

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายฝรั่งเศส : แนวคำพิพากษา
บรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอน
หรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine)*

The Unwritten Sources of Administrative Law in French Legal System:
Jurisprudence and Doctrine

อภิญญา แก้วกำเหนิด**

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

Apinya Kaewkamnerd

Office of Research and Academics, Administrative Court Office

วันที่รับบทความ 9 เมษายน 2566; วันแก้ไขบทความ 10 ตุลาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 20 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ประเภท ได้แก่ แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) จากการศึกษาประสบการณ์กฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการสร้าง การค้นหาและการปรับใช้ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) โดยส่วนที่หนึ่งศึกษาบ่อเกิดของกฎหมายจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล เพื่อทราบถึงอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของศาล ส่วนที่สองศึกษาวิธีการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งเทคนิคและผลทางกฎหมายที่ศาลตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี และส่วนที่สามศึกษาหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ 3 ประเภท คือ หลักกฎหมายของนักวิชาการ (La doctrine universitaire) หลักกฎหมายจากคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) และหลักกฎหมายของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative)

คำสำคัญ: บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไป แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล

* ดร., สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ที่อยู่: เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

E-mail: apinya.kaewkamnerd@gmail.com

Abstract

The purpose of this article is to present an introduction to two types of unwritten sources of French administrative law, Jurisprudence and Doctrine, from the study of french jurisprudence expériences in creating, finding and applying the general principles of the administrative law. The first part studies laws originating from the jurisprudence of the courts to understand the judicial power in creating laws. The second part studies how courts establish legal principles, including techniques and consequences of the court's interpretation and application of written law to the case. The third section examines the legal principles arising from three types of academic teachings or explanations: the legal principles of scholars (La doctrine universitaire); legal principles from academic explanation of courts (La doctrine jurisprudentielle), and administrative legal principles (La doctrine administrative).

Keywords: unwritten source of administrative law, general legal principle, jurisprudence

บทนำ

(1) บ่อเกิดของกฎหมายในความสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐ (The rule of law – L'Etat de droit) และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité)

การศึกษาเกี่ยวกับบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมาย (La source du droit) ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะบ่อเกิดของกฎหมายที่มาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) มีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งประเทศที่ยึดหลักการปกครองโดยกฎหมาย (The rule of law – L'Etat de droit) ย่อมจะต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยรัฐและองค์กรของรัฐไม่อาจใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ตามอำเภอใจ กล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐและการจำกัดอำนาจรัฐ โดยในนิติรัฐจะให้ความสำคัญกับแนวคิดเรื่องปัจเจกชนและการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ของนิติรัฐและเป็นแนวคิดพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย การทำให้หลักนิติรัฐเป็นจริงในทางปฏิบัติ จึงต้องมีการเคารพต่อหลักการสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* หลักการแบ่งแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs) เพื่อให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจ *ประการที่สอง* หลักการว่าด้วยการกระทำของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร (รวมทั้งฝ่ายปกครอง) และฝ่ายตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) *ประการที่สาม* หลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes) และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (La suprématie de la constitution) *ประการที่สี่* หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Le contrôle juridictionnel) หลักการทั้ง 4 ประการดังกล่าว โดยเฉพาะในประการที่ 4 เกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาบทบาทของตุลาการในการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Le pouvoir normatif du juge) นั่นคือ การสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาล

ดังนั้น ประเทศที่ยึดหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ การมีองค์กรตุลาการที่ทรงประสิทธิภาพทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีประเภทต่าง ๆ ย่อมเป็นหลักประกันที่ดีที่สุดในการยุติปัญหาข้อพิพาททั้งหลาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยศาลจะรักษาดุลยภาพในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน องค์กรตุลาการจะทำหน้าที่พิทักษ์และทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) ของการกระทำของรัฐมีผลในทางปฏิบัติด้วยเหตุนี้ การที่ศาลได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปจากการพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์จากการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายที่ไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงเป็นส่วนสำคัญอันจะทำให้การปกครองโดยกฎหมายซึ่งมีความหมายและหัวใจของหลักนิติรัฐบรรลุผล

