๆ เกี่ยวกับการกระทำของตน ตัวอย่างของหลักไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเองนี้ พิจารณาได้จากคดี Dr. Bonham ที่ศาลสูงวินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการวิทยาลัยแพทย์ศาสตร์เรียกตัวนายแพทย์ Bonham มาพิจารณาไต่สวนในกรณีที่ไม่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการจากวิทยาลัยแล้วลงโทษปรับโดยที่ค่าปรับกึ่งหนึ่งตกได้แก่คณะกรรมการ เป็นกรณีที่คณะกรรมการไม่มีอำนาจกระทำเพราะว่าคณะกรรมการกระทำการเป็นผู้พิจารณาในคดีของตนเอง

ในบางกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนได้เสียกับการพิจารณาของตน แม้จะไม่ได้แสดงความเห็น หรือออกเสียงชี้ขาดข้อที่ต้องพิจารณาก็ตาม หากแต่เข้าร่วมประชุมในวาระนั้น ๆ ด้วยแล้ว ศาลสูงเคยตัดสินว่า คำชี้ขาดของคณะกรรมการไม่มีผลใช้บังคับ เช่น คดีระหว่าง R. v. Hendon R. D. C., ex parte Chorley, 1933[104] ที่คณะกรรมการของคณะกรรมการวางแผนและพัฒนาเมืองผู้หนึ่งเป็นผู้ที่เข้าร่วมพิจารณาคำขออนุญาตเป็นผู้ดำเนินการพัฒนาที่ดินของบริษัทที่ตนเป็นผู้แทนขอยื่น แม้ว่ากรรมการผู้นั้นจะไม่ได้ร่วมแสดงความคิดเห็นต่อคำขอนั้นเลย ศาลสูงวินิจฉัยว่าการพิจารณาคำขอดังกล่าวใช้ไม่ได้ เพราะในขณะที่พิจารณาอนุมัติคำขอกรรมการผู้นั้นได้อยู่ในที่ประชุมด้วย ซึ่งอาจมีผลต่อการพิจารณาของกรรมการอื่น ๆ และอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงวินิจฉัยไว้

---

[102] D. C. N. Yardley, **Principle of Administrative Law** (London: Butterworths, 1981), p. 15.

[103] ถาวร เกียรติทับทิว, **คำอธิบาย กฎหมายปกครอง ศาลปกครอง คดีปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2549), หน้า 347-351.

[104] Regina v. Hendon Rural District Council, ex parte Chorley (1933)

คล้ายคลึงกัน คือ คดีระหว่าง R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy, 1924[105] ซึ่งเป็นคดีที่ประธานคณะกรรมการควบคุมการเช่าเคหะ (Rental Tribunal) พิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับการเช่าระหว่างผู้เช่า (รวมทั้งบิดาของประธานด้วย) โดยประธานเป็นผู้ร้องแทนผู้เช่าทั้งหลาย (Solicitor) กับเจ้าของเคหะผู้ให้เช่า ศาลสูงวินิจฉัยว่า การพิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวไม่มีผลบังคับ เพราะประธานคณะกรรมการอาจมีความลำเอียงเข้าด้วยฝ่ายผู้เช่าได้ง่าย แม้ว่าประธานจะวางตัวเป็นกลางก็ตาม

2) หลักต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง (Audi Alteram Partem)

หลักต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือหลักการฟังความทุกฝ่ายเป็นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติที่สำคัญประการหนึ่งที่ผู้กระทำการอย่างตุลาการ หรือกึ่งตุลาการจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงของทั้งสองฝ่าย รวมทั้งต้องให้แต่ละฝ่ายมีโอกาสแสดงข้อเท็จจริง พยานหลักฐานและมีสิทธิรับรู้ข้อเท็จจริงรวมถึงพยานหลักฐานของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย (Right to Hearing) เพื่อที่เขาจะได้มีโอกาสโต้แย้ง โดยมีตัวอย่างคดีหลักการฟังความทุกฝ่ายหลายคดีด้วยกัน ซึ่งล้วนแต่เป็นคดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมักฟังข้อเท็จจริงจากฝ่ายเดียว หรือไม่ให้โอกาสอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐรับรู้ข้อเท็จจริงที่ตนได้นำไปใช้เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาของฝ่ายตน เช่น คดี Kanada v. Government of the Federal of Malaya, 1962[106] เป็นคดีที่ตำรวจผู้หนึ่งถูกสอบสวนเรื่องความประพฤติ โดยคณะกรรมการสอบสวนไม่เปิดโอกาสให้ทราบสำเนารายงานกระบวนการพิจารณาก่อนการไต่สวนถือว่าไม่ให้สิทธิในการรับทราบสาระแห่งคดี เวลาและสถานที่พิจารณาตลอดจนข้อกำหนดที่เหมาะสม อันเป็นการขัดต่อความยุติธรรมตามธรรมชาติ และคดีระหว่าง Errington v. Minister or Health, 1935[107] เป็นคดีที่ฝ่ายปกครองไม่ให้โอกาสคัดค้านการกระทำของตนก่อนมีคำสั่ง เช่น ในกรณีที่รัฐมนตรีวินิจฉัยสั่งการตามข้อเสนอของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (ตามขั้นตอน) โดยไม่เปิดโอกาสเอกชนผู้เสียหายคัดค้านข้อเสนอของเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ถือเป็นกรณีฝ่าฝืนหลักการฟังความทุกฝ่ายเช่นเดียวกัน

หลักต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลักการฟังความทุกฝ่าย เป็นหลักที่ยอมรับกันในทุกระบบกฎหมาย ทั้งที่เป็นระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ โดยยึดถือปฏิบัติเป็นแนวเดียวกัน ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการที่จะให้ความยุติธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม โดยเฉพาะการให้ผู้มีส่วนได้เสียในการกระทำของฝ่ายปกครองได้โต้แย้งเพื่อสิทธิของตนก่อนที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ลงไป

หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติทั้งสองหลักดังกล่าว ได้ถูกนำมาใช้กับองค์กรฝ่ายปกครองต่าง ๆ[108] ซึ่งรวมถึง รัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ของรัฐ และองค์กรฝ่ายรัฐบาลท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่เมื่อจะกระทำการอย่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการหรือกึ่งตุลาการในกระบวนการพิจารณาตัดสินข้อเรียกร้องของเอกชน ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งหากฝ่ายปกครองไม่ใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยเคร่งครัดในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทในทาง

---

[105] Regina v. Sussex Justices, ex parte McCarthy (1924)

[106] Kanada v. Government of the Federal of Malaya (1962)

[107] Errington v. Minister or Health (1935)

[108] ถาวร เกียรติทับทิว, *เรื่องเดิม*, หน้า 348.

ปกครองระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนผู้เสียหายอาจเป็นเหตุให้ศาลสูงวินิจฉัยว่า เท่ากับไม่มีคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองก็ได้ โดยหากการไม่ปฏิบัติดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่กรณี

ศาลยุติธรรมของอังกฤษได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเพื่อประกันสิทธิต่าง ๆ มากขึ้น โดยศาลยุติธรรมได้บังคับใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติกับคำวินิจฉัยที่กระทบสิทธิในทรัพย์สินของประชาชน และกับคำวินิจฉัยที่ไล่บุคคลออกจากตำแหน่งทางราชการหรือจากสมาคมวิชาชีพต่าง ๆ ดังเช่นที่ศาลยุติธรรมได้เคยให้ความคุ้มครองในอดีต แต่ศาลยุติธรรมได้ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในตำแหน่งทางราชการมากขึ้น ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลยุติธรรมได้วินิจฉัยว่าการไล่ข้าราชการออกจากตำแหน่ง เพราะมีความประพฤติไม่เหมาะสมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ (Removal for Cause) เท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ แต่ในปัจจุบันศาลยุติธรรมได้วินิจฉัยว่า การมีดุลพินิจในการไล่บุคคลหรือข้าราชการออกจากตำแหน่ง (Removal at Pleasure) จะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย ศาลยุติธรรมยังได้ใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติให้ความคุ้มครองแก่ประโยชน์ หรือความคาดหวังของประชาชน (Interest and an Expectation)[109] เช่น การยื่นขอคำรับใบอนุญาตและการขอต่อใบอนุญาตประกอบธุรกิจ หรือกระทำการต่าง ๆ ตลอดจนการถูกเพิกถอนใบอนุญาตจะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และศาลยุติธรรมก็ได้วินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจออกใบอนุญาต หรือต่ออายุใบอนุญาตจะต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย นอกจากนี้ศาลยุติธรรมยังได้ขยายขอบเขตการใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติโดยให้ความคุ้มครองแก่สิทธิขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีลักษณะสัมบูรณ์ ซึ่งทำให้การใช้หลักนี้แข็งกระด้างเกินไป จากอิทธิพลของความคิดเสรีนิยมที่เริ่มก่อตัวในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และเริ่มโตขึ้นในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทำให้ศาลหันมานิยมใช้คำว่า หลักความเป็นธรรม (Fairness) แทนคำว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ[110] เพื่อแสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยศาลยุติธรรมของอังกฤษถือว่าฝ่ายปกครองจะต้องมีหลักความเป็นธรรมนี้เป็นหลักปฏิบัติพื้นฐาน แม้ว่าบางกรณีฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องใช้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ตาม เพราะว่าการให้ความเป็นธรรมนั้นมีความสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ โดยฝ่ายปกครองในขณะที่กระทำการอย่างตุลาการหรือกึ่งตุลาการจึงไม่อาจปฏิเสธการให้ความเป็นธรรม ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนอาจเป็นการกระทำที่มิชอบและถูกเพิกถอนโดยศาลได้ จะเห็นได้ว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติเพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งในทางปฏิบัติกรณี

---

[109]ประสิทธิ อัจฉริยสกุลชัย, **การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), หน้า 29-30.

[110]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน-ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวคิดทางทฤษฎี,” **ดุลพาห** 39 (กันยายน-ตุลาคม 2535): 90-91.

ที่หลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้บัญญัติไว้ ศาลมักจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและนำมาใช้ในวิธีพิจารณาในชั้นปกครองด้วย ส่วนกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายศาลจะอาศัยหลักความยุติธรรมประกอบกับอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น โดยที่ศาลอังกฤษอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง[111] ดังนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่จะต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวเสมอ และจะต้องกระทำภายในขอบเขตอำนาจของตน ซึ่งศาลจะควบคุมการกระทำดังกล่าวด้วย หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติขัดกับหลักความไม่มีส่วนได้เสียและหลักต้องฟังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งหรือหลักการฟังความทุกฝ่ายแล้ว ศาลจะถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบอำนาจ (Ultra Vires) ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

3.1.1.2 หลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย (Ultra Vires)

ก่อนที่จะมีหลัก “การกระทำในทางปกครองของฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่กฎหมายให้อำนาจไว้” ศาลแห่งระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ เมื่อครั้งที่ยังถือกันว่าเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชอำนาจของราชสำนัก (Prerogative Power) เคยได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับปัญหาความชอบธรรมของการวินิจฉัยสั่งการใด ๆ ของฝ่ายปกครองไว้ว่า การใช้พระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ในทางปกครองจะต้องกระทำไปเพื่ออรรถประโยชน์แห่งสาธารณะ และเป็นหน้าที่ของศาลที่จะตรวจสอบว่าการใช้อำนาจดังกล่าวได้กระทำไปโดยเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร หรือใช้ไปในทางที่ผิดหรือไม่ การที่ศาลเคยวางหลักการตรวจสอบฝ่ายปกครองไว้เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการควบคุมโดยทางศาล และมีผลต่อการพัฒนาหลักการกระทำที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายในเวลาต่อมา โดยในการตรวจสอบของศาลยุติธรรมมักจะพิจารณาถึงลักษณะวัตถุประสงค์ และแบบแผนของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นกรอบการปฏิบัติของฝ่ายบริหาร หากฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ หรือเกินกว่าอำนาจที่ได้รับจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลบังคับ

ศาลอังกฤษได้นำหลักการกระทำทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายมาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นหลักที่สำคัญของระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ[112] โดยการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ไปในทางที่เกินอำนาจที่ได้รับมาหรือไม่นั้น ศาลอาจพิจารณาได้โดยอิสระตามที่แต่จะเห็นว่าเหมาะสม แต่ทั้งนี้ จะต้องไม่เป็นการควบคุมตามอำเภอใจโดยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายในทางตัดอำนาจของฝ่ายปกครอง หรือสร้างกฎข้อบังคับขึ้นซ้อนกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว หลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งเท่าที่ศาลยุติธรรมนำมาใช้ประกอบการพิจารณา มักปรากฏในคดีที่เกี่ยวกับการกระทำในทางปกครอง

---

[111] สุรพันธ์ อรัญนารถ, “ความยุติธรรมตามธรรมชาติกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,” **ดุลพาห** 42, 4 (ตุลาคม- ธันวาคม 2538): 135-136.

[112] William Wade and Christopher Forsyth, *op.cit.,* p. 30.

ที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมาย ได้แก่ การไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนของกฎหมาย (Procedure) เช่น คดีระหว่าง Rayney v. Steprey corpn., 1911[113] เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ท้องถิ่นจะต้องออกคำบอกกล่าวให้ผู้ที่อาศัยอยู่ในสลัมทราบถึงการที่จะต้องถูกรื้อถอนบ้านพร้อมทั้งสิทธิที่จะอุทธรณ์การรื้อถอนต่อศาลก่อน เป็นต้น และการละเมิดข้อจำกัดของอำนาจหรือไม่ในคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เช่น การกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล การวินิจฉัยสั่งการไม่ตรงกับกรณี การใช้มูลเหตุโดยไม่เหมาะสม และการละเมิดความยุติธรรมทั่วไป ตัวอย่างในเรื่องของการให้คู่กรณีได้รับการพิจารณาโดยเท่าเทียมกัน ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวไม่เพียงแต่ใช้เป็นการทั่วไปเท่านั้น หากแต่สามารถนำไปใช้กับกรณีการใช้ดุลพินิจสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย

การกระทำในทางปกครองที่เป็นหลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย หรือ Ultra Vires อาจมีได้หลายกรณี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการกระทำโดยมิชอบของฝ่ายปกครองในรูปต่าง ๆ ซึ่งยากที่จะกำหนดเป็นการเฉพาะได้ทั้งหมด โดยกรณีใดจะเป็น Ultra Vires จึงขึ้นอยู่กับการตีความของศาลนั่นเอง

3.1.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ

กฎหมายอังกฤษมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์มาจากขนบธรรมเนียมประเพณีในสมัยแองโกล-แซกซอน ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองอังกฤษ โดยเฉพาะระบบศาลของอังกฤษเป็นระบบที่พัฒนามาช้านานควบคู่กับระบอบการปกครองของอังกฤษมาตั้งแต่ต้น ดังนั้น ในการศึกษาถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ จึงจำเป็นต้องเข้าใจวิวัฒนาการของระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษควบคู่ไปด้วย[114] ดังนี้

3.1.2.1 กำเนิดสถาบันหลักอังกฤษ: พระราชอำนาจ

นับแต่การยึดครองอังกฤษของพระเจ้าวิลเลียมผู้ชนะ (William the Conqueror) และมีการสถาปนาระบอบศักดินารวมศูนย์ ที่ถือกันว่าพระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษไม่เคยล้นพ้น (Absolute) เพราะพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์จะถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีโบราณของเผ่าแองโกล-แซกซอน (Anglo Saxon)[115] ที่พระมหากษัตริย์เชื้อสายนอร์มันรับช่วงต่อมา และยิ่งกว่านั้นพระราชอำนาจดังกล่าวยังถูกเจ้าศักดินาตามแคว้นต่าง ๆ แข่งอำนาจและพยายามจำกัดพระราชอำนาจนั้นหลายครั้ง ซึ่งเจ้าศักดินาและขุนนางก็ประสบความสำเร็จ เช่นในปี ค.ศ. 1215 ขุนนางชั้นบารอนรวมตัวกันเข้าทำสงครามกับพระเจ้าจอห์น (John) และบังคับให้ทรงลงนามในมหาบัตรรัฐธรรมนูญ (Magna Carta) ได้สำเร็จ อันนับเป็นเอกสารชิ้นแรกที่จำกัดพระราชอำนาจจนถือกันต่อมาว่าเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในสมัยหลัง

---

[113] Rayney v. Steprey Corporation (1911)

[114] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537), หน้า 1-12.

[115] S. B. Chrimes, **English Constitutional History**, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1978), p. 63.

อย่างไรก็ตาม พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ (Royal Prerogative) เป็นที่มาของสถาบันหลักทุกสถาบันในระบอบการปกครองอังกฤษเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน สถาบันหลักที่ก่อตั้งขึ้นโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษคือ สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Curia Regis) ซึ่งพระมหากษัตริย์อังกฤษทรงใช้พระราชอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ผ่านองค์กรแห่งนี้ ต่อมา ในราวคริสต์ศตวรรษที่ 13 คณะกรรมการต่าง ๆ ขององค์กรนี้ก็จะเริ่มแยกทำงานเป็นเอกเทศ เช่น ในส่วนการขอความยินยอมในการเก็บภาษีอากร การตรากฎหมาย ต่างเป็นอำนาจของรัฐสภา (Parliament) ที่จะให้ความยินยอม หรือเห็นชอบตามที่พระมหากษัตริย์ทรงร้องขอ ด้วยเหตุนี้ การเรียกประชุม การเปิดสมัยประชุม การปิดสมัยประชุม และการยุบสภา จึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาตั้งแต่โบราณจนถึงทุกวันนี้ ส่วนคณะกรรมการที่มีหน้าที่ตัดสินคดีได้แยกเป็นศาลต่าง ๆ ก็เริ่มแยกตัวออกไปตั้งที่ทำการของตนที่พระราชวัง Westminster อันได้แก่ Court of Exchequer, Court of Common Pleas และ Court of King's Bench แต่ต้องถือว่าศาลต่าง ๆ เหล่านี้มีชื่อเรียกรวม ๆ กันว่า ศาลหลวง (The Royal Court of Westminster) ซึ่งศาลหลวงเหล่านี้เกิดขึ้น และพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ ก่อนการประกาศใช้ The Act of Settlement 1701 พระมหากษัตริย์จึงทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการแต่งตั้ง และถอดถอนผู้พิพากษาตามพระราชอัธยาศัย แต่เมื่อพระมหากษัตริย์พ้นจากราชสมบัติไม่ว่าด้วยเหตุใดผู้พิพากษาซึ่งทรงแต่งตั้งก็ต้องพ้นตำแหน่งไปด้วย ต่อมา ในปี ค.ศ. 1875 เขตอำนาจศาลหลวงที่ว่านี้เป็นเขตอำนาจที่จำกัดเฉพาะบางคดีที่สำคัญเท่านั้น โดยเฉพาะคดีเกี่ยวกับ "ความยุติธรรมชั้นสูง" (High Justice) เช่น คดีที่สันติภาพและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรถูกคุกคาม หรือเมื่อคดีนั้น ๆ ไม่อาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมปกติ เช่น เรื่องราชสมบัติ เรื่องภาษีอากร เรื่องที่ดิน และความผิดต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร พระมหากษัตริย์จึงจะทรงรับพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีนั้น ๆ โดยผ่านศาลหลวง จึงถือว่าศาลหลวงเป็นศาลยกเว้นไม่ใช่ศาลหลัก ซึ่งศาลหลักที่มีเขตอำนาจทั่วไป ได้แก่ ศาลที่กำเนิดในยุคศักดินานิยม กล่าวคือ ศาลแห่งท้องที่ทั้งหลายที่อยู่ตามแคว้นต่าง ๆ ซึ่งใช้จารีตประเพณีแห่งท้องที่ในยุคศักดินานิยมเป็นกฎหมายในการตัดสินคดี เช่น Court Baron, Court Leet, Manorial Court และศาลศาสนา เป็นต้น โดยคำพิพากษาเหล่านี้มีผลเฉพาะในท้องที่ที่ศาลนั้น ๆ มีเขตอำนาจศาลเท่านั้น จนกระทั่งมีการตราพระราชบัญญัติที่เรียกว่า The Judicature Acts หลายฉบับ ที่ทำให้ศาลหลวงมีเขตอำนาจทั่วไปเป็นศาลหลัก โดยคำพิพากษาของศาลหลวงมีผลทั่วราชอาณาจักร โดยใช้หลักจารีตประเพณีที่มีผลทั่วไป คำว่า Common Law จึงเกิดขึ้น เพราะศาลหลวงใช้กฎหมายที่มีผลทั่วไปและคำพิพากษามีผลทั่วไปทั้งราชอาณาจักร ซึ่งศาลหลวงได้รับความนิยมมากกว่าศาลศักดินาแห่งท้องที่ เนื่องจาก ศาลหลวงมีประสิทธิภาพในการเสาะหาพยานหลักฐาน ระบบวิธีพิจารณาของศาลหลวงมีความแน่นอนและเป็นธรรมกว่า ด้วยเหตุนี้ เมื่อถึงปลายยุคกลางศาลหลวงก็ประสบความสำเร็จในการขยายเขตอำนาจเหนือศาลศักดินาทั้งหลาย

3.1.2.2 การพยายามเพิ่มพูนพระราชอำนาจ: ความขัดแย้งระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภาและศาล

ตามที่พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษถูกจำกัดมาตั้งแต่พวกนอร์มันเริ่มเข้ามาปกครองได้ไม่นานนัก พระเจ้าจอห์นก็ทรงถูกบังคับให้ลงพระนามในมหาบัตรรัฐธรรมนูญ ดังที่

ได้กล่าวมาแล้ว ภายหลังยุคดังกล่าวก็เป็นการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจระหว่างกษัตริย์กับเจ้าศักดินา ซึ่งพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้เริ่มฟื้นฟูอีกครั้งหนึ่งในราชวงศ์ทิวดอร์ (Tudor) โดยเฉพาะในรัชสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 และพระนางเอลิซาเบธที่ 1 ซึ่งทรงดำเนินพระบรมราโชบายในการแผ่พระราชอำนาจเหนือองค์กรทั้งหลาย ในทางบริหารและนิติบัญญัตินั้นพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ทรงได้รับความสนับสนุนทุกประการในการตรากฎหมาย นอกจากนั้น ทรงได้รับการสนับสนุนจากรัฐสภาในการประกาศไม่ขึ้นกับพระสันตะปาปาที่กรุงโรม และมีการสถาปนาคริสตจักรอังกฤษขึ้น โดยมีพระมหากษัตริย์อังกฤษทรงเป็นประมุขแห่งนิกายดังกล่าว ส่วนในทางตุลาการ โดยปกติพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ทางศาลหลวงซึ่งเป็นศาลคอมมอน ลอว์ แต่ต่อมาเนื่องจากวิธีพิจารณาความของศาลคอมมอน ลอว์ และกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่เกิดจากบรรทัดฐาน (Precedent) ของศาลหลวงค่อนข้างจะแข็งตัว และผูกมัดศาลอื่น รวมทั้งศาลหลวงเองให้ต้องดำเนินตามหลักกฎหมายที่ตัดสินไว้แล้ว จึงทำให้คดีหลายประเภทไม่อาจขึ้นสู่ศาลหลวงได้ เพราะจะถูกยกฟ้อง เช่น คดีก่อตั้งทรัสต์ (Trust) ซึ่งเป็นเรื่องที่บุคคลหนึ่งยกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้บุคคลอีกคนหนึ่งที่เรียกว่า ทรัสตี (Trustee) ซึ่งหมายถึงบุคคลที่ได้รับความไว้วางใจ แต่มีข้อแม้ว่าทรัสตีจะจัดการทรัพย์สินเหล่านี้เพื่อประโยชน์ของบุคคลที่สามที่เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ (Beneficiary) ตามระยะเวลาที่กำหนด สภาพการก่อตั้งทรัสต์นี้เกิดขึ้นมากในยุคกลาง เพราะขุนนางเจ้าที่ดินต้องไปราชการสงครามศาสนาครูเสดเป็นเวลานาน ๆ ก็ต้องการให้ผู้ที่ตนไว้วางใจเป็นทรัสตีเพื่อมีกรรมสิทธิ์แทนตัว แต่ต้องจัดการทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของบุตร หรือภริยาตน แต่เมื่อกลับจากราชการสงครามปรากฏว่าทรัสตีกลับนำทรัพย์สินนั้นไปเป็นประโยชน์ของตนเอง ไม่ได้จัดการประโยชน์ให้กับผู้รับประโยชน์ ผู้ก่อตั้งทรัสต์ (Ce Tui Qui Trust) จึงนำคดีมาฟ้องศาลหลวงเรียกให้ทรัสตีรับผิด แต่ศาลหลวงก็ยกฟ้อง เพราะตามหลักคอมมอน ลอว์ ในบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลหลวงนั้นถือว่าใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินใดจะทำการใด ๆ กับทรัพย์สินนั้น ๆ ก็ได้โดยไม่อาจมีข้อจำกัด ดังนั้น ถ้าถือตามหลัก คอมมอน ลอว์ ทรัสตีที่ทำผิดข้อตกลงกับผู้ก่อตั้งทรัสต์กลับไม่ต้องรับผิด เมื่อผู้ก่อตั้ง ทรัสต์รู้สึกว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรมเช่นนี้ ก็นำเรื่องไปร้องเรียนขอความเป็นธรรมจากราชเลขาธิการ (Lord Chancellor) ซึ่งมักจะเป็นพระหรือขุนนางชั้นผู้ใหญ่ที่รับใช้ใกล้ชิดเบื้องยุคลบาทพระมหากษัตริย์ จึงอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์รับคดีที่ศาลหลวงไม่รับ และตัดสินคดีดังกล่าวตามหลักความยุติธรรมที่เรียกว่า เอคควิตี้ (Equity) ดังนั้น จึงเกิดศาลชานเซนรี่ (Chancery Court) ซึ่งตัดสินคดีโดยหลักเอคควิตี้ (Equity) ขึ้น หลักกฎหมายเรื่องทรัสต์ซึ่งถูกปฏิเสธโดยศาลหลวง จึงถูกกำหนดขึ้นเพื่อความเป็นธรรมตามหลักเอคควิตี้

เมื่อตั้งศาลชานเซอรีขึ้น ศาลนี้เป็นศาลพิเศษศาลแรกที่สร้างความไม่พอใจให้กับศาลหลวง แต่เขตอำนาจศาลชานเซอรี่ยังจำกัดและเป็นศาลยกเว้น แต่เมื่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในราชวงศ์ทิวดอร์เพิ่มขึ้น และศาลหลวงเริ่มไม่ฟังนโยบายจากกษัตริย์ เพราะมีอิสระมากขึ้น เป็นเหตุให้กษัตริย์หันมาเพิ่มอำนาจให้กับศาลชานเซอรี่ เพื่อแข่งขันกับศาลคอมมอน ลอว์ หรือศาลหลวงเดิม และตั้งศาลพิเศษขึ้นอีกศาลหนึ่งคือ ศาลดารากร (Star Chamber Court) เพื่อพิจารณาคดีอาญาสำคัญ ซึ่งท้ายที่สุดก็เป็นศาลที่ทำให้พระมหากษัตริย์ทรงกำจัดศัตรูทางการเมืองของพระองค์ได้ ซึ่งการก่อตั้งศาลพิเศษที่ว่านี้ถูกต่อต้านจากผู้พิพากษาศาลหลวงซึ่งเป็นขุนนางในสภาขุนนาง (House of Lord) อยู่ด้วย อย่างไรก็ตาม พระมหากษัตริย์ในราชวงศ์ทิวดอร์ทรง

พระปรีชาที่จะไม่ขัดแย้งโดยตรงกับรัฐสภาและศาลหลวง แต่ทรงดำเนินพระราโชบายขยายอำนาจของกษัตริย์โดยทรงใช้วิธีการที่ทำให้รัฐสภาและศาลหลวงยอมรับได้ ความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์ รัฐสภา และศาลหลวงจึงไม่ค่อยเกิดขึ้นโดยตรง

ในคริสตศวรรษที่ 17 สมัยราชวงศ์สจ๊วต (Stuarts) กษัตริย์อังกฤษในราชวงศ์นี้พยายามขยายอำนาจตามแนวราชวงศ์ทิวดอร์ โดยอ้างลัทธิเทวสิทธิ (Divine Right Theory) เพื่อชิงอำนาจแข่งกับรัฐสภาและศาลคอมมอน ลอว์ ความขัดแย้งของสถาบันทั้งสามนี้เริ่มมีมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะเหตุผลทั้งศาสนา เศรษฐกิจ สังคม และการดำเนินนโยบายต่างประเทศ โดยทรงพยายามใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยไม่ผ่านรัฐสภา แต่ทรงตรากฎหมายที่มีผลเป็นการทั่วไปในสภาองคมนตรี (King in Council) ทรงใช้พระราชอำนาจของพระองค์งดการบังคับใช้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นบางฉบับ ในทางตุลาการทรงพยายามขยายอำนาจของศาลชานเซอรี่ และให้ศาลดารากรตัดสินคดีแข่งกับศาลคอมมอน ลอว์ นอกจากนั้น เมื่อศาลคอมมอน ลอว์ พิพากษาว่าบุคคลกระทำผิดก็ทรงใช้พระราชอำนาจพระราชทานอภัยโทษ ศาลหลวงเองก็เคยพิพากษาในคดีสำคัญที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจของกษัตริย์คือ ประกาศพระบรมราชโองการ (Case of Proclamation (1611) 12 Co. rep.p 74) ซึ่งกษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจออกประกาศพระบรมราชโองการการห้ามก่อสร้างอาคารในและรอบนครลอนดอน และกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน เมื่อคดีมาถึงศาล ผู้พิพากษา Coke วินิจฉัยว่า “. . .กฎหมายอังกฤษแบ่งเป็นสามภาคคือ คอมมอน ลอว์ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (Statute) และจารีตประเพณี (Customs) แต่ประกาศพระบรมราชโองการมิใช่หนึ่งในสามประการนี้ พระมหากษัตริย์หามีพระราชอำนาจเกินไปกว่าที่กฎหมายของแผ่นดินอนุญาตไม่. . .” นอกจากนั้น รัฐสภากับศาลหลวงเองก็ไม่ค่อยลงรอยกันเท่าใดนัก ดังจะเห็นได้จากการที่ศาลหลวงก่อนปี ค.ศ. 1688 เคยพิพากษาว่าพระราชบัญญัติของรัฐสภา (Act of Parliament) เป็นโมฆะ เพราะขัดกับ “ความถูกต้องและเหตุผล” หรือเพราะ “ให้ผู้มีส่วนได้เสียในคดีนั้นเป็นผู้พิพากษาเสียเอง” ซึ่งรัฐสภาเองก็เคยสั่งขังผู้พิพากษา เพราะผู้พิพากษาไปสั่งจับตำรวจรัฐสภา ซึ่งทำตามคำสั่งของสภาสามัญ (House of Commons) โดยอ้างว่าผู้พิพากษาดังกล่าวละเมิดเอกสิทธิ์ของสภา ความขัดแย้งของสามสถาบันนี้ดำเนินมาตลอดคริสต์ศตวรรษที่ 17 แต่ศาลหลวงด้วยความร่วมมือของรัฐสภาในตอนต้นศตวรรษที่ 17 สามารถทำให้ศาลพิเศษบางศาลโดยเฉพาะศาลชานเซอรี่ ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของราชเลขาธิการไม่ยอมรับที่จะพิจารณาคดีใหม่ที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลชานเซอรี่มาแต่เดิม และในปี ค.ศ. 1621 สภาขุนนางซึ่งทำหน้าที่ศาลสูงสุดอังกฤษด้วยนั้น ก็สามารถขยายอำนาจเข้าควบคุมคำพิพากษาของศาลชานเซอรี่ได้

อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งของพระมหากษัตริย์ รัฐสภา และศาลหลวงก็เริ่มตึงเครียดขึ้นเรื่อย ๆ จนเกิดการยึดอำนาจในปี ค.ศ. 1646 และจับพระเจ้าชาร์ลที่ 1 ปลงพระชนม์ และสถาปนา Cromwell ขึ้นเป็น “ท่านผู้พิทักษ์ราชอาณาจักร” (Lord Protector of the Realm) จนกระทั่ง Cromwell สิ้นชีวิต พระมหากษัตริย์ก็ทรงเข้าปกครองตามเดิม และในรัชสมัยของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ความขัดแย้งดังกล่าวก็ถึงจุดแตกหัก เพราะพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ทรงยุบสภาพร้อมทั้งปลดผู้พิพากษาในศาลหลวงที่ไม่ยอมรับพระราชอำนาจ ทำให้ศาลหลวงโดย Coke ซึ่งถูกปลดหันไปร่วมมือกับรัฐสภา ตั้งกองกำลังติดอาวุธขึ้นต่อสู้เป็นเหตุให้พระเจ้าเจมส์เสด็จพระราชดำเนินหนีออกจากอังกฤษในปี ค.ศ. 1688 และรัฐสภาลงมติให้เชิญพระเจ้าวิลเลี่ยมและพระนางแมรี่ขึ้น

สืบราชสมบัติต่อ พร้อมทั้งออกกฎหมายจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ Bill of Rights 1689 และ Act of Settlement ตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ทรงถูกจำกัดโดยทั้งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา และคอมมอน ลอว์ ศาลหลวงเองก็ไม่เคยพิพากษาว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นโมฆะอีกเลย ตรงกันข้าม กลับพิพากษาว่ารัฐสภามีอำนาจที่จะออกกฎหมายใดหรือไม่ก็ได้ เมื่อออกกฎหมายแล้วศาลไม่มีอำนาจตัดสินว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นโมฆะอีกต่อไป ด้วยเหตุนี้ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) จึงเกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1688 เรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

ภายหลังสงครามนโปเลียน ในปี ค.ศ. 1815 ประเทศอังกฤษได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดรูปแบบทางสังคมใหม่ในทุก ๆ ด้าน ทำให้ด้านของศาลต้องมีการจัดระบบใหม่ด้วย โดยได้รวมศาลคอมมอน ลอว์ กับศาลชานเซอรี่ เข้าด้วยกัน ส่วนทางรัฐสภาก็ได้นิยมออกกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เป็นกฎหมายสารบัญญัติอย่างมากมาย จนทำให้รัฐสภากลายเป็นผู้นำในการสร้างกฎหมายแทนศาล และทำให้เกิดความหมายของคอมมอน ลอว์ ที่ว่าเป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลขึ้น คือ รวมกฎหมายคอมมอน ลอว์ ของศาลคอมมอน ลอว์ และกฎหมายเอคควิตี้ของศาลชานเซอรี่ เข้าด้วยกัน[116]

จากวิวัฒนาการของกฎหมายปกครองอังกฤษดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า วิวัฒนาการของกฎหมายปกครองอังกฤษแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทั้งนี้ เนื่องจากเอกลักษณ์เฉพาะ 3 ประการ[117] คือ

ประการแรก อังกฤษใช้กฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นหลัก กฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษรเหล่านี้ปรากฏตัวในรูปของคอมมอน ลอว์ และ เอคควิตี้ เป็นหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้สกัดและนำมาใช้ในแต่ละคดี ตั้งแต่สิ้นสุดยุคกลาง บรรดา ผู้พิพากษาได้สกัดหลักกฎหมายคอมมอน ลอว์ ในขณะที่ เอคควิตี้ เป็นหลักกฎหมายที่ศาลชานเซอรี่สร้างขึ้นตั้งแต่ศตวรรษที่ 15 และ16 ซึ่งผู้พิพากษาได้พัฒนาเนื้อหาของคอมมอน ลอว์ และเอคควิตี้แตกต่างกัน โดยคอมมอน ลอว์ เน้นหนักไปที่การเคารพปัจเจกชน และให้ผู้พิพากษามีอำนาจจำกัด ในขณะที่ เอคควิตี้เน้นไปที่ดุลยภาพและประสิทธิภาพ โดยให้ผู้พิพากษามีอำนาจค่อนข้างมาก ในปัจจุบัน ทั้งคอมมอน ลอว์ และเอคควิตี้ ต่างก็ถูกศาลต่าง ๆ นำมาใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม รัฐสภาก็มีอำนาจตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อยกเว้นหลักการตามคอมมอน ลอว์ และเอคควิตี้ได้ ซึ่งผู้พิพากษาต้องตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเคร่งครัด

ประการที่สอง ความพ่ายแพ้ของกษัตริย์และการเถลิงสู่อำนาจรัฐสภา โดยกษัตริย์ไม่ได้เป็นบ่อเกิดแห่งอำนาจทั้งหลายอีกแล้ว โดยรัฐสภาถือเป็นตัวแทนของสามัญชนมีอำนาจแทนในฐานะเป็นองค์อธิปัตย์โดยแสดงออกผ่านการตรากฎหมาย

---

[116] ภชฤทธิ์ นิลสนิท, *เรื่องเดิม*, หน้า 18.

[117] ปิยะบุตร แสงกนกกุล, **กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 91.

ประการที่สาม การเถลิงขึ้นสู่อำนาจของศาล แม้รัฐสภาจะกลายเป็นองค์อธิปัตย์ตามหลัก “ความสูงสุดของรัฐสภา” (Supremacy of Parliament) แต่รัฐสภาก็เป็นพันธมิตรกับศาลทั้งสององค์กรต่างมีบทบาทเกื้อหนุนกัน ศาลยังคงพัฒนาหลักกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อไป ในขณะที่รัฐสภาก็ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรขึ้น โดยศาลจะใช้และตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัดในฐานะเป็นกฎหมายที่ยกเว้นหลักของคอมมอน ลอว์ และ เอคควิตี้ นอกจากนี้ศาลยังทำหน้าที่ในการควบคุมให้ฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น

จากเอกลักษณ์ 3 ประการดังกล่าว อังกฤษได้สร้างหลัก Rule of Law ในแบบฉบับของตนเองขึ้นมา โดย Albert Venn Dicey ได้เขียนหนังสือ Introduction to the Study of the Law of the Constitution และเผยแพร่ในปี ค.ศ. 1885 ซึ่งได้จัดระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษไว้กล่าวคือ รัฐสภามีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดด้านหนึ่ง รัฐสภามีอำนาจตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมคอมมอน ลอว์ ได้ สามารถจำกัดอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งปวงได้ อีกด้านหนึ่งรัฐสภามีอำนาจในการควบคุมการบริหารแผ่นดินของรัฐมนตรี ดังนั้น บรรดาฝ่ายปกครองจึงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภาตามไปด้วย และศาลมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบให้การกระทำทั้งหลายของฝ่ายปกครองเป็นไปตามและสอดคล้องกับกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น บทบาทของศาลดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการ Ultra Vires นั้นเอง ซึ่งหมายความว่า บรรดาองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีและใช้อำนาจได้ตามขอบเขตของกฎหมาย

ปัจจุบัน อังกฤษก็ยังคงไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มีเพียงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รัฐสภาตราขึ้นเกี่ยวกับสถาบันการเมือง องค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชน และสิทธิและเสรีภาพ ประกอบกับคอมมอน ลอว์ เท่านั้น รัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะเมื่ออังกฤษต้องการปฏิรูปกฎหมายปกครอง และระบบการควบคุมฝ่ายปกครองอย่างเร่งด่วนก็จำเป็นที่รัฐสภาต้องแทรกแซงด้วยการตราพระราชบัญญัติเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องเหล่านั้น ซึ่งระบบศาลเดี่ยวของอังกฤษยอมรับให้ศาลมีอำนาจทั่วไปในคดีปกครองด้วย โดยให้ใช้กฎเกณฑ์ทั่วไปตามปกติดังที่ใช้กันในทุกศาล อย่างไรก็ตาม เพื่อให้เกิดความเชี่ยวชาญในการพิจารณาคดีปกครอง จึงมีการตั้งกลุ่มผู้พิพากษาที่ชำนาญคดีปกครองไว้เรียกว่า Administrative Court ภายในศาล High Court มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเป็นการทั่วไป โดยได้รับอำนาจมาจากแหล่งที่มาสองประการคือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา และกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่สร้างขึ้นโดยศาลยุติธรรม[118] นอกจากนั้น ยังได้สร้างคำฟ้องเฉพาะสำหรับการโต้แย้งฝ่ายปกครองในทางกฎหมายมหาชน เรียกคำฟ้องนี้ว่า Application for judicial review นอกจาก กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอน หรือวิธีพิจารณาคดีแล้ว รัฐสภายังได้ตรากฎหมายจำนวนมากที่เกี่ยวกับสารบัญญัติหลายเรื่องเป็นการสกัดมาจากคำพิพากษาบรรทัดฐานแล้วมาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรหลายเรื่องเป็นการรับเอากฎหมายสหภาพยุโรป และอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนตราไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร

---

[118] Alex Carroll, **Constitutional and Administrative Law**, 4th ed. (Harlow: Longman, 2007), p. 312.

3.1.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ

การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองอังกฤษ ซึ่งศาลยุติธรรมของอังกฤษได้ค้นหาจากแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1.3.1 แนวบรรทัดฐานของคำพิพากษา

เนื่องจากพื้นฐานของกฎหมายอังกฤษอยู่ในระบบคอมมอน ลอว์ ที่ถือคำพิพากษาของศาลเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (Judge Made Law) ศาลยุติธรรมยึดถือหลักการที่ว่า คำพิพากษาของศาลในคดีก่อนผูกพันศาล เพราะเหตุผลที่ได้จากการพิเคราะห์ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่ดีที่สุดสำหรับการตัดสินข้อพิพาท นอกจากนี้ การที่ระบบคอมมอน ลอว์ ถูกใช้อยู่อย่างต่อเนื่อง และสม่ำเสมอก็เพราะถือหลัก “Doctrine of Precedent” กล่าวคือ ถ้าศาลใดได้วินิจฉัยคดีใดคำพิพากษานั้นจะมีผลผูกพันศาลต่อ ๆ มา ซึ่งจะต้องวินิจฉัยอย่างเดียวกันกับคำพิพากษาในคดีแรก โดยยึดถือคำพิพากษาในคดีก่อนเป็นแนวบรรทัดฐานโดยให้ใช้กับกรณีที่เป็นประเด็นในการวินิจฉัยคดีตามเหตุผลที่สำคัญเท่านั้น หรือเรียกว่า Ratio Descidendi ดังนั้น ในคำวินิจฉัยถ้าเป็นเพียงคำที่กล่าวอ้างประกอบในคำพิพากษาที่เรียกว่า Obiter Dicta ถ้อยคำดังกล่าวก็หาผูกมัดคำพิพากษาในคดีนั้นไม่[119] และแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาจะกลายมาเป็นกฎหมาย ที่เรียกว่า “Case Law” ซึ่งจะถูกพัฒนาเป็นกฎหมายในระบบคอมมอน ลอว์ ต่อไป ส่วนกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือพระราชบัญญัติของรัฐสภานั้น ผู้พิพากษาจะปรับใช้ตามตัวอักษรโดยจะตีความอย่างจำกัด เพราะว่าบทบัญญัติหรือพระราชบัญญัติเหล่านั้นเป็นการสร้างข้อยกเว้นต่อคอมมอน ลอว์ และมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับรอง ซึ่งมีผลทำให้บทบัญญัติลายลักษณ์อักษรหรือพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภามีการนำมาปรับใช้แก่คดีก่อนกฎหมายที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล หรือคอมมอน ลอว์ ในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บทยกเว้น[120] และเมื่อมิอาจปรับได้แล้วจึงหันมาใช้คอมมอน ลอว์ ในฐานะที่เป็นกฎหมายบททั่วไป และด้วยเทคนิคในระบบคอมมอน ลอว์ ดังที่ Lord Mansfield[121] ผู้พิพากษาผู้ยิ่งใหญ่ในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ได้เคยกล่าวไว้ว่า คอมมอน ลอว์ เป็นหลักการทั่วไปซึ่งถูกทำให้เป็นตัวอย่างและถูกอธิบายโดยคดีเหล่านั้น ซึ่งความคิดดังกล่าวนี้เป็นส่วนหนึ่งของเทคนิคที่ผู้พิพากษาคอมมอน ลอว์ ได้จากแนวคำพิพากษา และต้องสามารถนำเอากฎเกณฑ์อันเป็นสากลที่สำคัญซึ่งจะสามารถถูกนำมาใช้กับคดีที่เกิดขึ้นใหม่ได้ จึงทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีหลักกฎหมายทั่วไปอย่างในระบบซิวิล ลอว์ และทำให้คำว่าหลักกฎหมายทั่วไปตามความหมายในระบบซิวิล ลอว์ ไม่จำเป็นต้องมีในระบบคอมมอน ลอว์ เนื่องจากนิติวิธีในระบบคอมมอน ลอว์ เรื่องบ่อเกิดของกฎหมายสามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้อยู่ในตัวเองแล้ว โดยการกลับไปใช้หลักคอมมอน ลอว์ ในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายในลำดับแรก และเป็น

---

[119] หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 41.

[120] Rene David and John E. C. Brierly, **Major Legal System in the World Today**, 3rd ed. (London: Stevens & Sons, 1985), p. 120.

[121] F. A. Hayek, **Legislation and Liberty** (London: Routledge & Kegan Paul, 1982), p. 86.

กฎหมายบททั่วไป ซึ่งเป็นการพิจารณาพิพากษาโดยอาศัยหลักความเป็นธรรม และศีลธรรมเป็นเกณฑ์ในการตัดสินคดี ในเวลาต่อมาเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีบทบาทในการบัญญัติกฎหมายทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีจำนวนเพิ่มขึ้นก่อให้เกิดปัญหาช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในระบบคอมมอน ลอว์ สามารถดำเนินการโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปและสามัญสำนึก กล่าวคือ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายโดยตรง ทั้งไม่ปรากฏคำพิพากษาหรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ตลอดจนความเห็นของนักกฎหมายและคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในประเด็นเดียวกัน ศาลต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปหรือหลักสามัญสำนึกมาวินิจฉัยแทน

3.1.3.2 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองอังกฤษ หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักเป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มีผลมาจากอิทธิพลของกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice) ซึ่งเป็นผลให้มีการนำหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมายอังกฤษ ดังนั้น ระบบกฎหมายอังกฤษจึงรับเอาหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองของภาคพื้นยุโรป โดยผ่านทางคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป และศาลยุติธรรมของอังกฤษได้นำหลัก ความได้สัดส่วนมาใช้เพิ่มขึ้น โดยปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยแห่งคดี (Ratio Descidendi) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายประชาคม (Community Law)[122] หลักความเป็นกลาง (Principle of Impartiality) อันมีผลมาจากการที่ประเทศอังกฤษได้ยอมรับหลักความเป็นกลางในอนุสัญญายุโรป มาตรา 6 (1) โดยได้บัญญัติรับรองไว้ใน Human Rights Act 1998 และมีผลใช้บังคับตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ[123] และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) ซึ่งปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อพัฒนาการของหลักความเสมอภาค[124] คือ การที่ประเทศอังกฤษได้อนุวัตรให้หลักเกณฑ์ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป (The European Convention on Human Rights) มีผลเป็นกฎหมายของประเทศในปี ค.ศ. 2000 เป็นต้น

---

[122] Jürgen Schwarze, **European Administrative Law** (London: Sweet and Maxwell, 1992), p. 695 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, **หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 43.

[123] Neil Andrews, **English Civil Procedure: Fundamental of the New Civil Justice System** (New York: Oxford University Press, 2003), p. 69.

[124] ภาคภูมิ โกกะอินทร์, **หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 74-75.

3.1.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ

หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากประวัติความเป็นมาอันยาวนานของอังกฤษนั่นเอง ซึ่งหมายถึง รัฐสภาที่ประกอบด้วยสมเด็จพระบรมราชินีนาถ สภาขุนนาง และสภาสามัญ เป็นองค์กรนิติบัญญัติที่สูงสุด องค์กรใดไม่สามารถที่จะออกกฎเกณฑ์ได้โดยไม่อิงอำนาจของรัฐสภา รัฐสภาสามารถที่จะแก้ไขกฎหมายใด ๆ ก็ได้ สามารถที่จะขยายอายุของตนออกไป อย่างไรก็ตาม มีเพียงกรณีของการตีความกฎหมายเท่านั้นที่ศาลตั้งข้อสงสัยได้ ดังนั้น โดยหลักแล้วถือว่ารัฐสภาของอังกฤษมีอำนาจสูงสุด[125] ดังนั้น กฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติ สถาบันอื่นใดไม่ว่าจะเป็นศาล พระมหากษัตริย์ หรือคณะรัฐมนตรีที่จะเลิกล้มได้

อันเนื่องมาจาก ในกฎหมายปกครองอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกที่มาของกฎหมาย[126] การจัดกลุ่มที่มาของกฎหมายในอังกฤษ จึงจัดกลุ่มได้เป็นดังนี้

1. กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา ซึ่งถือว่าสำคัญที่สุด
2. Common Law แนวบรรทัดฐานของศาล
3. แหล่งอื่น ๆ เช่น กฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community Law) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Practices) เป็นต้น
4. Authoritative Works เช่น งานเขียนของนักวิชาการที่ได้รับการยอมรับและอ้างอิง รายงานการศึกษาของ Committee เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปมิใช่หนึ่งในที่มาของกฎหมายปกครองอังกฤษ ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประเทศอังกฤษไม่ได้มีการจัดกลุ่มที่มาของกฎหมายแบบประเทศฝรั่งเศส ทำให้หากหลักกฎหมายทั่วไปขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาแล้ว จึงต้องถือตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเป็นหลัก

3.1.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยศาลอังกฤษ

การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองอังกฤษโดยศาลยุติธรรมนั้น โดยในวิทยานิพนธ์นี้ได้จะนำเสนอตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3.1.5.1 หลักความเสมอภาค 3.1.5.2 หลักความสมเหตุสมผล 3.1.5.3 หลักความได้สัดส่วน และ 3.1.5.4 หลักความเป็นกลาง ดังนี้

---

[125]จรูญ สุภาพ และคณะ, **การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบเนลักซ์** (กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2523), หน้า 28-29.

[126]ณรงค์เดช สรุโฆษิต, รองศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 11 กุมภาพันธ์ 2558, การสัมภาษณ์.

3.1.5.1 หลักความเสมอภาค (Principle of Equality)

แนวคิดเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคของประเทศอังกฤษมีความสัมพันธ์กับพัฒนาการของสภาพการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมของประเทศอังกฤษ ตลอดจนในภาคพื้นยุโรปในช่วงเวลายุคสมัยใหม่ (Modern) เป็นอย่างมาก[127] ซึ่งพัฒนาการหลักความเสมอภาคของประเทศอังกฤษนับตั้งแต่มีการพัฒนาเข้าสู่ระบบกฎหมายสมัยใหม่เป็นต้นมานั้น อาจจำแนกออกได้เป็น 3 ช่วง[128] ดังนี้

1) ช่วงแรก ได้แก่ การพยายามปลดเปลื้องพันธนาการจากข้อจำกัดต่าง ๆ ของกฎหมาย เช่น ยกเลิกการมีทาส การกีดกันมิให้สตรีที่แต่งงานแล้วมีสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการปกครองบุตร สิทธิในการเลือกตั้ง โดยสตรีในประเทศอังกฤษนั้นเพิ่งจะสามารถใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งได้เมื่อปี ค.ศ. 1928 เป็นต้นมา อย่างไรก็ดี แม้จะมีการพยายามแก้ไขยกเลิกกฎหมายหรือพัฒนาแนวการใช้กฎหมายของศาลเพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติบุคคลบางกลุ่มก็ยังมิได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันอยู่ ดังจะเห็นได้จากการที่สตรีได้รับเงินเดือนจากงานประจำต่ำกว่าผู้ชายซึ่งทำงานอย่างเดียวกัน จนกระทั่งมีแรงกระตุ้นให้เกิดการเปลี่ยนแปลงให้มีการร่างกฎหมายเพื่อบังคับมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมทั้งจากหน่วยงานภาครัฐหรือภาคเอกชน

2) ช่วงที่สอง เป็นช่วงเวลาของการออกกฎหมายเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) ซึ่งเป็นการตราบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อห้ามการเลือกปฏิบัติเป็นการเฉพาะด้าน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการจ้างงาน การศึกษา และการบริการ เป็นต้น แม้ว่าในช่วงก่อนหน้าปี ค.ศ. 1975 ในประเทศอังกฤษเองก็ปรากฏว่ามีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่มีผลเป็นการคุ้มครองหลักความเสมอภาค หรือที่มีผลเป็นการห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเชื้อชาติ ค.ศ. 1968 (The Race Relation Act 1968) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1970 (The Equal Pay Act 1970) แต่ในทางปฏิบัติแล้วกฎหมายเหล่านี้แทบมิได้ถูกนำมาใช้อย่างจริงจัง จนกระทั่ง ค.ศ. 1975 เป็นต้นมา ได้มีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติโดยพัฒนาให้มีการออกกฎหมายซึ่งมีผลเป็นการห้ามการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมออกมาหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างระหว่างเพศ ค.ศ. 1975 (The Sex Discrimination Act 1975) พระราชบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเชื้อชาติ ค.ศ. 1976 (The Race Relation Act 1976) พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ ค.ศ. 1995 (The Disabled Discrimination Act 1995) เป็นต้น

3) ช่วงที่สาม คือช่วงเวลาปัจจุบันที่มีการยอมรับกันว่าจะต้องมีการห้ามการเลือกปฏิบัติ และต้องมีการสนับสนุนปัจจัยที่ส่งผลทำให้ไม่มีการเลือกปฏิบัติอีกด้วย ซึ่งปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อการพัฒนาการของหลักความเสมอภาคของประเทศอังกฤษในช่วงนี้ คือ การที่ประเทศอังกฤษได้อนุวัตรให้หลักเกณฑ์ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปมีผลเป็นกฎหมายของ

---

[127] ภาคภูมิ โกกะอินทร์, *เรื่องเดิม*, หน้า 73.

[128] Sandra Fredman, **Discrimination Law** (New York: Oxford University Press, 2002), pp. 4-7.

ประเทศในปี ค.ศ. 2000 ทำให้ประเทศอังกฤษต้องปรับปรุงให้มีกฎหมายที่ห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และต้องมีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อจะส่งเสริมให้มีการปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคด้วย

การนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในประเทศอังกฤษนั้น มักอยู่ในรูปของการที่รัฐสภาออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีผลเป็นการห้ามการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเอาไว้เป็นกรณีเฉพาะเป็นเรื่อง ๆ ไป อาจแยกพิจารณาได้เป็นกรณีต่าง ๆ ได้แก่ การแบ่งแยกทางเพศ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ การจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ[129] ดังนี้

(1) การแบ่งแยกทางเพศ

ได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อจัดการกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ และเชื้อชาติ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1970 (The Equal Pay Act 1970) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างระหว่างเพศ ค.ศ. 1975 (The Sex Discrimination Act 1975)[130] กฎหมายเหล่านี้ได้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อสตรี แต่ก็นำมาประยุกต์ใช้หากเป็นกรณีที่บุรุษต้องตกอยู่ภายใต้การเลือกปฏิบัติด้วย โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างระหว่างเพศ ค.ศ. 1975 ได้ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีพื้นฐานมาจากเรื่องเพศ ในการจ้างงาน การศึกษา ในครอบครัว และในการจัดหาสินค้าและบริการของภาครัฐหรือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากสถานะการสมรส ความรับผิดในรับผิดในเรื่องนี้อาจสืบเนื่องจากการกระทำของตัวแทนหรือลูกจ้างด้วย หลักความเสมอภาคนี้มักจะได้รับการรับรองและยืนยันในกรณีที่เป็นสัญญาการจ้างงานที่เกี่ยวกับสตรี โดยหากจะจ้างงานสตรีเข้าทำงานแล้วจะต้องอยู่บนพื้นฐานเท่าเทียมกับบุรุษ และอัตราค่าจ้างโดยถัวเฉลี่ยต้องเท่าเทียมกับบุรุษ รวมถึงต้องเสมอภาคกันในสภาพของการทำงานในด้านอื่น ๆ ด้วย

(2) การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ

พระราชบัญญัติว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเชื้อชาติ ค.ศ. 1976 (The Race Relation Act 1976) ให้การรับรองไว้ทั้งการเลือกปฏิบัติทางตรง (Direct Sexual Discrimination) และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect Sexual Discrimination) กล่าวคือ กรณีการเลือกปฏิบัติทางตรง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ที่มีข้อห้ามเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากสีผิว เชื้อชาติ สัญชาติหรือชาติอันเป็นแหล่งกำเนิด ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับการจ้างงาน การศึกษา ที่อยู่อาศัย ในการจัดการทรัพยากรในภาครัฐหรือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐ ส่วนกรณีการเลือกปฏิบัติทางอ้อม ได้แก่ ข้อเรียกร้องของกฎเกณฑ์ที่มีต่อบุคคล สำหรับกรณีที่จะทำให้เกิดผลกระทบอย่างไม่สมควรต่อกลุ่มเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใด หรือเป็นกรณีที่ปราศจากข้อแก้ตัวได้ว่ามีการเอาใจใส่ต่อกรณีเรื่องเชื้อชาติแล้วและย่อมนำไปสู่ความเสียหายกับบุคคลเหล่านั้นโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

---

[129] ภาคภูมิ โกกะอินทร์, *เรื่องเดิม*, หน้า 76-79.

[130] Raymond Young, **English, French and German Comparative Law** (London: Cavendis, 1998), pp. 145-146.

(3) การจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค

หลักการจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค ได้รับการรับรองไว้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค ค.ศ. 1970 (The Equal Pay Act 1970) กำหนดให้ในสัญญาที่มีการจ้างสตรีเข้าทำงานจะต้องมีข้อความยืนยันว่าสตรีผู้นั้นจะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเสมอภาคกับบุรุษในงานอย่างเดียวกัน หรืองานที่มีคุณภาพอย่างเดียวกัน

(4) การเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ

ได้มีการคุ้มครองมิให้มีการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการในกรณีของการจ้างงานและกระบวนการทั้งหลายที่เกี่ยวกับการจ้างงาน การจัดหาสินค้าและบริการ การซื้อขาย การเช่าที่ดินหรือทรัพย์สินทั้งหลาย โดยได้รับรองไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ ค.ศ. 1995 (The Disabled Discrimination Act 1995)

3.1.5.2 หลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness)

หลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness) หรือบางตำราใช้คำว่า “หลักความปราศจากเหตุผล” (Unreasonableness) ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น เป็นหลักที่มีข้อความคิดที่อาจเทียบเคียงกับหลักความได้สัดส่วนที่เกิดขึ้นก่อนที่ระบบกฎหมายอังกฤษจะรับเอาหลักความได้สัดส่วนจากระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมาใช้ อันเป็นรากฐานสำคัญในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์[131] ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง การนำหลักความสมเหตุสมผลมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลปรากฏในคดี Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation (1948)[132] โดยมีข้อเท็จจริงว่า ผู้ฟ้องคดี (Associated Provincial Picture Houses Ltd.) ได้ยื่นคำร้องเพื่อขออนุญาตฉายภาพยนตร์ในวันอาทิตย์ โดยภายใต้มาตรา 2 แห่งกฎหมาย Sunday Entertainment Act 1932 หน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่น (Local Authority) มีอำนาจในการพิจารณาคำขออนุญาตโดยอาจกำหนดเงื่อนไขว่า ห้ามเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าโรงภาพยนตร์ในวันอาทิตย์ ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาล เนื่องจากเห็นว่าการกระทำของหน่วยงานเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Ultra Vires) โดย Lord Greene (Master of the Roll) ได้วินิจฉัยคดีนี้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องร้องว่า Wednesbury Corporation ซึ่งเป็นหน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่นนั้นไม่มีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าว และถึงแม้จะมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขก็ควรที่จะกำหนดห้ามเฉพาะเด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าโรงภาพยนตร์ในกรณีที่เด็กไม่ได้มากับพ่อแม่ หรือผู้ปกครองเท่านั้น การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สมเหตุสมผล (Unreasonableness) ซึ่งถือเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (Ultra Vires) ศาลเห็นว่า ความเห็นดังกล่าวนั้นอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับผลของการที่กฎหมายกำหนดอำนาจในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่น การเข้าไปควบคุมการกระทำหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น สิ่งที่ศาลจะต้องคำนึงถึงคือ ประการแรก คำสั่งนั้น

---

[131]Mahendra P. Singh, **German Administrative Law in Common Law Perspective**, 2nd ed. (New York: Springer, 2001), p. 160.

[132]Associated Provincial Picture Houses Limited v. Wednesbury Corporation (Court of Appeal, 1948)

เป็นคำสั่งของฝ่ายปกครองมิใช่คำสั่งศาล ประการต่อมา เงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองกำหนดนั้นอาจอยู่ภายใต้อำนาจในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่มีข้อจำกัด และประการสุดท้าย กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statute) กำหนดห้ามอุทธรณ์คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้น ดังนั้น ศาลจะสามารถเข้าไปแทรกแซงได้ในกรณีที่คำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย และผู้ที่อ้างว่าหน่วยงานกระทำการขัดต่อกฎหมายก็จะต้องรับภาระในการพิสูจน์ข้ออ้างดังกล่าว ซึ่งศาลเห็นว่า ในคดีนี้ เงื่อนไขที่หน่วยงานได้กำหนดขึ้นนั้นชอบด้วยกฎหมาย และไม่อาจสันนิษฐานได้ว่าหน่วยงานได้กระทำเกินขอบอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย การฟ้องร้องเพื่อให้ศาลพิจารณาอำนาจในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่รัฐสภาได้มอบให้แก่ฝ่ายปกครองดังกรณีของหน่วยงานบริหารส่วนท้องถิ่นในคดีนี้นั้นจะสามารถกระทำได้ภายในขอบเขตที่จำกัด ดังนั้น การใช้ดุลพินิจจะต้องใช้อย่างสมเหตุสมผลเป็นสิ่งที่ถูกต้องและที่เรียกว่า “สมเหตุสมผล”[133] กล่าวคือ ผู้ที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจจะต้องปฏิบัติการใด ๆ ให้ถูกต้องตามกฎหมายและจะต้องพิจารณาเฉพาะเรื่อง หรือประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณาโดยต้องไม่นำประเด็นหรือตัวแปรอื่น “ที่ไม่เกี่ยวข้อง” (Irrelevancy) มาพิจารณา ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหลักดังกล่าวย่อมถือว่า “ไม่สมเหตุสมผล”

จากกรณีของ Wednesbury Unreasonableness จะเห็นได้ว่า Lord Greene ได้ใช้คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” ในสองนัยที่แตกต่างกันคือ นัยแรก เพื่ออธิบายถึงหลักการพื้นฐานของการโต้แย้งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรของรัฐ สำหรับนัยนี้ “ความปราศจากเหตุผล” ได้นำมาใช้อธิบายการกระทำที่อยู่บนพื้นฐานความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegality) ความไม่สัมพันธ์กันของเรื่อง (Irrelevancy) และการกระทำอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกัน สำหรับนัยที่สอง ได้ใช้คำว่า “ความปราศจากเหตุผล” เพื่อกำหนดให้องค์กรตุลาการแทรกแซงการใช้ดุลพินิจตัดสินใจ (Discretionary Decisions) ได้โดยชอบด้วยกฎหมายและสร้างข้อจำกัดในการใช้อำนาจแทรกแซงดังกล่าว ความหมายในนัยแรกได้ยอมรับให้ศาลเข้าไปแทรกแซงการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ศาลจะต้องไม่เข้าไปทำหน้าที่แสดงความคิดเห็นแทนองค์กรของรัฐ อีกทั้งศาลต้องไม่ทำลายการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐเพียงเพราะศาลรู้สึกว่าการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวมีวิธีการอื่น ๆ ที่มีเหตุผลยิ่งกว่า หากศาลได้วินิจฉัยว่าการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐเป็นการกระทำที่ปราศจากเหตุผลแล้ว ศาลจะเพิกถอนการกระทำนั้น ซึ่งจากการตีความดังกล่าว ศาลได้พัฒนาหลักการนี้ไปใช้ในการวินิจฉัยคดีประเภทต่าง ๆ[134] ดังนี้

1) คดีที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิ

ศาลได้ขยายการใช้หลักความปราศจากเหตุผลให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ไม่เกี่ยวเนื่องกับสิทธิ โดยใช้หลักนี้ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจตัดสินใจว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวถูกหรือผิด

---

[133]สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ, **หลักกฎหมายจากคำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ เล่ม 1** (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, 2551), หน้า 84-85.

[134]Paul Crag, “Grounds for Judicial Review: Substantive Control Over Discretion,” In **English Public Law**, David Feldman, ed. (New York: Oxford University Press, 2004), pp. 832-835 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *เรื่องเดิม*, หน้า 45-47.

การตรวจสอบโดยหลักความปราศจากเหตุผลดังกล่าวได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขประกอบการขออนุญาตก่อตั้งโครงการพัฒนาพื้นที่ ปรากฏว่าได้มีการยกเลิกเงื่อนไขที่กำหนดให้เจ้าของโครงการจะต้องก่อสร้างถนนขนาดเล็กผ่านบริเวณหน้าโครงการ และจะต้องให้บุคคลอื่น ๆ มีสิทธิผ่านถนนดังกล่าวด้วย จึงมีประเด็นปัญหาว่าการยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวมีเหตุผลหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจยกเลิกเงื่อนไขดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีเหตุผล

2) คดีที่เกี่ยวกับสิทธิ

ศาลได้ใช้หลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (Principle of Judicial Review) ซึ่งรวมถึงหลักความปราศจากเหตุผลในการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิตามระดับความเคร่งครัด (Degrees of Intensity) ที่แตกต่างกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับลักษณะของเรื่อง ดังเช่นที่ Lord Bridge และ Sir Thomas Bingham ที่ได้กล่าวว่า ในคดีที่เกี่ยวเนื่องกับสิทธิ ศาลต้องสอบถามว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ใช้ดุลพินิจในเบื้องต้นโดยมีเหตุผลหรือไม่ โดยศาลควรเริ่มต้นด้วยการตั้งสมมติฐานว่า ประโยชน์สาธารณะในเรื่องนี้มีเหตุผลอันสมควรต่อการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลหรือไม่ โดยศาลต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจได้ก้าวพ้นขอบเขตของผู้ใช้ดุลพินิจที่มีเหตุผลหรือไม่ และยิ่งเป็นกรณีที่มีการแทรกแซงสิทธิมนุษยชนมากขึ้นเท่าใด ศาลยิ่งจำเป็นต้องได้รับการพิสูจน์ว่าการแทรกแซงนั้นมีเหตุผล

3) คดีที่เกี่ยวกับความมีเหตุผลและการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Rationality and Abuse of Power) ของหลักความคาดหวังโดยสุจริต (Legitimate Expectation)

ในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ หลักความคาดหวังโดยสุจริต (Legitimate Expectation) นั้น เป็นหลักที่ใช้ในกระบวนการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (Judicial Review) โดยนำหลักความเป็นธรรมและหลักความมีเหตุผล (Principle of Fairness and Reasonableness) ในสถานการณ์ที่บุคคลมีความคาดหวัง (Expectation) หรือมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับแนวทางปฏิบัติขององค์กรของรัฐที่มีมานานแล้ว หรือการดำเนินการตามสัญญาขององค์กรของรัฐ หรือความคาดหวังว่าตนจะได้รับความยุติธรรมจากรัฐ เช่น ความคาดหวังว่าบุคคลผู้วินิจฉัยถึงสิทธิของตนจะวินิจฉัยโดยปราศจากอคติ ความคาดหวังที่จะได้มีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผลตลอดจนความคาดหวังว่าทำไมตนจึงถูกปฏิเสธสิทธิ ศาลได้วินิจฉัยว่า ในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ ศาลสามารถตั้งสมมติฐานได้ว่า การแทรกแซงดังกล่าวได้ใช้เหตุผลน้อยมาก อันเป็นผลมาจากการตรวจสอบโดยใช้หลักความปราศจากเหตุผล และศาลสามารถตัดสินได้ว่าการแทรกแซงดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย (Abuse of Power) ภาระหน้าที่ของศาลในคดีลักษณะนี้เป็นการรับประกันว่าอำนาจที่ใช้เปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐไม่ได้ถูกใช้ไปในทางที่ผิดหรือใช้ไปในทางไม่ชอบ และไม่ทำให้ความคาดหวังโดยสุจริตของปัจเจกบุคคลไร้ผลอย่างไม่เป็นธรรม การตรวจสอบตามหลักความคาดหวังโดยสุจริตจึงเป็นการตรวจสอบสำหรับกรณีที่องค์กรของรัฐจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลงนโยบาย ซึ่งการคาดหวังโดยสุจริตของผู้ร้องไม่อาจถูกลบล้างได้ จนกว่าจะปรากฏว่าประโยชน์สาธารณะจะมีความสำคัญเหนือกว่าการคาดหวังโดยสุจริตของบุคคล

หลังจากปี ค.ศ. 2000 เป็นต้นมา หลักความสมเหตุสมผลเริ่มลดความสำคัญลงตามลำดับ อันเป็นผลมาจากการที่ศาลอังกฤษได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ควบคู่กับหลักความสมเหตุสมผล ซึ่งต่อมาหลักความได้สัดส่วนได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในระบบกฎหมายอังกฤษ และมีบทบาทสำคัญในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแทนที่หลักความสมเหตุสมผล

3.1.5.3 หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality)

ข้อความคิดว่าด้วยหลักความได้สัดส่วนยังไม่เป็นที่รับรู้ในระบบกฎหมายอังกฤษ และยังปรากฏว่าการที่ระบบกฎหมายอังกฤษขาดการควบคุมการกระทำของรัฐซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนได้เริ่มปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษอันเป็นผลมาจากอิทธิพลของกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community Law) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอิทธิพลจากกฎหมายอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งยุโรป (European Court of Justice)[135] มีผลให้มีการนำหลักความได้สัดส่วนเข้าสู่ระบบกฎหมายภายในของระบบกฎหมายอังกฤษ โดยในปีค.ศ. 1998 รัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (The Human Rights Act 1998) ซึ่งมีผลบังคับใช้วันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000

หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายอังกฤษ[136] หมายถึง ความได้สัดส่วนของการที่องค์กรของรัฐตั้งข้อสันนิษฐาน หรืออนุมานเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการ ซึ่งการตั้งข้อสันนิษฐาน หรือการอนุมานดังกล่าวต้องอยู่บนพื้นฐานที่ว่าวัตถุประสงค์ทั่วไปต้องเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และองค์กรของรัฐจะไม่ดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสม (Improper Purpose) ถ้าวัตถุประสงค์มีความไม่เหมาะสมแล้วการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับวัตถุประสงค์ที่ไม่เหมาะสมจะต้องถูกยกเลิกเพิกถอน โดยไม่จำต้องพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นเรื่องที่ไม่ได้สัดส่วนหรือไม่ โดยหลักความได้สัดส่วนมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1) หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยใช้มาตรการที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการบรรลุผล หากเห็นได้อย่างชัดเจนว่ามาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ ย่อมถือว่ามาตรการนั้นเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

2) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยเลือกใช้มาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุด

3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of proportionality in the Narrow Sense) เป็นหลักที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยใช้มาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมมากกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน อันบังคับให้ฝ่ายปกครองไม่อาจนำมาตรการใดซึ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมน้อยกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชน

---

[135]Mark Ryan and Steve Foster, **Unlocking Constitutional & Administrative Law** (London: Hodder Amold, 2007), p. 499.

[136]Paul Crag, *op. cit*., pp. 835-840 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย, *เรื่องเดิม,* หน้า 50-56.

มาใช้อย่างเด็ดขาด แม้ว่ามาตรการนั้นจะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ตามหลักความเหมาะสม และมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุดก็ตาม

จากคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษส่วนใหญ่จะพิจารณาและพิพากษาคดีโดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งสามประการอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ มาตรการนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นและเป็นมาตรการที่เหมาะสมซึ่งทำให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ ประกอบกับเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ปัจเจกชนมากกว่าผลเสียที่จะเกิดขึ้นตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ[137] และเป็นที่ยอมรับว่าหลักเกณฑ์ทั้งสามประการเรียกร้องให้พิจารณาตรวจสอบวิธีการต่าง ๆ ที่ทำให้วัตถุประสงค์ของรัฐบรรลุผลได้ ทั้งนี้ เนื่องจากมีข้อเท็จจริงว่าในคดีเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลจะต้องพิจารณาว่ามาตรการของรัฐที่นำมาใช้ในคดีดังกล่าวเป็นวิธีการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ และเป็นวิธีการที่จำกัดสิทธิน้อยที่สุดหรือไม่ ประกอบกับคดีที่ต้องการให้ศาลพิจารณาเลือกใช้วิธีการต่าง ๆ ที่เหมาะสมมีจำนวนเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ ในคดีที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพหรือเป็นคดีเกี่ยวกับเทคนิคเฉพาะด้าน กรณีจำเป็นต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญการเฉพาะทางเพื่อเป็นหลักฐานแสดงให้เห็นว่าวิธีการต่าง ๆ ที่อาจเลือกใช้บังคับได้นั้นเป็นวิธีการที่นำไปปฏิบัติได้จริง

การนำหลักความได้สัดส่วนมาบังคับใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษได้เพียงใดนั้น เป็นที่ถกเถียงกันในคดี R. v. Secretary of State for the Home Department, ex p Brind. (1991) 1 AC 696, HL[138] คดีนี้มีข้อเท็จจริงว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกคำสั่งโดยอาศัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการสื่อสาร ค.ศ. 1981 (Broadcasting Act 1981) ซึ่งกำหนดให้สถานีโทรทัศน์ BBC และสถานีโทรทัศน์ IBA ระงับการออกอากาศรายการที่นำเสนอบุคคลซึ่งเป็นผู้แทนขององค์กรก่อการร้าย และถูกเนรเทศภายใต้กฎหมายว่าด้วยการป้องกันการก่อการร้าย คำสั่งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้องค์กรดังกล่าวมีความชอบธรรมในทางการเมือง (Political Legitimacy) และป้องกันมิให้มีการข่มขู่คุกคาม ซึ่งผู้ร้องในคดีนี้โต้แย้งว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ได้สัดส่วนกับวัตถุประสงค์ที่ปฏิเสธ (Disproportionate) ซึ่ง Lord Bridge วินิจฉัยว่า การจำกัดเสรีภาพในการพูดไม่ถือเป็นสิ่งที่ปราศจากเหตุผล และไม่เชื่อว่าการพิจารณาและพิพากษาในคดีนี้จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้วินิจฉัยได้ อย่างไรก็ตาม Lord Bridge เห็นว่า ต่อไปหลักความได้สัดส่วนอาจจะรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายอังกฤษ[139] และการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในคดี Brind จะเป็นการชักนำศาลให้เข้าไปวินิจฉัยการออกคำสั่งแทนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของ Lord Ackner และ Lord Lowry ที่ได้ให้เหตุผลว่า หากได้มีการผนวกหลักความได้สัดส่วนเข้าไว้ในระบบกฎหมายอังกฤษแล้วจะทำให้มีมาตรฐานในการตรวจสอบที่เข้มงวดกว่าการใช้หลักความปราศจากเหตุผล ซึ่งหมายความว่า การที่ศาลจะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความสมควร (Merits) เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้ว่าในคดี Brind จะปรากฏว่ามีความเห็นขัดแย้งกันเกี่ยวกับการ

---

[137] P. P. Craig, **Administrative Law**, 5th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 622.

[138] Regina v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) ex parte Brind and others (Appellants) (House of Lords, 1991)

[139] P. P. Craig, *op.cit.*, p. 618.

นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่ศาลก็ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในคดีประเภทต่าง ๆ ดังนี้

1. หลักความได้สัดส่วนในคดีเกี่ยวกับสิทธิ (Proportionality and Rights)

การใช้การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่มีลักษณะบางอย่างเหมือนกันกับหลักความได้สัดส่วนปรากฏในคดีที่มีการใช้อำนาจรัฐไปกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น คดี Brind แม้ว่าคำวินิจฉัยของศาลสภาขุนนางได้ปฏิเสธที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ แต่ Lordships หลายท่านได้วินิจฉัยโดยการให้เหตุผลด้วยวิธีการเดียวกันกับหลักความได้สัดส่วน เช่น Lord Templeman มีคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า ศาลต้องไม่จำกัดตัวเองแต่เพียงการสอบถามว่าการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่ผิดปกติหรือไม่มีเหตุผล (Perverse or Irrational) หรือไม่ หากแต่ต้องพิจารณาว่าการที่รัฐมนตรีใช้ดุลพินิจเข้าแทรกแซงสิทธิเป็นสิ่งที่มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ ซึ่งการแทรกแซงดังกล่าวจะต้องมีความจำเป็นและได้สัดส่วนกับความเสียหายอันเกิดจากการจำกัดสิทธิ และในคดี R v. Secretary of State for the Home Department, ex p Leech (1994) QB 198, Ca.[140] ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการพิจารณาความสมบูรณ์ของระเบียบว่าด้วยการอนุญาตให้เจ้าหน้าที่เรือนจำอ่านจดหมายของนักโทษได้ และห้ามมิให้ส่งจดหมายที่มีเนื้อหายาวเกินสมควร หรือจดหมายที่มีเนื้อหาไม่เหมาะสม ศาลตัดสินว่า ยิ่งสิทธิขั้นพื้นฐานถูกแทรกแซงมากเท่าใดก็ยิ่งเป็นการยากที่จะแปลความได้ว่ามีกฎหมายใดให้อำนาจในการออกระเบียบเช่นว่านั้น นอกจากนี้ ในคดี R v. Ministry of Defense, ex p Smith (1996) QB 517, CA.[141] ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการคัดค้านคำสั่งที่ห้ามมิให้บุคคลรักร่วมเพศสมัครเข้าเป็นทหารของกองทัพ Sir Thomas Bingham ได้วินิจฉัยว่า ยิ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นการแทรกแซงสาระสำคัญของสิทธิมนุษยชนมากเท่าใด ยิ่งทำให้ศาลต้องเรียกร้องให้มีการแสดงเหตุผล อันสมควร ก่อนที่ศาลจะตัดสินว่าการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีเหตุอันสมควรหรือไม่ รวมถึงในคดี R v. Secretary of State for the Home Department, ex p McQuillan (1995) 4 All ER 400[142] เป็นคดีที่ผู้ร้องคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ห้ามมิให้ผู้ร้องเดินทางเข้าประเทศอังกฤษ โดยคำสั่งดังกล่าวอ้างว่าผู้ร้องเกี่ยวข้องหรือเคยเกี่ยวข้องกับการก่อการร้าย ผู้ร้องยืนยันว่าตนมิได้เป็นสมาชิกขององค์กรก่อการร้ายอีกต่อไป และชีวิตของตนจะได้รับอันตรายหากยังต้องอาศัยอยู่ในไอร์แลนด์เหนือ ในคดีนี้ Sedley J. ยอมรับว่าเสรีภาพในการเดินทางเป็นคุณค่าขั้นพื้นฐานในระบบคอมมอน ลอว์ ดังนั้น ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลควรจะตรวจสอบเหตุผลของรัฐมนตรีอย่างละเอียดและกำหนดขอบเขตของความมีเหตุผล (Rationality) อย่างเคร่งครัด

---

[140] Regina v. Secretary of State for the Home Department (1994)

[141] Regina v. Ministry of Defense, ex parte Smith and Others (Court of Appeal, 1996)

[142] Regina v. Secretary of State for the Home Department ex parte McQuillan (House of Lords, 1995)

2. หลักความได้สัดส่วนในคดีเกี่ยวกับการลงโทษ (Proportionality and Penalties)

ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับการกำหนดโทษโดยองค์กรฝ่ายปกครอง เช่น คดี R. v. Barnsley MBC, ex p. Hook (1976) 1 WLR 1052, 1057.[143] ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการออกคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตั้งแผงลอยจำหน่ายสินค้าเนื่องจากผู้ขออนุญาตตั้งแผงลอยได้ปัสสาวะในที่สาธารณะและใช้ถ้อยคำหยาบคาย คดีนี้ Lord Denning ได้พิพากษาให้ยกเลิกการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งดังกล่าวบางส่วน เนื่องจากการลงโทษดังกล่าวมากเกินกว่าความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วนกับการกระทำผิด หรือในคดี R v. International Stock Exchange, ex p. (1992) B.C.C. 11.[144] เป็นคดีที่ผู้ร้องโต้แย้งคำตัดสินของตลาดหลักทรัพย์ที่ให้ถอนหุ้นบริษัทของผู้ร้องตามอำนาจที่ได้รับตามคำสั่งของประชาคมด้วยหลักความได้สัดส่วน ศาลเห็นว่าหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์การทบทวนที่เหมาะสมต่อคดี แต่ตัดสินให้ผู้ร้องแพ้คดีเนื่องจาก คณะกรรมการของตลาดหลักทรัพย์ได้พิจารณามาตรการอื่นที่รุนแรงน้อยกว่าการถอนหุ้นแล้ว และศาลไม่เห็นเหตุผลที่จะสรุปว่ามาตรการดังกล่าวไม่ได้สัดส่วน[145] จะเห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่เหมาะสมกับคดีประเภทนี้ ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ร้องจะไม่คัดค้านกฎเกณฑ์ทางปกครอง (Administrative Rule) แต่จะคัดค้านการกำหนดโทษ สำหรับกรณีที่ตนไม่ปฏิบัติตามกฎดังกล่าว และเป็นที่รู้กันว่าการกำหนดโทษ คือ การเปรียบเทียบระหว่างการกระทำความผิดและประโยชน์ที่จะได้รับผลกระทบจากการลงโทษ โดยประโยชน์ดังกล่าวอาจหมายถึง เสรีภาพของบุคคลในกรณีที่เป็นการลงโทษโดยการจำคุก กักขัง หรือการสูญเสียวิถีทางดำเนินชีวิต เช่นเดียวกับในคดี Hook ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับว่าการกำหนดโทษให้สอดคล้องกับหลักความยุติธรรม หมายถึง การที่ไม่กำหนดโทษให้มากเกินความจำเป็นอันเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ใน Bill of Rights 1689 ซึ่งศาลมักจะไม่เข้าแทรกแซงดุลพินิจในการกำหนดโทษ เว้นแต่กรณีดังกล่าวจะปรากฏว่าเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน

3. หลักความได้สัดส่วน ในคดีเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง (Proportionality and the Exercise of Administrative Discretion)

ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้วินิจฉัยในคดีที่ไม่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือคดีที่ไม่เกี่ยวกับการกำหนดโทษเกินความจำเป็น รูปแบบของคดีในลักษณะนี้ คือ คดีเกี่ยวกับการที่องค์กรของรัฐตัดสินใจใช้ดุลพินิจของตนเฉพาะในกรณีใดกรณีหนึ่ง ซึ่งมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์หลายประเภท และผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลให้ได้สัดส่วนซึ่งกันและกัน เช่น คดี R. (on the application of Holding & Barnes plc) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (2001) UKHL 23; (2001) 2 WLR 1389 at (51)[146] โดย Lord Slynn ได้กล่าวว่า ศาลควรยอมรับให้หลักความได้สัดส่วนมีสถานะเป็นหลักทั่วไปในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษ ไม่ใช่แค่

---

[143] Regina v. Barnsley Metropolitan Borough Council (1976)

[144] Regina v. International Stock Exchange (1992)

[145] P. P. Craig, *op.cit.*, pp. 621-622.

