

# Chapter

# 17

## หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย\*

### General Principles of Law in Thai Administrative Law

ภัสววรรณ อุซุงวงศ์อมร\*\*



\* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของดัชนีพนธ์บัณฑิต เรื่อง “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย” คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมี ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาหลัก ดุษฎีนิพนธ์ และอาจารย์ ดร. ฤทัย หงส์สิริ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาร่วมดุษฎีนิพนธ์

\*\* อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

## บทคัดย่อ



วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาถึงหลักการบัญญัติของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย โดยหลักกฎหมายทั่วไปนับว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเรื่องหนึ่ง และเป็นหลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลได้ค้นหาและนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ในการนี้ได้ศึกษาถึงคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาประกอบในการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยได้ศึกษาหลักกฎหมายเรื่องดังกล่าวของต่างประเทศด้วย เพื่อเป็นประโยชน์สำหรับกรวางแนวทางในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

จากการศึกษาพบว่า รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปทั้งในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย ต่างมีรากฐานแนวคิดหลักมาจากหลักนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม และมีการนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้นได้ถูกพัฒนาและนำมาใช้มากขึ้น ภายหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ เป็นผลมาจากหลักกฎหมายดังกล่าวหลายหลัก ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ประกอบกับเป็นช่วงที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง โดยเฉพาะ ซึ่งศาลได้มีการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักใหม่ ๆ มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี เช่น การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

จากการวิเคราะห์ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน พบว่า การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ กรณีแรก ศาลปกครองได้นำมาปรับใช้กับคดีในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” กล่าวคือ เป็นกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้นได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว และกรณีที่สอง ศาลปกครองได้นำมาปรับใช้กับคดีในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

กล่าวคือ เป็นกรณีที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้นยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การนำหลักกฎหมายทั่วไปแต่ละหลักมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวอย่างถูกต้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงในคดี ทั้งนี้ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร และที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ เพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะนำหลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” มาปรับใช้กับคดีได้จะต้องเป็นกรณีที่ไม่มีการกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะต้องไม่ขัดกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร

**คำสำคัญ:** หลักกฎหมายทั่วไป/ กฎหมายปกครองไทย/ หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย

## Abstract



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.

**Keywords:** General Principles of Law/ Thai Administrative Law/  
General Principles of Law in Thai Administrative Law

## บทนำ



หลักกฎหมายทั่วไป (General Principles of Law) นับได้ว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากเรื่องหนึ่ง เพราะเป็นปัญหาทางทฤษฎีและยากที่จะกำหนดขอบเขตให้แน่นอนตายตัวไปได้ และอาจกล่าวได้ว่า ส่วนที่เป็นหัวใจนั้นเป็นผลโดยตรงของความพยายามอย่างไม่หยุดยั้งของนักนิติศาสตร์ในอันที่จะหาทางพิทักษ์รักษาสีทิสเสรีภาพของบุคคลในสังคม ซึ่งการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปถือว่าเป็นการก้าวออกนอกกรอบของความแข็งชัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (พนม เอี่ยมประยูร, 2544, หน้า 41) อีกทั้งมีอาจอาศัยความสม่ำเสมอในการปฏิบัติเหมือนกับการสร้างกฎหมายจารีตประเพณีอันเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอีกประเภทหนึ่งนั้นได้ ดังนั้น จึงต้องกระทำด้วยความระมัดระวังและรอบคอบอย่างยิ่ง

หลักกฎหมายทั่วไปจัดเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอย่างหนึ่งของกฎหมายฝรั่งเศส (Walter & Robert, 1998, pp. 12-13) ที่ถูกพัฒนาโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d, Etat) ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ซึ่งมีความสำคัญในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ศาลนำมาใช้ในการตัดสินคดีและเป็นที่มาของกฎหมายปกครองด้วย (Catherine, Catherine & Eric, 2006, p. 79) หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรที่สามารถนำมาใช้ปรับแก้คดีได้ ซึ่งนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ฐานความคิดในกรณีที่สภาแห่งรัฐจะเข้ามาสร้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น เพราะตัวบทกฎหมายขาดความสมบูรณ์ หรือเพราะไม่มีตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาใช้สำหรับพิจารณาพิพากษาคดี (ซอง-ปีแอร์ เดรง, 2549, หน้า 59) ทั้งนี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากบทกฎหมายที่พัฒนาไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้บทกฎหมายย่อมต้องมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในอดีต หรืออาจกล่าวได้ว่าความซับซ้อนของกฎหมายนั่นเอง เป็นช่องว่างของกฎหมาย สำหรับยุคปัจจุบันซึ่งไม่ใช่เพราะขาดตกบกพร่องแต่เพราะมีเนื้อหา มากจนเกินไปทำให้