นอกจากนี้ ในประเทศที่มีการปกครองรูปแบบเสรีประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในทางวิชาการ นอกจากนี้รัฐจะไม่ปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว รัฐยังควรจะต้องมีการส่งเสริมเสรีภาพในทางวิชาการ โดยเฉพาะสนับสนุนการศึกษาวิเคราะห์และแสดงความคิดเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาล เพื่อให้มีการต่อยอดและสร้างความงอกเงยในองค์ความรู้ พัฒนาข้อความคิดทางกฎหมายที่จะพัฒนาต่อไปกลายเป็นหลักกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายที่เกิดจากนักวิชาการ (La doctrine universitaire) และหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาขึ้นโดยฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) ดังเช่นหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาขึ้นจากคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทยซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการพัฒนากฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมายแก่รัฐบาล รวมทั้งส่งเสริมและพัฒนาบทบาทของศาลตลอดจนบุคลากรของศาลในด้านวิชาการ ซึ่งในยุคศตวรรษที่ 21 นี้ องค์การตุลาการมีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้นในการเข้าไปมีส่วนแก้ปัญหาด้านการเมืองการปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนยุติความขัดแย้งต่าง ๆ ผู้พิพากษาศาลาการจึงยังมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่านักวิชาการในมหาวิทยาลัย

(2) *ข้อความคิดเกี่ยวกับการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Les règles de droit) ของระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law¹*

รูปแบบของระบบกฎหมายที่แต่ละประเทศยึดถือเป็นแบบแผนมีผลต่อการสร้างและการพัฒนาระบบกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Les règles de droit) ว่ามีกี่ประเภท อะไรบ้างที่เป็นกฎหมาย และมีค่าบังคับหรือมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้จะเกี่ยวข้องกับการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมือง โดยเฉพาะบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ในประเทศอังกฤษซึ่งยึดถือระบบกฎหมายแบบ Common Law ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองแบบดั้งเดิมจะมีลักษณะเป็นระบบความสัมพันธ์แบบสองขั้ว (La dualité) คือ มี Common Law ควบคู่ไปกับกฎหมายของรัฐสภา ก่อนที่อังกฤษจะพัฒนามาสู่ความสัมพันธ์แบบขั้วเดียว (Moniste)

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองแบบสองขั้ว คือ Common Law เป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลที่วางหลักไว้เป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งจะใช้บังคับกับทุกคน รวมทั้งรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ส่วนรัฐสภาอังกฤษนั้น ถือว่าเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดของรัฐ (Le souverain) ที่จะออกกฎหมายบังคับใช้ภายในรัฐ รวมทั้งการที่รัฐสภาจะนำหลักกฎหมาย Common law ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย กรณีเช่นว่านี้ Common law จึงไม่มีผลบังคับ

¹ Philippe Raynaud, “La justice constitutionnelle: une approche philosophique” in Constance GREWE, Olivier Jouanjan, Eric Maukin, Patrick Wachsmann (sous la direction de), *La notion de la justice constitutionnelle* (Edition Dalloz 2005) 3-11.

ต่อรัฐสภา รูปแบบความสัมพันธ์แบบสองชั้นนี้ เป็นประเพณีการเมืองการปกครองอันเก่าแก่ที่สุดซึ่งมีมาแต่โบราณของประเทศอังกฤษ ที่ถือว่ารัฐสภาเป็นกระบวนการยุติธรรมสูงสุด (La juridiction suprême) คล้ายคลึงกับระบบนิติบัญญัติและระบบตุลาการที่ใช้ในยุโรปยุคโบราณ (L'Europe médiévale) ที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการไม่แยกขาดจากกัน อย่างไรก็ตาม เมื่ออังกฤษพัฒนาเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ (l'Etat moderne) ปัญหาใหม่ที่เกิดขึ้น คือ นักกฎหมายสายอนุรักษนิยมยืนยันความสำคัญของ Common law และพยายามสร้างความเข้มแข็งแก่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นำมาสู่ระบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองในรูปแบบชี้อำนาจเดียว (Moniste) ของหลักกฎหมายพื้นฐานที่เกิดขึ้นจากกฎหมายประเพณีและคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล ที่เรียกว่า ระบบ Judge made law ข้อความคิดที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองดังกล่าวนี้เป็นจุดกำเนิดของปรัชญากฎหมายของระบบ Common Law ที่กำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษและแพร่หลายไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา โดยนักปรัชญากฎหมายคนสำคัญ คือ Edward Coke ซึ่งมีแนวคิดที่สนับสนุนความสำคัญและบทบาทของศาลในการตีความกฎหมาย²