[146] R. (on the application of Holding & Barnes plc) v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (House of Lords, 2001)

เพียงนำมาใช้ในการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายประชาคมยุโรปเท่านั้น แต่รวมถึงคดีอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในด้วย ซึ่งการที่ศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครองเพียงบางส่วนนั้น เพราะว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในหลายกรณีเกี่ยวข้องกับการกำหนดดุลยภาพ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดนโยบาย (Political Determinations) และการเลือกขององค์กรฝ่ายปกครอง (Administrative Choices) ดังนั้น กรณีจึงไม่เป็นการเหมาะสมหากผู้พิพากษาจะเข้าไปทำลายการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะศาลควรเป็นผู้ชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่มีความขัดแย้งอย่างมากเท่านั้น อย่างไรก็ตาม เป็นที่ยอมรับว่าหลักความได้สัดส่วนสามารถนำมาใช้อย่างเคร่งครัดมากหรือน้อยก็ได้ ในกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างกว้าง ศาลอาจนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้อย่างไม่เคร่งครัดมากก็ได้

3.1.5.4 หลักความเป็นกลาง (Principle of Impartiality)

หลักความเป็นกลางในระบบกฎหมายอังกฤษมีที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ที่ได้รับการนับถือปฏิบัติในประเทศอังกฤษมาเป็นเวลานาน และเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติเพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว[147] โดยที่ประเทศอังกฤษเป็นต้นกำเนิดของกฎหมายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุด ดังจะเห็นได้จากในคำพิพากษา บทความ และตำราในระบบกฎหมายนี้อันมีผลในลักษณะบังคับมายังการกระทำทุกอย่างของฝ่ายปกครอง ในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษไม่ปรากฏหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติศาลมักจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและนำมาใช้ในวิธีพิจารณาในชั้นปกครองด้วย โดยหากกรณีที่หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย ในกรณีที่มีช่องว่างในกฎหมาย ศาลจะอาศัยหลักความยุติธรรมประกอบกับอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้มีผลใช้กับบุคคลทุกคนรวมถึงผู้ที่ไม่ได้ถือสัญชาติอังกฤษด้วย[148]

จากในหัวข้อ 3.1.1.1 ดังที่กล่าวมาแล้วว่าหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบด้วย 2 องค์ประกอบหลักที่สำคัญ คือ หลักความไม่มีใครเป็นผู้พิพากษาสำหรับคดีของตนเองและหลักต้องฟังกรณีอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหลักการทั้งสองประการนี้มีผลกับการบังคับในกรณีการพิจารณาพิพากษาขององค์กรตุลาการ กล่าวคือ ผู้พิพากษาต้องปราศจากอคติ (Bias) ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และต้องรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีจากคู่ความทั้งสองฝ่าย ต่อมาหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติได้ถูกนำไปใช้บังคับกับการพิจารณาของฝ่ายปกครองที่มีอำนาจในการวินิจฉัยกรณีที่มีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์ของประชาชน[149] ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้ถูก

---

[147]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, “หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณารัฐเยอรมัน-ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวคิดทางทฤษฎี,” **ดุลพาห**, หน้า 88.

[148]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**, หน้า 92-93.

[149]S. A. de' Smith, **Costitution and Administrative Law**, 3rd ed. (Great Britain: Penguin, 1983), p. 569.

นำมาใช้อธิบายในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยสั่งการในลักษณะกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial) โดยเรียกร้องว่าบุคคลจะไม่พิจารณาในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย เช่น ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ ความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับผู้ยื่นคำร้อง หรือกรณีที่หน้าที่การงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลาย ๆ หน้าที่ขัดกัน กรณีเหล่านี้ศาลอังกฤษเห็นว่าอยู่ในข่ายของการมีส่วนได้เสีย เว้นแต่เป็นกรณีที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งการพิจารณาว่ากรณีใดที่มีส่วนได้เสียจะแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี ดังนั้น แม้จะเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ให้เหตุผลที่ดีและถูกต้องก็ตาม แต่ถ้าโดยสภาพภายนอกแล้วบุคคลทั่วไปเห็นว่าจะเกิดความลำเอียงก็ถือว่าขัดต่อหลักความเป็นกลางแล้ว[150] และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณา และมีคำสั่งโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลาง จึงถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอันทำให้มีผลเป็นโมฆะ[151] ดังจะเห็นได้จากการตัดสินของศาลอังกฤษในคดี Wilkinson v. Barking Corporation 1948[152] กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและมีคำสั่งไปโดยขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติมีผลเป็นโมฆะ ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยฝ่าฝืนหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณานั้นจะต้องเสียไปเนื่องจากขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ เช่น การอนุมัติแผนการพัฒนาในพื้นที่ที่ตนมีที่ดินอยู่และเห็นได้ว่าจะได้รับประโยชน์ หรือในกรณีที่มีความคลุมเครือในเรื่องผลประโยชน์ เนื่องจากไม่ได้ยื่นรายงานเอาไว้ หรือกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องด้วย ศาลพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ผู้พิจารณามีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ กรณีที่การมีส่วนได้เสียของผู้พิพากษานั้น ทำให้ผู้พิพากษาขาดคุณสมบัติซึ่งศาลหรือผู้พิพากษาเมื่อทำคำพิพากษาไม่ควรที่จะมีความลำเอียง โดยอาจจะเป็นประโยชน์ได้เสียทางการเงิน หรือประโยชน์ได้เสียส่วนตัวจากคำพิพากษาที่ตนตัดสินนั้น แต่ต้องเป็นหลักประกันให้สาธาณชนเชื่อมั่นได้ว่าศาลหรือผู้พิพากษาของอังกฤษมีความเป็นกลางอย่างแท้จริง และต้องไม่เป็นที่สงสัย จากหลักดังกล่าวศาลยุติธรรมของอังกฤษได้วางหลักเกี่ยวกับเรื่องการรักษาความเป็นกลางไว้กล่าวคือ ผู้พิพากษาในประเทศอังกฤษตั้งแต่ระดับศาล Lord Chancellor ลงมาจะต้องอยู่ภายใต้หลักดั้งเดิมของกฎหมายทั่วไปตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (The Common Law of Natural Justice) มีหลักว่า ประโยชน์ได้เสียทางการเงิน หรือความลำเอียงที่มีความเป็นไปได้โดยแท้ (A Real Likelihood of Bias) ที่ Lord Denning ได้อธิบายว่า ความลำเอียงที่มีความเป็นไปได้โดยแท้ ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงความรู้สึกของประชาชนทั่วไป โดยศาลจะไม่พิจารณาไปถึงจิตใจของผู้พิพากษาว่าในความเป็นจริงแล้วจะเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ แม้ว่าผู้พิพากษานั้นจะมีความเป็นกลางมากเพียงใดก็ตาม หากว่าวิญญูชน (Right-Minded Persons) อาจรู้สึกได้ว่าในสถานการณ์เช่นนั้นความเป็นไปได้ที่ผู้พิพากษานั้นจะมีความลำเอียง ผู้พิพากษาผู้นั้นก็ไม่ควรที่จะ

---

[150]สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 6-9.

[151]H. W. R. Wade, **Administrative Law** (Oxford: Clarendon, 2000), p. 437.

[152]Wilkinson v. Barking Corporation (Court of Appeal, 1948)

พิจารณาคดีนั้นต่อไป[153] ซึ่งมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลเสียไป (Invalidate) เนื่องจากความเชื่อมั่นของสาธารณชน (Public Confidence) ในกระบวนการยุติธรรมจะต้องดำรงอยู่ ในคดี Dimes v. Grand Junction Canal (1852)[154] ที่ศาลสภาขุนนางของประเทศอังกฤษ (The House of Lords) ได้ตัดสินให้คำพิพากษาที่ตัดสินโดยศาล Lord Chancellor โดยผู้พิพากษาที่ชื่อ Lord Cottenham ไม่มีผล (Set Aside) เนื่องจาก คำพิพากษาดังกล่าวเกี่ยวข้องกับประโยชน์ได้เสียของบริษัทที่ Lord Cottenham ถือหุ้นอยู่ โดย Lord Cottenham ไม่ได้เปิดเผยรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวให้คู่ความทราบ ซึ่งคดีนี้ Lord Campbell, C. J. ได้ให้เหตุผลในคำพิพากษาว่า ไม่มีผู้ใดกล่าวได้ว่า Lord Cottenham จะถูกอิทธิพลของประโยชน์ได้เสียดังกล่าวครอบงำหรือไม่ แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดคือ หลักที่ว่าไม่มีผู้ใดเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนได้ (No Man is to be a Judge in His Own Cause) ควรจะต้องยึดถือและปฏิบัติ ซึ่งหลักนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะในคดีที่ผู้พิพากษาเป็นคู่ความเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีที่ผู้พิพากษามีประโยชน์ได้เสียในคดีนั้นด้วย และในกรณีนี้จะมีอิทธิพลต่อศาลล่างเป็นที่สุด เมื่อทราบว่าผู้พิพากษาในศาล Lord Chancellor มีประโยชน์ได้เสียในคดีและคำพิพากษาไม่มีผล อันจะเป็นบทเรียนแก่ศาลทั้งหลายที่จะต้องมีความระมัดระวัง ไม่เฉพาะแต่ในการพิพากษาคดีที่จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ประโยชน์ได้เสียส่วนตัวเท่านั้น แต่ยังต้องหลีกเลี่ยงการแสดงให้เห็นว่าตนตกอยู่ภายใต้อิทธิพลเช่นนั้นด้วย

3.2 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

หลักกฎหมายทั่วไปพัฒนาไปพร้อมกับกาลเวลาขึ้นอยู่กับแต่ละเหตุการณ์ โดยสภาแห่งรัฐ[155] (Le Conseil d' Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดที่สามารถสร้างหลักกฎหมายดังกล่าวได้ตลอดเวลาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส กระบวนการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปของสภาแห่งรัฐถือเป็นหลักที่ได้นำมาซึ่งความยุติธรรม[156] ในการศึกษาหัวข้อหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส แบ่งออกเป็นดังนี้ 3.2.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส 3.2.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส 3.2.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส 3.2.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส และ 3.2.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยสภาแห่งรัฐ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

---

[153]Paul Jackson, **Natural Justice** (London: Sweet & Maxwell, 1979), p. 50.

[154]Dimes v. Grand Junction Canal (House of Lords, 1852)

[155]ในวิทยานิพนธ์นี้ ผู้เขียนขอใช้คำว่า “สภาแห่งรัฐ” (Le Conseil d' Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส

[156]ชอง-ปีแอร์ เตรง, “เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 6, 1 (มกราคม- เมษายน 2549): 72.

3.2.1 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส

การถือกำเนิดของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสนั้น เกี่ยวโยงกับแนวความคิดสองแนวคิด[157] คือ 3.2.1.1 แนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ 3.2.1.2 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

3.2.1.1 แนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (La suprématie de la constitution)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดองค์กร กระบวนการ และรูปแบบของกฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายทั้งหมด ซึ่งส่งผลให้กฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบนี้กระทำได้ยาก โดยองค์กรหรือวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่น ๆ เราเรียกสภาพนี้ว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (la rigidité constitutionelle) ซึ่งรากฐานความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีหลายทฤษฎีที่อธิบายไว้[158] ดังนี้

1) คำอธิบายเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย

คำอธิบายทำนองนี้ ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองที่สมาชิกในสังคมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น โดยประชาชนทั้งสังคมจะมีส่วนร่วมในการตารัฐธรรมนูญโดยตรง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงถือว่าเป็นสัญญาที่ทุกคนร่วมกันกำหนดขึ้นเพื่อรับรองสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และมอบอำนาจให้องค์กรทั้งหลายของรัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นไปทำหน้าที่ปกครอง เพื่อความผาสุกร่วมกันของทุกคนในสังคม เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองของสังคมนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือสังคมนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครอง หรือผู้อยู่ใต้ปกครองทุกฝ่ายต้องเคารพรัฐธรรมนูญ คำอธิบายนี้ปรากฏในปรัชญาของล็อค และรุสโซ ในตอนท้ายคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี ค.ศ.1789

2) คำอธิบายเชิงกระบวนการในการตารัฐธรรมนูญ: การมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนโดยวิธีการพิเศษ

ผู้ที่เริ่มใช้คำอธิบายแบบนี้ คือ ซีเอเยส์ นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส ซึ่งชี้ให้เห็นว่า ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ นั้นมีข้อแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายธรรมดาอาจตราขึ้นโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญวางไว้ แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญเองใช้วิธีการพิเศษโดยประชาชนจะต้องมีส่วนร่วมโดยตรงหรือโดยทางอ้อม ซึ่งมักไม่ปรากฏในการตรากฎหมายธรรมดา เช่น ประชาชนจะต้องเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญขึ้นมาเป็นการเฉพาะแยกออกจากรัฐสภาธรรมดา และหลักการที่สำคัญของเนื้อหาที่จะใส่ในร่างรัฐธรรมนูญอาจต้องนำมาขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อนร่าง และเมื่อร่างเสร็จแล้วก่อนมีผลใช้บังคับต้องนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติก่อน ซึ่งปรากฏมีตัวอย่างในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1946 และปี ค.ศ.

---

[157]พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 42-43.

[158]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 6-14.

1958 โดยมีการลงมติว่าจะเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ลงมติในหลักการขอร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ เลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญนำร่างรัฐธรรมนูญที่ร่างเสร็จไปขอประชามติแล้วประกาศใช้ ถ้าเสียงส่วนใหญ่เห็นชอบ เป็นต้น

3) คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ: การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Pouvoir-Constituant) และอำนาจอื่น

ผู้ที่ใช้คำอธิบายแบบนี้คนแรก คือ ซีเอเยส์ เช่นกัน โดยถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองสูงสุดโดยเหตุสองประการหลัก คือ ประการแรก ก่อนมีรัฐธรรมนูญไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบองค์กรอยู่เลย อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มา โดยอำนาจของรัฐธรรมนูญเป็น “ผู้สร้าง” รัฐธรรมนูญ อำนาจนี้จึงอยู่เหนือ “สิ่งที่ถูกสร้าง”[159] และเป็นสิ่งที่สำคัญที่อยู่เหนือองค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้นมา ประการที่สอง เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้วรัฐธรรมนูญย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการปกครอง ผลก็คือ รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่น ๆ และองค์กรอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล รัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบหมายมาจากรัฐธรรมนูญและจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น

4) คำอธิบายเชิงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ

ตามแนวนี้อธิบายได้ว่า ที่รัฐธรรมนูญสูงสุดก็เพราะรัฐธรรมนูญจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้น และจัดการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้มีมากเกินไปประการหนึ่ง และเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลอีกประการหนึ่ง ผู้ที่อธิบายเชิงนี้ ได้แก่ ผู้ร่างคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ดังปรากฏในมาตรา 16 ที่ว่า สังคมใดไม่มีการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ โดยนัยนี้ถ้ารัฐธรรมนูญจะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคแก่ประชาชน โดยการจำกัดอำนาจรัฐให้ได้ผล รัฐธรรมนูญก็ต้องเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายใดทั้งมวล

5) คำอธิบายเชิงรูปแบบ

การที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในทัศนะของคำอธิบายทำนองนี้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และแบ่งสรรอำนาจระหว่างองค์กรเหล่านั้นขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสำคัญที่สุดและสูงสุดตามไปด้วย โดยไม่ต้องพิเคราะห์เรื่องอื่นใด ไม่ว่าทางเนื้อหา วิธีการร่าง อุดมการณ์สัญญาประชาคม ฯลฯ ขอแต่เพียงเป็น “รัฐธรรมนูญ” หรือมีชื่อว่า “รัฐธรรมนูญ” และจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยขึ้นก็เพียงพอที่จะสูงสุดได้ในตัวเอง คำอธิบายทำนองนี้ นอกจากมิได้ให้สาระสำคัญใดแก่ผู้ศึกษาแล้ว ยังมีอันตรายมาก

---

[159] George Burdeau, **Ttaité de science politique, Tome IV, le statut du Pouvoir dans l’ Etat**, 3rd ed. (Paris: L.G.D.J., 1983), p. 172 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**, หน้า 8.

เพราะใครจะเป็นผู้จัดทำรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่สาระสำคัญ เนื้อหารัฐธรรมนูญจะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือมีกลไกที่เหมาะสมในการควบคุมการใช้อำนาจที่ดีหรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ คำอธิบายทำนองนี้ จึงสวนกระแสโลกและไม่สอดคล้องกับความรู้สึกของคนในยุคสมัยนี้อีกต่อไป

โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร เห็นว่า แนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีที่มาจากเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญนั่นเอง การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความแน่นอนในการดำเนินกิจการของรัฐ และเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องอาศัยทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาชัดเจน และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ที่มีหน้าที่ในการนี้ได้นำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดี[160]

3.2.1.2 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité)

การจะศึกษาถึงความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น ก่อนอื่นควรทราบว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักสากลที่มีอยู่ในทุกระบบกฎหมายไม่ใช่หลักเฉพาะของฝรั่งเศสเท่านั้น หลักความชอบด้วยกฎหมาย[161] หมายถึง รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งเรียกกันว่า นิติรัฐ (l' Etat de droit) โดยในฝรั่งเศส ได้มีการอธิบายหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité) ว่า ความชอบด้วยกฎหมายนั้นมาจากรากศัพท์คำว่า กฎหมาย (loi) ซึ่งหมายถึง กฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในความจริง หลักที่ว่ารัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย หมายถึง การที่รัฐซึ่งก็คือนิติบุคคลมหาชนนั้นต้องอยู่ภายใต้ที่ไม่ใช่เฉพาะแต่รัฐบัญญัติเท่านั้น แต่หมายรวมถึงรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ซึ่งได้รับมอบหมายนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพกฎหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ จารีตประเพณีที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย และหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ (Conseil d' Etat) ที่จะควบคุม และตรวจสอบฝ่ายปกครองให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างสม่ำเสมอ[162] โดยรัฐที่เป็นนิติรัฐนั้นฝ่ายปกครอง หรือทุกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและดำเนินการต่าง ๆ ภายในขอบเขตของกฎหมาย การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองต้องอ้างอิงแหล่งที่มาแห่งอำนาจนั้นจากกฎหมาย ต้องใช้อำนาจนั้นตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ รวมทั้งในหลาย ๆ กรณีต้องใช้รูปแบบ หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ด้วย[163] ซึ่งหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น แต่เดิมมุ่งหมายแต่เพียงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ (Légalite formelle)

---

[160]พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 42-43.

[161]ชอง-ปีแอร์ เตรง, "สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นของกฎหมาย," **วารสารวิชาการศาลปกครอง** 6, 1 (มกราคม- เมษายน 2549): 81-82.

[162]พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 42.

[163]วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 36-37.

กล่าวคือ ดูแต่เพียงว่าฝ่ายปกครองสามารถอ้างอิงตัวบทกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดในการใช้อำนาจได้หรือไม่เท่านั้น ต่อมาช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองมีวิวัฒนาการที่ทำให้มุมมองในเรื่องนี้เปลี่ยนแปลงไป คือ ต้องมีการอ้างอิงตัวบทกฎหมายเพื่อการใช้อำนาจ โดยกฎหมายที่อ้างอิงเพื่อการใช้อำนาจนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาที่ดีด้วย[164] กล่าวคือ ต้องเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ที่สำคัญคือบรรดาสิทธิเสรีภาพทั้งหลายที่อยู่ในปฏิญญาต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน[165] เช่น คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l᾽Homme et du citoyen 1789) ด้วย

หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด[166]

หลักความชอบด้วยกฎหมายสำหรับการกระทำทางปกครองนำไปสู่สาระสำคัญ 3 ประการที่ต้องยึดถือ[167] คือ

1) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะของขอบเขตของการกระทำทางปกครอง

ถ้าพิเคราะห์ในแง่นี้ บรรดากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ไม่ว่าจะมีศักดิ์สูงเพียงใด อาทิ รัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติและไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกเอง ทั้งหมดรวมกันนี้ย่อมเป็นขอบเขตจำกัดมิให้นิติกรรมทางปกครอง หรือการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองเกินขอบอำนาจ เมื่อพิเคราะห์ในแง่นี้ ผลของหลักนี้เป็นผลทาง “ปฏิเสธ” มิให้ทั้งนิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางกายภาพเกินขอบเขตที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหมดวางไว้ หรือกล่าวคือ นิติกรรมทางปกครอง (acte administrative) ทุกประเภทต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่า

---

[164]Ernst Forsthoff, **Traité de droit administrative allemande traduit l᾽allemande,** par Michel Fromont (Bruxelles: Bruyant, 1969), p. 54 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

[165]R. Carré de Malberg, **Contribution à la théorie générale de l᾽Etat** (N.p.: CNRS, 1962), p. 488 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

[166]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 122.

[167]Jean Marie Auby, **Droit public** (Paris: Economica, 1985), pp. 193-199 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี**, หน้า 280-283.

2) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะที่เป็นรากฐานของการกระทำทางปกครอง

หลักข้อนี้ต่างจากหลักข้อแรกตรงที่หลักข้อแรกห้ามฝ่ายปกครองทำนอกขอบเขตหรือขัดต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย แต่หลักข้อนี้ให้การทำนิติกรรมทางปกครองต้องได้รับมอบอำนาจมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ซึ่งหมายความว่าการที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครองจะต้องมีอำนาจ (compétence) คือ ต้องเป็นบุคคลที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระบุให้อำนาจ (competence ratione personae) เรื่องที่จะมีอำนาจทำ (competence ratione matériae) สถานที่ตลอดจนเวลาที่มีอำนาจ (competence ratione et temporis) โดยกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองนี้ ถ้าจะกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนหรือปวงชนเองเป็นผู้ตราขึ้น

3) ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ถูกต้อง

นิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองนอกจากจะต้องทำโดยมีอำนาจที่มอบมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและต้องไม่เกินขอบเขตแห่งกฎหมายแล้ว ที่สำคัญที่สุดคือ ฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการขั้นตอนที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายวางไว้

จะเห็นได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นกรณีที่หากการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายรวมถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย โดยในประเทศฝรั่งเศส นอกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น กฎกระทรวง เทศบัญญัติแล้ว หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปและคำพิพากษาศาลปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องยึดถือและปฏิบัติตามด้วย หากเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้[168]

3.2.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐได้ยืนยันหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในทางเนื้อหาและรูปแบบว่ามีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Valeur Juridique) ครั้งแรกในคำวินิจฉัย Aramu เมื่อปี ค.ศ. 1945 และได้วิวัฒนาการเรื่อยมาภายใต้การชี้นำทางทฤษฎี การปรับปรุงโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของสถาบันต่าง ๆ ของรัฐตราบจนปัจจุบัน ซึ่งได้กลายเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของระบบกฎหมายฝรั่งเศส[169] ในที่นี้ได้แบ่งเป็น 3 ช่วงคือ 3.2.2.1 ช่วงแรก-ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 3.2.2.2 ช่วงสอง-หลัง

---

[168] ฤทัย หงส์สิริ, “นิติกรรมทางปกครอง,” ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 302-303.

[169] พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 45.

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 และ 3.2.2.3 ช่วงสาม-การเข้ามามีบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังนี้

3.2.2.1 ช่วงแรก-ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า สภาแห่งรัฐได้อ้างถึง “หลักกฎหมายทั่วไป” ในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นครั้งแรกทั้งในทางเนื้อหาและรูปแบบเมื่อ ปี ค.ศ. 1945 ตามคำวินิจฉัย Aramu (C.E. 26 ตุลาคม 1945) ได้ตัดสินคดีดังกล่าวโดยกล่าวในคำพิพากษาว่า กรณีที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะถูกสั่งลงโทษจากฝ่ายปกครอง บุคคลนั้นพึงมีสิทธิที่จะปกป้องตนเองจากข้อกล่าวหาที่ทำให้ตนต้องอาจถูกลงโทษ โดยมีสิทธิเข้ารับรู้และตรวจสอบเอกสารหลักฐานต่าง ๆ รวมถึงการมีสิทธิที่จะเข้าชี้แจงเพื่อต่อสู้โต้แย้งข้อกล่าวหา หรือกล่าวคือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในการรับฟังความทุกฝ่าย (les droits de la defense)[170] ซึ่งเป็นการกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้บังคับได้แม้ว่าจะไม่มีตัวบทกฎหมายระบุไว้ในเรื่องดังกล่าวนั้น (les principes généraux applicables même en l’absence de texte) และถือเป็นการปรากฏขึ้นมาโดยสมบูรณ์เป็นครั้งแรกของหลักกฎหมายทั่วไป[171] กล่าวคือ ทั้งในด้านรูปแบบโดยมีการใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” และในด้านเนื้อหาที่มีการกล่าวอ้างถึงเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้น ๆ ด้วย แต่จากข้อเท็จจริงได้มีการกล่าวอ้างถึงและการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐแล้วก่อนปี ค.ศ. 1945 แล้ว ดังปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมาตั้งแต่ ค.ศ. 1911 ในคดี Roubeau (7 มีนาคม 1911 และ 9 พฤษภาคม 1913) แต่ไม่ได้มีการใช้คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (Principes généraux du droit) อย่างไรก็ตามสภาแห่งรัฐมิได้ยอมรับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ แต่ก็มิได้ปฏิเสธในแนวความคิดทฤษฎีซึ่งจัดหลักกฎหมายทั่วไปไว้ในลำดับเดียวกับรัฐบัญญัติ ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐก็ได้รับรองไว้ในคำพิพากษาโดยใช้ข้อความว่า “หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีค่าเทียบเท่ารัฐบัญญัติ” (les principes généraux du droit ayant valeur legislative)

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 Édouard Laferrière นักกฎหมายและสมาชิกสภาแห่งรัฐคนสำคัญของยุคนั้น[172] ได้กล่าวถึงความสำคัญของบรรดาหลักการพื้นฐานที่สำคัญซึ่งไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (les principes traditionnels non écrits inherent à notre droit public et administratratif) แต่ได้รับการยอมรับทั้งในกฎหมายมหาชน และกฎหมายปกครองฝรั่งเศส รวมทั้งได้เน้นให้เห็นถึงความจำเป็นของสภาแห่งรัฐในการนำหลักการดังกล่าวมาใช้อ้างอิงในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งจากอิทธิพลของคำกล่าวนี้เองทำให้สภาแห่งรัฐได้ให้ความสำคัญกับการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรขาดความสมบูรณ์

---

[170] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 56.

[171] พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 46-47.

[172] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 57.

นอกจากอิทธิพลของความคิดของ Édouard Laferrière แล้ว ยังมีอิทธิพลทางประวัติศาสตร์ที่ผลักดันการให้ความสำคัญกับการสร้างและการใช้หลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐขึ้น[173] กล่าวคือ ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1945 นั้น รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของประเทศฝรั่งเศสไม่มีการรับรองบรรดาสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ไว้อย่างเป็นทางการ มีแต่เฉพาะที่บัญญัติในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และได้มีการรับรองไว้อีกครั้งในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1791 แต่เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้ถูกยกเลิกไปก็ไม่มีรัฐธรรมนูญฉบับใดออกมาใช้บังคับที่จะมารับรองสถานะ และให้ค่าบังคับทางกฎหมายแก่คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงเดียวกับที่รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่สาม (ปี ค.ศ. 1875) มีผลบังคับใช้ โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ส่วนคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 นั้น เป็นเพียงการประกาศหลักการปกครองประเทศแต่ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย ทำให้ในยุคนี้ไม่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิของประชาชน ประกอบกับสภาวะของประเทศฝรั่งเศสภายหลังการสิ้นสุดของสงครามโลกครั้งที่ 1 (ระหว่างปี ค.ศ. 1902 ถึงปี ค.ศ. 1932) รัฐมีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎหมายหลายฉบับที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน เพื่อปรับปรุงประเทศกลับสู่สภาวะปกติโดยเร็วที่สุด ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เหล่านั้นก่อให้เกิดภาวะวิกฤตต่อเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครององค์กรเดียวเท่านั้นที่จะสามารถทำการอุดช่องว่างของการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้

ต่อมาในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ซึ่งเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946[174] เป็นช่วงที่หลักกฎหมายทั่วไปเริ่มปรากฏให้เห็นในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 โดยได้บัญญัติอ้างอิงไปถึงคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 และอ้างอิงหลักการทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่อยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 อย่างไรก็ดี คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังไม่ส่งผลใด ๆ ต่อระบบกฎหมาย ทั้งนี้เพราะ ประการแรก รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายอย่างแท้จริง และประการที่สอง นักวิชาการยังคงเห็นว่าคำปรารภมีลักษณะที่กว้างเกินไปจนไม่อาจมีค่าบังคับทางกฎหมาย แต่เมื่อปี ค.ศ. 1950 สภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาที่ยืนยันถึงหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ และเป็นกรณีที่สภาแห่งรัฐต้องวินิจฉัยโดยการชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะกับสิทธิในการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐยอมรับหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะโดยมิได้อ้างคำปรารภในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 โดยตรง แต่เป็นการค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปในคำปรารภ โดยสภาแห่งรัฐมิได้กล่าวว่าใช้หลักนี้เพราะเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภ แต่ใช้หลักนี้เพราะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า การที่รัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทำให้ในยุคนี้ศาลได้พัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพได้อย่างกว้างขวาง

---

[173] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 57-58.

[174] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นของกฎหมาย,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 84-85.

จะเห็นได้ว่า ในช่วงก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 นั้น สภาแห่งรัฐเป็นองค์กรเดียวที่มีบทบาทในการใช้หลักกฎหมายทั่วไป และยอมรับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปเทียบเท่ารัฐบัญญัติ

3.2.2.2 ช่วงสอง-หลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958

ในสาธารณะรัฐที่ 5 การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใน ค.ศ. 1958 นับได้ว่ามีความสำคัญต่อระบบกฎหมายของฝรั่งเศส โดยคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ยังมีลักษณะเหมือนคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับก่อน และยังได้กำหนดให้มีระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) นอกจากนั้นยังได้มีการแบ่งแยกระหว่างการแบ่งแยกขอบเขตของเรื่องที่ต้องออกเป็นรัฐบัญญัติ (domaine de la loi) และการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร (domaine du règlement) กล่าวคือ การออกรัฐบัญญัติจะกระทำได้ก็แต่เฉพาะที่กำหนดในรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 เท่านั้น บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดบัญชีของเรื่องที่จะต้องออกเป็นรัฐบัญญัติ ซึ่งนอกเหนือจากที่ระบุไว้จะถือว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกข้อกำหนด โดยในรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 กำหนดให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายได้ในเรื่องที่ไม่ต้องออกเป็นรัฐบัญญัติ[175] ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่ารัฐบัญญัติซึ่งถือเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงทั่วไปแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่าการออกข้อกำหนดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 37 นั้นเทียบได้กับอำนาจการออกรัฐบัญญัติของรัฐสภา อันทำให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะริเริ่มในตัวเองและไม่มีเงื่อนไขได้เช่นเดียวกัน ซึ่งทำให้แตกต่างไปจากข้อกำหนดประเภทอื่น ๆ ที่ออกมาเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐบัญญัติแม่บท (règlement d' exécution des lois) อันต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติแม่บทนั้น ซึ่งจากสภาพปัญหาดังกล่าว ทำให้สภาแห่งรัฐต้องวางรากฐานในการควบคุมอำนาจในการออกข้อกำหนดโดยผู้พิพากษา ในคดี Syndicat général des ingénieurs-conseils (C.E. 26 มิถุนายน 1959) ได้พิจารณาพิพากษาให้ผู้มีอำนาจในการออกข้อกำหนดเอกเทศต้องเคารพต่อหลักกฎหมายทั่วไป แม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติของรัฐบัญญัติในเรื่องดังกล่าว ซึ่งหลังจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดีดังกล่าวแล้วก็ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ถึงค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่าเป็นเช่นใด ซึ่งนักนิติศาสตร์ในขณะนั้นได้ให้ความเห็นแตกต่างกันไป[176] บางท่านสรุปว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (la valeur constitutionnelle) ในขณะที่ความเห็นของบางท่านเห็นว่าไม่จำเป็นต้องให้ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติก็ตาม แต่ควรอยู่ในระดับที่ต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ากฤษฎีกา (la valeur infra-législative et supra décrétale)

จะเห็นได้ว่า ในช่วงหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 แต่ก่อนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้ามามีบทบาทในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปอีกองค์กรหนึ่งนั้น สภาแห่งรัฐยังคงใช้หลักกฎหมายทั่วไป แต่อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐก็มิได้ระบุอย่างแจ้งชัดถึงค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งจากความเห็นของนักนิติศาสตร์หลาย ๆ ท่านอาจสรุปได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ากฤษฎีกา

---

[175] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 80-85.

[176] พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 47-56.

3.2.2.3 ช่วงสาม–การเข้ามามีบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

ตั้งแต่ ค.ศ. 1969 เป็นต้นมา เป็นช่วงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเริ่มเข้ามามีบทบาทในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาอ้างถึงเพื่อใช้ในการควบคุมการออกรัฐบัญญัติ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท ประเภทแรกมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณะรัฐ มีจำนวน 3 คน โดยประธานสภาผู้แทนเป็นจำนวน 3 คน และโดยประธานสภาสูงอันเป็นสภาที่มาจากการเลือกตั้งอีก 3 คน รวม 9 คน ซึ่งอยู่ในวาระ 9 ปี ส่วนประเภทที่สองนั้นได้แก่ อดีตประธานาธิบดีคนก่อน ๆ โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่หลักในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พิจารณาพิพากษาคดีอันเกิดจากการเลือกตั้ง และเป็นผู้จัดการเรื่องราวเกี่ยวกับการลงประชามติ (le referendum) เป็นต้น โดยเฉพาะหน้าที่หลักอันได้แก่ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสใช้ระบบควบคุมก่อนการประกาศใช้กฎหมายนั้น ตามมาตรา 61 ที่มุ่งควบคุมการล่วงละเมิดต่อ “บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ” แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ตีความขยายขอบอำนาจของตนออกไปถึงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับคำปรารภของรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งตราสารที่คำปรารภของรัฐธรรมนูญอ้างถึงโดยตรง ซึ่งได้แก่ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 รวมไปถึงที่คำปรารภของรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงทางอ้อม คือ หลักการพื้นฐานซึ่งยอมรับนับถือโดยบรรดารัฐบัญญัติแห่งสาธารณรัฐ หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และท้ายที่สุดก็คือ การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) โดยหลักการบางหลักที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึงเพื่อใช้ในการควบคุมการออกรัฐบัญญัตินั้นเป็นส่วนหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไป[177]

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้ามามีบทบาทในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปเป็นครั้งแรก ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 26 มิถุนายน 1969 สรุปได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าเทียบเท่ารัฐบัญญัติทั่วไป ที่ฝ่ายปกครองนั้นต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักกฎหมายทั่วไป แต่ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถแก้ไขยกเลิกได้ ซึ่งต่อมาภายหลังได้หันมาควบคุมความถูกต้องของเนื้อหา (le fond du droit) ด้วย ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 มิถุนายน 1971 สรุปได้คือ ประการแรก คดีนี้เป็นคดีแรกที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญหันมาควบคุมและตรวจสอบความถูกต้องของเนื้อหากฎหมาย ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้อ้างหลักการว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัว อันเป็น “หลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายของสาธารณรัฐ” (Les Principes Fondamentaux Reconnus par les de la République: PFRLR) และประการสุดท้าย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือหลักการว่าด้วยเสรีภาพในการรวมตัว ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และผลของคดีจึงเป็นการยอมรับอย่างเป็นทางการว่า หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักนั้นมีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อันแตกต่างไปจากก่อนหน้านั้นทำให้เกิดความสับสนว่าด้วยค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปจึงเกิดขึ้นอีก และเพิ่มพูนขึ้นเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายรัฐธรรมนูญ (29 ตุลาคม 1974) ช่วงนี้เป็นช่วงที่วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ภายใต้การกำหนดของสององค์กรที่เป็นอิสระต่อกัน ซึ่งต่างมีแนวทางของตนในการประยุกต์ใช้หลัก

---

[177] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 48-49.

กฎหมายทั่วไป กล่าวคือ สภาแห่งรัฐกล่าวอ้างถึงคำปรารภของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอ้างถึงหลักกฎหมายทั่วไป อันมีที่มาจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญและถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างไปจากหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้สกัดมาจากตัวบทกฎหมายประเภทอื่นที่ถือว่ามีค่าบังคับเป็นเพียงเทียบเท่ารัฐบัญญัติเท่านั้น ทำให้เกิดความสับสนของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีเนื้อหาอย่างเดียวกันแต่กลับมีค่าบังคับต่างกัน[178] เช่น หลักว่าด้วยความเสมอภาคในกฎหมาย โดยสภาแห่งรัฐถือว่าหลักการนี้มีค่าบังคับเทียบเท่ากับรัฐบัญญัติ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกลับวินิจฉัยให้หลักการดังกล่าวนี้มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

จะเห็นได้ว่า จากการเข้ามามีบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ซึ่งจากคำวินิจฉัยในตอนต้นของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปมีค่าเทียบเท่ารัฐบัญญัติเท่านั้น แต่คำวินิจฉัยในภายหลังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยอมรับค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปว่ามีค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปนั้นได้สกัดมาจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และหลักการพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับโดยกฎหมายของสาธารณรัฐนั่นเอง

3.2.3 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส

การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของสภาแห่งรัฐมีหลายวิธี ซึ่งวิธีต่าง ๆ เหล่านั้นต่างมีลักษณะร่วมกันตรงที่ต่างเป็นวิธีการที่มุ่งผลสุดท้าย (les methods finalists) กล่าวคือ การที่สภาแห่งรัฐค้นหาวิธีการ เพื่อที่จะนำมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีให้เป็นที่ยุติ โดยเมื่อสภาแห่งรัฐจะกล่าวถึงหลักการใดหลักการหนึ่งที่มุ่งหมายให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป มักจะกล่าวว่า “สภาแห่งรัฐรับรองหลักกฎหมายนี้” หรือ “สภาแห่งรัฐค้นพบหลักกฎหมายนี้” เพื่อหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวว่า “สภาแห่งรัฐสร้างหลักกฎหมายทั่วไป”[179] ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้น สภาแห่งรัฐค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากแหล่งต่าง ๆ ซึ่งแบ่งพิจารณาได้เป็น 3.2.3.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร 3.2.3.2 เจตนารมณ์ของคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 3.2.3.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ และ3.2.3.4 กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ดังนี้

3.2.3.1 กฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายทั่วไปมีความสัมพันธ์กับกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักเกิดขึ้นจากการสกัดหลักที่ได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ ซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการตีความตัวบทกฎหมายที่มีอยู่หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการค้นหาเจตนารมณ์จากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือค้นหาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ[180] โดยสภาแห่งรัฐไม่

---

[178] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 49-50.

[179] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 60.

[180] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

อาจหลีกเลี่ยงที่จะเลือกหรือค้นหาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่นที่ไม่ใช่บทกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดีพิพาทนั้นโดยตรง หรืออาจกล่าวได้ว่า สภาแห่งรัฐสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยอาศัยการตัดสินใจด้วยตนเองเป็นสำคัญ ตัวอย่างในกรณีของหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิในการรับฟังความทุกฝ่าย ซึ่งถูกใช้บ่อยครั้งในกรณีการสอบสวนทางวินัยข้าราชการที่ถูกสร้างขึ้นมาใน ค.ศ.1945 กล่าวคือ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในช่วงเวลานั้นมีบทบัญญัติกฎหมายบางมาตราที่เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา และที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยได้กำหนดไว้ว่า บุคคลไม่อาจถูกลงโทษได้หากไม่มีโอกาสแสดงพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อต่อสู้โต้แย้งในข้อกล่าวที่ตนได้รับ ซึ่งในการสร้างหลักกฎหมายนี้สภาแห่งรัฐได้อธิบายว่า ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ นั้นมีหลักกฎหมายที่สำคัญในเรื่องต่าง ๆ ที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” และหลักกฎหมายทั่วไปนี้มีค่าบังคับเช่นเดียวกับบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร แม้ว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น ๆ จะไม่ได้ถูกบัญญัติขึ้นก็ตาม ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐไม่ได้ตัดสินคดีนี้โดยอาศัยเฉพาะบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งเท่านั้น แต่สภาแห่งรัฐพิพากษาอาศัยการพิเคราะห์บรรดาบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจเรียกหลักการที่ได้จากบทบัญญัติเหล่านั้นได้ว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าสภาแห่งรัฐสามารถสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับแก่คดี และสถาปนากฎเกณฑ์นั้นให้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทั่วไปได้อย่างกว้างขวางมากในที่สุด และด้วยเทคนิควิธีการดังกล่าวทำให้สามารถกล่าวได้ว่า สภาแห่งรัฐเป็นเสมือนองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งนอกจากวิธีการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปตามวิธีการดังกล่าวแล้ว สภาแห่งรัฐยังสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยอาศัยการค้นหาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งหรือจากเจตนารมณ์ของบรรดาบทบัญญัติหลายฉบับรวมกัน หรือการค้นหาจากตรรกะของบทบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ (une logique générale) ซึ่งตรรกะดังกล่าวนี้จะเป็นตัวอธิบายและรับรองการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่สภาแห่งรัฐได้สร้างขึ้นมาโดยค้นหาจากบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว[181] เช่น กรณีของหลักการที่คู่กรณีพึงจะต้องได้รับการพิจารณาคดีสองชั้นศาลเป็นอย่างน้อย (le principe du double degree de jurisdiction) เป็นต้น

3.2.3.2 เจตนารมณ์ของคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789

ก่อนปี ค.ศ. 1945 นั้น รัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ของฝรั่งเศสมิได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ไว้อย่างเป็นทางการ หากจะมีแต่เฉพาะที่บัญญัติอยู่ในคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des Droits de l’home et du citoyen du 26 août 1789) ที่ได้ถูกกล่าวอ้างและรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1791 และปรากฏอีกครั้งในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 อย่างไรก็ตาม ช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1875 และเป็นยุคแห่งการก่อตั้งระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส การที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้มิได้สร้างจุดเกาะเกี่ยวกับคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 เพื่อให้คำประกาศดังกล่าวมีคุณค่าทางกฎหมาย รวมถึงการไม่มีมาตรการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบกับในช่วงระยะเวลาดังกล่าวเป็นช่วงของการฟื้นฟูประเทศภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 1 ซึ่งรัฐมี

---

[181] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 61-62.

ความจำเป็นต้องออกกฎหมายหลายฉบับที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน จึงทำให้สภาแห่งรัฐเข้ามามีบทบาทหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ต่อมาภายใต้การปกครองของสาธารณรัฐที่ 4 ช่วงปี ค.ศ. 1946-1958 ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 แต่ไม่ปรากฏว่ามีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่ายังเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[182] เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงได้เข้ามามีบทบาทในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป โดยการค้นหาจากเจตนารมณ์ของคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีค่าบังคับทางกฎหมาย แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1971 คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองให้มีฐานะในระดับเดียวกันกับรัฐธรรมนูญ[183] โดยคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ประกอบด้วยเนื้อหา 17 ข้อ อันเป็นผลสะท้อนจากสภาพสังคมของประเทศฝรั่งเศสในขณะนั้น ซึ่งชาวฝรั่งเศสถูกกระทำจากชนชั้นปกครอง อาจกล่าวได้ว่าคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 มีรากฐานมาจากจิตวิญญาณของชาวฝรั่งเศส เนื้อหาหลักนั้นแสดงถึงหลักการพื้นฐานของการปฏิวัติ ได้แก่ หลักมนุษยชนและหลักสิทธิเสรีภาพที่ชาวฝรั่งเศสถูกปฏิเสธจากชนชั้นปกครอง หรือกล่าวคือ การปฏิเสธการกดขี่ข่มเหงจากชนชั้นปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้คำขวัญที่ว่า “เสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพ” และคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 นี้เอง ได้รับการรับรองและปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส และได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในประเทศต่าง ๆ จนแนวคิดว่าด้วยสิทธิเสรีภาพกลายเป็นหลักสากลที่นานาชาติต่างให้การยอมรับ โดยคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 สะท้อนแนวคิดทางกฎหมายมหาชน[184] ดังต่อไปนี้

1) หลักสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

มีข้อถกเถียงว่าคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ร่างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เฉพาะชาวฝรั่งเศส หรือเพื่อใช้เป็นการทั่วไปกับทุก ๆ คน ซึ่งความเห็นแรกเห็นว่า คำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมืองใช้เฉพาะชาวฝรั่งเศสเท่านั้น เพราะมีที่มาจากประสบการณ์ของชาวฝรั่งเศสภายใต้การปกครองในระบอบเก่า ส่วนอีกความเห็นหนึ่ง เห็นว่าคำประกาศดังกล่าวใช้เป็นการทั่วไปกับทุก ๆ คน โดยพิจารณาจากลักษณะของคำประกาศที่มีลักษณะเป็นสากล ซึ่งหากพิจารณาทั้งจากเนื้อหาและรูปแบบของคำประกาศ โดยเฉพาะในส่วนแรกของคำปรารภที่ว่า “ผู้แทนของพลเมืองฝรั่งเศสซึ่งรวมกันเป็นสภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ เห็นว่า. . .” จะเห็นได้ว่ามีความสอดคล้องกับความเห็นแรกมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำประกาศโดยแท้จริงแล้วมีที่มาจากจิตวิญญาณของชาวฝรั่งเศส อย่างไรก็ดี คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ต่อมาถูกนำมาเป็นแม่แบบในการรับรองสิทธิมนุษยชน ดังปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948

---

[182]กนกวรรณ อิทธิวิภาค, *เรื่องเดิม*, หน้า 111.

[183]ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 62.

[184]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 44-47.

2) หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism)

จากชื่อของปฏิญญาที่เน้นถึงสิทธิของมนุษย์แต่ละคน (droits de l'home) และพลเมืองแต่ละคน (et du citoyen) ซึ่งอยู่ในรูปเอกพจน์ แสดงให้เห็นว่า คำประกาศนี้ได้ให้ความสำคัญกับสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนแต่ละคน หรือแม้แต่ในบทบัญญัติของคำประกาศก็ให้ความสำคัญกับปัจเจกชนเช่นกัน เช่น ข้อ 7 "บุคคลไม่อาจถูกกล่าวหา จับกุม หรือคุมขังได้ เว้นแต่ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้และตามวิธีการตลอดจนรูปแบบที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ใครก็ตามที่บังอาจร้องขอ ถ่ายทอด บังคับการ หรือทำให้มีการบังคับการตามคำสั่งตามอำเภอใจย่อมต้องรับโทษ แต่พลเมืองทุกคนซึ่งได้รับการร้องขอให้ช่วยเหลือตามกฎหมายต้องปฏิบัติตามนั้น การฝ่าฝืนหรือขัดขืนย่อมได้รับโทษเช่นกัน" หรือในข้อ 9 "บุคคลย่อมได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการประกาศว่ามีความผิด ถ้ามีความจำเป็นจะต้องจับกุมผู้ใด การใช้กำลังโดยไม่จำเป็นเพื่อให้ได้ตัวบุคคลนั้นมาย่อมมีความผิดต้องรับโทษตามกฎหมาย" เป็นต้น จะเห็นได้ว่า เนื้อหาของคำประกาศให้ความสำคัญกับบุคคล มนุษย์ หรือพลเมืองเป็นสำคัญ ดังนั้น หลักปัจเจกชนนิยมจึงเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญประการหนึ่งที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789

3) หลักสากลนิยม (Universalism)

เนื้อหาของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 นอกจากจะให้ความสำคัญกับบุคคลในฐานะที่เป็นปัจเจกชนแล้ว ยังให้ความสำคัญกับบุคคลเป็นการทั่วไปด้วย เช่น ข้อ 1 "มนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน" และข้อ 2 "วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง" ซึ่งคำว่า สังคม พลเมือง มนุษย์ มนุษย์ทุกคน ชาติ หรือเจตนารมณ์ร่วมกัน คำดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึง ความเป็นสากลของคำประกาศ และเป็นส่วนหนึ่งของข้อถกเถียงที่ว่าคำประกาศมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับบุคคลทั่วไป

4) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la souveraineté nationale)

อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เป็นแนวคิดของซีเอเยส์ นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส ผู้มีส่วนสำคัญในการร่างคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 โดยกล่าวว่า "ชาติเป็นที่รวมของคนทุก ๆ คน ที่มีสิทธิเท่าเทียมกัน ประชาชนเป็นส่วนหนึ่งของชาติ อำนาจอธิปไตยจึงไม่ใช่ของคนใดคนหนึ่ง แต่รัฐต่างหากที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย" ดังนั้น องคาพยพของรัฐ จึงมีหน้าที่กระทำการเพื่อวัตถุประสงค์ของรัฐหรือที่เรียกว่าหน้าที่กระทำเพื่อชาติ

5) แนวคิดการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

แนวคิดการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เป็นแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกิเออ อันเป็นแนวคิดที่แบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยทั้งสามอำนาจนี้สามารถคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกันเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ กล่าวคือ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 16 ว่า "สังคมใดไม่มีการให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หรือไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยจะถือว่ามีรัฐธรรมนูญไม่ได้"

6) แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชน

แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชน เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หรือการปกครองโดยประชาชน แนวคิดดังกล่าวปรากฏใน คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 6 “. . .พลเมืองทุกคนมีสิทธิออกกฎหมายโดยตนเองเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรง หรือโดยผ่านผู้แทน. . .” หรือ ข้อ 14 “พลเมืองทุกคนมีสิทธิกำหนดความจำเป็นที่ต้องมีภาษีประเภทใด ให้ความเห็นชอบภาษีอากร ติดตามการใช้ภาษีอากร กำหนดจำนวนภาษี ฐานภาษี การชำระและระยะเวลาการเก็บอากร ทั้งนี้ โดยเข้าร่วมในการกระทำนั้นด้วยตนเองหรือโดยผ่านผู้แทนราษฎร”

7) แนวคิดเจตจำนงร่วมกันของปวงชน

แนวคิดเจตจำนงร่วมกันของปวงชน เป็นแนวคิดของรุสโซที่ว่า กฎหมายเป็นเจตจำนงร่วมกันของปวงชน ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เสมอภาค และเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ กฎหมายต้องไม่ใช้โดยเลือกปฏิบัติอันขัดต่อความเสมอภาค ดังที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ข้อ 6 “กฎหมาย คือ เจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน . . . กฎหมายต้องเป็นสิ่งที่เหมือนกันสำหรับทุกคน . . . พลเมืองทุกคนย่อมเสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมาย . . .”

นับตั้งแต่ต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐเองก็ได้อาศัยการพิจารณาถึงเจตนารมณ์แห่งคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 นี้เพื่อค้นหาและนำมาสร้างเป็นหลักกฎหมายทั่วไป[185] เช่น หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเสมอภาคและเสรีภาพต่าง ๆ ซึ่งในช่วงระยะเวลาต่อมาสภาแห่งรัฐยังได้อ้างอิงบทบัญญัติต่าง ๆ ในคำประกาศดังกล่าวเพื่อนำไปสร้างหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

แม้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ในปี ค.ศ. 1946 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ในปี ค.ศ. 1958 จะไม่ปรากฏร่องรอยของการรับรองหลักการดังกล่าวนี้อยู่โดยชัดแจ้งก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับนี้ต่างได้อ้างถึงและรับรองค่าบังคับของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 นี้ให้มีผลเสมือนกับเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันอยู่ด้วยแล้ว[186]

3.2.3.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจาก สภาแห่งรัฐได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยค้นหาจากบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เจตนารมณ์ของบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และจากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ.1789 แล้ว ปัจจุบันสภาแห่งรัฐยังได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยการค้นหาจากบรรดากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายสหภาพยุโรป ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาค้นหาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (Cour européenne des droits de l’homme) เป็นสำคัญ เช่น สิทธิของคนต่างด้าว (Les droits

---

[185]ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 62.

[186]สุรพล นิติไกรพจน์, “หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส,” **วารสารนิติศาสตร์** 24, 3 (กันยายน 2537): 589.

des étrangers) ซึ่งประกอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นหลักย่อยหลักแรก คือ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการส่งบุคคลข้ามแดน (extradition) โดยสภาแห่งรัฐได้มีแนวคำพิพากษาในการห้ามส่งบุคคลข้ามแดนในกรณีบุคคลผู้นั้นมีฐานะเป็นผู้ลี้ภัย ซึ่งกระบวนการนี้เป็นหลักประกันที่สำคัญนอกเหนือไปจากกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เพราะการส่งบุคคลข้ามแดนได้นั้นต้องให้บุคคลดังกล่าวพ้นจากการเป็นผู้ลี้ภัยเสียก่อน หลักย่อยของหลักว่าด้วยสิทธิของคนต่างด้าวหลักต่อมาคือหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการห้ามขับบุคคลออกนอกประเทศสำหรับบุคคลที่อาจจะได้รับโทษประหารในประเทศของตน ซึ่งกระบวนการขับบุคคลออกนอกประเทศเป็นกระบวนการของกฎหมายภายใน แต่การส่งบุคคลข้ามแดนเป็นกระบวนการของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยหลักกฎหมายว่าด้วยการส่งบุคคลข้ามแดนเป็นหลักที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพและชีวิตบุคคล นอกจากนี้ยังประกอบด้วยหลักย่อยต่อมาคือ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการอยู่ร่วมกันของครอบครัวผู้ลี้ภัย ซึ่งสภาแห่งรัฐได้รับรองสิทธินี้เช่นกัน การที่สภาแห่งรัฐให้ความสำคัญกับคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนนั้น เพราะเหตุว่ารัฐสมาชิกจะต้องเคารพในคำตัดสินของศาลดังกล่าว[187] ดังนั้น บรรดาคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐจึงต้องเคารพต่อคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปด้วยเช่นกัน เมื่อเวลาผ่านไป สภาแห่งรัฐก็ได้ให้ความสนใจแก่บรรดาคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปมากขึ้น จนถึงขนาดทำการพิจารณาค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปที่ซ่อนอยู่ในเจตนารมณ์ของคำพิพากษาต่าง ๆ ของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและนำมาปรับใช้กับคดี

3.2.3.4 กฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004

การออกกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 นั้นก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์แห่งสหภาพยุโรปที่มุ่งเน้นการเพิ่มบทบาทของทั้งภาครัฐและภาคเอกชนในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งฝรั่งเศสได้แก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อต้นปี ค.ศ. 2005 โดยเพิ่มเรื่องการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อมตามกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญว่า ประชาชนชาวฝรั่งเศสยึดมั่นในสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004[188] ซึ่งหลักการสำคัญที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม[189] มีดังต่อไปนี้

1) หลักการป้องกันล่วงหน้า (le principe de prevention เป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 มาตรา L.110-1 ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นการกำหนด หรือหามาตรการโดยใช้เทคโนโลยีที่จำเป็น และเหมาะสม เพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายที่ “สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า” หรือให้เกิดผลกระทบหรือความเสียหายน้อยที่สุดในด้านสิ่งแวดล้อม

---

[187]ชอง-ปีแอร์ เตรง, “หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 62.

[188]นันทวัฒน์ บรมานันท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 72.

[189]วรรณภา ติระสังขะ, **กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศส: หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (La charte de l’ environnement)**, หน้า 1-3, ค้นวันที่ 23 ธันวาคม 2559 จาก http: //www.pub-law.net

2) หลักการระมัดระวังมิให้เกิดความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม (le principe de precaution) เป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาประชาคมยุโรป (art.130-R.2 du traité de Maastricht) และในกฎหมายระหว่างประเทศในคำประกาศที่ Rio ในปี ค.ศ. 1992 ในหลักการข้อที่ 15 (principe 15 de la Déclaration de Rio) และได้บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 (art. L. 110-1ll) โดยหลักการดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐ หรือฝ่ายปกครองนำเอามาตรการต่าง ๆ ที่มีอยู่มาใช้ในกิจกรรม หรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม เพื่อระมัดระวังและป้องกันมิให้เกิดความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อมขึ้น หรือให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด รวมถึงการการระมัดระวังมิให้เกิด “ความเสี่ยง” ที่จะเกิดความเสียหายขึ้นด้วย โดยความเสียหายหรือผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งที่ “ไม่สามารถคาดการณ์ได้ล่วงหน้า” หลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้อย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องของการตัดต่อพันธุกรรม หรือ OGM เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของผู้บริโภค เป็นต้น

3) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้ชดใช้ (le principe pollueur-payeur) เป็นหลักการที่ได้บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 (art. L. 110-1) ซึ่งหมายถึงความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นตกเป็นของผู้ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย หรือก่อให้เกิดมลพิษทางด้านสิ่งแวดล้อมนั้นเอง โดยกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสได้นำหลักการดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ในหลายเรื่อง ได้แก่ ในเรื่องของภาษีหลาย ๆ รูปแบบ เช่น ภาษีของโรงงานอุตสาหกรรมที่ก่อมลพิษทางขยะ ทางอากาศ ทางเสียง ซึ่งรวมเรียกว่า “ภาษีทั่วไปของกิจกรรมที่ก่อให้เกิดมลพิษ” (la taxe générale sur l’activités polluantes) โดยเจ้าของโรงงานอุตสาหกรรม หรือผู้ก่อให้เกิดมลพิษทางสิ่งแวดล้อมต้องรับภาระเสียภาษีดังกล่าวเพิ่มขึ้น เป็นต้น

4) หลักว่าด้วยการมีส่วนร่วมของประชาชนและการเข้าถึงข้อมูลในด้านสิ่งแวดล้อม (le principe de participation et le principle d’information) เป็นหลักการที่สำคัญมากหลักการหนึ่ง โดยเป็นขั้นตอนในเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตัดสินใจในการกระทำของรัฐ หรือฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากรสิ่งแวดล้อม หรือการดำเนินงานใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อม โดยการมีส่วนร่วมนี้สามารถจัดทำในหลายรูปแบบ ได้แก่ การทำประชาพิจารณ์ (L’enquête publique) การอภิปรายสาธารณะ (Le débat public) การปรึกษาหารือ (La concertation) และการทำประชามติท้องถิ่น (Le référendum local) เป็นต้น ซึ่งหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้ในด้านต่าง ๆ อาทิเช่น การเวนคืน การจัดการผังเมือง และสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

5) หลักความรับผิดทางด้านสิ่งแวดล้อม (le principe de responsabilité écologique) เป็นหลักการที่มีขึ้นเพื่อเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม โดยอาจเป็นการชดใช้ต่อผู้ที่ได้รับความเสียหาย หรือต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบ หรือทำการฟื้นฟูสภาพแวดล้อมให้กลับมาคงสภาพเดิม ซึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งของฝรั่งเศสได้กำหนดถึงความรับผิดที่สามารถนำมาใช้กับหลักความรับผิดทางสิ่งแวดล้อมได้ 3 กรณี คือ กรณีแรก ความรับผิดที่มีการกระทำผิด (la responsabilité pour faute) ตามมาตรา 1382 และ 1383 โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากผู้ที่กระทำผิดหรือผู้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยในกรณีนี้ผู้เสียหาย หรือผู้มีหน้าที่พิสูจน์ความผิด หรือความเสียหายนั้นเอง กรณีต่อมา ความรับผิดที่ปราศจากการกระทำ

ความผิด (la responsabilité sans faute du fait des choses) ตามมาตรา 1384-1 ซึ่งกรณีนี้ตามแนวทางคำพิพากษาของศาลได้วางหลักไว้ว่า เป็นความผิดที่เกิดขึ้นโดยปราศจากทุกการกระทำผิดหรือละเมิดอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้รับผิดเอง โดยเป็นแนวความคิดที่ได้รับการขยายความจากคำพิพากษาของศาลที่ต้องการเยียวยาให้ผู้ได้รับความเสียหายได้รับการเยียวยาตามสมควร เช่น กรณีของความเสียหายที่เกิดจากตัวเครื่องจักรเอง หรือการใช้ผลิตภัณฑ์ทางเคมี เป็นต้น และกรณีสุดท้าย ความรับผิดที่ปราศจากการกระทำความผิดที่มีเหตุจากการรบกวนของเพื่อนบ้าน หรือบริเวณใกล้เคียง (le régime de responsabilité sans faute fondé sur la théorie des troubles de voisinage) ซึ่งความรับผิดดังกล่าวเป็นการพัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่กำหนดให้มีความรับผิดเกิดขึ้นในกรณีที่มีการรบกวนของเพื่อนบ้าน หรือโรงงานอุตสาหกรรมบริเวณใกล้เคียงในเรื่องของเสียง หรือกลิ่นที่ไม่พึงประสงค์เกินกว่ามาตรฐานปกติ เป็นต้น

6) หลักในเรื่องการให้การศึกษาในเรื่องสิ่งแวดล้อม (le principe de l'education) เป็นหลักการสำคัญที่เชื่อมโยงกับแนวความคิดในเรื่องของการพัฒนาที่ยั่งยืน เพราะความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันย่อมส่งผลให้เกิดแนวความคิดที่จะสามารถอนุรักษ์ และส่งเสริมรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมได้อย่างมีประสิทธิภาพและยาวนานต่อไป และเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งที่จะทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงสภาพ และปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ซึ่งจะก่อให้เกิดการแสดงออกทางความคิดเห็นของประชาชนในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจของรัฐหรือฝ่ายปกครองในโครงการด้านสิ่งแวดล้อมอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

7) หลักว่าด้วยการบูรณาการแนวคิดทางด้านสิ่งแวดล้อมไว้ในนโยบายสาธารณะ (le principe d'integration de l'environnement dans les politiques publiques) เป็นหลักการอันเป็นแม่บทที่ส่งผลให้หลักการอื่น ๆ หรือมาตรการอื่น ๆ ในการพัฒนาและอนุรักษ์คุณภาพสิ่งแวดล้อมนั้นสัมฤทธิ์ผลได้ เพราะการกำหนดแนวนโยบายสาธารณะของประเทศโดยคำนึงและตระหนักถึงนโยบายทางด้านสิ่งแวดล้อมย่อมจะเป็นผลให้มีการนำแนวคิดต่าง ๆ ในด้านสิ่งแวดล้อมมาใช้อย่างเป็นรูปธรรม โดยหลักการนี้ได้ถูกนำมาใช้ในกฎหมายหลายเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องการจัดการและการพัฒนาที่ยั่งยืนของพื้นที่ (l'aménagement et développement durable du territoire) เช่น การที่กฎหมายได้กำหนดให้มีการศึกษาผลกระทบล่วงหน้า โดยหลักการที่ให้นโยบายสาธารณะต้องคำนึงถึงหลักการในเรื่องสิ่งแวดล้อมนั้น ทำให้เกิดนโยบายของภาครัฐที่กำหนดให้มีการใช้ยานพาหนะที่ลดมลพิษทางด้านอากาศหรือเสียง เป็นต้น

นอกจากนี้ ในกฎบัตรว่าสิ่งแวดล้อม ได้มีการกำหนดแนวความคิดพื้นฐานที่สำคัญ ๆ 3 ประการ[190] คือ

ประการที่หนึ่ง แนวความคิดในเรื่องสมบัติของสาธารณะ (La notion de patrimoine commun) โดยแนวความคิดนี้มิได้มีการให้คำนิยามที่แน่นอนไว้ในบทบัญญัติใด แต่มีการยอมรับในกฎหมายระหว่างประเทศหลายสาขา เช่น กฎหมายทางทะเลระหว่างประเทศ หรือ

[190] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 3-4.

กฎหมายเรื่องการอนุรักษ์ภาษาต่าง ๆ ที่มีอยู่ซึ่งถือว่าเป็นภาษาที่เป็นสมบัติสาธารณะร่วมกัน เป็นต้น และกฎหมายภายในของฝรั่งเศสเองนั้น ได้มีการกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายผังเมือง มาตรา 110 และในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 ต่างได้มีการกล่าวถึงแนวความคิดดังกล่าว เช่น เรื่องของพื้นที่ทางธรรมชาติ หรือคุณภาพของอากาศ หรือคุณภาพของน้ำ ซึ่งเป็นสมบัติร่วมกันของสาธารณะ

ประการต่อมา แนวความคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในการมีสิ่งแวดล้อมที่ดี (Le droit de l'homme à un environnement sain) โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่จะมีคุณภาพชีวิตในด้านสิ่งแวดล้อมที่ดี และสิทธิดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิที่มีฐานะเทียบเท่ากับเสรีภาพในการเดินทาง (la libertè d'aller et venir) หรือสิทธิแห่งความเป็นเจ้าของ (le droit de propriété) อีกทั้งเป็นสิทธิส่วนบุคคล หรือเป็นสิทธิส่วนรวมของกลุ่มบุคคลก็ได้ โดยสิทธิดังกล่าวสามารถที่จะยกขึ้นกล่าวอ้างโต้แย้งได้ในทุกกรณี โดยก่อนที่จะมีการตื่นตัวทางด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้น ศาลยุติธรรมของฝรั่งเศสได้ตัดสินโต้แย้งว่า สิทธิในด้านสิ่งแวดล้อมมิได้ก่อให้เกิดสิทธิหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานแต่อย่างใด ต่อมาหลังจากที่มีการตื่นตัวอภิปรายเกี่ยวกับแนวความคิดด้านสิ่งแวดล้อม นับตั้งแต่กฎหมายว่าด้วยเรื่องการคุ้มครองธรรมชาติในปี ค.ศ. 1976 จนกระทั่งได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2000 มาตรา L.110-2 ว่า "สิทธิของบุคคลที่จะมีสิ่งแวดล้อมที่ดีนั้นให้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกา" (les lois et règlement organisent le droit de chacun à un environnement sain)

ประการสุดท้าย แนวคิดในเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน (le développement durable) โดยได้มีการกำหนดไว้ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมให้จัดทำนโยบายสาธารณะว่าจำต้องคำนึงถึง และสนับสนุนแนวความคิดในเรื่องการพัฒนาที่ยั่งยืน

ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเพื่อการยอมรับสิทธิมนุษยชนในด้านสิ่งแวดล้อมให้มีค่าเทียบเท่ากับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ในระดับรัฐธรรมนูญ และยกระดับหลักการขั้นพื้นฐานของสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ให้มีสถานะสูงกว่ากฎหมายทั่วไป โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่อยู่ในอรัภบทของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งบัญญัติให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสยึดมั่นในสิทธิและหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรสิ่งแวดล้อม และได้มีการนำกฎบัตรสิ่งแวดล้อมมาบัญญัติแนบท้ายไว้ในภาคผนวกของรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งผลที่ตามมา[191] คือ การออกกฎหมายลำดับรองทั้งหลายนั้นจำต้องคำนึงถึงหลักการ หรือแนวความคิดดังกล่าว และจะออกกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักการที่กำหนดไว้ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมิได้

ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของศาลอาจสรุปได้ว่า สภาแห่งรัฐได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปทั้งจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร เจตนารมณ์ของคำประกาศสิทธิของมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 และจากบรรดากฎเกณฑ์ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงการค้นหาจากกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ด้วย ซึ่งวิธีการที่สภาแห่งรัฐอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไป มี 4 วิธี[192] คือ

---

[191] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 1.

[192] ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 45-46.

วิธีการที่หนึ่ง สภาแห่งรัฐสามารถตรวจสอบความเป็นอยู่โดยทั่วไปของบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิในการต่อสู้คดี หลักกฎหมายทั่วไปในประเด็นนี้ยังหมายความถึง สิทธิในการต่อสู้คดีของข้าราชการด้วย ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ขยายขอบเขตการคุ้มครองออกไปให้ชัดเจนยิ่งขึ้นตามลักษณะของบุคคลผู้เรียกร้องสิทธิทางศาลในกรณีต่าง ๆ

วิธีการที่สอง สภาแห่งรัฐจะหยิบยกข้อความที่เป็นปัญหามาเปรียบเทียบกับข้อกฎหมายอื่น ๆ และพิจารณาประเด็นที่เป็นประเด็นเดียวกันแล้วบัญญัติหลักดังกล่าวให้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีที่มาจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่รู้จักกันเป็นการทั่วไป โดยวิธีการอ้างอิงหลักกฎหมายตามวิธีนี้ ถือเป็นการอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปที่พบมากที่สุด และมีผลให้หลักกฎหมายทั่วไปที่ได้มาจากการอ้างอิงดังกล่าวมีความเป็นปัจจุบันและสอดคล้องกับความเป็นจริงมากที่สุด

วิธีการที่สาม สภาแห่งรัฐสามารถ “สร้าง” หลักกฎหมายทั่วไปได้หากพิจารณาแล้วว่า เป็นหลักที่ชอบธรรม หรือเป็นหลักที่มีอยู่แล้วในความเป็นจริง เช่น สิทธิในการได้รับการชดเชยในกรณีความเสียหายทางด้านจิตใจ เป็นต้น

วิธีการที่สี่ สภาแห่งรัฐสามารถคัดสรรหลักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในสังคมปัจจุบัน และเป็นผู้ชี้ว่า หลักกฎหมายดังกล่าวมีคุณค่าเป็น “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นที่ยอมรับกันอย่างกว้างขวาง เช่น สิทธิในการมีชีวิตครอบครัวโดยปกติ (le droit de mener une vie familiale normale)

สำหรับการอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปของสภาแห่งรัฐในวิธีการที่สามและสี่นั้น จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง เนื่องจากเป็นการอ้างอิงโดยมีปัจจัยที่สำคัญ คือ ทัศนคติของตุลาการเป็นตัวตัดสินว่า หลักกฎหมายใดควรจะได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ดี สภาแห่งรัฐประสงค์จะให้หลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะสอดคล้องกลมกลืนไปกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้มากที่สุด โดยสภาแห่งรัฐพยายามอ้างอิงโยงไปหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติ “สะท้อน” หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเทคนิคของสภาแห่งรัฐในการอ้างอิงกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงหลักกฎหมายทั่วไปมีหลายวิธี เช่น ประการแรก สภาแห่งรัฐอ้างรัฐบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นหลาย ๆ ฉบับที่วางหลักสอดคล้องต้องกันว่าเป็นการสะท้อนหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สอง บทบัญญัติของกฎหมายเพียงฉบับเดียวที่สำคัญพอที่จะทำให้สภาแห่งรัฐเห็นว่าเป็นแนวทางใหม่ของหลักกฎหมาย สภาแห่งรัฐก็พร้อมที่จะยกขึ้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อันจะเห็นได้จากในคดี Aramu คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ C.E. ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1945 โดยคดีนี้สภาแห่งรัฐได้อ้างหลักกฎหมายทั่วไป เรื่องสิทธิในการปกป้องตนเองในกรณีถูกกล่าวหาทางวินัยจากกฎหมายข้าราชการพลเรือนเพียงฉบับเดียว ประการที่สาม สภาแห่งรัฐมักจะอ้างคำปรารภรัฐธรรมนูญและคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ว่าแสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไป ประการที่สี่ สภาแห่งรัฐมักจะให้ความสำคัญกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา หรือหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในฐานะที่แสดงให้เห็นถึงหลักกฎหมายทั่วไปด้วย และท้ายที่สุด สภาแห่งรัฐเองก็คำนึงถึงแนวความคิดทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และกฎหมายในแต่ละยุคในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปด้วย[193]

---

[193]บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี**, หน้า 255.

3.2.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองประเทศฝรั่งเศส

จากวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แสดงให้เห็นว่าค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปมิได้อยู่ในระดับใดระดับหนึ่งเพียงอย่างเดียว แต่หากมีค่าบังคับที่แตกต่างกัน ซึ่งกฎหมายที่อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าจะต้องเคารพต่อกฎหมายที่อยู่สูงกว่า ในขณะเดียวกันก็ใช้บังคับได้ต่อกฎหมายที่อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าด้วย โดยรูปแบบของกฎหมายว่าใครเป็นผู้ออกกฎหมาย คือ สิ่งที่เป็นตัวกำหนดว่ากฎหมายใดอยู่ในลำดับชั้นใด ตั้งแต่ระดับสูงสุดไล่ลงมาคือ รัฐธรรมนูญและสนธิสัญญา กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ รัฐบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง ยกเว้นกฎหมายลำดับรองที่เป็นกรณีเกี่ยวกับรัฐกำหนดตามมาตรา 38 ที่สามารถแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติได้ แต่อย่างไรก็ตาม รัฐกำหนดดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้และต้องเคารพต่อกฎหมายที่อนุญาตให้ออกรัฐกำหนด[194]

สำหรับสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศสนั้น ยังคงมีข้อถกเถียงซึ่งยังไม่เป็นข้อยุติว่าควรจะมีสถานะทางกฎหมายในระดับใด โดยมีการเสนอเกณฑ์เพื่ออธิบายถึงสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปไว้[195] ดังนี้

1. เกณฑ์เนื้อหา เป็นการพิจารณาเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไปใช้ในควบคุมรัฐบัญญัติ นิติกรรมทางปกครองมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ในการใช้เกณฑ์เนื้อหานี้มีสองมุมมองที่แตกต่างกัน โดยฝ่ายแรกเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ตุลาการรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นหรือที่สภาแห่งรัฐสร้างขึ้นต่างมีเนื้อหาเหมือนกัน จึงอยู่ในกลุ่มเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ (bloc constitutionnel) แต่จะขัดกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่ได้[196] ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปสกัดมาจากตัวบทกฎหมาย กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในระดับใด หลักกฎหมายทั่วไปก็จะมีสถานะทางกฎหมายเท่ากับกฎหมายหรือกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในระดับนั้น[197] เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดมาจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญ (le Préambule de la Constitution) หลักเสรีภาพและความเสมอภาคที่สกัดมาจากเจตนารมณ์ทั่วไปของกฎหมายมหาชน (l' esprit general du droit puplic) และหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะที่สกัดมาจากหลักกฎหมายพื้นฐาน (les principes fondamentaux du droit) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะมีคุณค่าเท่ากับรัฐธรรมนูญ

2. เกณฑ์องค์กร เป็นการพิจารณาองค์กรที่นำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นไปใช้ในการควบคุมรัฐบัญญัติ นิติกรรมทางปกครองมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเสนอโดย ศ. เรอเน่ ชาปู หรือกล่าวคือ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำหลักกฎหมายทั่วไปมาควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อ

---

[194] Jean Rivero et Jean Waline, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**, แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2545), หน้า 76-77.

[195] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม*, หน้า 437-438.

[196] René CHAPUS, **Droit Administratif general**, 3rd ed. (Paris: Montchrestien, 1987), pp. 69-70 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 272.

[197] พนม เอี่ยมประยูร, *เรื่องเดิม*, หน้า 45.

รัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่อยู่สูงกว่ารัฐบัญญัติ (le valeur infra constitutionnel et supra législative) แต่หากเป็นสภาแห่งรัฐนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ควบคุมรัฐกฤษฎีกามิให้ขัดต่อรัฐบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา (le valeur infra legislative et supra décrétale) เพราะอาศัยตรรกะที่ว่า รัฐสภาสามารถออกกฎหมายมาแก้ไขรัฐกฤษฎีกาได้เท่ากับว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ควบคุมรัฐกฤษฎีกามีสถานะต่ำกว่ารัฐบัญญัติและอยู่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา[198]

จะเห็นได้ว่า การจัดสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะอยู่ในระดับใด มีหลายความคิดเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าวมาข้างต้น ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าจะเห็นด้วยกับแนวคิดตามเกณฑ์ของฝ่ายใด แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ สภาแห่งรัฐ หากเห็นว่า รัฐบัญญัติ รัฐกฤษฎีกาขัดหรือแย้งกับหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลใช้แล้ว สิ่งเหล่านี้ก็ต้องถูกระงับการประกาศใช้หรือถูกเพิกถอนทั้งสิ้น[199]

อย่างไรก็ดี ปัจจุบันค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ควรแยกพิจารณาได้เป็นสองประเภทคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเป็นหลักกฎหมายทั่วไปดังเดิมโดยหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไม่ได้รับการยืนยันรับรองซ้ำจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ และอีกประการหนึ่งคือ หลักกฎหมายทั่วไปที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้การยอมรับ ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปจะมีค่าบังคับอย่างไร ก็มิได้มีผลกระทบต่อการวินิจฉัยคดี เพราะสภาแห่งรัฐไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญเพื่อนำมาตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง[200] ดังนั้น การที่ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของฝ่ายบริหารเท่านั้นก็เพียงพอที่จะนำมาใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองได้แล้ว หากกรณีที่เป็นสถานการณ์พิเศษจริง ๆ เท่านั้น ซึ่งที่ผ่านมามีเพียงครั้งเดียวที่สภาแห่งรัฐจำเป็นต้องอ้างหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญโดยกรณีดังกล่าวยังไม่อาจถือเป็นข้อยกเว้นได้

3.2.5 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองโดยสภาแห่งรัฐ

หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ได้รับการสร้างขึ้นโดยสภาแห่งรัฐและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยในวิทยานิพนธ์นี้ได้จะนำเสนอตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้เป็น 3.2.5.1 หลักความเสมอภาค 3.2.5.2 หลักความได้สัดส่วน 3.2.5.3 หลักความเป็นกลาง 3.2.5.4 หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และ 3.2.5.5 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

---

[198] René CHAPUS, *op.cit.*, pp. 69-70 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี**, หน้า 273.