กฎหมายไม่สมบูรณ์ และกฎหมายไม่สามารถถูกบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยอาจไปก่อความเสียหายให้แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วย จากเหตุผลนี้เองที่ได้มีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สภาแห่งรัฐที่จะเข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างของกฎหมาย (ซอง-ปีแอร์ เตรง, 2549, หน้า 68-69) ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ มีการจัดตั้ง ศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ซึ่งแนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครอง ในระบบศาลคู่ นั้น ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศฝรั่งเศส (บรเรจิด สิงคะเนติ, 2551, หน้า 174) โดยประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นนั้น ศาลปกครอง จะเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จนอาจกล่าวได้ว่าสภาแห่งรัฐ หรือศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส นั้น เป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส โดยพฤตินัย เนื่องจากสภาแห่งรัฐได้จัดตั้งขึ้นในสมัยที่กฎหมายมหาชนยังไม่มี การพัฒนา และกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชนที่มีอยู่ ไม่อาจนำมาใช้บังคับ กับคดีปกครองได้อย่างเหมาะสม แต่สภาแห่งรัฐก็ไม่อาจปฏิเสธที่จะพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายที่จะใช้บังคับกับคดีได้ (ฤทัย หงส์สิริ, 2554, หน้า 166-167) ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงจำเป็นต้องค้นหา หรือสร้างหลักกฎหมาย ปกครองขึ้นเพื่อพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะเพื่ออำนวยความสะดวกเป็นธรรม ทั้งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและประโยชน์สาธารณะไปพร้อมกัน

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายเอกชนถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4\* โดยบัญญัติให้อำนาจศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไป ในกรณีที่ไม่มีความหมายลายลักษณ์อักษร จาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น และไม่อาจ

---

\* มาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจาริตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

อาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ อันแสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง ซึ่งศาลและองค์กรอื่นมีหน้าที่ต้องค้นหาหลักดังกล่าว ในขณะที่กฎหมายมหาชนไม่มีประมวลกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในทำนองเดียวกันกับกฎหมายเอกชน อย่างไรก็ตาม กฎหมายปกครองไทยก็ยอมรับและรับรองการมีอยู่และการนำมาใช้ ดังจะเห็นได้จากการออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5\* ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และกฎหมายไทยที่มีอยู่แล้วก็น่าเชื่อว่าบทบาทของศาลปกครองไทยน่าจะมีวิวัฒนาการไปในทิศทางเดียวกันกับศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ ปัจจุบันกฎหมายไทยยังขาดหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (ฤทัย หงส์สิริ, 2554, หน้า 167-168) ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่ศาลปกครองจะต้องตีความกฎหมายและวางหลักเกณฑ์ในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ กับทั้งเหตุผลที่กฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลเป็นผู้ค้นหาหรือสร้างหลักกฎหมายในบางเรื่อง

อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปนั้นเป็นอิสระแยกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอยู่ในรูปของนามธรรมและแยกออกจากจารีตประเพณี การนำเอาหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลนำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น แม้เป็นการสกัดออกมาจากหลักกฎหมายต่าง ๆ ก็ตาม มีลักษณะใกล้เคียงกับการที่ศาลสร้างหลักกฎหมาย

\* ข้อ 5 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543  
วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้  
ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ขึ้นมาเมื่อวินิจฉัยคดี โดยที่ศาลอ้างอิงไปที่บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เพื่อสะท้อนให้เห็นว่าศาลสกัดจากบทบัญญัติดังกล่าว แต่ศาลไม่ยอมรับว่า หลักกฎหมายทั่วไปที่ว่านั้นเป็นสิ่งเดียวกับบทบัญญัติที่อ้าง แต่ในขณะเดียวกัน ศาลกลับยืนยันว่า หลักกฎหมายทั่วไปนี้ใช้บังคับอยู่แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับก็ตาม (บวรศักดิ์ อูธรรมโณ, 2538, หน้า 256)

จะเห็นได้ว่า แม้จะมีการยอมรับรูปแบบทางกฎหมายในเรื่อง หลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาในระบบกฎหมายปกครองไทยดังที่กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่การยอมรับดังกล่าวมีแต่เฉพาะในส่วนหลักสบัญญัติเท่านั้น ส่วนในหลักสารบัญญัติยังไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน โดยที่หลักกฎหมายปกครองไทยเป็นกฎหมายที่เพิ่งมีการพัฒนามาไม่นาน ทำให้หลักกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงยังมีไม่เพียงพอ ประกอบกับการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมได้ทุกเรื่อง และในการออกกฎหมายแต่ละฉบับใช้เวลานาน ดังนั้น การใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายจึงมีความสำคัญขึ้นมา ถึงกระนั้นก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะเป็นนามธรรม จึงทำให้เกิดปัญหาว่า หลักกฎหมายทั่วไปคืออะไร มีขอบเขตในการใช้อย่างไร กรณีใดที่ศาลปกครองไทยจะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีและศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้ได้อย่างถูกต้องหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การศึกษาวิจัยนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นที่จะศึกษาวิเคราะห์ คำพิพากษาของศาลปกครอง โดยศึกษาเฉพาะในส่วนหลักสารบัญญัติในทางกฎหมายปกครอง เพื่อชี้ให้เห็นถึงการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี อย่างเป็นรูปธรรมของศาลปกครองไทย ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ทั้งยังมีบทบาทที่สำคัญในการสร้างและ พัฒนาหลักกฎหมายปกครองให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น



## วัตถุประสงค์ของการวิจัย



1. เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทย ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาความหมาย และขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง
3. ศึกษาวิเคราะห์ คำพิพากษาของศาลปกครองไทย ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง

## สมมุติฐานการวิจัย



ศาลปกครองไทยได้มีการค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในกรอุทธรณ์ว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายปกครอง เพื่อผลดูงไว้ซึ่งความเป็นธรรม

## ขอบเขตของการวิจัย



1. ศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law) ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ (Common Law) และประเทศไทย ว่ามีความเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร
2. ศึกษาถึงความหมาย และขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไป โดยการรวบรวมหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครอง ทั้งที่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว และที่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้ทราบว่าต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีใด และจะนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาใช้ได้อย่างไร

3. ศึกษาวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544 จนถึงปัจจุบัน ที่นำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาวินิจฉัยคดีปกครอง โดยศึกษาเฉพาะในส่วนหลักสารบัญญัติในทางกฎหมายปกครอง เพื่อให้ทราบว่าศาลได้ค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในขอบเขตอย่างไร เหมาะสมหรือสอดคล้องกับหลักกฎหมายหรือไม่

## ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

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

## ผลการวิจัย

จากการศึกษาในหัวข้อ “หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย” อันประกอบด้วย แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย รวมถึงการวิเคราะห์การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองไทยแล้ว ขอนำเสนอผลการวิจัย โดยสรุป ดังนี้

หลักกฎหมายทั่วไปมีรากฐานมาจาก 2 แนวคิดใหญ่ ๆ ได้แก่ แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ และแนวคิดของหลักนิติรัฐ โดยแนวคิดแรกเป็นแนวคิด

ของกฎหมายธรรมชาติ ซึ่งเป็นเรื่องของเหตุผล เป็นกฎหมายที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และมีผลใช้บังคับได้อย่างเป็นสากล ต่อมาในศตวรรษที่ 20 คำว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ได้ถูกนำมาเพื่อทดแทนคำว่า “กฎหมายธรรมชาติ” “เหตุผล” และ “ความเป็นธรรม” ซึ่งเป็นที่นิยมมาก อันเนื่องมาจากข้อความคิดของหลักกฎหมายทั่วไปมีระบบที่ชัดเจนกว่าการอ้างแค่เพียงเหตุผล (ภทสิทธิ์ นิลสนิท, 2543, หน้า 25-26) ส่วนหลักความยุติธรรม เป็นอีกแนวคิดหนึ่ง ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติเช่นเดียวกัน และถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างหนึ่ง (ไพจิตร ปุณณพันธ์, 2540, หน้า 20-21) ดังนั้น ศาลซึ่งเป็นองค์กรพิทักษ์ความยุติธรรม กฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อใช้ในการตัดสินคดีจึงสร้างมาจากรากฐานของหลักความยุติธรรม แนวคิดต่อมา เป็นแนวคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จากการใช้อำนาจตามอำเภอใจขององค์กรต่าง ๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพที่สุด โดยเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย (William & Christopher, 2009, p. 22) หลักนิติรัฐมีสาระสำคัญประกอบด้วย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, หน้า 5-7) ประการแรก หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ประการต่อมา หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายทั้งหลายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และประการสุดท้าย หลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งเป็นการควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหาร ขัดต่อกฎหมายและขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรตุลาการ ซึ่งจากการศึกษาแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของทั้งในประเทศฝรั่งเศส ที่ถือว่าเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ และประเทศอังกฤษ ที่ถือเป็นประเทศต้นแบบในระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ รวมถึงประเทศไทยแล้ว พบว่า รากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปของทั้งสามประเทศข้างต้น ต่างมีรากฐานมาจาก

แนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ หรือแนวคิดของหลักนิติรัฐ โดยประเทศฝรั่งเศส นั้น การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปมีความเกี่ยวข้องกับแนวคิดว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ และแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ส่วนประเทศไทยซึ่งจัดอยู่ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีรากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปมาจากหลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศอังกฤษจะจัดอยู่ในระบบกฎหมาย คอมมอน ลอว์ แต่ศาลยุติธรรมของอังกฤษได้พิจารณาว่าหลักเกณฑ์การตัดสินคดีที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองให้แน่นอนมั่นคงขึ้นซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีรากฐานแนวคิดมาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ และหลักการกระทำในทางปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ดังจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ หรือประเทศไทยก็ตาม ต่างมีรากฐานแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่แตกต่างกัน

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศนั้น และค้นหาได้จากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศนั้นเอง โดยบทบัญญัติที่มีอยู่จะมีหลักใหญ่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติเหล่านั้น ซึ่งหลักใหญ่นี้ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไป (ปริติ เกษมทรัพย์, 2528, หน้า 26-27) อันมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษร มีค่าบังคับทางกฎหมาย และสกัดมาจากตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ที่ใช้บังคับอยู่ ซึ่งจากการศึกษาความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศไทย จะเห็นได้ว่า มีความหมายและขอบเขตการใช้หลักกฎหมายทั่วไปคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักกฎหมายที่มีได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งศาลเป็นผู้สกัดหลักกฎหมายทั่วไปจากหลักกฎหมายต่าง ๆ และวางหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา โดยขอบเขตของการใช้หลักกฎหมายทั่วไป คือ เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับคดีแล้ว เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาและนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของ

กฎหมาย ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวเป็นหลักที่นำมาซึ่งความยุติธรรม ที่เป็นผลมาจากการที่หลักกฎหมายทั่วไปมีแนวคิดที่มีรากฐานมาจากแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติ และแนวคิดของหลักนิติรัฐ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ทั้งในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ และระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งอยู่ในระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ นั้น ต่างได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้เป็นเครื่องมือในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยกันทั้งสิ้น

หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย ได้ถูกนำมาใช้เป็นเวลานานแล้ว โดยวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปส่วนใหญ่ยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร การใช้หลักกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” ซึ่งองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการวาง “หลักกฎหมายทั่วไป” ได้แก่ คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และศาลยุติธรรม โดยได้วาง “หลักกฎหมายทั่วไป” ไว้ในคำวินิจฉัย เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วน และหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น หรือคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับหลักความเสมอภาค และหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง เป็นต้น จากการศึกษาพบว่า วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในช่วงนี้มีไม่มากนัก โดยมีเพียงหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักที่ถูกนำมาใช้และมีข้อจำกัดในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะคดีปกครองที่ขึ้นสู่ศาลเท่านั้น อย่างไรก็ตาม วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปได้มีการพัฒนาขึ้นในช่วงหลังการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยหลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการนำ

หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าว มาปรับใช้กับคดีเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไป ในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ประกอบกับต่อมาได้มีการเปิดทำการของศาลปกครอง ซึ่งศาลมีความจำเป็นต้องนำหลักกฎหมายทั่วไป รวมถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้นำมาจากศาลปกครองฝรั่งเศส และหลักดังกล่าวยังมิได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายปกครองไทย การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้กับคดี จึงเป็นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย”

หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุดได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมียู่ด้วยกันหลายหลัก ซึ่งในบทความนี้ได้มีการวิเคราะห์ถึงตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในการนำหลักกฎหมายทั่วไป เฉพาะในส่วนหลักสารบัญญัติมาปรับใช้กับคดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองประเภทกฎ และคำสั่งทางปกครอง อันเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นปัญหาค่อนข้างมากในทางปฏิบัติ ประกอบกับมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่สามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวสามารถนำไปปรับใช้ได้กับการกระทำทางปกครองประเภทอื่น ๆ ด้วย เช่น สัญญาทางปกครอง ปฏิบัติการทางปกครอง โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้นำมาใช้ในการวิเคราะห์ ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักความได้สัดส่วน หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ และหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

**1. หลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติ** ซึ่งหลักความเสมอภาคให้ความสำคัญกับมนุษย์ ว่าย่อมจะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยมีต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ เช่น เชื้อชาติ ศาสนา

ภาษา และถิ่นกำเนิด เป็นต้น หลักความเสมอภาคจึงถือเป็นหลักสำคัญในการรับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นหลักที่ควรมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยหลักความเสมอภาคมีหลักการว่า สิ่งเหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหรือไม่แตกต่างกัน ในทางกลับกัน สิ่งที่ไม่เหมือนกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันหรือแตกต่างกัน (สมคิด เลิศไพฑูรย์, 2542, หน้า 165-166) การนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น ทั้งในกรณีของกฎ และคำสั่งทางปกครอง จะเป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น การมีมติให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นนายกเทศมนตรีเป็นผู้ไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง แม้จะเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าวแตกต่างกับที่เคยมีการปฏิบัติต่อผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลนครเชียงใหม่ในการเลือกตั้งครั้งก่อน ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลนั้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.39/2552) การที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) มีมติให้ส่วนราชการถือปฏิบัติเกี่ยวกับการบรรจุผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีเกียรตินิยมทุกสาขาวิชาเข้ารับราชการได้โดยให้ใช้วิธีการคัดเลือกแทนการสอบแข่งขัน ทั้ง ๆ ที่ผู้ที่ได้รับปริญญาตรีในสาขาเดียวกัน แต่ไม่ได้รับเกียรตินิยมได้รับวุฒิต่างกัน ซึ่งมีศักดิ์และสิทธิที่สถาบันการศึกษารับรองเช่นเดียวกัน มติของ ก.พ. จึงเป็นการปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายที่เหมือนกันให้แตกต่างกัน ย่อมถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.158/2550) และมติของคณะกรรมการอัยการที่ไม่รับสมัครบุคคลในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ทั้ง ๆ ที่ไม่มีเหตุผลที่หนักแน่น ควรค่าแก่การรับฟังว่าผู้นั้นมีกายพิการจนทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้เป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547) เป็นต้น

ต่อมา ศาลได้นำหลักเกณฑ์เรื่องหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐ อันจัดว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายใหม่ที่ได้จากการขยายความ และอ้างอิงจากหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐมาปรับใช้กับคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ โดยวินิจฉัยให้กรมทางหลวงต้องรับผิดชอบเงินแก่บุคคลจากการตั้งด่านเพื่อควบคุมรถมิให้บรรทุกน้ำหนักเกิน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายกับถนน อันเป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง เมื่อการตั้งด่านดังกล่าว ก่อให้บุคคลนั้นต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว แม้การตั้งด่านนั้นจะมีได้เป็นการละเมิดก็ตาม ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ศาลไม่ได้วางองค์ประกอบในการนำหลักความเสมอภาคและไม่เลือกปฏิบัติมาปรับใช้กับคดีว่าจะต้องมีเกณฑ์อย่างไร อันนำไปสู่ความรับผิดของรัฐ ที่ว่าบุคคลใดได้รับการเป็นพิเศษเมื่อเปรียบเทียบกับบุคคลอื่นแล้ว บุคคลนั้นควรได้รับการเยียวยาจากรัฐ