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าระบบ Common Law ไม่มีการแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน หลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นและบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นใช้บังคับอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันกับทั้งปัจเจกชนและรัฐ ด้วยอิทธิพลความคิดของนักกฎหมายคนสำคัญคือ Dicey

ในขณะที่ระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน ที่ให้ความสำคัญกับการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายสมัยพระเจ้าจัสติเนียน มาจนถึงประมวลกฎหมายสมัยจักรพรรดิโนโปเลียนแห่งฝรั่งเศส ประกอบกับในเวลาต่อมาหลังการปฏิวัติมาสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย เกิดหลักการว่าด้วยอำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐสภา (La suprématie de parlement) ความสำคัญของการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงอยู่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และในระบบกฎหมาย Civil Law จะมีการแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน มีความแตกต่างกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ทั้งในเนื้อหาสาระและนิติวิธี อันนำมาสู่การแยกองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่แตกต่างกัน โดยข้อพิพาทในทางกฎหมายเอกชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม และข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลปกครองหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วแต่ประเภทคดี

อย่างไรก็ดี หากศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญากฎหมายมหาชนของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะพบว่ากฎหมายมหาชนของประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law จะมีการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายในลักษณะและทิศทางเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบ Common Law กล่าวคือ

² ibid.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง รวมทั้งศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันลั้วนมีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปจากการพิพากษาวางแนวเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศส³ ก่อนปี ค.ศ. 1789 ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ยึดถือหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ (La souveraineté du roi) ซึ่งรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย ศาล (ยุติธรรม) เป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจเฉพาะในการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นและมีการฟ้องร้องเป็นคดี ต่อมาภายหลังการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี ค.ศ. 1789 ในนามของหลักแบ่งแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs) ซึ่งเป็นมรดกมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติ ที่ห้ามศาล (ยุติธรรม) เข้าม่าก้าวก้าวการดำเนินกิจกรรมที่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ศาลยุติธรรมจึงไม่เข้ามาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมทางการเมืองและการบริหารราชการแผ่นดิน

ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นคำตอบต่อคำถามที่ว่า เหตุใดประเทศฝรั่งเศสจึงคิดค้นกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (La justice administrative) ขึ้นมา เหตุผลหลักก็เพื่อห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับคดีที่มีลักษณะทางการเมืองการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดิน (Un contentieux de nature politique) และก่อนปี ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐที่สร้างขึ้นมายังไม่ได้เป็นศาลปกครองสูงสุดที่เป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจสมบูรณ์ หากแต่เป็นเพียงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่ขึ้นตรงต่อประมุขของรัฐ มีกลไกคือคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐต้องผ่านความเห็นชอบของประมุขของรัฐที่เรียกว่า กระบวนการยุติธรรมแบบสงวนอำนาจชี้ขาด (Une justice retenue) ศาลปกครองในระยะเริ่มแรกจึงเป็นตุลาการเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ (Le juge des intérêts de l'Etat) ในห้วงเวลานี้เองที่เปิดโอกาสให้ตุลาการของสภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปขึ้นมาเพื่อปรับใช้กับคดีพิพาททางปกครอง⁴ ซึ่งก็เป็นไปในลักษณะเดียวกับการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งใช้ชื่อเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส” ซึ่งในระยะก่อตั้งขึ้นมาเป็นเพียงองค์กรผู้ช่วยของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ด้วยบทบาทคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ทำหน้าที่เป็นองค์กรตุลาการในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นจำนวนมาก และหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นมานี้ ถือเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (La base constitutionnelle du droit administratif) ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁵ (Bloc de légalité) ด้วย

³ Grégoire BIGOT, ‘สภาแห่งรัฐกับคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (Le Conseil d’Etat connaît-il du contentieux politique ?)’ อภิญา แก้วกำเหนิด ผู้แปลและเรียบเรียง (2563) 20 วารสารวิชาการศาลปกครอง 116, 116-145.