[199] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เรื่องเดิม,* หน้า 461.

[200] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นของกฎหมาย,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 91-92.

3.2.5.1 หลักความเสมอภาค (Principe d' égalité)

หลักความเสมอภาค เป็นหลักพื้นฐานที่สภาแห่งรัฐนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรม ซึ่งนับเป็นหนึ่งในสามหลักการสำคัญที่ถือเป็นคำขวัญของประเทศฝรั่งเศส อันได้แก่ เสรีภาพ (la liberté) เสมอภาค (l'égalité) และภราดรภาพ (la fraternité)[201] หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ซึ่งมาจากแนวคิดพื้นฐานว่า มนุษย์เกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนจะต้องเคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน หลักนี้เป็นหลักสำคัญในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l'home et du citoyen) ค.ศ. 1789 ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789[202] ดังนี้

> . . . สภานิติบัญญัติแห่งชาตินี้ จึงรับรองและประกาศสิทธิดังต่อไปนี้ของมนุษย์ และพลเมืองแต่ละคนภายใต้การคุ้มครองของพระผู้เป็นเจ้า
>
> มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระ และเสมอภาคกันตามกฎหมายการแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม
>
> มาตรา 2 วัตถุประสงค์ของสังคมการเมืองทุกสังคมย่อมเป็นไปเพื่อการคุ้มครองรักษาสิทธิตามธรรมชาติ ซึ่งไม่มีอายุความของมนุษย์ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ ความมั่นคงปลอดภัยและการต่อต้านการกดขี่ข่มเหง
>
> มาตรา 6 กฎหมายคือ การแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกัน . . . กฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับคนทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมายและได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะ และงานภาครัฐตามความสามารถ โดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะพลังและพรสวรรค์ของแต่ละคน . . .

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ประเทศฝรั่งเศสในยุคนั้นได้ตระหนักถึงหลักสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชนและนำมาบัญญัติเป็นตัวบทกฎหมาย ถ้าพิจารณาแล้วจะเห็นว่าในช่วงนั้นของประเทศฝรั่งเศสเป็นยุคแห่งการปฏิวัติครั้งใหญ่ อันเกิดมาจากความไม่พึงพอใจในการปกครองประเทศของผู้ปกครองประเทศที่กดขี่ ข่มเหง เอาเปรียบประชาชนและไม่สนใจความเป็นอยู่ของ

---

[201] สมคิด เลิศไพฑูรย์, "หลักความเสมอภาค," **วารสารนิติศาสตร์** 30, 2 (มิถุนายน 2542): 164.

[202] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส," ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเวบไซต์ www.pub-law.net,** นันทวัฒน์ บรมานันท์, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2545), หน้า 98-101.

ประชาชน เมื่อมีการปฏิวัติเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1789 ผู้ก่อการปฏิวัติจึงต้องการประกาศเป็นลายลักษณ์อักษรรับรองสิทธิ เสรีภาพของปัจเจกชนเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคง และการรับประกันแก่ปัจเจกชนว่าจะไม่ได้รับการข่มเหงจากชนชั้นปกครองอีกต่อไป และถ้าสังเกตชื่อของคำประกาศ Déclaration des droits de l'home et du citoyen จะเห็นว่าเป็นการรับรองสิทธิมนุษยชนของประชาชนแต่ละคนและของพลเมืองแต่ละคน และหากพิจารณาคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ถึงที่มาในส่วนที่เกี่ยวกับหลักความเสมอภาค 2 ประการ คือ ประการแรก มาจากแนวความคิดทางปรัชญาแห่งสำนักกฎหมายธรรมชาติ ประกอบแนวความคิดปัจเจกชนนิยม ประการที่สอง มาจากสภาพความกดดันของสังคมในยุคนั้น อันนำไปสู่ความจำเป็นที่ต้องมีการรับรองสิทธิมนุษยชนดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นจนถึงทุกวันนี้ คำประกาศดังกล่าวเป็นเอกสารและหลักทางการเมืองสำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งของการปฏิวัติฝรั่งเศสและของโลก อันเป็นต้นแบบและหลักการทางการเมืองสมัยใหม่ ซึ่งทำให้ประเทศฝรั่งเศสได้ชื่อว่าเป็นประเทศแห่งสิทธิมนุษยชน

การประกาศรับรองหลักความเสมอภาคที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ได้เป็นต้นแบบของกฎหมายฝรั่งเศสที่ตามมาภายหลังว่า การบัญญัติตัวบทกฎหมายใดนั้นจะต้องคำนึงและเคารพหลักการแห่งความเสมอภาค ดังปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 วรรคสาม ที่บัญญัติว่า "กฎหมายให้หลักประกันว่าสิทธิของผู้หญิงเท่าเทียมกันกับสิทธิของผู้ชาย" นอกจากนี้ หลักความเสมอภาคยังปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 วรรคสาม บัญญัติว่า "อาศัยอำนาจตามหลักการดังกล่าวและหลักเสรีภาพในการตัดสินใจของประชาชน สาธารณรัฐได้มอบดินแดนโพ้นทะเลแสดงเจตจำนงที่จะเข้าร่วมกับสาธารณรัฐสถาบันใหม่ได้จัดตั้งขึ้นบนพื้นฐานของอุดมคติร่วมกันแห่งเสรีภาพ เสมอภาค และภราดรภาพ . . ." และในรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 ก็ได้บัญญัติว่า "ฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นกลางทางศาสนา เป็นประชาธิปไตย และเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของพลเมืองโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย โครงสร้างของสาธารณรัฐเป็นการกระจายอำนาจการปกครอง"[203]

หลักความเสมอภาคได้ปรากฏเป็นที่ยอมรับ และผูกพันองค์กรของรัฐในอันที่จะต้องเคารพและปฏิบัติ โดยเกณฑ์ของหลักความเสมอภาคมีหลักการ[204] ดังนี้

1) การใช้กฎเกณฑ์อันเดียวกันกับทุกคน เว้นแต่ว่าสถานการณ์แตกต่างกัน ในกรณีนี้หลักความเสมอภาค หมายความว่า ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน เว้นแต่ว่าสถานการณ์นั้นแตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงเป็นการต้องห้ามแก่ผู้บัญญัติกฎเกณฑ์จะต้องไม่ออกกฎเกณฑ์ให้มีผลปฏิบัติไม่เสมอภาคแก่บุคคล หรือเหตุการณ์ที่เหมือนกัน หรือที่เหมือนกันในสาระสำคัญโดยคำนึงถึงสถานการณ์ที่เกิดขึ้นด้วยว่าเป็นสถานการณ์เดียวกัน หรือสถานการณ์ใกล้เคียงกันหรือไม่ ถ้าเป็นสถานการณ์เดียวกันหรือใกล้เคียงกันแล้วก็ให้ใช้กฎเกณฑ์

---

[203] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), หน้า 20.

[204] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, "หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส," ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเวบไซต์ www.pub-law.net,** หน้า 102-104.

เดียวกัน ตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ.1982 กรณีการห้ามสมาคมทั้งหลายที่รับผิดชอบในกิจการวิทยุท้องถิ่นจัดเก็บค่าโฆษณาไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เพราะการห้ามดังกล่าวใช้บังคับกับองค์กรที่ได้รับอนุญาตในลักษณะเดียวกัน หรือในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 18 กันยายน ค.ศ. 1982 กรณีการอนุญาตให้เผยแพร่โฆษณาทางการเมืองในโทรทัศน์ในช่วงที่ไม่มีการหาเสียงเลือกตั้ง ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ทั้งนี้ เพราะในทางกฎหมายถือว่าได้เปิดโอกาสให้กับทุกพรรคการเมือง หรือทุกกลุ่มการเมืองแล้ว อย่างไรก็ดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเล็งเห็นว่าอาจจะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในทางปฏิบัติเกิดขึ้นได้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า คณะกรรมการการสื่อสารและเสรีภาพแห่งชาติมีอำนาจที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองการแสดงความคิดเห็นในระบอบประชาธิปไตยของกลุ่มการเมืองต่าง ๆ และป้องกันมิให้การเผยแพร่โฆษณาดังกล่าวเป็นอภิสิทธิ์แก่พรรค หรือกลุ่มการเมืองใดโดยเฉพาะ โดยเหตุที่พรรค หรือกลุ่มการเมืองดังกล่าวมีสถานะทางการเงินมากกว่าพรรคหรือกลุ่มการเมืองอื่น ๆ และกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกันย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค ตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 22 ตุลาคม ค.ศ. 1982 เป็นกรณีของการจำกัดความรับผิดของลูกจ้างและสหภาพแรงงานในกรณีที่มีการนัดหยุดงาน โดยให้รับผิดเฉพาะความเสียหายอันเกิดจากการกระทำผิดทางอาญา หรือความเสียหายอันเกิดจากการกระทำอื่นซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการหยุดงานหรือสิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพแรงงาน ซึ่งเป็นการยกเว้นความรับผิดทางแพ่งโดยทั่วไปนั่นเอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญถือว่าการจำกัดความรับผิดนี้ขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค เพราะเหตุผลของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีเจตนาต้องการคุ้มครองการใช้สิทธินัดหยุดงานและสิทธิในการรวมตัวเป็นสหภาพแรงงานนั้นยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะอธิบายถึงการยกเว้นความรับผิดดังกล่าวที่ละเมิดอย่างร้ายแรงต่อหลักความเสมอภาค[205]

2) การใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันนั้นต้องมีความสัมพันธ์กับสาระสำคัญของกฎเกณฑ์นั้น ในกรณีนี้ ผู้ตรากฎเกณฑ์จะต้องคำนึงถึงสาระสำคัญของกฎเกณฑ์ ซึ่งหมายความว่าความแตกต่างในการใช้กฎเกณฑ์นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ดังนั้น ถึงแม้จะอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกัน กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้บังคับนั้นต้องแตกต่างกันไปด้วย แต่ถ้าเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นสาระสำคัญ และอยู่ในสถานะที่เหมือนกันแล้วกฎเกณฑ์ที่บังคับนั้นก็จะต้องเป็นกฎเกณฑ์เดียวกัน เช่น กฎหมายบำเหน็จบำนาญกำหนดให้ข้าราชการต้องรับราชการ 10 ปีขึ้นไปจึงจะมีสิทธิรับบำเหน็จบำนาญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายบัญญัติให้ข้าราชการซึ่งรับราชการเพียง 2 ปี ที่ผู้บังคับบัญชาเห็นควรยกย่องให้ได้รับบำเหน็จบำนาญเท่ากับข้าราชการซึ่งได้บำนาญ 10 ปี เช่นนี้ย่อมทำไม่ได้ เพราะเมื่อเหตุไม่เหมือนกันคือ เวลาราชการไม่เท่ากันก็ควรได้รับผลปฏิบัติแตกต่างกันไม่ควรให้ได้รับผลปฏิบัติเสมอกัน แม้ว่าจะอยู่ในสถานะที่เป็นข้าราชการเหมือนก็ตาม

3) การอยู่ในสถานการณ์ที่เหมือนกันแต่ถ้าทำเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วก็สามารถใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ ในกรณีดังกล่าวคำนึงถึงเรื่องประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญกว่า

---

[205] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 165-166.

สิ่งอื่นใด ถึงแม้ว่าจะอยู่ในสถานการณ์เดียวกันก็ตามแต่เหตุของประโยชน์ส่วนรวมนั้นย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของปัจเจกชน ดังนั้น จึงไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการใช้กฎเกณฑ์เพื่อมาคุ้มครองปัจเจกชน เพราะความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเป็นเหตุผลที่ทำให้มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่ถือว่าขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคได้ และสภาแห่งรัฐได้ยืนยันหลักการนี้หลายครั้ง เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ในคดี Blancnard et Dachary ลงวันที่ 27 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ในคดี Syndicat des industriels en lentilles ลงวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1948 อย่างไรก็ตาม การเลือกปฏิบัติที่เป็นธรรมนั้นจะต้องคำนึงถึงลักษณะของบริการสาธารณะ (le objet du service) และหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการเลือกปฏิบัติ (le critère selon lequel est opéré la discrimination) ด้วย ส่วนบริการสาธารณะเป็นบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและการค้า เช่น กิจการประปา บำบัดน้ำเสีย ขนส่ง ตลาดนั้น การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม หรือราคาย่อมแตกต่างกันได้ และสภาแห่งรัฐยังถือว่าการใช้ “ที่อยู่อาศัย” เป็นเกณฑ์ในการเลือกปฏิบัติเพื่อรับนักเรียนเข้าศึกษาไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับหลักความเสมอภาค แต่หากใช้สถานะทางการเงินเป็นเกณฑ์แล้วย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายมหาชนที่ว่าประโยชน์สาธารณะหรือผลประโยชน์ของมหาชนย่อมมีความจำเป็นเหนือผลประโยชน์ของเอกชนได้รับการนำมาปรับใช้กับหลักความเสมอภาคด้วย[206]

4) การอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่ต้องเคารพต่อหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องไม่เป็นการก่อเกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถึงแม้จะยอมรับได้ว่าถ้าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แม้อยู่ในสถานการณ์เดียวกันก็สามารถใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ แม้ว่าจะเป็นการกระทบต่อหลักความเสมอภาคและก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติก็ตามที แต่อย่างไรก็ดี การกระทำดังกล่าวนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถ้าเป็นเช่นนี้แล้วก็ไม่สามารถใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้ การแบ่งแยกอย่างที่ไม่สามารถยอมรับได้นั้นที่เห็นได้ชัดคือ การแบ่งแยกที่เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ เช่น การแบ่งแยกในเรื่อง แหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา เพศ เป็นต้น

การนำหลักความเสมอภาคในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้โดยสภาแห่งรัฐนั้น อาจแสดงให้เห็นถึงตัวอย่างของการนำไปใช้ ซึ่งหลักดังกล่าวประกอบด้วยหลักย่อย 4 หลักคือ หลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ และหลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ ดังนี้

(1) หลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย

สภาแห่งรัฐนำหลักความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองไว้ภายใต้หลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (l’eglité devant la loi) เช่น ในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1931 ในคดี Roubeau ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า นายกเทศมนตรีอาจสงวนอำนาจไว้ในข้อกำหนดของตนเพื่ออาศัยอำนาจดังกล่าวสั่งการไม่นำข้อบัญญัติมาใช้เมื่อเกิดสถานการณ์พิเศษที่มีเหตุอันสมควรรับฟังได้ว่าไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของข้อบัญญัติ สภาแห่งรัฐเห็นว่า บทบัญญัติ

---

[206] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 169.

ในลักษณะดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของพลเมืองภายใต้กฎหมาย[207] ส่วนกรณีที่สภาแห่งรัฐเห็นว่า การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองขัดต่อหลักความเสมอภาค[208] เช่น ในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2000 คดี Union nationalev intersyndicale des enseignants de la conduit สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า การใช้บังคับกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมและการจำกัดเวลาการใช้พลังงานทำให้เมืองปารีสต้องออกประกาศกำหนดการควบคุมและการจำกัดเวลาการใช้รถประจำทางหรือรถยนต์ที่มีการใช้งานต่อเนื่อง แต่ข้อจำกัดที่กำหนดนี้ไม่รวมถึงรถยนต์ขนาดเล็กและยกเว้นให้กับรถยนต์ที่ใช้ในการบริการประชาชนในลักษณะอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่องานบริการสาธารณะบรรลุผลตามที่ได้กำหนดประเภทไว้ท้ายประกาศ เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการสาธารณะบรรลุผลตามที่ได้กำหนดประเภทไว้ท้ายประกาศ เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการยกเว้นดังกล่าว จึงเห็นได้ว่า รถยนต์รับส่งนักเรียนหรือรถยนต์ที่ใช้ในกิจการเพื่อการศึกษาก็ควรได้รับการยกเว้นด้วยเช่นกัน ดังนั้น การที่สำนักงานตำรวจจราจรเมืองปารีสปฏิเสธการยกเว้นข้อบังคับให้แก่รถยนต์รับส่งนักเรียนหรือรถยนต์ที่ใช้ในกิจการเพื่อการศึกษาจึงขัดต่อหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย

หลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายกับหลักความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม (l'eglité devant la justice) นั้น มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกัน จนอาจกล่าวได้ว่า ความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรมในกรณีเฉพาะของการนำเอาหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมายมาใช้ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า[209] การที่กฎหมายกำหนดให้การพิจารณาคดีลหุโทษนั้น ผู้พิพากษาศาลอาญาเพียงนายเดียวสามารถที่จะพิจารณาคดีลหุโทษทั้งหลายได้ เว้นแต่อธิบดีผู้พิพากษาจะเป็นผู้กำหนดให้คดีนั้นอาจพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาได้ กรณีนี้กฎหมายดังกล่าวย่อมขัดกับหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย เพราะกฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นอุปสรรคต่อการที่ประชาชนจะตกอยู่ภายใต้ความรับผิดหรือกระบวนการยุติธรรมอย่างเดียวกัน

(2) หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการสาธารณะ

หลักความเสมอภาคเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเดียวกันในสถานการณ์ที่เหมือนกัน ดังนั้น หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการสาธารณะ (l'eglité devant les services publics) แล้ว การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อผู้ใช้บริการสาธารณะจึงต้องมีความสัมพันธ์ที่สมเหตุสมผลว่ามีสถานการณ์ที่แตกต่างกัน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของผู้ใช้บริการที่อาศัย หรือมีที่ทำงานในเขตขององค์การบริหารส่วนจังหวัดที่จัดทำบริการสาธารณะให้แตกต่างไปจากอัตราของบุคคลอื่นย่อมไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค[210] อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อเท็จจริง หรือสาระสำคัญที่แตกต่างกันฝ่ายปกครองอาจกำหนดเงื่อนไขใน

---

[207] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 11.

[208] สำนักงานศาลปกครอง, **สรุปหลักกฎหมายหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2552), หน้า 37.

[209] Bruno GENEVOIS, **La Juvisprudence du Cousell Constitutionnel Principle Directeure** (Paris: STH., 1988), pp. 234-235 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 171.

[210] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 173-174.

การเข้าใช้บริการสาธารณะให้แตกต่างกันได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 5 ตุลาคม ค.ศ. 1984 คดี Commissaire de la république de l'Ariège สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อการจัดให้มีโรงอาหารของโรงเรียนหรือไม่นั้นไม่ใช่เรื่องบังคับ การที่เทศบาลจัดให้มีโรงอาหารของโรงเรียนและเรียกเก็บค่าบริการเฉพาะเด็กนักเรียนที่มีภูมิลำเนาในท้องถิ่นอื่น หรือเรียกเก็บค่าบริการจากเด็กในท้องถิ่นของตนในราคาต่ำกว่าเด็กนักเรียนต่างท้องที่นั้น ตราบใดที่ราคาเรียกเก็บไม่สูงไปกว่าราคาต้นทุนแล้ว เทศบาลสามารถออกข้อกำหนดเรื่องราคาให้เป็นประโยชน์เฉพาะแก่เด็กนักเรียนในท้องถิ่นของตนได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากรัฐ ส่วนกรณีที่สภาแห่งรัฐเห็นว่า การออกประกาศของฝ่ายปกครองบางประเภทมีลักษณะเป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ เช่น ในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1996 คดี le Groupement Francais de l'Hélicoptère ประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมที่มีวัตถุประสงค์ในการลดเสียงรบกวนจากเครื่องยนต์เฮลิคอปเตอร์ โดยกำหนดให้เฮลิคอปเตอร์ขนาดเล็กบรรจุผู้โดยสารไม่เกิน 5 คน และเฮลิคอปเตอร์ที่มีเสียงเครื่องยนต์เกินกว่าที่กำหนดให้สามารถใช้สนามบินขึ้นลงในตอนกลางคืนได้ไม่เกิน 10 ครั้งต่อปี ประกาศฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงเฮลิคอปเตอร์ที่ใช้ในการสำรวจที่มีภารกิจมากกว่า 12 ครั้งต่อปี ซึ่งภารกิจเหล่านี้ได้แจกแจงไว้ท้ายประกาศฉบับนี้ นอกจากนี้ ผู้ดำเนินการในภารกิจได้ตลอดเวลา จึงเห็นได้ว่า เจ้าของเฮลิคอปเตอร์ที่ใช้ในการสำรวจได้รับสิทธิประโยชน์ในการใช้สนามบินมากกว่าเจ้าของเฮลิคอปเตอร์ทั่วไป ประกาศฉบับนี้จึงขัดกับหลักความเสมอภาคในการใช้บริการสาธารณะ[211]

(3) หลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ

หลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ (l'eglité dans les employs publics) โดยหลักแล้วถือว่าการสอบแข่งขันเป็นวิธีการคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานภาครัฐที่เหมาะสมและเสมอภาคที่สุด อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่ถือว่าการสอบแข่งขันนั้นเป็นวิธีการเดียวที่จะคัดเลือกบุคคลเข้าทำงานภาครัฐเท่านั้น ดังนั้น การที่กำหนดให้สมาชิกสภาท้องถิ่นที่ดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 8 ปี ผู้บริหารสหภาพแรงงาน ผู้บริหารสมาคมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือกันระหว่างสมาชิกเป็นผู้มีสิทธิสอบเข้าวิทยาลัยการบริหารแห่งชาตินั้นไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค แต่ในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งระหว่างบุคคลในระดับ หรือประเภทเดียวกันให้แตกต่างกันนั้นสภาแห่งรัฐเห็นว่า เป็นกรณีที่ขัดกับหลักความเสมอภาค[212] และสภาแห่งรัฐยังได้มีคำพิพากษาที่แสดงให้เห็นถึงหลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ (l'eglité dans les employs publics) เช่น ในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1954 คดี Barel สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ข้าราชการผู้หนึ่งจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันจากหน่วยงานต้นสังกัด หากเขาอยู่ในตำแหน่งหน้าที่และมีลักษณะงานในหน้าที่รับผิดชอบเท่าเทียมกับข้าราชการผู้อื่น ดังนั้น รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีจะต้องออกคำสั่งกำหนดรายชื่อข้าราชการทุกคนที่มีสิทธิหรือมีคุณสมบัติในการได้รับคัดเลือกเพื่อเข้าอบรมในวิทยาลัยการบริหารแห่งชาติโดยคำนึงถึง

---

[211] สำนักงานศาลปกครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 58-59.

[212] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 172.

หลักความเสมอภาคในการรับราชการ โดยไม่เลือกว่าบุคคลใดจะมีความคิดทางการเมืองอันเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐหรือไม่[213] หรือในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1936 คดี Demoiselle BOBARD et autres[214] กระทรวงการสงครามได้ออกกฤษฎีกากำหนดคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งระดับสูงของกระทรวงไว้ให้แก่บุคลากรชายเท่านั้นจึงถูกบุคลากรหญิงโต้แย้งว่ากฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลเกี่ยวกับการทำงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐพิจารณาว่า หญิงมีความสามารถโดยชอบด้วยกฎหมายในงานที่ขึ้นตรงต่อราชการส่วนกลางของกระทรวงต่าง ๆ แต่ฝ่ายปกครองก็สามารถกำหนดคุณสมบัติที่จำเป็นสำหรับงานในตำแหน่งหน้าที่ใด ๆ ในกระทรวงได้ โดยอาจกำหนดข้อจำกัดสำหรับการรับบุคคลเข้าทำงาน หรือหลักเกณฑ์การเลื่อนขั้นตำแหน่งเฉพาะบุคลากรหญิงได้ หากข้อจำกัดดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับหน้าที่นั้น ๆ ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลที่รับฟังได้ว่าจำเป็นสำหรับตำแหน่งหน้าที่นั้น ๆ จริง มิได้เกิดจากเหตุอื่น

4) หลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ

หลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ (l'eglité devant les charges publiques) ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 ในคดี Couiteas เป็นคำพิพากษาที่วางหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดของรัฐ โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธไม่ใช้กำลังเข้าจัดการบังคับให้มีการปฏิบัติตาม ซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินว่า รัฐบาลมีหน้าที่ในการกำหนดวิธีการที่จะบังคับตามคำพิพากษา ขณะเดียวกันก็มีสิทธิปฏิเสธที่จะใช้กำลังทางการทหารเข้าดำเนินการบังคับ หากเห็นว่าการใช้กำลังบังคับจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง การปฏิเสธของรัฐบาลดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมืองจึงเป็นการกระทำที่ชอบแล้ว แต่ก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ชนะคดี ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะกำหนดว่า ค่าเสียหายดังกล่าวชุมชนต้องร่วมรับผิดชอบเท่าไหร่ ค่าเสียหายที่ชุมชนต้องรับผิดชอบคือ จำนวนความเสียหายที่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้[215] และปรากฏให้เห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งเคยวินิจฉัยถึงความเสมอภาคในเรื่องภาษีเอาไว้หลายกรณี โดยเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีอำนาจที่จะกำหนดฐานภาษีได้เองโดยคำนึงถึงหลักความเสมอภาค และฝ่ายนิติบัญญัติยังสามารถให้มีการจัดเก็บภาษีที่แตกต่างกันโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของกิจกรรมที่หลากหลายของผู้ใช้แรงงานได้ เช่นเดียวกับกรณีที่มีการกำหนดอัตรายกเว้นที่ต่างกันโดยคำนึงถึงผลประกอบการ การกำหนดอัตราภาษีที่แตกต่างกัน หรือการให้ประโยชน์ทางภาษีด้วยการกระตุ้นให้มีการจัดและพัฒนามูลนิธิ หรือสมาคมทางวัฒนธรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมแล้วย่อมไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค[216]

จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับว่ามีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ เป็นหลักประสิทธิของประชาชนว่าจะต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่าง

---

[213] สำนักงานศาลปกครอง, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

[214] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

[215] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 11-13.

[216] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 172.

เท่าเทียมกัน หลักนี้เป็นหลักสำคัญในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 เป็นหลักพื้นฐานที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และสภาแห่งรัฐนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรม

3.2.5.2 หลักความได้สัดส่วน (Principe de proportionnalité)

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจ โดยบังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ[217] แม้รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะไม่ได้บัญญัติหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Bloc Constitutionnel) หลักกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วยหลักการย่อยๆ สามประการ[218] คือ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in Stricto Sensu)

1) หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้รัฐสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ รัฐจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น โดยหากกฎหมายมีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิมย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดที่ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลกฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมเรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุ และผลระหว่างมาตรการที่รัฐออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล ดังนั้น หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (Common Sense) นั่นเอง โดยหากรัฐออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่ารัฐประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ

2) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่าง ซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์ หรือความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน รัฐต้องตัดสินใจเลือกเอามาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ซึ่งความคิดที่เป็น

---

[217] Paul Muller, **Le principle de la proportionnalite** (Bale: N.p., 1978), p. 198 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, หน้า 145.

[218] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, หน้า 85-94.

รากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม เช่น คดีที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส องค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวประจำเมือง Nevers ได้เชิญนาย René Benjamin มาแสดงปาฐกถาในทางวรรณคดีให้แก่บุคคลทั่วไปฟังที่เทศบาลเมืองดังกล่าว ปรากฏว่าได้มีครูหลายคนได้แจ้งให้นายกเทศมนตรีทราบว่าพวกเขาจะต่อต้านการปาฐกถาครั้งนี้ทุกวิถีทาง บรรดาครูดังกล่าวได้เชื้อเชิญให้มีการเดินขบวนต่อต้านการปาฐกถาครั้งนี้โดยทางหนังสือพิมพ์ ใบปลิว หลังจากที่มีการแสดงออกดังกล่าว นายกเทศมนตรีจึงมีคำสั่งห้ามการแสดงปาฐากถา องค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวประจำเทศบาลจึงได้ออกประกาศว่าจะให้มีการแสดงปาฐกถาเป็นการส่วนตัวเฉพาะกลุ่มบุคคลแทน นายกเทศมนตรีก็ออกคำสั่งห้ามเป็นครั้งที่สองอีก นาย René Benjamin จึงได้ร้องต่อสภาแห่งรัฐให้เพิกถอนคำสั่งห้ามทั้งสองโดยอ้างว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดและคำสั่งห้ามทั้งสองครั้งขัดต่อรัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุมซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินว่า เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสำนวน ข้ออ้างของนายกเทศมนตรีเมือง Nevers ที่เกี่ยวกับความไม่สงบเรียบร้อยดังกล่าวยังไม่ร้ายแรงถึงขนาดว่า ถ้าไม่ห้ามการแสดงปาฐกถาดังกล่าวแล้วเขาจะไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยโดยใช้มาตรการต่าง ๆ ที่เขามีอำนาจจะใช้ได้ตามกฎหมาย ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงข้ออ้างเรื่องการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด ผู้ร้องก็มีเหตุที่อ้างว่าคำสั่งที่ร้องขอให้เพิกถอนได้ออกโดยไม่มีอำนาจให้กระทำได้

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in Stricto Sensu) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและหรือสังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนที่จะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของรัฐ กล่าวคือ ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่สามารถดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เมื่อนำมาใช้บังคับแล้วอาจก่อให้เกิดประโยชน์และโทษในขณะเดียวกัน ประโยชน์ที่เกิดขึ้นคือประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดขึ้น ส่วนโทษเป็นผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่ก่อประโยชน์แก่มหาชนมากกว่าสร้างความเสียหายให้กับเอกชน ดังนั้น ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้รัฐสามารถใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากการลงมือปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรการนั้นจะยังผลให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะบังเกิดความเสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ รัฐจะต้องไม่ใช้มาตรการนั้นไปบังคับใช้กับประชาชน หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้จึงเรียกร้องว่ามาตรการที่รัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมายมาบังคับใช้กับประชาชนต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ และถ้าก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้วย่อมถือได้ว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น รัฐจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อโทษให้แก่ประชาชนหรือส่วนรวมมากกว่าก่อประโยชน์ไม่ได้ แม้มาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุ

วัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจใช้บังคับกับประชาชนได้ เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ.1971 คดี Ville Nouvelle-Est โดยข้อเท็จจริงในคดี เป็นเรื่องปัญหาการเพิ่มขึ้นของจำนวนนักศึกษาในตัวเมือง Lille ทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสต้องการที่จะขยับขยายและย้ายการเรียนการสอนไปอยู่นอกตัวเมือง Lille ทางทิศตะวันออก ในการนี้รัฐบาลได้ตัดสินใจที่จะสร้างศูนย์การศึกษาของมหาวิทยาลัยขึ้นที่สามารถรับนักศึกษาได้ถึง 35,000 คน และสร้างเมืองใหม่ที่สามารถมีที่พักอาศัยได้ถึง 25,000 หลัง เพื่อให้โครงการดังกล่าวสำเร็จจึงต้องมีการเวนคืนที่ดินและรื้อถอน 250 หลังคาเรือน ต่อมามีการแก้ไขโครงการใหม่จึงรื้อถอนเพียง 88 หลังคาเรือน จากนั้นสมาคมพิทักษ์รักษาประโยชน์ของผู้เดือดร้อนได้เสนอให้เปลี่ยนแนวเขตถนนเสียใหม่ที่สามารถรักษาบ้านเรือนไว้ได้อีกจำนวนหนึ่งซึ่งรัฐบาลไม่ทำตามโดยอ้างว่าโครงการดังกล่าวเป็นโครงการเพื่อสาธารณประโยชน์ ชมรมดังกล่าวอ้างว่าการรื้อถอนบ้านนั้นสามารถหลีกเลี่ยงได้โดยเปลี่ยนแนวเขตถนนได้ การกระทำดังกล่าวของรัฐบาลทำให้ต้นทุนของโครงการสูงเกินเหตุ และไม่ถือเป็นสาธารณประโยชน์จึงนำคดีมาสู่สภาแห่งรัฐ ในคดีนี้สภาแห่งรัฐ ได้ตัดสินว่า “โดยพิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินการใดจะเป็นการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ได้ก็ต่อเมื่อการกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของเอกชน ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และความเสียหายอื่น ๆ ต่อสังคมอันเกิดจากโครงการนั้นต้องไม่มากเกินขนาดเมื่อเทียบกับประโยชน์ที่โครงการนั้นก่อให้เกิดขึ้น” ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยกฟ้องคดีดังกล่าว[219]

สภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง 4 กรณี[220] ดังนี้

1) การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน

หลักความได้สัดส่วนเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างวัตถุประสงค์ หรือเป้าหมายของการกระทำทางปกครองกับวิธีการดำเนินงานเพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าว ดังนั้น หากมีวิธีดำเนินการที่ฝ่ายปกครองสามารถนำมาใช้เพื่อให้บรรลุเป้าหมายได้หลายวิธี ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกใช้วิธีการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐจะต้องยอมรับว่าฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน ฝ่ายปกครองจึงต้องมีอำนาจโดยทั่วไปในการออกกฎ ระเบียบต่าง ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เช่น เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการเคลื่อนไหว เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณากรณีพิพาทที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของประชาชน เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1990 ในคดี Pichiné สืบเนื่องจากรัฐกฤษฎีกา ปี ค.ศ. 1961 ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีด้านวัฒนธรรม (Le Ministère de la Culture) ในการสั่งห้ามฉายภาพยนตร์เรื่องใดเรื่อง

---

[219] Jacquelin Morand-Deviller, *op.cit.,* pp. 229-230 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน,** หน้า 154.

[220] บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์, “หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 19, 1 (เมษายน 2543): 190-197.

หนึ่งแก่ผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 13 ปี หรือ 18 ปี แล้วแต่กรณี หรือสั่งห้ามฉายภาพยนตร์โดยสิ้นเชิง ในข้อพิพาทนี้รัฐมนตรีด้านวัฒนธรรมได้อนุญาตให้มีการฉายภาพยนตร์เรื่อง The Last Temptation of Christ ซึ่งก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในสังคม จึงมีการฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐเพื่อขอเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าว ในการนี้สภาแห่งรัฐเห็นว่าผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนอันเกิดจากการฉายภาพยนตร์ดังกล่าวมิได้มีความรุนแรงตามที่มีการโต้แย้ง อีกทั้งไม่เป็นการกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อจิตสำนึก หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของประชาชนแต่ประการใด คำสั่งอนุญาตของรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวชอบแล้ว และในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1993 คดี Benjamin ซึ่งสภาแห่งรัฐได้รับรองว่า นายกเทศมนตรีซึ่งมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะดำเนินการมาตรการใด ๆ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในชุมชนนั้นจะต้องใช้อำนาจของตนโดยคำนึงถึงการเคารพต่อเสรีภาพในการนัดชุมนุม แต่ตามข้อเท็จจริงของคดีนายกเทศมนตรียังสามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของชุมชนได้โดยไม่จำเป็นต้องสั่งห้ามการนัดชุมนุมทางวรรณกรรม โดยกำหนดมาตรการทางตำรวจที่จำเป็นแก่การนั้น ทั้งนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับระดับความรุนแรงของผลกระทบต่อความเรียบร้อยของสาธารณชนที่อาจเกิดขึ้นจากการนัดชุมนุมนั้น สภาแห่งรัฐจึงได้เพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีที่สั่งห้ามการนัดชุมนุมดังกล่าว เนื่องจากการสั่งห้ามดังกล่าวเป็นวิธีการที่ไม่ได้สัดส่วนเมื่อเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของสาธารณชน

2) การลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน

การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน สภาแห่งรัฐมักจะดำเนินการควบคุมขั้นต่ำ (contrôle minimum) โดยจะพิจารณาแต่เพียงว่าการลงโทษทางวินัยดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ และข้อเท็จจริงที่ฝ่ายปกครองยกขึ้นเป็นข้อกล่าวอ้างมีคุณสมบัติทางกฎหมาย (qualification juridique des faits) อันเป็นเหตุแห่งการลงโทษหรือไม่ และสภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่า “มิใช่หน้าที่ของศาลที่จะตัดสินว่าขอบเขตของการลงโทษที่กำหนดโดยฝ่ายปกครองนั้นสอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือไม่” เนื่องจากการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือนเป็นกรณีเกี่ยวกับความประพฤติโดยทั่วไปของข้าราชการพลเรือน ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาพอสมควรในการสังเกตพฤติกรรมที่เป็นการกระทำความผิดกับโทษที่จะลงสำหรับความผิดนั้น ในการที่สภาแห่งรัฐเข้าควบคุมขั้นต่ำในเรื่องการลงโทษทางวินัยนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการควบคุมที่ขาดประสิทธิภาพและนำมาซึ่งการใช้อำนาจเกินขอบเขตของฝ่ายปกครอง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงได้มีการปรับเปลี่ยนแนวทางในการดำเนินการใหม่ โดยนำหลักความได้สัดส่วนมาประกอบการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการพลเรือน เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1978 ในคดี Lebon โดยคดีนี้นาย Lebon มีอาชีพเป็นครู ถูกกล่าวหาว่าประพฤติหยาบโลนต่อเด็กนักเรียนหญิง และด้วยเหตุนี้จึงถูกฝ่ายปกครองไล่ออก สภาแห่งรัฐปฏิเสธที่จะพิจารณาอุทธรณ์ของนาย lebon เพราะเห็นว่าฝ่ายปกครองมิได้ใช้อำนาจดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน ซึ่งการลงโทษดังกล่าวได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดตามข้อเท็จจริง และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 ในคดี Vinolay คดีนี้ประธานคณะกรรมการการเกษตรชุมชนถูกไล่ออก เนื่องจากความล่าช้าของตนในการตอบข้อซักถามของกระทรวงการคลัง การล่าช้าดังกล่าวถือเป็นการกระทำความผิดในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้เพิกถอนคำสั่งไล่

ออกดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าความบกพร่องในการปฏิบัติงานตามกฎระเบียบของการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง (une bonne administration) จะเป็นเหตุ อันสมควรที่บุคคลนั้นจะต้องได้รับโทษทางวินัย แต่ก็ไม่เป็นเหตุถึงขนาดที่จะกำหนดโทษไล่ออก อันเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดอย่างชัดเจน ซึ่งรุนแรงเกินขอบเขตตามอัตราโทษที่กำหนดในกฎระเบียบนั้น

3) การวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน

จากสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนที่ประกอบด้วย 3 หลักการย่อย คือ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักแห่งความจำเป็น และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ โดยการดำเนินการใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่ไม่เป็นไปตามหลักการใดหลักการหนึ่งที่ประกอบขึ้นเป็นหลักความได้สัดส่วน ย่อมถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับหลักความได้สัดส่วน และอาจนำไปสู่การเพิกถอนโดยสภาแห่งรัฐ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดินของเอกชน เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1971 คดี Ville Nouvelle-Est คดีนี้รัฐบาลฝรั่งเศสมีนโยบายที่จะลดความแออัดของเมือง Lille ซึ่งเป็นเมืองมหาวิทยาลัยที่มีนักศึกษาอยู่เป็นจำนวนมากไปอยู่นอกเมือง จึงได้จัดทำศูนย์การศึกษา และสร้างเมืองใหม่เพื่อรองรับนักศึกษา และประชากรในอนาคต โดยมีการเวนคืนที่พักอาศัยเพื่อเตรียมดำเนินโครงการดังกล่าว ผู้อยู่อาศัยในบริเวณที่ถูกเวนคืนได้ต่อต้านการดำเนินการดังกล่าวเป็นอย่างมาก โดยอ้างว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการนี้สภาแห่งรัฐได้พิจารณาผลกระทบทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของโครงการดังกล่าวประกอบกับความสำคัญของโครงการแล้วเห็นว่า การที่จะต้องรื้อบ้านพักอาศัยหลายครัวเรือนนั้นมิได้ทำให้ลักษณะ “ประโยชน์สาธารณะ” ของโครงการดังกล่าวต้องสูญสิ้นไปแต่อย่างใด นอกจากนี้สภาแห่งรัฐได้วางหลักกฎหมายไว้ในคำพิพากษานี้ว่า โครงการใดโครงการหนึ่งจะถือว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่าการละเมิดของปัจเจกบุคคล ค่าใช้จ่ายหรือผลกระทบด้านการเงินที่เกิดขึ้นและความเสียหายทางสังคมที่อาจเป็นไปได้ไม่เกินขอบเขตเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่โครงการนั้นจะทำให้เกิดขึ้น

4) การป้องกันสภาพแวดล้อม

สภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้สภาพแวดล้อมถูกทำลาย เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 1979 คดี Dep. De la Savoie กลุ่มผู้ร่วมต่อต้านการสร้างสถานีพลังงานนิวเคลียร์ อ้างว่า โครงการดังกล่าวมิได้ดำเนินไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากความไม่มีประสิทธิภาพอย่างเพียงพอของการศึกษาวิจัยในเบื้องต้น จำนวนค่าใช้จ่ายในการดำเนินงานมีจำนวนมหาศาลกับมีความเสี่ยงในการดำเนินงานต่อสภาพแวดล้อมในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุ และการก่อสร้างตามโครงการดังกล่าวจะทำให้สภาพแวดล้อมตามธรรมชาติของพื้นที่ในบริเวณนั้นสูญเสียไป ในกรณีนี้สภาแห่งรัฐ เห็นว่า ในด้านหนึ่งความไม่ได้สัดส่วนระหว่างความต้องการพลังงานและความสามารถในการนำเอาแหล่งทรัพยากรในประเทศมาใช้ประโยชน์ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าด้วยวิธีการอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากวิธีการในอดีต และอีกด้านหนึ่งข้อบังคับที่กำหนดให้ผู้ก่อสร้างและผู้ดำเนินงานติดตั้งสถานีพลังงานนิวเคลียร์ปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดในอันที่จะต้องระมัดระวังเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยของการก่อสร้างสถานีดังกล่าว

อีกทั้งการก่อสร้างโรงงานนิวเคลียร์ในพื้นที่ที่กำหนดไว้นั้นจะไม่ก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อสภาพแวดล้อมอย่างใด ดังนั้น จึงไม่มีข้อเท็จจริงใดที่บ่งชี้ว่าโครงการดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลกระทบหรือผลเสียหายใด ๆ ไม่ว่าในด้านเศรษฐกิจและการเงิน ไม่ว่าจะพิจารณาในประเด็นเรื่องความปลอดภัย หรือประเด็นเรื่องสภาพแวดล้อมที่อาจมีผลลบล้างลักษณะประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าว และในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1995 คดี Syndicat CFDT des marins-pêcheurs de la rade de Brest กลุ่มชาวประมงทางทะเลในเมือง Brest ได้รวมตัวกันคัดค้านการก่อสร้างศูนย์อุตสาหกรรมคอมเพล็กซ์ และก่อสร้างโรงกลั่นน้ำมันบนท่าเรือในบริเวณที่ตนประกอบอาชีพ เนื่องจากโครงการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดมลพิษทางทะเล สภาแห่งรัฐเห็นว่า ตามข้อเท็จจริงพื้นที่ทางเกษตรที่จะถูกนำมาดำเนินโครงการมีเพียงส่วนน้อยเท่านั้น ประกอบกับโครงการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อพื้นที่ที่ถูกจัดว่ามีคุณค่าทางประวัติศาสตร์และสิ่งแวดล้อมธรรมชาติ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงยอมรับลักษณะ “ประโยชน์สาธารณะ” ของโครงการดังกล่าว เป็นต้น

3.2.5.3 หลักความเป็นกลาง (Principe d’ impartialité)

หลักความเป็นกลางได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ที่มีวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ที่ยึดหลักการว่า การวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองจะต้องปราศจากอคติ[221] ซึ่งหลักความเป็นกลางเกิดขึ้นจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้ส่วนเสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจสั่งการโดยปราศจากอคติในเรื่องนั้น ๆ ได้ ดังนั้น หลักการนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ด้วย หลักความเป็นกลางในการทำคำสั่งทางปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (décret) เช่น รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน ค.ศ. 1983 ซึ่งในมาตรา 13 ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย หรือมีคำสั่งทางปกครองว่าจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในการกระทำ หรือออกคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ ทั้งนี้ ในมาตราดังกล่าวยังได้บัญญัติรับรองไว้ว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นถ้าอยู่ในที่ประชุม แม้จะไม่ได้ออกเสียงแสดงความคิดเห็นก็ตาม แต่ก็ก่อให้เกิดอคติหรือการมีส่วนได้เสียได้ ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ที่วางหลักไว้ว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าจะมีผลประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมนั้น ต้องไม่อยู่ร่วมในที่ประชุม และในมาตรา 13 วรรคสอง ได้บัญญัติให้ การปรากฏตัวของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียในที่ประชุมนั้นทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นเสียไปเป็นโมฆะ ซึ่งใช้บังคับในทุกกรณี ยกเว้นแต่เฉพาะกรณีที่การปรากฏตัวของบุคคลผู้มีส่วนได้เสีย

---

[221] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 171.

นั้นไม่ส่งผลต่อการประชุมหรือการตัดสินใจแต่ประการใด[222] ดังจะเห็นได้จากการที่สภาแห่งรัฐได้มีการตัดสินในเรื่องนี้ไว้เป็น 2 แนวทาง[223] คือ

แนวทางแรก สภาแห่งรัฐได้มีการตัดสินก่อน ค.ศ. 1982 ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วางแนวทางในการตัดสินคดีเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของบุคคลผู้มีอำนาจทำการวินิจฉัย หรือมีคำสั่งทางปกครองไว้ในกรณีที่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นร่วมอยู่ในที่ประชุมว่า การปรากฏตัวของบุคคลดังกล่าวนั้น ไม่ถึงขนาดมีผลทำให้คำสั่งหรือความเห็นนั้นเสียไป ถ้าบุคคลนั้นปฏิเสธที่จะออกเสียงหรืออภิปรายแสดงความคิดเห็นในเรื่องนั้น โดยสภาแห่งรัฐได้เคยตัดสินในเรื่องเกี่ยวกับนิติกรรมของเจ้าหน้าที่ส่วนท้องถิ่นที่ถูกยกเลิกไป แต่ไม่ยกเลิกในทุกกรณี

แนวทางที่สอง สภาแห่งรัฐได้มีการตัดสินหลัง ค.ศ. 1982 เป็นต้นมา ซึ่งสภาแห่งรัฐมักตัดสินไปในแนวทางว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียได้ที่ปรากฏตัวอยู่ในที่ประชุม แม้ว่าบุคคลนั้นจะมิได้แสดงความคิดเห็นก็ตาม การปรากฏตัวของบุคคลดังกล่าวก็มีผลต่อการออกคำสั่ง โดยอาจทำให้เกรงใจหรือโน้มน้าวใจให้คำวินิจฉัยหรือคำสั่งโน้มเอียงไม่เป็นกลางได้ จึงทำให้คำสั่งนั้นเป็นโมฆะ

นอกจากหลักความเป็นกลางจะเป็นหลักที่ได้รับการยอมรับในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมานานแล้ว หลักความเป็นกลางยังได้รับการรับรองไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการพิทักษ์สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention européenne de sauvegarde des l'home et des libertés Fondamentales) มาตรา 6 ที่ว่า บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะถูกตัดสินการกระทำของตนโดยศาลที่อิสระและมีความเป็นกลาง ซึ่งได้รับการจัดตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นธรรม เปิดเผย ภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแพ่ง หรือการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดตามกฎหมายอาญา

การห้ามมิให้ตุลาการวินิจฉัยตัดสินเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย หรือห้าม มิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หรือกรรมการในคณะกรรมการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการ หรือ ลงมตินี้ต้องตีความการมีส่วนได้เสียในลักษณะอย่างกว้าง คือ นอกจากเป็นกรณีที่ผู้ออกคำสั่งหรือวินิจฉัยมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ยื่นคำร้อง หรือคำฟ้องในเรื่องนั้น ๆ เช่น เป็นบุพการี ผู้สืบสันดาน คู่สมรส หรือญาติสนิทกับผู้ยื่นคำร้องหรือคำฟ้องแล้ว ยังรวมถึงกรณีที่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยนั้นเคยพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องนั้นมาก่อนในโอกาสและสถานะอื่น เช่น เคยเป็นผู้พิพากษานั่งพิจารณาในคดีเดียวกันนั้นในศาลอื่นมาแล้ว หรือเป็นอนุญาโตตุลาการมาแล้ว หรือเคยเป็นเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่เคยพิจารณาสั่งการ หรือลงมติในเรื่องนั้นมาก่อนในตำแหน่งหรือสถานะอื่นด้วย ซึ่งหากเป็นกรณีที่กรรมการในคณะกรรมการมีส่วนได้เสียในเรื่องที่คณะกรรมการจะต้องพิจารณา และลงมติ

---

[222] สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **หลักความเป็นกลางหน้าในการพิจารณาทางปกครอง**, หน้า 7.

[223] Jean-Marie Auby, "L' administration et ses usagers Le decret du 28 novembre 1983," **L' Actualité juridque-Droit administrative** (20 Maras 1984): 128 อ้างถึงใน สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่องหลักความไม่มีส่วนได้เสีย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.), หน้า 3.

กรรมการผู้นั้นจะต้องออกจากที่ประชุม คำวินิจฉัยสั่งการซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียก็ดี มติที่ประชุมคณะกรรมการซึ่งกรรมการที่มีส่วนได้เสียเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนด้วยก็ดี ในสายตาของกฎหมายแล้วย่อมไม่บริบูรณ์[224]

การนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐ เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1966 กรณีนายกเทศมนตรีเคยให้ความเห็นไว้ว่าตำแหน่งเลขานุการประจำเทศบาลไม่เหมาะกับเพศหญิง ต่อมา นายกเทศมนตรีได้เป็นประธานกรรมการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งเลขานุการประจำเทศบาล ถือว่านายกเทศมนตรีมีทัศนคติหรือเคยแสดงความคิดเห็นไปในทางที่เป็นปฏิปักษ์และไม่เป็นกลาง[225] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2003 ในคดี Dubreuil คดีนี้ ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้วินิจฉัยลงโทษปรับนาย Dubreuil อดีตผู้อำนวยการสำนักงานอาคารสงเคราะห์ระหว่างท้องถิ่นของมณฑลหนึ่ง ฐานก่อหนี้เกินงบประมาณและอนุมัติการจ่ายเงินรายได้เพิ่มเติมให้แก่พนักงานของสำนักงานฯ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏว่า สมาชิกบางคนของศาลวินัยทางงบประมาณฯ ได้เคยพิจารณาการกระทำดังกล่าวของนาย Dubreuil มาแล้ว ในขณะที่ตนปฏิบัติหน้าที่ในศาลบัญชีสภาแห่งรัฐจึงตัดสินเพิกถอนคำวินิจฉัยของศาลวินัยทางงบประมาณฯ เพราะเหตุขัดกับหลักความเป็นกลาง[226] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2004 ในคดี M. Frank มีข้อเท็จจริงที่ว่าบุคคลที่ประกอบเป็นคณะกรรมการสอบคัดเลือกเพื่อคัดเลือกผู้มีสิทธิเป็นหัวหน้าที่ปรึกษางานศึกษาวิจัยของคณะกรรมการศึกษาวิจัยแห่งชาติมีกรรมการสอบเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาของผู้สมัครรายหนึ่ง (หัวหน้าหน่วยงานศึกษาวิจัย) ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกอื่นไม่ได้รับหลักประกันในเรื่องความเป็นกลาง[227] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 กรรมการในคณะกรรมการควบคุมตลาดการเงินที่ได้รับมอบหมายให้เป็นเจ้าของสำนวนการตรวจสอบการเงินของบริษัทรายนี้ เคยเป็นที่ปรึกษาฝ่ายบริหารของประธานกรรมการบริษัทอีกแห่งหนึ่ง และเป็นคู่แข่งทางการค้ากันมาก่อน ด้วยเหตุนี้ เมื่อคำนึงถึงหลักความเป็นกลางแล้ว จึงมีเหตุอันควรเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการที่มีกรรมการรายนี้เป็นเจ้าของสำนวน[228] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 2008 โดยบทบาทของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคณะกรรมการวินัยสถานพยาบาล กรรมการคนหนึ่งคนใดในคณะกรรมการนี้อาจถูกตั้งข้อสงสัยในความไม่เป็นกลางได้หากกรรมการผู้นั้นเคยเข้าร่วมพิจารณาเรื่องเดียวกันนี้มาก่อนเมื่อครั้งที่เป็นหนึ่งในกรรมการร่วม

---

[224]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” **ในคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, หน้า 154.

[225]สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **หลักความเป็นกลางหน้าในการพิจารณาทางปกครอง**, หน้า 36.

[226]บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

[227]สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **หลักความเป็นกลางหน้าในการพิจารณาทางปกครอง**, หน้า 33.

[228]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 55.

หลายฝ่าย[229] และในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 2010[230] คดีนี้ กรรมการสภาท้องถิ่นที่ได้พิจารณาเรื่องที่ตนถูกร้องเรียนเข้าร่วมเป็นกรรมการในคณะกรรมการสอบวินัย ดังนี้ ถือได้ว่าสมาชิกของสภาท้องถิ่นที่จะเข้าร่วมพิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง จึงเป็นการไม่เคารพต่อหลักความเป็นกลาง และขัดต่อมาตรา 6 ของปฏิญญาแห่งยุโรป ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นต้น

นอกจากนี้ ตามกฎหมายฝรั่งเศสยังกำหนดควบคุมเกี่ยวกับผลของคำพิพากษาที่ได้ทำขึ้นโดยผู้พิพากษาที่ไม่มีความเป็นกลางไว้โดยกำหนดว่า[231] หากมีการฝ่าฝืนเรื่องเหตุคัดค้านผู้พิพากษาจะมีผลทำให้คำพิพากษาตกเป็นโมฆะได้ และผู้พิพากษาย่อมอาจถูกฟ้องร้องให้รับผิดในทางอาญาได้ หากว่าการพิจารณาตัดสินคดีโดยลำเอียงหรือมีอคติ เช่น แบ่งแยกสีผิว หรือกรณีที่เป็นการพิจารณาคดีโดยทุจริตคอรัปชัน ในทางแพ่ง กฎหมายยังให้หลักประกันในความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายอันเกิดจากความผิดชดใช้ส่วนตัวของผู้พิพากษา โดยรัฐจะเป็นผู้รับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่คู่ความที่ได้รับความเสียหายแล้ว รัฐจึงมาไล่เบี้ยเอาจากผู้พิพากษาที่ปฏิเสธความยุติธรรม (déni de justice) หรือกระทำผิดอย่างร้ายแรงในวิชาชีพ (faute lour de professionnelle) ทั้งนี้ รวมถึงการพิจารณาคดีโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางด้วย

3.2.5.4 หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะ (La loi des Services publics)

การบริการสาธารณะเป็นภารกิจของฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดทำเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยรวม ซึ่งการทำหน้าที่ดำเนินบริการสาธารณะนั้นฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการบริการสาธารณะที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างมีประสิทธิภาพ[232] คือ

1) หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Principle de la continuité des services publices)

หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ เป็นที่มาของกฎหมายหลาย ๆ เรื่องด้วยกัน เช่น กฎหมายที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ซึ่งดำรงตำแหน่งทางปกครองตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งอยู่ไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งอื่นอีกตำแหน่งหนึ่งเป็นการชั่วคราวในกรณีที่ไม่มีผู้ดำรงตำแหน่ง หรือมีแต่ไม่อาจปฏิบัติราชการได้ (การรักษาราชการแทน)[233] หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้จะเกี่ยวข้องกับสิทธิในการนัดหยุดงาน โดยหลักการแล้วการนัดหยุดงานจะมีขอบเขตและกรอบของการนัดหยุดงาน กฎหมายใด ๆ ไม่อาจจำกัดสิทธิในการนัดหยุดงานได้ เพราะตามปกติแล้ว

---

[229] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 48.

[230] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 31.

[231] สุนิสา อิทธิชัยโย, **ความรับผิดของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 80-85.

[232] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 14.

[233] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, หน้า 156.

บริการสาธารณะต้องจัดทำอย่างต่อเนื่อง ดังนั้น สิทธิในการนัดหยุดงานในการให้บริการสาธารณะจึงจำเป็นต้องนำไปพิจารณาประกอบพร้อมกับหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ[234] ในประเทศฝรั่งเศสนั้น หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะได้มีผลห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนัดหยุดงานเช่นเดียวกับในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง แต่ต่อมาสิทธิการนัดหยุดงานได้รับการรับรองไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 และในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 กรกฎาคม ค.ศ. 1950 ในคดี Dehaene ยืนยันว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธินัดหยุดงานได้ ซึ่งการยอมรับสิทธิการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า การใช้สิทธินัดหยุดงานอาจทำให้บริการสาธารณะหยุดชะงักซึ่งประชาชนผู้ใช้บริการอาจเดือดร้อนได้ ดังนั้น ฝรั่งเศสจึงหาทางประนอมหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะกับสิทธินัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยการบังคับให้สหภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะนัดหยุดงานต้องแจ้งการนัดหยุดงานล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขปัญหาล่วงหน้าได้ และบริการสาธารณะบางประเภทที่หยุดดำเนินการโดยเด็ดขาดอาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะได้ เช่น โรงพยาบาล ตำรวจ ไฟฟ้า ฯลฯ ในบริการสาธารณะเหล่านี้ หากจะนัดหยุดงานจะต้องจัดให้มีการบริการขั้นต่ำ นอกจากนี้ ภายใต้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะยังมีผลต่อการลาออกจากราชการของข้าราชการ หรือลาออกจากงานของลูกจ้างของส่วนราชการหรือของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยหลักนี้มีผลให้การลาออกของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีผลต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากผู้บังคับบัญชาแล้วเท่านั้น ระหว่างที่ยังไม่อนุมัติเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีหน้าที่ในการปฏิบัติงานอยู่

อนึ่ง เงื่อนไขสำคัญที่เกี่ยวข้องกับหลักนี้อีกคือ สิทธิของคู่สัญญาในสัญญาทางปกครอง หมายความว่า สัญญาทางปกครองที่ผู้ประกอบการทำสัญญากับรัฐในบางเรื่องอาจมีการเปลี่ยนแปลงภาวะแวดล้อม เงื่อนไขทางเศรษฐกิจ เช่น การที่ราคาวัตถุดิบในสัญญามีราคาสูงขึ้นเกินความคาดหมาย เช่น ราคาน้ำมันจะมีผลอย่างมากในการดำเนินกิจกรรมบริการสาธารณะของวิสาหกิจการขนส่ง เป็นต้น กรณีเช่นว่านี้ ในกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าด้วยสัญญากำหนดในเรื่องสัญญาไว้ว่า ให้คู่สัญญาดำเนินการต่อไปแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงที่ไม่อาจคาดหมายได้ เพราะในความสัมพันธ์ทางสัญญาในกฎหมายเอกชนนั้น สัญญาจะใช้บังคับระหว่างคู่กรณีจึงไม่ต้องมีการแก้ไขสัญญาดังกล่าว แต่ในกฎหมายมหาชนแล้ว หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้ ดังนั้น ในการพิจารณาคดีสัญญาทางปกครอง สภาแห่งรัฐจะพิจารณาว่าการที่วัตถุดิบมีราคาสูงนั้นอยู่ในความคาดหมายหรือไม่ ซึ่งในส่วนที่เกินไปจากความคาดหมายนั้นฝ่ายปกครองจะต้องจ่ายเงินช่วยเหลือ ซึ่งเป็นการจ่ายค่าทดแทนให้กับคู่สัญญาเพื่อชดใช้ในสิ่งที่สูญเสีย และเพื่อให้บริการสาธารณะสามารถจัดทำได้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งการใช้เหตุผลในกรณีนี้ไม่ได้กำหนดไว้ในตัวบทกฎหมาย[235] แต่หากเป็นกรณีที่เอกชนผิดสัญญาอย่างร้ายแรงที่มีผลทำให้ขัดขวางการบริการสาธารณะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเข้าดำเนินการนั้นแทนคู่สัญญาหรือให้บุคคลภายนอกเข้าดำเนินการแทนคู่สัญญา โดยเอกชนเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย หรืออาจยึดบริการสาธารณะนั้นกลับมาทำเองได้

---

[234] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 76.

[235] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 76-77.

2) หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ (Principle de l'adaptabilité des services publices)

หลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอ มาจากแนวคิดว่า บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่ตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวม และประโยชน์ส่วนรวมก็เป็นสิ่งที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ดังนั้น บริการสาธารณะที่ดีนั้นจะต้องสามารถถูกปรับปรุงเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ตลอดเวลาให้เหมาะสมกับเหตุการณ์และสถานการณ์ใหม่ ๆ เพื่อให้บริการสาธารณะสอดคล้องกับความต้องการของส่วนรวมมากที่สุด การนำหลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะมาปรับใช้ ดังปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1902 คดี Compagnie nouvelle du Gaz de deville-les-Rouen ในคดีนี้ เทศบาลเมืองเดอวิลให้สัมปทานการตามไฟถนนสาธารณะ และการให้แสงสว่างแก่บ้านเรือนของประชาชนด้วยก๊าซให้แก่บริษัทเอกชน ต่อมา เมื่อมีการพัฒนาพลังงานไฟฟ้า เทศบาลเมืองเดอวิลจึงเรียกร้องให้บริษัทผู้รับสัมปทานตามไฟถนนและบ้านเรือนด้วยไฟฟ้า แต่บริษัทปฏิเสธที่จะดำเนินการดังกล่าว เทศบาลจึงทำสัญญาสัมปทานกับบริษัทเอกชนอีกแห่งหนึ่งให้ตามไฟถนนและจ่ายกระแสไฟฟ้าตามบ้านเรือนด้วยไฟฟ้า บริษัทผู้เสียหายจึงฟ้องคดีขอให้เทศบาลชดใช้ค่าเสียหายจากการที่ตนต้องสูญเสียสิทธิผูกขาดในการจ่ายไฟฟ้าแต่เพียงผู้เดียวตามสัญญาสัมปทาน สภาแห่งรัฐเห็นว่า ผู้รับสัมปทานมีสิทธิพิเศษที่จะตามไฟและจ่ายไฟฟ้าที่ผลิตด้วยวิธีการใดก็ได้ แต่เทศบาลก็สามารถดำเนินการให้บริการความสว่างด้วยไฟฟ้าได้ และในกรณีที่ผู้รับสัมปทานได้รับคำเตือนจากเทศบาลให้ดำเนินการแล้วปฏิเสธที่จะทำตาม เทศบาลย่อมมีสิทธิมอบหมายการดำเนินการดังกล่าวให้บุคคลที่สามารถทำได้ แนวคำพิพากษานี้ส่งผลให้คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนปรับปรุงบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายให้ทันสมัยและทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม[236] จะเห็นได้ว่าหลักการปรับเปลี่ยนบริการสาธารณะให้ทันสมัยเสมอมีผลต่อระบบสัญญาทางปกครองด้วย โดยเฉพาะสัญญามอบหมายให้เอกชนดำเนินบริการสาธารณะ เพราะบริการสาธารณะไม่ว่าจะจัดทำโดยรัฐ หรือโดยเอกชนยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักการเดียวกัน และฝ่ายปกครองก็ไม่อาจเพิกเฉยต่อการดำเนินบริการสาธารณะได้แม้จะได้มอบหมายให้เอกชนดำเนินการแล้วก็ตาม ยังต้องควบคุมดูแลอยู่เสมอ ดังนั้น จึงทำให้เกิดหลักเอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครองขึ้น กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายปกครองสามารถสั่งให้เอกชนคู่สัญญาปฏิบัติชำระหนี้ตามสัญญาได้เองโดยไม่ต้องฟ้องศาล สามารถแก้ไขข้อสัญญาฝ่ายเดียวโดยเอกชนไม่จำต้องยินยอม สามารถสั่งให้เอกชนทำงานเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในสัญญาได้ หากงานนั้นอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของสัญญาและรวมถึงสามารถยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญามิได้เป็นสิ่งจำเป็นต่อการตอบสนองต่อความต้องการของส่วนรวมอีกต่อไป โดยอำนาจเหล่านี้มีอยู่ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากความจำเป็นในการบริการสาธารณะ อำนาจเหล่านี้ฝ่ายปกครองมีอยู่แม้จะมิได้ระบุไว้ในข้อสัญญาก็ตาม

---

[236] จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ** (รายงานการวิจัย สำนักงานศาลปกครอง, 2549), หน้า 17.

3.2.5.5 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Non-rétroactivité des acts administratifs)

หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง หลักนี้เป็นหลักที่อยู่ในกลุ่มหลักกฎหมายทั่วไปที่สำคัญ โดยประมวลแพ่งของสาธาณรัฐฝรั่งเศสกำหนดว่า กฎหมายมีผลไปในอนาคต โดยเฉพาะรัฐบัญญัติที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาบางเรื่อง ซึ่งสภาแห่งรัฐใช้หลักกฎหมายทั่วไปนี้บังคับให้มีผลขยายไปใช้บังคับกับนิติกรรมทางปกครองไม่ว่าจะเป็นกฎ โดยหลักจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่มีการประกาศ หรือวันถัดจากวันที่ประกาศ หรืออาจกำหนดให้มีผลในอนาคตก็ได้ หรือคำสั่งทางปกครองซึ่งโดยหลักมีผลบังคับเมื่อมีการแจ้งให้ผู้อยู่ใต้บังคับทราบ ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองย่อมไม่มีผลหรือไม่สามารถใช้บังคับย้อนหลังได้ เว้นแต่ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เนื่องจาก การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลเสมือนกับว่านิติกรรมนั้นไม่ได้ทำขึ้นเลย[237] แต่อย่างไรก็ตาม หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนี้ สภาแห่งรัฐมิได้ยอมรับในฐานะที่เป็น “หลักเด็ดขาด” แต่มีลักษณะสัมพัทธ์ กล่าวคือ หากมีกฎหมายยกเว้นให้นิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลังได้แล้ว นิติกรรมทางปกครองก็สามารถมีผลย้อนหลังได้ ซึ่งสภาแห่งรัฐมักจะใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองให้ขัดกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง”[238] หรือกล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับสำหรับในอนาคตเท่านั้น ทั้งนี้ เว้นแต่มีรัฐบัญญัติกำหนดยกเว้นไว้โดยชัดแจ้งและได้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง เช่น ในคดี Société du Journal L’ Aurore เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1948 โดยมีข้อเท็จจริงว่า ประกาศกำหนดอัตราการเรียกเก็บค่าใช้ไฟฟ้า ฉบับลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ให้คำนวณค่าไฟฟ้าอัตราใหม่สำหรับการเรียกเก็บครั้งแรกหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นการเรียกเก็บอัตราใหม่โดยมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ซึ่งให้มีผลใช้ย้อนหลังก่อนวันที่ 1 มกราคม 1948 อันเป็นวันประกาศใช้ข้อบัญญัติดังกล่าว บริษัทหนังสือพิมพ์ “Aurore” จึงฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ โดยสภาแห่งรัฐได้เพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าว เพราะเป็นประกาศที่มีผลย้อนหลัง โดยอธิบายเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่กฎ ต่าง ๆ จะมีผลบังคับก็แต่ในอนาคตเท่านั้น ซึ่งสภาแห่งรัฐให้เหตุผลว่า กฎที่มีผลบังคับย้อนหลังเป็นกฎที่มีความบกพร่องในเรื่องการไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุเกี่ยวกับเงื่อนเวลาการออกนิติกรรมทางปกครอง ผู้ออกกฎใช้อำนาจของตนก้าวล่วงไปกระทำการให้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีตที่มีผู้มีอำนาจออกกฎคนก่อน ๆ ได้ก่อตั้งเอาไว้ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐในคดีนี้เป็นการแสดงจุดยืนของแนวคำวินิจฉัยไว้อย่างชัดเจน ที่ว่า “กฎที่ออกมาจะต้องมีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น” สภาแห่งรัฐได้ยึดถือหลักการนี้อย่างเคร่งครัดสำหรับอำนาจในการออกกฎ รวมถึงได้เคย

---

[237] ชอง-ปีแอร์ เตรง, “เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป,” **วารสารวิชาการศาลปกครอง**, หน้า 76.

[238] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 17.

วินิจฉัยเพิกถอนระเบียบการจัดเก็บภาษีฉบับใหม่ที่มีผลกระทบต่อกิจกรรมที่สิ้นสุดไปแล้วในอดีตด้วย[239]

หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองถือเป็นหลักการสำคัญที่ศาลนำมาใช้ในการพิพากษาคดีในกรณีที่มีการกำหนดให้การกระทำทางปกครองมีผลย้อนหลัง ทั้งกรณีที่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง ซึ่งต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยรับรองหลักการดังกล่าว ในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1969 โดยวางหลักว่า[240] การกำหนดให้มีผลย้อนหลังไม่อยู่ในอำนาจของกฎหมายลำดับรอง (กฎ) และคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 ได้วางหลักว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอาจตรากฎหมายให้มีผลบังคับย้อนหลังได้ มีข้อยกเว้นแต่ในเรื่องการลงโทษทางอาญา

ดังนั้น หลักความไม่มีผลย้อนหลังย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นการห้ามมิให้ฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองในรูปแบบต่าง ๆ[241] เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ฯลฯ และออกคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะราย โดยให้กฎหมายลำดับรองหรือคำวินิจฉัยสั่งการมีผลใช้บังคับแก่การกระทำ หรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ประกาศโฆษณากฎหมายลำดับรอง หรือวันแจ้งคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้นให้ผู้รับได้ทราบ

จากการที่หลักกฎหมายทั่วไปจัดเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่งในกฎหมายฝรั่งเศส และมีค่าบังคับดังเช่นกฎหมาย ซึ่งค่าบังคับของกฎหมายย่อมต้องเป็นไปตามลำดับชั้นของกฎหมาย โดยที่หลักกฎหมายทั่วไปได้ถูกนำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ดังนั้น ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปจะมีค่าบังคับตามลำดับชั้นของกฎหมายใดนั้น จะเห็นได้ว่า ค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสยังเป็นความเห็นที่แตกต่างกัน โดยค่าบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปมิได้อยู่ในระดับใดระดับหนึ่งเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับการพิจารณาค่าบังคับของหลักกฎหมายดังกล่าวโดยใช้เกณฑ์ใด กล่าวคือ เกณฑ์เนื้อหา หรือเกณฑ์องค์กรมาใช้ในการพิจารณา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 3.2.4 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส โดยหากพิจารณาจากองค์กรที่สกัดและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ควบคุมรัฐบัญญัติ นิติกรรมทางปกครองมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำหลักกฎหมายทั่วไปมาควบคุมรัฐบัญญัติมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปหลักดังกล่าวจะมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่อยู่สูงกว่ารัฐบัญญัติ แต่หากสภาแห่งรัฐได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ควบคุมรัฐกฤษฎีกามิให้ขัดต่อรัฐบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะมีค่า

---

[239]อุษณีย์ ลี้วิไลกุลรัตน์, **ผลกระทบของการพิพากษาเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง: ศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กรณี กฟผ.** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 26-27.

[240]สำนักงานศาลปกครอง, **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547), หน้า 56.

[241]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**, หน้า 156.

บังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา ซึ่งไม่จำเป็นที่หลักกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หรือแม้แต่รัฐบัญญัติ ก็เพียงพอที่จะใช้ควบคุมรัฐกฤษฎีกาได้แล้วนั่นเอง

3.3 เปรียบเทียบหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

เมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไป รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไป การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไป และการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส ในหัวข้อ 3.1 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ และ 3.2 หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสต่างมีแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองที่มีความเหมือนกัน และความแตกต่างกันในบางประการ อันสืบเนื่องมาจากการที่ประเทศทั้งสองต่างมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ประกอบกับระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งในหัวข้อนี้จะได้มีการเปรียบเทียบแนวทางของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสในหัวข้อต่อไปนี้ 3.3.1 ความหมายและขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส 3.3.2 สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส และ 3.3.3 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส ดังนี้

3.3.1 ความหมายและขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

จากประวัติศาสตร์อันยาวนานของประเทศอังกฤษ โดยที่อังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน แม้จะเห็นว่ากฎหมายปกครองมีเนื้อหาต่างจากกฎหมายเอกชน แต่ลักษณะโดยทั่วไปของกฎหมายดังกล่าวไม่ได้แตกต่างจากกฎหมายอื่น ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีการจำแนกประเภทของกฎหมายเป็นกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน โดยถือว่ากฎหมายปกครองมีลักษณะพิเศษต่างจากกฎหมายเอกชน

สำหรับประเทศอังกฤษ แม้ความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติของอังกฤษมีอำนาจอันไม่จำกัดในการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้รัฐบาลนำกฎหมายดังกล่าวมาเป็นพื้นฐานในการใช้อำนาจในการปกครองต่อไป[242] จะเป็นข้อจำกัดการควบคุมฝ่ายบริหารของศาลยุติธรรมของอังกฤษก็ตาม อย่างไรก็ดี การตัดสินคดีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองของศาลยุติธรรมได้มีการวางหลักเกณฑ์ที่ถูกต้องและยุติธรรมขึ้นจากแนวความคิดของกฎหมายตามธรรมชาติซึ่งเรียกว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่งเป็นแนวคิดในเรื่องหลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย

---

[242] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ,** พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 56-57.