## 2. การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

เป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะ อันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับเฉพาะความเป็นมนุษย์เท่านั้น ซึ่งย่อมไม่ขึ้นอยู่กับการอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น และเป็นคุณค่าที่มีอาจจะล่วงละเมิดได้ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, หน้า 91-101) การนำหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีของกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังตัวอย่างคดีที่การรถไฟแห่งประเทศไทย (รฟท.) ทำสัญญายินยอมให้บริษัทเอกชนติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกรถโดยสารรวมทั้งบริเวณกระจกหน้าต่างรถโดยสารด้วย อันเป็นการใช้หน้าต่างรถโดยสาร



แสวงหารายได้ จนทำให้ผู้โดยสารไม่อาจใช้ประโยชน์จากหน้าต่างรถโดยสารตามวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่างได้ เป็นการปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ อันเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550)

**3. หลักความได้สัดส่วน** รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น จะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย หลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐมิให้เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินขอบเขตของความเหมาะสม ความจำเป็น ขาดการสร้างดุลยภาพที่มีชั้นระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ (เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, หน้า 147) ประกอบกับการที่ศาลได้ยอมรับเสมอมาว่าในการใช้อำนาจรัฐจะต้องผูกพันและปฏิบัติให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน ซึ่งศาลได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้มีความพอเหมาะพอประมาณและเกิดความเป็นธรรมเสมอมา การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1) การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดมิให้ใช้เครื่องมืออวนช้อนหรืออวนยก อวนครอบปลาเกตุก ซึ่งใช้ประกอบกับเครื่องกำเนิดไฟฟ้าในท้องทะเลบางพื้นที่ และกำหนดขนาดช่องตาอวนที่ใช้ประกอบเครื่องกำเนิดไฟฟ้าทำการประมงปลาเกตุก พ.ศ. 2544 ซึ่งมีได้เป็นการห้ามโดยเด็ดขาดในการทำประมงปลาเกตุก แต่เป็นเพียงการห้ามในบางพื้นที่และห้ามตามวิธีการทำประมงเท่านั้น การออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็น และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับผู้ประกอบอาชีพทำการประมงปลาเกตุกทุกราย จึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

ที่ อ.7/2555) ประกาศของคณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบก ในการกำหนดเส้นทางเดินรถ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.78/2554) กรณีที่รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ได้ประกาศให้โครงการหรือกิจการใดต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม โดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือเอกชนที่ดำเนินโครงการหรือ กิจการนั้น ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามประกาศ (คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.244/2553) ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่องห้ามใช้ เครื่องมืออวนรุนที่ใช้ ประกอบเรือยนต์ทำการประมงในพื้นที่บางแห่ง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.341/2549) และประกาศกระทรวงเกษตร และสหกรณ์ เรื่องกำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดทำการประมง ในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ และเลี้ยงตัวอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัด ชุมพร และจังหวัดสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด (คำพิพากษา ศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2547) เป็นต้น

2) การที่ศาลนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในกรณีของคำสั่ง ทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไป ทางกฎหมาย” เช่น คดีที่กรุงเทพมหานครทำการก่อสร้างสะพานคอนกรีต เสริมเหล็ก เพื่อเป็นทางเดินริมคลองผ่านบริเวณชุมชน ทำให้บุคคลภายนอก เข้าไปในหมู่บ้านได้หลายช่องทาง ยังผลให้ประชาชนที่พักอาศัยในหมู่บ้าน ต้องใช้ความระมัดระวังเกี่ยวกับความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของตนเอง มากยิ่งขึ้น อันกระทบต่อวิถีชีวิตและความเป็นอยู่อย่างปกติสุขในการดำรงชีวิต ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากการก่อสร้างสะพาน ดังกล่าว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการใช้ดุลพินิจที่ทำให้ประชาชน ที่พักอาศัยในหมู่บ้านได้รับความเดือดร้อนเสียหายเกินสมควร จึงถือได้ว่าเป็น การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.49/2554) การออกคำสั่งให้ข้าราชการท้องถิ่นไปปฏิบัติงานประจำ ณ ท่าเทียบเรือ ซึ่งมีได้ เป็นหน่วยงานราชการโดยไม่จำเป็น ทำให้ข้าราชการนั้นไม่อาจปฏิบัติหน้าที่

ควบคุมตรวจสอบการจัดการงานด้านอื่น ๆ ในส่วนอำนาจการซึ่งเป็นงานประจำของตนได้ อันทำให้การบริหารงานบุคคลไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.90/2547) เป็นต้น

#### 4. หลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย

กฎหมายปกครองไทยได้วางหลักให้เจ้าหน้าที่ต้องไม่มีส่วนได้เสียหรือความไม่เป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองหรือการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อเป็นหลักประกันว่ากระบวนการปฏิบัติราชการได้ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรมต่อคู่กรณี

กรณีที่กระทบต่อหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 แบ่งเป็น 2 ประเภท (บุญอนันต์วรรณพานิชย์, 2546, หน้า 20-21) ได้แก่ ความไม่เป็นกลางในทางภาวะวิสัยหรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก คือ ความไม่เป็นกลางที่มีอยู่ภายนอกความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ อันมีเหตุมาจากสถานภาพ หรือฐานะของตัวเจ้าหน้าที่ ซึ่งส่วนใหญ่ ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่มีความสัมพันธ์ทางด้านใดด้านหนึ่งใกล้ชิดกับคู่กรณี จนอาจเกิดความไม่เป็นกลาง โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จากบทบัญญัติในมาตรานี้ได้บัญญัติถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เช่น เป็นคู่กรณีเอง หรือกรณีมีความสัมพันธ์เป็นบุตรของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นต้น และความไม่เป็นกลางในทางอัตตะวิสัย หรือความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายใน คือ ความไม่เป็นกลางอันมีเหตุมาจากสภาพภายในความคิดจิตใจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งต้องเป็นเหตุที่มีสภาพร้ายแรง ที่จะเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาไม่เป็นกลางได้ เช่น เป็นคู่กรณีหรือมีสาเหตุโกรธเคืองอย่างร้ายแรงกับคู่กรณี การที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่ยอมออกใบอนุญาตประกอบการสถานบริการให้แก่ผู้ขออนุญาตรายหนึ่ง เนื่องจากเกรงว่าหากยอมให้เปิดสถานบริการแล้วจะกระทบรายได้ของผู้ประกอบการอีกรายหนึ่งที่ตั้งอยู่ในบริเวณเดียวกันซึ่งเป็นภรรยาของตน