⁴ ibid.

⁵ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 53-87; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (2018) 43-53.

การสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศสได้ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องเป็นเวลายาวนาน ประกอบกับเมื่อเข้าสู่ช่วงปลายศตวรรษที่ 20 กฎหมายมหาชนเปลี่ยนแปลงหลักการจากที่เป็นศาสตร์แห่งอำนาจ (La science du pouvoir) ซึ่งอธิบายความชอบธรรมของเอกสิทธิ์ของอำนาจบริหาร (Le légitime des prérogatives du pouvoir exécutif) มาสู่กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน (Le droit administratif est un droit des libertés) จึงเป็นการให้คุณค่าและความสำคัญแก่บทบาทของศาลหรือองค์กรตุลาการ (La survalorisation du rôle des juges) ในการพัฒนาและสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน⁶

(3) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (La règle de droit) : กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques écrites) และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques non écrites)

ระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย อาจจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร⁷ (Les normes juridiques écrites) ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับในลำดับเดียวกัน กฎหมายลำดับรอง สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่นำมาใช้บังคับในประเทศ และคำสั่งเฉพาะราย และ (2) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques non écrites) ได้แก่ ธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ (La coutume) แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ซึ่งจะพัฒนาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) โดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันและศาลปกครอง รวมทั้งศาลฎีกา เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป

ตามแนวความคิดของ Hans Kelsen⁸ กฎหมาย คือ ระบบแห่งกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายภายในรัฐ ซึ่งมีโครงสร้างเป็นพีระมิตแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Pyramide des normes) และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่ละประเภทมีศักดิ์ไม่เท่ากัน เกิดหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (La hiérarchie des normes) อันนำมาสู่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (La suprématie de la constitution) โดยระบบพีระมิตของกฎหมายนี้มีรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุด และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่สูงกว่า⁹ Hans Kelsen อธิบายว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สร้างขึ้นมานั้น

⁶ Grégoire BIGOT (n 3).

⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5).

⁸ นักกฎหมายในสายสำนักกฎหมายบ้านเมือง แห่งสำนักกฎหมายกรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ผู้เขียนตำราสำคัญ ๆ ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Théorie pure du droit) และ ทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Théorie générale des normes)

⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz (1963) 299-308.

เป็นทั้งการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่สูงกว่า และขณะเดียวกันก็เป็นการสร้างกฎหมายที่ใช้บังคับและอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า¹⁰ เกี่ยวกับเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างและพัฒนาโดยศาลปกครองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจมีลำดับศักดิ์เทียบได้กับรัฐธรรมนูญ หรือมีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไปที่พัฒนาโดยศาลปกครองก็จะมีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อมูลอันเป็นความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ประเภท ได้แก่ แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ซึ่งบทความนี้จะจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยจากการศึกษาประสบการณ์กฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการสร้าง การค้นหา และการปรับใช้ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ โดยแบ่งหัวข้อศึกษาเป็น 3 ส่วน ดังนี้ **ส่วนที่หนึ่ง** บ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) ซึ่งจะได้ศึกษา 1.1 อำนาจของศาลในการสร้างกฎหมาย (Le pouvoir normatif du juge) 1.2 กำเนิดทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) โดยศาลปกครอง 1.3 ความหลากหลายในที่มาและเนื้อหาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป 1.4 ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และหลังจากได้ทราบที่มาและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ใน**ส่วนที่สอง**จะได้ศึกษาวิธีการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายทั่วไป นั่นคือ การตีความกฎหมายของศาล (L'interprétation des normes par les juges) ซึ่งจะได้พิจารณาเทคนิคและผลทางกฎหมาย ดังนี้ 2.1 ศาลใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี 2.2 ศาลทำหน้าที่สร้างบรรทัดฐานในคำพิพากษา 2.3 ศาลใช้อำนาจในทางตุลาการ 2.4 คุณลักษณะของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล 2.5 ความชอบธรรมตามกฎหมายของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา 2.6 การมีผลบังคับของคำพิพากษาของศาล และ**ส่วนที่สาม**จะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ที่มีการจัดแบ่งประเภทเป็น 3 ประเภท คือ 3.1 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของนักวิชาการ (La doctrine universitaire) 3.2 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) และ 3.3 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำอธิบายทางวิชาการของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) ดังรายละเอียดต่อไปนี้

¹⁰ ibid 314.