ศาลยุติธรรมของอังกฤษได้นำหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งหลักดังกล่าวเป็นหลักการพิจารณาคดีของศาลในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ที่ใช้มาเป็นเวลานานแล้ว ต่อมาได้ขยายขอบเขตมาเป็นหลักที่ใช้ควบคุมคำวินิจฉัยขององค์กรที่ไม่ใช่องค์กรตุลาการด้วย โดยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ประกอบด้วย หลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลาง และหลักการฟังความทุกฝ่าย หลักดังกล่าวยังเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองต้องยึดถือปฏิบัติ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งศาลจะอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป และในกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมาย ศาลจะอาศัยหลักความยุติธรรมประกอบกับอ้างหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น โดยที่ศาลอังกฤษอาศัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ศาลจะถือว่าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตของกฎหมายของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักการกระทำที่เกินขอบเขตอำนาจ (Ultra Vires) เป็นหลักที่สำคัญในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษที่ศาลใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ ศาลใช้ตรวจสอบความชอบธรรมของการวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองว่าการใช้อำนาจดังกล่าวได้กระทำไปโดยเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร ซึ่งศาลจะพิจารณาถึงลักษณะวัตถุประสงค์ และแบบแผนของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดไว้ในกฎหมายต่าง ๆ หากฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ฝ่าฝืนวัตถุประสงค์ หรือเกินกว่าอำนาจที่ได้รับจากฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ศาลจะวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลบังคับ จะเห็นได้ว่า ความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษนั้น หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่นำมาซึ่งความยุติธรรมหรือความเป็นธรรม ที่ศาลยุติธรรมของอังกฤษใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง และใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ส่วนประเทศฝรั่งเศส หลักกฎหมายทั่วไปมีรากฐานแนวคิดจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยแนวคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีที่มาจากเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาชัดเจน โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญและเพื่อเป็นการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดี นอกจากแนวคิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสแล้ว อีกแนวคิดหนึ่งที่สำคัญคือ แนวคิดว่าด้วยหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะต้องเคารพกฎหมายอย่างเคร่งครัด และเป็นหน้าที่ของสภาแห่งรัฐที่จะควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งสภาแห่งรัฐมิได้ตรวจสอบฝ่ายปกครองแต่เพียงว่า ฝ่ายปกครองได้อ้างอิงตัวบทกฎหมายในการใช้อำนาจหรือไม่เท่านั้น แต่สภาแห่งรัฐจะตรวจสอบต่อไปว่ากฎหมายที่อ้างอิงเพื่อการใช้อำนาจนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับหลักในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย กรณีที่หากการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจมีผลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพแล้ว ฝ่ายปกครองจะกระทำได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ทั้งที่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและมิได้เป็นลายลักษณ์อักษร อันหมายรวมถึง

หลักกฎหมายทั่วไปด้วย หากการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว การกระทำทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกเพิกถอนได้ จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกฎหมายที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร ที่มีเนื้อหาในการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่นำหลักกฎหมายทั่วไปจากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงการที่สภาแห่งรัฐใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในการควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองด้วย

จากความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศสข้างต้น จะเห็นได้ว่า มีความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปคล้ายคลึงกัน ซึ่งสรุปได้คือ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลเป็นผู้สกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักกฎหมายต่าง ๆ และวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา โดยขอบเขตของหลักกฎหมายทั่วไป คือ เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งนี้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นจะทำให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในคดี ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่นำมาซึ่งความยุติธรรม ที่เป็นผลมาจากการที่หลักกฎหมายทั่วไปมีแนวคิดที่มีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หลัก Ultra Vires และหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งองค์กรตุลาการของประเทศทั้งสองใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย

3.3.2 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษ ในหัวข้อ 3.1.4 และสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส ในหัวข้อ 3.2.4 ดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ศาลอังกฤษถือหลักอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of Parliament) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในระบอบประชาธิปไตยของประเทศอังกฤษ อันสืบเนื่องมาจากวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ ดังนั้น หากกฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติแล้ว สถาบันอื่นไม่อาจจะเลิกล้มได้ เช่น กฎหมายที่รัฐสภาอนุมัติให้คำสั่งของฝ่ายปกครองเป็นที่สุดแล้ว ศาลอังกฤษจะไม่รับวินิจฉัย เป็นต้น ประกอบกับในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกที่มาของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจึงมิใช่ที่มาของกฎหมายปกครองอังกฤษ แม้ว่าในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษจะได้ยอมรับหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความเป็นกลาง เป็นต้น มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลอังกฤษก็ตาม จึงอาจสรุปได้ว่าในระบบกฎหมายปกครองของไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไป

ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้นมิได้ถูกกำหนดว่าสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปอยู่ในระดับใดระดับหนึ่งเพียงอย่างเดียว เช่น หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายทั่วไปที่มี

สถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐบัญญัติ เป็นต้น โดยสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปจะถูกกำหนดจากองค์กรที่นำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักความเสมอภาค หรือหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้กับคดี ก็จะทำให้หลักความเสมอภาค หรือหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ แต่หากองค์กรซึ่งเป็นสภาแห่งรัฐได้นำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว หลักความเป็นกลางอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐบัญญัติ เป็นต้น

3.3.3 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะได้ทำการเปรียบเทียบให้เห็นถึงลักษณะความเหมือนกันและความแตกต่างกันของการนำ“หลักกฎหมายทั่วไป”มาปรับใช้ในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส โดย“หลักกฎหมายทั่วไป”ที่ได้นำมาเปรียบเทียบนี้เป็นเพียงบางหลักกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้โดยเลือกนำเสนอจาก“หลักกฎหมายทั่วไป”ซึ่งมีการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวทั้งในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส ซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ประเทศอังกฤษที่จัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และประเทศฝรั่งเศสที่จัดอยู่ในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ นั้น โดยในการปรับใช้“หลักกฎหมายทั่วไป”ดังกล่าวในหลักกฎหมายเดียวกันของประเทศทั้งสอง มีความเหมือนกันหรือแตกต่างกันในเรื่องใด โดย“หลักกฎหมายทั่วไป”ที่จะได้นำเสนอ ได้แก่ 3.3.3.1 หลักความเสมอภาค 3.3.3.2 หลักความได้สัดส่วน และ 3.3.3.3 หลักความเป็นกลาง ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

3.3.3.1 หลักความเสมอภาค

จากที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 3.1.5.1 การปรับใช้หลักความเสมอภาคโดยศาลอังกฤษ และในหัวข้อ 3.2.5.1 การปรับใช้หลักความเสมอภาคโดยสภาแห่งรัฐแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ปัจจุบันหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษ นอกจากมีการยอมรับว่าจะต้องมีการห้ามการเลือกปฏิบัติแล้ว ยังต้องมีการสนับสนุนปัจจัยที่ส่งผลทำให้ไม่มีการเลือกปฏิบัติอีกด้วย เพราะเป็นช่วงที่ประเทศอังกฤษได้อนุวัตรให้หลักเกณฑ์ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปมีผลเป็นกฎหมายของประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวมักอยู่ในรูปของการที่รัฐสภาออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่มีผลเป็นการห้ามเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมเป็นกรณีเฉพาะเป็นเรื่อง ๆ ได้แก่ การแบ่งแยกทางเพศ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ การจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ เป็นต้น

ส่วนหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสนั้น เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส โดยเป็นหลักพื้นฐานที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ สภาแห่งรัฐนำมาปรับใช้อย่างกว้างขวางและเป็นรูปธรรม ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ด้วย ซึ่งหลักความเสมอภาคมีหลักการที่สำคัญคือ ประการแรก ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน เว้นแต่สถานการณ์นั้นแตกต่างกันออกไป ประการต่อมา ในสถานการณ์ที่เหมือนกันแต่ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกัน กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ต้องแตกต่างกันไปด้วย ประการที่สาม ในสถานการณ์ที่เหมือนกันก็

สามารถใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ หากทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ และประการสุดท้าย ในการอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่เคารพต่อหลักความเสมอภาคนั้นต้องไม่เป็นการก่อเกิดการแบ่งแยกที่ไม่สามารถยอมรับได้ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ เป็นต้น โดยการที่สภาแห่งรัฐนำหลักความเสมอภาคมาปรับกับคดีซึ่งประกอบด้วย หลักความเสมอภาคของบุคคลภายใต้กฎหมาย หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคในการทำงานภาครัฐ และหลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ

1) ลักษณะที่เหมือนกันในการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

(1) หลักความเสมอภาค จัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่องค์กรตุลาการของประเทศทั้งสองต่างนำมาปรับใช้กับคดี

(2) การที่ประเทศทั้งสองต่างได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้โดยศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมของอังกฤษหรือในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ซึ่งการนำหลักดังกล่าวอันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้นั้น ถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐสภาของอังกฤษออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการแบ่งแยกทางเพศ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ เป็นต้น ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้นหลักความเสมอภาคได้ถูกนำมาบัญญัติอยู่ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ดังนั้น ในการนำหลักความเสมอภาค ซึ่งจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้กับคดีของศาลในประเทศทั้งสองจึงมีความเหมือนกันในเรื่องของการนำหลักความเสมอภาคมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

(3) หลักเกณฑ์ในการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้กับคดีในประเทศทั้งสองมีหลักการเหมือนกัน กล่าวคือ สถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน และในสถานการณ์ที่เหมือนกันแต่มีข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนั้นแตกต่างกัน ก็ต้องใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันด้วย หากทำเพื่อประโยชน์สาธารณะสามารถใช้กฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันได้ และทั้งนี้ในการอ้างประโยชน์สาธารณะเพื่อไม่เคารพต่อหลักความเสมอภาคนั้นต้องไม่เป็นการก่อเกิดการแบ่งแยกที่ไม่สามารถยอมรับได้ เช่น การแบ่งแยกในเรื่องแหล่งกำเนิด เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ เป็นต้น ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศอังกฤษได้อนุวัตรหลักเกณฑ์ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนให้มีผลเป็นกฎหมายของประเทศ ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสนั้นหลักความเสมอภาคที่ได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ที่มีหลักการเช่นเดียวกัน กล่าวคือ สถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน ที่ถือว่าเป็นหลักการสำคัญของหลักความเสมอภาคดังกล่าว ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาค อันจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ถูกนำมาปรับใช้โดยมีหลักการสำคัญ ๆ ที่เหมือนกันในประเทศทั้งสอง

อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีขอบเขตการปรับใช้ที่มีลักษณะกว้างกว่าในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ ซึ่งนอกจากการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสจะได้มีการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวกับการแบ่งแยกทางเพศ การเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ การจ่ายค่าตอบแทนอย่างเสมอภาค และการเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการ เหมือนดังเช่นในประเทศอังกฤษแล้ว ในระบบกฎหมาย

ปกครองฝรั่งเศสนั้นได้มีการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในลักษณะที่กว้างกว่าประเทศอังกฤษ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐได้นำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้อย่างกว้างขวางยิ่งขึ้น ได้แก่ หลักความเสมอภาคในการเข้าใช้บริการสาธารณะ และหลักความเสมอภาคของบุคคลต่อการรับภาระสาธารณะ เป็นต้น

2) ลักษณะที่แตกต่างกันในการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

จากการศึกษาการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศสนั้น พบว่า สถานะทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคนั้น แม้ในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษจะยอมรับหลักความเสมอภาคเป็น“หลักกฎหมายทั่วไป”มาปรับใช้กับคดีก็ตาม อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายปกครองอังกฤษไม่ได้จัด“หลักกฎหมายทั่วไป”ให้เป็นที่มาของกฎหมาย จึงทำให้ไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักความเสมอภาค ในขณะที่สถานะทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น หลักความเสมอภาคมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดี ทำให้หลักความเสมอภาคนั้นมีค่าบังคับระดับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

3.3.3.2 หลักความได้สัดส่วน

จากที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 3.1.5.3 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนโดยศาลอังกฤษ และในหัวข้อ 3.2.5.2 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนโดยสภาแห่งรัฐแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า ประเทศอังกฤษก่อนปี ค.ศ. 2000 ศาลอังกฤษปฏิเสธที่จะนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายอังกฤษ เนื่องจาก แต่เดิมในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ มีหลักที่อาจเทียบเคียงได้กับหลักความได้สัดส่วน คือ หลักความสมเหตุสมผล หรือหลักความปราศจากเหตุผล ซึ่งศาลอังกฤษใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จนกระทั่งเมื่อประเทศอังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกของประชาคมยุโรป ทำให้ระบบกฎหมายปกครองอังกฤษได้รับหลักความได้สัดส่วน อันประกอบด้วยหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็น“หลักกฎหมายทั่วไป”ในระบบกฎหมายสหภาพยุโรปมาเป็นกฎหมายภายในของระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ และได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีต่าง ๆ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองที่แทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล คดีเกี่ยวกับการลงโทษหรือการกำหนดโทษโดยองค์กรฝ่ายปกครอง และคดีเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจขององค์กรฝ่ายปกครอง แม้ว่าจะยังไม่มีข้อยุติในสถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษนี้เป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ผูกพันการใช้อำนาจรัฐทั้งปวงหรือไม่ ซึ่งนอกจากศาลอังกฤษได้นำหลักดังกล่าวนี้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติว่าขัดหรือแย้งกับกฎหมายของประชาคมหรือไม่แล้ว ศาลอังกฤษยังได้นำหลักความได้สัดส่วนนี้ไปใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วยเช่นกัน

ส่วนหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มิได้มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร แต่หลักดังกล่าวนี้สภาแห่งรัฐได้นำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักความได้สัดส่วนเป็น

หลักการที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการพิจารณาความสัมพันธ์อันเหมาะสมระหว่างคำสั่ง หรือการกระทำทางปกครอง วัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครอง และสถานการณ์ตามข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่ง หรือการกระทำทางปกครองนั้น โดยการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระเกินสมควรเมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการกระทำนั้น ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองที่มิได้สัดส่วนตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ย่อมถือว่าขัดต่อหลักความได้สัดส่วนซึ่งมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากหลักความได้สัดส่วนเป็น“หลักกฎหมายทั่วไป”ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ค้นหาและนำมาปรับใช้กับคดี อันทำให้สถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ โดยสภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาความเหมาะสมในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง 4 กรณี ได้แก่ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยมาตรการในทางปกครองซึ่งมีผลในการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน จะต้องมีความสัมพันธ์กับสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดมาตรการนั้นและความจำเป็นที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อย การลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการพลเรือน โดยโทษทางวินัยนั้นจะต้องสัมพันธ์กับความผิดและวัตถุประสงค์ของการลงโทษ การวางผังเมืองและการเวนคืนที่ดิน โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีนี้สรุปได้ว่า มาตรการทางปกครองที่ถือว่าเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ ก็ต่อเมื่อการละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคล ค่าใช้จ่ายหรือผลกระทบด้านการเงินที่เกิดขึ้น และความเสียหายทางสังคมที่อาจเป็นไปได้ไม่เกินขอบเขต เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินการตามมาตรการนั้น รวมถึงการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันสภาพแวดล้อมอีกด้วย

1) ลักษณะที่เหมือนกันในการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

(1) หลักความได้สัดส่วนจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่องค์กรตุลาการของประเทศทั้งสองต่างนำมาปรับใช้กับคดี โดยได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

(2) หลักเกณฑ์ในการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้กับคดีในประเทศทั้งสองมีหลักการเหมือนกัน กล่าวคือ หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษและฝรั่งเศสมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน อันประกอบด้วยหลักการย่อยสามประการ คือ ประการแรก หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล ประการต่อมา หลักความจำเป็น และประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ อย่างไรก็ตาม การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีขอบเขตการปรับใช้ที่มีลักษณะกว้างกว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ซึ่งนอกจากจะนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีที่เกี่ยวกับการแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน การลงโทษหรือกำหนดโทษโดยฝ่ายปกครองที่ไม่ได้สัดส่วน การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่เป็นกรณีเกี่ยวกับการกำหนดดุลยภาพระหว่างผลประโยชน์และผลกระทบที่เกิดขึ้นกับบุคคลให้ได้สัดส่วนซึ่งกันและกันแล้ว ดังจะเห็นได้จากการที่สภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันมิให้สภาพแวดล้อมถูกทำลายด้วย เป็นต้น

2) ลักษณะที่แตกต่างกันในการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

(1) การที่ประเทศทั้งสองต่างได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้โดยศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมของอังกฤษหรือในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ซึ่งการนำหลักดังกล่าวอันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในศาลยุติธรรมของอังกฤษนั้น หลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังจะเห็นได้จากการที่ประเทศอังกฤษได้ยอมรับหลักความได้สัดส่วนมาเป็นกฎหมายภายในของระบบกฎหมายปกครองอังกฤษ จึงทำให้เห็นได้ว่า หลักความได้สัดส่วนได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายอังกฤษแล้ว ส่วนการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น หลักดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็น “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” อยู่ดังเดิม อันจะเห็นได้จากการที่หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นหลักกฎหมายที่ไม่ได้มีแหล่งกำเนิดมาจากบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐ และผู้อยู่ใต้อำนาจรัฐ โดยหลักกฎหมายดังกล่าวได้มีการรับรองไว้ในการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐ[243]

(2) สถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนที่มีสถานะทางกฎหมายแตกต่างกัน โดยในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษนั้นยังไม่มีข้อยุติถึงสถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วน อันเนื่องจากระบบกฎหมายปกครองอังกฤษไม่ได้จัดหลักกฎหมายทั่วไปให้เป็นที่มาของกฎหมาย จึงทำให้ไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วน แต่ถึงกระนั้นก็ตาม ศาลอังกฤษก็มิได้ปฏิเสธในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ส่วนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสสถานะทางกฎหมายของหลักความได้สัดส่วนนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดี ทำให้หลักความได้สัดส่วนมีค่าบังคับระดับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ

3.3.3.3 หลักความเป็นกลาง

จากที่ได้ศึกษาในหัวข้อ 3.1.5.4 การปรับใช้หลักความเป็นกลางโดยศาลอังกฤษ และในหัวข้อ 3.2.5.3 การปรับใช้หลักความเป็นกลางโดยสภาแห่งรัฐแล้วนั้น จะเห็นได้ว่า หลักความเป็นกลางในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษมีที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นสิ่งที่มีค่าสูงสุดในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษจะไม่ปรากฏหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างชัดแจ้งก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลอังกฤษจะอ้างหลักดังกล่าวว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและนำมาใช้ในการวิธีพิจารณาในชั้นปกครองด้วย โดยในตอนแรกหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินี้มีผลใช้บังคับกับกรณีการพิจารณาพิพากษาขององค์กรตุลาการ โดยในการพิจารณาพิพากษาคดีผู้พิพากษาต้องปราศจากอคติ ไม่ลำเอียงเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และต้องรับฟังข้อเท็จจริงแห่งคดีจากคู่ความทั้งสองฝ่าย ต่อมาหลักดังกล่าวนี้ได้ถูกนำมาใช้ในกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยสั่งการในลักษณะกึ่งตุลาการด้วย ซึ่งในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งโดยฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสีย กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมี

---

[243] บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558), หน้า 136.

ผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจในเรื่องที่วินิจฉัย แม้ผู้นั้นจะเข้าร่วมประชุมหรือไม่ก็ตาม รวมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตกอยู่ภายใต้อิทธิพลเช่นนั้นด้วย ซึ่งศาลอังกฤษจะพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นเรื่องที่ผู้พิจารณามีส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง โดยเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาและมีคำสั่งฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่นั้น จะต้องเสียไปเนื่องจากขัดกับหลักความยุติธรรมทางธรรมชาติ เช่น กรณีที่เป็นการอนุมัติแผนพัฒนาในพื้นที่ที่ตนมีที่ดินอยู่และเห็นได้ว่าจะได้รับประโยชน์ หรือในกรณีที่มีความคลุมเครือในเรื่องผลประโยชน์เนื่องจากไม่ได้ยื่นรายงานเอาไว้ หรือกรณีที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย ศาลพิพากษาว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นโมฆะ เป็นต้น

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหลักดังกล่าวนี้มีวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเช่นเดียวกับหลักความได้สัดส่วน โดยหลักความเป็นกลางนี้ยึดหลักว่า การพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องปราศจากอคติ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ถูกนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินคดีในเรื่องต่าง ๆ และถูกบัญญัติในกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารด้วย มีหลักว่า บุคคลผู้มีส่วนได้เสียถ้าอยู่ในที่ประชุม แม้จะไม่ได้ออกเสียงแสดงความคิดเห็นก็ย่อมก่อให้เกิดอคติหรือมีส่วนได้เสียได้ ซึ่งการอยู่ในที่ประชุมของบุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เช่น กรณีที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งหรือวินิจฉัยมีความสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งกับผู้ยื่นคำร้อง รวมถึงกรณีที่ผู้นั้นเคยพิจารณาวินิจฉัยสั่งการเรื่องนั้นมาก่อนในโอกาสและสถานะอื่นด้วย

1) ลักษณะที่เหมือนกันในการนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

(1) หลักความเป็นกลางจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่องค์กรตุลาการของประเทศทั้งสองต่างนำมาปรับใช้กับคดี โดยประเทศทั้งสองต่างได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกรณีการพิจารณาพิพากษาขององค์กรตุลาการและกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยสั่งการในลักษณะกึ่งตุลาการ ซึ่งการวินิจฉัยสั่งการดังกล่าวนั้นต้องกระทำโดยปราศจากอคติ

(2) หลักเกณฑ์ในการนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้กับคดีในประเทศทั้งสองมีหลักการเหมือนกัน กล่าวคือ การนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีกรณีที่ผู้มีอำนาจพิจารณาสั่งการในคดีที่ตนเองมีส่วนได้เสีย กรณีเรื่องที่วินิจฉัยนั้นผู้พิจารณาสั่งการมีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ เช่น เป็นผู้ถือหุ้น เป็นกรรมการ เป็นต้น ซึ่งแม้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนั้นจะเข้าร่วมประชุมหรือไม่ก็ตาม และกรณีที่ผู้พิจารณาสั่งการนั้นเคยพิจารณาสั่งการเรื่องนั้นมาก่อนในโอกาสและสถานะอื่น รวมถึงกรณีที่ผู้พิจารณาสั่งการตกอยู่ภายใต้อิทธิพลดังกล่าว ซึ่งผลของการฝ่าฝืนหลักความเป็นกลางนั้นทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ

2) ลักษณะที่แตกต่างกันในการนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองของอังกฤษและฝรั่งเศส

(1) การที่ประเทศทั้งสองต่างได้มีการนำหลักความเป็นกลางมาใช้โดยศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมของอังกฤษหรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ซึ่งการนำหลักดังกล่าวอันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้นั้น ในศาลยุติธรรมของอังกฤษหลักดังกล่าวถูกนำมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ดังจะเห็นได้จากในรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษจะไม่ปรากฏหลัก

ความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างชัดแจ้งอันเป็นรากฐานแนวคิดที่สำคัญของหลักความเป็นกลาง แต่อย่างไรก็ตาม หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติก็ได้รับการนับถือปฏิบัติมาในประเทศอังกฤษมาเป็นเวลาช้านานและถือว่าเป็นข้อเรียกร้องขั้นต่ำที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสอดคล้องกับหลักดังกล่าว ประกอบกับในทางปฏิบัติศาลอังกฤษมักจะอ้างหลักดังกล่าวว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและนำมาใช้ในการวิธีพิจารณาในชั้นปกครองด้วย จึงทำให้เห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายอังกฤษหลักความเป็นกลางได้ถูกนำมาใช้โดยศาลอังกฤษโดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักการหนึ่งในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาตินั่นเอง ซึ่งยังคงเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ในขณะที่การนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น หลักดังกล่าวจัดเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังจะเห็นได้จากการที่หลักความเป็นกลางซึ่งมีวิวัฒนาการมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐเป็นเวลานานมาแล้วและต่อมาได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (décret du 28 november 1983) ลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 1983 มาตรา 13 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัยหรือมีคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในการกระทำหรือออกคำสั่งทางปกครอง นั้น ๆ ดังนั้น การใช้หลักความเป็นกลางจึงเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

(2) แม้ในระบบกฎหมายปกครองอังกฤษจะยอมรับหลักความเป็นกลาง ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีก็ตาม อย่างไรก็ดี ระบบกฎหมายปกครองอังกฤษไม่ได้จัดหลักกฎหมายทั่วไปให้เป็นที่มาของกฎหมาย จึงทำให้ไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของหลักความเป็นกลางแต่อย่างใด ในขณะที่ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีจึงทำให้สถานะทางกฎหมายของหลักความเป็นกลางนั้นมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐบัญญัติ หรือมีค่าบังคับเทียบเท่าข้อกำหนด แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่าในการวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญเพื่อนำมาตรวจสอบนิติกรรมทางปกครอง เพราะการที่ค่าบังคับของหลักความเป็นกลางในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายของฝ่ายบริหารเท่านั้นก็เพียงพอที่สภาแห่งรัฐจะนำมาใช้ตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองได้แล้ว

จากการศึกษาการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า ประเทศที่อยู่จัดอยู่ในระบบกฎหมายต่างกัน กล่าวคือ ประเทศอังกฤษซึ่งจัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ และประเทศฝรั่งเศสซึ่งจัดอยู่ในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ในประเทศทั้งสองนั้น “หลักกฎหมายทั่วไป” ต่างได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และหากการปรับใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ของศาลเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักเดียวกันแล้ว เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หรือหลักความเป็นกลาง เป็นต้น ซึ่งในการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวต่างมีสาระสำคัญหลัก ๆ เหมือนกันอันเนื่องมาจากการที่ “หลักกฎหมายทั่วไป” มีรากฐานแนวคิดอย่างเดียวกันคือ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ หรือหลักนิติรัฐ ทำให้การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่เป็นหลักกฎหมายเดียวกันจึงมีสาระสำคัญไม่แตกต่างกัน โดยหากจะแตกต่างกันก็แต่เพียงขอบเขตในการปรับใช้บางหลักกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นได้จากการปรับใช้หลักความเสมอภาค หรือหลักความได้

สัดส่วนของระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศสที่มีขอบเขตการปรับใช้หลักกฎหมายดังกล่าวของศาลในขอบเขตที่กว้างกว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ หรือสถานะทางกฎหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายเดียวกันแต่ในประเทศทั้งสองอาจมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เช่น สถานะของหลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ แต่ในระบบกฎหมายอังกฤษนั้นไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายหรือหากยังไม่มีข้อยุติถึงสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายดังกล่าว ประกอบกับการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลในประเทศทั้งสองอาจมีการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะที่แตกต่างกัน โดยหากหลักกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดีนั้นเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้จึงถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดีนั้นยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้จึงถูกนำมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เป็นต้น ทั้งนี้อาจเป็นผลมาจากการที่ประเทศทั้งสองอยู่ในระบบกฎหมายที่แตกต่างกันจึงทำให้การปรับใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” มีความแตกต่างกันในบางเรื่องนั่นเอง

บทที่ 4

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

บทนี้จะเป็นการศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย เพื่อจะได้ทราบถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย รากฐานอันเป็นแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย ขอบเขตการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครองไทย การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย และการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายปกครองไทย หลักดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้เป็นเวลานานแล้ว ก่อนที่จะได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ และกฎหมายฉบับนี้ยิ่งมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นเมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย[244] ดังนั้น เพื่อให้เห็นถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย จึงต้องมีการศึกษาถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปหลักใดเกิดขึ้นและองค์กรใดที่นำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง และวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เพราะก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจนกระทั่งมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง หลักฟังความทุกฝ่าย หลักความไม่มีผลย้อนหลัง อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายบางฉบับเท่านั้น โดยมิได้ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายทุกฉบับ แต่ปัจจุบันหลักความไม่มีผลย้อนหลัง ตามมาตรา

---

[244] บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, **หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546), หน้า 1.

42 วรรคหนึ่ง[245] หลักความเป็นกลาง ตามมาตรา 13[246] และมาตรา 16[247] หรือหลักฟังความทุกฝ่าย ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง[248] ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยแล้ว มีหลักกฎหมายทั่วไปหลักใดบ้างที่เกิดขึ้นจากการที่ศาลปกครองได้พัฒนาและค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งได้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น 2 ช่วง คือ 4.1.1 ก่อนการประกาศใช้

---

[245]มาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

[246]มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้

(1) เป็นคู่กรณีเอง

(2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี

(3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้อง หรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี

(5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

[247]มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ดำเนินการดังนี้

(1) ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(2) ถ้ามีคู่กรณีคัดค้านว่าผู้นั้นมีเหตุดังกล่าว หากผู้นั้นเห็นว่าตนไม่มีเหตุตามที่คัดค้านนั้น ผู้นั้นจะทำการพิจารณาเรื่องต่อไปก็ได้ แต่ต้องแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปหนึ่งชั้นหรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี

(3) ให้ผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งผู้นั้นเป็นกรรมการอยู่มีคำสั่งหรือมีมติโดยไม่ชักช้า แล้วแต่กรณีว่าผู้นั้นมีอำนาจในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นหรือไม่

ให้นำบทบัญญัติมาตรา 14 วรรคสอง และมาตรา 15 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

[248]มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539
ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ 2539 และ 4.1.2 หลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ 2539 ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

4.1.1 ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ 2539

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรจนกระทั่งมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไรก็ดี ในช่วงนี้ยังมิได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแต่อย่างใด ดังนั้น อำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครองจึงเป็นของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจรับเรื่องราวร้องทุกข์(คดีปกครอง) จากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ[249] โดยเฉพาะกระทำดังต่อไปนี้

1. ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ
2. ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร
3. กระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
4. กระทำการไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น
5. กระทำการโดยไม่สุจริตหรือโดยไม่มีเหตุผลอันควร

หากพิจารณาข้อกำหนดขอบอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามหลัก Ultra Vires หรือหลักการกระทำต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ[250] จึงอาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นองค์กรสำคัญองค์กรหนึ่งที่ได้วางหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยก่อนที่จะมีการบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และอีกหนึ่งองค์กรที่มีความสำคัญในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยคือ ศาลยุติธรรม ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

4.1.1.1 หลักกฎหมายทั่วไปจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกา

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์สู่ระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 หน่วยราชการต่าง ๆ ได้จัดองค์กรใหม่เพื่อให้เป็นไปตามธรรมนูญการปกครอง รัฐบาลในขณะนั้นโดยดำริของหลวงประดิษฐ์มนูธรรมประสงค์ให้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีปกครอง หรือข้อพิพาททางปกครองระหว่างรัฐกับเอกชนที่มีโครงสร้างอย่างเดียวกับ “สภาแห่งรัฐ” ของประเทศฝรั่งเศสและกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปอื่น ๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งมีหน้าที่สำคัญสองประการได้แก่ ทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารและทำหน้าที่เป็นศาลปกครอง ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎรในขณะนั้นจึงได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วย

---

[249] มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

[250] ถาวร เกียรติทับทิว, *เรื่องเดิม,* หน้า 425.

คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2476 จัดตั้ง “คณะกรรมการกฤษฎีกา” โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาที่จัดตั้งขึ้นนี้มีฐานะเป็นกรม สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีและพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้โอนงานของกรมร่างกฎหมายซึ่งทำหน้าที่ร่างกฎหมายไปเป็นงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย[251] คณะกรรมการกฤษฎีกามีอำนาจหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ จัดทำร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลและหน่วยงานของรัฐ กับพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการและหน่วยงานบริหารของคณะกรรมการกฤษฎีกาตลอดมา[252] ประกอบกับเพื่อให้การดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ จึงมีการแบ่งแยกกรรมการออกเป็น 2 ประเภท คือ กรรมการร่างกฎหมายและกรรมการกฤษฎีกา

ต่อมามีการปรับปรุงองค์กรของคณะกรรมการกฤษฎีกาใหม่ในปี พ.ศ. 2522 ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยแบ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาออกเป็น 2 ประเภท คือ กรรมการร่างกฎหมาย มีหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมายตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือมติของคณะรัฐมนตรี และให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐทุกแห่ง รวมทั้งเสนอความเห็นและข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้มีกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมาย และกรรมการอีกประเภทหนึ่ง คือ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งเป็นการนำเอาคณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์ ตามพระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์ พ.ศ. 2492 มารวมไว้กับคณะกรรมการกฤษฎีกา มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 และระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวทำหน้าที่ไต่สวนหาข้อเท็จจริงโดยการตรวจสอบเอกสารหลักฐานที่คู่กรณีนำมายื่นและซักถามทั้งผู้ร้องทุกข์และหน่วยงานของรัฐ เพื่อรวบรวมข้อเท็จจริงให้ครบถ้วน และจะเป็นผู้วินิจฉัยคดีที่มีการร้องทุกข์นั้นโดยอาศัยเหตุผลในทางกฎหมายปกครอง รวมทั้งเสนอแนะแนวทางการวางกลไกการปฏิบัติราชการต่อไป โดยอาจมีทั้งการเสนอให้แก้ไขกฎหมายหรือกำหนดระเบียบปฏิบัติราชการให้เกิดประสิทธิภาพต่อไปด้วย[253] และเสนอคำวินิจฉัยดังกล่าวให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาสั่งการตามที่เห็นสมควร ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. 2544 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้สิ้นสภาพไปโดยผลของกฎหมายเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง โดยโอนเรื่องร้องทุกข์ไปเป็นคดีในศาลปกครอง

การทำหน้าที่ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นการให้ความเห็นหรือการวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครองนั้น ได้มีการวางหลักกฎหมายทั่วไปในการให้ความเห็นไว้หลายเรื่อง ซึ่งแยกพิจารณาได้ดังนี้

---

[251]อักขราทร จุฬารัตน, **กว่ามาเป็นศาลปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: ดิน ดีไซน์, 2552), หน้า 82-86.

[252]ชาญชัย แสวงศักดิ์, **สาระน่ารู้เกี่ยวกับ “กฤษฎีกา”** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542), หน้า 1.

[253]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 42.

1) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน

ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการวินิจฉัย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 84/2538 โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการที่กรมบัญชีกลางปฏิเสธการจ่ายเงินบำนาญให้แก่ทายาท เนื่องจากเห็นว่า การเสียชีวิตของข้าราชการผู้นั้นเกิดจากความผิดของตนเอง ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วางหลักไว้ว่า การตีความหรือการวินิจฉัยคำว่า “ความผิดของตนเอง” ของบทบัญญัติมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 นั้น ต้องนำเอาความร้ายแรงของความผิดที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำขึ้นอันเป็นสาเหตุให้ผู้นั้นต้องถูกประทุษร้ายอันเนื่องมาจากการกระทำนั้น เปรียบเทียบกับความร้ายแรงของอันตรายที่ผู้ถูกประทุษร้ายนั้นได้รับ ประกอบกับความดีความชอบอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำมาตลอดระยะเวลาการรับราชการของผู้ถูกประทุษร้ายนั้นว่าได้สัดส่วนกันหรือไม่ ถ้าได้สัดส่วนกันก็ถือว่าผู้ถูกประทุษร้ายนั้นไม่เข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษด้วย แต่ถ้าความผิดที่ผู้ถูกประทุษร้ายได้กระทำขึ้นเป็นเพียงความผิดเล็กน้อยไม่สามารถเทียบได้กับความดีความชอบที่ผู้ถูกประทุษร้ายนั้นได้กระทำมา ก็ต้องถือว่าผู้ถูกประทุษร้ายนั้นยังเข้าเกณฑ์ที่จะได้รับบำนาญพิเศษอยู่

2) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ได้มีการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ประกอบการวินิจฉัย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 7/2527 โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ประกอบการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการที่กรมธนารักษ์ปรับปรุงอัตราค่าเช่าโดยอาศัยการขอเปลี่ยนตัวผู้เช่าหรือการขอปรับปรุงที่อยู่อาศัย เป็นการปรับปรุงอัตราค่าเช่าที่ดินที่มิได้เป็นไปโดยเสมอภาคกัน ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่าการปรับปรุงอัตราค่าเช่าควรจะมีการกำหนดเวลาและหลักเกณฑ์ที่แน่นอนเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้เช่าทุกราย การที่จะปรับปรุงเฉพาะกรณีที่มีการขอเปลี่ยนตัวผู้เช่าหรือมีการขอปรับปรุงที่อยู่อาศัยย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เช่าได้ โดยในการปรับปรุงอัตราค่าเช่านั้นจะต้องให้มีความเสมอภาคแก่ผู้เช่าที่ดินทุกราย กล่าวคือ ผู้เช่าที่ดินที่อยู่ในทำเลเดียวกันน่าจะต้องเสียค่าเช่าในอัตราเดียวกัน

และในคำวินิจฉัยที่ 44/2529 คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ประกอบการวินิจฉัยข้อพิพาทอันเกิดจากการที่กรมธนารักษ์ได้กำหนดให้ผู้ร้องทุกข์ยกกรรมสิทธิ์อาคารที่ผู้ร้องทุกข์ได้ซ่อมแซมใหม่ให้แก่กระทรวงการคลัง โดยที่กรมธนารักษ์อ้างว่า ผู้ร้องทุกข์เป็นผู้เช่าที่ดินราชพัสดุเพื่อใช้อยู่อาศัย แต่ได้ดัดแปลงบ้านพักอาศัยเป็นอาคารที่ใช้ประกอบธุรกิจการค้า โดยมิได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่านั้น คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เห็นว่า จำเป็นต้องพิจารณาจากสัญญาเช่า จึงได้มีมติให้แจ้งไปยังกรมธนารักษ์และจังหวัดฯ ว่าขอให้ส่งสำเนาสัญญาเช่าที่ดินแปลงดังกล่าวตั้งแต่ในครั้งที่ผู้เช่าเดิมยังเป็นผู้เช่าอยู่ สำเนาสัญญาเช่าหลังจากที่ผู้ร้องทุกข์ได้รับโอนสิทธิการเช่าแล้ว และสำเนาสัญญาเช่าในปัจจุบัน แต่หน่วยงานทั้งสองได้ชี้แจงว่า มีแต่สำเนาสัญญาเช่าเพียงฉบับเดียวที่ระบุว่า เป็นการเช่าที่ดินราชพัสดุ “เพื่อปลูกบ้านเรือนอยู่อาศัย” แต่ปรากฏหลักฐานจากสำเนาสัญญาเช่าฉบับที่ผู้ร้องทุกข์ว่าเป็นการเช่าที่

ราชพัสดุ “เพื่อทำการปลูกห้องแถวอาศัยและทำการค้า” และปรากฏหลักฐานตามสำเนาสัญญาเช่าที่ราชพัสดุแปลงข้างเคียงก็ระบุไว้ในสัญญาตรงกันว่า “เพื่อทำการปลูกห้องแถวอาศัยและทำการค้า” จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า เพราะเหตุใดทางอำเภอ ฯ จึงให้ผู้เช่าที่ดิน 2 ราย ซึ่งเช่าที่ดินอยู่ข้างเคียงกันเช่าที่ดินได้ไม่เหมือนกัน นอกจากนี้ ยังปรากฏหลักฐานว่าผู้ร้องได้เช่าที่ดินแปลงดังกล่าวเพื่อปลูกบ้านอยู่อาศัยและทำคลินิกตั้งแต่ปี 2500 เป็นต้นมา โดยได้ชำระค่าเช่าและประพฤติปฏิบัติถูกต้องตามสัญญาเช่าเรื่อยมา จากข้อเท็จจริงฟังได้ว่า ทางราชการได้อนุญาตให้ผู้ร้องทุกข์เช่าที่ดินดังกล่าวเพื่อทำการปลูกบ้านอยู่อาศัยและทำการค้ามาตั้งแต่แรก ผู้ร้องทุกข์ไม่ได้ผิดสัญญาเช่าอย่างที่กรมธนารักษ์กล่าวอ้าง ดังนั้น การที่กรมธนารักษ์ได้มีหนังสือถึงจังหวัดฯ กำหนดให้ผู้ร้องทุกข์ยกกรรมสิทธิ์อาคารดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลังและกำหนดเงื่อนไขอื่นให้ปฏิบัติอีกรวม 10 ประการนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ร้องทุกข์โดยไม่เป็นธรรมและเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย นอกจากที่เกิดจากการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ได้รับการยอมรับในประเทศที่มีศาลปกครองมาอธิบายในการให้ความเห็นของคณะกรรมการร่างกฎหมายและในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้ว การให้ความเห็นในบันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อประกอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในเรื่องต่าง ๆ ที่จะต้องเสนอไปยังนายกรัฐมนตรี ก็เป็นส่วนหนึ่งในการวางรากฐานของกฎหมายปกครองไทยด้วย[254]

3) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับนิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง สัญญาทางปกครอง

ในคำวินิจฉัยที่ 26/2529 ข้อเท็จจริงในกรณีร้องทุกข์ของบริษัท จีเรวัตร ไดย์สตัฟ จำกัด มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงกระบวนการสั่งการของฝ่ายปกครอง คือ เป็นกรณีตัวอย่างที่แสดงให้เห็นอำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนในการมอบอำนาจให้คณะอนุกรรมการดำเนินการแทน แสดงให้เห็นถึงลักษณะของ “มติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน” ในการให้สิทธิและประโยชน์แก่ผู้ได้รับการส่งเสริม ซึ่งเป็นนิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) และเป็นการให้สิทธิเฉพาะบุคคล (décision individuelle) และ (décision exécutoiore) แสดงลักษณะของการออกบัตรส่งเสริมการลงทุน ซึ่งมีลักษณะเป็น “สัญญาทางปกครอง” และนอกจากนั้นยังเป็นกรณีตัวอย่างที่แสดงให้เห็น “ข้อจำกัดอำนาจ” ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ไม่ควรจะก้าวล่วงไปยังปัญหาข้อเท็จจริงทางเทคนิคซึ่งเป็นอำนาจตามกฎหมายขององค์กรของรัฐอื่น (คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) และแสดงให้เห็นความสำคัญของ “วิธีพิจารณา” ขององค์กรฝ่ายปกครอง (คณะอนุกรรมการพิจารณากลั่นกรองการอุทธรณ์) ที่เปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าชี้แจงต่อองค์กรฝ่ายปกครองก่อนการวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตประกอบคำวินิจฉัยดังกล่าว[255] ดังนี้

---

[254] อมร จันทรสมบูรณ์, **หลักกฎหมายปกครอง จากข้อสังเกตจากศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546), หน้า 8.

[255] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 27-31.

(1) พื้นฐานของ “นิติกรรมทางแพ่ง”

นิติกรรมตามกฎหมายแพ่งเอกชน (รวมทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย) มีพื้นฐานอยู่ว่า นิติกรรมนั้นมีการแสดงเจตนาสองฝ่ายที่ตรงกันและยอมรับซึ่งกันและกัน แม้ว่าจะมีนักนิติศาสตร์บางท่านจะพยายามแยกประเภทของนิติกรรมทางแพ่งเอกชนออกเป็น “นิติกรรมฝ่ายเดียว” กับ “นิติกรรมสองฝ่าย” (หรือหลายฝ่าย) แต่โดยสาระที่แท้จริงแล้วนิติกรรมทางแพ่งจะต้องมีการแสดงเจตนาสองฝ่ายเสมอไป ตัวอย่างเช่น การให้และการทำพินัยกรรม (ซึ่งนักนิติศาสตร์บางท่านถือว่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว) ก็ย่อมหมายความว่า จะต้องมีอีกฝ่ายหนึ่งยอมรับ (Consentement) สิ่งที่ผู้ให้ได้ให้ (ตามสัญญาให้) หรือยอมรับสิ่งที่ผู้ทำพินัยกรรมได้ยกให้ตามพินัยกรรม กล่าวคือ ผู้ให้หรือผู้ทำพินัยกรรมจะไม่สามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับทรัพย์สินที่ตนให้หรือทำพินัยกรรมยกให้ได้ แม้ว่าโดยทั่ว ๆ ไปจะเป็นที่คาดหมายได้ว่าจะไม่มีบุคคลใดปฏิเสธการรับทรัพย์สินนั้นถ้าทรัพย์สินนั้นไม่มีภาระติดพันอยู่เลย

ด้วยเหตุนี้จะเห็นว่า พื้นฐานของนิติกรรมทางแพ่ง (เอกชน) นั้น จะต้องเป็นนิติกรรมสองฝ่าย (หรือหลายฝ่าย) ซึ่งมีเจตนาตรงกันเสมอไป และโดยที่กฎหมายแพ่งเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน กฎหมายแพ่งจึงจะบัญญัติ “หลักกฎหมาย (régime juridique) ของนิติกรรมทางแพ่ง” โดยเคารพความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาและจะบัญญัติขึ้นโดยมีข้อสมมุติฐานเป็นหลักเบื้องต้นว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนนั้นเอกชนแต่ละฝ่ายย่อมรักษาผลประโยชน์ของตนเอง กฎหมายแพ่งจะบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับ “ความสามารถของบุคคล-หลักของการแสดงเจตนา-หลักเสนอและการสนอง-รูปแบบของสัญญา-การเป็นโมฆะหรือโมฆียะของนิติกรรม ฯลฯ” และรัฐจะกำหนด “บทบังคับเด็ดขาด” ซึ่งเป็นการจำกัดความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาของเอกชนแต่เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดวางหลักเกณฑ์ให้เป็นระบบหรือเกี่ยวกับการป้องกันความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเท่านั้น

(2) พื้นฐานของ “นิติกรรมทางปกครอง” (acte administratif)

“นิติกรรมทางปกครอง” มีพื้นฐานทางปรัชญาที่แตกต่างกับนิติกรรมทางแพ่ง เพราะโดยหลักการนิติกรรมทางปกครองจะเป็นนิติกรรมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจสั่งการฝ่ายเดียว (unilateral) โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะสั่งบังคับ (décisior exécutoire) ให้เอกชนต้องปฏิบัติหรือกำหนดกฎเกณฑ์แก่เอกชน (การให้อนุญาต ฯลฯ) ทั้งนี้ ตามอำนาจที่กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อดำเนินบริการสาธารณะหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยไม่คำนึงว่าบุคคลที่เกี่ยวข้อง (ซึ่งอาจเป็นบุคคลเพียงคนหนึ่งหรืออาจเป็นกลุ่มบุคคลหรือประชาชนทั่ว ๆ ไป) จะให้ความยินยอมหรือไม่ (หมายเหตุ แม้จะมีกรณีบางกรณี เช่น การสั่งการบางอย่างที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งของบุคคลผู้รับคำสั่งอาจต้องให้ความยินยอมด้วย แต่คำสั่งประเภทนี้ก็มีน้อยมากและถือเป็น “เงื่อนไข” ของการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย) ดังนั้น พื้นฐานของนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว (acte administrative unilateral) และด้วยเหตุนี้นักทฤษฎีกฎหมายปกครอง (ของต่างประเทศ) หลายท่าน จึงมีความเห็นว่า ความหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง” น่าจะได้แก่ “นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว” เสมอไป และสมควรแยกหลัก “สัญญาทางปกครอง” ออกเป็นเอกเทศ

เมื่อพื้นฐานทางทฤษฎีของนิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) แตกต่างกับนิติกรรมทางแพ่ง (เอกชน) แล้ว ผลที่ตามมาก็คือ หลักกฎหมาย (régime juridique) ที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองก็แตกต่างกับหลักกฎหมายของนิติกรรมทางแพ่ง (เอกชน) ด้วย และแม้ว่าหลักกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) จะมีหลักกฎหมายบางอย่างที่อยู่ในแนวทางเดียวกับหลักกฎหมายของกฎหมายแพ่ง เช่น หลักว่าด้วยความสามารถ (อำนาจหน้าที่) ของเจ้าหน้าที่ เงื่อนไขของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ รูปแบบของการสั่งการ ฯลฯ แต่หลักกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองจะเน้นหนักในด้านการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (หลักว่าด้วยการชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง-légalité) ไม่ว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นการใช้อำนาจในทาง “ดุลพินิจ” (pouvoir discrétionnaire) หรือเป็นการใช้อำนาจยามฉุกเฉิน ฯลฯ หลักกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจโดยทุจริตหรือโดยบิดเบือนการใช้อำนาจเพื่อหลบซ่อนการหาประโยชน์โดยมิชอบ รวมทั้งเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิ (โดยชอบ) ของเอกชนด้วย ในประเทศที่พัฒนาทางปกครองแล้ว หลักกฎหมาย (régime juridique) ของนิติกรรมทางปกครอง จึงแตกต่างกับหลัก (régime juridique) ของกฎหมายแพ่งเอกชนเป็นอย่างมาก

(3) พื้นฐานของ “สัญญาทางปกครอง” (contrat administratif)

เมื่อ “นิติกรรมทางปกครอง” มุ่งไปถึงอำนาจการสั่งการฝ่ายเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ดังนั้น การผูกพันในลักษณะสัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน (สัญญาทางปกครอง) จึงมีเงื่อนไขสำคัญว่า เอกชนซึ่งเป็นคู่สัญญาของรัฐจำเป็นจะต้องให้ความยินยอมก่อน นักกฎหมายปกครองส่วนใหญ่จึงมักไม่ถือว่าสัญญาฝ่ายปกครองเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” และให้ “สัญญาทางปกครอง” เป็นหัวข้อต่างหากโดยเฉพาะของกฎหมายปกครอง และมีหลักกฎหมาย (régime juridique) ของสัญญาทางปกครองแยกออกจากหลักกฎหมายของ “นิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว)” อย่างไรก็ตาม นักทฤษฎีกฎหมายปกครอง (ของต่างประเทศ) บางท่าน เห็นว่า “สัญญาทางปกครอง” อาจอธิบายรวมอยู่กับ “นิติกรรมทางปกครอง” ได้ เพราะ “สัญญาทางปกครอง” และ “นิติกรรมทางปกครอง” ต่างมีจุดเริ่มต้นเหมือนกันประการหนึ่ง คือ ในเรื่อง “อำนาจ” (competence) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการทำนิติกรรมทางปกครองและในการทำสัญญาทางปกครอง

โดยความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” อาจจะแตกต่างกันในประเทศต่าง ๆ ที่พัฒนาในทางกฎหมายปกครองแล้ว แต่ก็มีแนวทางที่ยอมรับกันโดยทั่ว ๆ ไปว่า แม้ว่าในการเข้าทำสัญญาทางปกครอง ซึ่งเอกชนยังต้องให้ความยินยอมในการเข้าผูกพันตามข้อสัญญาก็ตาม แต่ตามข้อกำหนดในสัญญาทางปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนดโดยชัดแจ้งหรือโดยหลักกฎหมายทั่วไป) รัฐก็ยังสงวนอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาเพื่อรักษาและคุ้มครองผลประโยชน์ของสาธารณะได้ ฯลฯ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องมิให้เอกชนต้อง “เสียหาย”

จากพื้นฐานของ “นิติกรรมทางแพ่ง” พื้นฐานของ “นิติกรรมทางปกครอง” และพื้นฐานของ “สัญญาทางปกครอง” สรุปได้ว่า นิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) นั้นเป็นการสั่งการของฝ่ายปกครองและเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) แยกประเภทแตกต่างได้มากมาย และแตกต่างกับการแบ่งประเภทของนิติกรรม

ทางแพ่ง เมื่อคำนึงถึงลักษณะที่ไม่เหมือนกันของนิติกรรมทางปกครองแต่ละประเภท นิติกรรมทางปกครอง (ฝ่ายเดียว) อาจแยกเป็นการสั่งการที่มีผลปฏิบัติการ (dècision exécutoiore) คือ ก่อให้เกิดสิทธิและ/ หรือหน้าที่ต่อเอกชน อันทำให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมาย (situetien juridique) ขึ้นใหม่ กับการสั่งการที่ไม่มีผลบังคับปฏิบัติการ เช่น หนังสือเวียน-คำแนะนำของทางราชการ ฯลฯ หรือแยกเป็นการสั่งการที่เป็นกฎทั่วไป (acte règlementaire) กับการสั่งการที่มีผลเฉพาะบุคคล (acte individuel) ฯลฯ ประเภทและลักษณะของนิติกรรมที่แตกต่างกันย่อมนำไปสู่หลักกฎหมายปกครองที่แตกต่างกัน

4) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง

จากคำวินิจฉัยที่ 26/2529[256] กรณีร้องทุกข์ของบริษัท จีเรวัตรไดย์สตัฟ จำกัด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น เลขาธิการฯ ยังได้มีข้อสังเกตเพิ่มเติมในการพิจารณาเกี่ยวกับสถานะและขอบเขตการตรวจสอบมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนไว้ด้วย ดังนี้

กรณีสถานะของมติคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน โดยการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้มอบให้คณะอนุกรรมการพิจารณากลั่นกรองอุทธรณ์ (ซึ่งแต่งตั้งโดยคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) เท่ากับเป็นการร้องทุกข์ต่อ “มติ” ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเองโดยตรง แต่การร้องทุกข์เกี่ยวกับมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่อนุมัติให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนฯ นั้น ไม่ใช่เป็นการอุทธรณ์ “คำวินิจฉัย” ของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่น ตามนัยของมาตรา 7(2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 โดยได้ให้เหตุผลว่า อำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเพื่อส่งเสริมการลงทุนจะมีการใช้อำนาจใน 2 ขั้นตอนคือ ในขั้นตอนแรก คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะมีมติอื่น (acte administrative) เพื่อให้สิทธิและประโยชน์แก่ผู้ที่ขอรับการส่งเสริมการลงทุนก่อน แต่มติดังกล่าวยังไม่มีผลเป็นการผูกมัด ผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุนจนกว่าจะได้มีการออกบัตรส่งเสริมและผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ยอมรับ (consentement-consent) บัตรส่งเสริม ตลอดจนยอมรับข้อผูกมัดในการปฏิบัติตามกฎหมาย ข้อบังคับและเงื่อนไขอื่น ฯลฯ ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนนั้นแล้ว ดังนั้น มติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงเป็นการสั่งการ (ภายใน) ของฝ่ายบริหารที่ให้สิทธิและประโยชน์ในการส่งเสริมการลงทุนแก่เอกชน (décision individuelle) และจะมีผลเมื่อเอกชนได้ยอมรับ (consentement) การส่งเสริมการลงทุนของทางราชการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายและข้อบังคับฯ นั้นแล้ว ดังนั้น ความผูกพันระหว่างฝ่ายปกครอง (คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) กับเอกชน จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง (contrat administratif) ด้วยเหตุนี้ การร้องทุกข์เกี่ยวกับมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน จึงเป็น “การร้องทุกข์ชั้นต้น” ต่อนิติกรรมทางปกครองมิใช่เป็นการร้องทุกข์ในระดับอุทธรณ์ตามความหมายของมาตรา 7(2) (ค) นอกจากนั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก็มิใช่ “คณะกรรมการประเภทที่กฎหมายได้บัญญัติจัดตั้งขึ้นไว้สำหรับพิจารณาข้อโต้แย้งที่จะต้องทำการชี้ขาดในรูปแบบของ “คำวินิจฉัย” โดยมี “วิธีพิจารณา

[256] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 40-41.

ความ” ตามที่กฎหมายกำหนด (acte juridictionnel) ด้วย การร้องทุกข์ต่อมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงไม่ต้องห้ามตามมาตรา 7(2) (ค) แห่งพระราชบัญญัติกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

ในกรณีขอบเขตการตรวจสอบมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเลขาธิการฯ มีข้อสังเกตว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไม่น่าจะใช้อำนาจตรวจสอบเข้าไปถึง “ปัญหาข้อเท็จจริง” อันเป็นอำนาจหน้าที่ทางเทคนิคโดยเฉพาะตามกฎหมายปกครองของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ เพราะปัญหาข้อเท็จจริงในกรณี ได้แก่ การใช้ดุลพินิจเพื่อตัดสินใจว่าโครงการใดหรือบุคคลใดมีความสมควรหรือเหมาะสมที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากทางราชการหรือไม่ กฎหมายได้กำหนดให้การใช้ดุลพินิจในปัญหาข้อเท็จจริงนี้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยคำนึงถึงองค์ประกอบของคณะกรรมการและคุณสมบัติของกรรมการ ฯลฯ ตามที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นไว้ตามหลักของความชำนาญเฉพาะด้าน (specialization) สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (คณะกรรมการกฤษฎีกา) ควรจะต้องยอมรับและเคารพต่อความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขององค์กรอื่น อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจหน้าที่สอบสวนในประเด็นที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการที่มีกล่าวคือ อาจตรวจสอบในประเด็นว่าคณะกรรมการส่งเสริมได้เปิดโอกาสให้ผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุนรายอื่นมีโอกาสในการเสนอเรื่องของตนได้โดยเสมอภาคกันหรือไม่ และในประเด็นว่า ในการพิจารณาของคณะอนุกรรมการพิจารณากลั่นกรองการอุทธรณ์ได้เปิด “โอกาส” ให้ผู้อุทธรณ์ชี้แจงความเห็นของตนพร้อมเหตุผลตามสมควรหรือไม่ เป็นต้น โดยในการตรวจสอบดังกล่าว หากพบว่าการพิจารณาของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีข้อบกพร่องไม่ปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ (หลักกฎหมายปกครอง) หรือมีการบิดเบือนการใช้อำนาจ (abuse of power) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อาจวินิจฉัยและเสนอข้อคิดเห็นให้มีการเพิกถอนมติของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้

จากข้อสังเกตของ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ ประกอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 26/2529 นอกจากให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับนิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง-สัญญาทางปกครอง และขอบเขตอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองแล้ว ยังแสดงให้เห็นถึงหลักการฟังความทุกฝ่ายอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองมาใช้ในกรณีดังกล่าวด้วย

5) การวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจน

ในคำวินิจฉัยที่ 25/2529[257] ซึ่งเกิดจากการที่มหาวิทยาลัยรามคำแหง และผู้ร้องทุกข์ (นักศึกษา) มีความเข้าใจไม่ตรงกันเกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำที่ใช้อยู่ใน “ข้อบังคับมหาวิทยาลัยรามคำแหงว่าด้วยการศึกษาชั้นปริญญาตรี ชั้นปีที่ 1 เฉพาะปีการศึกษา 2520” กรณีจึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าข้อบังคับได้ใช้ “ถ้อยคำ” ที่ทำให้นักศึกษาหรือบุคคลภายนอกเข้าใจตรงกับความต้องการของมหาวิทยาลัยหรือไม่ และถ้าหากปรากฏว่ามีการใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนก่อให้เกิดความเข้าใจผิดขึ้นในระยะสุดท้ายของการใช้สิทธิในการสอบของนักศึกษา ควรจะตีความ

---

[257] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 39-40.

โดยนัยอย่างใด ซึ่งตามข้อสังเกตของเลขาธิการฯ ได้มีหลักในการตีความเรื่องดังกล่าวโดยอาศัยเกณฑ์ดังนี้

หลักเกณฑ์แรก การพิจารณาจากหลักความเสมอภาค สิทธิของผู้ร้องทุกข์ (และนักศึกษาที่อยู่ในฐานะเดียวกับผู้ร้องทุกข์ 400 คน) ควรจะมีสิทธิเท่ากับนักศึกษาปกติ คือ มีสิทธิได้สอบโดยมี 16 ภาคปกติ และ 8 ภาคฤดูร้อน โดยนัยรวมภาค 1 ของปีการศึกษา 2520 ด้วย

และหลักเกณฑ์ของข้อบังคับที่จะนำมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับการหมดสภาพการเป็นนักศึกษานั้น ไม่สามารถนำข้อ 8.8 แห่ง “ข้อบังคับมหาวิทยาลัยรามคำแหงว่าด้วยการศึกษาชั้นปริญญาตรี ชั้นปีที่ 1 เฉพาะปีการศึกษา 2520 พ.ศ. 2520” มาอ้างอิงได้ เพราะข้อความดังกล่าวเป็นข้อความของข้อบังคับตั้งแต่วันที่ 7 มีนาคม 2520 หลังจากนั้น ได้มีการเพิ่มเติมข้อ 8 ทวิขึ้นใหม่ โดยข้อบังคับฯ (ฉบับที่ 2) ได้กำหนดข้อความขึ้นใหม่ ฉะนั้นข้อความใหม่ได้ลบล้างการหมดสภาพการเป็นนักศึกษาตามข้อบังคับเดิมไปแล้ว ดังนั้น จึงไม่อาจอ้างอิงถึงเหตุผลการสิ้นสภาพการเป็นนักศึกษาของผู้ร้องทุกข์ตามข้อบังคับ (ฉบับแรก) ได้อีก

จากข้อสังเกตของ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ประกอบคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 25/2529 นอกจากให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับกรณีข้อบังคับที่ไม่มีความชัดเจนแล้ว ยังแสดงให้เห็นถึงหลักความเสมอภาค อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองมาใช้ในกรณีดังกล่าวด้วย

4.1.1.2 หลักกฎหมายทั่วไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม

ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นอกจากคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยองค์หนึ่งแล้ว อีกองค์กรหนึ่งที่มีความสำคัญเช่นเดียวกัน คือ ศาลยุติธรรม ซึ่งในขณะนั้นรูปแบบของศาลไทยยังเป็นระบบศาลเดี่ยว มีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหลักมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง รวมถึงคดีปกครองด้วย โดยศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม บทบาทของศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปตาม “ระบบกล่าวหา” กล่าวคือ เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล ศาลมีหน้าที่พิจารณาด้วยความเป็นธรรม วางตัวเป็นกลางไม่เข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง การใช้ดุลพินิจของศาลจึงมีน้อยและต้องเปิดโอกาสให้ทั้งโจทก์และจำเลยต่อสู้คดีของตนอย่างเต็มที่ และการพิจารณาคดีของศาล โดยหลักแล้วต้องเป็นการพิจารณาโดยเปิดเผย หมายถึง ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการควบคุมให้ศาลพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ยกเว้นในบางคดีที่ศาลอาจมีคำสั่งให้มีการพิจารณาเป็นการลับ[258]

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของศาลยุติธรรมนั้น นอกจากศาลจะได้พิจารณาโดยอาศัยบทบัญญัติในพระราชบัญญัติเฉพาะแล้ว ศาลยุติธรรมได้นำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้กับคดีพิพาทด้วย เช่น การนำหลักคำเสนอ-คำสนองในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการพิจารณาการเกิดสัญญาทางปกครอง หรือการนำหลักกฎหมายเรื่องผลของสัญญาตามที่

---

[258]วรรณชัย บุญบำรุง, **สารานุกรมแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540): ศาลยุติธรรม** (กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2544), หน้า 36.

บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครอง เป็นต้น รวมถึงการที่ศาลยุติธรรมได้นำหลักความเสมอภาค และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทด้วย ดังนี้

1) คำพิพากษาเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค

การที่โจทก์นำสืบว่า ที่ดินข้างเคียงที่ดินของโจทก์มีการซื้อขายกันในราคาเท่าใดก่อนมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาก็เท่ากับว่าเป็นการนำสืบให้เห็นว่าที่ดินดังกล่าวมีราคาเท่าใดในวันที่พระราชกฤษฎีกาประกาศใช้บังคับนั่นเอง แม้โจทก์ไม่มีราคาซื้อขายมาแสดงว่าในวันดังกล่าวที่ดินของโจทก์มีราคาเท่าใด แต่โจทก์นำสืบว่าที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกันมีราคาตารางวาละ 1,655 บาท และที่ดินข้างเคียงตารางวาละ 1,887 บาท ย่อมฟังได้ว่าที่ดินของโจทก์มีราคาตามที่ซื้อขายกันในท้องตลาดไม่ต่ำกว่าตารางวาละ 1,655 บาท การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แม้จะกระทำเพื่อประโยชน์แก่สาธารณชนทั่วไปก็ตาม แต่รัฐก็มีหน้าที่จ่ายค่าทดแทนเพื่อบรรเทาความเสียหายแก่เจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนตามความเหมาะสมและเป็นธรรม ทั้งยังต้องปฏิบัติต่อเจ้าของที่ดินทุกคนอย่างเสมอภาคกัน (คำพิพากษาฎีกาที่ 337/2537)

2) คำพิพากษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2475 มาตรา 62 ซึ่งบัญญัติว่า สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ใช่เป็นข้อบัญญัติตัดอำนาจศาลที่จะตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ศาลจึงมีอำนาจตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งในการใช้หรือบังคับตามกฎหมายนั้น ศาลย่อมต้องแปลหรือตีความหมายของกฎหมาย มิเช่นนั้นศาลก็ย่อมใช้กฎหมายไม่ได้ ส่วนการที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 14 มีข้อความรับรองถึงเสรีภาพของบุคคลในการต่าง ๆ ดังระบุไว้นั้น มีความหมายรับรองถึงเสรีภาพในการกระทำด้วย คำว่ามีเสรีภาพบริบูรณ์ในร่างกายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 14 นั้น มีความหมายว่า ไม่ให้ใครมาทำอะไรแก่เราและหมายถึงเราจะทำอะไรก็ได้ด้วย หากการนั้นอยู่ภายในบังคับของกฎหมาย ส่วนคำว่าภายในบังคับแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 14 นั้นหมายถึงว่าไม่มีกฎหมายห้ามไว้ โดยตรงหรือโดยอ้อมและหมายถึงบทกฎหมายที่มีอยู่ในเวลานั้น ไม่ใช่หมายถึงบทกฎหมายที่จะมีมาภายหน้า ซึ่งหากกฎหมายใดบัญญัติย้อนหลังลงโทษการกระทำ การเขียนการพูดฯลฯ ที่แล้วมา ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14 กฎหมายนั้นย่อมตกเป็นโมฆะ จะใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้น พระราชบัญญัติอาชญากรสงครามเฉพาะที่บัญญัติย้อนหลังนั้น ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา14 จึงเป็นโมฆะส่วนบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำหลังจากใช้พระราชบัญญัตินี้แล้ว เป็นอันใช้บังคับได้โดยสมบูรณ์ การที่สภาผู้แทนราษฎรอาจออกกฎหมายย้อนหลังได้ต่อเมื่อกฎหมายที่ให้ย้อนหลังนั้น ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณ โดยศาลเป็นผู้มีอำนาจที่จะชี้ขาดกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญว่าเป็นโมฆะตามรัฐธรรมนูญมาตรา 61 ได้[259] (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489)

---

[259]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 311-312.

3) คำพิพากษาเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

การนำระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครองเห็นได้ชัดในเรื่องของสัญญาทางปกครอง[260] ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตั้งแต่ในชั้นของการก่อให้เกิดสัญญา ผลของสัญญา การแก้ไขและการเลิกสัญญา ตัวอย่างคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าว เช่น

(1) การนำหลักคำเสนอ-คำสนอง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการวินิจฉัยการเกิดสัญญาทางปกครอง

จำเลยแจ้งความให้ผู้ประสงค์รับเหมาก่อสร้างปรับปรุงท่อระบายน้ำยื่นซองประกวดราคา โดยมีเงื่อนไขว่าราคาที่ผู้รับเหมายื่นซองประกวดราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน นับแต่วันยื่นซองประกวดราคา การที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาโดยมีข้อตกลงตามเงื่อนไขดังกล่าว ไม่ทำให้คำเสนอของโจทก์เป็นคำเสนอที่มีข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ฉะนั้นเมื่อจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่า ราคาก่อสร้างที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาเป็นราคาต่ำสุด และตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้าง ก็ถือได้ว่าเป็นคำสนองของจำเลย โจทก์มีความผูกพันที่จะต้องไปทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรกับจำเลย หากโจทก์ไม่ไปทำสัญญาตามกำหนด จำเลยก็มีสิทธิริบเงินประกันซอง แล้วทำความตกลงจ้างผู้อื่นต่อไปตามเงื่อนไขในแจ้งความ ส่วนเงื่อนไขที่ว่าราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน ก็เป็นเพียงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำเชื้อเชิญเท่านั้น มิได้หมายความว่าถ้าเกิน 60 วันแล้วราคาจะต้องเปลี่ยนแปลง ดังนั้นเมื่อโจทก์มิได้ระบุในใบประกวดราคาว่าราคาที่เสนอจะคงอยู่เพียง 60 วันแล้ว การที่จำเลยสนองรับและแจ้งให้โจทก์ไปทำสัญญาภายใน 5 วัน แม้จะพ้นกำหนด 60 วัน ตามเงื่อนไขในแจ้งความ หากโจทก์ปฏิเสธไม่ยอมลงนามในสัญญาก็ถือว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญา (คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523)[261]

คดีนี้มีปัญหาว่าจำเลยมีสิทธิริบเงินประจำซองและเรียกร้องค่าเสียหายหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาเห็นว่า ตามแจ้งความของจำเลยที่ประกาศให้ผู้ประสงค์รับเหมาก่อสร้างปรับปรุงท่อระบายน้ำยื่นซองประกวดราคาเป็นคำเชื้อเชิญ โดยมีข้อความว่า ราคาที่ผู้รับเหมายื่นซองประกวดราคาจะไม่เปลี่ยนแปลงภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันยื่นซองประกวดราคา ซึ่งโจทก์เรียกว่ากำหนดวันยืนราคา เป็นเงื่อนไขที่บังคับไม่ให้โจทก์เปลี่ยนแปลงราคาค่ารับเหมาก่อสร้างภายในกำหนดเวลาดังกล่าว โจทก์ทราบเงื่อนไขดังกล่าวและรายละเอียดอื่นตามแจ้งความของจำเลยดีแล้ว จึงยื่นซองประกวดราคารับเหมาก่อสร้างงานรายนี้ซึ่งเป็นคำเสนอ การที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาโดยมีข้อตกลงว่าจะไม่เปลี่ยนแปลงราคาค่ารับเหมาก่อสร้างภายใน 60 วันนับแต่วันยื่นซองประกวดราคา เป็นไปตามเงื่อนไขแจ้งความของจำเลย ไม่ทำให้คำเสนอของโจทก์เป็นคำเสนอที่มีข้อจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 359 วรรคสอง ซึ่งจำเลยยังมีสิทธิเลือกตกลงจ้างผู้ใดก็ได้ ฉะนั้นเมื่อจำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่าราคาค่าก่อสร้างที่โจทก์ยื่นซองประกวดราคาเป็นราคาต่ำสุดและตกลงจ้างโจทก์ให้ทำการก่อสร้างงานรายนี้ อันถือเป็นคำสนองของจำเลย โจทก์จึงมีความผูกพันที่

---

[260] กนกวรรณ อิทธิวิภาต, *เรื่องเดิม,* หน้า 139-141.

[261] คำพิพากษาฎีกาที่ 581/2523 (เนติ), หน้า 345-356.

จะต้องไปทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษรกับจำเลย หากโจทก์ไม่ไปลงนามในสัญญาตามกำหนดก็เป็นเงื่อนไขที่ทำให้จำเลยมีสิทธิริบเงินประจำซองแล้วทำความตกลงจ้างผู้อื่นต่อไป

ส่วนเงื่อนไขที่ว่า “ราคานี้จะไม่เปลี่ยนแปลงภายใน 60 วัน นับแต่วันยื่นซองประกวดราคานี้” ก็เป็นเพียงเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบแจ้งความประกวดราคาซึ่งเป็นคำเชื้อเชิญเท่านั้น ว่าราคานี้จะมีการเปลี่ยนแปลงมิได้ภายใน 60 วัน แต่มิได้หมายความว่าถ้าเกิน 60 วันแล้วราคาจะต้องเปลี่ยนแปลง ดังนั้นเมื่อโจทก์ผู้ยื่นซองใบประกวดราคาซึ่งถือเป็นคำเสนอมิได้ระบุในใบประกวดราคาว่า ราคาที่เสนอจะคงอยู่เพียง 60 วันแล้ว การที่จำเลยแจ้งให้โจทก์ทราบว่า จำเลยตกลงจ้างโจทก์และต่อมาได้แจ้งให้โจทก์ไปทำสัญญาภายใน 5 วัน แม้จะพ้นกำหนด 60 วันตามเงื่อนไขในใบแจ้งความประกวดราคา หากโจทก์ปฏิเสธไม่ยอมลงนามในสัญญา ก็ถือได้ว่าโจทก์เป็นฝ่ายผิดสัญญาประกวดราคาจ้างเหมา จำเลยมีสิทธิริบเงินประจำซอง แต่จำเลยไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายในการที่ไปจ้างเหมาผู้อื่นในราคาสูงขึ้น เพราะตามแจ้งความประกวดราคาไม่ได้กำหนดไว้

(2) การนำหลักกฎหมายเรื่องผลของสัญญาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับสัญญาทางปกครอง

สัมปทานปิโตรเลียมที่โจทก์ออกให้แก่จำเลย เป็นการอนุญาตให้จำเลยมีสิทธิที่จะทำได้แต่ผู้เดียวในกิจการสำรวจการปิโตรเลียมภายในขอบเขตที่กำหนดซึ่งจำเลยจะต้องจ่ายค่าทดแทนจำนวนหนึ่งให้แก่โจทก์ แต่การจ่ายเงินผลประโยชน์มีจำนวนมากหลายรายการ เพื่อผ่อนผันแบ่งเบาภาระให้แก่จำเลยจึงได้แบ่งชำระเป็นงวดทุกปี หลังจากนั้นเป็นเวลาต่อเนื่องกันอีกสองปี เงื่อนไขดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่โจทก์พึงได้รับประโยชน์จากการที่ยอมให้สัมปทานแก่จำเลย แม้เงินผลประโยชน์พิเศษงวดที่ 3 ใช้คำว่า “กับทุกปีหลังจากนั้นเป็นเวลาต่อเนื่องกันอีกสองปี” ก็ตาม ก็มิใช่เป็นเงินอื่น ๆ ที่มีกำหนดจ่ายเป็นระยะเวลาจึงไม่เป็นสิทธิเรียกร้องที่กำหนดอายุความไว้ 5 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 166 เดิม สิทธิเรียกร้องของโจทก์ดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องอายุความได้ไว้เฉพาะเป็นอย่างอื่น จึงต้องใช้อายุความทั่วไปกำหนด 10 ปี ตามมาตรา 164 เดิม เมื่อสัมปทานมิได้กำหนดเรื่องดอกเบี้ยของเงินผลประโยชน์ไว้ แต่เมื่อโจทก์บอกกล่าวแล้วจำเลยไม่ชำระเงินผลประโยชน์พิเศษให้แก่โจทก์ จำเลยจึงตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะโจทก์เตือนแล้ว โจทก์มีสิทธิคิดดอกเบี้ยจากจำเลยได้ในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคแรก จำเลยจึงมีหน้าที่ต้องชำระดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันผิดนัดให้แก่โจทก์ แต่จำเลยไม่ชำระดอกเบี้ยดังกล่าวจึงเป็นดอกเบี้ยค้างส่งที่มีอายุความ 5 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 166 เดิม (คำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536)[262]

(3) การเลิกสัญญาคู่สัญญาในสัญญาทางปกครองต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การทำสัญญาจ้างเหมาก่อสร้างอาคาร จำเลยผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องมอบพื้นที่และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยสั่งระงับการก่อสร้างเพราะการวางผังและตอกเสาเข็มรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นนั้น เป็นความผิดของจำเลยที่ไม่ตรวจแนวเขตที่ดินให้แน่นอนเสียก่อน จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาที่ไม่สามารถให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาต่อไป

---

[262] คำพิพากษาฎีกาที่ 2384/2536 (เนติ), หน้า 1713-1718.

ได้ แม้โจทก์ฟ้องคดีนี้แล้ว โจทก์ก็ยังเสนอเงื่อนไขต่อจำเลยในการที่จะดำเนินการก่อสร้างต่อไปอีก แสดงว่าคู่สัญญาไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีกต่อไป กรณีต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 คือ โจทก์ต้องบอกกล่าวให้จำเลยดำเนินการให้โจทก์ลงมือก่อสร้างต่อไป โดยกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้จำเลยแก้ไขข้อขัดข้อง ถ้าไม่สามารถแก้ไขภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้แล้ว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ หากไม่ปฏิบัติดังกล่าว โจทก์ก็ยังไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา เมื่อโจทก์ยังไม่มีแม้แต่สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา ก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย (คำพิพากษาฎีกาที่ 948/2525)[263]

คดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อจำเลยทำสัญญาจ้างเหมาให้โจทก์ก่อสร้างอาคาร จำเลยก็มีหน้าที่ต้องมอบพื้นที่และกำหนดแนวเขตพื้นที่ที่โจทก์จะต้องก่อสร้าง การที่จำเลยสั่งระงับการก่อสร้างเพราะการวางผังและตอกเสาเข็มรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของเอกชนนั้น เป็นความผิดของจำเลยที่ไม่ตรวจสอบแนวเขตที่ดินให้แน่นอนเสียก่อน จำเลยจึงเป็นฝ่ายผิดสัญญาที่ไม่สามารถให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างต่อไปได้

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาต่อไป คือ โจทก์บอกเลิกสัญญาแล้วหรือยัง ศาลฎีกาเห็นว่า สัญญาจ้างเหมาไม่มีข้อสัญญาให้สิทธิโจทก์ในการบอกเลิกสัญญาไว้เลย สิทธิของโจทก์ในการบอกเลิกสัญญาจึงมีอยู่เฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น สัญญาจ้างเหมาดังกล่าว แม้จะกำหนดเวลาชำระหนี้ไว้แน่นอน กล่าวคือโจทก์จะต้องเริ่มลงมือทำงาน ณ สถานที่ก่อสร้าง และจะต้องทำงานแต่ละงวดให้แล้วเสร็จภายในวันเวลาที่กำหนดไว้ แต่เมื่อจำเลยมีคำสั่งให้โจทก์ระงับการก่อสร้างไว้ก่อน คู่สัญญาก็ได้เจรจากันตลอดมาจนแม้เมื่อโจทก์ได้ยื่นฟ้องคดีนี้แล้ว โจทก์ก็ยังได้เสนอเงื่อนไขต่อจำเลยในการที่จะก่อสร้างต่อไปอีก แสดงให้เห็นว่า คู่สัญญาไม่ถือเอากำหนดเวลาชำระหนี้ตามสัญญาเป็นข้อสำคัญอีกต่อไป กรณีจึงต้องด้วยบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 387 กล่าวคือ เมื่อจำเลยผิดสัญญา ไม่สามารถมอบพื้นที่ให้โจทก์ดำเนินการก่อสร้างตามสัญญาต่อไปได้ เป็นการไม่ชำระหนี้ในส่วนที่เป็นหน้าที่ของตน โจทก์จะต้องบอกกล่าวให้จำเลยดำเนินการให้โจทก์ลงมือก่อสร้างต่อไป โดยกำหนดระยะเวลาพอสมควรให้จำเลยแก้ไขข้อขัดข้อง ถ้าจำเลยยังไม่สามารถแก้ไขข้อขัดข้องภายในระยะเวลาที่กำหนดให้แล้ว โจทก์จึงจะบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อโจทก์ยังไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว โจทก์ก็ยังไม่มีสิทธิบอกเลิกสัญญา ศาลฎีกาเห็นว่า โจทก์ต้องบอกเลิกสัญญาเสียก่อนจึงจะมีสิทธิเรียกค่าเสียหาย เมื่อโจทก์ยังไม่มีแม้แต่สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา โจทก์ก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย

4) คำพิพากษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

นายอำเภอมีหน้าที่จดทะเบียนสมรสให้แก่คู่สมรสตามที่เขาร้องขอตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว 2478 นายอำเภอจะอ้างเหตุขัดข้อง ตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทย โดยที่คำสั่งกระทรวงมหาดไทยนั้นมิได้อาศัยอำนาจตามบทกฎหมายนั้นไม่ได้

กรณีที่ นาย ป. คนสัญชาติไทยและนางสาว ซ. ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยชั่วคราว ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการ

---

[263] คำพิพากษาฎีกาที่ 948/2525 (เนติ), หน้า 743-751.

สมรสดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ครบทุกประการ ได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอปากเกร็ด นายอำเภอปากเกร็ดซึ่งเป็นนายทะเบียนมีหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 ได้บอกปัดไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรสให้ตามที่ชายหญิงคู่นี้ร้องขอ โดยอ้างเหตุว่า นางสาว ซ. เป็นหญิงต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพียงชั่วคราวเท่านั้น การขอจดทะเบียนสมรสก็ด้วยเจตนาทุจริตและไม่ชอบด้วยกฎหมาย และพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคนต่างด้าว จำเลยจึงไม่อาจรับจดทะเบียนสมรสให้ได้ ซึ่งเป็นการปฏิบัติอันชอบด้วยกฎข้อบังคับและคำสั่งว่าด้วยการจดทะเบียนสมรสทุกประการ โดยอ้างคำสั่งตามหนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทย ถึงผู้ว่าราชการจังหวัดทุกจังหวัด (คำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505)[264]

คดีนี้จึงมีปัญหาว่าคำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่อ้างจะใช้บังคับได้เพียงใด ซึ่งคำสั่งนั้นมีความว่า ให้ยับยั้งการจดทะเบียนสมรสให้แก่คนไทยที่สมรสกับหญิงต่างด้าว ที่ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว และไม่มีสำมะโนครัวเป็นหลักฐาน เพื่อป้องกันมิให้หญิงต่างด้าวได้สัญชาติไทยโดยหลีกเลี่ยงกำหนดอัตราและค่าธรรมเนียมคนเข้าเมือง ซึ่งถ้ายอมจดทะเบียนสมรสให้ในกรณีเช่นนี้เรื่อย ๆ อาจจะเป็นผลร้ายแก่ประเทศชาติอย่างยิ่ง โดยศาลฎีกาเห็นว่าคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวนี้มิได้อาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใด จึงเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยด้วยกันเท่านั้น จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายหาได้ไม่ เมื่อคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทกฎหมายฉบับใด และจะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายไม่ได้ จำเลยซึ่งเป็นนายอำเภอผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายให้รับจดทะเบียนสมรส ก็ย่อมจะอ้างคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยเป็นเหตุไม่ยอมปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหาได้ไม่ อย่างไรก็ตาม แม้จำเลยอยู่ในฐานะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยด้วย แต่เมื่อคำสั่งนั้นขัดต่อกฎหมาย ศาลก็จำต้องให้บังคับคดีไปตามบทกฎหมาย

5) คำพิพากษาเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ

เป็นกรณีที่กฎหมายให้อุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดนั้น หมายความว่า คำวินิจฉัยนั้นจะเป็นที่สุดก็ต่อเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีคำสั่งและคำวินิจฉัยเช่นนั้น ก็จะถึงที่สุด นำมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ไปด้วย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่า คำสั่ง คำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ ศาลย่อมไม่รื้อฟื้นข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยมา โดยถือว่าการใช้ดุลพินิจก็เป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจไปในทางใด จะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่การฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต อันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย

---

[264] คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 (เนติ), หน้า 699-706.

พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 มาตรา 12 ให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่จะออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองรื้ออาคารได้ ถ้าหากชำรุดทรุดโทรมหรืออยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจและไม่อาจแก้ไขได้ และกรรมการแต่งตั้งขึ้นก็เห็นว่าไม่อาจแก้ไขได้ สภาพน่ารังเกียจหรือไม่นี้ กฎหมายให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นและกรรมการลงความเห็น มิได้ถือตามข้อเท็จจริง การที่มีอาคารของโจทก์ที่เป็นไม้ซึ่งปลูกสร้างมาตั้ง 15 ปีแล้ว ปะปนอยู่กับอาคารซึ่งล้วนแต่เป็นตึกแถวสองชั้นทั้งนั้นในถนนแถวเดียวกันเช่นนี้ ความเห็นของเจ้าพนักงานท้องถิ่นว่าอาคารของโจทก์อยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจ จึงมีความเห็นที่ชอบ

พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2503 มาตรา 12 มิได้บัญญัติบังคับว่าต้องจัดหาที่อยู่ใหม่ให้แก่บุคคลซึ่งอยู่ในอาคารที่สั่งรื้อนั้นเสมอไปทุกราย หากบุคคลเหล่านี้มีสถานที่อยู่ในที่แห่งอื่นแล้วก็ไม่จำต้องหาที่อยู่ให้ใหม่ มูลเหตุที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะสั่งให้เจ้าของรื้ออาคารอยู่ที่ว่า การนั้นชำรุดทรุดโทรมอยู่ในสภาพอันเป็นที่น่ารังเกียจและไม่อาจแก้ไขได้ ส่วนการจัดหาที่อยู่ให้ใหม่นั้น เป็นเหตุที่จะปฏิบัติกันได้ในภายหลัง การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นมิได้จดแจ้งเรื่องการหาที่อยู่ให้ใหม่ลงไปในคำสั่งให้รื้อถอนอาคารด้วยนั้น หาทำให้คำสั่งนั้นเป็นคำสั่งที่มิชอบไม่

การหาที่อยู่ให้ใหม่ตามความประสงค์ของพระราชบัญญัติรักษาความสะอาดฯ นี้ ก็เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยบรรเทาความเดือดร้อนของผู้ถูกรื้อถอนอาคารชั่วคราวเท่านั้น จะหวังให้มีสภาพและความเป็นอยู่เหมือนอย่างอาคารเดิมทุกอย่างไม่ได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510)[265]

จากคำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 คดีนี้เป็นกรณีของการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม ซึ่งมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า ศาลมีอำนาจวินิจฉัยหรือไม่ ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ เขียนว่าแม้ว่ากฎหมายจะเขียนว่าคำวินิจฉัยเป็นที่สุด ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่าคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ปัญหาต่อมาคือ ศาลตรวจสอบฝ่ายปกครองอย่างไร ศ.จิตติ เขียนว่าศาลย่อมไม่รื้อฟื้นข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยมา ในหลักความชอบด้วยกฎหมายการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจไปในทางใดจะถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นว่าการฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นไม่มีพยานหลักฐาน ไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอ หรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต ก็ถือได้ว่าการใช้ดุลพินิจเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นว่าในตอนต้นของฎีกาว่าการใช้ดุลพินิจเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้าเป็นดุลพินิจที่ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุน ไม่มีเหตุผลสนับสนุนหรือไม่สุจริต ปัญหาข้อเท็จจริงนั้นจะกลับกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมายขึ้นมาทันที คือ มีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย หลักนี้ใช้ในเรื่องการรับฟังข้อเท็จจริงด้วย ปัญหาข้อเท็จจริงต้องวินิจฉัยโดยมีพยานหลักฐาน ถ้าพิจารณาพยานหลักฐานแล้วเชื่อว่าเป็นอย่างนั้นอย่างนี้โดยให้เหตุผลตามพยานหลักฐานอันนั้นเป็นปัญหาข้อเท็จจริง แต่ถ้ามีพยานหลักฐานระบุไปทางหนึ่งแต่วินิจฉัยไปอีกทางหนึ่งโดยพยานหลักฐานไม่ได้สนับสนุนให้ฟังไปทางนั้นกลายเป็นปัญหาข้อกฎหมาย เรียกว่าการรับ

---

[265] คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 (เนติ), หน้า 949-950.