หรือญาติมีหุ้นส่วนในกิจการดังกล่าวอยู่ด้วย เป็นต้น โดยความไม่เป็นกลางในลักษณะนี้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้กับคดีของศาล แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1) การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้ในกรณีของคำสั่งทางปกครองจะเป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น การที่นายกองค์การบริหารส่วนตำบลเป็นประธานกรรมการคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษาขององค์การบริหารส่วนตำบลได้เสนอตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษา และเข้าร่วมพิจารณาคัดเลือกผู้รับทุนการศึกษา และลงมติเห็นชอบให้ตนเองเป็นผู้รับทุนการศึกษาดังกล่าว คำสั่งที่ให้ทุนการศึกษาตามมติของคณะกรรมการดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.57/2555) กรณีที่เคยเป็นประธานกรรมการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยและมีลงมติลงโทษข้าราชการที่ทำผิดวินัยมาก่อน และต่อมาเข้าร่วมเป็นอนุกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ของข้าราชการนั้นอีกครั้งหนึ่ง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.133/2553) การที่คณะกรรมการเข้าที่ดินเพื่อเกษตรกรรมประจำตำบลซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทเข้าร่วมใช้สิทธิพิจารณาและลงมติในกรณีพิพาทนั้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.129/2547) และกรณีที่กรรมการสรรหากิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กรรมการ กสช.) ร่วมลงมติดัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นกรรมการ กสช. เพื่อเสนอต่อวุฒิสภา ทั้งที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้สมัครในลักษณะที่ผู้สมัครนั้น หากได้รับการคัดเลือกย่อมเอื้อประโยชน์ในธุรกิจของกรรมการสรรหาฯ นั้น เป็นต้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.4/2546) เป็นต้น

2) การนำหลักความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่มาปรับใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการ

กำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากคำสั่งแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท อันเป็นองค์ประกอบพิเศษและมีความสำคัญในคณะกรรมการนั้น ขัดต่อกฎหมาย เพราะได้แต่งตั้งกรรมการจากบุคคลที่ไม่มีความเป็นกลาง มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยนทุนเป็นหุ้นนั้น (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549) เป็นต้น

**5. หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้** การจัดระเบียบและวิธีการจัดทำบริการสาธารณะย่อมจะต้องมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้เสมอโดยบทกฎหมาย เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ และความจำเป็นในทางปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ และจะต้องปรับปรุงให้เข้ากับวิวัฒนาการความต้องการของประชาชน (ประยูร กาญจนกุล, 2538, หน้า 110-115) ซึ่งหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ จัดเป็นลักษณะประการสำคัญของกิจการบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ส่วนรวม การนำหลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้มาปรับใช้กับคดีของศาล ทั้งในกรณีของกฎและคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น กรณีที่การก่อสร้างถนนของกรมทางหลวงไม่แล้วเสร็จตามกำหนดเพราะเอกชนคู่สัญญาเป็นฝ่ายผิดและมีการยกเลิกสัญญาเพื่อประโยชน์สาธารณะตามหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.363/2556) และการที่คู่สัญญาฝ่ายปกครองจะใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวนั้น แม้จะทำให้เอกชนได้รับความเดือดร้อนเสียหาย คู่สัญญาฝ่ายปกครองก็ยังสามารถใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวได้เสมอตราบเท่าที่เป็นไปโดยเหตุผลเพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม โดยคู่สัญญาฝ่ายเอกชนมีสิทธิได้รับการชดเชย ถ้าหากได้รับความเสียหาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552) เป็นต้น

## 6. หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นหลักกฎหมายที่มีบทบาทในฐานะเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของรัฐ (บรรเจิด สิงคะเนติ, 2552, หน้า 31) โดยหลักดังกล่าวเป็นแนวความคิดทางกฎหมายของต่างประเทศซึ่งประเทศไทยยอมรับเข้ามาด้วย แต่ต่อมาภายหลัง หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาปรับใช้กับคดีของศาลนั้น แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

1) การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในกรณีของคำสั่งทางปกครอง เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” เช่น การที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้นำมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ไปออกเป็นประกาศเรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเป็นพนักงานเทศบาล พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 โดยให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 และไม่มีบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับการดำเนินการสอบแข่งขันที่ได้ดำเนินการมาโดยถูกต้องตามมาตรฐานทั่วไปและหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับอยู่เดิม ทำให้เทศบาลและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นไม่สามารถเรียกบรรจุหรือดำเนินการใด ๆ กับบัญชีผู้สอบแข่งขันได้นั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.64-79/2551 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.355/2551 วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน) เป็นต้น

2) การนำหลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองมาใช้ในกรณีของกฎ เป็นการใช้หลักกฎหมายดังกล่าวในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” เช่น กรณีที่คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลได้นำมติเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ไปออกเป็นประกาศคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์การสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นพนักงานเทศบาล

พ.ศ. 2539 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2549 และการที่คณะกรรมการเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ นำประกาศของคณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาลดังกล่าวไปออกประกาศคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดบุรีรัมย์ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของเทศบาลแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 42) พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 11 เมษายน 2549 โดยประกาศทั้งสองฉบับให้มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.66/2553) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตเกี่ยวกับกรณีข้างต้น คือ หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองนั้น เป็นหลักที่มีขึ้นเพื่อจำกัดการใช้อำนาจรัฐ และมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น หากเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังไปแล้วจะเป็นประโยชน์ หรือเป็นคุณแก่บุคคลแล้ว เช่น ศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่า กฎนั้นอาจมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.331-333/2554 หรือเป็นกรณีของการมีผลย้อนหลังโดยแท้ของกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักความแน่นอนของกฎหมาย กับเหตุผลความจำเป็นของประโยชน์สาธารณะในการให้มีผลย้อนหลัง ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.8/2547 หรือกรณีของการมีผลย้อนหลังมิใช่โดยแท้ ซึ่งเป็นกรณีที่ต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างหลักการคุ้มครองความสุจริตกับความสำคัญของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งหากเป็นไปตามหลักดังกล่าว นิติกรรมทางปกครองย่อมมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไทย ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล รวมถึงมีบทบาทที่สำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองไทย โดยศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีได้อย่างเป็นรูปธรรม ทำให้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์และบริบทของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปมีความชัดเจนยิ่งขึ้น จากการศึกษาที่ได้ค้นหาและนำ

หลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีนั่นเอง ทั้งนี้ เพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย  
ลายลักษณ์อักษร และที่สำคัญคือ เพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม

## ข้อเสนอแนะ

การศึกษาเรื่อง หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยนั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างยิ่ง หากได้มีการนำสิ่งที่ได้จากการศึกษามาปรับปรุงแก้ไขในการนำ “หลักกฎหมายทั่วไป” มาใช้ในกฎหมายปกครองไทย ซึ่งผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทาง ดังนี้

1. การให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง ทั้งนี้ ควรให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนหลักสารบัญญัติ จากการศึกษาพบว่า ช่วงก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น หลักกฎหมายทั่วไปมีเพียงบางหลักกฎหมายที่ถูกนำมาปรับใช้ โดยมีข้อจำกัดในการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวมาใช้เฉพาะกับคดีปกครองที่ชั้นสู่ศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทยช่วงเวลาดังกล่าวพัฒนาไปได้ไม่มากนัก ทั้งนี้เนื่องจากปัญหาที่มาจากการจัดหลักสูตรกฎหมายปกครองที่เน้นไปในเรื่องของการจัดองค์กรเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้มีการเน้นที่จะศึกษากฎหมายปกครองในส่วนหลักสารบัญญัติ ดังนั้น การให้ความสำคัญกับการศึกษากฎหมายปกครอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่ถูกต้องตั้งแต่เริ่มต้นของการศึกษากฎหมายปกครอง เพื่อให้ผู้ศึกษาเข้าใจถึงแก่นแท้ของกฎหมายปกครองและสามารถนำกฎหมายปกครองไปใช้ได้อย่างถูกต้องต่อไป

2. การศึกษาและการนำหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย โดยการส่งเสริมให้มีการศึกษา ค้นคว้า และวิจัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ โดยที่หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ไม่ว่าจะ เป็นในต่างประเทศหรือประเทศไทย ต่างจัดว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นเครื่องมือที่ศาลนำมาใช้ในการพิจารณา



พิพากษาคดี ในกรณีที่ศาลไม่พบบทบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ดังนั้น การนำหลักกฎหมายทั่วไปไปหลักกฎหมายต่าง ๆ ในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เช่น หลักความอ่อนตัวปรับเปลี่ยนได้ อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ถูกพัฒนาและนำมาใช้โดยสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น โดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาของศาลในต่างประเทศแล้วย่อมทำให้เห็นถึงหลักกฎหมายนั้นได้มีการพัฒนาและมีความสมบูรณ์ในตัวเอง และโดยที่ประเทศฝรั่งเศสมีพัฒนาการในกฎหมายปกครองที่ยาวนานกว่าประเทศไทย ดังนั้น การศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองของต่างประเทศและนำหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมาปรับใช้ในประเทศไทย ย่อมทำให้เกิดผลดีต่อการพัฒนากฎหมายปกครองไทย ทั้งนี้ ภายใต้งื่อนไขที่ว่าต้องศึกษาหลักกฎหมายนั้น ๆ ให้ถ่องแท้ ซึ่งจะทำให้สามารถพิจารณาได้ว่าจะมีความเหมาะสมหรือไม่ อย่างไร หากได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปหลักกฎหมายนั้น ๆ มาใช้ในประเทศไทย