1. บ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล¹¹ (La jurisprudence)

บรรดาบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย (Les sources non écrites) ของกฎหมายปกครองนั้น นอกจากธรรมเนียมประเพณี (La coutume) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) แล้ว แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) ซึ่งศาลได้สร้างและพัฒนาจนเกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) ถือว่าเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร¹² และสมควรกล่าวด้วยว่าในทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ประเพณีกฎหมาย คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ และแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกัน ในฐานะที่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองในปัจจุบันนี้ยังคงถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญ แม้ว่าความสำคัญของกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายจะเพิ่มมากขึ้นเป็นทวีคูณก็ตาม จึงจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงคุณลักษณะที่ขาดมิได้ของอำนาจของศาลในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย (Les caractéristiques du pouvoir normatif du juge) เพื่อนำมาสู่การพิจารณาการใช้อำนาจตีความกฎหมายของศาล รวมทั้งการพิจารณาดำเนินการของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล (Des règles jurisprudentielles) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งตำแหน่งแห่งที่หรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไป (Des principes généraux du droit) ในพีระมิดหรือลำดับชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes)

1.1 อำนาจของศาลในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย¹³ (Le pouvoir normatif du juge)

โดยหลักแล้ว ไม่ว่าจะเป็ตุลาการศาลปกครอง หรือผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ก็ไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะสร้างกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศมิได้ให้อำนาจนิติบัญญัติแก่องค์กรตุลาการ บทบาทของตุลาการมีขอบเขตจำกัดอยู่ที่การพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเฉพาะเรื่องที่ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลเท่านั้น และคำวินิจฉัยของศาลก็มีผลบังคับเป็นกรณีเฉพาะรายเท่านั้น มิได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป¹⁴ อย่างไรก็ดี ในการกระทำทางตุลาการ (L'acte juridictionnel) ยอมรับถึงหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นด้วย ซึ่งในการพิจารณาคดีความต่าง ๆ ศาลได้แสดงถึงการผสมผสานเจตจำนงที่ขัดแย้งและตรงกันข้ามของคู่กรณีที่มีต่อ

¹¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82-88 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (2007) 92-99.

¹² Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82 ; Benoît PLESSIX (n 5) 17-18.

¹³ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82-84.

¹⁴ *ibid* 82.

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง ศาลจะอุปนัยว่าการผลานเจตจำนงดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว¹⁵ และในทางกฎหมายปกครอง จะปรากฏขึ้นเสมอว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อที่ตุลาการจะนำมาปรับใช้แก้คดีพิพาท ซึ่งกรณีเช่นนี้ศาลไม่อาจจะกล่าวอ้างความไม่มีอยู่ของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความคลุมเครือไม่ชัดเจนของบทกฎหมายเพื่อเป็นข้ออ้างปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีได้¹⁶ ซึ่งก็เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ที่ห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างความไม่มีอยู่หรือความไม่ชัดเจนของบทกฎหมาย¹⁷ เช่นเดียวกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ที่บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” และโดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องของการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเพียงวิธีการหรือกระบวนการขั้นตอนในทางนิติวิธี บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงในแดนของกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายมหาชนด้วยเช่นกัน¹⁸ แต่อย่างไรก็ดี สำหรับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จารีตประเพณี (La coutume) มีบทบาทค่อนข้างน้อยในการนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย¹⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาด้านกฎหมายมหาชนของไทย หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัยจารีตประเพณี ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน โดยมาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และปรากฏการบัญญัติรับรองเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามข้อ 5²⁰ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วย

¹⁵ ibid.

¹⁶ ibid 82-83.