ฟังพยานหลักฐานที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่า คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 เป็นการวางหลักของศาลยุติธรรมว่า[266] ศาลสามารถเข้าตรวจสอบดุลพินิจและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงของทางฝ่ายปกครองโดยอาศัยหลักความชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งได้วางหลักต่อไปว่า เหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นคือ ไม่มีพยานหลักฐานเพียงพอ ไม่มีเหตุผลเพียงพอ หรือไม่เป็นไปโดยสุจริต

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แม้จะเป็นช่วงที่หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจัดเป็นองค์กรที่สำคัญองค์กรหนึ่งในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย โดยหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองดังกล่าวอาจปรากฏให้เห็นในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือจากข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้แก่ หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค และหลักการฟังความทุกฝ่าย เป็นต้น และอีกองค์กรหนึ่งที่มีความสำคัญในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยก็คือ ศาลยุติธรรม โดยหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาฎีกา ได้แก่ หลักความเสมอภาค และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เป็นต้น จึงสรุปได้ว่า ในช่วงก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีแล้ว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครองของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมก็ตาม

4.1.2 หลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยที่กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการทำคำสั่งทางปกครองไว้อย่างกว้างขวาง และครอบคลุมแล้ว ย่อมทำให้เห็นได้อยู่ในตัวว่า ยากที่จะมีกฎหมายอื่นกำหนดมาตรฐานไว้สูงกว่าจนเป็นเหตุต้องยกเว้นมิให้นำกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับได้[267] โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นช่วงที่หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยได้ถูกบัญญัติและรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักความเป็นกลาง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น ประกอบกับเป็นช่วงที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ในหัวข้อนี้จะได้มีการศึกษาถึงความเป็นมา และอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อันจัดเป็นองค์กรที่สำคัญองค์กรหนึ่งในการวางหลักกฎหมายทั่วไป

---

[266]จิรนิติ หะวานนท์, **คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), หน้า 100-101.

[267]สุรพล นิติไกรพจน์, ปัญหาว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง," ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541), หน้า 13-14.

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของประเทศไทยนั้น เริ่มมาตั้งแต่อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอยู่ที่พระมหากษัตริย์และฝ่ายปกครอง ต่อมาได้เปลี่ยนมาอยู่ที่ฝ่ายตุลาการ หรือศาลยุติธรรม ซึ่งในขณะนั้นรูปแบบของศาลไทยยังเป็นระบบศาลเดี่ยว มีศาลยุติธรรมเป็นองค์กรหลักมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวงรวมถึงคดีปกครองด้วย หลังจากนั้นมีแนวความคิดว่า คดีปกครองเป็นคดีที่ลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไป จึงได้เสนอแนวคิดให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ภายหลังจากความพยายามในการจัดตั้งศาลปกครองประสบความสำเร็จเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีบทบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยกำหนดระยะเวลาการจัดตั้งศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายในสองปี นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญและได้บัญญัติรายละเอียดเกี่ยวกับศาลปกครอง จนกระทั่งเมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2544 ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลาง ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้เปิดทำการตามกฎหมาย อันถือเป็นจุดเริ่มต้นของศาลปกครองไทยในปัจจุบัน[268]

ศาลปกครอง หมายถึง ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ อันไม่อยู่ในอำนาจของยุติธรรมหรือศาลอื่น โดยศาลปกครองมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากศาลยุติธรรมหลายประการ ซึ่งลักษณะพิเศษที่สำคัญของศาลปกครอง[269] คือ ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนในการดำเนินคดี กล่าวคือ ศาลปกครองมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงอื่นใดได้ โดยไม่จำเป็นต้องรับฟังเฉพาะคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้เนื่องมาจาก คดีปกครองมีนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่จากการออกกฎเกณฑ์หรือการออกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่สามารถดำเนินการได้เองฝ่ายเดียว โดยไม่ได้อยู่บนหลักของความเสมอภาคกัน และพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่จะใช้ในศาลเกือบทั้งหมดอยู่ในความดูแลหรือครอบครองของทางฝ่ายปกครอง จึงเป็นการยากที่เอกชน ประชาชนทั่วไป หรือเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานทางปกครองที่ประสงค์ฟ้องคดีจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยืนยันข้อกล่าวอ้างของตนได้ ประกอบกับระบบวิธีพิจารณาของศาลปกครองเป็นระบบถ่วงดุล กล่าวคือ ในการดำเนินคดีในศาลปกครอง มีการถ่วงดุลในการพิจารณา 3 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรก ตุลาการเจ้าของสำนวน ทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงต่าง ๆ ฝ่ายที่สอง ตุลาการผู้แถลงคดี ทำหน้าที่แถลงการณ์ต่อคณะตุลาการ และฝ่ายที่สาม องค์คณะที่มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยองค์คณะมีอิสระที่จะพิพากษาหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นได้โดยไม่ต้องพิพากษาหรือมีคำสั่งตามแนวความเห็นของตุลาการเจ้าของสำนวนหรือตุลาการผู้แถลงคดีก็ได้ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จำแนกคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองออกเป็นประเภท[270] ได้ดังนี้

1. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการฟ้องในเรื่องคำสั่งต่าง ๆ ของทางราชการที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน การฟ้องให้เพิกถอนกฎ ข้อบังคับหรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการ

---

[268] อักขราทร จุฬารัตน, **กว่ามาเป็นศาลปกครอง**, หน้า 5-13.

[269] ชูชัย งามวสุลักษณ์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: ด่านสุทธาการพิมพ์, 2546), หน้า 3.

[270] มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

อื่นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ที่ได้กำหนดให้ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีประเภทนี้จึงต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมาย ส่วนใหญ่มักเป็นคดีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยไม่แก้ไขปัญหาเหตุเดือดร้อนรำคาญ หรือคดีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่บังคับตามกฎหมายว่าด้วยควบคุมอาคาร ส่วนกรณีปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการตามหน้าที่นั้นแล้วแต่ดำเนินการล่าช้าไม่แล้วเสร็จจนล่วงเลยระยะเวลาอันสมควรจนก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดี เช่น คดีที่ข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัยฟ้องผู้บังคับหรือผู้วินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยล่าช้า

3. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด หรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ คดีประเภทนี้ต่างจากคดีสองประเภทแรก เนื่องจาก ผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์ฟ้องขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานทางปกครองรับผิดในเรื่องค่าสินไหมทดแทน ค่าทดแทน หรือความรับผิดอื่น หรือให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำด้วย ไม่ใช่เพียงให้วินิจฉัยว่าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง โดยสัญญาทางปกครองถือได้ว่า มีขึ้นครั้งแรกในกฎหมายปกครองไทย เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) และมาตรา 3 ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองว่าหมายรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งจากความหมายของสัญญาทางปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่าไม่ได้ให้ความหมายของสัญญาทางปกครองไว้โดยตรง[271] คงให้หมายความรวมถึงสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีองค์ประกอบคือ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำแทนรัฐ ประการหนึ่ง และมีลักษณะเป็นสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอีกประการหนึ่ง

5. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการ โดยคดีประเภทนี้เป็นการบัญญัติยกเว้นหลักการทั่วไปที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองด้วย

---

[271] ถาวร เกียรติทับทิว, *เรื่องเดิม,* หน้า 475.

ตนเองโดยไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจของศาลเพื่อออกคำบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งมักปรากฏอยู่ในกฎหมายเก่า ซึ่งในกฎหมายปัจจุบันไม่ค่อยพบเห็นแล้ว

6. คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง กฎหมายที่กำหนดให้คดีพิพาทที่เกิดขึ้นอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่น ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 42 วรรคสอง ให้สิทธิเจ้าของที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์หรือผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทน ผู้ใดไม่พอใจในคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าว สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน

นอกจาก คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองของศาลปกครองชั้นต้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีอีก 4 ประเภท[272] คือ

ประเภทแรก เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

ประเภทที่สอง เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ประเภทที่สาม เป็นคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

ประเภทสุดท้าย เป็นคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้[273]

1. ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ศาลอาจกำหนดคำบังคับดังกล่าวให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีศาลอาจสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน

2. ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

3. ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ศาลอาจสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการงดเว้นกระทำการโดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้

4. ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น ศาลอาจสั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

5. ในกรณีเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย ศาลอาจสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

เมื่อศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีแล้ว ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดบางฉบับได้มีการวางหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้จะได้แบ่งการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล

---

[272]มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

[273]มาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) กับกรณีที่ศาลนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ได้แก่ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ หลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของกฎ) และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ)

4.1.2.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องตั้งอยู่บนหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ เช่นการอนุมัติให้ปรับฐานเงินเดือนบุคลากรเพิ่มเติมเฉพาะบุคลากรบางประเภท (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2555) การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2553) การมีมติให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีเป็นผู้ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.39/2552) การมีมติให้ส่วนราชการถือปฏิบัติเกี่ยวกับการบรรจุผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาเข้ารับราชการ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 158/2550) และการรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุบุคคลเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย (คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547) เป็นต้น

4.1.2.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น การให้บริการรถโดยสารรถไฟสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างเป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550)

4.1.2.3 หลักความได้สัดส่วน

1) หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ) ซึ่งเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 7/2555) ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกในการกำหนดเส้นทางเดินรถ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554) กรณีที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติได้ประกาศให้โครงการหรือกิจการใดต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ดำเนินโครงการหรือกิจการนั้นต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.244/2553) ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องห้ามใช้เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549) และประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดห้ามใช้

เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547) เป็นต้น

2) หลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เช่น การก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภค (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554) การออกคำสั่งให้ข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547) เป็นต้น

4.1.2.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่

1) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งเป็นการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องตั้งอยู่บนหลักความเป็นกลาง เช่น คำสั่งที่ให้ทุนการศึกษาแก่ตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษา ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาทางปกครองที่ต้องนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555) กรณีที่เคยเป็นประธานกรรมการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยของผู้ฟ้องคดีมาก่อน และเป็นอนุกรรมการในที่ประชุมพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีอีกครั้งหนึ่ง เป็นกรณีอันถือได้ว่ามีสภาพอันร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553) การที่คณะกรรมการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทเข้าร่วมใช้สิทธิพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทที่ตนเป็นผู้มีส่วนได้เสีย(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547) และกรณีที่กรรมการสรรหากิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และมติหรือกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการดังกล่าวในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. เพื่อเสนอต่อวุฒิสภา ในการที่กรรมการสรรหาฯ มีความเกี่ยวข้องกับผู้สมัคร โดยหากได้รับการคัดเลือกย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯนั้น เป็นกรณีที่ถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครเข้าการคัดเลือกเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. ขัดต่อหลักความเป็นกลาง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546) เป็นต้น

2) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของกฎ) ซึ่งเป็นการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองต้องตั้งอยู่บนหลักความเป็นกลาง เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาโดยการออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อน

เวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 นั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ในการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทถือเป็นองค์ประกอบพิเศษและมีความสำคัญในคณะกรรมการ ซึ่งต้องเป็นบุคคลที่กฎหมายถือว่าต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้น ทำให้ผลของการออกคำสั่งแต่งตั้งนั้นขัดต่อกฎหมาย ทำให้การออกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับที่เป็นผลสืบเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549) เป็นต้น

4.2.1.5 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ในเรื่องหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เช่น การที่การก่อสร้างถนนของกรมทางหลวงผู้ฟ้องคดีไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเพราะผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดและมีการยกเลิกสัญญาเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556) และการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้น แม้จะทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ยังสามารถใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวได้เสมอตราบเท่าที่เป็นไปโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการชดเชยถ้าหากได้รับความเสียหาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552) เป็นต้น

4.1.2.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

1) หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งเป็นการนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เช่น การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้ออกประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.355/2551 วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน) เป็นต้น

2) หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ) ซึ่งเป็นการนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เช่น เป็นกรณีที่คณะกรรมกลางพนักงานเทศบาลได้นำมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ไปออกเป็นประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2539 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และการที่คณะกรรมการเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ นำประกาศของคณะกรรมกลางพนักงานเทศบาลดังกล่าวไปออกประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการ

บริหารงานบุคคลของเทศบาลแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 42) พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 11 เมษายน 2549 โดยประกาศทั้งสองฉบับให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.66/2553) เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า ในช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทาง ปกครอง พ.ศ. 2539 หรือก่อนจะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้น องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทในทางปกครองได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองขึ้นมาใช้ปรับแก่คดีบ้างแล้ว ซึ่งจะเห็นได้จากการนำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองมาใช้ในการวินิจฉัยข้อพิพาทของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือในการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลยุติธรรม โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกนำมาใช้ปรับแก่คดี ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน หลักฟังความทุกฝ่าย และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง ต่อมาในช่วงการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หรือเป็นช่วงที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้วนั้น ศาลปกครองในฐานะผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองเพิ่มขึ้นจากหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ นอกจาก หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองในเรื่องหลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ศาลปกครองได้นำหลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งถือได้ว่าศาลปกครองได้มีการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักใหม่ ๆ มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ดังจะเห็นได้จาก การนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นครั้งแรก นอกจากนี้ศาลปกครองยังได้นำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย อันเป็นผลมาจากการที่ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองดังกล่าวนั้นมาจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายและทำให้เกิดความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลด้วยนั่นเอง ส่วนรายละเอียดของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะได้นำเสนอในหัวข้อ 4.6 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดต่อไป

4.2 รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

จากวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น ทำให้เห็นถึงแนวคิดอันเป็นรากฐานที่สำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย อันประกอบด้วยแนวคิดที่สำคัญ คือ หลักนิติรัฐ จากที่ได้เคยกล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.1.1.2 เรื่องแนวคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งแนวคิดเรื่องดังกล่าวนี้เป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกชนนิยม การปกครองที่ถือกฎหมายเป็น

ใหญ่ และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐจะต้องมีบทบัญญัติถึงเสรีภาพของประชาชน โดยมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

หลักนิติรัฐนั้นมีองค์ประกอบที่อาจแยกได้เป็นสองส่วน[274] คือ องค์ประกอบในแง่ของรูปแบบและองค์ประกอบในแง่ของเนื้อหา ซึ่งทั้งรูปแบบและเนื้อหาต่างมีความสำคัญทั้งสิ้น กล่าวคือ การที่จะเกิดกฎหมายขึ้นมาได้ก็ต้องมีการดำเนินขั้นตอนตามรูปแบบที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งกฎหมายที่ออกมานี้หากพิจารณาตามรูปแบบจะเห็นว่ามีสถานะเป็นกฎหมาย กับทั้งจะต้องมีการพิจารณาในแง่ของเนื้อหาของกฎหมายประกอบด้วยว่า มีเนื้อหาสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือไม่ และกฎหมายนั้นได้มีการชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของรัฐและเอกชนอย่างเป็นธรรมเพียงใด ซึ่งจากบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้นำหลักนิติรัฐมาบัญญัติไว้อย่างเป็นรูปธรรม โดยองค์ประกอบของหลักนิติรัฐนั้นพิจารณาได้จากส่วนที่เป็นผลมาจากส่วนที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและจากการตีความหลักนิติรัฐทั่วไป[275] ดังต่อไปนี้

1. การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชน นับเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนำมาบัญญัติไว้อย่างหลากหลาย รวมทั้งการเปิดช่องให้ประชาชนสามารถปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของตนเองได้ โดยการใช้สิทธิทางศาล

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งนับได้ว่าเป็นองค์ประกอบของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้การยอมรับกันมาแต่ดั้งเดิม และเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการจัดองค์กรในนิติรัฐ โดยหลักนี้มีไว้เพื่อเป็นการเหนี่ยวรั้งไม่ให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต ซึ่งเท่ากับเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนโดยปริยาย ประกอบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ยังเป็นเรื่องที่มีประโยชน์ในแง่ของการแบ่งงานกันทำในระหว่างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐด้วย

3. การที่กฎหมายตามรูปแบบทั้งหลาย ย่อมมีผลผูกพันสำหรับองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ หรือกล่าวคือ การดำเนินการต่าง ๆ ขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องถูกผูกพันโดยกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติย่อมต้องผูกมัดโดยรัฐธรรมนูญ ส่วนฝ่ายบริหารรวมทั้งฝ่ายปกครองย่อมต้องผูกมัดโดยกฎหมายที่มีความหมายครอบคลุมถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง ตลอดจนจารีตประเพณีต่าง ๆ

4. หลักที่ว่าด้วยกฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขในการดำเนินการทั้งหลายของฝ่ายปกครอง หรือกล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะดำเนินการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรองรับหรือให้อำนาจดำเนินการนั้น ๆ ได้เท่านั้น

5. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสิทธิฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิด สาระสำคัญของหลักนิติรัฐในประการนี้ อธิบายได้ว่า หากมีกฎหมายใดที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชน และกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่จะต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง หากหน่วยงานของรัฐมิได้ดำเนินการ หรือดำเนินการบกพร่องจนก่อให้เกิดความ

---

[274] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 123-124.

[275] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, หน้า 429-446.

เสียหายแก่ปัจเจกชน ย่อมเป็นสิทธิของปัจเจกชนที่จะฟ้องร้องให้หน่วยงานของรัฐนั้น ๆ ดำเนินการตามสิทธิเรียกร้องนั้น ๆ ได้[276]

6. หลักนิติรัฐทางอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา เป็นผลมาจากโทษทางอาญา ซึ่งส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อบุคคลผู้ได้รับผลกระทบ หลักประการนี้จึงผูกมัดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด และจำกัดการใช้อำนาจดังกล่าวและใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำเอาหลักการพื้นฐานทางอาญาและวิธีพิจารณาความทางอาญา มากำหนดไว้ประกอบด้วย

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หรือหลักไม่มีความผิด โดยไม่มีกฎหมายและไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย ตามมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักการห้ามลงโทษซ้ำ หลักนี้เป็นการห้ามลงโทษหลายครั้งต่อการกระทำเพียงครั้งเดียว ตามมาตรา 39(4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

การรับผิดต่อการกระทำของตนที่ควรแก่การตำหนิ กล่าวคือ การที่จะให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาต่อการกระทำของตนนั้น ต้องอยู่ในเงื่อนไขว่า บุคคลนั้น ๆ จะต้องกระทำในสิ่งที่ควรแก่การตำหนิ ตามมาตรา 39 วรรคแรกของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักข้อสันนิษฐานเกี่ยวกับความเป็นผู้บริสุทธิ์ หมายถึง บุคคลทุกคน หากยังมิได้มีคำพิพากษาอันถึงที่สุดว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด ตามตามมาตรา 39 วรรคสองและวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักการห้ามการบังคับให้กล่าวร้ายตนเอง หมายความว่า ในกระบวนวิธีพิจารณาทางอาญานั้นจะมีการบังคับให้กล่าวร้าย หรือกล่าวถ้อยคำที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ถ้อยคำที่ได้มาโดยวิธีการ ไม่เหมาะสม ย่อมไม่อาจรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ ตามมาตรา 40(4) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย หมายความว่า หากข้อเท็จจริงในคดียังไม่ชัดเจนเพียงพอ จนก่อให้เกิดความสงสัยขึ้นมาได้ว่า เงื่อนไขต่าง ๆ ในแง่ของข้อเท็จจริง สำหรับการตัดสินลงโทษจำเลยมีอยู่อย่างครบถ้วนหรือไม่ กรณีเช่นนี้ ศาลจะต้องตัดสินยกประโยชน์ให้แก่จำเลยในคดีไป

หลักการคุ้มครองผู้เสียหายในคดีอาญา หลักการนี้มาจากแนวความคิดว่า รัฐเป็นผู้ผูกขาดการใช้อำนาจแต่เพียงผู้เดียว รวมทั้งทำหน้าที่ปกครองให้ประชาชนอยู่เย็นเป็นสุข โดยไม่ต้องหวาดผวาต่อภัยที่เกิดจากมนุษย์ด้วยกัน โดยมีกฎหมายเป็นเครื่องกำหนดพฤติกรรมของการอยู่ร่วมกัน ดังนั้น เมื่อเกิดคดีอาญาขึ้น นอกจากรัฐจะมีหน้าที่นำผู้กระทำผิดมาลงโทษแล้ว รัฐก็ควรดูแลผู้เสียหายตามสมควรด้วย

หลักการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะมิได้รับรองสิทธิได้รับค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายตามสมควรนี้ไว้ดังเช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างไรก็ตาม

---

[276] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน** (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538), หน้า 11.

ผู้มีสิทธิก็สามารถใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 ได้โดยตรงตามบทบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 40(1)-(2) และ (7)[277]

7. หลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับกระบวนวิธีพิจารณาโดยทั่วไป อันได้แก่ หลักความรวดเร็ว หลักการที่กำหนดให้ศาลต้องรับฟังข้อโต้แย้งของจำเลย หลักการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ซึ่งหลักการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม มิได้จำกัดเฉพาะสำหรับคดีอาญาเท่านั้น เป็นต้น

8. หลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย แม้หลักการดังกล่าวนี้จะมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม แต่หลักการนี้นับได้ว่าเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งหากกล่าวถึงหลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย มักจะหมายถึง กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจน โดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติตลอดจนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่น ๆ เช่น กฎหมายลำดับรองต่าง ๆ จะต้องมีเนื้อหาที่ชัดเจนและแน่นอน ให้พลเมืองได้ทราบว่า รัฐเรียกร้องอะไรจากตนบ้าง นอกจากนี้ พฤติกรรมของฝ่ายรัฐจะต้องเป็นพฤติกรรมที่พลเมืองสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ ตลอดจนมีความสม่ำเสมอเพื่อให้พลเมืองสามารถวางตัวได้อย่างถูกต้องเพื่อให้สอดคล้องกับพฤติกรรมของรัฐนั่นเอง โดยหลักความมั่นคงของกฎหมาย นอกจากจะเรียกร้องให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องมีเนื้อหาที่แน่นอนและชัดเจนแล้ว ยังเรียกร้องให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายมีความถาวรต่อเนื่องอีกด้วย กล่าวคือ เป็นสิทธิของพลเมืองที่จะเรียกร้องต่อไปได้ด้วยว่า กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะยังคงใช้อยู่ต่อไปในอนาคตด้วย

9. หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจรัฐมิให้เข้าไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนมากเกินไป กล่าวคือ ก่อนที่รัฐจะใช้อำนาจด้วยการดำเนินการใด ๆ รัฐจำต้องพิจารณาอย่างถี่ถ้วนถึงความเหมาะสมระหว่างผลประโยชน์มหาชนและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับประชาชน หากมีความได้

---

[277]มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้

(1) สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง

(2) สิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่อง การได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจสอบเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง

. . .

(7) ในคดีอาญา ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีสิทธิได้รับการสอบสวนหรือการพิจารณาคดีที่ถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม โอกาสในการต่อสู้คดีอย่างเพียงพอ การตรวจสอบหรือได้รับทราบพยานหลักฐานตามสมควร การได้รับความช่วยเหลือในทางคดีจากทนายความ และการได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว

สัดส่วนระหว่างผลประโยชน์มหาชนกับผลร้ายที่เกิดขึ้นกับบุคคลใด ๆ อันเป็นการไม่รุนแรง ก็ย่อมกระทำได้ตามหลักนิติรัฐ และหลักการให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ

ดังจะเห็นได้ว่า รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักกฎหมายนั้นเชื่อมโยงมาจากรัฐธรรมนูญ เช่น การนำหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีของศาลปกครองแล้วย่อมมีผลทำให้หลักกฎหมายนั้น ๆ มีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักกฎหมายศาลอาจมิได้เทียบเคียง หรือสกัดมาจากรัฐธรรมนูญ แต่ศาลอาจได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับกฎหมายปกครอง เช่น การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีของศาลย่อมมีผลทำให้หลักกฎหมายนั้น ๆ มีสถานะในระดับกฎหมายปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการนำหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน หรือหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งล้วนแต่เป็นหลักกฎหมายที่อยู่ในหลักนิติรัฐแล้วถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในระดับรัฐธรรมนูญ หรือระดับกฎหมายปกครอง อนึ่ง ด้วยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้วเพียงแต่หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักกฎหมายอาจมิได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ดังนั้น ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีของศาล หากศาลมิได้เทียบเคียง หรือสกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลย่อมมีหน้าที่ในการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีของศาล โดยเทียบเคียง หรือสกัดจากหลักการอันเป็นรากฐานที่ยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ให้ระบบนั้นเป็นระบบที่ยุติธรรมได้นั่นเอง

4.3 ขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปและการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกฎหมายปกครองไทย

หลักการปรับใช้กฎหมายที่ว่าต้องใช้แก่กรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายนี้ เป็นหลักที่ตราไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวนี้ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป จึงเป็นหลักที่สามารถปรับใช้ได้กับกฎหมายทั้งปวงโดยทั่วไป ทั้งนี้โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะพิเศษของกฎหมายแต่ละเรื่องประกอบด้วยนั่นเอง[278] ซึ่งหลักการใช้กฎหมายปกครองก็ย่อมเป็นไปตามหลักการเดียวกัน กล่าวคือ การปรับใช้กฎหมายย่อมต้องปรับใช้กฎหมายแก่กรณีตามบทบัญญัติตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น แต่การปรับใช้ย่อมต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครองที่ต้องสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายโดยมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนไม่ให้ถูก

---

[278]กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย, ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์** (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 15.

ล่วงละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ หรือโดยปราศจากเหตุผล ดังนั้น ขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปจึงมีข้อจำกัดว่า หากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับคดีแล้ว ศาลย่อมไม่อาจนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าวได้ ประกอบกับศาลไม่อาจนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีด้วย

ขอบเขตในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เป็นหน้าที่ของศาลซึ่งใช้อำนาจตุลาการที่จะค้นหาและวางหลักกฎหมายดังกล่าว เพื่อทำให้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นถูกนำไปบังคับได้จริง ดังจะเห็นได้จากการวางหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักกฎหมายห้ามมีผลย้อนหลัง โดยก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้น ศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานในคำพิพากษาฎีกาในคดีอาชญากรสงครามที่ 1/2489 ว่า ศาลนั้นเป็นองค์กรผู้บังคับใช้กฎหมายกับคดี จึงมีอำนาจชี้ขาดว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่ จึงพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2489 ได้ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวสรุปได้ว่า[279] จากการทำสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อประเทศญี่ปุ่นได้ยกทัพเข้ารุกรานประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย รัฐบาลภายใต้การนำของจอมพลแปลก พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี ได้นำประเทศไทยเข้าทำสัญญาร่วมกับฝ่ายญี่ปุ่น โดยประเทศไทยได้ประกาศสงครามกับอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485 หลังจากนั้น สงครามโลกครั้งที่สองก็ยุติลง จึงมีการประกาศพระบรมราชโองการประกาศสันติภาพขึ้น เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488 ว่าการประกาศสงครามครั้งที่ผ่านมาถือเป็นโมฆะ และเมื่อมีการจัดตั้งรัฐบาลซึ่งมี ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช เป็นนายกรัฐมนตรี ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พุทธศักราช 2488 ขึ้นใช้บังคับ อันเป็นกฎหมายที่มุ่งจะลงโทษเกี่ยวกับความผิดฐานอาชญากรสงครามโดยตรง หรือกล่าวคือ เพื่อจะดำเนินคดีกับผู้นำรัฐบาลไทย เนื่องจากการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่สอง

การที่ประเทศไทยเข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่สองนี้ ได้ส่งผลกระทบต่อประเทศในหลาย ๆ ด้าน ทั้งด้านเศรษฐกิจและสงคราม เนื่องจาก ทหารญี่ปุ่นได้สร้างความพินาศให้แก่ประเทศที่ตนเข้ายึดครองมากมาย อีกทั้งยังใช้กำลังทหารที่มีอยู่ปฏิบัติต่อประชาชนผู้เป็นเจ้าของประเทศนั้นอย่างโหดร้ายทารุณ ซึ่งหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองยุติลงโดยญี่ปุ่นตกเป็นประเทศที่แพ้สงคราม ผู้นำญี่ปุ่นและคณะได้ถูกนำตัวขึ้นศาลอาชญากรสงครามและถูกลงโทษประหารชีวิตหรือถูกจำคุก ในส่วนของประเทศไทยผลจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 ทำให้รัฐบาลไทย ขอดำเนินคดีเองกับผู้นำรัฐบาลพร้อมทั้งคณะ

หลังจากที่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบบประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. 2475 ก็ได้ถือหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้นมิได้มีการกำหนดว่าองค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจอย่างเด็ดขาดในการพิจารณาว่า กฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2489 และมีปัญหาว่าบทบัญญัติที่ให้ลงโทษย้อนหลังแก่บุคคลตามพระราชบัญญัตินี้ เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และองค์กรใดจะเป็น

---

[279] ยสวดี นิลคูหา, **หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย: ศึกษากรณีกฎหมายอื่นที่มิใช่กฎหมายที่มีโทษทางอาญา** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 111-112.

ผู้วินิจฉัย ซึ่งศาลได้ให้ข้อสังเกตอำนาจของศาลในคำพิพากษาอาชญากรสงครามที่ 1/2489 ว่า[280] มาตรา 62[281] ไม่ได้บัญญัติเด็ดขาดว่า อำนาจตีความรัฐธรรมนูญเป็นของสภาผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะ เช่นที่ใช้ในมาตรา 58[282] เป็นแต่เพียงว่าสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเด็ดขาดในการตีความเท่านั้น จึงไม่เป็นการตัดอำนาจไม่ให้ศาลเป็นผู้ตีความ ดังนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายจึงอำนาจวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่ โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ 3 ประการ คือ

ประการแรก ศาลเป็นผู้ใช้กฎหมายตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 58 ดังนั้น ศาลย่อมมีอำนาจดูว่าอะไรเป็นกฎหมายหรือไม่ เพราะหากศาลไม่มีอำนาจดังกล่าว ศาลก็ย่อมไม่รู้ว่าอะไรเป็นกฎหมายและไม่อาจจะพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายได้

ประการต่อมา การปกครองระบอบรัฐธรรมนูญของเราแบ่งอำนาจเป็นสามประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งเป็นการควบคุมกันอยู่ เมื่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมีอำนาจทางนิติบัญญัติออกกฎหมายมาแล้ว ไม่ว่าศาลซึ่งมีอำนาจตุลาการจะเห็นว่ากฎหมายนั้นสมควรหรือไม่ ศาลก็ต้องปฏิบัติตาม แต่หากสภาผู้แทนราษฎรออกกฎหมายมาไม่ถูกต้องกับรัฐธรรมนูญหรือขัดกับรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมมีอำนาจแสดงถึงความไม่ถูกต้องดังกล่าว

ประการสุดท้าย เมื่อมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 61[283] ก็จำต้องมีผู้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายบทใดขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อันจะทำให้บทบัญญัติดังกล่าวก็จะไม่มีผล และโดยที่กฎหมายนั้นสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ออกกฎหมาย แล้วจะให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ชี้ขาดว่าเป็นกฎหมายดีหรือไม่ ได้อย่างไร หรือจะให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจก็ไม่ได้ เพราะไม่ใช่เรื่องของฝ่ายบริหารที่จะมาวินิจฉัยกฎหมาย ดังนั้น นอกจากศาล ซึ่งเป็นหน่วยที่ตั้งขึ้นไว้สำหรับให้ความยุติธรรมบำบัดทุกข์ร้อนให้แก่ประชาชน เมื่อมีบทกฎหมายอันออกมาตัดเสรีภาพและขัดต่อรัฐธรรมนูญเช่นนี้ ศาลย่อมมีอำนาจแสดงเพื่อให้ความยุติธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือทางศาลไม่ประสงค์จะเข้าไปวินิจฉัยถึงกิจการของทางฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในกรณีเช่นนี้ก็ไม่มีทางจะหลีกเลี่ยงได้

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว ศาลฎีกาจึงพิพากษาชี้ขาดว่า พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2489 เฉพาะที่บัญญัติลงโทษการกระทำก่อนวันใช้พระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เป็นโมฆะ ดังจะเห็นได้ว่า ศาลฎีกายึดในหลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลัง อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ทำให้ไม่สามารถที่จะนำตัวจำเลยในคดีมาลงโทษได้ เนื่องจาก ศาลเห็นว่าหากให้มีการลงโทษจำเลยในกรณีดังกล่าวจะไม่เป็นธรรมแก่จำเลย

---

[280]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, หน้า 337-338.

[281]มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2475) ท่านว่าสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาด ในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้

[282]มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2475) การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีท่านว่าเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ ซึ่งจะต้องดำเนินตามกฎหมายและในนามของพระมหากษัตริย์

[283]มาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2475) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นโมฆะ

จากคดีอาชญากรสงคราม ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น เป็นกรณีที่ฝ่ายตุลาการวางบทบาทและอำนาจในการวางหลักกฎหมาย อันเป็นการส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งจากคำพิพากษาในคดีดังกล่าว เป็นการสะท้อนให้เห็นว่า ขอบเขตในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นอำนาจของศาลที่จะค้นหาและนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับคดี ดังนั้น เมื่อกรณีใดที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร (เทียบเคียงจากหลักการตีความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ซึ่งหลักในการตีความกฎหมายตามบัญญัติดังกล่าวนี้ เป็นหลักในการตีความกฎหมายทุกสาขา กล่าวคือ ต้องพิจารณาทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือถ้อยคำที่กฎหมายใช้ควบคู่ไปกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย[284] แต่หากเป็นกรณีที่บทกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายแห่งบทบัญญัตินั้น ๆ ไม่ต้องด้วยกรณีอันเป็นข้อพิพาท กรณีก็ต้องพิจารณาหากฎหมายในลำดับถัดไปมาปรับใช้อันได้แก่ จารีตประเพณี บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และหลักกฎหมายทั่วไป) มาปรับใช้กับคดี โดยที่หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองเกิดขึ้นจากแนวคิดที่ว่า มีหลักกฎหมายบางอย่างที่อยู่นอกเหนือเจตนาของผู้บัญญัติกฎหมาย และนอกเหนือจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่[285] ดังนั้น การปรับใช้กฎหมายปกครองจึงต้องพิจารณาโดยใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรกก่อน อันสืบเนื่องมาจากตัวบทกฎหมายที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นที่มาลำดับแรกของกฎหมายในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ เพราะเชื่อว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลในตัวของมันเอง โดยจะต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องก่อน เช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เป็นต้น หากกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่องมีมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ที่ต่ำกว่า หรือเป็นธรรมน้อยกว่าก็จะต้องใช้กฎหมายปกครองที่เป็นหลักทั่วไป คือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่วางหลักเกณฑ์วิธีพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั่วไป ประกอบกับต้องคำนึงลำดับชั้นของกฎหมายด้วย เพราะตามหลักความชอบด้วยกฎหมายในการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง การปรับใช้กฎหมายปกครองจะต้องคำนึงถึงลำดับชั้นของกฎหมาย โดยที่กฎหมายลำดับรองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทไม่ได้ และกฎหมายแม่บทจะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่ารัฐธรรมนูญไม่ได้ หากกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทโดยตรง ศาลในฐานะผู้มีอำนาจใช้กฎหมายย่อมมีความชอบธรรมที่จะต้องอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น ด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมซึ่งแฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น

การอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองอาจกระทำได้หลายลักษณะ ทั้งนี้ การปรับใช้จะต้องเหมาะสมกับกรณีด้วย การอุดช่องว่างของกฎหมายอาจเทียบเคียงจากการอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง กล่าวคือ การใช้กฎหมายประเพณีในการ

---

[284]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การตีความกฎหมายมหาชน, ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์** (กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 357-362.

[285]ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, “การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง,” **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์**, หน้า 124-133, ค้นวันที่ 23 กันยายน 2558 จาก http://www.library.coj.go.th

อุดช่องว่างของกฎหมาย ในระบบกฎหมายต่าง ๆ หลายระบบกฎหมายยอมรับว่า ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวได้โดยนำกฎหมายประเพณีมาใช้ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นคือ การนำกฎหมายประเพณีมาใช้นั้นจะกระทำในขั้นตอนใด และเมื่อใดจึงจะถือได้ว่ามีกฎหมายประเพณีในเรื่องนั้น[286]

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง[287] ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีแรกโดยการเทียบเคียงกฎหมาย เป็นการนำเอาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งไม่อยู่ในความหมายตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้น แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคล้ายคลึงกันกับข้อเท็จจริงที่ตรงตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นอย่างมากจนไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันได้ และการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และกรณีที่สองเป็นการเทียบเคียงหลักกฎหมาย โดยการค้นหาหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ มาตรา แล้วใช้หลักการดังกล่าวปรับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง ตัวอย่างเช่น ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.290/2550 บทบัญญัติมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีเจตนารมณ์ที่จะให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สิน หรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าเป็นสำคัญโดยการที่มาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรม ให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปักหรือตั้งเสาเพื่อเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินปักหรือตั้งสถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ในกรณีที่มีการใช้ที่ดินที่ประกาศกำหนดเป็นเขตเดินสายไฟฟ้า และในกรณีที่มีการรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในการเดินสายไฟฟ้านั้น เนื่องจากเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งว่า การกระทำให้กรณีต่าง ๆ ดังกล่าวจะก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นในทรัพย์สิน แต่อย่างไรก็ตาม การเดินสายส่งไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ในการส่งและการจำหน่ายพลังงานไฟฟ้าดังกล่าวนั้น อาจก่อความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่น ในกรณีนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ในบทบัญญัติดังกล่าว เช่น อาจก่อความเสียหายแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินส่วนที่อยู่นอกเขตเดินสายไฟฟ้าด้วยก็ได้ ซึ่งย่อมไม่ใช่เจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่จะกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายจากการเดินสายส่งไฟฟ้า หรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเฉพาะแต่ในกรณีที่ระบุไว้ในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ทั้งบทบัญญัติดังกล่าวมิได้ระบุห้ามมิให้จ่ายเงินทดแทนตามความเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรง

---

[286]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การใช้การตีความกฎหมายมหาชน, ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์ จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์**, หน้า 340.

[287]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 339.

สิทธิอื่นที่ได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากกรณีที่ระบุไว้ ดังนั้น จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติข้างต้นมาใช้บังคับกับกรณีที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินหรือผู้ทรงสิทธิอื่นได้รับความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญจากการเดินสายส่งไฟฟ้าหรือสายจำหน่ายไฟฟ้า และการประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าในกรณีอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งที่มาของกฎหมายในระบบกฎหมายไทย หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นที่มาของกฎหมายประเภทหนึ่งในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ซึ่งอาจค้นหาได้จากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ เป็นต้น โดยหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องได้แปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน หลักการฟังความทุกฝ่าย หลักความเป็นกลาง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น จึงต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักยังคงมีฐานะเป็น “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นต้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักดังกล่าวยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น เมื่อศาลไม่สามารถนำหลักกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีได้แล้ว ศาลจะต้องค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปที่จะนำมาปรับใช้กับคดี ซึ่งหลักดังกล่าวนั้นเองจะใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ดังเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ศาลได้นำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าตอบแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน ซึ่งเหตุขัดข้องดังกล่าวทำให้งานก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีไม่แล้วเสร็จตามกำหนดไว้ในสัญญาจ้างผู้รับเหมาก่อสร้างจนต้องขยายเวลาก่อสร้างไปอีก 90 วัน ซึ่งมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงสามารถยกเลิกสัญญาตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ เพราะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญาและการยกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพฤติผิดสัญญานั้น เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การอุดช่องของกฎหมายโดยในแง่ของลำดับการใช้กฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง แม้หลักกฎหมายทั่วไปจะอยู่ในลำดับสุดท้ายก็ตาม แต่อาจกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการอันเป็นรากฐานที่ยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ให้ระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบที่ยุติธรรม ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า กรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายปกครอง ในการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองดังกล่าวไม่จำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงลำดับการอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่กรณีการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองนั้น ศาลหรือผู้ใช้กฎหมายปกครองสามารถที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไปอันอยู่ในลำดับท้ายของการอุดช่องว่างของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสอง ในการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครอง หากกรณีดังกล่าวจะทำให้เกิดความเป็นธรรมได้นั่นเอง

4.4 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

ศาลไม่อาจจะปฏิเสธไม่ตัดสินคดี โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ได้ ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ หรือกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น ศาลจำเป็นต้องสร้างหรือค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่จะต้องศึกษาว่าศาลได้สร้างหรือค้นหาโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาจากแหล่งที่ใด โดยที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปอาจค้นหาได้จากความสัมพันธ์ของหลักกฎหมายทั่วไปกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร[288] กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักเกิดขึ้นจากการสกัดหลักที่ได้มาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ โดยอาจเกิดขึ้นจากการตีความตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ หรือจากเจตนารมณ์ของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการค้นหาเจตนารมณ์จากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง หรือการค้นหาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแล้วจะเห็นได้ว่า นอกจากศาลจะได้นำหลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดได้จากกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งในที่นี้ได้แบ่งเป็น การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ และการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายปกครอง ดังนี้

4.4.1 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดย “ผู้มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญ” รัฐธรรมนูญจึงเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีลำดับชั้นที่สูงที่สุด[289] และเป็นที่มาของอำนาจทั้งหลายทั้งปวงในรัฐ โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดสูงสุดของกฎหมายจึงส่งผลสืบเนื่อง 2 ประการ กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดในรัฐจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมทำได้ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรอื่น ๆ ที่มีผลใช้บังคับภายในรัฐ รัฐธรรมนูญประกอบด้วยสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบของรัฐ รูปแบบของการปกครอง โครงสร้างของรัฐ สถาบันทางการเมืองและสถาบันทางรัฐธรรมนูญ และอีกประการหนึ่ง เป็นการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน ทำให้รัฐธรรมนูญเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีความสำคัญที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสกัดมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน เป็นต้น

---

[288] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

[289] มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

การที่จะใช้หลักกฎหมายใดในฐานะหลักกฎหมายทั่วไปได้นั้น หลักกฎหมายนั้นจะต้องมีสภาพบังคับของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งจะต้องเกิดขึ้นจากหลักนั้นเองมิได้อาศัยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ โดยหากต้องอาศัยบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรจึงมีสภาพบังคับ หลักกฎหมายนั้นก็มิได้ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถูกนำมาใช้ในฐานะกฎหมายลายลักษณ์อักษร ดังนั้นบรรดากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายในระดับใดจะถูกนำมาใช้ในฐานะเป็นเพียงข้อมูล หรือองค์ประกอบพื้นฐานที่ศาลจะนำมาใช้เพื่อสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น[290]

สำหรับในการนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องหลักความเสมอภาคมาปรับใช้กับคดีของศาลปกครองนั้น โดยหลักความเสมอภาคดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 30[291] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือการที่ศาลปกครองนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 26[292]

---

[290] บุบผา อัครพิมาน, *เรื่องเดิม*, หน้า 2.

[291] มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

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

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

[292] มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

และมาตรา 28[293] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งไม่ว่าจะเป็นหลักความเสมอภาค หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต่างก็ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ดังนั้น ในการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวนั้นจึงมิได้ใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” แต่หลักกฎหมายดังกล่าวจะถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับคดีปกครอง

การที่ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับคดีนั้น หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวอาจจะอยู่ในฐานะที่เป็นทั้ง “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวย่อมต้องใช้ในฐานะของ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ก่อน ต่อมาเมื่อไม่ต้องตรงกับกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น กรณีการใช้หลักความเสมอภาค หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยหากศาลปกครองนำหลักกฎหมายทั่วไปทั้งสองหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีของกฎ หรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม ก็จะถือว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองใช้หลักความเสมอภาค หรือการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วน อันเป็นการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญหรือหลักในรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับหลักความเสมอภาค ซึ่งหลักความได้สัดส่วนได้

---

[293]มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐ ในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้

ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29[294] โดยในมาตรา 29 วรรคท้าย ได้กำหนดให้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับกับกฎด้วย ดังนั้น หากศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนดังกล่าวมาปรับใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทที่เป็นกฎ ย่อมหมายถึงการใช้หลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นหลักในรัฐธรรมนูญ หรือในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” มิใช่ใช้หลักความได้สัดส่วนในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” แต่หากศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนไปปรับใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทที่เป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมหมายถึงการใช้หลักความได้สัดส่วนในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

4.4.2 การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายปกครอง

นอกจากการที่ศาลปกครองได้ค้นหาและนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลปกครองยังได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ทั้งบทบัญญัติในระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ มาปรับใช้กับคดีอีกด้วย การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง เช่น การที่ศาลปกครองได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อันเป็นกฎหมายกลาง ที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครอง และได้วางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนด้วย ซึ่งเป็นการยอมรับสถานะของประชาชนว่าเป็นผู้ทรงสิทธิ และเป็นการพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การกระทำทุกอย่างของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย มีความเหมาะสมกับเรื่องในกรณีเฉพาะราย โดยจะไม่ใช้อำนาจอย่างไร้เหตุผลหรือเกินสมควรแก่เหตุ เพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจอันจะส่งผลให้คำสั่งทางปกครองต่าง ๆ มีความเป็นภาวะวิสัยมากที่สุด[295] ซึ่งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบด้วยหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่อง ได้แก่ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 13 และมาตรา 16 และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาตรา 42 เป็นต้น โดยที่พระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นจะใช้กับการกระทำทางปกครองที่มีผล

---

[294]มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งนี้ต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

[295]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **สาระสำคัญและหลักกฎหมาย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539), หน้า 7-8.

เฉพาะรายเฉพาะกรณี หรือคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลปกครองได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับกฎหมายปกครองมาปรับใช้กับคดีในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น ในกรณีไม่ว่าจะเป็นการใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือการใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองกับการกระทำทางปกครองประเภทที่มีผลเป็นการทั่วไป หรือกฎก็ตาม ย่อมหมายความว่า ศาลได้ใช้หลักกฎหมายทั้งสองหลักในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์ ได้ให้ความเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรี แม้จะมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายแต่เป็นระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่จะต้องยึดถือและปฏิบัติตาม และหากหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้รับการปฏิบัติสืบเนื่องมาเป็นระยะเวลานานก็อาจกลายมาเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองได้เช่นกัน

4.5 สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไป หรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาปรับใช้กับคดีนั้น โดยที่ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้นั้นมีผลบังคับดังเช่นกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปอาจแตกต่างกันไป โดยศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้เคยกล่าวถึง ลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปในระบบกฎหมายไทยว่าขึ้นอยู่กับองค์กรที่เป็นผู้ค้นหาหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นมาใช้ กล่าวคือ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไทย หรือศาลไทยค้นหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญมาใช้ควบคุมร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ ก็ต้องถือว่าหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นมีศักดิ์เป็นส่วนหนึ่งของกลุ่มเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ แต่หากองค์กรที่ควบคุมฝ่ายปกครองเป็นผู้ค้นหาหลักกฎหมายดังกล่าวมาควบคุมนิติกรรมทางปกครองโดยเฉพาะระดับพระราชกฤษฎีกาลงไป ก็จะถือว่าหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้นมีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติแต่สูงกว่าพระราชกฤษฎีกา ทำนองเดียวกับที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[296] จากความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ดังกล่าวเป็นการให้ความเห็นเรื่องลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไป โดยใช้เกณฑ์องค์กรในการพิจารณาลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปนั้น ดังเช่นในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งการใช้เกณฑ์องค์กรนี้เป็นแนวคิดที่เสนอโดย ศาสตราจารย์ เรอเน่ ชาปู โดยพิจารณาจากองค์กรที่สกัดและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ควบคุมกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนำหลักกฎหมายทั่วไปมาควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นจะมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐธรรมนูญแต่อยู่สูงกว่ารัฐบัญญัติ (le valeur infra constitutionnel et supra législative) และถ้าหากศาลปกครองเป็นองค์กรที่นำหลัก

[296] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี,** หน้า 272.

กฎหมายทั่วไปมาใช้ควบคุมรัฐกฤษฎีกามิให้ขัดต่อรัฐบัญญัติแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นก็จะมีค่าบังคับต่ำกว่ารัฐบัญญัติแต่สูงกว่ารัฐกฤษฎีกา (le valeur infra législative et supra décrétale) เพราะเหตุผลที่ว่ารัฐสภาสามารถออกกฎหมายมาแก้ไขรัฐกฤษฎีกาได้

อย่างไรก็ดี หากประเทศไทยถือตามประเทศฝรั่งเศสดังที่กล่าวมาข้างต้น นอกจากการใช้เกณฑ์องค์กรในการพิจารณาลำดับศักดิ์ของกฎหมายทั่วไปแล้ว ยังมีเกณฑ์เนื้อหาที่ใช้ในการพิจารณาด้วย กล่าวคือ เกณฑ์เนื้อหาเป็นการพิจารณาจากเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้ควบคุมกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งการใช้เกณฑ์เนื้อหาดังกล่าวมีสองความเห็น คือ ความเห็นแรก เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนี้ควรมีค่าบังคับอยู่ในกลุ่มกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ (bloc constitutionnel) และจะขัดกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่ได้ อีกความเห็นหนึ่ง เห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปสกัดมาจากตัวบทกฎหมาย กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระดับใด ก็จะมีค่าบังคับเท่ากับกฎหมายและกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในระดับนั้น จากความเห็นทั้งสองดังกล่าวข้างต้น ทำให้สามารถสรุปสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไป หรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปได้ว่า แม้หลักกฎหมายทั่วไปทางปกครองจะเกิดขึ้นจากการค้นหาโดยศาลปกครองก็ตาม แต่หากหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีเนื้อหาหรือสาระสำคัญสอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวก็ควรมีลำดับศักดิ์ในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุที่กฎหมายแต่ละประเภทมีลำดับชั้นของกฎหมายต่างกัน ดังนั้น จึงต้องพิจารณาตามเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปว่าเทียบเท่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรใด[297] โดยในวิทยานิพนธ์นี้ได้แบ่งสถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยเป็น 2 สถานะ คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครอง ดังนี้

4.5.1 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ

ลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย สามารถจัดลำดับได้ดังนี้ รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ ประมวลกฎหมาย พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง และกฎหมายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน และหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมีเนื้อหาที่เชื่อมโยงโดยตรงกับรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 หลักความได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 ประกอบกับหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทำให้หลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ

จากหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งต่างก็จัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์

---

[297] มานิตย์ จุมปา, **ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 83.

อักษรในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจึงมิได้ใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” แล้ว แต่ใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” หรือหลักในรัฐธรรมนูญ ถึงกระนั้น หากมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องหลักความได้สัดส่วน อันเป็นหลักกฎหมายที่ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และโดยที่บทบัญญัติ มาตรา 29 วรรคท้าย ได้บัญญัติให้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย ดังนั้น หากศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนซึ่งสกัดได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาใช้กับการออกกฎ หลักความได้สัดส่วนที่ศาลปกครองได้นำมาปรับใช้กับคำพิพากษานั้นจะเป็นการใช้หลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” อย่างไรก็ตาม หากนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้กับคำสั่งทางปกครอง หลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะถูกนำมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ทั้งนี้ เพราะบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้หลักความได้สัดส่วนนำมาใช้บังคับกับกรณีของคำสั่งทางปกครองด้วย และหลักกฎหมายดังกล่าวย่อมมีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ หากศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ มาใช้ในกรณีที่เป็นกฎ หรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม ย่อมถือได้ว่าศาลปกครองใช้หลักกฎหมายทั่วไปทั้งสองหลักกฎหมายในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” โดยมีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ

4.5.2 หลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครอง

กรณีที่ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมาใช้เพื่อตรวจสอบหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองที่อาศัยอำนาจของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ เช่น ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาจากบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 13 และมาตรา 16 หรือหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ตามมาตรา 42 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นต้องมีสถานะทางกฎหมายไม่ต่ำกว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้น ๆ หรือมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าหลักระดับกฎหมายปกครอง กล่าวคือ ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือหลักความไม่ผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง ย่อมถือได้ว่า ศาลปกครองได้ใช้หลักกฎหมายดังกล่าวทั้งสองหลักกฎหมายในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” โดยมีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของการนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง อันจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วก็ตาม แต่หากเป็นกรณีนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทกฎ ย่อมถือได้ว่าศาลปกครองได้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” และมีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครอง

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งแม้จะยังไม่มีการบัญญัติไว้ในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นต้น ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาปรับใช้ได้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศที่ศาลปกครองได้นำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีจะมีสถานะทางกฎหมายในระดับใด ในกรณีนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาการกระทำทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎหรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจึงควรมีสถานะทางกฎหมายที่ไม่ต่ำกว่าการกระทำทางปกครองนั้น ๆ จึงจะสามารถเพิกถอนการกระทำทางปกครองดังกล่าวนั้นได้

4.6 การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุด

ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้จะได้ศึกษาถึงการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย ได้แก่ 4.6.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ 4.6.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ 4.6.3 หลักความได้สัดส่วน 4.6.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ 4.6.5 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ และ 4.6.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

4.6.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

หลักความเสมอภาคเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและมีความเป็นสากล ซึ่งจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ ข้อ 7 ที่ได้วางหลักว่าทุก ๆ คนต่างเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ รวมถึงได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอหน้าจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญา และต่อการยุยงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัตินั้น[298] หลักความเสมอภาคถือเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา และถิ่นกำเนิด เป็นต้น ดังนั้น หลักความเสมอภาคจึงถือเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยหลักความเสมอภาคมีหลักการว่าสิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือไม่แตกต่างกัน ในทางกลับกัน สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันหรือแตกต่างกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติหลักเรื่องความเสมอภาคไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ในการนำหลักความเสมอภาคมาใช้กับบุคคลย่อมหมายความว่า บุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเหมือนกันย่อมมีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับการ

---

[298] ฤทัย หงส์สิริ, “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม,” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 2, 6 (กันยายน-ธันวาคม 2543): 19.

ปฏิบัติที่เหมือนกันหรือไม่แตกต่างกัน แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีลักษณะทางสภาพร่างกายอย่างไรก็ตาม โดยการปฏิบัติแตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ[299] ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง[300] ก็ได้บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

หลักความเสมอภาค อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท[301] คือ หลักความเสมอภาคทั่วไป กับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง ดังนี้

1. หลักความเสมอภาคทั่วไป เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่องนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตามหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ หลักความเสมอภาคทั่วไปถือว่าเป็นสิทธิของบุคคลเพื่อเรียกร้องมิให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจ โดยการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจนั้น หมายถึง การใช้อำนาจโดยไม่พิจารณาเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ และไม่อาจจะค้นหาเหตุผลที่รับฟังได้จากการพิจารณาตัดสินใจดังกล่าว

2. หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง เป็นหลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวกับชายและหญิง ตามมาตรา 30 วรรคสอง ดังจะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่อง หรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักนี้ถือเป็นหลักกฎหมายพิเศษย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ดังนั้น หากกฎเกณฑ์ใดได้รับการพิจารณาหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก

หลักความเสมอภาค คือ หลักการที่ว่า ในสถานการณ์ที่เหมือนกันจะต้องปฏิบัติด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน แต่หากมีการเลือกปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกัน กรณีนี้ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและขัดแย้งกับหลักความเสมอภาค[302] อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลนั้นอาจไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี เนื่องจาก เป็นการเลือกปฏิบัติที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายยอมรับ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี[303] ดังนี้

1. การปฏิบัติต่างกันที่ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติหรือที่ทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันนั้นอาจเกิดขึ้นได้กับทั้งกรณีที่ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติและกรณีที่ถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำที่ไม่ถือว่า

---

[299] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 21.

[300] มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

[301] บรรเจิด สิงคะเนติ, **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค** (กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2543), หน้า 7-12.

[302] สมคิด เลิศไพฑูรย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 165-166.

[303] ฤทัย หงส์สิริ, “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม,” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ**, หน้า 22-33.

เป็นการเลือกปฏิบัตินั้น ได้แก่ การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีฐานะหรือข้อเท็จจริงที่เหมือนกัน ดังนั้น การปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ เช่น กรณีของทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 64 ยอมให้ออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมากกว่าเอกชนทั่วไปในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ[304] ส่วนกรณีการเลือกปฏิบัติที่ไม่ขัดต่อกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้บัญญัติให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลบางประเภทแตกต่างจากบุคคลทั่วไป อันอาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แต่การเลือกปฏิบัตินั้นเป็นการเลือกปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น เช่น กรณีบุคคลอายุเกิน 60 ปีที่ไม่มีรายได้เพียงพอมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 54[305] หรือกรณีผู้พิการหรือทุพพลภาพมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 55[306] เป็นต้น

2. การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติรูปแบบการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม โดยอาศัยเหตุต่าง ๆ ไว้หลายประการ ได้แก่ ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติไว้เช่นเดียวกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ผู้ที่ถูกเลือกปฏิบัติมีสิทธิยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลหรือร้องเรียนต่อไปได้[307] ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวปรับใช้กับคดี ทั้งที่เป็นคดีซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคและไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค เช่น

---

[304]มาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์การของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ

[305]มาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีบริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ มีสิทธิได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

[306]มาตรา 55 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

บุคคลซึ่งพิการหรือทุพพลภาพ มีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลือจากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

[307]มาตรา 28 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2553[308] นางอัมพร ทองแท้ ผู้ฟ้องคดี ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร ที่ 1 ผู้อำนวยการเขตบางแค ที่ 2 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพประเภทการสะสมวัตถุหรือสิ่งของที่ชำรุดใช้แล้วหรือเหลือใช้ ต่อฝ่ายสิ่งแวดล้อมและสุขาภิบาล สำนักงานเขตบางแค ต่อมา ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ว่าสถานประกอบการของผู้ฟ้องคดีตั้งอยู่ริมถนนสาธารณะที่มีขนาดเขตทางเท่ากับ 8 เมตร และอยู่ในที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย (สีเหลือง) ประเภท ย. 3 ซึ่งที่ดินบริเวณดังกล่าวห้ามใช้ประโยชน์ที่ดินในการซื้อขายหรือเก็บเศษวัสดุ เว้นแต่ที่ตั้งอยู่ริมถนนสาธารณะที่มีขนาดเขตทางไม่น้อยกว่า 10 เมตร ตามข้อ 14(21) ของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 จึงมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการตามคำขอ ซึ่งผู้ฟ้องคดีทราบและเข้าใจในเหตุผลและข้อกฎหมายดังกล่าวดีแล้ว แต่ผู้ฟ้องคดีไม่เข้าใจว่ามีผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียวหรือที่อยู่ภายใต้ข้อบังคับและข้อบัญญัติของกรุงเทพมหานคร เพราะถ้าข้อบัญญัติจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียว ผู้ฟ้องคดีก็จะขอปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด แต่เท่าที่ผู้ฟ้องคดีได้นำกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่างๆ มาศึกษาดูทำให้เข้าใจว่ากฎกระทรวงใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2544 มีเขตอำนาจใช้บังคับบุคคลทุกชนชั้นที่อยู่ภายใต้พื้นที่กรุงเทพมหานคร และส่วนพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ก็มีเขตอำนาจใช้บังคับบุคคลสัญชาติไทยทุกคน แต่เหตุการณ์ที่ผู้ฟ้องคดีประสบอยู่ขณะนี้ถือว่าเป็นการลิดรอนสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เนื่องจาก ในพื้นที่กรุงเทพมหานครมีผู้ประกอบกิจการในข้อบังคับของข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครอยู่มากมายทั้งๆ ที่มีความผิดหลายประการ สำหรับการต่ออายุใบอนุญาตที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นอ้างว่าไม่สามารถนำกฎหมายฉบับใหม่มาใช้ย้อนหลังกับผู้ประกอบการที่ทำอยู่ก่อนได้ไม่เป็นความจริง เนื่องจาก พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้ว่าผู้ประกอบการที่มีใบอนุญาตอยู่แล้วเมื่อใบอนุญาตหมดอายุต้องดำเนินการขอต่อใบอนุญาต และสามารถเปิดดำเนินกิจการต่อไปได้จนกว่าจะมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามข้อ 14 วรรคหนึ่ง ของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 กำหนดว่า ที่ดินประเภท ย. 3 ให้ใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยประเภทบ้านเดี่ยว บ้านแฝด บ้านแถว ห้องแถว หรือตึกแถว. . .และวรรคสอง กำหนดว่า ที่ดินประเภทนี้ ห้ามใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการตามที่กำหนดดังต่อไปนี้. . .(21) การซื้อขายหรือเก็บเศษวัสดุ เว้นแต่ที่ตั้งอยู่ริมถนนสาธารณะที่มีขนาดเขตทางไม่น้อยกว่า 10 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีขนาดเขตทางไม่น้อยกว่า 10 เมตร ประกอบกับข้อ 42 กำหนดว่า ให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการก่อสร้างอาคารหรือการประกอบกิจการในเขตผังเมืองรวมปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎกระทรวงนี้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอรับ

---

[308] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.381/2551 คดีหมายเลขแดงที่ อ.51/2553

ใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ ประเภทการสะสมวัตถุหรือสิ่งของที่ชำรุดใช้แล้วหรือเหลือใช้ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 พฤษภาคม 2549 โดยตั้งอยู่ในเขตพื้นที่สีเหลือง ประเภท ย. 3 และอยู่ติดถนนสาธารณะที่มีความกว้างเพียง 8.50 เมตร สถานประกอบการของผู้ฟ้องคดีจึงต้องห้ามมิให้ใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อการซื้อขายหรือเก็บเศษวัสดุ ตามข้อ 14 วรรคสอง (21) ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยได้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นต้องตรวจความถูกต้องและความสมบูรณ์ของคำขอ ถ้าปรากฏว่าคำขอดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขที่กำหนดในข้อกำหนดของท้องถิ่น ให้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นแจ้งให้ผู้ขออนุญาตแก้ไขให้ถูกต้องและสมบูรณ์ . . . และวรรคสองบัญญัติให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกใบอนุญาตหรือมีหนังสือแจ้งคำสั่งไม่อนุญาตพร้อมด้วยเหตุผลให้ผู้ขออนุญาตทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอซึ่งมีรายละเอียดถูกต้องหรือครบถ้วนตามที่กำหนดในข้อกำหนดของท้องถิ่นตามบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงมีอำนาจในการที่จะออกใบอนุญาตประกอบกิจการหรือมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการถ้าไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด และแม้ว่าในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีจะได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการ การสะสมวัตถุหรือสิ่งของที่ชำรุดใช้แล้วหรือเหลือใช้ โดยได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่อง กิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. 2544 ทุกประการก็ตาม แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยได้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็ไม่อาจออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ เนื่องจากกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 ข้อ 14 วรรคสอง (21) กำหนดว่าที่ดินประเภท ย. 3 ห้ามใช้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการซื้อขายหรือเก็บเศษวัสดุ เว้นแต่ที่ตั้งอยู่ริมถนนสาธารณะที่มีขนาดเขตทางไม่น้อยกว่า 10 เมตร ยาวต่อเนื่องกันโดยตลอดจนไปเชื่อมต่อกับถนนสาธารณะอื่นที่มีขนาดเขตทางไม่น้อยกว่า 10 เมตร ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 56 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 ประกอบกับข้อ 42 ของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 โดยมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพประเภทการสะสมวัตถุหรือสิ่งของชำรุด ใช้แล้วหรือเหลือใช้ ตามหนังสือ ที่ กท 8704/4012 ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2549 นั้น ชอบแล้ว และการที่ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ว่า กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 นั้น ใช้บังคับกับทุกคน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มาจำกัดสิทธิของผู้ฟ้องคดีแต่เพียงผู้เดียวทั้งที่สถานประกอบการอื่น ๆ ก็กระทำผิดต่อข้อกำหนดของกฎกระทรวงดังกล่าวเหมือนกันนั้น เห็นว่า การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันที่จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลได้ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันนั้น ต้องเป็นการปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิหรือความชอบธรรมอย่างใด ๆ ที่จะเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการออกใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพอันเป็นการเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำการที่ขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.39/2552[309] ร้อยเอกหญิง เดือนเต็มดวง ณ เชียงใหม่ ผู้ฟ้องคดี ผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเทศบาลนครเชียงใหม่ ที่ 1 คณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 2 คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดเชียงใหม่ ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและ การกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้สมัครรับเลือกตั้งนายกเทศมนตรีนครเชียงใหม่ ซึ่งจะมีการเลือกตั้งในวันที่ 24 มิถุนายน 2550 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้มีคำวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่ใช่ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ให้ถอนชื่อผู้ฟ้องคดีจากประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งนายกเทศมนตรี นครเชียงใหม่ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งนายกเทศมนตรี นครเชียงใหม่ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือแจ้งมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนป้ายโฆษณาหาเสียงเลือกตั้งของผู้ฟ้องคดีทั้งหมดและให้งดการโฆษณาหาเสียงประชาสัมพันธ์ อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ให้เจ้าหน้าที่ทำการถอดประกาศรายชื่อผู้ฟ้องคดีออกจากประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งที่ติดไว้ทุกหน่วยเลือกตั้ง ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้เช่าบ้านจากนาย พ. และนาง ส. ซึ่งสัญญาเช่าทั้งสองกรณีกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้เช่ามีหน้าที่เสียภาษีโรงเรือนและที่ดิน ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้เสียภาษีติดต่อกันมากกว่าสามปีนับถึงวันสมัครรับเลือกตั้ง ผู้ฟ้องคดีจึงมีคุณสมบัติตามมาตรา 44(3) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เคยรับรองว่า นาย บ. ซึ่งเป็นผู้เช่าอาคารพาณิชย์ มีคุณสมบัติเป็นผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล นครเชียงใหม่ ทั้งที่กรณีของนาย บ. เหมือนกับกรณีของผู้ฟ้องคดี นอกจากนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติด้วยคะแนนเสียง 3 ต่อ 1 ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งนายกเทศมนตรีนครเชียงใหม่ ถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการลงมติว่าผู้สมัครผู้ใดไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งจะต้องใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ ตามมาตรา 8 วรรคสอง ประกอบมาตรา 10(6) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และข้อ 67 ของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสืบสวน สอบสวน และการวินิจฉัยชี้ขาด พ.ศ. 2542 ขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า อำนาจที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ใช้ในการควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือมีมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล ในระหว่างวันที่ 19 กันยายน 2549 อันเป็นวันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง จนถึงวันที่ 24 สิงหาคม 2550 อันเป็นวันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นอำนาจทางปกครองตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์

---

[309] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.723/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ.39/2552

ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 13 ลงวันที่ 20 กันยายน พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2549 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 หรือผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทระหว่าง ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามซึ่งกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเอกชน โดยเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจทางปกครองออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใด ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 38 มาตรา 40 มาตรา 42 มาตรา 43 มาตรา 44 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พุทธศักราช 2475 ย่อมเห็นได้ว่าผู้มีหน้าที่เสียภาษีโรงเรือนและที่ดิน และได้เสียภาษีโรงเรือนและที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คือ เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น แม้เจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นจะให้ผู้อื่นเช่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นนั้น โดยสัญญาเช่ากำหนดให้ผู้เช่าเป็นผู้เสียภาษีโรงเรือนและที่ดินเป็นการตอบแทนผู้ให้เช่านอกเหนือจากการจ่ายค่าเช่าด้วย แต่ข้อสัญญาเช่าเช่นว่านี้ก็ไม่มีผลทางกฎหมายเป็นการปลดเปลื้องภาระหน้าที่ของเจ้าของโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นที่มีอยู่ตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินในอันที่จะต้องชำระค่าภาษีให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่โรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นนั้นตั้งอยู่แต่อย่างใด ผู้เช่าโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นซึ่งได้ชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หากจะถือว่าเป็นผู้เสียภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็คงเป็นแต่เพียงผู้เสียภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามสัญญาเช่าเท่านั้น หาอาจถือได้ว่าเป็นผู้เสียภาษีให้กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินไม่ ผู้ฟ้องคดีซึ่งจะได้ทำสัญญาเช่าและได้ชำระค่าภาษีโรงเรือนและที่ดินจริงดังที่อ้างหรือไม่ก็ตาม จึงไม่ใช่ผู้ที่ได้เสียภาษีตามกฎหมายว่าด้วยภาษีโรงเรือนและที่ดินให้กับเทศบาลนครเชียงใหม่ซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่สมัครรับเลือกตั้งตามมาตรา 44 (3) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำวินิจฉัย และได้มีมติว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีนครเชียงใหม่ จึงไม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด โดยการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันจะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลได้ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันดังกล่าว เป็นการปฏิบัติที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น เมื่อมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในการประชุมครั้งที่ 86/2546 และการถือปฏิบัติตามมติดังกล่าว ขัดหรือไม่ถูกต้องตามมาตรา 44(3) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประกอบกับมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พุทธศักราช 2475 ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีนครเชียงใหม่ ซึ่งเป็นมติวินิจฉัยที่ถูกต้องตามมาตรา 44(3) แห่งพระราชบัญญัติการ

เลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 ประกอบกับมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติภาษีโรงเรือนและที่ดิน พุทธศักราช 2475 แม้จะเป็นการปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีแตกต่างกับที่เคยมีการปฏิบัติต่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลนครเชียงใหม่ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลนครเชียงใหม่เมื่อปี พ.ศ. 2547 ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี

และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547[310] นายศิริมิตร บุญมูล ผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งมีอาชีพทนายความและรูปกายพิการได้สมัครสอบคัดเลือกตามประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกบุคคลเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ.2544 ของผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งแต่งตั้งอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบ และคณะกรรมการแพทย์ในการตรวจร่างกายและจิตใจของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการฯ ซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการ เดินขากะเผลก กล้ามเนื้อแขนขาลีบจนถึงปลายมือและปลายเท้าทั้งสองข้าง จิตใจปกติ ขาดคุณสมบัติตามมาตรา 33(11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ จึงมีมติไม่ควรรับสมัครผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงทำหนังสือถึงเลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการอัยการขอทราบเหตุผลที่ไม่ได้รับการพิจารณาให้เป็นผู้มีคุณสมบัติในการสอบคัดเลือก หลังจากนั้นมีหนังสือชี้แจงกลับว่า เป็นเพราะผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เหตุผลของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกาย และบทบัญญัติดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักแห่งความเสมอภาคไว้ ซึ่งองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค จึงเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้ามกลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปนั้น มาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติวางข้อจำกัดการกระทำดังกล่าวขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐไว้ว่า การนำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือ

---

[310] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.116/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.142/2547

สุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาอ้างเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกัน หาเป็นไปโดยไม่เป็นธรรมก็ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน ดังนั้น หากการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าว โดยไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟัง ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ซึ่งต้องห้ามตามมาตรา 30 วรรคสามดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ วินิจฉัยว่า ผู้สมัครสอบฯ รายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ จึงต้องมีเหตุที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่าผู้สมัครสอบรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้ เมื่อพิจารณาจากลักษณะงานของอัยการประกอบกับข้อเท็จจริงซึ่งรับฟังได้ว่าผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการแต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ไม่อาจช่วยเหลือตัวเองได้ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ โดยงานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะเป็นทนายความมาแล้วนั้นมีทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการจึงน่าเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นที่จะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ และโดยที่ความเห็นของคณะกรรมการแพทย์ฯ และคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ เป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีโดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่อัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

4.6.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นเรื่องที่ได้ถูกบัญญัติรับรองไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยมาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพย่อมได้รับความคุ้มครอง” มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” และมาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติว่า “บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน

ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้น นักนิติศาสตร์และโดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของเยอรมัน[311] สรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับเฉพาะความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา คุณค่าของมนุษย์ดังกล่าวนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มิอาจจะล่วงละเมิดได้ ซึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ และการดำรงอยู่ของรัฐนั้นดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาค ซึ่งหากมีการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว โดยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยวิธีการอธิบายถ้อยคำต่าง ๆ เช่น การทำให้ได้รับความอับอาย การติดตามไล่ล่า การเนรเทศ และการลงโทษที่มีลักษณะทารุณโหดร้าย หรือการกระทำที่เป็นการบังคับให้ทำงาน การใช้คนเป็นทาส การก่อการร้าย การทำลายชาติพันธุ์ หรือการนำมนุษย์มาทดลอง การกระทำเหล่านี้ล้วนแต่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งสิ้น ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้พัฒนาแนวคิดในเรื่องของการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกมาในรูปแบบที่เป็นภาวะวิสัย ซึ่งหมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้รับความกระทบกระเทือน หากมนุษย์ได้ถูกลดคุณค่ามาเป็นเพียงวัตถุของการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีนี้ย่อมถือได้ว่ามีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว[312]

ดังนั้น การใช้อำนาจของรัฐกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มีหลักพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึง คือ การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะโดยอำนาจใดหรือวิธีการใดจะต้องถือว่ามนุษย์นั้นมิใช่เป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจของรัฐใดได้กระทำไปในลักษณะที่ทำให้มนุษย์ถูกลดคุณค่าเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำแล้ว การกระทำของรัฐนั้น ๆ ย่อมขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งหากมีการกระทำอันเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บุคคลก็ย่อมสามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลได้เพื่อให้รัฐดำเนินการปกป้องคุ้มครองหรือให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550[313] นายปรีชา เชื้อพลากิจ ผู้ฟ้องคดี การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ (อุทธรณ์คำพิพากษา)

---

[311] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552), หน้า 84.

[312] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 91-101.

[313] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.37/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.231/2550

ผู้ฟ้องคดีมีอาชีพรับราชการอยู่ที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา และจะต้องเดินทางกลับภูมิลำเนาที่จังหวัดเชียงใหม่ ซึ่งเป็นผู้โดยสารรถไฟขบวนด่วนพิเศษกรุงเทพ-เชียงใหม่ ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย อันเนื่องมาจากการที่ได้มีการนำแผ่นป้ายโฆษณาสินค้าและบริการปิดที่กระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟดังกล่าว ทำให้เกิดการบดบังทิวทัศน์ไม่อาจมองฝ่ายกระจกออกไปเพื่อพักสายตาได้ เพราะพร่ามัว เกิดอาการคลื่นไส้ การเดินทางโดยรถไฟยาวนานหลายชั่วโมงจึงเป็นการทรมานใจและกายอย่างยิ่ง ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อขอให้ขูดลอกแผ่นป้ายโฆษณาดังกล่าวออกจากหน้าต่างตู้รถโดยสารแล้ว แต่ไม่ได้รับการแก้ไข ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการตามคำร้องเรียนของผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการลอกแผ่นป้ายโฆษณาออกจากกระจกหน้าต่างของตู้รถโดยสารทุกสายทั่วประเทศและทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกขบวนให้สะอาด เพื่อประโยชน์ของประชาชนผู้โดยสารอย่างแท้จริง

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยสองประเด็น คือ ประเด็นที่หนึ่ง ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองหรือไม่ และประเด็นที่สอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีอนุญาตให้มีการติดตั้งป้ายโฆษณาสินค้าและบริการที่กระจกหน้าต่างตู้รถไฟเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือไม่ โดยในประเด็นที่หนึ่ง กรณีจึงมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีอนุญาตให้มีการติดตั้งป้ายโฆษณาสินค้าและบริการที่กระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟด่วนพิเศษกรุงเทพ-เชียงใหม่ หรือไม่ เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีมีอาชีพรับราชการอยู่ที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยาและมีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดเชียงใหม่ จึงน่าเชื่อว่าผู้ฟ้องคดีโดยสารรถไฟขบวนด่วนพิเศษกรุงเทพ-เชียงใหม่ เป็นประจำ ซึ่งในการโดยสารรถไฟแต่ละครั้งผู้ฟ้องคดีย่อมจะมองทิวทัศน์สองข้างทางรถไฟเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในการเดินทางเช่นเดียวกับที่ผู้โดยสารโดยทั่วไปกระทำกันเป็นปกติวิสัย แต่การมองผ่านกระจกที่มีป้ายโฆษณาสินค้าและบริการปิดทับอยู่ย่อมจะก่อให้เกิดความรำคาญนัยน์ตาและไม่อาจเห็นทิวทัศน์สองข้างทางรถไฟได้ชัดเจนเหมือนกับการมองผ่านกระจกหน้าต่างที่ใสสะอาดและปราศจากป้ายโฆษณาปิดทับ เหตุเพียงเท่านี้ก็เพียงพอที่จะทำให้ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย อันเนื่องจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีอนุญาตให้มีการติดตั้งป้ายโฆษณาสินค้าและบริการที่กระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารแล้ว ส่วนในประเด็นที่สอง พิเคราะห์แล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะ ในการจัดทำกิจการบริการสาธารณะดังกล่าว นอกจากจะต้องจัดให้มีขบวนรถไฟสำหรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ อย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน วางระเบียบเกี่ยวกับการใช้บริการรถไฟเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ ที่รับขนส่งแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังจะต้องดูแลรักษาส่วนต่าง ๆ ของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟซึ่งเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว เช่น ที่นั่ง หรือที่นอนของผู้โดยสาร รวมทั้งประตูหน้าต่างของตู้รถโดยสาร ให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถอำนวยความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร ซึ่งในส่วนของหน้าต่างนั้น

รถโดยสารทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นรถโดยสารส่วนบุคคลหรือรถโดยสารสาธารณะ และไม่ว่าจะเป็นรถโดยสารปรับอากาศหรือรถโดยสารไม่ปรับอากาศจะต้องมีหน้าต่าง โดยหน้าต่างรถโดยสารมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่นอกรถเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นรถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกขบวนมีหน้าต่างและดูแลรักษาหน้าต่างตู้รถโดยสารทุกคันให้อยู่ในสภาพที่สามารถใช้การได้สมวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่าง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทำสัญญาเช่าติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกรถโดยสารโดยยินยอมให้ติดตั้งป้ายโฆษณาที่กระจกหน้าต่างรถโดยสารได้ด้วย จึงเป็นการใช้หน้าต่างรถโดยสารแสวงหารายได้จนทำให้ผู้โดยสารไม่อาจใช้ประโยชน์จากหน้าต่างรถโดยสารตามวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่างได้ตามที่ควรจะเป็น ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสารซึ่งเป็นการบริการสาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ศาลพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการขูดลอกแผ่นป้ายโฆษณาออกจากบริเวณกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสาร และทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารรถไฟทุกคันให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา

4.6.3 หลักความได้สัดส่วน

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยอันเป็นการปกครองภายใต้หลักนิติรัฐ[314] ที่มีแนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ

การดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการที่จะให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้จำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐที่อาจไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลได้ อย่างไรก็ตาม ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคคลิกภาพของตนไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นๆ ดังนั้น รัฐจึงต้องมีหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจกระทำการดังกล่าว ในการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นมีโอกาสที่จะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด จากหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ซึ่งอาจเป็นควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดย

---

[314] สมยศ เชื้อไทย, **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**, หน้า 138.

องค์กรตุลาการถือเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[315] โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นได้มีการยอมรับเสมอมาว่า การใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และใช้หลักดังกล่าวในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ โดยการกระทำที่จะเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นถือเป็นการควบคุมการใช้อำนาจไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจ หรือมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไร้ขอบเขต[316]

กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายปกครองเพื่อให้การดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองบรรลุตามความมุ่งหมายได้นั้นย่อมต้องมีการกระทบถึงการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรืออาจกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นเป็นทั้งเครื่องมือในการส่งเสริมให้บรรลุถึงการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ และในขณะเดียวกันก็เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้สิทธิและเสรีภาพด้วยเช่นเดียวกัน สำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วางหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

1. การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้แต่อาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง

2. การตรากฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องมีผลเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ตามมาตรา 29 วรรคสอง

3. การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นไปตามหลักเท่าที่จำเป็นหรือหลักความได้สัดส่วน ตามมาตรา 29 วรรคสอง

4. การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ ตามมาตรา 29 วรรคสอง

5. การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิ ตามมาตรา 29 วรรคสอง

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29[317] หมายถึง กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลบังคับในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น ซึ่งหากฝ่ายปกครองจะออกกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว ย่อมต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจด้วยนั่นเอง จะเห็นได้ว่า หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น

---

[315]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**, หน้า 19-22.