3. การค้นหาและการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องมีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดี ทั้งนี้ ย่อมอยู่ในขอบเขตของการใช้หลักกฎหมายทั่วไป โดยการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายกรณีที่ไม่มีการกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องนั้น อันเป็นการผดุงไว้ซึ่งความเป็นธรรม แต่ทั้งนี้ ถ้าใช้หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “หลักการทั่วไปทางกฎหมาย” จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งจากการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด พบว่า ศาลได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้กับคดีอย่างถูกต้องและเหมาะสม ถึงแม้ว่าต่อมา หลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวจะได้นำมาใช้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตาม เช่น หลักกฎหมายทั่วไปเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีสาระสำคัญสรุปได้ว่าการปฏิบัติต่อบุคคลเยี่ยงวัตถุ เป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

อันจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.231/2550

4. หลักกฎหมายทั่วไปหลายหลักกฎหมายได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร และถูกนำมาใช้ในในฐานะ “บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร” แต่อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายทั่วไปบางหลักกฎหมายยังไม่ได้ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหากฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวนั้นมาบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วย่อมจะทำให้เกิดความแน่นอน และมีสภาพบังคับที่ชัดเจน ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบันศาลปกครองได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีมากขึ้น โดยในการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับคดีนั้น ศาลต้องพยายามที่จะอ้างอิง หรือยึดโยงหลักดังกล่าวจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษร เพื่อไม่ให้เกิดความรู้สึกว่าศาลเป็นผู้บัญญัติกฎหมายขึ้นเอง

5. ศาลปกครองมีความจำเป็นต้องพัฒนากฎหมายปกครอง เพื่อให้เหมาะสมกับประเทศไทย ซึ่งจากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.29/2557 จะเห็นได้ว่า ศาลได้นำหลักความเสมอภาคในการรับภาระของรัฐมาปรับใช้กับคดี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลมิได้วางองค์ประกอบในการนำหลักกฎหมายดังกล่าว อันนำไปสู่ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด โดยเป็นความรับผิดชอบของรัฐอันเนื่องจากการที่ปัจเจกชนได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการที่ต้องสละประโยชน์ส่วนตนเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งเป็นกรณีของรัฐต้องรับผิดชอบสำหรับการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกรณีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเรื่องที่รัฐต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดทางละเมิด ดังนั้น หากศาลได้วางหลักเกณฑ์ของหลักความรับผิดของรัฐในคำพิพากษาแล้ว ย่อมจะทำให้เกิดพัฒนาการของหลักกฎหมายดังกล่าวขึ้นอย่างเป็นระบบในกฎหมายปกครองไทย

6. การวางหลักเกณฑ์ในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปขององค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น คณะกรรมการกฤษฎีกา หรือโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครอง

ในการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของการใช้หลักกฎหมายดังกล่าว และในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปหลักเดียวกันควรเป็นไปในแนวทางเดียวกัน จากการศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดพบว่า มีปัญหาเกี่ยวกับการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่มีอยู่ก่อนแล้ว ดังที่ได้เคยมีการศึกษาวิจัยแนวคำพิพากษาศาลปกครองในคดี ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และจากการศึกษาเกี่ยวกับการนำหลักเกณฑ์ในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลก็พบว่ายังคงมีปัญหาอย่างเดียวกัน กล่าวคือ ในบางคำพิพากษาของศาลนั้น มิได้วางหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีอย่างครบถ้วน จึงทำให้การนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองขาดความชัดเจนและความแน่นอน ซึ่งหากศาลมองข้ามปัญหาดังกล่าวโดยไม่นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนทั้งสามประการมาเป็นหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคดีของศาลในทุก ๆ คำพิพากษาของศาลแล้ว อาจส่งผลกระทบต่อคดีอันเป็นการไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ประกอบกับเป็นการทำให้ฝ่ายปกครองจะได้ตระหนักถึงการใช้อำนาจในการกระทำทางปกครองของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง และเกิดความชัดเจนว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นจะต้องคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสมอ อันเป็นการส่งผลให้การฟ้องคดีไปยังศาลปกครองลดน้อยลงด้วยนั่นเอง



## รายการอ้างอิง

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2556). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ของ-ปีแอร์ เตรง. (2549). *หลักกฎหมายทั่วไป: การสร้างหลักกฎหมายทั่วไป* โดยสภาแห่งรัฐ. *วารสารวิชาการศาลปกครอง*, 6(มกราคม- เมษายน 2549), 59.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2546). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง.
- ประยูร กาญจนดุล. (2538). *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2528). *กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พนม เอี่ยมประยูร. (2544). *หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส. ใน ที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

ไพจิตร ปุญญพันธ์. (2540). หลักกฎหมายทั่วไป (ฉบับเพิ่มเติม). *วารสารนิติศาสตร์*, 27(มีนาคม 2540), 20-22.

ภชฤทธิ์ นิลสนิท. (2543). *หลักกฎหมายทั่วไปในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ตามมาตรา 4 แห่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์: ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และกฎหมายเปรียบเทียบ*. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ฤทัย หงส์สิริ. (2554). *ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2543). *หลักความเสมอภาค*. *วารสารนิติศาสตร์*, 30 (มิถุนายน 2543), 165-166.

Cairns, W. & McKeon, R. (1998). *Introduction to French Law* (2<sup>nd</sup> ed.). London: Cavendish Publishing Limited.

Elliott, C., Vernon, C. & Jeanpierre, E. (2006). *French Legal System* (2<sup>nd</sup> ed.). Dorchester: Dorset Press.

Wade, W. & Forsyth, C. (2009). *Administrative Law* (10<sup>th</sup> ed.). Oxford: Oxford University Press.