¹⁷ Code civil, l'article 4 “Le juge qui refusera, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”

(คำแปล) “ศาลไม่อาจปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะใช้แก้คดี หรือบทบัญญัติกฎหมายมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน หรือบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่อาจปรับใช้แก้คดีได้ หากศาลปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างเหตุดังกล่าว ย่อมอาจถูกดำเนินคดีในข้อหาปฏิเสธความยุติธรรม”

¹⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน (วิญญูชน 2562) 227.

¹⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82.

²⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้บังคับแก่คดี เช่นนี้ตุลาการศาลปกครองจึงมีช่องทางคือจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้นมาเองเพื่อปรับใช้แก่คดีนั้น ๆ หรือในกรณีเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ ศาลอาจวินิจฉัยคดีโดยอาศัยประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคสองของรัฐธรรมนูญไทย

นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวในตอนต้นว่า ในประเทศฝรั่งเศส หลักการแบ่งแยกองค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรฝ่ายตุลาการออกจากกันเป็นหลักเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาจากเพื่อห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเข้ามาใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองหรือที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรืออย่างน้อยก็เพื่อห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองโต้แย้งองค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อมีการพัฒนาศาลปกครองขึ้นเป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง หรือคดีข้อพิพาทของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายปกครองที่จะปรับใช้แก่คดี ศาลปกครองจะใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่มาสู่ศาลโดยการหยิบยกหรือกล่าวอ้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Les principes généraux du droit) ที่ศาลปกครองได้สร้างและพัฒนาขึ้นมาอย่างต่อเนื่องตลอดเวลาที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา ด้วยเหตุนี้ ในประเทศฝรั่งเศส ทั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันต่างมีบทบาทช่วยกันสกัดและแยกแยะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งหรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับเอกชนออกไปจากระบบกฎหมายปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่าบรรดาบทกฎหมายในทางแพ่งนี้เป็นสิ่งที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะปรับใช้แก่คดีปกครอง ตุลาการศาลปกครองจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเองเพื่อปรับใช้แก่คดี ซึ่งในขณะเดียวกัน การชี้ขาดตัดสินคดีพิพาททางปกครองก็เป็นการที่ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองด้วย

การใช้อำนาจของศาลปกครองในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาใช้แก่คดีปกครองที่เข้ามาสู่ศาลในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เป็นการที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรผ่านการพิพากษาคดีเฉพาะเรื่อง เมื่อมีคดีเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกัน ศาลก็จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องเดียวกันที่ศาลได้เคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้แล้ว ในแง่นี้ จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายปกครอง

ข้อ 5 “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบได้สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

ฝรั่งเศสมีพัฒนาการไปในทางที่เป็นระบบกฎหมาย Common Law ในขณะที่ระบบกฎหมายเอกชนของฝรั่งเศสจะมีพัฒนาการตามแนวทางของระบบกฎหมาย Civil Law

อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) โดยทั่วไปได้แก่อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ (Le pouvoir d'éditer des normes) และอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมาย (Des règles générales de droit) รวมไปถึงอำนาจในการออกข้อกำหนดหรือคำสั่งที่เป็นการสร้างข้อผูกพันที่มีผลบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายจึงเป็นเรื่องของอำนาจนิติบัญญัติ (Le pouvoir législatif) และอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร (Le pouvoir réglementaire) ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นผ่านการตีความกฎหมาย จึงถือว่าการสร้างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif)

ในประเทศฝรั่งเศส การพัฒนาสาขากฎหมายมหาชนทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองส่วนใหญ่เป็นผลงานของศาล จึงสมควรกล่าวถึงการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไว้ในที่นี้ด้วย ในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นมาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั่นเองก็เป็นผู้วินิจฉัยรับรองว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับหรือมีลำดับศักดิ์เป็นรัฐธรรมนูญ²¹ (Les principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle) โดยคดีที่เป็นบรรทัดฐานในการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้ใช้เป็นแนวทางในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญต่อมาหลังจากนั้น ก็คือคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมหรือการรวมกลุ่มของปัจเจกชน (La liberté d'association) ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971²² คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับ “กรอบแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”²³ (Bloc de constitutionnalité) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักว่า ในการที่ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากศาลจะพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้ว ศาลยังได้หยิบยกคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