[316]วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย,” **วารสารนิติศาสตร์** 30, 2 (มิถุนายน 2543): 187-189.

[317]คณะกรรมการกฤษฎีกา, เลขเสร็จ 22/2543, มกราคม 2543, เรื่อง หารือปัญหาข้อกฎหมายกรณีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกสารการสอบ (กรณีการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในชั้นประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์).

จะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย หลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้พิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล

อย่างไรก็ตาม หลักความได้สัดส่วนในฐานะที่เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่มากับระบบกฎหมายไทยมาเป็นเวลานาน แต่ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีผลทำให้สถานะและความแน่นอนชัดเจนของหลักความได้สัดส่วนที่จากเดิมมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้รับการยอมรับอย่างชัดเจนมากขึ้นโดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ โดยในการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีโดยองค์กรตุลาการนั้น จากการศึกษาจากคำพิพากษาของศาลแล้วพบว่า[318] ศาลได้ยอมรับเสมอมาว่าในการใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณและเกิดความเป็นธรรมเสมอมา

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายที่ศาลปกครองทั้งประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นมาเพื่อเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐโดยมิให้ใช้อำนาจรัฐเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตของความเหมาะสม ความจำเป็น ขาดการสร้างดุลยภาพที่มีขึ้นระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ[319] โดยเฉพาะประเทศเยอรมันที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นประเทศต้นกำเนิดของการนำหลักความได้สัดส่วน (der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkit) มาใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม ภาระหน้าที่ของหลักความได้สัดส่วนมิได้มุ่งหมายเฉพาะเพื่อจำกัดการแทรกแซงของรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ รวมทั้งเป็นหลักที่มีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีกด้วย[320] โดยหลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันมีรากฐานมาจากหลักความยุติธรรม ที่คำนึงถึงหลักความยุติธรรมระหว่างผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ของสังคมโดยรวม ซึ่งหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย อันมีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ[321] โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีสถานะในระดับรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นหลักที่มีผลมาจากหลักนิติรัฐ และมีพื้นฐานมาจากการคุ้มครองสิทธิ

---

[318]วรดนู จิวาระนันทน์, **หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 71

[319]เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, หน้า 147.

[320]บรรเจิด สิงคะเนติ, **รายงานการวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 8.

[321]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 269.

ขั้นพื้นฐาน[322] นอกจากนี้ ในประเทศเยอรมันยังได้นำหลักการนี้ไปปรับใช้เพื่อเป็นหลักแห่งความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสมบูรณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องส่วนได้ส่วนเสียอันเกี่ยวกับสิทธิบุคคลตามกฎหมายที่ฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐต้องใช้ดุลพินิจในรูปของกฎ คำสั่ง และข้อบังคับต่าง ๆ ซึ่งนอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้แล้ว หลักความได้สัดส่วนยังเป็นพื้นฐานที่สำคัญและเป็นเครื่องมือของศาลปกครอง หรือศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ สำหรับใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง หรือองค์กรของรัฐเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่ เพียงใด[323]

จะเห็นได้ว่า หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกำหนดให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำภายในขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนด โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย

หลักความได้สัดส่วนที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ 3 ประการ คือ

ประการแรก หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หรือหลักแห่งความเหมาะสม หลักการนี้บังคับว่าในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผลและไม่มีผลใช้บังคับ ดังนั้นมาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเป็นมาตรการที่เหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการเพื่อให้เกิดสัมฤทธิ์ผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ จะเห็นได้ว่า หลักแห่งความเหมาะสมเรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล หรืออาจกล่าวได้ว่าหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (Common Sense) ซึ่งหากฝ่ายปกครองออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิด เข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)[324] จึงอาจสรุปได้ว่าหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักแห่งความเหมาะสมนี้ เป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่

---

[322] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 304.

[323] วุฒิชัย จิตานุ, "การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality)," **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 8, 22 (มกราคม-เมษายน 2549): 41-43.

[324] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, หน้า 149.

เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดไว้

ประการที่สอง หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักการนี้เรียกร้องว่าในบรรดามาตรการหลาย ๆ อย่างซึ่งสามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ ซึ่งแต่ละมาตรการย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด โดยมาจากรากฐานความคิดที่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายสองสิ่งที่จำต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น ในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้นที่ให้ฝ่ายปกครองใช้ หลักแห่งความจำเป็นจะไม่เกิดขึ้นในกรณีนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า หลักแห่งความจำเป็นนั้นเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยไปกว่ามาตรการนี้ หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด

ประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality Stricto Sensu) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนพึงจะได้รับจากการดำเนินการให้เป็นตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง และเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนมากที่สุด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อให้เกิดโทษแก่ประชาชนหรือส่วนรวมมากกว่าก่อประโยชน์ แม้มาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล และเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับไม่ได้[325] จึงอาจสรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบเป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองหากจำเป็นต้องออกมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุดเมื่อได้พิจารณากับผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว ก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าผลกระทบที่มีต่อบุคคล ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีเป็นจำนวนมาก เช่น

---

[325] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 153

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555[326] นายสาธิต ตลุมพุก กับผู้ฟ้องคดีร่วม (รวม 7 ราย) ผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ 1 อธิบดีกรมประมง ที่ 2 ผู้ว่าราชการจังหวัดกระบี่ ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดมีอาชีพทำการประมงปลากะตัก โดยใช้เครื่องมืออวนครอบปลากะตักประกอบแสงไฟ โดยทำการประมงบริเวณพื้นที่อ่าวพังงา ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2535 เป็นต้นมา โดยปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 รวมทั้งประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ และประกาศจังหวัดพังงาที่เกี่ยวข้อง ต่อมาคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้มีมติว่า รัฐควรดำเนินการออกมาตรการด้านการประมงโดยกำหนดแบ่งเขตการประมงในเขต 3 ไมล์ทะเลห่างจากฝั่งเป็นแหล่งทำการประมงของกลุ่มประมงพื้นบ้าน กำหนดห้ามทำการประมงปลากะตักทุกชนิดที่ใช้แสงไฟล่อ และให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของชาวประมงลักษณะพหุภาคีในจังหวัดชายทะเลแต่ละจังหวัด ยกเว้นจังหวัดสงขลา กำหนดให้พื้นที่ห่างจากฝั่งระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเลเป็นเขตกันชน ห้ามทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบเช่นกันเพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่งและเพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามเขตที่กำหนด โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้แจ้งให้จังหวัดชายทะเลทุกจังหวัดทราบและปฏิบัติตามมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติดังกล่าว ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องกำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนชอนหรืออวนยก อวนครอบปลากะตัก ซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลากะตัก พ.ศ. 2544 ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดเห็นว่า จังหวัดกระบี่ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ไม่ปฏิบัติตามมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ และหนังสือสั่งการของกรมประมง กล่าวคือ ในการกำหนดแผนที่ตามจุดพิกัดที่ 14 โดยกำหนดที่แลตติจูด (เหนือ) 07 องศา 37 ลิปดา 00 ฟิลิปดา และลองติจูด (ตะวันออก) 98 องศา 44 ลิปดา 00 ฟิลิปดา และเมื่อตรวจรูปแผนที่ 308 แนบท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว โดยขีดเส้นจากจุดพิกัดของจังหวัดพังงาบริเวณจะพิกัดที่ 13 ไปยังจุดพิกัดที่ 14 และจากจุดพิกัดที่ 14 ไปยังจุดพิกัดที่ 15 ทำให้เขตห้ามครอบคลุมพื้นที่ทะเลอ่าวพังงาทั้งหมด ซึ่งไม่เป็นไปตามมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ และเนื่องจากอ่าวพังงาเป็นที่ใช้ทำการประมงรวมกันของชาวประมงจังหวัดภูเก็ต จังหวัดพังงา และจังหวัดกระบี่ ทำให้ชาวประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบได้รับความเดือดร้อนและสร้างความเสียหายให้กับมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรแผ่นดินอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการอ้างความจำเป็นด้านการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติเพื่อกำจัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้โดยจำกัดเท่าที่จำเป็นและต้องมีผลการศึกษาทางวิชาการอันเป็นที่ประจักษ์แล้ว ไม่ใช่อ้างเป็นการทั่วไปว่าเพื่อเป็นการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ แต่กลับเป็นการสร้างความเดือดร้อนให้กับชาวประมงผู้ประกอบอาชีพโดยสุจริตอย่างไม่เป็นธรรม

---

[326] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.458/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.7/2555

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดเป็นการโต้แย้งว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับที่พิพาทไม่เป็นไปตามมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ที่เห็นชอบตามข้อเสนอของคณะอนุกรรมการทำการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ และประกาศดังกล่าวออกตามข้อเสนอของคณะกรรมการพหุภาคีจังหวัดกระบี่ที่ไม่เป็นไปตามกรอบแนวทางของมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ รวมทั้งการออกประกาศฉบับพิพาทยังเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีเกินความจำเป็น อันเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า อำนาจในการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับที่พิพาทนั้นเป็นไปตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่ให้อำนาจผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในการออกประกาศกำหนดขนาดตาและระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวนและส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่สัตว์น้ำ กำหนดมิให้ใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จับสัตว์น้ำโดยเด็ดขาด รวมทั้งกำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ โดยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ที่มุ่งคุ้มครองสัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ โดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำเพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน จึงต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว

ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับกรณีพิพาทในคดีนี้ปรากฏว่า คณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการทำการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ ซึ่งคณะอนุกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาการทำประมงปลากะตักโดยเสนอให้กำหนดเขต 3 ไมล์ทะเลห่างจากฝั่งเป็นแหล่งทำการประมงของกลุ่มประมงพื้นบ้าน กำหนดห้ามทำการประมงปลากะตักทุกชนิดที่ใช้แสงไฟล่อ และมีเขตปลอดจากการทำการประมงปลากะตักปั่นไฟในระยะระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเล เพื่อป้องกันปัญหาผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่ง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อมูลทางวิชาการที่พิสูจน์ได้ว่าพื้นที่ใดเป็นแหล่งวางไข่ หรือเป็นแหล่งที่อยู่อาศัยของสัตว์น้ำวัยอ่อน ให้แต่ละจังหวัดดำเนินการห้ามทำการประมงในบางฤดูกาล หรือในบางพื้นที่โดยยึดหลักการและเหตุผลทางชีววิทยาประมง เศรษฐกิจและสังคมประกอบกันไป นอกจากนั้น คณะอนุกรรมการฯ ยังเสนอว่า เนื่องจากสภาพท้องทะเลแต่ละพื้นที่มีความแตกต่างกันตามสภาพทางภูมิศาสตร์ ดังนั้น การกำหนดเขตทำการประมงโดยใช้แสงไฟล่อจึงควรให้แต่ละจังหวัดตั้งคณะกรรมการในรูปของพหุภาคี ทำการพิจารณากำหนดเขตทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟล่อตามความเหมาะสมของสภาพท้องถิ่น ซึ่งคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติเห็นชอบกับข้อเสนอดังกล่าว และให้แต่ละจังหวัดตั้งคณะกรรมการในลักษณะของพหุภาคีพิจารณารายละเอียดตามความเหมาะสม จังหวัดกระบี่ได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ แต่งตั้งคณะกรรมการกำหนดเขตปลอดการทำประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ โดยมีผู้แทนจากหน่วยงานราชการ และผู้แทนจากภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับกิจการประมง โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้พิจารณาแล้วจึงมีมติให้กำหนดเขตห้ามทำการประมงปลากะตักปั่นไฟ ห่างจากฝั่งของเกาะออกไป 3 ไมล์ทะเล ซึ่งเป็นการกำหนดเขตภายในกรอบมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ อันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ดังนั้น ข้ออ้างของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดว่า กรณีดังกล่าวเป็นกำหนดนอกเขต 5 ไมล์ทะเล

จากฝั่ง จึงไม่อาจรับฟังได้และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจออกประกาศดังกล่าวได้โดยไม่จำต้องมีหลักฐานทางวิชาการใหม่ ดังที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดกล่าวอ้าง

ในประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดอุทธรณ์ว่า การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับที่พิพาท ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ได้พิจารณาประเด็นความเดือดร้อนของผู้ฟ้องคดี ตามความจริง เพราะประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวมีผลเป็นการห้ามทำการประมงของผู้ฟ้องคดีอย่างเด็ดขาดสิ้นเชิงนั้น ศาลเห็นว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับที่พิพาทมีผลห้ามทำการประมงปลากะตัดปั่นไฟในเขตตามแผนท้ายประกาศเท่านั้น ซึ่งผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดยังสามารถทำการประมงนอกเขตที่ห้ามได้ และหากประสงค์จะทำประมงในเขตตามประกาศฯ ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดก็สามารถทำการประมงได้โดยปรับเปลี่ยนวิธีการประมงหรือเครื่องมือการทำประมงที่ไม่ต้องห้ามตามประกาศฯ ดังกล่าว ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับที่พิพาทจึงมิได้มีผลเป็นการห้ามทำการประมงโดยสิ้นเชิงดังที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดกล่าวอ้าง และกรณีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดอุทธรณ์ว่า การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับที่พิพาทเป็นการห้ามทำการประมงด้วยเครื่องมืออวนครอบ อวนช้อน อวนยกปลากะตัก ในบริเวณพื้นที่ดังกล่าวโดยเด็ดขาดเป็นการกระทำที่เกินความจำเป็นและเป็นการมุ่งหมายที่จะบังคับแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดอย่างเจาะจง ทำความเดือดร้อนให้กับผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดและผู้ประกอบอาชีพอย่างไม่เป็นธรรมนั้น เห็นว่า การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 และเป็นการดำเนินการที่สอดคล้องกับนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติที่ได้มีการตั้งคณะอนุกรรมการและคณะทำงานเพื่อศึกษาหามาตรการแก้ไขปัญหาการทำประมงปลากะตักในทางวิชาการแล้ว และเห็นว่า การกำหนดเขตปลอดการทำประมงปลากะตัก ตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับที่พิพาทมิได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาดในการทำประมงปลากะตัก แต่เป็นเพียงการห้ามในบางพื้นที่และห้ามตามวิธีการประมงเท่านั้น การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวจึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็นอันจะเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ดังที่ผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดกล่าวอ้าง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547[327] นายสุนทร ทองคำ กับผู้ฟ้องคดีร่วม (รวม 23 ราย) ผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ที่ 1 กรมประมง ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ศึกษาวิจัยพบว่าชายฝั่งทะเล จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี เป็นแหล่งซึ่งสัตว์น้ำเศรษฐกิจที่สำคัญโดยเฉพาะปลาทูวางไข่ และอาศัยเลี้ยงตัวในวัยอ่อนตั้งแต่เดือนกุมภาพันธ์ถึงพฤษภาคมของทุกปี จึงได้เสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกมาตรการห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่และช่วงเวลาที่กำหนด โดยออกเป็นประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 และได้ติดตามศึกษาปรับปรุงและแก้ไขเรื่อยมาเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลง โดยปรากฏว่า

---

[327] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.12/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.51/2547

ชาวประมงได้พัฒนาและดัดแปลงเครื่องมือทำการประมงบางประเภทให้มีประสิทธิภาพในการจับพ่อพันธุ์แม่พันธุ์สัตว์น้ำและสัตว์น้ำวัยอ่อนเป็นจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่ วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งประกาศฉบับดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และมีผลกระทบต่อวิถีชีวิตชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ก่อนออกประกาศไม่ให้โอกาสผู้ฟ้องคดีชี้แจงเหตุผลและแสดงความเห็น และเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถทำการประมงเป็นเวลา 6 เดือนในแต่ละปี จึงขอให้ศาลสั่งเพิกถอนประกาศดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศฉบับพิพาทเป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 32(1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติการประมงฯ เป็นการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อมาคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ใช้ดุลพินิจในการออกประกาศดังกล่าวอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งพิเคราะห์แล้วเห็นว่าเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ศึกษาวิจัยเพื่อกำหนดมาตรการในการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ โดยเริ่มดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 พบว่าในเขตจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี เป็นสถานที่วางไข่ของสัตว์น้ำเศรษฐกิจที่สำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งปลาทู ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่ง พระราชบัญญัติการประมงฯ ออกประกาศฯ กำหนดมาตรการอนุรักษ์ทรัพยากรสัตว์น้ำ กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ดังกล่าว และได้ปรับปรุงแก้ไขประกาศตลอดมาจนถึงปัจจุบันเพื่อให้เหมาะสมกับสภาวะทรัพยากรสัตว์น้ำ หลังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศฉบับลงวันที่ 28 พฤศจิกายน 2527 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่และวางไข่เลี้ยงลูกในท้องที่บางแห่งภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งผู้ฟ้องคดียอมรับและยังเรียกร้องให้มีการนำประกาศฉบับนี้มาใช้บังคับอีกด้วย ได้มีการสำรวจศึกษาและวิจัยทางวิชาการพบว่า ช่วงเวลาห้ามทำการประมงดังกล่าวมีผลต่อการอนุรักษ์สัตว์น้ำ และยังพบว่าการใช้เครื่องมือทำประมงบางชนิดที่ไม่ได้มีการห้ามในประกาศฯ ฉบับปี 2527 ได้ก่อความสูญเสียแก่เศรษฐกิจ เนื่องจากจะมีลูกสัตว์น้ำเศรษฐกิจถูกจับปะปนมา และเครื่องมือบางชนิดก็เป็นเครื่องมือที่จับพ่อพันธุ์แม่พันธุ์ปลาในช่วงฤดูปิดอ่าวได้เป็นจำนวนมาก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงได้ออกประกาศฯ ฉบับปี 2542 ห้ามใช้เครื่องมือบางชนิดเพิ่มขึ้นจากประกาศฯ ฉบับปี 2527 ซึ่งมาตรการตามประกาศฯ ฉบับปี 2542 เป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้มากกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศฯ ฉบับปี 2527 และแม้มาตรการนี้จะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีในท้องที่ดังกล่าวมากกว่าประกาศฯ ฉบับปี 2527 ก็ตาม แต่ก็ถือได้ว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะดำเนินการให้บรรลุผลในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้เท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศฯ ฉบับปี 2542 มาตรการตามประกาศฯ ฉบับปี 2542 จึงเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป แม้จะกระทบต่อรายได้จากการทำประมงของผู้ฟ้องคดีก็เป็นเพียงระยะเวลา 3 เดือน ซึ่งผู้ฟ้องคดีสามารถนำเรือออกไปทำการประมง

นอกพื้นที่ หรือใช้เครื่องมือทำการประมงอื่นที่ไม่ต้องห้าม หรือปรับเปลี่ยนเครื่องมือทำการประมงในระยะเวลาต้องห้ามดังกล่าวได้ และผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ตามประกาศฯ ฉบับปี 2542 สามารถลดมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจได้เป็นจำนวนมาก เป็นประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ ประกาศดังกล่าวมิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทำการประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไป จึงมิได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การออกประกาศดังกล่าวได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติประเภทสัตว์น้ำให้ยั่งยืนซึ่งเป็นประโยชน์สาธารณะในช่วงระยะเวลา และสถานที่ที่กำหนดเฉพาะเท่านั้น ไม่มีลักษณะที่อาจทำให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและอาชีพ และโดยขณะที่ออกประกาศฉบับดังกล่าว ยังไม่มีกฎหมายออกตามความในมาตรา 36 มาตรา 56 และมาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติให้บุคคลมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นในโครงการของรัฐที่อาจมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม อาชีพ ทรัพยากรธรรมชาติ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ คงมีเพียงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2541 ซึ่งออกตามความในมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 ใช้บังคับเท่านั้น ซึ่งมิได้มีบทบัญญัติบังคับให้หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีประชาพิจารณ์ในทุกกรณีแต่ให้เป็นดุลพินิจที่จะจัดให้มีหรือไม่ให้มีก็ได้ เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้มีการประชุม สำรวจ วิจัยและรับฟังความคิดเห็นจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง ชาวประมงในพื้นที่ สมาคมการประมงแห่งประเทศไทย และสมาคมชาวประมงปากน้ำหลังสวน ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นสมาชิกอยู่ด้วยตามสมควรแล้ว จึงถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกประกาศดังกล่าวโดยชอบแล้ว ดังนั้น ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว จึงชอบด้วยกฎหมาย

และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547[328] นายรังสิทธิ์ สุทธิกุลานนท์ ผู้ฟ้องคดี องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี ตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการ เมื่อปี 2543 ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีช่วยราชการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตกับพวก ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่า บุคคลกลุ่มนี้ร่วมกันปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อเครื่องแบบนักเรียนโดยไม่ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบแบบแผนที่ทางราชการกำหนดไว้ ใช้อำนาจข่มขู่ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหน้าที่พัสดุ และกีดกันผู้เสนอราคารายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม อีกทั้งเลือกปฏิบัติในการแจกจ่ายชุดนักเรียนทำให้ราษฎรไม่ได้รับความเป็นธรรม ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการช่วยราชการดังกล่าวและกลับไปปฏิบัติหน้าที่ราชการใน

---

[328] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.10/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.90/2547

ตำแหน่งเดิม โดยให้ปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎาที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้บริษัทเอกชนเช่าดำเนินการ มีหน้าที่ดูแล การใช้ท่าเทียบเรือรัษฎาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และประสานงานระหว่างผู้เช่าท่าเทียบเรือกับผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว จึงมีหนังสืออุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีต่อนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต แต่ผู้ถูกฟ้องคดียืนยันคำสั่งเดิม ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดี และสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการ ของผู้ถูกฟ้องคดีตามปกติ

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ในการบริหารงานบุคคล นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตมีอำนาจดุลพินิจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานซึ่งมิใช่ส่วนราชการได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นฯ ประกอบมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดทางวินัยของข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานที่มิใช่ส่วนราชการฯ แต่การออกคำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวต้องสามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น คำสั่งใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้เลย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบและไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ นอกจากนี้ ในการออกคำสั่งนั้นจะต้องมีความจำเป็นในการออกคำสั่งด้วย กล่าวคือ จะใช้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการในสังกัดได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการในสังกัดเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบเช่นกันและคำสั่งดังกล่าวมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่ผู้รับคำสั่งได้รับ กรณีมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎานั้น เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เมื่อพิจารณาหน้าที่ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการของผู้ถูกฟ้องคดี ประกอบกับข้อเท็จจริงในการดำเนินกิจการท่าเทียบเรือดังกล่าว แม้คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎาจะเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินกิจการท่าเทียบเรือรัษฎาสำเร็จลุล่วงไปได้ก็ตาม แต่การกำกับดูแลดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำที่ท่าเทียบเรือดังกล่าวก็ได้ เนื่องจากเอกชนเช่าท่าเทียบเรือรัษฎาไปดำเนินการแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนเป็นครั้งคราวตามความจำเป็น ประกอบกับปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถกระทำได้โดยสะดวก ไม่จำเป็นต้องออกไปนั่งปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือดังกล่าว อีกทั้งผู้ฟ้องคดียังดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ซึ่งมีอาวุโสรองจากหัวหน้าส่วนอำนวยการ มีหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติโดยควบคุมตรวจสอบการจัดการงานต่าง ๆ หลายด้าน และส่วนอำนวยการมีกรอบอัตรากำลังจำนวน 9 อัตรา และมีข้าราชการตามกรอบอัตรากำลังจริงเพียง 6 อัตรา การให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎา จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้ อันทำให้การบริหารงานบุคคลไม่เป็นไป

ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีในส่วนที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎา จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.6.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่

หลักความเป็นกลาง หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้นได้ถูกบัญญัติและรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายกลางที่ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้เป็นหลักในการปฏิบัติราชการ โดยเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาเรื่องทางปกครองและผู้ทำคำสั่งทางปกครองจะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรม[329] โดยวิทยานิพนธ์นี้ผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาเฉพาะในส่วนของเหตุที่ทำให้การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ขัดต่อหลักความเป็นกลางตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 เท่านั้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สะท้อนถึงหลักความไม่มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง อันมีสาระสำคัญคือ คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น การพิจารณาทางปกครองในเรื่องใดที่ทำโดยบุคคลที่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้น ไม่ว่าเวลาใด ๆ แต่ได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ผลผลิตจากกระบวนการพิจารณาทางปกครองดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย และตกเป็นโมฆะ[330] ในขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสียในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการปฏิบัติราชการได้ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมต่อคู่กรณี[331]

กรณีที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แบ่งเป็น 2 ประเภท[332] คือ

4.6.4.1 ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย หรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก คือความไม่เป็นกลางที่มีอยู่ภายนอกความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ อันมีเหตุมาจากสถานภาพหรือฐานะของตัวเจ้าหน้าที่ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณี จนอาจเกิดความไม่เป็นกลาง โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จากบทบัญญัติในมาตรานี้ได้บัญญัติถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เช่น เป็นคู่กรณีเอง หรือกรณีมี

---

[329]กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **สาระสำคัญพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539**, หน้า 1-18.

[330]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง,” ใน **รวมบทความทางวิชาการทางกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541), หน้า 50.

[331]ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง** (กรุงเทพมหานคร: จิรรัชการพิมพ์, 2540), หน้า 242.

[332]บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 20-21.

ความสัมพันธ์เป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น ประกอบกับได้วางกฎเกณฑ์สำหรับกรณีที่เกรงว่าจะไม่เป็นกลางเอาไว้ และมีวิธีการกำกับโดยถ้าเจ้าหน้าที่นั้นไม่ถอนตัวโดยสมัครใจก็อาจถูกคัดค้านให้ถอนตัวออกไป โดยถูกผู้บังคับบัญชาหรือองค์กรระดับสูงขึ้นไปบังคับให้ต้องถอนตัวจากกรณีที่พิจารณา ซึ่งกรณีที่ถือว่าเป็นความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก[333] ดังนี้

1) กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่กรณีเอง เป็นกรณีที่จัดได้ว่าเป็นการร้ายแรงที่สุด เช่น การยื่นขออนุญาตตั้งโรงงานในขณะที่ตนเองเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตให้ตั้งโรงงาน

2) กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นกรณีที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้เจ้าหน้าที่เกิดความลำเอียงได้ง่าย

3) กรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นญาติของคู่กรณี เป็นกรณีที่อาจทำให้เกิดความลำเอียงได้เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ความเป็นญาตินั้นถูกจำกัดในขอบเขตของการเป็นญาติสนิทและกฎหมายได้บัญญัติประเภทของบุคคลไว้โดยตรง ได้แก่

(1) บุพการี หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตสายตรงขึ้นไปไม่ว่าจะกี่ชั้น นับตั้งแต่บิดามารดา ปู่ย่า ตายาย ทวด ซึ่งการนับตามหลักนี้จะนับทั้งหมดไม่ว่าจะกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

(2) ผู้สืบสันดาน หมายถึง ผู้สืบสายโลหิตสายตรงลงมาไม่ว่าจะกี่ชั้น นับตั้งแต่ลูก หลาน เหลน ลื่อ ซึ่งการนับตามหลักนี้จะนับทั้งหมดไม่ว่าจะกำเนิดโดยการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่นเดียวกับการนับบุพการี

(3) ญาติด้านพี่น้องนับได้ภายในสามชั้น ซึ่งพี่น้อง หมายถึง ผู้เกิดในครอบครัวจากบิดามารดาเดียวกัน ไม่ว่าบิดามารดาจะสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

(4) ญาติด้านลูกพี่ลูกน้องนับได้ภายในสามชั้น ซึ่งลูกพี่ลูกน้อง หมายถึง ลูกของผู้เป็นพี่หรือน้องของบิดามารดาหรือมารดา ได้แก่ ลูกของลูกป้า น้า อา ซึ่งนับกันตามข้อเท็จจริง

(5) ญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้ภายในสองชั้น

4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี เป็นกรณีที่จะเห็นได้ว่ามีความใกล้ชิดและอาจทำให้เกิดความลำเอียงได้ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรม หมายถึง ผู้ปกครองที่ดูแลผู้เยาว์ ตามมาตรา 1585 และมาตรา 1598/3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือผู้อนุบาลที่ดูแลคนไร้ความสามารถ ตามมาตรา 28 ประกอบกับมาตรา 1598/15 และมาตรา 1598/18 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้วแต่กรณี ผู้พิทักษ์ หมายถึง ผู้ที่ดูแลคนเสมือนไร้ความสามารถ ตามมาตรา 32 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้แทน หมายถึง ผู้ซึ่งมีสิทธิหน้าที่โดยกฎหมายที่จะทำการแทนผู้อื่น เช่น ผู้แทนนิติบุคคล ตามมาตรา 70 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตัวแทน หมายถึง ผู้ที่เข้ากระทำการใดแทนผู้อื่น ซึ่งสิทธิหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยความสัมพันธ์ทางสัญญาตัวแทน ตามมาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

---

[333] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *เรื่องเดิม*, หน้า 242-244.

5) เป็นเจ้าหนี้ ลูกหนี้ หรือนายจ้างของคู่กรณี ในกรณีของการเป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้ เป็นกรณีที่อาจมีประโยชน์ที่จะเรียกร้องหรือจะต้องให้แก่กันนั้นเอง ส่วนกรณีนายจ้างตามมาตรา 13 (5) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หมายรวมถึงกรณีการเป็นลูกจ้างด้วย แม้กฎหมายจะมิได้บัญญัติไว้แจ้งชัดก็ตาม

6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เช่น เคยได้แสดงความคิดเห็นอย่างจริงจังในเรื่องที่จะพิจารณานอกหน้าที่การงานของตนมาก่อนแล้ว การมาเป็นเจ้าหน้าที่ในเรื่องนี้ก็คงมีความโน้มเอียงที่จะวินิจฉัยเช่นเดิมอีก หรือเป็นผู้ได้รับประโยชน์ หรือเสียประโยชน์จากการมีคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้น เป็นต้น ซึ่งกรณีจะมีการยอมรับเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับการพิจารณาในการออกกฎกระทรวงต่อไป

การที่เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีส่วนได้เสียในการพิจารณาทางปกครอง เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ทำไปไม่สมบูรณ์และอาจถูกเพิกถอนได้ หากพิสูจน์ได้ว่าเกิดความลำเอียงขึ้นจากการมีส่วนได้เสียดังกล่าว ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีหน้าที่จะต้องไม่รับทำหน้าที่ ซึ่งการทราบข้อเท็จจริงและจงใจฝ่าฝืนอาจเป็นความผิดทางวินัยได้ หากเมื่อมีกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอกจะต้องปฏิบัติอย่างไรนั้น แบ่งออกเป็น 2 กรณี คือ[334] กรณีเจ้าหน้าที่เป็นบุคคลธรรมดา ทั้งนี้ ไม่ว่าโดยฐานะของตนเองหรือในฐานะที่ตนเองเป็นผู้ทำการแทนองค์กรฝ่ายปกครองก็ตาม เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องหยุดการพิจารณาในทันทีและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่งทราบ เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาดังกล่าวมีคำสั่งว่ากรณีดังกล่าวเป็นจริงหรือไม่ และสมควรดำเนินการอย่างไร กรณีหนึ่ง และอีกกรณีหนึ่งคือ กรณีเจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ กรณีนี้ กรรมการผู้นั้นต้องแจ้งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการทราบ ซึ่งประธานกรรมการจะต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคำคัดค้านนั้น ซึ่งกรรมการที่ถูกคัดค้านจะต้องไม่อยู่ร่วมในการพิจารณาดังกล่าวด้วย โดยหากมีมติว่าเห็นควรให้กรรมการที่มีปัญหาเรื่องความเป็นกลางปฏิบัติหน้าที่ต่อไปต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการคนอื่นที่ไม่มีปัญหาดังกล่าว[335]

4.6.4.2 ความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย หรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง ที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ เช่น เป็นคู่อริหรือมีสาเหตุโกรธเคืองอย่างร้ายแรงกับคู่กรณี การที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เนื่องจาก เกรงว่าหากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วจะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ในบริเวณเดียวกันซึ่งเป็นภรรยาของตน หรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย เป็นต้น โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และหากเมื่อมีกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในก็จะต้องปฏิบัติทำนองเดียวกับกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก กล่าวคือจะต้องแจ้งผู้บังคับบัญชาหรือประธานกรรมการ แล้วแต่ประเภทของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้ดำเนินการ

---

[334] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 244-246.

[335] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น** (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 16.

พิจารณาปัญหาความไม่เป็นกลางโดยไม่ชักช้า ส่วนการพิจารณาและการสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือให้ถอนตัวก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดกรณีมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง โดยเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นมิได้ โดยศาลปกครองสูงสุดนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้กับคดี เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553[336] นางนฤมล หรือวาสนา พุทธจักร ผู้ฟ้องคดี ประธานกรรมการข้าราชการครู ที่ 1 กับพวกรวม 5 คน ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

เดิมผู้ฟ้องคดีรับราชการตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 สังกัดสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอพบพระ จังหวัดตาก ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2544 ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ โดยกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง เมื่อครั้งที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่นำอาหารเสริม (นม) ที่คณะกรรมการตรวจรับครบถ้วนแล้วไปเก็บไว้ที่บ้านพักส่วนตัว เมื่อเจ้าหน้าที่ไปเบิกอาหารเสริม (นม) ดังกล่าว ปรากฏว่าขาดหายไปจากจำนวนที่จัดซื้อจริงและเบียดบังเงินอาหารกลางวันไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองโดยมิชอบ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2543 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงผู้ฟ้องคดีนั้นเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในชั้นพิจารณาของ อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ มีทั้งหมด 9 คน แต่มีผู้เข้าร่วมประชุมเพียง 6 คน เท่านั้น ซึ่งจากการพิจารณาแล้วมีมติให้ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการด้วยคะแนน 4 ต่อ 3 เสียง โดยอนุกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนข้าราชการครู 3 คน เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีสมควรได้รับโทษลดขั้นเงินเดือน จำนวน 1 ขั้น ส่วนอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ 3 คน เห็นว่า พฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ สมควรได้รับโทษไล่ออกจากราชการ ประธานในที่ประชุมจึงต้องออกเสียงชี้ขาดอีก 1 เสียง ให้ลงโทษผู้ฟ้องคดีเป็นไล่ออกจากราชการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดย อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ได้แก้ไขวาระการประชุมครั้งที่ 7/2544 เมื่อแก้ไขแล้ว จึงรับรองการประชุมครั้งนั้น ซึ่งเป็นการไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยการฟังความข้างเดียว และผู้ฟ้องคดีมิได้มีโอกาสพิสูจน์ความผิดนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 32 ผู้ฟ้องคดีจึงได้ยื่นอุทธรณ์ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาแล้วมีมติให้ยกอุทธรณ์และรายงานผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เพื่อพิจารณาสั่งการ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 พิจารณาแล้วมีคำสั่งให้ยกอุทธรณ์ตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่ได้รับความเป็นธรรม ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการ เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ยกอุทธรณ์ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ ทั้งคืนสิทธิและหน้าที่

---

[336] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.688/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.133/2553

ตลอดจนผลประโยชน์ที่ต้องเสียไป และหากผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถรับผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการได้ ขอให้ลงโทษสถานเบา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 สังกัดสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอพบพระ จังหวัดตาก ยื่นอุทธรณ์คำสั่งลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2544 ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ กรณีโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 จัดซื้ออาหารเสริม (นม) โดยทุจริต ต่อคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) ซึ่ง อ.ก.ค. วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ กระทำการแทน ก.ค. และมีนาย ป. ในฐานะอนุกรรมการโดยตำแหน่ง ใน อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ทำหน้าที่ประธานกรรมการในที่ประชุม ในการประชุม ครั้งที่ 13/2545 มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งนาย ป. ได้เคยเป็นประธานกรรมการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยของผู้ฟ้องคดีในการประชุม อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ครั้งที่ 7/2544 มาก่อน และมีมติว่า ผู้ฟ้องคดีมีความผิดวินัยอย่างร้ายแรงโดยมีเสียงชี้ขาดของนาย ป. ในฐานะประธานกรรมการเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียง การที่นาย ป. ได้มาเป็นเจ้าหน้าที่ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องเดิมอีก อันถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่งนาย ป. ย่อมเห็นได้เองอยู่แล้วว่าตนมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว แม้จะไม่มีผู้ใดคัดค้านก็ตาม ตามมาตรา 16 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งนาย ป. สมควรจะหยุดการพิจารณาแล้วให้ผู้อื่นปฏิบัติหน้าที่แทน ย่อมเห็นได้ว่ามติให้ยกอุทธรณ์ดังกล่าวบกพร่องในสาระสำคัญ อันเป็นเหตุให้ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อข้อบกพร่องในวิธีพิจารณาทางอุทธรณ์ได้ล่วงพ้นไปจนถึงขั้นการมีมติซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องมาจากไม่ถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการ ซึ่งมีผลเท่ากับการดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อแก้ไขเยียวยาเกี่ยวกับคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการยังไม่เสร็จสิ้นไปจากหน่วยงานทางปกครอง ศาลจึงยังไม่มีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปรับวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการชอบหรือไม่ชอบ ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ การที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่าคำสั่งของ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2544 เรื่อง การลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการไม่ชอบ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547[337] นายชลอ โนรีวงศ์ ผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ประจำจังหวัดฉะเชิงเทรา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ให้เช่านา ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 2 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีได้เช่านาจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพื่อทำนาโดยไม่ได้ทำหลักฐานเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องถือว่ามีกำหนดระยะเวลาการเช่าคราวละ 6 ปี ซึ่งเริ่มฤดูกาลทำนาตั้งแต่วันที่ 1 เมษายนของทุกปี และสิ้นสุดฤดูการทำนาในวันที่ 31 มีนาคมของปีถัดไป ในขณะที่ระยะเวลาการเช่านายังไม่สิ้นสุดประธานคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำ

---

[337] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.64/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.129/2547

ตำบล ได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีว่าบุตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งได้รับมอบอำนาจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ขอให้คณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล พิจารณาการขอบอกเลิกการเช่านาดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือคัดค้านโดยอ้างว่าการบอกเลิกการเช่านาไม่เป็นไปตามกฎหมาย กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ได้บอกเลิกล่วงหน้าก่อนครบกำหนดระยะเวลาการเช่า และไม่ได้แจ้งวัตถุประสงค์ในการใช้นาพิพาทคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล ได้พิจารณาโดยเชิญผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าชี้แจงแล้ว วินิจฉัยว่าการบอกเลิกการเช่านาถูกต้องตามกฎหมายแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบลต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วมีมติเห็นชอบตามมติของคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ในฐานะกรรมการซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อพิพาทเข้าร่วมประชุมพิจารณาและลงมติด้วย จึงขอให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิเช่านาดังกล่าวต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ตามพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ มาตรา 18 วรรคสาม บัญญัติห้ามกรรมการในคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด หรือคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาท เข้าร่วมประชุมและใช้สิทธิในการพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทที่ตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียรายนั้น แต่พระราชบัญญัติดังกล่าว มิได้บัญญัติว่ามีกรณีใดบ้างที่ถือว่ากรรมการในคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม เป็นผู้มีส่วนได้เสียและต้องดำเนินการอย่างไร จึงต้องนำบทบัญญัติตามมาตรา 13 และมาตรา 15 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาใช้พิจารณาและดำเนินการในเรื่องของการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ กล่าวคือ หากกรรมการคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด หรือคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล มีกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้ (1) เป็นคู่กรณีเอง (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น ฯลฯ ย่อมถือว่ากรรมการซึ่งมีกรณีดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียและต้องห้ามมิให้เข้าร่วมประชุมตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ต้องมีการเรียกประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น หากที่ประชุมมีมติให้กรรมการผู้ถูกคัดค้านปฏิบัติหน้าที่ต่อไปด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการที่ไม่ถูกคัดค้าน กรรมการผู้นั้นหากมีกรณีดังกล่าวจึงจะมีอำนาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรรมการคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัดรายหนึ่งเป็นบุตรของผู้ให้เช่านาได้เข้าประชุมใช้สิทธิในการพิจารณาและ ลงมติในกรณีพิพาท โดยไม่ปรากฏว่ามีการประชุมเพื่อพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของกรรมการรายนั้นและไม่ปรากฏว่าที่ประชุมมีมติให้กรรมการดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ดังนั้น มติของคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด ที่เห็นชอบตามมติของคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล ว่าการบอกเลิกการเช่านาของผู้ให้เช่านาถูกต้องตามพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อหลักความเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และถือเป็นความบกพร่องในเรื่องความสามารถ

อย่างหนึ่ง แม้มติดังกล่าวจะเป็นเอกฉันท์ แต่การที่กรรมการผู้มีส่วนได้เสียเข้าร่วมประชุมด้วยอาจทำให้กรรมการอื่นเกิดความเกรงใจไม่กล้าอภิปรายแสดงความคิดเห็น อีกทั้งเกิดความลำเอียงขึ้น และอาจทำให้กระบวนการพิจารณาบิดเบือนไปในทางอื่นได้ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 บอกเลิกการเช่านาโดยไม่ถูกต้องตามมาตรา 26 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมฯ นั้น เมื่อวินิจฉัยแล้วว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น กรณีข้อโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเป็นผู้พิจารณาในชั้นการพิจารณาทบทวนอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีและมีมติโดยชอบด้วยกฎหมายในเรื่องดังกล่าวใหม่อีกครั้งหนึ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546[338] นายพิทยา ว่องกุล ผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ ที่ 1 สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) แต่ไม่ได้รับการคัดเลือกเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมฯ และมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) เสนอต่อวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภาคัดเลือก และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ดำเนินการเพื่อให้มีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และเป็นหน่วยงานธุรการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในวาระเริ่มแรกดำเนินการสรรหากรรมการ กสช. โดยขัดต่อมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กล่าวคือ กรรมการหลายคนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องทั้งทางตรงและทางอ้อมกับผู้สมัคร และได้คัดเลือกผู้สมัครที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกันทางตำแหน่งราชการ และทางธุรกิจ เป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช. ทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางและมีเหตุน่าเชื่อว่าผู้ที่ได้รับคัดเลือกหลายคนมีผลประโยชน์ส่วนตนอาจจะขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการ กสช. หากได้รับคัดเลือกจากวุฒิสภา เนื่องจากบุคคลดังกล่าวมีตำแหน่งในทางธุรกิจด้านสื่อสารมวลชน นอกจากนี้ ไม่ปรากฏว่าผู้ที่ได้รับคัดเลือกมีบุคคลใดมีประสบการณ์และความเชี่ยวชาญในกิจการท้องถิ่นตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้เคารพต่อหลักเกณฑ์ตามที่ตนเป็นผู้กำหนด จนในที่สุดกรรมการสรรหาฯ จำนวน 2 คน ไม่ ลงชื่อรับรองผลการคัดเลือกดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่คัดเลือกบุคคลจำนวน 14 คน เป็นผู้สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช.

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มีประเด็นที่ต้องพิจารณา 2 ประเด็น

ประเด็นที่ 1 คดีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ เห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

---

[338] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.20/2545 คดีหมายเลขแดงที่ อ.4/2546

แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) จัดตั้งขึ้นตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ ทำหน้าที่คัดเลือกบุคคลจำนวน 14 คน เพื่อเสนอรายชื่อต่อรัฐสภาเป็นกรรมการ กสช. ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การดำเนินงานของคณะกรรมการสรรหาใช้สถานที่ อุปกรณ์เครื่องใช้ตลอดจนค่าใช้จ่ายของรัฐบาล การดำเนินงานคัดเลือกคณะกรรมการ กสช. จึงอยู่ในความดูแลและดำเนินการของรัฐบาล มติของคณะกรรมการสรรหาฯ เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกและไม่ได้รับการคัดเลือก คณะกรรมการสรรหาฯ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ กำหนดให้อำนาจในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลก่อนเสนอวุฒิสภา เป็นอำนาจและความรับผิดชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 วุฒิสภาคงมีอำนาจพิจารณาเลือกหรือไม่เลือกบุคคลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอเท่านั้น ขั้นตอนการพิจารณาและมีมติของคณะกรรมการสรรหาฯ จึงแยกจากขั้นตอนการพิจารณาเลือกกรรมการ กสช. ของวุฒิสภา และไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของวุฒิสภา มติของคณะกรรมการสรรหาฯ เป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้สมัครที่ไม่ได้รับการคัดเลือก ผู้สมัครที่ไม่ได้รับคัดเลือกจึงมีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองได้ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ การที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวหาว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการสรรหาบุคคลเพื่อเสนอรายชื่อต่อวุฒิสภาไม่ชอบตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ประเด็นที่ 2 มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่คัดเลือกผู้สมัคร 14 คน เป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช. เพื่อเสนอต่อวุฒิสภา ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีส่วนได้เสียหรือมีผลประโยชน์กับเรื่องที่พิจารณา หรือมีความสัมพันธ์กับบุคคลที่เกี่ยวข้องในการพิจารณา ซึ่งทำให้เห็นว่าการพิจารณาหรือสั่งการในเรื่องนั้นไม่เป็นกลางผู้นั้นขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิจารณาหรือสั่งการในเรื่องนั้น ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่ากรณีของพลโท สุนทรฯ กรรมการสรรหาฯ ที่เป็นผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์ในขณะพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครกรรมการ กสช. มีตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก เป็นผู้ถือหุ้นและเป็นกรรมการในบริษัท ททบ. 5 เรดิโอ จำกัด และบริษัทอื่นอีก 4 บริษัท ซึ่งทำธุรกิจด้านการกระจายเสียงและกิจการวิทยุโทรทัศน์กับสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก การคัดเลือกผู้สมัคร กสช. ของกรรมการสรรหาฯ ดังกล่าวมิได้กระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ แต่กระทำในฐานะผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์ อยู่ในฐานะตัวแทนของสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก เป็นผู้ถือหุ้นและเป็นกรรมการในบริษัทที่ทำธุรกิจกับสถานีวิทยุกองทัพบกทั้ง 5 แห่ง เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้สมัครที่ได้รับเลือก คือ พลเอก ธงชัยฯ มีตำแหน่งเป็นประธานที่ปรึกษาผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก และ รศ. สุพัตราฯ มีตำแหน่งเป็นกรรมการบริษัท ททบ. 5 เรดิโอ จำกัด หากบุคคลทั้งสองได้รับเลือกให้เป็นกรรมการ กสช. ย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจที่พลโท สุนทรฯ เป็นตัวแทน กรณีจึงถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครดังกล่าวขัดต่อหลักความเป็นกลาง ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

ทางปกครองฯ ส่วนข้ออุทธรณ์ที่ว่าพลโท สุนทรฯ กระทำหน้าที่ตามที่กองทัพบกมอบหมายตามตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นข้อเท็จจริงที่มิได้ยกขึ้นว่ากันมาแล้วโดยชอบในศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดจึงมิอาจยกข้อเท็จจริงดังกล่าวขึ้นพิจารณาได้ตามข้อ 101 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

สำหรับนายฉัตรชัยฯ กรรมการสรรหาฯ ที่เป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการโทรทัศน์ ขณะเดียวกันก็เป็นลูกจ้างของบริษัท บีอีซี เวิล์ด จำกัด (มหาชน) ซึ่งดำเนินกิจการเกี่ยวข้องกับธุรกิจดำเนินการออกอากาศและสื่อโฆษณา การจัดหาและผลิตรายการโทรทัศน์ เช่นเดียวกับนายอรุณฯ ผู้ได้รับคัดเลือกให้เป็นบุคคลที่สมควรเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. ส่วนนายอุดมฯ ผู้ได้รับการคัดเลือกฯ อีกผู้หนึ่งก็เป็นลูกจ้างของ บริษัท บางกอกเอ็นเตอร์เทนเม้นท์ จำกัด และเป็นกรรมการบริษัท แซทเทิลไลท์ ทีวี บรอดคาสติ้ง จำกัด บริษัททั้งสองเป็นบริษัทย่อยของบริษัท บีอีซี เวิล์ด จำกัด (มหาชน) บุคคลทั้งสามจึงมีตำแหน่งเป็นผู้ประกอบอาชีพที่มีส่วนได้เสียร่วมกัน โดยตรงในธุรกิจด้านสื่อสารมวลชน จึงถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณามีมติคัดเลือกผู้สมัครดังกล่าวขัดต่อหลักความเป็นกลาง โดยในการประชุมพิจารณาของคณะกรรมการสรรหาฯ ที่ประชุมทราบว่ามีกลุ่มองค์กรภาคประชาชนขอให้ทบทวนกระบวนการสรรหาฯ แม้กลุ่มองค์กรภาคประชาชนจะไม่ได้เป็นคู่กรณีในการพิจารณาทางปกครอง แต่ก็มีสิทธิตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทราบปัญหาเรื่องกรรมการสรรหาฯ บางคนมีส่วนได้เสียกับผู้สมัครแล้ว จึงเป็นกรณีตามมาตรา 16 วรรคสอง (2) จะต้องหยุดการพิจารณา และคณะกรรมการสรรหาฯ จะต้องมีมติว่า กรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางทั้งสองจะมีอำนาจพิจารณาทางปกครองหรือไม่ ตามมาตรา 16 วรรคสอง (3) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ดังกล่าว ย่อมส่งผลให้การพิจารณาทางปกครองของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอันเป็นสาระสำคัญในการพิจารณาออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และแม้กรรมการสรรหาฯ เพียงสองคนมีปัญหาเรื่องความไม่เป็นกลาง แต่เนื่องจากการพิจารณาคัดเลือก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มิได้มีมติคัดเลือกเป็นรายบุคคล แต่กำหนดให้กรรมการสรรหาฯ แต่ละคนลงคะแนนเลือกผู้สมัครพร้อมกันทั้ง 14 คน ในคราวเดียวกัน เมื่อกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุความไม่เป็นกลางได้ลงมติเลือกผู้สมัคร และคณะกรรมการสรรหาฯ มิได้ปฏิบัติตามมาตรา 16 วรรคสอง (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และมิได้แยกมติของกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางกับผู้สมัครที่มีส่วนได้เสียออก แต่ได้ถือเอาผลคะแนนรวมของกรรมการทุกคนในการคัดเลือกผู้สมัครจำนวน 14 คน เป็นมติของกรรมการการสรรหาฯ ย่อมมีผลให้มติของคณะกรรมการสรรหาฯ ในการคัดเลือกผู้สมัครทั้ง 14 คน ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

4.6.5 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้

บริการสาธารณะ (Public Service) หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนวยการ หรือในความควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน[339] ซึ่งจากความหมายของบริการสาธารณะ อาจแยกลักษณะสำคัญออกเป็น 5 ประการ[340] คือ

1. บริการสาธารณะเป็นกิจการที่อยู่ในความอำนวยการ หรือในความควบคุมฝ่ายปกครอง การอำนวยการ หมายถึง การเข้าทำกิจการเอง โดยเข้าไปบังคับบัญชาสั่งการให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่และกำกับดูแลรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ โดยผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาอย่างเต็มที่ ส่วนการควบคุม หมายถึง การกำกับดูแลกิจการที่ผู้อื่นมีอำนาจหน้าที่ที่จะทำได้โดยอิสระ โดยมิได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการแต่คอยดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่อย่างครบถ้วนถูกต้องเท่านั้น

2. บริการสาธารณะต้องมีวัตถุประสงค์ในการสนองความต้องการส่วนรวมขอประชาชน ซึ่งความต้องการส่วนรวมของประชาชน ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ความต้องการได้รับความปลอดภัย และความต้องการได้รับความสะดวกสบายในการดำรงชีวิต

3. การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย ในการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการความต้องการของประชาชน

4. บริการสาธารณะจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและโดยสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก บริการสาธารณะจะต้องดำเนินการอยู่เป็นนิจและโดยสม่ำเสมอไม่มีการหยุดชะงัก ถ้าบริการสาธารณะต้องหยุดชะงักไม่ว่าด้วยประการใด ๆ ประชาชนย่อมได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหาย ซึ่งหากมีผู้ใดมาทำให้บริการสาธารณะต้องหยุดชะงักฝ่ายปกครองก็มีอำนาจที่จะปราบปรามได้

5. เอกชนย่อมได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน บริการสาธารณะมิได้จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะแต่จัดทำขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนโดย เสมอหน้ากัน ดังนั้น เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองย่อมมีสิทธิที่จะได้รับผลปฏิบัติ หรือประโยชน์จากบริการสาธารณะเท่าเทียมกัน

หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้จัดเป็นลักษณะประการสำคัญของกิจการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยการจัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องปรับปรุง เปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวปรับใช้กับคดี เช่น

---

[339] ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 108.

[340] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 110-115.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556[341] กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี นายสุรพล หรือสุธีรัชต์ พิเชฐอนันต์ หรือลิ่มรัชชพงศ์ ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่อำเภอสะเดา จังหวัดสงขลา พ.ศ. 2543 เนื่องจากมีความจำเป็นจะต้องสร้างและขยายถนนสาย ก ตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา ในท้องที่อำเภอสะเดา จังหวัดสงขลา เพื่ออำนวยความสะดวกและความรวดเร็วแก่การจราจรและการขนส่ง อันเป็นกิจการสาธารณูปโภค ทำให้ที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดี และสิ่งปลูกสร้างตึกแถวคอนกรีต 4 ชั้น 2 คูหา ของผู้ถูกฟ้องคดีถูกเวนคืนบางส่วน กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีได้ทำบันทึกข้อตกลงกับผู้ถูกฟ้องคดีว่าจะจ่ายเงินค่าทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็น 2 งวด โดยงวดที่ 1 จ่ายร้อยละ 75 ของเงินค่าทดแทนทั้งหมด และงวดที่ 2 จ่ายส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 25 เมื่อกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีได้รับหลักฐานแสดงการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินที่ถูกเวนคืน และผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการรื้อถอนโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างออกไปจากที่ดินที่ถูกเวนคืนแล้ว เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างงวดที่ 1จากกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีแล้ว ยังได้อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมของเงินค่าทดแทนเพิ่ม และได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีจ่ายเงินทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนเพิ่มขึ้น และให้เวนคืนอาคารส่วนที่เหลือของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลโดยไม่ยอมจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ถูกเวนคืนให้กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ไม่ยอมรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง และไม่ยอมให้กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว เป็นการปฏิบัติผิดเงื่อนไขข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนที่ทำไว้กับกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ทำให้การก่อสร้างและขยายถนนล่าช้า ไม่สามารถใช้งานได้ตามวัตถุประสงค์ และกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีจึงได้แก้ไขปรับปรุงรูปแบบการก่อสร้างใหม่เพื่อหลีกเลี่ยงการเวนคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี ทำให้ไม่ต้องเวนคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้น เมื่อไม่มีการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนเงินค่าทดแทนและสิ่งปลูกสร้างที่ได้รับไปแล้วให้แก่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉยไม่ยอมนำเงินมาชำระคืนจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า จากบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน และการที่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีแก้ไขรูปแบบการก่อสร้างถนนใหม่ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องเวนคืนที่ดินและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี อันมีผลเป็นการยกเลิกสัญญาตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนดังกล่าวได้หรือไม่ ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ในการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องรื้อถอนโรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นออกไปจากที่ดินที่ถูกเวนคืนภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้ลงนามในสัญญา ต่อเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีไม่ดำเนินการ กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี

---

[341] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.1113/2553 คดีหมายเลขแดงที่ อ.363/2556

จึงจะเข้ารื้อถอนสิ่งปลูกสร้างได้เองโดยผู้ถูกฟ้องคดีต้องให้ความยินยอมในการเข้า รื้อถอนและต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า หลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างงวดที่ 1 ไปแล้ว และผู้ถูกฟ้องคดีได้อุทธรณ์เงินค่าทดแทนดังกล่าวต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม และได้ยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองสงขลา โดยขอให้กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีจ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินที่ถูกเวนคืนเพิ่มขึ้น และให้กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีเวนคืนอาคารส่วนที่เหลือของผู้ถูกฟ้องคดี และขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดีไว้ก่อน หรือให้มีการเวนคืนอาคารส่วนที่เหลือเสียก่อน จากกรณีข้างต้น เจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีที่รับผิดชอบตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา จังหวัดสงขลา ไม่แล้วเสร็จตามกำหนด เนื่องจากไม่อาจส่งมอบพื้นที่การก่อสร้างในส่วนที่มีปัญหาให้กับผู้รับจ้างได้ ดังนั้น เพื่อให้งานก่อสร้างโครงการแล้วเสร็จโดยเร็ว จึงเห็นควรปรับลดรูปแบบบริเวณที่มีปัญหาดังกล่าว ซึ่งอธิบดีกรมทางหลวงชนบทได้อนุมัติให้ดำเนินการตามที่เจ้าหน้าที่เสนอ จึงเห็นว่า การที่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีต้องทำการแก้ไขรูปแบบการก่อสร้างถนนใหม่เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องเวนคืนที่ดินและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นผลมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยอมไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี และไม่ยอมรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ถูกเวนคืนภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้ลงนามในบันทึกข้อตกลงทั้งยังฟ้องคดีต่อศาล และมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดีไว้ก่อนการพิพากษา อันเป็นพฤติการณ์ที่แสดงว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญา หรือตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทน ซึ่งเหตุขัดข้องดังกล่าวทำให้งานก่อสร้างถนนสาย ก ตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา จังหวัดสงขลา ของกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีไม่แล้วเสร็จตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างผู้รับเหมาก่อสร้างจนต้องขยายเวลาก่อสร้างไปอีก 90 วัน ซึ่งมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี จึงสามารถยกเลิกสัญญาตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน ระหว่างกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ เพราะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญาและการยกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวได้แม้ว่าตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนดังกล่าวจะไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาไว้ก็ตาม

และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552[342] นายวินิจ อึงรัตนากร ผู้ฟ้องคดี องค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กับนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดสตูล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้บริหารท่าเทียบเรือตำมะลังแทนในฐานะผู้เช่าช่วงโดยได้ทำบันทึกข้อตกลง ระบุว่า ผู้ฟ้องคดีต้องบริหารจัดการท่าเทียบเรือให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในบันทึกข้อตกลงนี้ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิยกเลิกบันทึกข้อตกลงนี้ได้หาก

---

[342] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.3/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.292/2552

ผู้ฟ้องคดีละเมิดเงื่อนไขแห่งข้อตกลง เมื่อผู้ฟ้องคดีได้เข้าบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังแล้ว ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้รับหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แจ้งบอกเลิกข้อตกลงการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังและให้ผู้ฟ้องคดีส่งมอบท่าเทียบเรือตำมะลังคืน โดยให้เหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงแต่เพียงว่าทางคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือตำมะลัง ได้ประชุมเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2547 มีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้าเป็นผู้ดำเนินการเอง โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่เคยแจ้งเตือนว่าผู้ฟ้องคดีได้ละเมิดเงื่อนไขข้อตกลงข้อใด หรือไม่อาจบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังให้มีประสิทธิภาพเป็นประการใด นอกจากนี้ ข้อเท็จจริงที่หยิบยกขึ้นอภิปรายในที่ประชุมคณะกรรมการฯ และมีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้าบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังเองนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่รับฟังจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ฝ่ายเดียว โดยที่ผู้ฟ้องคดีไม่มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงแก้ข้อกล่าวหา เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับเชิญให้เข้าร่วมประชุมในวันดังกล่าว และเป็นเรื่องที่ไม่ได้ปฏิบัติตามบันทึกข้อตกลง ข้อ 1.3 เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำมติที่ประชุมคณะกรรมการฯ ซึ่งไม่มีผลบังคับตามกฎหมายไปอ้างเป็นเหตุบอกเลิกสัญญากับผู้ฟ้องคดี ย่อมส่งผลให้การบอกเลิกสัญญาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้แจ้งบอกเลิกบันทึกข้อตกลงที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีได้ลงทุนเป็นจำนวนเงินไม่ต่ำกว่า 800,000 บาท และขาดสิทธิประโยชน์อันพึงจะได้รับจากการเข้าบริหารกิจการท่าเทียบเรือตามบันทึกข้อตกลง ขอให้ศาลมีคำพิพากษายกเลิกหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2547 และให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิในการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังตามเดิมต่อไป

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า บันทึกข้อตกลงการจัดการบริหารและดำเนินกิจการ ท่าเทียบเรือตำมะลังเป็นการชั่วคราว ระหว่าง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดี ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2546 ตามข้อ 1.3 (ก) นั้น แม้เป็นเรื่องอายุของข้อตกลง โดยได้กำหนดเงื่อนไขการสิ้นสุดอายุของข้อตกลงไว้ 2 กรณี คือ กรณีแรก ข้อตกลงมีผลจนกว่ากรมธนารักษ์จะได้ตัวผู้เช่าช่วงท่าเทียบเรือตำมะลังเรียบร้อยแล้ว และกรณีที่สอง ข้อตกลงมีผลจนกว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แจ้งบอกเลิกข้อตกลงบริหารท่าเรือเป็นการชั่วคราว จึงเห็นว่า เงื่อนไขที่กำหนดให้อายุของข้อตกลงสิ้นสุดในกรณีที่สองนี้ ได้แสดงให้เห็นถึงสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่จะบอกเลิกข้อตกลงได้แต่ฝ่ายเดียวและเป็นผลให้ข้อตกลงสิ้นสุดลง โดยมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาจแจ้งเลิกข้อตกลงเมื่อใดก็ได้ โดยที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ประพฤติผิดข้อตกลง โดยที่บันทึกข้อตกลงที่พิพาทนี้เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะหน่วยงานทางปกครองตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการให้บริการท่าเทียบเรือ บันทึกข้อตกลงที่พิพาทจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ตามนิยามของบทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น ข้อความในข้อ 1.3 (ก) ที่กล่าวถึงสิทธิแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลัง โดยผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้ทั้งสิ้น และมิได้กำหนดเงื่อนไข ใด ๆ ในการแจ้งเลิกข้อตกลงไว้ จึงเป็นกรณีที่คู่สัญญาได้รับรองถึงการให้เอกสิทธิ์แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะคู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะยกเลิกสัญญาได้ฝ่ายเดียว โดยที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพฤติผิดสัญญา ในส่วนสิทธิการบอกเลิกข้อตกลงตามข้อ 5.3 และข้อ 5.4 ของบันทึกข้อตกลงที่พิพาท เห็นได้ว่า เป็นข้อสัญญาที่ให้สิทธิผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 บอกเลิกสัญญาได้เมื่อผู้ฟ้องคดีปฏิบัติผิดเงื่อนไขของบันทึกข้อตกลง ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายของสัญญาทั่ว ๆ ไป ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีสิทธิ

บอกเลิกสัญญาเมื่ออีกฝ่ายหนึ่งประพฤติผิดสัญญา เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีหนังสือลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2547 แจ้งบอกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือตำมะลังไปยังผู้ฟ้องคดี โดยมิได้ระบุในหนังสือดังกล่าวว่าเป็นการบอกเลิกข้อตกลงตามเงื่อนไขในข้อใด แต่ได้อ้างเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงว่า คณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือตำมะลังได้มีมติในการประชุมเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2547 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ดำเนินการบริหารท่าเทียบเรือ ตำมะลังเอง และเมื่อได้พิจารณารายงานการประชุมของคณะกรรมการฯ ดังกล่าวที่ประชุมเห็นว่า ค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และกรมธนารักษ์เป็นอัตราที่ต่ำมากและไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง ทั้งยังมีปัญหาการบริหารจัดการที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ตลอดจนไม่มีการบริหารจัดการที่ดีและเหมาะสม ดังนั้น จึงมีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เข้าบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังเอง เห็นได้ว่า ทั้งหนังสือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่แจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังดังกล่าว หรือตามรายงานการประชุมของคณะกรรมการฯ มิได้ระบุว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำผิดเงื่อนไขของบันทึกข้อตกลงที่จะถือว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีสิทธิบอกเลิกข้อตกลงได้ตามข้อ 5.3 ข้อ 5.4 ดังที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง นอกจากนี้ ผู้รับมอบอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มาชี้แจงยืนยันต่อศาลเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2548 ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2547 แจ้งบอกเลิกการบริหารท่าเทียบเรือตำมะลังไปยังผู้ฟ้องคดี เป็นการบอกเลิกข้อตกลงตามข้อ 1.3 (ก) ของบันทึกข้อตกลงที่พิพาท กรณีจึงถือว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แจ้งเลิกข้อตกลงตามข้อ 1.3 (ก) ของบันทึกข้อตกลงที่พิพาท และโดยที่การใช้ เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง โดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพฤติผิดสัญญานั้น เป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งหมายถึง บริการสาธารณะที่ได้จัดทำขึ้นสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้เอกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญาได้ฝ่ายเดียว รวมไปถึงการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา ดังนั้น ในการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะกระทำได้ก็ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น เมื่อได้พิจารณาถึงเหตุผลที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้แจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังแล้วเห็นว่า โดยที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้อ้างมติที่ประชุมคณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือตำมะลังในการประชุมเมื่อวันที่ 28 มิถุนายน 2547 จึงต้องนำเหตุผลตามมติที่ประชุมดังกล่าวมาประกอบในการพิจารณา โดยที่ประชุมคณะกรรมการฯ เห็นว่าค่าตอบแทนที่ผู้ฟ้องคดีให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และกรมธนารักษ์เป็นอัตราที่ต่ำมาก และไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับรายได้ที่แท้จริง ทั้งยังมีปัญหาการบริหารจัดการที่ไม่เป็นธรรมกับผู้ประกอบการรายอื่น ๆ ตลอดจนไม่มีการบริหารจัดการด้านต่าง ๆ ที่ดี ประกอบกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ชี้แจงในที่ประชุมว่า ได้ตั้งเป้าหมายด้านการท่องเที่ยวไว้ว่าจะพยายามเพิ่มนักท่องเที่ยวให้ได้จำนวนหนึ่งล้านคนต่อปี ประกอบกับได้เสนอโครงการต่อนายกรัฐมนตรี ของบประมาณมาปรับปรุงบริเวณท่าเทียบเรือตำมะลังแล้วจำนวนสามล้านบาท ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงจะเข้าบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังเอง พิจารณาเหตุผลดังกล่าวแล้ว เห็นว่าท่าเทียบเรือตำมะลังจัดสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้เป็นบริการสาธารณะเกี่ยวกับการให้บริการด้าน

การคมนาคม การท่องเที่ยว โดยเงินงบประมาณของรัฐ การที่คณะกรรมการกำหนดเงื่อนไขการประมูลจัดให้เช่าท่าเทียบเรือตำมะลังซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากส่วนราชการต่าง ๆ ที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาแก่ผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีสถานะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของผู้ว่าราชการจังหวัดสตูล ได้มอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เข้าร่วมในการประชุมครั้งดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้มีการปรึกษาหารือเกี่ยวกับการบริหารจัดการบริการสาธารณะท่าเทียบเรือตำมะลัง ซึ่งได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาอุปสรรคในการบริหารจัดการท่าเทียบเรือดังกล่าวในด้านต่าง ๆ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ที่จัดให้มีขึ้นและคุ้มค่ากับการใช้จ่ายเงินประมาณของรัฐมากที่สุด จึงเป็นเหตุผลในการบอกเลิกข้อตกลงที่พิพาทที่เป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะเข้าดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะด้วยตนเอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว อันเป็นไปตามบันทึกข้อตกลงที่พิพาทข้อ 1.3 (ก) ดังนั้น การแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังชั่วคราวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามหนังสือลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2547 จึงเป็นไปโดยชอบด้วยบันทึกข้อตกลงที่พิพาทแล้ว อย่างไรก็ดี ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองจำต้องชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากยกเลิกสัญญาให้แก่คู่สัญญาฝ่ายเอกชน ทั้งนี้เพราะการเลิกสัญญาดังกล่าวคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้เป็นผู้ประพฤติผิดสัญญา ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 391 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม และตามบันทึกข้อตกลงพิพาท ข้อ 4.4 (ค) กำหนดว่า ผู้ดำเนินการท่าเทียบเรือจะต้องจัดหาอุปกรณ์ เครื่องมือเครื่องใช้ ที่จำเป็นและความต้องการในการประกอบกิจการเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่มี ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดซื้อวัสดุ ครุภัณฑ์ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการเมื่อได้มีการเลิกสัญญาแล้ว ผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาจึงกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมมีสิทธิได้คืนซึ่งอุปกรณ์ เครื่องมือ เครื่องใช้ที่จำเป็นแก่การบริหารจัดการนอกเหนือจากที่ได้รับมอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายในคำฟ้องว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีรายการใดบ้าง หรือคิดค่าเสียหายในส่วนนี้เป็นจำนวนเงินเท่าใด รวมทั้งมิได้มีคำขอให้ชดใช้ค่าเสียหายในส่วนนี้ ศาลจึงมิอาจกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ ในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้รับความเสียหายเนื่องจากได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงต่อเติมอาคารท่าเทียบเรือ โดยผู้ฟ้องคดีได้ให้เช่าสถานที่จำหน่ายอาหาร ร้านจำหน่ายของที่ระลึก เป็นต้นนั้น เห็นว่า ในการให้บริการท่าเทียบเรือตามบันทึกข้อตกลงนั้น กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีรายได้จากการคิดค่าบริการแก่ผู้ใช้ท่าเทียบเรือในการใช้บริการ และสิ่งอำนวยความสะดวกในท่าเทียบเรือตามบันทึกข้อตกลงใน ข้อ 3.1 (ค) เท่านั้น ประกอบกับตามบันทึกข้อตกลงที่พิพาทมิได้มีข้อกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องทำการปรับปรุงต่อเติมอาคารท่าเทียบเรือ และมิได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่จัดทำร้านจำหน่ายอาหาร ร้านจำหน่ายของที่ระลึก ในบริเวณท่าเทียบเรือแต่อย่างใด ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้ลงทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการจัดจ้างทำการปรับปรุงต่อเติมบริเวณอาคารท่าเทียบเรือ จึงเป็นการกระทำที่ไม่มีสิทธิโดยชอบตามบันทึกข้อตกลงที่พิพาท และเป็นการเสี่ยงภัยเพื่อผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีเอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิได้รับค่าเสียหายในส่วนนี้ ดังนั้น

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงไม่จำต้องชดใช้ค่าทดแทนความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีอันเกิดจากการแจ้งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือตำมะลังชั่วคราวตามบันทึกข้อตกลงที่พิพาทแต่อย่างใด

4.6.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตย มีบทบาทในฐานะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ รวมถึงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป[343] หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทยมีที่มาอย่างไรนั้น หากพิจารณาย้อนหลังไปในสมัยที่ประเทศไทยยังมีการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กล่าวคือ ตั้งแต่สมัยกรุงสุโขทัยจนกระทั่งถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การปกครองในขณะนั้นเป็นการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศ ซึ่งพระมหากษัตรย์จะทรงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด และสามารถใช้อำนาจนั้นได้อย่างเด็ดขาดในทุก ๆ เรื่อง ทุกสิ่งที่พระมหากษัตริย์ตรัสออกมาจะมีผลเป็นกฎหมายทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมีผลต่อสิ่งที่ได้เกิดขึ้นแล้วในอดีต ปัจจุบัน หรือสิ่งที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตก็ตาม ดังที่มีพระหัตถเลขาของรัชกาลที่ 5 ซึ่งได้ทรงพระนิพนธ์ไว้ว่า “อันพระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดินสยามนี้ ยิ่งใหญ่ไพศาลหาที่สุดมิได้ จะออกกฎหมายใด ทำการใด ก็เป็นอันว่าสำเร็จเด็ดขาดไปด้วยพระบรมเดชานุภาพนั้น”[344] ดังจะเห็นได้ว่า การปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไม่มีการยอมรับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังได้ถูกนำมาบัญญัติและบังคับใช้เป็นครั้งแรกในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 มาตรา 7 โดยกำหนดว่า บุคคลควรรับอาญาต่อเมื่อมันได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ แต่เนื่องจากระบบศาลของประเทศไทยก่อนมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 นั้นมีความล้าหลัง ทำให้คนต่างชาติไม่มีความเชื่อมั่นต่อกฎหมายและระบบศาลของไทย ดังนั้น คนต่างชาติจึงไม่ยอมขึ้นศาลไทย โดยเรียกร้องขอขึ้นศาลพิเศษที่เรียกว่า ศาลกงศุล ที่ประกอบด้วย ผู้พิพากษาของประเทศนั้น ๆ เป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีความผิดของคนสัญชาติตน สภาพการณ์เช่นนี้เรียกว่าสิทธิสภาพนอกอาณาเขต (Extraterritorial Right) ทางศาล ซึ่งมีผลทำให้ประเทศไทยต้องพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายให้ทันสมัยเพื่อให้นานาประเทศยอมรับ และเป็นการเรียกร้องเอกราชทางศาลของไทยกลับคืนดังเดิม ในการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวประเทศไทยได้มีการรับแบบแผนและแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศ โดยหลักความไม่มีผลย้อนหลังก็เป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักหนึ่งที่เป็นแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศซึ่งประเทศไทยยอมรับเข้ามาด้วย ซึ่งต่อมาหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

---

[343]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 31.

[344]จิตติ ติงศภัทิย์, อมร จันทรสมบูรณ์ และวิษณุ เครืองาม, “กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง,” **วารสารกฎหมาย** 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520): 210.

พ.ศ. 2539 มาตรา 42[345] โดยบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

หลักความไม่มีผลย้อนหลัง เป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว ซึ่งการมีผลย้อนหลังของกฎหมายอาจพิจารณาได้เป็น 2 กรณี[346] คือ

กรณีแรก การมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย (die echte Rueckwirkung) หรือเรียกว่า การมีผลย้อนหลังในผลของกฎหมาย (Rueckwirkung von Rechtsfolgen) เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้ว และกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว เช่น การเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญโดยให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ ย่อมหมายถึง การที่ผู้รับบำนาญจะมีสิทธิได้รับเงินบำนาญเพิ่มขึ้นในช่วงเวลาที่ผ่านพ้นไปแล้วตามที่กฎหมายนั้นให้มีผลย้อนหลังไปถึง

กรณีที่สอง การมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ (die unechte Rueckwirkung) เป็นกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมิได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต เช่น ในกรณีของการเพิ่มอัตราเบี้ยบำนาญสำหรับผู้มีสิทธิได้รับบำนาญ ให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้แล้วจะมีผลนับจากวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับไปในอนาคต

การมีผลย้อนหลังในกรณีทั้งสองข้างต้น หากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องย่อมไม่มีข้อห้ามแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดภาระ หรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังในกรณีนี้ย่อมต้องมีขอบเขตตามหลักของหลักความแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheitsgrundsatz) ซึ่งเป็นหลักการที่หลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนในการใช้กฎหมาย โดยหลักดังกล่าวเรียกร้องว่า การบัญญัติกฎหมายต้องมีความแน่นอนเพียงพอที่จะทำให้บุคคลในสังคมสามารถทราบได้ว่า หากกระทำการใดแล้วการกระทำของตนจะไม่เป็นการละเมิดบทบัญญัติของกฎหมาย กับหลักการคุ้มครองความสุจริต (Grundsatz der Vertraunsschutzes) ซึ่งหลักดังกล่าวเรียกร้องต่อฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง (die begruenstigende Verwaltungsakte) โดยการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่

---

[345]มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ พ.ศ. 2539

คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น

เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นผลลง ให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นผลของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้

[346]Ekkehart Stein, **Staatsrecht**, 14 Aufl. (Tuebingen: N.p., 1993), s. 164 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 27.

ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ถ้าผู้รับคำสั่งทางปกครองเชื่อโดยสุจริตว่า คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะในเรื่องนั้น ๆ แล้ว ให้นำหลักความคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองมาใช้เพื่อคุ้มครองบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว[347] โดยที่หลักความแน่นอนของกฎหมาย และหลักการคุ้มครองความสุจริตก็มิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง ยกเว้น การมีผลย้อนหลังไปเป็นโทษในทางกฎหมายอาญา ซึ่งต้องนำมาใช้อย่างเคร่งครัด ส่วนในขอบเขตของกฎหมายอื่น ๆ นั้น หากเป็นกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ ต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะ แต่ในกรณีการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างขอบเขตของการคุ้มครองความสุจริต กับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการจะมุ่งคุ้มครอง ซึ่งจะต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่า ในทั้งสองกรณีประชาชนเชื่อโดยสุจริตถึงความสมบูรณ์อยู่ของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่[348] โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.83/2552[349] บริษัท แกรนด์เฮ้าส์ อุดร(1995) จำกัด ผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ที่ 2 ผู้ว่าราชการจังหวัดอุดรธานี ที่ 3 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด ประกอบธุรกิจประเภทกิจการโรงแรม ใช้ชื่อทางการค้าว่า โรงแรมต้นคูณ ตั้งอยู่ที่อำเภอเมืองอุดรธานี จังหวัดอุดรธานี โดยมีอาคารที่ใช้ประกอบกิจการจำนวน 2 อาคาร ซึ่งอาคารที่ 1 ใช้เป็นห้องพัก ห้องอาหาร และอื่น ๆ ส่วนอาคารที่ 2 เป็นอาคาร 8 ชั้น ใช้ประกอบกิจการสถานบันเทิงคาราโอเกะและเบียร์ลอยฟ้า ต่อมา ประมาณปี พ.ศ. 2543 ผู้ฟ้องคดีได้ขออนุญาตเปิดกิจการนวดแผนโบราณในอาคารที่ 2 โดยใช้ชื่อว่า “ต้นคูณนวดแผนโบราณ” และได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ จากเทศบาลนครอุดรธานี ซึ่งมีการต่ออายุใบอนุญาตเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ต่อมา เมื่อวันที่ 16 กรกฎาคม 2547 ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอใบรับรองมาตรฐานสถานประกอบการเพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยต่อสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดอุดรธานี คณะกรรมการตรวจและประเมินมาตรฐานสถานประกอบการประจำจังหวัดอุดรธานีได้ไปตรวจสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพของผู้ฟ้องคดีเพื่อประกอบคำขอใบรับรอง โดยคณะกรรมการฯ มีมติไม่ออกใบรับรองมาตรฐานสถานประกอบการให้แก่ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากมีกิจการสถานบริการรวมอยู่ในอาคารเดียวกัน แม้จะแบ่งสถานที่ได้ชัดเจนพื้นที่การให้บริการคนละชั้น ซึ่งเป็นชั้นติดกัน ก็ถือได้ว่ามีพื้นที่สถานประกอบการติดต่อกับสถานบริการตาม

---

[347] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 26.

[348] Konrad Hesse, **Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 19 Aufl. (Heidelberg: N.p., 1993), s. 206 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 27.

[349] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.296/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.83/2552

กฎหมายว่าด้วยสถานบริการ ซึ่งขัดกับข้อ 10(2) และ (3) ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพ หรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่การบริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงมีหนังสือแจ้งมติดังกล่าวต่อผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวแต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีคำสั่งยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจและประเมินมาตรฐานสถานประกอบการประจำจังหวัดอุดรธานี และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้กับผู้ฟ้องคดีเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามและหรือผู้ถูกฟ้องคดีคนใดคนหนึ่งที่มีอำนาจดำเนินการออกใบรับรองสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพ ตามที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอ ขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ที่ไม่ออกใบรับรองสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพให้แก่ผู้ฟ้องคดีและเพิกถอนประกาศกระทรวงสาธารณสุขดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง กำหนดสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวย มาตรฐานของสถานที่การบริการ ผู้ให้บริการ หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบเพื่อการรับรองให้เป็นไปตามมาตรฐานสำหรับสถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มีวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะแยกสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพซึ่งเป็นกิจการที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ออกจากกันอย่างชัดเจนมิให้มีพื้นที่ติดต่อกันกับสถานบริการไม่ว่าจะเป็นพื้นที่ติดต่อกันในระดับแนวราบหรือแม้แต่เป็นพื้นที่ที่อยู่ในอาคารเดียวกัน เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า สถานประกอบกิจการนวดเพื่อสุขภาพของผู้ฟ้องคดีตั้งอยู่ในอาคาร 8 ชั้น ซึ่งเป็นอาคารเดียวกันกับสถานบริการตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งขัดกับมาตรฐานสถานที่ตั้งของสถานประกอบกิจการนวดเพื่อสุขภาพตามข้อ 10(2) และ (3) ของประกาศกระทรวงสาธารณสุขดังกล่าว แม้ผู้ฟ้องคดีจะอ้างว่าได้ดำเนินกิจการนวดแผนโบราณมาก่อนที่จะมีการบังคับใช้ประกาศดังกล่าว แต่ก็เป็นการขออนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพตามเทศบัญญัตินครอุดรธานี เรื่อง การควบคุมกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ พ.ศ. 2539 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 วัตถุประสงค์ของการขออนุญาตประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพกับการออกใบรับรองมาตรฐานสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ประกอบกับตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 บัญญัติให้สถานที่เพื่อสุขภาพหรือเพื่อเสริมสวยตามที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตาม (ข) ใน (3) ของบทนิยามคำว่า “สถานบริการ” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ ที่ตั้งขึ้นก่อนหรือในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับต้องมีลักษณะของสถานที่ การบริการ หรือผู้ให้บริการเป็นไปตามมาตรฐานที่กระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ จึงเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดหรืออนุโลมให้สถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพที่ตั้งขึ้นก่อนหรือตั้งขึ้นในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับมีระยะเวลาในการปรับปรุงและแก้ไขสถานประกอบการให้เป็นไปตามมาตรฐานของประกาศกระทรวงสาธารณสุขดังกล่าว หาเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีจะอ้างถึงการได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการที่เป็น

อันตรายต่อสุขภาพมาเป็นข้อยกเว้นที่จะไม่ปฏิบัติตามประกาศดังกล่าว และหากผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะจัดตั้งสถานบริการเพื่อสุขภาพ ผู้ฟ้องคดีก็มีหน้าที่ที่จะต้องแก้ไขปรับปรุงสถานประกอบการของตนให้เป็นไปตามกฎหมาย หาใช่เป็นกรณีที่ประกาศดังกล่าวเป็นโทษและสร้างภาระให้เกิดกับผู้ฟ้องคดีเกินสมควรตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างไม่ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีคำสั่งไม่ออกใบรับรองมาตรฐานสถานประกอบการนวดเพื่อสุขภาพให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551[350] นางสาวกนกพร ไทยขวัญ ที่ 1 กับพวกรวม 41 คน ผู้ฟ้องคดี อธิบดีกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ที่ 1 คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ที่ 2 คณะกรรมการกลางข้าราชการ องค์การบริหารส่วนจังหวัด (ก.จ.) ที่ 3 คณะกรรมการกลางข้าราชการ องค์การบริหารส่วนตำบล (ก.อบต.) ที่ 4 ผู้ถูกฟ้องคดี เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบเอ็ดคนฟ้องว่า เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2548 เทศบาลตำบลแก่งเสี้ยน จังหวัดกาญจนบุรี ได้ประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานเทศบาลสามัญในตำแหน่งต่าง ๆ โดยกำหนดวันสอบแข่งขันในวันที่ 11 ถึงวันที่ 12 มีนาคม 2549 และได้กำหนดหลักเกณฑ์การขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ไว้ว่า จะประกาศรายชื่อผู้สอบแข่งขันได้เรียงลำดับที่ตามคะแนนของผู้สอบได้จากมากไปน้อยเป็น 2 ลักษณะ คือ (1) ขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ไว้เท่ากับจำนวนตำแหน่งที่ว่างจริงในประกาศสอบแข่งขัน (2) ผู้สอบแข่งขันได้ที่เหลือ ให้ขึ้นบัญชีเป็นผู้สอบแข่งขันได้ในแต่ละตำแหน่งเป็นรายภาคตามความสมัครใจของผู้สอบแข่งขันที่แสดงความประสงค์ไว้เป็นรายภาคในขณะสมัครสอบ เมื่อได้บรรจุและแต่งตั้งไปแล้ว หากมีตำแหน่งว่างให้พิจารณาบรรจุและแต่งตั้งจากลำดับที่ของผู้สมัครสอบแข่งขันเป็นรายภาคที่เทศบาลตั้งอยู่ในแต่ละภาค และกำหนดหลักเกณฑ์การบรรจุและแต่งตั้งไว้ว่า ผู้สอบแข่งขันได้จะได้รับการบรรจุและแต่งตั้งตามลำดับในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ในแต่ละตำแหน่งตามตำแหน่งว่างของเทศบาลหรือหน่วยงานการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นอื่น หรือหน่วยงานราชการอื่นที่มีหนังสือแสดงความประสงค์ขอใช้บัญชี ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบเอ็ดคนได้สมัครสอบแข่งขันในตำแหน่งต่างๆ และเป็นผู้สอบแข่งขันได้ตามประกาศของเทศบาลตำบลแก่งเสี้ยน ลงวันที่ 10 เมษายน 2549 แต่ระหว่างการดำเนินการสอบ กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นได้มีหนังสือวิทยุ ด่วนที่สุด ที่ มท 0809.2/ว 3 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2549 แจ้งมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในการประชุมครั้งที่ 2/2549 เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ว่า กรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการสอบ ให้ใช้บัญชีได้เฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หากคณะกรรมการข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น (ก. จังหวัด) ดำเนินการสอบ ให้ใช้บัญชีได้เฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในจังหวัดนั้น ห้ามใช้บัญชีข้ามจังหวัด และให้ (ก. จังหวัด) และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกแห่งชะลอการดำเนินการสอบแข่งขันจนกว่าจะได้รับแจ้งให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด เว้นแต่ได้ประกาศรับสมัครไว้ก่อนวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ แต่ถ้ายังไม่ถึงกำหนดวันสอบแข่งขัน จึงอยู่ใน

---

[350] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.423-438/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.64-79/2553

ข่ายที่สามารถประกาศเพิ่มเติมเงื่อนไขตามมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่เทศบาลตำบลแก่งเสี้ยนไม่จัดทำประกาศเพิ่มเติมแจ้งให้ผู้สมัครทราบถึงมติดังกล่าว ซึ่งการที่เทศบาลตำบลแก่งเสี้ยนประกาศผลการสอบแข่งขันและขึ้นบัญชี ผู้สอบแข่งขันได้เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2549 โดยไม่จัดทำประกาศเพิ่มเติมตามหลักเกณฑ์ใหม่ที่ยกเลิกหลักเกณฑ์เดิมและทราบถึงการเปลี่ยนแปลงมาโดยตลอด จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์การบริหารงานบุคคลที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดกาญจนบุรีและมาตรฐานทั่วไปที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนด

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้นำมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ไปออกเป็นประกาศผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 โดยให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 นั้น เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า ประกาศดังกล่าวเป็นมาตรฐานทั่วไปที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้ ก.ท.จ. ใช้เป็นกรอบและแนวทางให้เทศบาลต่าง ๆ นำไปกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขัน ประกาศดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นกฎและต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงของนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับประชาชนหรือผู้อยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครอง เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะยกเลิกมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดไว้เดิมและจะกำหนดมาตรฐานทั่วไปขึ้นใหม่ที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากมาตรฐานเดิมในนัยที่สำคัญ ก็จะต้องกำหนดให้มีผลใช้บังคับในอนาคต เพื่อให้ ก.ท.จ. ต่าง ๆ ได้มีเวลาดำเนินการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ออกประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองถูกนำมาปรับใช้ในระบบกฎหมายปกครองโดยมุ่งเน้นไปที่การคุ้มครองสถานภาพทางกฎหมายของประชาชน อันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงหลักความมั่นคงทางกฎหมายที่ตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้วฝ่ายปกครองสามารถตัดสินสั่งการสิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งจะสร้างความมั่นคงให้กับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน ในกรณีการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลังด้วย

จากการศึกษา หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย จะเห็นได้ว่า ในกฎหมายปกครองไทยนั้น นอกจากศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรหลักในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและได้มีการพัฒนา “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลดังกล่าวแล้ว ยังได้มีองค์กรอื่น ๆ ได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกา และศาลยุติธรรม ที่มีส่วนในการปรับใช้และพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าว ดังจะเห็นได้จาก “หลักกฎหมายทั่วไป” เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค เป็นต้น อันเป็นหลักกฎหมายที่ได้มีการนำมาปรับใช้ในการวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรมซึ่งก็ได้มีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้เช่นเดียวกัน

โดย“หลักกฎหมายทั่วไป” แต่ละหลักได้มีการนำมาปรับใช้และพัฒนาขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากการที่ศาลปกครองได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่เป็นหลักกฎหมายเรื่องใหม่ ๆ เพิ่มขึ้นจากเดิม หรือช่วงก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดย “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลนำมาปรับใช้กับคดี เช่น การนำหลักเรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ และหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นต้น ซึ่งเป็นช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวแล้ว โดย “หลักกฎหมายทั่วไป” นี้เป็นหลักกฎหมายที่ศาลได้ค้นหาและนำมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายปกครองของต่างประเทศ

บทที่ 5

บทวิเคราะห์การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ใน การวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย

ในบทนี้เป็นการศึกษาการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทย ซึ่งประกอบด้วย วิวัฒนาการของการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย และการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองไทย ประกอบกับได้นำตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยในวิทยานิพนธ์นี้จะเป็นการวิเคราะห์ให้เห็นว่า ศาลปกครองได้มีการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายใดมาปรับใช้กับคดี และการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังกล่าวมาใช้นั้นได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายนั้นอย่างถูกต้องหรือไม่ อย่างไร ซึ่งได้แบ่งหัวข้อในการวิเคราะห์เป็น 5.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทย และ 5.2 บทวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย

5.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทย

จากความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปที่นักวิชาการด้านกฎหมายหลาย ๆ ท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 นั้น โดยสรุปได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลสามารถค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น ตัวบทแห่งรัฐธรรมนูญ หรือหลักการอันเป็นรากฐานของระบบนิติรัฐ[351] หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลได้นำมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและปรับใช้ในการวินิจฉัยคดี ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลได้นำมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองที่ถูกบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รวมไปถึงการที่ศาลได้ค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจากกฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ด้วย นอกจากนี้ ศาลอาจนำหลักกฎหมายทั่วไปมาจากหลักกฎหมายต่างประเทศ เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ทั้งนี้ โดยวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา

---

[351] ภานุพันธ์ ชัยรัต, **การพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย** (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549), หน้า 13.

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่า หลักกฎหมายทั่วไปมีพัฒนาการในกฎหมายปกครองไทยที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวคือ ก่อนมีกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในฐานะที่แตกต่างกัน ดังจะได้กล่าวถึงในหัวข้อ 5.1.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง 5.1.2 สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย และ 5.1.3 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองไทย โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.1 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองไทยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครอง

จากการศึกษาการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้นมีวิวัฒนาการอย่างไร จากการศึกษาในหัวข้อ 4.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ช่วง คือ วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทยช่วงก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยช่วงก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทยมีการเปลี่ยนแปลงไป ดังนี้

5.1.1.1 ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น เป็นช่วงที่ยังไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย หลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกนำมาใช้ยังมิได้ถูกบัญญัติรับรองเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งจะเห็นได้จากหลักกฎหมายทั่วไปในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกา และจากหลักกฎหมายทั่วไปในคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนที่จะมีการปรับปรุงองค์กรของคณะกรรมการกฤษฎีกาใหม่ในปี พ.ศ. 2522 ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งได้มีการแบ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาออกเป็น กรรมการร่างกฎหมาย และกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้น จะเห็นได้ว่า การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในศาลยุติธรรมมีไม่มากนัก โดยมีเพียงหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักที่ถูกนำมาใช้และมีข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเฉพาะคดีปกครองที่ขึ้นสู่ศาล ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ที่เป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง คำพิพากษาฎีกาที่ 720/2505 ซึ่งเป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และคำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 อันเป็นการวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม ทำให้เห็นได้ว่าวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทยในช่วงนี้มีไม่มากนัก

ต่อมา เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงองค์กรของคณะกรรมการกฤษฎีกาใหม่ ในปี พ.ศ. 2522 ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 แล้ว คณะกรรมการกฤษฎีการจัดเป็นองค์กรที่สำคัญองค์กรหนึ่งในการวางหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย ซึ่งสามารถ

วินิจฉัยคดีปกครองได้ คดีปกครองเริ่มมีจำนวนมากขึ้นและมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้มากขึ้น โดยมีหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักถูกนำมาใช้ ซึ่งจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้มีการวางหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับนิติกรรมทางแพ่ง-นิติกรรมทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ และหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน อย่างไรก็ตาม แม้ในช่วงนี้จะมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้มากขึ้น แต่การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีก็ยังคงมีจำกัดเพียงบางหลักของหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น

5.1.1.2 ช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ไม่ว่าจะถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และในช่วงนี้เป็นช่วงที่ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นโดยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นที่จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีมากขึ้น และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายใหม่ เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นต้น

หลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักศาลได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการที่ศาลนำมาจากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.11/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.39/2552 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 เป็นต้น หลักความได้สัดส่วน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.244/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 เป็นต้น และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 เป็นต้น หรือที่ศาลได้นำมาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้แก่ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546 เป็นต้น และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.66/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.355/2551 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 เป็นต้น ประกอบกับการที่ศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักมาจากคำพิพากษาของศาลใน

ต่างประเทศ เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 เป็นต้น

5.1.2 สถานะของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในระบบกฎหมายปกครองไทย

จากการศึกษาสถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองไทย ทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้นมีสถานะในช่วงก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อย่างไร ดังนี้

5.1.2.1 ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.1.1.1 วิวัฒนาการของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในกฎหมายไทยช่วงก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหากจะได้วิเคราะห์ให้เห็นถึงสถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยว่าเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะใด กล่าวคือ การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้นเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” หรือเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ดังจะเห็นได้ว่า ในช่วงก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น “หลักกฎหมายทั่วไป” ส่วนใหญ่ยังไม่ได้ถูกบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในช่วงดังกล่าวนี้จึงเป็นการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1/2489 เป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยุติธรรม เนื่องจาก“หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายใด ทำให้การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังของศาลจึงเป็นการนำมาใช้ในฐานะ“หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” หรือจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646/2510 เป็นการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เกี่ยวกับการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม โดยหลักกฎหมายทั่วไปหลักดังกล่าวยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน ดังนั้น ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมจึงเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เป็นต้น

นอกจากการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งนอกจากจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาโดยศาลยุติธรรมแล้ว ยังคงปรากฏให้เห็นในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อีกด้วย ดังจะเห็นได้จากคำวินิจฉัยที่ 84/2538 ซึ่งเป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนมาใช้ประกอบการวินิจฉัยดังกล่าว โดยหลักกฎหมายทั่วไปหลักดังกล่าวยังไม่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้น ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน จึงเป็นการนำมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เป็นต้น

5.1.2.2 ช่วงหลังการประกาศใช้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 5.1.1.2 วิวัฒนาการของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในกฎหมายไทยช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นช่วงที่ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลายหลักกฎหมายได้ถูกบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ทั้งที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น และที่ถูกนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง โดยหากศาลปกครองได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ได้ถูกบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีย่อมเป็นการที่ศาลได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” นั้นมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

หากได้วิเคราะห์สถานะของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในกฎหมายปกครองไทยช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว จะเห็นได้ว่า การใช้“หลักกฎหมายทั่วไป” ของศาลปกครองเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มีฐานะซ้อนกันระหว่าง “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” กล่าวคือ จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะเห็นได้ว่า ศาลได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ไม่ว่าหลักกฎหมายนั้นจะได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วหรือไม่ก็ตามมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งที่เป็นการใช้“หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะที่ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น การนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ใน มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 หรือการนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาปรับใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทใดก็ตาม เป็นต้น ซึ่งนอกจากการที่ศาลนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แล้ว ศาลยังได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอีกด้วย เช่น การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายใด ซึ่งศาลได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักดังกล่าวมาจากคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศนั่นเอง ทำให้การใช้หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ“หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

อย่างไรก็ตาม “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลัก (หลักกฎหมายเดียวกัน) ศาลได้มีการนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะที่เป็น “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” กล่าวคือ แม้จะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักเดียวกัน ตัวอย่างเช่น “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความได้สัดส่วน ซึ่งหากเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลัก

กฎหมายที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 29[352] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 แล้ว โดยหากศาลได้นำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่เป็น “กฎ” ย่อมหมายถึง ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่เป็น “คำสั่งทางปกครอง” ย่อมหมายถึง ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ทั้งนี้ เนื่องจาก รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ใช้หลักความได้สัดส่วนอันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปนั้นกับกรณีของการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎเท่านั้น แต่ไม่รวมไปถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ของศาลปกครองเป็นการใช้หลักกฎหมายที่มีสถานะซ้อนกันระหว่างการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” หรือกล่าวคือ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักใดที่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ในการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวนั้นจะเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หาก “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักใดที่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้จะเป็นการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

5.1.3 การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองไทย

ที่มาของกฎหมายปกครองประการหนึ่งที่สำคัญ ซึ่งใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั่นก็คือ “หลักกฎหมายทั่วไป” ดังเช่นในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส หลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐ ก็จัดว่ามีความสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและเป็นที่มาของกฎหมายปกครองด้วยเช่นกัน โดยการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้ปรับกับข้อเท็จจริงได้ กล่าวคือ เป็นกรณีที่ศาลไม่สามารถหากฎหมายเพื่อมาใช้ปรับกับกรณีได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้จากการที่ผู้ร่างกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างในกฎหมาย อันเป็นความบกพร่องของผู้ร่างกฎหมายเองที่สามารถนึกถึงช่องว่างของกฎหมายได้แต่ไม่ได้นึกถึงช่องว่างของกฎหมายนั้น หรือเพราะเหตุที่ยังไม่มีเหตุการณ์อัน

---

[352]มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายนั้น หรือเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างของกฎหมายนั้นแล้ว แต่เห็นว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ยังไม่สมควรบัญญัติไว้ให้ตายตัว ทั้งนี้เพราะตำรากฎหมาย และคำพิพากษาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอ โดยกรณีจะต้องพิจารณาว่ามีช่องว่างของกฎหมายหรือไม่นั้น กล่าวคือ ถ้าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติและกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว ก็ถือได้ว่ากรณีนั้นมีช่องว่างของกฎหมาย[353]

"หลักกฎหมายทั่วไป" ซึ่งได้แก่หลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ศาลในกฎหมายมหาชนค้นหามาจากแหล่งต่าง ๆ เพื่อใช้บังคับในระบบกฎหมายโดยต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครอง ที่ต้องสอดคล้องกับหลักการปกครองโดยกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งศาลในฐานะผู้มีอำนาจใช้กฎหมายย่อมมีความชอบธรรมที่จะต้องอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมที่แฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น โดยอาจค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปได้จากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร อันได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ เป็นต้น ซึ่ง "หลักกฎหมายทั่วไป" บางหลักได้แปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ หลักความได้สัดส่วน หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นต้น ซึ่งในการใช้ "หลักกฎหมายทั่วไป" ดังกล่าวจึงต้องใช้ในฐานะ "บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร" ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ถึงกระนั้นก็ตาม "หลักกฎหมายทั่วไป" บางหลักยังไม่มีการแปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ตัวอย่างเช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ซึ่งในการนำ "หลักกฎหมายทั่วไป" หลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้จึงถูกนำมาใช้ในฐานะ "หลักการทั่วไปทางกฎหมาย"

กรณีตัวอย่างที่ทำให้เห็นว่า หากไม่ได้มีการนำ "หลักกฎหมายทั่วไป" มาใช้ปรับกับข้อเท็จจริงในคดีในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการใช้ "หลักกฎหมายทั่วไป" นี้ในต่างประเทศ หรือประเทศไทยก็ตาม ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นได้ เช่น ในกรณีที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี โดยสภาแห่งรัฐได้ใช้ถ้อยคำว่า "เมื่อไม่มีกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองให้ขัดกับหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง" ในคดี Société du Journal L' Aurore เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1948 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ประกาศกำหนดอัตราการเรียกเก็บค่าใช้ไฟฟ้า ฉบับลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ให้คำนวณค่าไฟฟ้าอัตราใหม่สำหรับการเรียกเก็บครั้งแรกหลังวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1948 แต่ในทางปฏิบัติกลับเป็นการเรียกเก็บอัตราใหม่โดยมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1947 ซึ่งให้มีผลใช้ย้อนหลังก่อนวันที่ 1 มกราคม 1948 อันเป็นวันประกาศใช้ข้อบัญญัติดังกล่าว บริษัทหนังสือพิมพ์ "Aurore" จึงฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ โดยสภาแห่งรัฐได้เพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าว เพราะเป็นประกาศที่มีผลย้อนหลัง จะเห็นได้ว่า ในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐได้นำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้ โดยหากสภาแห่งรัฐไม่ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีนี้แล้ว ย่อมทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น เพราะฝ่ายปกครองย่อมสามารถออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับ

---

[353]หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, หน้า 142-143.

สำหรับในอนาคตเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้มีโอกาสทราบล่วงหน้า หรือในกรณีของประเทศไทย ศาลปกครองไทยก็ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้เช่นเดียวกัน ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้ออกประกาศ เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 โดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 โดยศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และให้เพิกถอนประกาศดังกล่าว จะเห็นได้ว่า หากศาลปกครองสูงสุดไม่ได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีนี้แล้ว ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมขึ้นกับบุคคลซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของประกาศดังกล่าว ที่ไม่ได้มีโอกาสได้ทราบเนื้อหาในประกาศเป็นการล่วงหน้าก่อนที่จะมีการบังคับใช้ประกาศดังกล่าวนั่นเอง

การที่จะนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายนั้น สามารถสรุปได้ว่าในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายจะต้องเป็นการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรประกอบกับหลักกฎหมายดังกล่าว จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีการใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันด้วย ดังนั้น การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย จะเห็นได้ว่าการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นมีขอบเขตในการนำมาใช้ที่จำกัดด้วย กล่าวคือ หากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีอยู่แล้ว หรือการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ขัดกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่ ย่อมไม่สามารถที่จะนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ได้ อย่างไรก็ดี ศาลปกครองก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” มาใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี ซึ่งในกรณีนี้ถือว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” จึงนับว่ามีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลที่ต้องการให้ศาลได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่ออำนวยความยุติธรรม

5.2 บทวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง

ในการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลักกฎหมายได้ถูกนำมาบัญญัติและรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว การนำหลักกฎหมายดังกล่าวนั้นมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงต้องใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ถึงกระนั้น ผู้เขียนได้นำเสนอตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ด้วย ซึ่งในการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดจะได้แบ่งเป็น การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป”

มาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ทั้งนี้ เพื่อให้เห็นว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายใดบ้างได้ถูกนำมาใช้ในฐานะที่เป็น “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เนื่องจาก หลักกฎหมายดังกล่าวเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นต้น ดังนั้น การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง จึงเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวนั้นในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ในขณะที่ “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลักกฎหมายยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เป็นต้น การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม มี “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลักกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในทั้งสองฐานะกล่าวคือ ทั้งในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น หลักความได้สัดส่วน หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น ซึ่งเป็นกรณีที่ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เฉพาะกรณี (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ดังนั้น การนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงเป็นการที่ศาลนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากไม่ได้เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมถือว่าเป็นการใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” นอกจากนี้ ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์การใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่ อย่างไร โดยแบ่งการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเป็น 5.2.1 บทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และ 5.2.2 บทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

5.2.1 วิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

5.2.1.1 หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเสมอภาค ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.5.1 การปรับใช้หลักความเสมอภาคในกฎหมายปกครองอังกฤษโดยศาลอังกฤษ และหัวข้อ

3.2.5.1 การปรับใช้หลักความเสมอภาคในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐ ประกอบกับในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.1 การปรับใช้หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดแล้วนั้น สรุปได้ว่า บุคคลย่อมได้รับการปฏิบัติในสถานการณ์ที่เหมือนกันด้วยหลักเกณฑ์เดียวกัน หรือกล่าวคือ การนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้กับบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเหมือนกันย่อมมีสิทธิและเสรีภาพและได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน แม้ว่าบุคคลนั้นจะมีลักษณะทางสภาพร่างกายอย่างไรก็ตาม ดังนั้น การที่บุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเหมือนกันแต่ได้รับการปฏิบัติแตกต่างกันย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547[354] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีประกอบวิชาชีพทนายความได้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยตามประกาศของคณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี โดยอัยการจังหวัดได้มีหนังสือถึงคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งผู้ช่วยอัยการ รับรองสุขภาพและความสามารถในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีว่ามีสุขภาพแข็งแรง และสามารถที่จะปฏิบัติงานในตำแหน่งอัยการได้อย่างสมบูรณ์ แต่เมื่อคณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบกลับปรากฏว่าไม่มีรายชื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิสอบ โดยแจ้งเหตุผลแก่ผู้ฟ้องคดีว่า คณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ ได้รับรายงานผลการตรวจร่างกายจากคณะกรรมการแพทย์ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีรูปกายพิการ เดินขากะเผลก กล้ามเนื้อแขนลีบจนถึงปลายมือทั้งสองข้าง กล้ามเนื้อขาลีบจนถึงปลายเท้าทั้งสองข้าง กระดูกสันหลังคด ได้รับการผ่าตัดดามเหล็กที่กระดูกสันหลังไว้เพื่อให้ไหล่ทั้งสองข้างเท่ากัน จึงมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ตามมาตรา 33(11)[355] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เหตุผลของคณะกรรมการอัยการ ผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกาย ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลสั่งให้บทบัญญัติมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ

---

[354] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.116/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.142/2547

[355] มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521

ผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอัยการผู้ช่วยต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

. . .

(11) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ หรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในกฎกระทรวง

. . .

ฝ่ายอัยการฯ และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสิทธิสอบผู้ฟ้องคดีในการสอบไม่ชอบด้วยบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ก่อนการพิจารณาคดีนี้ ศาลปกครองได้ส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 44/2545 เห็นว่า มาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแต่อย่างใด

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเกณฑ์เรื่องหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดยยกบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ว่าได้วางหลักแห่งความเสมอภาคไว้ ซึ่งหลักดังกล่าวนี้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไปนั้น มาตรา 30 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติวางข้อจำกัดการกระทำดังกล่าวขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐไว้ว่า การนำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง อันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาอ้างเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกัน หากเป็นไปโดยไม่เป็นธรรม ก็ย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมเช่นเดียวกัน อันหากเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างดังกล่าว โดยไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังย่อมถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะใช้อำนาจดุลพินิจตามมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 วินิจฉัยว่าผู้สมัครสอบคัดเลือกรายใดมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ จึงต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า ผู้สมัครสอบคัดเลือกรายนั้นมีกายหรือจิตใจที่ไม่เหมาะสมอย่างไรอันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33(11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี เนื่องจาก ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถ

อธิบายถึงเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังได้ว่า หากมีมติรับผู้สมัครผู้ฟ้องคดีแล้ว ความพิการดังกล่าวถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้ หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลน่าจะเห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้นำเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องสภาพทางกายหรือสุขภาพมาอ้างเพื่อเลือกปฏิบัติต่อบุคคลให้แตกต่างกัน โดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 แสดงให้เห็นว่า ได้มีการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติอันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

นอกจาก คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ที่แสดงให้เห็นว่า ศาลได้นำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้กับคดีแล้ว ศาลยังได้นำหลักกฎหมายเรื่องหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ซึ่งศาลได้อ้างอิงจากหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 29/2557

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557[356] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า เมื่อปี พ.ศ.2528 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ได้เสนอมาตรการป้องกันการทุจริตและประพฤติมิชอบเกี่ยวกับรถบรรทุกน้ำหนักเกินต่อนายกรัฐมนตรี โดยเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาระยะสั้นและ ระยะยาว คณะรัฐมนตรีได้มีมติลงวันที่ 7 มกราคม 2529 เห็นชอบตามความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต่อมา ในวันที่ 14 พฤษภาคม 2539 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้มีการเร่งรัดและกำชับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้รีบดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการที่ได้กำหนดตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. เสนอและความเห็นของกระทรวงคมนาคม กระทรวงการคลัง กระทรวงมหาดไทย และสำนักงบประมาณ เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรการดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2540 กรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงดำเนินการว่าจ้างบริษัทที่ปรึกษาเพื่อศึกษาความเหมาะสมในการจัดตั้งด่านชั่งน้ำหนักทั่วประเทศ และได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับพื้นที่อื่น ๆ ถึงรูปแบบ ความเหมาะสม ตลอดจนหลักเกณฑ์ในการกำหนดตำแหน่งที่ตั้งด่านชั่งน้ำหนัก ซึ่ง แขวงการทางกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เห็นว่า จังหวัดกระบี่และจังหวัดใกล้เคียงมีแหล่งท่องเที่ยวที่สวยงามและเป็นเมืองท่องเที่ยวในระดับนานาชาติ มีนักท่องเที่ยวทั้งชาวไทยและต่างประเทศเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวจำนวนมาก ทำให้มีการจราจรคับคั่ง ประกอบกับมีรถบรรทุกวิ่งผ่านเป็นประจำ ทำให้ทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 4 (ถนนเพชรเกษม) ช่วงจังหวัดพังงาไปจังหวัดกระบี่เสียหายและเกิดอุบัติเหตุบ่อยครั้ง จึงได้เสนอเหตุผลและความจำเป็นต่อกรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ว่า เส้นทางดังกล่าวมีปริมาณรถบรรทุกวิ่งผ่านจำนวนมาก เพื่อยืดอายุการใช้งานของถนนจึงจำเป็นต้องสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรเพื่อตรวจจับรถบรรทุกที่มีน้ำหนักบรรทุกเกินพิกัดที่กฎหมายกำหนด โดยมีหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการพิจารณาตั้งด่านชั่งน้ำหนักถาวร รวม 4 ประการ คือ (1) พิจารณาโครงข่ายทางหลวงที่เมื่อตั้งด่านชั่งน้ำหนักถาวรแล้ว สามารถสกัดรถบรรทุกได้มากที่สุด

---

[356] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.508/2552 คดีหมายเลขแดงที่ อ.29/2557

เพื่อประโยชน์ในการรักษาทางหลวงทุกประเภท (2) พิจารณาลักษณะภูมิประเทศที่เหมาะสม เช่น ไม่เป็นทางคด โค้ง ลูกเนิน ภูเขา เป็นต้น และสามารถมองเห็นได้ในระยะไกล เพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้รถใช้ถนน (3) พิจารณาก่อสร้างในเขตทางหลวง หรือเป็นที่ดินของกรมทางหลวงที่มีอยู่แล้วเพื่อประหยัดงบประมาณแผ่นดิน โดยไม่ต้องเวนคืนที่ดินจากราษฎร และให้ราษฎรมีทางเข้าออก หรือให้ความสะดวกแก่เจ้าของที่ดินเข้าออกได้สะดวกและปลอดภัย (4) เป็นที่ที่เปิดเผยที่สาธารณชนมองเห็นการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ได้อย่างโปร่งใส มีสาธารณูปโภคตามสมควร ดังนั้น แขวงการทางกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงได้เสนอให้ก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรในเขตทางของถนนเพชรเกษมระหว่างกิโลเมตรที่ 117 ถึงกิโลเมตรที่ 135 ซึ่งเป็นจุดที่สกัดรถบรรทุกได้มากที่สุด หลังจากที่เจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งประกอบด้วย วิศวกรใหญ่ฝ่ายบำรุงรักษาทาง ผู้อำนวยการสำนักงานควบคุมน้ำหนักยานพาหนะและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ได้เดินทางมาตรวจสอบสภาพพื้นที่แล้ว จึงได้เลือกพื้นที่บริเวณกิโลเมตรที่ 128+025 เป็นจุดก่อสร้าง เนื่องจากมีเขตทางกว้างประมาณ 50 เมตร และมีความเหมาะสมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด โดยให้แขวงการทางกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดำเนินการก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวร (บ้านทุ่ง) ในเขตทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 4 (ถนนเพชรเกษม) ตอนทางแยกเข้าอ่าวลึก-ทางแยกเข้ากระบี่ บริเวณกิโลเมตรที่ 127+775 ถึงกิโลเมตรที่ 128+275 ซึ่งบริเวณสถานที่ก่อสร้างดังกล่าวตั้งอยู่หน้าที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดการมรดก โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่า บริเวณจุดที่ตั้งด่านชั่งน้ำหนักถาวรมีการก่อสร้างที่ทำการและที่พักเจ้าหน้าที่ซึ่งมีลักษณะเป็นตู้คอนเทนเนอร์และลานอเนกประสงค์มีความยาวประมาณ 53.50 เมตร ตั้งอยู่ในบริเวณตอนกลางของที่ดิน ทำให้ด้านหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีที่ติดถนนเพชรเกษมถูกแบ่งออกเป็น 2 ส่วน โดยส่วนที่อยู่ทางทิศเหนือของด่านจะติดถนนคู่ขนานยาว 155 เมตร ส่วนที่อยู่ทางทิศใต้ของด่านจะติดถนนคู่ขนานยาว 100 เมตร ทางคู่ขนานดังกล่าวเป็นทางเข้าออกด่านชั่งน้ำหนักถาวรมีความกว้างรวมไหล่ทาง 5.50 เมตร การก่อสร้างในลักษณะดังกล่าวเป็นการบดบังหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ทำให้เดินทางเข้าออกที่ดินไม่สะดวกเหมือนเดิมและเป็นการสูญเสียโอกาสในการพัฒนาที่ดินในอนาคต โดยคดีมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การที่กรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 สำนักงานทางหลวงที่ 14 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และแขวงการทางกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้กำหนดจุดก่อสร้างและก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรในเขต ทางหลวงบริเวณหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ และเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีหรือไม่ หากเป็นการละเมิดผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจะต้องแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหาย และต้องชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ เพียงใด ซึ่งศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า โดยที่มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีนี้บัญญัติให้อธิบดีกรมทางหลวงเป็นเจ้าหน้าที่กำกับ ตรวจตรา และควบคุมทางหลวง และงานทางที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน มาตรา 25 บัญญัติว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดิน และทางหลวงสัมปทาน ให้อธิบดีกรมทางหลวงมีอำนาจกำหนดมาตรฐานและลักษณะของทางหลวงและงานทาง รวมทั้งกำหนดเขตทางหลวง ที่จอดรถ ระยะแนวต้นไม้ และเสาพาดสาย และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้ให้ความหมายคำว่า “งานทาง” หมายความว่า กิจการใดที่ทำเพื่อ หรือเนื่องในการสำรวจการก่อสร้าง การขยาย การบูรณะ หรือการบำรุงรักษาทางหลวง หรือการจราจรบนทางหลวง ประกอบกับประกาศผู้อำนวยการทางหลวงพิเศษ ผู้อำนวยการทางหลวงแผ่นดิน และ

ผู้อำนวยการทางหลวงสัมปทาน ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2548 เรื่อง ห้ามใช้ยานพาหนะที่มีน้ำหนักน้ำหนักบรรทุกหรือน้ำหนักลงเพลาเกินกว่าที่ได้กำหนด หรือโดยที่ยานพาหนะนั้นอาจทำให้ทางหลวงเสียหาย เดินบนทางหลวงพิเศษ ทางหลวงแผ่นดินและทางหลวงสัมปทาน ทั้งนี้ มีผลบังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2549 เป็นต้นไป จึงเห็นได้ว่า การชั่งน้ำหนักรถให้บรรทุกน้ำหนักตามพิกัดที่กำหนดเป็นวิธีการอย่างหนึ่งในการช่วยบำรุงรักษาถนนอยู่ในอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของกรมทางหลวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีสำนักงานทางหลวงที่ 14 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และแขวงการทางกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 เป็นหน่วยงานผู้ปฏิบัติหน้าที่ของกรมทางหลวงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งในการกำหนดจุดที่ตั้งและก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นั้น ได้พิจารณาตามหลักเกณฑ์ 4 ประการข้างต้น ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาเป็นแนวทางปฏิบัติในการกำหนดจุดตั้งด่านชั่งน้ำหนักบริเวณกิโลเมตรที่ 127+775 ถึงกิโลเมตรที่ 128+275 จึงมิได้เป็นการกระทำที่ไม่ชอบหรือขัดต่อกฎหมายแต่อย่างใด และได้ใช้ดุลพินิจภายใต้หลักเกณฑ์ และแนวทางปฏิบัติในการกำหนดจุดก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะโดยชอบแล้ว แม้การก่อสร้างอาคารด่านชั่งน้ำหนักซึ่งมีความยาว 33 เมตร จะเป็นการบดบังหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งอาจทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความสะดวกเหมือนก่อน แต่ก็ไม่ถึงกับทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายจนถึงขนาดที่ทำให้การเข้าออกที่ดินของผู้ฟ้องคดีไม่มีความสะดวกหรือยากลำบากถึงกับเป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีเกินความจำเป็น ดังนั้น เมื่อเทียบสัดส่วนระหว่างผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีได้รับกับประโยชน์สาธารณะแล้ว เห็นว่า การก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรในบริเวณดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบเพียงไม่ได้รับความสะดวกในการเข้าออกที่ดิน เมื่อฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามกำหนดจุดก่อสร้างและก่อสร้างด่านชั่งน้ำหนักถาวรในบริเวณดังกล่าวโดยมิได้ผิดกฎหมายและมิใช่เป็นการใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม การตั้งด่านเพื่อควบคุมรถมิให้บรรทุกน้ำหนักเกิน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายกับถนนเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ อย่างหนึ่งในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อการกระทำดังกล่าวแม้มิได้เป็นการละเมิด หากแต่ก่อให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว จึงเป็นความรับผิดอย่างอื่นที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยความไม่สะดวกดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีจึงควรชดเชยการรับภาระดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเกณฑ์เรื่องหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ อันจัดว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายใหม่ ที่ได้จากการขยายความ และอ้างอิงจากหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า การที่ผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้วางหลักแห่งความเสมอภาคไว้ โดยหลักดังกล่าวนี้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐรวมทั้งฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่

แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค จากการที่ศาลได้ขยายความบทบัญญัติดังกล่าว จึงได้มาซึ่งหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 แสดงให้เห็นว่า ได้มีการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติอันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ศาลไม่ได้วางองค์ประกอบในการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้กับคดีว่าจะต้องมีเกณฑ์อย่างไร อันนำไปสู่ความรับผิดของรัฐ ที่ว่าบุคคลใดได้รับภาระเป็นพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นแล้ว บุคคลนั้นควรได้รับการเยียวยาจากรัฐ

5.2.1.2 การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.2 แล้วนั้น โดยหลักดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสรุปได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”[357] ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลา สถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวมีผลในทางกฎหมาย อันเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา มีความมุ่งหมายเพื่อให้มนุษย์มีความเป็นอิสระในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพส่วนตัวของบุคคลนั้น ๆ ภายใต้ความรับผิดชอบของตนเอง โดยถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าที่มิอาจจะล่วงละเมิดได้ โดยแนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ เป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาตินั่นเอง ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550[358] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีรับราชการอยู่ที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยาและจะต้องเดินทางกลับภูมิลำเนาที่จังหวัดเชียงใหม่โดยรถไฟขบวนด่วนพิเศษเป็นประจำ เห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจาก การที่การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 โดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวบัญญัติให้การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ (1) รับโอนกิจการของกรมรถไฟ กระทรวงคมนาคม (2) จัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการรถไฟ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟ และธุรกิจอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการรถไฟ และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติให้มีอำนาจที่จะกระทำการ

---

[357] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 88.

[358] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.37/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.231/2550

ต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 อำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง (1) สร้าง ซื้อ จ้าง รับจ้าง จัดหา จำหน่าย แลกเปลี่ยน เช่า ให้เช่า เช่าซื้อ ให้เช่าซื้อ ยืม ให้ยืม และดำเนินงานเกี่ยวกับเครื่องใช้ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ (2). . .(3). . .(4) จัดระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย การใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ (5). . .(6). . .(7) รับขนส่งคนโดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกิจการรถไฟ. . .(8). . .(9). . .ทำสัญญาให้เอกชนเช่าติดตั้งแผ่นป้ายโฆษณาภายนอกตู้รถโดยสาร โดยมีการติดตั้งแผ่นป้ายโฆษณาบริเวณกระจกหน้าต่างด้วย แม้แผ่นป้ายโฆษณาดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นรูพรุนเพื่อให้แสงผ่าน และผู้โดยสารสามารถมองผ่านกระจกหน้าต่างได้ก็ตาม แต่จะเห็นภาพเพียงราง ๆ เหมือนมองผ่านตาข่ายสีดำกรองแสง ต่างจากกรณีที่ไม่มีการติดตั้งแผ่นป้ายโฆษณาที่กระจกหน้าต่างจะใสสะอาด ซึ่งการมองผ่านป้ายโฆษณาดังกล่าวจะเกิดอาการตาพร่ามัวและคลื่นไส้ เมื่อใช้เวลาเดินทางหลายชั่วโมงจึงเป็นการทรมานกายและใจอย่างยิ่ง ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2548 ร้องเรียนปัญหาดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรีและผู้ว่าการรถไฟแห่งประเทศไทย แต่ไม่ได้รับการแก้ไข ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี มีหน้าที่จัดให้ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟใช้การได้ดีในการให้บริการขนส่งประชาชน แต่การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดีกลับติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกตู้รถโดยสารเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางธุรกิจ การที่การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี ละเลยไม่ดำเนินการลอกแผ่นป้ายโฆษณาบริเวณกระจกหน้าต่างของรถโดยสารของขบวนรถไฟตามคำร้องเรียนของผู้ฟ้องคดี ถือเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่อง การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเรื่อง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยใช้หลักดังกล่าวสรุปได้ว่า รถโดยสารส่วนบุคคลหรือรถโดยสารสาธารณะ และจะเป็นรถโดยสารปรับอากาศหรือรถโดยสารไม่ปรับอากาศก็ตามจะต้องมีหน้าต่าง โดยหน้าต่างรถโดยสารนั้นมีไว้เพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้ และยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสิ่งที่อยู่ภายนอกรถเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถด้วย ดังนั้น รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร จากคำพิพากษาดังกล่าว เป็นการนำความเป็นนามธรรมของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาทำให้เป็นแนวปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมไว้ในคำพิพากษา ในฐานะที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการแห่งรัฐธรรมนูญที่มีคุณค่า ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550 แสดงให้เห็นว่า ได้มีการนำการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.1.3 หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ)

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความได้สัดส่วนในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.5.3 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายปกครองอังกฤษโดยศาลอังกฤษ และหัวข้อ 3.1.5.2 หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐ ประกอบกับในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.3 การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดแล้วนั้น สรุปได้ว่า หลักความได้สัดส่วนเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาคดีของศาลนั้นได้มีการยอมรับเสมอมาว่า การใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และใช้หลักดังกล่าวในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณ โดยการกระทำที่จะเรียกได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเท่าที่จำเป็นถือเป็นการควบคุมการใช้อำนาจไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจ

หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายปกครองไทยนั้นได้ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ทั้งที่เป็นการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นหลักที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำของรัฐทั้งหลาย ที่มีผลสำคัญต่อความสมบูรณ์หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐนั้น ๆ และเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับของกฎหมายรัฐธรรมนูญ[359] ซึ่งหลักความได้สัดส่วนที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ ประการแรก หลักความเหมาะสม หรือหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล หลักนี้เรียกร้องว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ต้องเป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ หากฝ่ายปกครองตัดสินใจออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็น “การใช้อำนาจโดยมิชอบ” ประการต่อมา หลักความจำเป็น หลักนี้เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกเฉพาะมาตรการที่เหมาะสม ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกมาตรการที่เหมาะสมและสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจแล้ว มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นโดยไม่สามารถหามาตรการอื่นใด และเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยไปกว่ามาตรการนี้ และประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หรือหลักความสมดุล[360] หลักนี้เรียกร้องให้มาตรการที่ฝ่ายปกครองเลือกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งมาใช้บังคับกับประชาชนนั้นต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษ โดยประโยชน์ในที่นี้คือ การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ส่วนโทษคือ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั่นเอง โดยหากเกิดโทษมากกว่าประโยชน์แล้ว มาตรการดังกล่าวนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นมาตรการที่สามารถ

---

[359]บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)**, หน้า 18-19.

[360]*เรื่องเดียวกัน*, หน้า 246.

ดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจ และเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนน้อยที่สุดก็ตาม

อย่างไรก็ตาม จากมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ได้มีการนำหลักความได้สัดส่วนมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตให้ใช้หลักความได้สัดส่วนกับกรณีการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎ แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองอันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ดังนั้น หากศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎ จึงเป็นการใช้หลักความได้สัดส่วน ที่จัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากเป็นกรณีที่ศาลนำหลักดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว ย่อมเป็นการใช้หลักความได้สัดส่วนในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” นั่นเอง โดยในวิทยานิพนธ์นี้ได้แบ่งหัวข้อการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดออกเป็น หลักความได้สัดส่วน (กรณีของกฎ) ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และหลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ซึ่งเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยในหัวข้อ 5.2.1.3 เป็นกรณีการนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

ก่อนที่จะได้มีการวิเคราะห์การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนขอกล่าวถึงคำพิพากษาของศาลปกครองกลางในการนำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า กฎที่ฝ่ายปกครองออกเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ ในคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ 2253/2546 ซึ่งถือเป็นคำวินิจฉัยฉบับแรกที่ได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นกฎที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี โดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งสรุปได้ว่า กฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ อันประกอบด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้[361]

[361]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 287-288.

1. กฎดังกล่าวต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่มาตรา 50[362] วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ ศาลวินิจฉัยประเด็นนี้ว่า กฎดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 32(1) (2) (4) และ (5) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อประโยชน์ในการรักษาสัตว์น้ำอันเป็นทรัพยากรธรรมชาติอย่างหนึ่งให้อุดมสมบูรณ์ สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืนถาวรตลอดไปตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

2. กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่ที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งหมายความว่า มาตรการที่กฎดังกล่าวกำหนดไว้สามารถดำเนินให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎดังกล่าวหรือไม่ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่มีผลกระทบที่น้อยที่สุดหรือไม่ และมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ โดยศาลได้สรุปในประเด็นนี้ว่า ประกาศกระทรวงเกษตรฯ ดังกล่าวได้กำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพแม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่การอนุรักษ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพได้เท่ากับมาตรการที่ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวประกาศไว้ แต่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดี และผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับน้อยกว่ามาตรการที่มีประกาศดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการที่ประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ที่ประกาศฯ ดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

3. กฎดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพประจำของผู้ฟ้องคดี และบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับ โดยศาลได้วินิจฉัยว่า กฎหรือประกาศดังกล่าวมิได้ห้ามมิให้ผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพประมงทุกท้องที่ในพื้นที่ดังกล่าวประกอบอาชีพประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไป คงห้ามแต่เพียง มิให้บุคคลใช้เครื่องมือบางชนิดทำการประมงในพื้นที่ที่กำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น กรณีจึงไม่อาจถือ

---

[362]มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ได้ว่ากฎดังกล่าวกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้

4. กฎดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยศาลได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า เมื่อพิจารณาความในข้อ 2 ของกฎดังกล่าวที่กำหนดว่า “ฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน กำหนดตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปี” และความในข้อ 3 ของกฎดังกล่าวที่กำหนดว่า “ในฤดูที่กำหนดตามข้อ 2 นั้น ห้ามมิให้บุคคลใช้เครื่องมือทำการประมงดังต่อไปนี้ทำการประมงในทะเลในท้องที่. . .ดังนี้. . .” แล้ว เป็นที่เห็นได้ว่ากฎดังกล่าวเป็นกฎที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยมิได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแต่อย่างใด

5. กฎดังกล่าวระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎดังกล่าวไว้ในกฎดังกล่าวหรือไม่ ศาลวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่า ข้อความในกฎดังกล่าวที่ว่า อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แสดงให้เห็นว่า ได้มีการระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการออกกฎดังกล่าวไว้ในกฎด้วยแล้ว

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นตัวอย่างของการให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า กรณีจะถือว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น จะต้องนำข้อเท็จจริงมาปรับกับหลักกฎหมายอย่างไร และต้องชั่งน้ำหนักของเหตุผลและแสดงให้ประจักษ์ว่า เรื่องนั้นขัดหรือไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างไร โดยการนำหลักตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญมาเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหัวใจของการวินิจฉัยในเรื่องนี้มาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นไว้ โดยมาตรการที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพนั้นต้องเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นได้ มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั้นต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด และมาตรการดังกล่าวที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลเมื่อพิจารณากับผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าผลกระทบที่มีต่อบุคคล[363] ดังนั้น จากคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ 2253/2546 จึงเป็นการยืนยันหลักความได้สัดส่วน โดยการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามหลักมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยว่า กฎที่ฝ่ายปกครองออกเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังมีรายละเอียด คือ

---

[363]บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 289.

1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554[364] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้บริษัท นครบริการขนส่ง ผู้ฟ้องคดี เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย มีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเดินรถยนต์เพื่อรับส่งคนโดยสารและสินค้า ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางด้วยรถที่ใช้ในการขนส่งผู้โดยสารในเส้นทางหมวด 3 สายที่ 440 ภูเก็ต-นครศรีธรรมราช (ข) โดยฟ้องว่า ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีมติอนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางการเดินรถตามที่บริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประการขนส่งประจำทางฯ หมวด 3 สายที่ 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ มีคำขอ เนื่องจากเส้นทางที่ขอปรับปรุงดังกล่าวได้แก่ เส้นทางนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต เป็นเส้นทางจากจังหวัดกระบี่ผ่านอำเภออ่าวลึก สี่แยกปากอ่าว สามแยกทับปุด เข้าตัวเมืองจังหวัดพังงา สามแยกโคกกลอย อำเภอถลาง ถึงจังหวัดภูเก็ต ส่งผลให้เกิดปัญหาการแย่งรับผู้โดยสารในเส้นทางที่ผู้ฟ้องคดีได้รับใบอนุญาตทั้งสองเส้นทางข้างต้น ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือคัดค้านการปรับปรุงเส้นทางดังกล่าว แต่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยืนยันการปรับปรุงเส้นทาง โดยให้เหตุผลว่า เพื่อเป็นทางเลือกแก่ประชาชนที่ต้องการเดินทางระหว่างภูเก็ต-นครศรีธรรมราช ให้ได้รับความสะดวกมากขึ้น และเพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการท่องเที่ยวในเขตภาคใต้ตอนกลางและตอนล่าง ประกอบกับแนวเส้นทางช่วงอำเภอทุ่งใหญ่-อำเภอลำทับ ยังไม่มีรถโดยสารให้บริการไปถึงจังหวัดภูเก็ต จึงสมควรปรับปรุงเส้นทางสายที่ 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต หลังจากนั้น คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีประกาศฉบับที่ 1467 (พ.ศ. 2547) เรื่อง กำหนด (ปรับปรุง) เส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ลงวันที่ 15 กันยายน 2547 และนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ได้บันทึกการเปลี่ยนแปลงเส้นทางดังกล่าวไว้ในใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 แล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้มีคำพิพากษา หรือคำสั่ง เพิกถอนคำสั่ง และประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 และคำสั่งที่ให้นายทะเบียนบันทึกเงื่อนไขในใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทางของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 ได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้

[364] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.850/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.78/2554

สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวซึ่งประกอบด้วยหลักย่อย 3 ประการ คือ

ประการแรก หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจหน้าที่ตาม มาตรา 19 ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 และเพื่อให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 อย่างไรก็ตาม ศาลจะมิได้วางหลักเกณฑ์ในกรณีนี้อย่างชัดเจนว่า ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่อนุมัติให้ปรับปรุงเส้นทางรถประจำทางสายที่ 743 เป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว

ประการที่สอง หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า การจัดบริการรถโดยสาธารณะให้แก่ประชาชนอย่างพอเพียงและมีความรวดเร็ว ถือเป็นจุดมุ่งหมายหลักของการจัดทำบริการสาธารณะรวมไปถึงสามารถเข้าถึงบริการสาธารณะดังกล่าวได้อย่างทั่วถึง ดังนั้น การที่คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดเส้นทางสำหรับการขนส่งประจำทางด้วยรถโดยสาร หมวด 3 สาย 743 นครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19(2) แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 แล้ว จากเหตุผลดังกล่าว ศาลเห็นว่าการออกมาตรการตามประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะและบรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. 2522

ประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า หากมีการปรับปรุงเส้นทางเดินรถสายที่ 743 ของบริษัท เวียงพันธ์ขนส่งสุราษฎร์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 จากนครศรีธรรมราช-กระบี่ เป็นนครศรีธรรมราช-กระบี่-ภูเก็ต ผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์ คือ ประชาชนที่อาศัยอยู่ระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่และอำเภอลำทับ ซึ่งแต่เดิมประชาชนที่อยู่ในบริเวณดังกล่าว หากจะเดินทางไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตจะต้องเดินทางมาต่อรถที่อำเภอลำทับ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ที่ประชาชนระหว่างอำเภอทุ่งใหญ่ และอำเภอลำทับได้รับจากการที่มีรถโดยสารประจำทางตรงไปจังหวัดพังงาหรือจังหวัดภูเก็ตโดยไม่ต้องต่อรถกับผลกระทบต่อการเดินรถในเส้นทางที่ทับซ้อนในเรื่องของรายได้ของผู้ฟ้องคดีแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการวินิจฉัยคดี โดยให้เหตุผลถึงการใช้มาตรการตามประกาศดังกล่าวก่อให้เกิดประโยชน์แก่สาธารณะมากกว่าเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ

ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำหลักการทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี[365] ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

---

[365] ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร, “การตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน,” **วารสารการเมือง การปกครอง และกฎหมาย** 7, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558): 178-183.

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555[366] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้มีผู้ฟ้องคดีเจ็ดคน มีอาชีพทำการประมงปลากะตักโดยเครื่องมือ อวนครอบปลากะตักประกอบแสงไฟ โดยทำการประมงบริเวณพื้นที่อ่าวพังงา ฟ้องว่าคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้มีมติในที่ประชุมครั้งที่ 4/2542 ว่ารัฐควรดำเนินการออกมาตรการด้านการประมงโดยกำหนดแบ่งเขตการประมงในเขต 3 ไมล์ทะเล ห่างจากฝั่งเป็นแหล่งทำการประมงของกลุ่มประมงพื้นบ้าน กำหนดห้ามทำการประมงปลากะตักทุกชนิดที่ใช้แสงไฟล่อและให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของชาวประมงลักษณะพหุภาคีในจังหวัดชายทะเลแต่ละจังหวัด ยกเว้นจังหวัดสงขลา กำหนดให้พื้นที่ห่างจากฝั่งระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเลเป็นเขตกันชน ห้ามทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบเช่นกันเพื่อป้องกันการเกิดผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่งและเพื่อประโยชน์ในการกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามเขตที่กำหนด ต่อมารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนช้อนหรืออวนยก อวนครอบปลากะตักซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลากะตัก พ.ศ. 2544 ซึ่งผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ด เห็นว่า การกำหนดจุดพิกัดที่ 14 ตามแผนที่หมายเลข 308 แนบท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว เป็นการกำหนดจุดพิกัดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการจำกัดสิทธิการทำการประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ด กล่าวคือ มติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติในการประชุมครั้งที่ 4/2542 ในการกำหนดพื้นกันชนระยะระหว่าง 3-5 ไมล์ทะเล จากฝั่งควรกำหนดจากขอบน้ำทะเลชายฝั่งแผ่นดินออกไปตามระยะที่กำหนด และหากกรณีภูมิประเทศเป็นเกาะ ควรกำหนดบริเวณรอบเกาะโดยวัดจากขอบน้ำทะเลรอบเกาะออกไปในระยะที่กำหนด แต่กรณีของผู้ว่าราชการจังหวัดกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้กำหนดเขตห้ามทำการประมงตามจุดพิกัดที่กำหนดข้างต้นและแจ้งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศดังกล่าว โดยกำหนดรูปแผนที่หมายเลข 308 จุดพิกัด 14 แนบท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าว และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อธิบดีกรมประมง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และผู้ว่าราชการจังหวัดกระบี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้ใช้วิธีลากเส้นจากจุดพิกัดที่ 13 ถึงจุดพิกัดที่ 14 และไปถึงจุดพิกัดที่ 15 ทำให้บริเวณจังหวัดกระบี่และหมู่เกาะพีพี อ่าวพังงา เป็นเขตห้ามทำการประมงปลากะตักโดยใช้เครื่องมืออวนช้อนหรืออวนยก อวนครอบปลากะตักซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้า ซึ่งไม่เป็นไปตามมติของที่ประชุมคณะกรรมการการนโยบายแห่งชาติ จึงขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนแนวเขตห้ามท้ายประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ตั้งแต่จุดพิกัดที่ 13 ถึงจุดพิกัดที่ 14 และไปถึงจุดพิกัดที่ 15 ตามแผนที่หมายเลข 308 ทั้งหมด

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

---

[366] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.458/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.7/2555

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 ได้มีการนำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนช้อนหรืออวนยก อวนครอบปลากะตักซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลากะตัก พ.ศ. 2544 มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีได้กระทำเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ซึ่งประกอบด้วย

หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า ตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศกำหนดขนาดตาและระยะช่องเครื่องมือทำการประมงทุกชนิด กำหนดขนาด ชนิด จำนวนและส่วนประกอบของเครื่องมือทำการประมงที่อนุญาตให้ใช้ในที่จับสัตว์น้ำ กำหนดมิใช้เครื่องมือทำการประมงอย่างหนึ่งอย่างใดในที่จัดสัตว์น้ำโดยเด็ดขาด รวมทั้งกำหนดวิธีใช้เครื่องมือทำการประมงต่าง ๆ แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไว้อย่างชัดเจน แต่อาจพิจารณาได้จากเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ที่มุ่งคุ้มครองสัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ โดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำเพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน จะเห็นได้ว่า ศาลได้วินิจฉัยโดยพิจารณาจากการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว เป็นมาตรการที่ทำให้บรรลุเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประมง พ.ศ. 2490 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศดังกล่าว

หลักแห่งความจำเป็น กล่าวคือ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลได้ให้เหตุผลโดยยกประเด็นมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 ที่ปรากฏว่าคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการทำการศึกษาหามาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหาการทำการประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบ ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้พิจารณาในกรอบนโยบายตามมติของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ ครั้งที่ 4/2542 และมติของคณะกรรมการกำหนดเขตการทำประมงปลากะตักโดยใช้แสงไฟประกอบของจังหวัดกระบี่แล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดเขตห้ามทำการประมงปลากะตักปั่นไฟภายในกรอบนโยบายของคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ และเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ออกประกาศโดยถือตามความเห็นของคณะกรรมการพหุภาคีจังหวัดกระบี่ จึงมีอำนาจออกประกาศดังกล่าวโดยไม่จำต้องมีหลักฐานทางวิชาการใหม่ จึงเป็นการใช้ดุลพินิจออกประกาศโดยชอบแล้วเช่นกัน จะเห็นได้ว่า ประกาศดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำให้สามารถใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนตลอดไป โดยไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุเจตนารมณ์ของการออกประกาศดังกล่าวเท่ากับมาตรการที่กำหนดไว้ในประกาศดังกล่าว

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ศาลไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนในคำวินิจฉัยว่าประกาศดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งเจ็ดน้อยกว่ามาตรการตามประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลได้วินิจฉัยว่า การกำหนดเขตปลอดการทำประมงปลากะตักตามประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับดังกล่าว เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็นอันจะเป็นการขัดต่อมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งหมายความรวมถึงทุกหลักเกณฑ์ย่อยตามหลักความได้สัดส่วน

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555 เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ได้นำหลักการบางประการของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี[367] ซึ่งไม่ได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.1.4 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของคำสั่งทางปกครอง)

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.5.4 การปรับใช้หลักความเป็นกลางในกฎหมายปกครองอังกฤษโดยศาลอังกฤษ และหัวข้อ 3.2.5.3 การปรับใช้หลักความเป็นกลางในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐ ประกอบกับในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.4 การปรับใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดแล้วนั้น สรุปได้ว่า หลักความเป็นกลางจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยหลักความเป็นกลางเกิดจากความคิดพื้นฐานที่ว่า หากบุคคลมีอำนาจสั่งการในเรื่องที่ตนมีส่วนได้เสียอยู่ บุคคลนั้นก็จะสูญเสียความเป็นกลางและไม่อาจวินิจฉัยสั่งการได้โดยปราศจากอคติในเรื่องนั้นได้

หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในกฎหมายปกครองไทยเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 13-20 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ได้ถูกนำมาใช้ในองค์กรของรัฐที่มีอำนาจวินิจฉัยตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ เป็นหลักที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่ตนมีส่วนได้เสีย ประกอบกับการที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้ความเห็นเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเห็นว่า เป็นการบัญญัติลักษณะต้องห้ามของเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ โดยหากมีกรณีเช่นนั้นเกิดขึ้นคู่กรณีอาจคัดค้านการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการนั้นได้ และเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการที่ถูกคัดค้านจะพิจารณาทางปกครองต่อไปไม่ได้นั้น โดยเป็นบัญญัติที่ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการที่เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาเนื้อหาสาระหลักของเรื่อง ซึ่งผลการพิจารณาจะนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาทางปกครองในเนื้อหาสาระของเรื่องได้รับการพิจารณาจากบุคคลที่เป็นกลาง ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในทางที่เป็นคุณหรือโทษกับคู่กรณี อันอาจทำให้ข้อยุติในผลการพิจารณาทางปกครองไม่เป็นธรรมอย่างแท้จริง ฉะนั้น ในการพิจารณาว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการที่อาจถูกคัดค้านว่าจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ตาม มาตรา 13 หรือมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงต้องพิจารณาขอบเขต

---

[367] ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร, *เรื่องเดิม,* หน้า 183-190.

การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นั้นว่ามีความสัมพันธ์กับการพิจารณาทางปกครองถึงระดับที่ทำให้ผลการพิจารณาทางปกครองต้องเสียความเป็นกลางหรือไม่

อย่างไรก็ตาม จากมาตรา 13-20 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้มีการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตให้ใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่กับกรณีการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎอันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ดังนั้น หากศาลได้นำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นการใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่อันจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากเป็นกรณีที่ศาลนำหลักดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎแล้ว ย่อมเป็นการใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” นั่นเอง ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้ได้แบ่งหัวข้อการวิเคราะห์การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดออกเป็น การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และการนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยในหัวข้อ 5.2.1.4 เป็นกรณีของการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังมีรายละเอียด คือ

1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555[368] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้องค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง ผู้ฟ้องคดี ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง มีคำสั่งแต่งตั้งตนเองเป็นประธานกรรมการ และรองนายกองค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมืองเป็นกรรมการ กับมีปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง เป็นกรรมการและเลขานุการ ซึ่งเป็นคณะผู้บริหารของผู้ฟ้องคดี และมีความรู้ความสามารถเพียงพอในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือก และตัดสินปัญหาใดในการคัดเลือกได้โดยชอบ ประกอบกับผู้บริหารท้องถิ่นก็มีสิทธิได้รับทุนนี้เช่นกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอตนเองเป็นผู้ขอรับทุนโดยไม่มีผู้มีคุณสมบัติรายอื่นอีกที่จะขอรับทุนดังกล่าว จึงชอบด้วยข้อ 2 ข้อ 3 ข้อ 6 และข้อ 7 ของประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง หลักเกณฑ์ว่าด้วยการตั้งงบประมาณเพื่อให้ทุนการศึกษาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 16 กันยายน 2547 แต่อย่างไรก็ตาม ตามข้อ 2 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่กรณีการให้ หรือไม่ให้รับทุนการศึกษาเป็นคำสั่งทางปกครอง ฉะนั้น การดำเนินการพิจารณาเพื่อให้ หรือไม่ให้รับทุนการศึกษาดังกล่าวจึงต้องปฏิบัติตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ (1) เป็นคู่กรณีเอง (2). . .เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง และ

---

[368] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ. 355/2553 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 57/2555

ประธานกรรมการคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดีด้วย โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้เสนอตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษาของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคู่กรณีผู้อยู่ในบังคับ หรือจะอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำการพิจารณา หรือร่วมพิจารณาคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษาขององค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง ผู้ฟ้องคดี และลงมติเห็นชอบให้ตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษาดังกล่าว ดังนั้น คำสั่งขององค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมืองผู้ฟ้องคดีที่ให้ทุนการศึกษาแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามมติของคณะกรรมการดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา และขัดต่อหลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555 ศาลได้มีการนำหลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลสรุปได้ว่า การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษานั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาเพื่อให้หรือไม่ให้ทุนดังกล่าว จึงต้องนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้กับกรณีนี้ด้วย จากข้อเท็จจริงในคดี การที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลโพนเมือง ได้เสนอตนเองเป็นผู้รับทุนและเป็นประธานกรรมการในการคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วยนั้น ซึ่งจัดเป็นกรณีการผู้มีส่วนได้เสียในการพิจารณาทางปกครองที่จะต้องนำหลักความเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือหลักความเป็นกลางมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงดังกล่าว อย่างไรก็ตาม กรณีนี้ไม่ได้มีการนำหลักความเป็นกลางตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด ทำให้มติของคณะกรรมการดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น เมื่อเป็นคดีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด โดยศาลจะวินิจฉัยว่า กรณีข้อเท็จจริงในคดีจะต้องนำหลักความเป็นกลางมาใช้ในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องของการเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยหรือไม่ กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่จะพิจารณาด้วยหรือไม่ ซึ่งหากกรณีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนจะต้องพิจารณาแล้วจะต้องนำหลักความเป็นกลางมาใช้อย่างเคร่งครัดในการพิจารณาทางปกครองนั้น แต่หากไม่ได้นำหลักความเป็นกลางมาใช้กับการพิจารณาทางปกครองดังกล่าว ย่อมมีผลให้การพิจารณาทางปกครองนั้นขัดต่อหลักความเป็นกลางซึ่งจะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย[369] ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

[369] ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร, “ความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง,” **วารสารการเมือง การปกครอง และกฎหมาย** 8, 1 (มกราคม-เมษายน 2559): 494-498.

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 133/2553[370] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ เดิมผู้ฟ้องคดี ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงเรียน ระดับ 7 โรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 สังกัดสำนักงานการประถมศึกษาอำเภอพบพระ จังหวัดตาก ถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง ตามคำสั่งสำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดตากที่ 57/2543 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2543 กรณีสืบเนื่องจาก ผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดตากได้สั่งการให้หน่วยตรวจสอบภายในตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 ปรากฏว่าโรงเรียนรวมไทยพัฒนา 2 ได้จัดซื้ออาหารเสริม (นม) จากสามีของผู้ฟ้องคดี ซึ่งจากการจัดซื้อทั้ง 3 ครั้ง มีอาหารเสริม (นม) ขาดหายไป คณะกรรมการสอบสวนได้ทำการสอบสวนแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีได้กระทำการทุจริตตามข้อกล่าวหา อันเป็นความผิดตามมาตรา 82 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และฐานกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 98 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แต่เนื่องจาก ผู้ฟ้องคดีเคยเป็นผู้ทำคุณงามความดีให้กับทางราชการมาก่อน สมควรลดโทษให้ผู้ฟ้องคดีจากไล่ออกจากราชการเป็นให้ปลดออกจากราชการ ส่วนกรณีที่ถูกกล่าวหาว่า ผู้ฟ้องคดีนำเงินค่าอาหารกลางวันจำนวน 68,000 บาท ไปปรับปรุงโรงเรียนตามโครงการต่าง ๆ นั้น เห็นว่าเป็นการกระทำผิดวินัยฐานไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมายระเบียบของทางราชการ และมติของคณะรัฐมนตรีและนโยบายของรัฐบาล ตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 สมควรตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดี 5 เปอร์เซ็นต์ เป็นเวลา 2 เดือน ผู้อำนวยการการประถมศึกษาจังหวัดตากพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการสอบสวน และได้รายงานให้เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพื่อพิจารณา ต่อมา อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 7/2544 เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2544 ให้ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ หลังจากนั้น เลขาธิการคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ที่ 509/2544 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2544 ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติต่อคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) แล้ว ต่อมา อ.ก.ค. วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ซึ่งกระทำการแทน ก.ค. และมีนายประเสริฐ งามพันธุ์ ในฐานะอนุกรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งใน อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ทำหน้าที่ประธานกรรมการในที่ประชุม ได้พิจารณาในการประชุมครั้งที่ 13/2545 เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2545 มีมติให้ยกอุทธรณ์ของ ผู้ฟ้องคดี และรองนายกรัฐมนตรี (นายปองพล อดิเรกสาร) ปฏิบัติราชการแทนนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 มีคำสั่งให้ยกอุทธรณ์ตามมติ อ.ก.ค. วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ซึ่งกระทำการแทน ก.ค. ดังกล่าว โดยที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 16 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีมีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มี

[370] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ. 688/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 133/2553

อำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครอง ไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นไม่ได้ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายประเสริฐ งามพันธุ์ ได้เคยเป็นประธานกรรมการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยของผู้ฟ้องคดีมาก่อน ในการประชุมครั้งที่ 7/2544 เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2544 หลังจากนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งลงโทษต่อคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) นายประเสริฐ งามพันธุ์ ในฐานะอนุกรรมการโดยตำแหน่งใน อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่ประธานกรรมการ โดยในที่ประชุม อ.ก.ค. วิสามัญเกี่ยวกับการอุทธรณ์และการร้องทุกข์ ซึ่งกระทำการแทนคณะกรรมการข้าราชการครู (ก.ค.) ได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในการประชุมครั้งที่ 13/2545 เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2545 อีกครั้งหนึ่ง และที่ประชุมคณะกรรมการดังกล่าวได้มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเห็นได้ว่า การที่นายประเสริฐ งามพันธุ์ ได้เคยพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องการดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดีมาก่อนแล้ว และต่อมาได้เป็นเจ้าหน้าที่ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องเดิมอีก การพิจารณาใช้ดุลพินิจของนายประเสริฐจึงอาจมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้วเมื่อครั้งที่เป็นประธานคณะกรรมการ อ.ก.ค. สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ อันถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่ง นายประเสริฐ งามพันธุ์ ย่อมเห็นได้เองอยู่แล้วว่าตนมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าว แม้จะไม่มีผู้คัดค้านว่าตนมีลักษณะต้องห้ามเช่นว่านั้น ซึ่งตามมาตรา 16 วรรคสอง (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติว่า ถ้าผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าว ให้ผู้นั้นหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง หรือประธานกรรมการทราบ แล้วแต่กรณี ในการนี้นายประเสริฐ งามพันธุ์ ซึ่งเป็นกรรมการในคณะกรรมการและมีกรณีที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่งสมควรหยุดพิจารณาเรื่องนั้น และควรจะให้เจ้าหน้าที่อื่นเข้าปฏิบัติหน้าที่แทนเพื่อมิให้การดำเนินการเป็นไปตามนัยดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญและโดยที่การพิจารณาได้ดำเนินไปจนมีมติซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว กรณีย่อมเห็นได้ว่า มติดังกล่าวบกพร่องในสาระสำคัญอันเป็นเหตุให้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 133/2553 ได้มีการนำหลักความเป็นกลางตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า กรณีที่เป็นทั้งประธานกรรมการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยของผู้ฟ้องคดีมาก่อน และเป็นอนุกรรมการในที่ประชุมพิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นกรณีอันถือได้ว่ามีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง ซึ่งหากผู้นั้นเห็นเองว่าตนมีกรณีดังกล่าวจะต้องหยุดการพิจารณาเรื่องไว้ก่อนและแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปชั้นหนึ่ง หรือประธานกรรมการทราบแล้วแต่กรณี อันถือว่าเป็นขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ แต่จากข้อเท็จจริงในคดีนั้นไม่ได้มีการปฏิบัติดังกล่าวโดยการพิจารณาได้ดำเนินไปจนมีมติซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงมีผลให้เป็นคำสั่งทางปกครองนั้นที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.

133/2553 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

3. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547[371] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ตามพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 มาตรา 18 วรรคสาม ได้บัญญัติห้ามกรรมการในคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด (คชก. จังหวัด) หรือคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล (คชก. ตำบล) ซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทเข้าร่วมใช้สิทธิพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทที่ตนเป็นผู้มีส่วนได้เสียรายนั้น แต่ไม่ได้บัญญัติไว้ด้วยว่ามีกรณีใดบ้างที่ถือว่ากรรมการใน คชก. เป็นผู้มีส่วนได้เสีย และหากมีกรณีดังกล่าวต้องดำเนินการอย่างไร จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 13 และมาตรา 15 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้พิจารณาและดำเนินการในเรื่องของการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ตามมาตรา 18 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 ดังนั้น หากกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล และกรรมการในคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัดมีกรณีอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ คือ (1) เป็นคู่กรณีเอง (2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี (3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใด ๆ หรือเป็นพี่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น (4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทนหรือตัวแทนของคู่กรณี และ (5) เป็นเจ้าหนี้หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี ย่อมถือว่ากรรมการในคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบล และกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำจังหวัด ซึ่งมีกรณีดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และต้องห้ามเข้าประชุมใช้สิทธิในการพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทรายนั้น ตามมาตรา 18 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2524 เมื่อปรากฏว่ากรรมการ คชก. จังหวัด ผู้หนึ่งเป็นบุตรของนายประเสริฐ โนรีวงศ์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เข้าร่วมประชุมพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ด้วย โดยไม่ปรากฏว่าประธาน คชก. จังหวัดได้เรียกประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของกรรมการซึ่งเป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มติของคณะกรรมการการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เห็นชอบตามมติของ คชก. ตำบล ที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้ให้เช่านา) บอกเลิกการเช่านาต่อผู้ฟ้องคดี (ผู้เช่านา)ได้ จึงเป็นมติที่ดำเนินการพิจารณาโดยกรรมการที่มีส่วนได้เสีย หรือไม่มีความเป็นกลางร่วมด้วย อันเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547 ศาลได้ให้เหตุผลว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะต้องนำบทบัญญัติ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้พิจารณาเรื่องการเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งเป็นกรณีที่กรรมการ คชก. จังหวัดเป็นบุตรของ

---

[371] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ. 64/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 129/2547

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เข้าร่วมประชุมพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยหากมีความไม่เป็นกลางเกิดขึ้นในกรณีนี้ กรรมการผู้นั้นต้องแจ้งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการทราบ ซึ่งประธานกรรมการจะต้องเรียกประชุมคณะกรรมการเพื่อพิจารณาคำคัดค้านนั้น โดยกรรมการที่ถูกคัดค้านจะต้องไม่อยู่ร่วมในการพิจารณาดังกล่าวด้วย และหากมีมติเห็นควรให้กรรมการที่มีปัญหาเรื่องความเป็นกลางดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจะต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการคนอื่นที่ไม่มีปัญหาเรื่องความเป็นกลาง แต่จากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า ประธาน คชก. จังหวัด ไม่ได้เรียกประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของกรรมการซึ่งเป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แต่อย่างใด ทำให้มติที่ออกมาโดยกรรมการที่มีส่วนได้เสียหรือไม่มีความเป็นกลาง จึงเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

4. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546[372] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คณะกรรมการสรรหากรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และมติหรือกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการดังกล่าวในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. เพื่อเสนอต่อวุฒิสภา เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลที่จะได้รับหรือไม่ได้รับการคัดเลือก คณะกรรมการสรรหาฯ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การพิจารณาสั่งการของคณะกรรมการสรรหาฯ จึงต้องเป็นไปอย่างเที่ยงธรรมและเป็นกลาง หากกรรมการที่พิจารณาคนใดไม่เป็นกลางย่อมขาดคุณสมบัติที่จะพิจารณาหรือสั่งการในเรื่องนั้น เมื่อกรรมการสรรหาฯ คนหนึ่งซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์ มีตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์ และเป็นผู้ถือหุ้นกับเป็นกรรมการในบริษัทที่ทำธุรกิจด้านการกระจายเสียงและกิจการวิทยุโทรทัศน์กับสถานีวิทยุโทรทัศน์แห่งนั้น ในขณะที่ผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการสรรหาฯ โดยคนหนึ่งมีตำแหน่งเป็นประธานที่ปรึกษาผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์ และอีกคนหนึ่งเป็นกรรมการบริษัทที่ทำธุรกิจกับสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าว หากบุคคลทั้งสองได้รับเลือกเป็นกรรมการ กสช. ย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯ ผู้นั้นได้ ส่วนกรรมการสรรหาฯ ซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการโทรทัศน์ ก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน โดยมีตำแหน่งเป็นผู้ประกอบอาชีพที่มีส่วนได้เสียร่วมกันโดยตรงด้านสื่อสารมวลชน กรณีจึงถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช. ขัดต่อหลักความเป็นกลาง ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมาย กรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางทั้งสองคนจะต้องหยุดการพิจารณา และแจ้งให้

---

[372] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.20/2545 คดีหมายเลขแดงที่ อ.4/2546

ประธานกรรมการสรรหาทราบ เพื่อให้คณะกรรมการสรรหาฯ ต้องมีมติว่า กรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางมีอำนาจพิจารณาคัดเลือกกรรมการ กสช. หรือไม่ การที่คณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นการไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อันส่งผลให้การพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีผลให้มติของคณะกรรมการสรรหาฯ ในการคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546 เป็นกรณีที่กรรมการสรรหากิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และมติหรือกฎเกณฑ์ของคณะกรรมการดังกล่าวในการพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. เพื่อเสนอต่อวุฒิสภา เป็นการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคลที่จะได้รับหรือไม่ได้รับการคัดเลือก การที่กรรมการสรรหาฯ มีความเกี่ยวข้องกับผู้สมัคร โดยหากได้รับคัดเลือกย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯ นั้น กรณีนี้ถือว่าเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคัดเลือกผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็นกรรมการ กสช. ขัดต่อหลักความเป็นกลาง ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง ซึ่งกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางทั้งสองคนจะต้องหยุดการพิจารณา และแจ้งให้ประธานกรรมการสรรหาทราบ เพื่อให้คณะกรรมการสรรหาฯ ต้องมีมติว่า กรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางมีอำนาจพิจารณาคัดเลือกกรรมการ กสช. หรือไม่ กรรมการผู้นั้นต้องแจ้งเรื่องให้ประธานคณะกรรมการทราบ ซึ่งประธานกรรมการจะต้องเรียกประชุมคณะกรรมการฯ เพื่อพิจารณา โดยกรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางจะต้องไม่อยู่ร่วมในการพิจารณาดังกล่าวด้วย และหากมีมติเห็นควรให้กรรมการสรรหาฯ ที่มีเหตุไม่เป็นกลางดังกล่าวปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจะต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของกรรมการคนอื่นที่ไม่มีปัญหาเรื่องความเป็นกลาง แต่จากข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า คณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ได้มีการดำเนินการดังกล่าวแต่อย่างใด อันส่งผลให้การพิจารณาทางปกครอง และมติของคณะกรรมการสรรหาฯ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

กรณีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองซึ่งมีสภาพร้ายแรงที่อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้มีแนวคำวินิจฉัยและความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้ ซึ่งแบ่งเป็น เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากเหตุภายใน เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจาก

อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง และเหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากการขัดกันของประโยชน์ได้เสียทางปกครอง[373] ดังนี้

1. เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากเหตุภายใน ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเคยถูกผู้ฟ้องคดีร้องเรียนเกี่ยวกับความประพฤติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาก่อนที่จะพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดี เช่น การที่ผู้อำนวยการโรงเรียนผู้ใช้อำนาจพิจารณาโทษทางวินัยและออกคำสั่งลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดี ทั้ง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนกล่าวหาผู้อำนวยการคนดังกล่าวในฐานะผู้บริหารโรงเรียนว่า พิจารณาความดีความชอบเพื่อเลื่อนขั้นเงินให้แก่ข้าราชการครูในสถานศึกษาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินการทางวินัยเป็นคดีนี้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.241/2555) กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองมีความเห็นที่เป็นปรปักษ์โดยตรงกับเรื่องที่ต้องทำการพิจารณา เช่น การที่กรรมการในคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด ซึ่งเป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องกับการควบคุมงานก่อสร้าง การตรวจรับงาน รวมทั้งได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการก่อสร้างว่าไม่ถูกต้องตามแบบและข้อกำหนดในสัญญา อันเป็นความเห็นที่เป็นปรปักษ์โดยตรงกับความเห็นของผู้ฟ้องคดีในการทำหน้าที่ตรวจรับงานจ้างก่อสร้าง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.121/2554) กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเคยมีเรื่องขัดแย้งกับผู้ฟ้องคดีมาก่อนที่จะพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดี เช่น การที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีในขั้นตอนต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน พิจารณาความผิดและพิจารณาสั่งลงโทษ เคยมีปัญหาความขัดแย้งกับผู้ฟ้องคดีอย่างรุนแรง ทั้งในเรื่องส่วนตัวและหน้าที่ราชการ จนถึงขั้นร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนซึ่งกันและกันมาก่อน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2554) และกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเคยถูกผู้ฟ้องคดีร้องเรียนมาก่อนที่จะทำประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี เช่น การที่ผู้ฟ้องคดีเคยร้องเรียนปลัดตำบลท่าข้ามซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาชั้นต้นในเรื่องพฤติกรรมที่ไม่ชอบมาก่อน แม้ข้อร้องเรียนดังกล่าวจะได้มีการไกล่เกลี่ยเพื่อยุติปัญหาแล้ว แต่ผู้บังคับบัญชาคนดังกล่าวก็ได้มีการแสดงกริยาดูหมิ่นผู้ฟ้องคดีเรื่อยมา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.30/2550)

2. เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง ได้แก่ กรณีที่คณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงเป็นคณะกรรมการชุดเดียวกันกับคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรงซึ่งเป็นผู้พิจารณาทางปกครองก่อนออกคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น จะต้องประกอบด้วยบุคคลซึ่งมีความเป็นกลาง หากไม่มีความเป็นกลางแล้ว ผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เว้นแต่ มีความจำเป็นถึงขนาดหากปล่อยให้ล่าช้าจะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะหรือสิทธิของบุคคลจะเสียหายโดยไม่มีทางแก้ไข การที่ผู้บัญชาการตำรวจภูธรภาค ได้มีคำสั่งแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตำรวจสองนายซึ่งเคยดำรงตำแหน่งเป็นคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์ของผู้ฟ้องคดีมาก่อน ให้เป็นกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรงผู้ฟ้องคดีอีก โดยไม่ปรากฏว่ามีเหตุจำเป็นอื่นใด ประกอบกับเมื่อเป็นที่คาดหมายได้ว่าผลการสอบสวน

---

[373] สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ, **หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง**, หน้า 34-58.

ทางวินัยอย่างร้ายแรงย่อมไม่แตกต่างไปจากผลการสืบสวนข้อเท็จจริง ดังนั้น การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.600/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.834/2555 วินิจฉัยแนวทางเดียวกัน) เป็นต้น กรณีที่ประธานคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเข้าร่วมประชุมในฐานะ อ.ก.พ. กรมพิจารณาผลการสอบสวนทางวินัยที่ตนได้เคยให้ความเห็นไว้ เช่น การที่บุคคลซึ่งเคยเป็นประธานคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง ในฐานะ อ.ก.พ. กรม บุคคลดังกล่าวย่อมยืนยันความเห็นเดิม อันเป็นความเห็นที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ถูกกล่าวหา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.795/2555) กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเป็นทั้งกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวินัยและเป็นกรรมการในการพิจารณาอุทธรณ์ เช่น การที่เจ้าหน้าที่ที่เคยพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องการดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีมาก่อน ได้ทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่ในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องเดิมนั้นอีก การพิจารณาอุทธรณ์โดยใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น จึงอาจมีความโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ตนได้เคยพิจารณาวินิจฉัยไปแล้วได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553) และกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำการพิจารณาทางปกครองมีส่วนร่วม ทั้งในการเสนอความเห็น การพิจารณาเห็นชอบให้สั่งลงโทษและการพิจารณาอุทธรณ์ เช่น การที่บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมถือได้ว่า เป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมและกำหนดทิศทางของการประชุม จึงอาจส่งผลให้ความเห็นของประธานในที่ประชุมมีอิทธิพลเหนือกรรมการคนอื่นได้ ดังนั้น การที่นาย ศ. ซึ่งเคยทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาดำเนินการทางวินัยและให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เข้าไปมีส่วนร่วมในการเป็นประธานการประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องของผู้ฟ้องคดีในที่ประชุม ก.จ.จ. เชียงราย ในทุกขั้นตอน ทั้งในการพิจารณาเสนอความเห็น การพิจารณาเห็นชอบให้สั่งลงโทษและการวินิจฉัยยกอุทธรณ์ รวมทั้งการให้ข้อมูล ความเห็น หรือการดำเนินการใด ๆ ในลักษณะที่เป็นการปกป้องความเห็นของคณะอนุกรรมการฯ ที่ตนเองได้เคยทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุมมาก่อน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.245-246/2552)

3. เหตุแห่งความไม่เป็นกลางอันเกิดจากการขัดกันของประโยชน์ได้เสียทางปกครอง ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองต้องเสนอความเห็นและวินิจฉัยสั่งการกรณีที่มีการตรวจสอบการกระทำที่ผ่านมาของตน เช่น การที่นาย ฉ. ในฐานะนายอำเภอขณะนั้น เป็นผู้ลงนามอนุมัติและออก น.ส. 3 ก. ที่พิพาทให้แก่ผู้ฟ้องคดี และต่อมาต้องมีหน้าที่ในการสอบสวนพิจารณาและเสนอความเห็นในฐานะปลัดจังหวัดในขณะนั้นตามที่ได้มีการร้องเรียนว่า การออก น.ส. 3 ก. ฉบับดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมิได้มีการสอบสวนพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง อีกทั้งต่อมานาย ฉ. ยังได้พิจารณาสั่งการในฐานะผู้ว่าราชการจังหวัดโดยเห็นสมควรไม่ใช้อำนาจเพิกถอนหรือแก้ไข น.ส. 3 ก. ทั้งสองฉบับของผู้ฟ้องคดี การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการพิจารณาทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนได้เสียซึ่งเสนอความเห็นพิจารณาสั่งการหรือดำเนินการอื่นในลักษณะปกป้องการกระทำของตนในอดีต เพื่อมิให้มีการเพิกถอน น.ส. 3 ก. ที่ตนเป็นผู้ลงนามอนุมัติ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.147/2552) กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องในธุรกิจที่อาจเอื้อประโยชน์ให้กับบุคคลซึ่งเข้ารับการพิจารณาทางปกครอง เช่น การที่กรรมการสรรหา กสช. ซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมผู้ประกอบการวิทยุโทรทัศน์มีตำแหน่งเป็นผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก เป็นผู้ถือหุ้นและเป็นกรรมการในบริษัทที่ทำธุรกิจด้านกระจายเสียงและกิจการวิทยุ

โทรทัศน์ ในขณะที่ผู้สมัครที่ได้รับการคัดเลือก 2 คน มีความเกี่ยวข้องกับกรรมการสรรหาฯ โดยคนหนึ่งมีตำแหน่งเป็นประธานที่ปรึกษาผู้อำนวยการสถานีวิทยุโทรทัศน์กองทัพบก และอีกคนหนึ่งเป็นกรรมการที่ทำธุรกิจกับสถานีวิทยุโทรทัศน์ดังกล่าว ซึ่งหากบุคคลทั้งสองได้รับเลือกเป็นกรรมการ กสช. ย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯ ผู้นั้นได้ ส่วนกรรมการสรรหา กสช. อีกคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้แทนของสมาคมนักจัดรายการโทรทัศน์ และผู้รับการคัดเลือกจำนวน 2 คน ก็มีส่วนเกี่ยวข้องร่วมกันโดยตรงในธุรกิจด้านสื่อสารมวลชน เนื่องจากกรรมการสรรหาฯ คนดังกล่าวเป็นลูกจ้างของบริษัทซึ่งผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นกรรมการอยู่ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 4/2546) และกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาทางปกครองเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยราชการ เช่น การที่ผู้บริหารการทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้รับมอบหุ้นจากบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยราชการ ย่อมเป็นเหตุจูงใจที่ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสั่งการใด ๆ เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่บริษัทที่ตนได้รับหุ้นมาได้[374] ประกอบกับจากบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งคณะกรรมการฯ[375] ได้ขยายความให้เห็นถึงกรณีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันทำให้การสอบสวนไม่เป็นกลาง ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ซึ่งในเบื้องต้นต้องคำนึงถึงการใช้ดุลพินิจที่จะตัดสินว่าคู่ความในคดีเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่ไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองได้โดยต้องอยู่ภายในขอบเขตของความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการบริหารราชการที่ดี (Good Governance) ส่วนแนวทางการใช้ดุลพินิจที่อยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักการบริหารราชการที่ดีนั้น จะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงของข้อพิพาทในแต่ละคดีเพื่อพิจารณาว่าการฟ้องคดีในแต่ละกรณีจะมีแนวโน้มในการก่อให้เกิดอคติ หรือความโกรธเคืองกันอย่างรุนแรงจนอาจทำให้การสอบสวนไม่เป็นกลาง หรือเสียความเป็นธรรมได้มากน้อยเพียงใด

5.2.1.5 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของคำสั่งทางปกครอง)

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองในบทที่ 3 หัวข้อ การปรับใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐ และในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.6 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดแล้วนั้น สรุปได้ว่า นิติกรรมทางปกครองย่อมไม่สามารถใช้บังคับย้อนหลังได้ หรือกล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น โดยหลักกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นหลักการสำคัญที่ศาลนำมาใช้ใน

---

[374] คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, เลขเสร็จ 335/2546, พฤษภาคม 2546, เรื่อง การดำเนินการของผู้มีอำนาจในสวนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ที่มีหุ้นอยู่ในห้างหุ้นสวนหรือบริษัทที่เปนคูสัญญากับหนวยงานของตน.

[375] คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, เลขเสร็จ 165/2547, มีนาคม 2547, เรื่อง มหาวิทยาลัยเชียงใหมขอหารือเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง.

การพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่มีการกำหนดให้การกระทำทางปกครองมีผลย้อนหลัง ทั้งในกรณีที่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครอง

หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองเป็นหลักที่ห้ามฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรอง หรือกฎ และออกคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ โดยให้กฎหรือคำวินิจฉัยสั่งการที่มีผลใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่ได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่ประกาศโฆษณา กฎ หรือวันแจ้งคำวินิจฉัยสั่งการให้ผู้รับคำวินิจฉัยสั่งการนั้นทราบ[376] โดยกรณีของกฎจะมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่วันที่มีการประกาศหรือวันถัดจากวันที่ประกาศหรืออาจกำหนดให้มีผลในอนาคตก็ได้ ส่วนกรณีคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติให้มีผลใช้บังคับเมื่อมีการแจ้งให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับทราบ มาตรา 42 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม จากมาตรา 42 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้มีการนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรนั้น ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตให้ใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองกับกรณีการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎอันอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ดังนั้น หากศาลได้นำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับการกระทำทางปกครองที่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นการใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองอันจัดเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากเป็นกรณีที่ศาลนำหลักดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎแล้ว ย่อมเป็นการใช้หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” นั่นเอง โดยในวิทยานิพนธ์นี้ได้แบ่งหัวข้อการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดออกเป็น การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และการนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งในหัวข้อ 5.2.1.5 เป็นกรณีการนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในฐานะ“บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) ดังมีรายละเอียด คือ

---

[376]วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, หน้า 105.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551[377] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีร่วมรวม 41 ราย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สอบแข่งขันได้และได้รับการขึ้นบัญชีไว้ตามประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นพนักงานเทศบาล สามัญของเทศบาลตำบล ลงวันที่ 1 ธันวาคม 2548 โดยประกาศดังกล่าวกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ที่สอบแข่งขันได้จะรับการบรรจุและแต่งตั้งตามลำดับในบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ตามตำแหน่งที่ว่างของเทศบาล หรือของหน่วยงานการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นอื่น หรือของหน่วยราชการอื่นที่มีหนังสือแสดงความประสงค์ขอใช้บัญชีดังกล่าว ต่อมาคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ให้กำหนดมาตรการแก้ไขปัญหาการทุจริตในการสอบแข่งขันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีสาระสำคัญว่า กรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดำเนินการสอบ ให้ใช้บัญชีได้เฉพาะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น และหากคณะกรรมการพนักงานส่วนท้องถิ่นจังหวัดดำเนินการสอบ ให้ใช้บัญชีได้เฉพาะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ห้ามใช้ข้ามจังหวัด โดยเลขานุการคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ได้มีหนังสือวิทยุลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2549 แจ้งเวียนประธานกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัด (ก.ท.จ.) ให้ทราบมติของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้ชะลอการดำเนินการสอบแข่งขันขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้จนกว่าจะได้รับแจ้งให้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนด เว้นแต่กรณีที่ได้มีการประกาศรับสมัครไว้ก่อนวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ แต่หากยังไม่ถึงกำหนดวันสอบแข่งขัน ให้ประกาศเพิ่มเติมให้ผู้สมัครสอบแข่งขันทราบว่าไม่สามารถขอใช้บัญชีข้ามจังหวัดได้ ต่อมาได้มีการนำความตามมติดังกล่าวจัดทำเป็นประกาศลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 โดยมีสาระสำคัญว่า ยกเลิกหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเดิมและกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันใหม่ตามมติของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ซึ่งเป็นวันที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติให้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งต่อมาวันที่ 10 เมษายน 2549 เทศบาลตำบลซึ่งผู้ฟ้องคดีสมัครเข้าสอบแข่งขันได้ประกาศผลสอบ และได้ขึ้นบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ที่เหลือเรียงตามลำดับที่ในแต่ละตำแหน่งเป็นรายภาค จากคะแนนมากไปน้อยตามความสมัครใจของผู้สอบแข่งขัน ที่แสดงความประสงค์เป็นรายภาคไว้ในขณะสมัครสอบมีกำหนดใช้ได้ไม่เกินสองปีนับแต่วันที่ได้ขึ้นบัญชี จากนั้นวันที่ 30 มิถุนายน 2549 เทศบาลตำบลมีหนังสือถึงผู้สอบแข่งขันได้ทุกคน แจ้งว่าเทศบาลได้ดำเนินการสอบแข่งขันโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้แล้ว แต่เนื่องจากมีมติของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ได้แจ้งเวียนตามหนังสือวิทยุ ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2549 ทำให้เทศบาลตำบลที่จัดสอบและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นไม่สามารถเรียกบรรจุหรือดำเนินการใด ๆ กับบัญชีผู้สอบแข่งขันได้ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า มติของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล ขอให้ศาลเพิกถอนมติดังกล่าว

---

[377] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.423-438/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.64-79/2551

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่อง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยใช้หลักดังกล่าว สรุปได้ว่า การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ออกประกาศ เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นกฎและต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงของนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับประชาชนหรือผู้อยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครอง ดังนั้น การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล (ก.ท.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้นำมติไปออกประกาศดังกล่าว โดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลัง อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.2 บทวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ได้แก่ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ตามความจำเป็นของบริการสาธารณะ หลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง) หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของกฎ) และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ) ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

5.2.2.1 หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้

จากการศึกษา “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.2.5.4 การปรับใช้หลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสโดยสภาแห่งรัฐ และในบทที่ 4 หัวข้อ 4.6.5 การปรับใช้หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุดแล้วนั้น สรุปได้ว่า การจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอ ตามหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ และเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ และความจำเป็นในการปกครองที่จะรักษาผลประโยชน์สาธารณะ โดยหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ ที่ศาลได้นำมาปรับใช้กับคดี เป็นกรณีที่ศาลใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ได้จากการนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ที่สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสเคยนำมาปรับใช้กับคดี ดังนั้น เมื่อ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวมิได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมถึงมิได้ถูกบัญญัติไว้ในระดับกฎหมายปกครอง ดังนั้น ใน

การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลในประเทศไทย จึงเป็นการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 363/2556[378] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน โฉนดตราจอง ต่อมาได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนในท้องที่อำเภอสะเดา จังหวัดสงขลา พ.ศ. 2543 เพื่อก่อสร้างและขยายถนนสาย ก ตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา ทำให้ที่ดินดังกล่าวของ ผู้ถูกฟ้องคดีถูกเวนคืนบางส่วน ซึ่งกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ได้ทำบันทึกข้อตกลงกับผู้ถูกฟ้องคดีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2547 ว่าจะจ่ายเงินค่าทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็น 2 งวด โดยงวดที่ 1 จ่ายร้อยละ 75 ของเงินค่าทดแทนทั้งหมด งวดที่ 2 จ่ายส่วนที่เหลืออีกร้อยละ 25 โดยผู้ถูกฟ้องคดีได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างจำนวนร้อยละ 75 ไปจากผู้ฟ้องคดีแล้วเมื่อวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2547 และผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมขอเงินค่าทดแทนเพิ่ม ซึ่งเจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีที่รับผิดชอบโครงการก่อสร้างถนนดังกล่าวเห็นว่า ปัญหาข้อขัดข้องดังกล่าวจะเป็นเหตุให้การก่อสร้างถนนสาย ก ตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา จังหวัดสงขลา ไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเวลา เนื่องจากไม่อาจส่งมอบพื้นที่การก่อสร้างในส่วนที่มีปัญหาให้กับผู้รับจ้างได้ เจ้าหน้าที่ของกรมทางหลวงชนบท จึงได้มีหนังสือลงวันที่ 15 มิถุนายน 2548 รายงานต่ออธิบดีกรมทางหลวงชนบทว่ามีเหตุขัดข้องในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น เพื่อให้งานก่อสร้างโครงการแล้วเสร็จโดยเร็ว จึงเห็นควรปรับลดรูปแบบบริเวณที่มีปัญหาดังกล่าว และให้ขยายเวลาก่อสร้างอีก 90 วัน ซึ่งอธิบดีกรมทางหลวงชนบทได้อนุมัติให้ดำเนินการตามที่เจ้าหน้าที่เสนอ หลังจากนั้น กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีคืนเงินค่าทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้รับหนังสือดังกล่าวแล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีเพิกเฉยไม่ยอมชำระเงินค่าทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีพร้อมดอกเบี้ย ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เห็นพ้องด้วย จึงอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายกฟ้องของผู้ฟ้องคดี

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556 จะเห็นได้ว่า การที่กรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี ต้องทำการแก้ไขรูปแบบการก่อสร้างถนนใหม่เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องเวนคืนที่ดินและรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นผลมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยอมไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ถูกเวนคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดี และไม่ยอมรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ถูกเวนคืนภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้ลงนามในบันทึกข้อตกลง ทั้งยังฟ้องคดีต่อศาลและมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการรื้อถอนอาคารสิ่งปลูกสร้างของผู้ถูกฟ้องคดีไว้ก่อนการพิพากษา อันเป็นพฤติการณ์ที่แสดงว่า

---

[378] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.1113/2553 คดีหมายเลขแดงที่ อ.363/2556

ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ยินยอมให้ผู้ฟ้องคดีเข้าทำการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นฝ่ายไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทน ซึ่งเหตุขัดข้องดังกล่าวทำให้งานก่อสร้างถนนสาย ก ตามผังเมืองรวมเมืองสะเดา จังหวัดสงขลาของผู้ฟ้องคดีไม่แล้วเสร็จตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างผู้รับเหมาก่อสร้างจนต้องขยายเวลาก่อสร้างไปอีก 90 วัน ซึ่งมีผลกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะของกรมทางหลวงชนบท ผู้ฟ้องคดี และสามารถยกเลิกสัญญาตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีได้ เพราะถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายผิดสัญญาและการยกเลิกสัญญาดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ของหน่วยงานทางปกครองที่จะดำเนินการดังกล่าวได้แม้ว่าตามบันทึกข้อตกลงการรับเงินค่าทดแทนดังกล่าวจะไม่ได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการยกเลิกสัญญาไว้ก็ตาม ดังนั้น จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556 เป็นการนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.2.2 หลักความได้สัดส่วน (กรณีของคำสั่งทางปกครอง)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547[379] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการในสังกัดของผู้ถูกฟ้องคดี ตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการ เมื่อปี พ.ศ. 2543 องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปช่วยราชการที่ส่วนกิจการสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด ในระหว่างที่ผู้ฟ้องคดีช่วยราชการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ตกับพวก ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่า บุคคลกลุ่มนี้ร่วมกันปฏิบัติหน้าที่ในการจัดซื้อเครื่องแบบนักเรียนโดยไม่ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบแบบแผนที่ทางราชการกำหนดไว้ ใช้อำนาจข่มขู่ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหน้าที่พัสดุ และกีดกันผู้เสนอราคารายอื่นอย่างไม่เป็นธรรม อีกทั้งเลือกปฏิบัติในการแจกจ่ายชุดนักเรียน ทำให้ราษฎรไม่ได้รับความเป็นธรรม ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีมีคำสั่งที่ 476/2544 ลงวันที่ 28 กันยายน 2544 ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากการช่วยราชการดังกล่าวและกลับไปปฏิบัติหน้าที่ราชการในตำแหน่งเดิม โดยให้ปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎาที่ผู้ถูกฟ้องคดีให้บริษัทเอกชนเช่าดำเนินการ มีหน้าที่ดูแลการใช้ท่าเทียบเรือรัษฎาให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และประสานงานระหว่างผู้เช่าท่าเทียบเรือกับผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ผู้ฟ้องคดีไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว จึงมีหนังสืออุทธรณ์คำสั่งขององค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ต่อนายกองค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต แต่องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ยืนยันคำสั่งเดิม ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งขององค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี และสั่งให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปปฏิบัติราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ส่วนอำนวยการ ขององค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ตามปกติ

---

[379] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.10/2546 คดีหมายเลขแดงที่ อ.90/2547

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความได้สัดส่วน มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเรื่อง หลักความได้สัดส่วน ซึ่งจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดซึ่งศาลได้ให้เหตุผลสรุปได้ว่า การออกคำสั่งทางปกครองจะชอบด้วยกฎหมายนั้นจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของข้าราชการในสังกัดเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น โดยจะต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน อันประกอบด้วยหลักการย่อย 3 ประการ คือ

ประการแรก หลักความสัมฤทธิ์ผล กล่าวคือ คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎา เป็นคำสั่งที่สามารถทำให้บรรลุเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะทำให้การกำกับดูแลการดำเนินกิจการท่าเทียบเรือรัษฎาสำเร็จลุล่วงไปได้ตามหลักการย่อยนี้

ประการที่สอง หลักความจำเป็น กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้น โดยไม่มีมาตรการหรือวิธีการอื่นใดที่ก่อให้เกิดผลกระทบที่น้อยกว่ามาตรการหรือวิธีการนี้ จากข้อเท็จจริงในคดีจะเห็นได้ว่า องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดียังสามารถหามาตรการอื่นได้อีกในการกำกับดูแลการดำเนินกิจการท่าเทียบดังกล่าวได้โดย องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ไม่จำเป็นต้องให้ข้าราชการในสังกัดออกไปปฏิบัติงานเป็นการประจำที่ท่าเทียบเรือดังกล่าวก็ได้ เนื่องจาก องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ให้เอกชนเช่าท่าเทียบเรือรัษฎาไปดำเนินการแทนแล้ว องค์การบริหารส่วนจังหวัดภูเก็ต ผู้ถูกฟ้องคดี จึงมีหน้าที่เพียงตรวจสอบการดำเนินการตามสัญญาของบริษัท ซีทรานทราเวิล จำกัดเป็นครั้งคราวตามความจำเป็นแก่กรณี ประกอบกับปัจจุบันการติดต่อสื่อสารสามารถกระทำได้โดยสะดวก เช่น โทรสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศประเภทอื่น หน้าที่ที่ผู้ถูกฟ้องคดีมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติจึงสามารถดำเนินการได้โดยไม่จำเป็นต้องออกไปนั่งปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎาดังกล่าว ประกอบกับผู้ฟ้องคดียังดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป 6 ซึ่งมีอาวุโสรองจากหัวหน้าส่วนอำนวยการ มีหน้าที่ความรับผิดชอบและลักษณะงานที่ต้องปฏิบัติโดยควบคุมตรวจสอบการจัดการงานต่าง ๆ หลายด้าน และส่วนอำนวยการมีกรอบอัตรากำลังจำนวน 9 อัตรา และมีข้าราชการตามกรอบอัตรากำลังจริงเพียง 6 อัตรา การให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎา จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้ อันทำให้การบริหารงานบุคคลไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือรัษฎาจึงเป็นคำสั่งที่ไม่เป็นไปตามหลักความจำเป็น ดังนั้น จึงถือได้ว่าคำสั่งดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนในการกระทำทางปกครอง

ประการสุดท้าย หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนี้ศาลได้ให้เหตุผลว่า คำสั่งจะชอบด้วยกฎหมายนั้นมหาชนจะต้องได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่ผู้ได้รับคำสั่งได้รับ ซึ่งเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย

ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยศาล

ได้มีการนำหลักการย่อยทั้งสามประการของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.2.3 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ (กรณีของกฎ)

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549[380] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีอำนาจหน้าที่ในการผลิต จัดให้ได้มา จัดส่งหรือจำหน่ายซึ่งพลังงานไฟฟ้าให้แก่การไฟฟ้านครหลวง การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค และผู้ใช้พลังงานไฟฟ้ารายอื่นตามที่กำหนดในกฎหมาย รวมทั้งประเทศใกล้เคียง และดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า แหล่งพลังงานอันได้มาจากธรรมชาติ รวมทั้งมีอำนาจดำเนินการอื่น ๆ เช่น สร้างเขื่อนกั้นน้ำ เขื่อนระบายน้ำ เขื่อนกักเก็บน้ำ อ่างเก็บน้ำ หรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์ของเขื่อน หรืออ่างเก็บน้ำ เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้าหรือเพื่อการพัฒนาการไฟฟ้าพลังน้ำ หรือเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการไฟฟ้า สร้างโรงไฟฟ้าประเภทต่าง ๆ สร้างระบบไฟฟ้า ตลอดจนกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในมาตรา 6 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ต่อมาในปี พ.ศ. 2541 รัฐบาลโดยกระทรวงการคลังและสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติในฐานะฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการกำกับนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจกับบริษัทที่ปรึกษาได้จัดทำแผนแม่บทการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจ เป็นเอกสารอ้างอิงสำหรับรัฐบาล กระทรวงต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ ฯลฯ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มศักยภาพการแข่งขันของประเทศ เพิ่มประสิทธิภาพการให้บริการโดยมีค่าบริการที่เหมาะสม ลดภาระทางการเงินของภาครัฐ และตอบสนองวัตถุประสงค์การให้บริการทางสังคมและการสร้างงาน มีเนื้อหาครอบคลุมธุรกิจสำคัญ 4 สาขา รวมทั้งธุรกิจไฟฟ้า สำหรับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยกำหนดการเปลี่ยนแปลงไว้เป็น 3 ขั้นตอน โดยให้แปลงสภาพเป็นบริษัทจำกัด ให้แปลงสภาพหน่วยส่ง และหน่วยธุรกิจอื่นเป็นบริษัทลูกภายใต้บริษัทการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งจะมีสถานะเป็นบริษัทรวมทุน (Holding Company) เปิดโอกาสให้บุคคลที่สามสามารถเข้าสู่ระบบส่งไฟฟ้าได้โดยใช้สายส่งของบริษัทระบบส่ง ส่งเสริมการแข่งขันในภาคการผลิตไฟฟ้า ทั้งการขายไฟฟ้าผ่านระบบตลาดกลาง (Power Pool) และขายตรงให้แก่ลูกค้ารายใหญ่ องค์กรกำกับดูแลจะดูแลในเรื่องหลักเกณฑ์และระดับราคา ซึ่งแผนแม่บทการปฏิรูปรัฐวิสาหกิจผ่านการอนุมัติจากคณะกรรมการนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจ และคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5) มีมติอนุมัติเมื่อวันที่ 1 กันยายน 2541

ในช่วงเวลาเดียวกันนั้น มีการยกร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... โดยนายกรัฐมนตรีได้เสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2541 และต่อมาได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา แต่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้ง หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 50/2542 ว่าร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. .... ไม่ขัดหรือแย้ง

---

[380] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.14/2548 คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.5/2549

ต่อกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และได้ประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 17 ธันวาคม 2542 ต่อมาวันที่ 23 มิถุนายน 2548 มีการประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ในราชกิจจานุเบกษา ให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 และในวันเดียวกันนี้ ปลัดกระทรวงการคลังได้ยื่นขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) เป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

คดีนี้มีประเด็นแห่งคดีที่ศาลต้องวินิจฉัยว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ในวันเดียวกับที่ได้จัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นและโอนกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปให้แก่บริษัทดังกล่าว ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องกระทำเพื่อจำกัดหรืองดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์บางกรณีตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 และกำหนดให้บริษัทคงมีอำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ การควบคุมการใช้อำนาจทางกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้อง และการรักษาประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับในวันเดียวกับวันที่ได้มีการจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) และโอนกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ทั้งหมด การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 จึงเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการเปลี่ยนสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจากรูปแบบเดิมที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 เป็นรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัด ตามที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ออกโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวทั้งสองฉบับ

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักเรื่อง ความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดี ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยใช้หลักดังกล่าวสรุปได้ว่า การเป็นกรรมการในคณะกรรมการจะต้องไม่ขัดต่อหลักความเป็นกลาง กล่าวคือ การออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 นั้น เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

หรือไม่นั้น คณะกรรมการหรือคณะบุคคลที่เป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวจึงต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดไว้โดยเคร่งครัด โดยคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว ถือเป็นสาระสำคัญของการดำเนินการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ทั้งนี้รวมไปถึงการจัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทที่จัดตั้งใหม่ และในกรณีที่มีการโอนกิจการของรัฐวิสาหกิจทั้งหมด คณะกรรมการดังกล่าวเป็นผู้จัดทำร่างพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดเงื่อนเวลายุบเลิกรัฐวิสาหกิจด้วย

การแต่งตั้งกรรมการที่มีลักษณะต้องห้ามเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่มีความไม่เป็นกลาง การที่ประธานกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งแต่งตั้งกรรมการ ผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการดังกล่าว โดยย่อมต้องรู้หรือควรจะรู้แล้วว่าการแต่งตั้งกรรมการดังกล่าวมีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย จึงเป็นการออกคำสั่งโดยขัดต่อกฎหมาย แม้ว่าจะมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอื่นปฏิบัติหน้าที่ได้ก็ตาม แต่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทถือเป็นองค์ประกอบพิเศษและมีความสำคัญในคณะกรรมการ เพราะเป็นบุคคลที่กฎหมายถือว่าต้องมีความเป็นกลาง ไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้น ดังนั้น ผลของการออกคำสั่งแต่งตั้งโดยขัดต่อกฎหมายดังกล่าว จึงถือได้ว่ามีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การดำเนินการของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทไม่มีความเป็นกลางและมีผลทำให้การกระทำใด ๆ ของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทเสียไปทั้งหมด หรือไม่มีผลทางกฎหมาย ซึ่งในการออกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับที่เป็นผลสืบเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

5.2.2.4 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ)

หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ) เป็นการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยหลักความไม่มีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการย้อนหลังไปดังกล่าวเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว ซึ่งการมีผลย้อนหลังของกฎหมายจึงอาจพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก เป็นกรณีการมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย และกรณีที่สอง กรณีการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ โดยมีตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในกรณีทั้งสอง ดังนี้

กรณีแรก กรณีการมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547[381] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา

คดีนี้ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า เมื่อเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจเมื่อกลางปี พ.ศ. 2540 คณะรัฐมนตรีมีมติให้ปรับลดงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2541 ของส่วนราชการต่าง ๆ สำหรับส่วนราชการที่มีสำนักงานในต่างประเทศ ได้มอบให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานหลักในการประสานงานการปฏิรูประบบบริหารราชการในต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศจึงได้จัดให้มีการประชุมร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่มีสำนักงานในต่างประเทศ เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2540 โดยพิจารณาเกี่ยวกับการปรับลดอัตรากำลังและปิดสำนักงานในต่างประเทศ รวมทั้งปรับลดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ผู้ฟ้องคดีรับราชการสังกัดสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักนายกรัฐมนตรี ปฏิบัติงานที่สำนักงานที่ปรึกษาฝ่ายเศรษฐกิจ (ด้านการลงทุน) ณ กรุงโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น ได้รับคำสั่งสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ 2/2541 ลงวันที่ 8 มกราคม 2541 ให้ย้ายมาปฏิบัติงานที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กรุงเทพมหานคร ตั้งแต่วันที่ 15 มกราคม 2541 ผู้ฟ้องคดีเดินทางกลับประเทศไทยและรายงานตัวปฏิบัติงานที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2541 หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้เบิกค่าใช้จ่ายในการย้ายถิ่นที่อยู่จากหน่วยงานต้นสังกัดในอัตราสามเท่าของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษสำหรับข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ประจำในต่างประเทศที่บุคคลดังกล่าวได้รับครั้งสุดท้ายก่อนเดินทางกลับประเทศไทยตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 70(4) แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2526 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะนั้น และผู้ฟ้องคดีได้รับเงินดังกล่าวไปแล้วตั้งแต่วันที่ 29 มกราคม 2541 ต่อมา ได้มีการออกพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2541 โดยแก้ไขอัตราการเบิกค่าใช้จ่ายในการย้ายถิ่นที่อยู่ในลักษณะเหมาจ่าย จากเดิมที่เบิกได้ในอัตราสามเท่าของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษสำหรับข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ประจำในต่างประเทศเปลี่ยนเป็นเหลืออัตราหนึ่งเท่าครึ่งของจำนวนเงินเพิ่มพิเศษสำหรับข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่ประจำในต่างประเทศ ให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2541 โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 23 ธันวาคม 2541 ซึ่งให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังนั้นจะเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่า การที่พระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้ย้อนหลัง จะเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เห็นว่า เกี่ยวกับวันบังคับใช้กฎหมายทั่วไป ไม่ว่ากฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายวิธีสบัญญัติ โดยปกติจะให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนหรือผู้อยู่ในบังคับภายใต้กฎหมายนั้นมีโอกาสทราบข้อความตามกฎหมายเป็นการล่วงหน้า แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายอาจจะกำหนดวันบังคับใช้เป็นอย่างอื่นได้ กล่าวคือ ให้ใช้บังคับตั้งแต่ในวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา หรือให้ใช้บังคับย้อนหลัง หรือให้ใช้บังคับในอนาคต หรือให้ใช้บังคับเมื่อระยะเวลาใด

---

[381] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ ฟ.7/2545 คดีหมายเลขแดงที่ ฟ.8/2547

ระยะเวลาหนึ่งล่วงพ้นไปแล้ว แต่ในกรณีกฎหมายที่กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลัง กฎหมายนั้นต้องกำหนดวันบังคับใช้ให้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับวันบังคับใช้ย้อนหลังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 32 บัญญัติว่า บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลากระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำผิดมิได้ แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำผิดทางอาญา ฉะนั้น เมื่อพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลังไว้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่อง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า ในกรณีกฎหมายที่กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลัง โดยกฎหมายนั้นกำหนดวันบังคับใช้ให้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต้องไม่ใช่กฎหมายที่มีโทษทางอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เมื่อพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2541 กำหนดวันใช้บังคับย้อนหลังไว้ชัดเจนและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายนั้น จะเห็นได้ว่า ไม่มีข้อห้ามหากกฎที่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้นั้นมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ หรือเป็นคุณต่อผู้ที่เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวมาแล้ว แต่หากเป็นกรณีที่ก่อให้เกิดภาระ หรือก่อให้เกิดผลกระทบกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง การให้มีผลย้อนหลังย่อมมีขอบเขตตามหลักของหลักความแน่นอนของกฎหมายกับหลักการคุ้มครองความสุจริต โดยตามหลักทั้งสองมิได้จำกัดการมีผลย้อนหลังโดยสิ้นเชิง จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนี้เป็นกรณีของการให้มีผลย้อนหลังโดยแท้ เนื่องจาก เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งได้ผ่านพ้นไปแล้ว และกฎหมายได้บัญญัติให้มีผลกับข้อเท็จจริงที่ได้สิ้นสุดไปแล้วนั่นเอง ซึ่งกรณีดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลัง[382] โดยในกรณีนี้ การที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจะต้องมีการแก้ไข ด้วยเหตุผลมาจากความจำเป็น เนื่องด้วยการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการ พ.ศ. 2526 โดยส่วนใหญ่มีหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินเท่าที่จ่ายจริงแต่ไม่เกินอัตราที่กำหนด ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการเบิกค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการเกินความจำเป็นโดยไม่คำนึงถึงงบประมาณที่ได้รับ สมควรกำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการระดับกรมหรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมขึ้นไป มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงบประมาณรายจ่ายเพื่อควบคุมดูแลให้การเดินทางไปราชการเป็นไปโดยประหยัดและใช้จ่ายเท่าที่จำเป็น และเพื่อให้การเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทางราชการโดยแท้จริง จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปราชการประจำสำนักงานแห่งใหม่ตามคำร้องขอของตนเอง ไม่มีสิทธิเบิก

---

[382] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 27.

ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการตามเจตนารมณ์ดังกล่าว ประกอบกับสมควรปรับปรุงอัตราค่าใช้จ่ายในการย้ายถิ่นที่อยู่ของผู้ที่ได้รับคำสั่งให้ไปดำรงตำแหน่งประจำในต่างประเทศ หรือกรณีที่ผู้นั้นเดินทางกลับประเทศไทยให้เหมาะสมกับสภาวะเศรษฐกิจในปัจจุบัน เพื่อเป็นการประหยัดงบประมาณรายจ่าย อันจัดเป็นเหตุผลเกี่ยวกับความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว ดังนั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

กรณีที่สอง กรณีการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด เช่น

1. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554[383] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ผู้ฟ้องคดีทั้งสามประกอบวิชาชีพพยาบาลและการผดุงครรภ์ โดยผู้ฟ้องคดีที่ 1 และผู้ฟ้องคดีที่ 2 ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบโรคศิลปะและแผนปัจจุบัน ในสาขาการพยาบาล สาขาผดุงครรภ์ และสาขาการพยาบาลและผดุงครรภ์ ตั้งแต่วันที่ 16 ตุลาคม 2510 และ วันที่ 9 มิถุนายน 2523 ตามลำดับ ซึ่งใบอนุญาตดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พุทธศักราช 2479 ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ 3 ได้รับใบอนุญาตตั้งแต่วันที่ 9 มิถุนายน 2535 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติวิชาชีพพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 โดยใบอนุญาตที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามได้รับนั้นเดิมไม่ได้กำหนดวันหมดอายุไว้ ต่อมา ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 โดยมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้เพิ่มความในวรรคสามของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 โดยบัญญัติให้ใบอนุญาตทุกประเภทมีอายุ 5 ปี นับแต่วันที่ออกใบอนุญาต และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้บัญญัติให้ใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันในสาขาการพยาบาล สาขาการผดุงครรภ์ และสาขาการพยาบาลและการผดุงครรภ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พุทธศักราช 2479 หรือใบอนุญาตที่ออกตามพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 มีอายุต่อไปอีก 5 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งมีผลทำให้ใบอนุญาตที่ออกโดยพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับหมดอายุลงพร้อมกันในวันที่ 23 ธันวาคม พ.ศ. 2545 แต่ก่อนถึงกำหนดที่ใบอนุญาตเดิมจะหมดอายุลง สภาการพยาบาล ผู้ถูกฟ้องคดี โดยคณะกรรมการสภาการพยาบาลได้ออกข้อบังคับสภาการพยาบาล ว่าด้วยการขึ้นทะเบียน การออกใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต และการอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล การผดุงครรภ์ หรือการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 30 เมษายน 2545 โดยกำหนดให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 เมษายน 2545 เป็นต้นไป แต่ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2545 นั้น สามารถกระทำได้หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ศาลเห็นว่า การที่สภาการพยาบาล ผู้ถูกฟ้องคดี ได้ให้เหตุผลว่าเพื่อให้ผู้ที่ผ่านการ

---

[383] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.324-326/2549 คดีหมายเลขแดงที่ อ.331-333/2554

ทดสอบความรู้ในการขอขึ้นทะเบียนรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์แล้ว สามารถขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตในเดือนเมษายน พ.ศ. 2545 ได้โดยไม่เสียสิทธิ เป็นกรณีที่มีเหตุผลและเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ผ่านการทดสอบความรู้ดังกล่าว จึงเป็นการออกข้อบังคับย้อนหลังไปโดยชอบ อันเป็นเหตุผลที่รับฟังได้ ประกอบกับข้อบังคับสภาการพยาบาลดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขึ้นทะเบียน การออกใบอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ เนื่องจากผู้นั้นไม่เคยมีใบอนุญาตหรือใบอนุญาตถูกเพิกถอน และใช้บังคับแก่ผู้ที่ประสงค์จะขอต่ออายุใบอนุญาต เนื่องจากใบอนุญาตเดิมจะหมดอายุลงตามผลของมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 ซึ่งการที่ข้อบังคับสภาการพยาบาลฉบับลงวันที่ 30 เมษายน 2545 กำหนดให้ผลของกฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 เมษายน 2545 เป็นต้นไป ก็เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ซึ่งนับว่าเป็นคุณแก่ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ มิฉะนั้นก็อาจจะเกิดปัญหาในการประกอบวิชาชีพได้ โดยการออกกฎหมายนี้เป็นการบังคับเอากับผู้ที่เกี่ยวข้องในวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ทั้งหมด ไม่เฉพาะแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเท่านั้น การออกกฎหมายหรือกฎหรือข้อบังคับโดยทั่วไปจะเป็นการออกโดยให้มีผลบังคับใช้วันที่กำหนดแน่นอนในภายหน้า เช่น ในวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาหรือวันถัดจากวันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่ถ้าในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะสามารถดำเนินไปได้ ฝ่ายบริหารก็สามารถจะออกกฎหรือข้อบังคับให้มีผลบังคับใช้ในวันที่กำหนดแน่นอนย้อนหลังได้ ซึ่งการออกข้อบังคับสภาการพยาบาลฉบับลงวันที่ 30 เมษายน 2545 ของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นไปเพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ. 2528 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 สามารถดำเนินการต่อไปได้ตามความมุ่งหมายของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บท อีกทั้งไม่มีลักษณะเป็นโทษต่อผู้ถูกบังคับใช้ การออกข้อบังคับสภาการพยาบาลนี้จึงเป็นการออกข้อบังคับที่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถกระทำได้

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่อง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า การที่สภาการพยาบาล ผู้ถูกฟ้องคดีออกข้อบังคับสภาการพยาบาลฉบับลงวันที่ 30 เมษายน 2545 กำหนดให้ผลของกฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 เมษายน 2545 เป็นต้นไป โดยการออกกฎหมายนี้เป็นการบังคับเอากับผู้ที่เกี่ยวข้องในวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ทั้งหมด ไม่เฉพาะแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเท่านั้น ซึ่งนับว่าเป็นคุณแก่ผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ จึงเป็นการออกข้อบังคับที่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถกระทำได้ โดยที่หลักความไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายที่เรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลใช้บังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมา ซึ่งหากมีผลไปในทางที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องย่อมสามารถทำได้ และจากคำพิพากษาดังกล่าว ในการออกข้อข้อบังคับสภาการพยาบาล ฉบับลงวันที่ 30 เมษายน 2545 กำหนดให้ผลของกฎหมายย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 9 เมษายน 2545 เป็นต้นไปนั้น จะเห็นได้ว่าการออกข้อบังคับดังกล่าวย้อนหลังย่อมเป็นประโยชน์ หรือเป็นคุณแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในวิชาชีพการ

พยาบาลและการผดุงครรภ์ทั้งหมด ไม่เฉพาะแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามเท่านั้น ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความไม่มีผลย้อนหลังมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 66/2553[384] เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้นำมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ไปออกเป็นประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และการที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไปออกประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของเทศบาลแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 42) พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 11 เมษายน 2549 โดยประกาศทั้งสองฉบับให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 โดยที่ประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 เป็นมาตรฐานทั่วไปที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้คณะกรรมการพนักงานจังหวัด (ก.ท.จ.) ใช้เป็นกรอบและแนวทางในการนำไปกำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อให้เทศบาลต่าง ๆ ยึดถือเป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินการสอบแข่งขัน ประกาศดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นกฎ และต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันความมั่นคงของนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองกับประชาชนหรือผู้อยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งก่อนที่จะมีการออกประกาศดังกล่าว ประกาศฉบับเดิมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้กำหนดให้มีการขอใช้บัญชีผู้สอบแข่งขันได้ของเทศบาลหนึ่งโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือส่วนราชการอื่นได้ ซึ่งเทศบาล ต่าง ๆ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีก็ได้ดำเนินการสอบแข่งขันโดยยึดถือตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว อีกทั้งในส่วนของผู้สมัครสอบแข่งขันก็ได้เข้าสมัครสอบแข่งขันโดยมีความเชื่อโดยสุจริตว่า ถ้าตนสอบแข่งขันได้ก็จะมีสิทธิดังกล่าว เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จะยกเลิกมาตรฐานทั่วไปที่กำหนดไว้เดิมและจะกำหนดมาตรฐานทั่วไปขึ้นใหม่ที่มีสาระสำคัญแตกต่างไปจากมาตรฐานเดิมในนัยที่สำคัญเช่นนี้ ก็จะต้องกำหนดให้มีผลใช้บังคับในอนาคต เพื่อให้ ก.ท.จ. ต่าง ๆ ได้มีเวลาดำเนินการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ และให้เทศบาลต่าง ๆ รวมทั้งผู้ฟ้องคดีและผู้สมัครสอบแข่งขันได้มีโอกาสพิจารณาปรับตัวให้สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นใหม่ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ได้ออกประกาศดังกล่าวโดยให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

---

[384] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.635/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ.66/2553

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” เรื่องหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.66/2553 จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่อง หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลได้ให้เหตุผลว่า ประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และการที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไปออกประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของเทศบาลแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 42) พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 11 เมษายน 2549 โดยประกาศทั้งสองฉบับให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 นั้น เป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงเป็นกฎ ดังนั้น ประกาศทั้งสองฉบับดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า นิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลัง โดยศาลได้พิพากษาให้เพิกถอนประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และประกาศของคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฉบับลงวันที่ 11 เมษายน 2549 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนี้เป็นกรณีของการให้มีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ เนื่องจาก เป็นกรณีที่กฎหมายได้เชื่อมโยงกับข้อเท็จจริงที่ได้เริ่มเกิดขึ้นแล้วในอดีต แต่ข้อเท็จจริงนั้นยังมิได้สิ้นสุดลงในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ และกฎหมายได้กำหนดให้มีผลสำหรับข้อเท็จจริงนั้นในอนาคต ซึ่งกรณีดังกล่าวจำเป็นที่จะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการคุ้มครองความสุจริต กับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ[385] โดยในกรณีนี้ไม่มีการให้เหตุผลในเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ จึงต้องไปพิจารณาจากหลักการคุ้มครองความสุจริตเท่านั้น ผลจึงทำให้มีผลใช้บังคับย้อนหลังไม่ได้นั่นเอง ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และการที่คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 นำประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าวไปออกประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของเทศบาลแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 42) พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 11 เมษายน 2549 โดยให้ประกาศทั้งสองฉบับมีผลใช้บังคับย้อนหลังไปถึงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 66/2553 แสดงให้เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องความไม่มีผลย้อนหลัง

---

[385] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, หน้า 27.

ของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักดังกล่าว

กรณีหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (กรณีของกฎ) มีข้อสังเกตว่า การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับคดีของศาลปกครองสูงสุดในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” นั้น มีกรณีที่ศาลได้มีคำพิพากษาให้กฎมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 เป็นต้น

จากการวิเคราะห์การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทย จะเห็นได้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ได้ถูกพัฒนาและนำมาใช้โดยศาลปกครอง ซึ่งจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแสดงให้เห็นถึง “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักใหม่ ๆ เกิดขึ้นในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดย “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลักกฎหมายศาลได้นำมาจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ และความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งจากการวิเคราะห์การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลนั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์การใช้ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในหลักกฎหมายนั้น ๆ โดยในการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้มีการแบ่ง “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเป็น 2 ฐานะ คือ การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น การที่ศาลนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 การที่ศาลนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550 การที่ศาลนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง มาปรับใช้ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555 และคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547 ซึ่งเป็นกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกรณีความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553 และคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ที่เป็นการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 โดยศาลได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ตาม การนำหลักความได้สัดส่วน ที่เป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้นพบว่า มีทั้งที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายดังกล่าว จากการที่ศาลนำหลักความได้สัดส่วนที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554 และกรณีที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของหลักกฎหมายดังกล่าวในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2555

การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น การที่ศาลได้นำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556 หลักความได้สัดส่วน ที่เป็นการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง มาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547 หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ มาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2549 และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ที่เป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ มาปรับใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.66/2553 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 โดยในการวิเคราะห์การนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาล พบว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ “หลักกฎหมายทั่วไป” หลักกฎหมายนั้น ๆ

จากการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ว่า นอกจาก “หลักกฎหมายทั่วไป” เป็นหลักกฎหมายที่มิได้เป็นลายลักษณ์อักษร อันเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งซึ่งศาลปกครองได้นำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปยังมีสถานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องที่ศาลได้นำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีซึ่งเป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หากศาลปกครองได้มีการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ อันเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ หรือคำสั่งทางปกครองก็ตาม จะเป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และมีสถานะทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติครอบคลุมถึงการใช้ในทุกกรณี กล่าวคือ ทั้งการกระทำทางปกครองที่เป็นกฎ และคำสั่งทางปกครองด้วย แต่หากศาลนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ อันเป็นบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลกับการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครอง จะเป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่หากศาลนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับการกระทำทางปกครองประเภทกฎแล้ว จะเป็นการใช้หลักกฎหมายนั้นในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ทั้งนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติถึงการใช้หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่กับการกระทำทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติไปถึงการกระทำทางปกครองประเภทกฎด้วยนั่นเอง อย่างไรก็ตาม สถานะทางกฎหมายของหลักกฎหมายดังกล่าวนั้นมีสถานะทางกฎหมายในระดับกฎหมายปกครองเช่นเดียวกัน เป็นต้น ประกอบกับการที่ศาลได้ค้นหา “หลักกฎหมายทั่วไป” จากตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้นก็เพื่อผดุงไว้ซึ่งความยุติธรรม

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาในหัวข้อ “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย” อันประกอบด้วยแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย รวมถึงการวิเคราะห์การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทยแล้ว ซึ่งนำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะ ดังนี้

6.1 บทสรุป

หลักกฎหมายทั่วไปมีรากฐานมาจาก 2 แนวคิดใหญ่ ๆ ได้แก่ แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติและแนวคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งจากการศึกษาแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของทั้งในประเทศฝรั่งเศส ที่ถือว่าเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ และประเทศอังกฤษ ที่ถือเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ รวมถึงประเทศไทยแล้ว พบว่า รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของทั้งสามประเทศข้างต้นต่างมีรากฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ หรือแนวคิดของหลักนิติรัฐ โดยประเทศฝรั่งเศสนั้น การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปมีความเกี่ยวโยงกับแนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ส่วนประเทศไทยซึ่งจัดอยู่ในระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีรากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปมาจากหลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศอังกฤษจะจัดอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ แต่ศาลยุติธรรมของอังกฤษได้พิจารณาวางหลักเกณฑ์การตัดสินคดีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้แน่นอนมั่นคงขึ้น ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีรากฐานแนวคิดมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และหลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ หรือประเทศไทยก็ตาม ต่างมีรากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่แตกต่างกัน ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีรากฐานมาจากแนวคิดของหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม ซึ่งได้กลายเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย แม้ว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” บางหลักกฎหมายได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว และถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ในขณะที่หลักกฎหมายบางหลักยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และถูกนำใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” โดยที่ศาลได้ยึดมั่นในหลักนิติธรรม ซึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงได้มีการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคดี โดยวางหลักเกณฑ์การใช้หลักกฎหมายดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น และค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง ซึ่งจากการศึกษาความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย จะเห็นได้ว่า มีความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลเป็นผู้สกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักกฎหมายต่าง ๆ และวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา โดยขอบเขตของการใช้หลักกฎหมายทั่วไป คือ เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเป็นหลักที่นำมาซึ่งความยุติธรรม ที่เป็นผลมาจากการที่หลักกฎหมายทั่วไปมีแนวคิดที่มีรากฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ และแนวคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ทั้งในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ รวมทั้งประเทศไทยที่อยู่ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ นั้น ต่างได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยกันทั้งสิ้น

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย ได้ถูกนำมาใช้เป็นเวลานานแล้ว โดยวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร การใช้หลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการวางหลักกฎหมายทั่วไป ได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และศาลยุติธรรม โดยได้วางหลักกฎหมายทั่วไปไว้ในคำวินิจฉัย เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น หรือคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่า วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในช่วงนี้มีไม่มากนัก โดยมีเพียงหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักที่ถูกนำมาใช้และมีข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะคดีปกครองที่ขึ้นสู่ศาลเท่านั้น อย่างไรก็ดี วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปได้มีการพัฒนาขึ้นในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยหลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ประกอบกับต่อมาได้มีการเปิดทำการของศาลปกครอง ซึ่งศาลมีความจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้นำมาจากศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส และหลักดังกล่าวยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครองไทย การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้กับคดี จึงเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายหลัก ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้ได้มีการวิเคราะห์ถึงตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะในส่วนหลักสารบัญญัติมาปรับใช้กับคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองประเภทกฎ และคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นปัญหาค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ ประกอบกับมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่สามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวสามารถนำไปปรับใช้ได้กับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ ด้วย เช่น สัญญาทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้นำมาใช้ในการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความได้สัดส่วน หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1. หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งหลักความเสมอภาคให้ความสำคัญกับมนุษย์ว่าย่อมจะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา และถิ่นกำเนิด เป็นต้น หลักความเสมอภาคจึงถือเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยหลักความเสมอภาคมีหลักการว่า สิ่งที่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือไม่แตกต่างกัน ในทางกลับกัน สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันหรือแตกต่างกัน โดยการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น ทั้งในกรณีของกฎ และคำสั่งทางปกครองจะเป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

2. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับเฉพาะความเป็นมนุษย์เท่านั้น ซึ่งย่อมไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น และเป็นคุณค่าที่มิอาจจะล่วงละเมิดได้ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว การนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีของกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”

3. หลักความได้สัดส่วน โดยหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย ซึ่งหลักนี้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาใช้พิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการกระทำของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล ประกอบกับการที่ศาลได้ยอมรับเสมอมาว่าในการใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน และศาลได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณและเกิดความเป็นธรรมเสมอมา โดยการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็น

ลายลักษณ์อักษร” และกรณีที่ศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในกรณีของคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

4. หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย ในกฎหมายปกครองไทยนั้นได้ถูกบัญญัติและรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 13 และมาตรา 16 โดยเจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสียในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการปฏิบัติราชการได้ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมต่อคู่กรณี

กรณีที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัย หรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก คือ ความไม่เป็นกลางที่มีอยู่ภายนอกความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ อันมีเหตุมาจากสถานภาพ หรือฐานะของตัวเจ้าหน้าที่ ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณี จนอาจเกิดความไม่เป็นกลาง โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จากบทบัญญัติในมาตรานี้ได้บัญญัติถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เช่น เป็นคู่กรณีเอง หรือกรณีมีความสัมพันธ์เป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น และความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย หรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง ที่จะเห็นได้ว่าอาจทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ เช่น เป็นคู่อริหรือมีสาเหตุโกรธเคืองอย่างร้ายแรงกับคู่กรณี การที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เนื่องจาก เกรงว่าหากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วจะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ในบริเวณเดียวกันซึ่งเป็นภรรยาของตน หรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย เป็นต้น โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้กับคดีของศาล แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีการนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้ในกรณีของคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และกรณีที่ศาลนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

5. หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย ในการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นจะต้องปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ ทั้งนี้ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการความต้องการของประชาชน ซึ่งหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ จัดเป็นลักษณะประการสำคัญของกิจการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม โดยการจัดทำกิจการบริการสาธารณะต้องปรับปรุง เปลี่ยนแปลงกิจการบริการสาธารณะให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชนอยู่เสมอด้วย การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้กับคดีของศาล ทั้งในกรณีของกฎ และคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

6. หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง โดยหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทในฐานะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ โดยหลักดังกล่าวเป็นแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศซึ่งประเทศไทยยอมรับเข้ามาด้วย แต่ต่อมาภายหลังหลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้ในกรณีของคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” และกรณีที่ศาลนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเกี่ยวกับกรณีข้างต้น คือ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐและมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปแล้วจะเป็นประโยชน์ หรือเป็นคุณแก่บุคคลแล้ว เช่น ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า กฎนั้นอาจมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 หรือเป็นกรณีของการมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลัง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8/2547 หรือกรณีของการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหากเป็นไปตามหลักดังกล่าวนิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้

จากการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยโดยศาลปกครองสูงสุด ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนขอสรุปโดยสังเขป ดังนี้

ตารางที่ 6.1 ตัวอย่างการปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป เรื่อง	**การปรับใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร”**		**การปรับใช้ในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”**	
	กรณีของกฎ	กรณีของคำสั่งทางปกครอง	กรณีของกฎ	กรณีของคำสั่งทางปกครอง
หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ	√	√		
การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	√	√		
หลักความได้สัดส่วน	√			√
หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่		√	√	
หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้			√	√
หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง		√	√	

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมถึงมีบทบาท

ที่สำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองไทย โดยศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีได้อย่างเป็นรูปธรรม ทำให้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์และบริบทของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปมีความชัดเจนยิ่งขึ้นจากการที่ศาลได้ค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และที่สำคัญคือเพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม

6.2 ข้อเสนอแนะ

การศึกษาเรื่อง หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างยิ่งหากได้มีการนำสิ่งที่ได้จากการศึกษามาปรับปรุงแก้ไขในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในกฎหมายปกครองไทย ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทาง ดังนี้

1. การให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง ทั้งนี้ควรให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนสารบัญญัติ จากการศึกษาพบว่า ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปมีเพียงบางหลักกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้ โดยมีข้อจำกัดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้เฉพาะกับคดีปกครองที่ขึ้นสู่ศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยช่วงเวลาดังกล่าวพัฒนาไปได้ไม่มากนัก ทั้งนี้ เนื่องจากปัญหาที่มาจากการจัดหลักสูตรกฎหมายปกครองที่เน้นไปในเรื่องของการจัดองค์กรเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้มีการเน้นที่จะศึกษากฎหมายปกครองในส่วนสารบัญญัติ ดังนั้น การให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่ถูกต้องตั้งแต่เริ่มต้นของการศึกษากฎหมายปกครอง เพื่อให้ผู้ศึกษาเข้าใจถึงแก่นแท้ของกฎหมายปกครองและสามารถนำกฎหมายปกครองไปใช้ได้อย่างถูกต้องต่อไป

2. การศึกษาและการนำหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย โดยการส่งเสริมให้มีการศึกษา ค้นคว้า และวิจัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ โดยที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ไม่ว่าจะเป็นในต่างประเทศหรือประเทศไทย ต่างจัดว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเครื่องมือที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในกรณีที่ศาลไม่พบบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ดังนั้น การนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายต่าง ๆ ในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกพัฒนาและนำมาใช้โดยสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น โดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้วย่อมทำให้เห็นถึงหลักกฎหมายนั้นได้มีการพัฒนาและมีความสมบูรณ์ในตัวเอง และโดยที่ประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการในกฎหมายปกครองที่ยาวนานกว่าประเทศไทย ดังนั้น การศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศและนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาปรับใช้ในประเทศไทยย่อมทำให้เกิดผลดีต่อการพัฒนากฎหมายปกครองไทย ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าต้องศึกษาหลักกฎหมายนั้น ๆ ให้ถ่องแท้ ซึ่งจะทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าจะมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร หากได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ในประเทศไทย

3. การค้นหาและการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดี ทั้งนี้ ย่อมอยู่ในขอบเขตของการใช้หลักกฎหมายทั่วไป โดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น อันเป็นการผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม แต่ทั้งนี้ ถ้าใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพบว่า ศาลได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีอย่างถูกต้องและเหมาะสม ถึงแม้ว่าต่อมา หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะได้นำมาใช้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า การปฏิบัติต่อบุคคลเยี่ยงวัตถุ เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อันจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550

4. หลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักกฎหมายได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และถูกนำมาใช้ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักกฎหมายยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหากฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นมาบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วย่อมจะทำให้เกิดความแน่นอน และมีสภาพบังคับที่ชัดเจน ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบันศาลปกครองได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีมากขึ้น โดยในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีนั้น ศาลต้องพยายามที่จะอ้างอิงหรือยึดโยงหลักดังกล่าวจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อไม่ให้เกิดความรู้สึกว่าศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นเอง

5. ศาลปกครองมีความจำเป็นต้องพัฒนากฎหมายปกครองเพื่อให้เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐมาปรับใช้กับคดี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้วางองค์ประกอบในการนำหลักกฎหมายดังกล่าว อันนำไปสู่ความรับผิดของรัฐโดยปราศจากความผิด โดยเป็นความรับผิดของรัฐอันเนื่องจาก การที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ต้องสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐต้องรับผิดสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับผิดตามหลักความรับผิดทางละเมิด ดังนั้น หากศาลได้วางหลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดของรัฐในคำพิพากษาแล้ว ย่อมจะทำให้เกิดพัฒนาการของหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นอย่างเป็นระบบในกฎหมายปกครองไทย

6. การวางหลักเกณฑ์ในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปขององค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครอง ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าว และในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปหลักเดียวกันควรเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จากการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพบว่า มีปัญหาเกี่ยวกับ การนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่มีอยู่ก่อนแล้ว ดังที่ได้เคยมีการศึกษาวิจัยแนวคำพิพากษาศาลปกครองในคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และจากการศึกษาเกี่ยวกับการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ใน

การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลก็พบว่ายังคงมีปัญหาอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ในบางคำพิพากษาของศาลนั้นมิได้วางหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน จึงทำให้การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองขาดความชัดเจนและความแน่นอน ซึ่งหากศาลมองข้ามปัญหาดังกล่าว โดยไม่นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลในทุก ๆ คำพิพากษาของศาลแล้ว อาจส่งผลต่อรูปคดีอันเป็นการไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ประกอบกับเป็นการทำให้ฝ่ายปกครองจะได้ตระหนักถึงการใช้อำนาจในการกระทำทางปกครองของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง และเกิดความชัดเจนว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น จะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสมอ อันเป็นการส่งผลให้การฟ้องคดีไปยังศาลปกครองลดน้อยลงด้วยนั่นเอง

บรรณานุกรม

กนกวรรณ อิทธิวิภาค. **ศาลปกครองกับหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครอง (ศึกษาเปรียบเทียบประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย)**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **สาระสำคัญพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2539.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน-ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวคิดทางทฤษฎี. **ดุลพาห**. 39 (กันยายน-ตุลาคม 2535): 72-133.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.** กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

กำธร กำประเสริฐ และสุเมธ จานประดับ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยระบบกฎหมายหลัก**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซิวิลลลอว์และคอมมอนลอว์ (ตอนที่ 2). **ดุลพาห.** 41, 2 (มีนาคม-เมษายน 2537): 59-85.

กิตติศักดิ์ ปรกติ. หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย. ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์.** กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552. หน้า 15-83.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักแห่งความเสมอภาคตามกฎหมายฝรั่งเศส. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเวบไซต์ www. pub-law.net.** นันทวัฒน์ บรมานันท์, บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: พี. เพรส, 2545.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

คณะกรรมการกฤษฎีกา. เลขเสร็จ 22/2543. มกราคม 2543. **เรื่อง หารือปัญหาข้อกฎหมายกรณีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกสารการสอบ (กรณีการสอบคัดเลือกเข้าศึกษาในชั้นประถมศึกษาปีที่ 1 โรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์)**.

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เลขเสร็จ 165/2547. มีนาคม 2547. **เรื่อง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ขอหารือเหตุซึ่งมีสภาพรายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง.**

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. เลขเสร็จ 335/2546. พฤษภาคม 2546. **เรื่อง การดำเนินการของผู้มีอำนาจในสวนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ที่มีหุ้นอยู่ในหางหุ้นสวนหรือบริษัทที่เป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของตน.**

จรูญ สุภาพ และคณะ. **การเมืองการปกครองยุโรป อังกฤษ ฝรั่งเศส เบเนลักซ์**. กรุงเทพมหานคร: ไทยวัฒนาพานิช, 2523.

จันทจิรา เอี่ยมมยุรา และคณะ. **รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ**. รายงานการวิจัย สำนักงานศาลปกครอง, 2549.

จิตติ ติงศภัทย์. **รวมคำบรรยาย หลักวิชาชีพนักกฎหมาย: ทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

จิตติ ติงศภัทิย์, อมร จันทรสมบูรณ์ และวิษณุ เครืองาม. กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง. **วารสารกฎหมาย**. 3, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม, 2520): 205-233.

จิรนิติ หะวานนท์. **คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (ภาคทั่วไป)**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **สาระน่ารู้เกี่ยวกับ "กฤษฎีกา"**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2542.

ชูชัย งามวสุลักษณ์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: ด่านสุทธาการพิมพ์, 2546.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: จิรรัชการพิมพ์, 2540.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **นิติรัฐ นิติธรรม**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ณรงค์เดช สรุโฆษิต. รองศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 11 กุมภาพันธ์ 2558. การสัมภาษณ์.

ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง. **วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์**. ค้นวันที่ 23 กันยายน 2558 จาก http://www.library.coj.go.th

ดิเรก ควรสมาคม. **กฎหมายมหาชน: แนวประยุกต์**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

เตรง, ชอง-ปีแอร์. เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไป. **วารสารวิชาการศาลปกครอง.** 6, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 72-79.

เตรง, ชอง-ปีแอร์. สถานะของหลักกฎหมายทั่วไปในลำดับชั้นของกฎหมาย. **วารสารวิชาการศาลปกครอง.** 6, 1 (มกราคม- เมษายน 2549): 80-92.

เตรง, ชอง-ปีแอร์. หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยสภาแห่งรัฐ. **วารสารวิชาการศาลปกครอง.** 6, 1 (มกราคม- เมษายน 2549): 53-71.

ธานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ. **การตีความกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

ถาวร เกียรติทับทิว. **คำอธิบาย กฎหมายปกครอง ศาลปกครอง คดีปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2549.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **รายงานการวิจัยเรื่อง การใช้สิทธิทางศาลของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิ หรือเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมาตรา 28 ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว.** กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องหลักความเสมอภาค**. กรุงเทพมหานคร: องค์การค้าของคุรุสภา, 2543.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ. **รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักความได้สัดส่วนในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2558.

บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. หลักความได้สัดส่วนตามหลักกฎหมายของเยอรมันและฝรั่งเศส. **วารสารกฎหมายปกครอง.** 19, 1 (เมษายน 2543): 166-197.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส. **ดุลพาห.** 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2537): 82-105.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย. ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2537.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. สกุลกฎหมายโรมาโน-เยอรมานิก. ใน **เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7.** พิมพ์ครั้งที่ 3. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.** พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. **หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, 2546.

บุบผา อัครพิมาน. หลักกฎหมายทั่วไป. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 1-26.

ประกอบ หุตะสิงห์. การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเทียบเคียงกับหลักกฎหมายเยอรมัน. **บทบัณฑิตย์**. 1 (2481-2482): 1207.

ประยูร กาญจนดุล. **คำบรรยายกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

ประสาท พงษ์สุวรรณ์ และสุรีย์ เผ่าสุขถาวร. หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 2, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2545): 95-143.

ประสิทธิ ปิวาวัฒนพานิช. **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการส่งเสริมการสร้างตำรา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ประสิทธิ อัจฉริยสกุลชัย. **การประกันสิทธิตามข้อเรียกร้องของหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติในกฎหมายปกครองไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

ประสิทธิ์ โฆวิไลกูล. **กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2548.

ปรีดี เกษมทรัพย์. **กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2541.

ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. 11, 2 (เมษายน-มิถุนายน 2554): 38-52.

ปิยะบุตร แสงกนกกุล. **กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

พนม เอี่ยมประยูร. หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส. ใน **ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544.

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. การสร้างกระบวนการเรียนรู้หลักนิติรัฐในระดับองค์กรและระดับบุคคล. ใน **รายงานการประชุมทางวิชาการกระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 8 และการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 7.** 2-3 กันยายน 2553 ณ ศูนย์การประชุมอิมแพค เมืองทองธานี จังหวัดนนทบุรี. หน้า 425-472.

ไพจิตร ปุญญพันธุ์. หลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม). **วารสารนิติศาสตร์**. 27, 1 (มีนาคม 2540): 18-30.

ภชฤทธิ์ นิลสนิท. **หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

ภาคภูมิ โกกะอินทร์. **หลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

ภานุพันธ์ ชัยรัต. **การพัฒนาหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2549.

ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร. การตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน. **วารสารการเมือง การปกครอง และกฎหมาย**. 7, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2558): 169-194.

ภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร. ความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง. **วารสารการเมือง การปกครอง และกฎหมาย**. 8, 1 (มกราคม-เมษายน 2559): 479-506.

มานิตย์ จุมปา. **ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

ยสวดี นิลคูหา. **หลักกฎหมายห้ามมิให้มีผลย้อนหลังในระบบกฎหมายไทย: ศึกษากรณีกฎหมายอื่นที่มิใช่กฎหมายที่มีโทษทางอาญา**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

รัชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์. การปฏิรูประบบศาลของประเทศอังกฤษ: จาก The House of Lords สู่ Supreme Court of United Kingdom. **วารสารวิชาการศาลปกครอง**. ฉบับพิเศษ (1 ตุลาคม 2552): 250-273.

ฤทัย หงส์สิริ. การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและมาตรการของรัฐที่ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรม. **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ**. 2, 6 (กันยายน-ธันวาคม 2543): 19-36.

ฤทัย หงส์สิริ. นิติกรรมทางปกครอง. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

ฤทัย หงส์สิริ. **ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การใช้การตีความกฎหมายมหาชน. ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์.** กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552. หน้า 311-356.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน: มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย. **วารสารนิติศาสตร์**. 30, 2 (มิถุนายน 2543): 184-194.

วรดนู จิวาระนันทน์. **หลักความได้สัดส่วนในระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การตีความกฎหมายมหาชน. ใน **งานวิชาการรำลึกศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์.** กรุงเทพมหานคร: กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552. หน้า 357-362.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง. ใน **รวมบทความทางวิชาการทางกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539**. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการว่าด้วย “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

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

วรรณภา ติระสังขะ. **กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศส: หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (La charte de l’ environnement)**. ค้นวันที่ 23 ธันวาคม 2559 จาก http://www.pub-law.net

วิษณุ เครืองาม. การศึกษากฎหมายในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงเปรียบเทียบ. ใน **เอกสารประกอบการสอนชุดวิชาระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ หน่วยที่ 1-7**. พิมพ์ครั้งที่ 3. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2544.

วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

วุฒิชัย จิตานุ. การบังคับใช้หลักการสัดส่วน (Principle of Proportionality). **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ.** 8, 22 (มกราคม-เมษายน 2549): 41-68.

ศรีรัตน์ งามนิสัย. **หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักความเสมอภาค. **วารสารนิติศาสตร์.** 30, 2 (มิถุนายน 2543): 160-183.

สมยศ เชื้อไทย. **ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2550**.**

สมยศ เชื้อไทย. **คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535.

สรรเสริญ ไกรจิตติ. ระบบศาลปกครองเปรียบเทียบ: ทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดสำหรับประเทศไทย. **ดุลพาห.** 41, 3 (พฤษภาคม-มิถุนายน 2534): 1-29.

สำนักงานศาลปกครอง. **สรุปหลักกฎหมายหลักความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2552.

สำนักงานศาลปกครอง. **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลปกครอง, 2547.

สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. **สรุปหลักกฎหมายปกครอง เรื่องหลักความไม่มีส่วนได้เสีย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.

สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. **หลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.

สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ. **หลักกฎหมายจากคำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ เล่ม 1**. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการและความร่วมมือระหว่างประเทศ สำนักงานศาลปกครอง, 2551.

สุนิสา อิทธิชัยโย. **ความรับผิดของรัฐและผู้พิพากษาอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.

สุรพล นิติไกรพจน์. ปัญหาว่าด้วยขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. ใน **หนังสือรวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.** กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2541.

สุรพล นิติไกรพจน์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจของฝรั่งเศส. **วารสารนิติศาสตร์**. 24, 3 (กันยายน 2537): 583-620.

สุรพันธ์ อรัญนารถ. ความยุติธรรมตามธรรมชาติกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. **ดุลพาห.** 42, 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538): 134-146.

หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**. พิมพ์ครั้งที่ 16. กรุงเทพมหานคร: ประกายพรึก, 2548.

หยุด แสงอุทัย. **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

อมร จันทรสมบูรณ์. **กฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.

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

อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ. กลไกในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง. **ดุลพาห**. 44, 1 (มกราคม-มีนาคม 2540): 25-48.

อักขราทร จุฬารัตน. **กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: ดิน ดีไซน์, 2552.

อักขราทร จุฬารัตน. **การตีความกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: กฎหมายไทย, 2542.

อุษณีย์ ลี้วิไลกุลรัตน์. **ผลกระทบของการพิพากษาเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง: ศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด กรณี กฟผ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

Andrews, Neil. **English Civil Procedure: Fundamental of the New Civil Justice System**. New York: Oxford University Press, 2003.

Auby, Jean Marie. **Droit public**. Paris: Economica, 1985 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

Auby, Jean Marie. L' administration et ses usagers Le decret du 28 novembre 1983. **L' Actualité juridque-Droit administrative**. (20 Maras 1984): 123-128 อ้างถึงใน สำนักงานศาลปกครอง, สำนักวิจัยและวิชาการ. **สรุปหลักกฎหมายปกครองเรื่องหลักความไม่มีส่วนได้เสีย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ม.ป.ป.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang. The Origing and Develöpment of the Concept of Rechtsstaat. **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**. 48 (1991) อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. **นิติรัฐ นิติธรรม.** กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

Burdeau, George. **Ttaité de science politique. Tome IV, le statut du Pouvoir dans l' Etat**. 3rd ed. Paris: L.G.D.J., 1983 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย. ใน **คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543.

Cairns, Walter and McKeon, Robert. **Introduction to French Law**. 2nd ed. London: Cavendish, 1998.

Carroll, Alex. **Constitutional and Administrative Law**. 4th ed. Harlow: Longman, 2007.

CHAPUS, René. **Droit Administratif general**. 3rd ed. Paris: Montchrestien, 1987 อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี.** กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

Chrimes, S. B. **English Constitutional History**. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 1978.

Crag, Paul. Grounds for Judicial Review: Substantive Control Over Discretion. In **English Public Law**. David Feldman, ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. Pp. 832-840 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. **หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

Craig, P. P. **Administrative Law**. 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2003.

David, Rene and Brierly, John E. C. **Major Legal System in the World Today**. 3rd ed. London: Stevens & Sons, 1985.

De' Smith, S. A. **Costitution and Administrative Law**. 3rd ed. Great Britain: Penguin, 1983.

DEMICHEL, André. **Le droit administrative: Essal de réflexion théorique**. Paris: L.G.D.J., 1978 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543.

Dicey, Albert V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. London: MacMillan, 1959.

Elliott, Catherine; Vernon, Catherine and Jeanpierre, Eric. **French Legal System**. 2nd ed. Dorchester: Dorset, 2006.

Forsthoff, Ernst. **Traité de droit administrative allemand, traduit l' allemande.** par Michel Fromont. Bruxelles: Bruyant, 1969 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

Fredman, Sandra. **Discrimination Law**. New York: Oxford University Press, 2002.

GENEVOIS, Bruno. **La Juvisprudence du Cousell Constitutionnel Principle Directeure**. Paris: STH., 1988 อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักความเสมอภาค. **วารสารนิติศาสตร์**. 30, 2 (มิถุนายน 2543): 160-183.

Hayek, F. A. **Legislation and Liberty.** London: Routledge & Kegan Paul, 1982.

Hesse, Konrad. **Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 19 Aufl. Heidelberg: Müller, 1993 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

Jackson, Paul. **Natural Justice**. London: Sweet & Maxwell, 1979.

James, Philip S. **Introduction to English Law**. 9th ed. London: Butter Worth, 1976.

Laubadère, André de. **Traité de droit administrative**. 4th éd. Paris: L.G.D.J., 1967 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

Malberg, R. Carré de. **Contribution a la théorie générale de l' Etat**. N.p.: CNRS, 1962 อ้างถึงใน วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป**. กรุงเทพมหานคร: โครงการพัฒนาตำรานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

Morand-Deviller, Jacqueline. **Cours de droit Administratif**. Paris: Montchrestien, 1991 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2556.

Muller, Paul. **Le principle de la proportionnalite**. Bale: N.p., 1978 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย. ใน **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

Rivero, Jean et Waline, Jean. **หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**. แปลโดย สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2545.

Ryan, Mark and Foster, Steve. **Unlocking Constitutional & Administrative Law**. London: Hodder Amold, 2007.

Singh, Mahendra P. **German Administrative Law in Common Law Perspective**. 2nd ed. New York: Springer, 2001.

Schwarze, Jürgen. **European Administrative Law**. London: Sweet and Maxwell, 1992 อ้างถึงใน ศรีรัตน์ งามนิสัย. **หลักความพอสมควรแก่เหตุ: พัฒนาการและการปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

Stein, Ekkehart. **Staatsrecht**. 14 Aufl. N.p.:Tuebingen, 1993 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2552.

Wade, H. W. R. **Administrative Law**. Oxford: Clarendon, 2000.

Wade, William and Forsyth, Christopher. **Administrative Law**. 10th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

Yardley, D. C. N. **Principle of Administrative Law**. London: Butterworths, 1981.

Young, Raymond. **English, French and German Comparative Law**. London: Cavendis, 1998.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นางสาวภัสวรรณ อุชุพงศ์อมร
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2536
	นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2546
ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2546 - 2548 อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม
	พ.ศ. 2549 - 2550 อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ
	พ.ศ. 2550 - 2551 อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี
	พ.ศ. 2551 - 2553 อาจารย์ประจำ คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
	พ.ศ. 2553 - ปัจจุบัน อาจารย์ประจำ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง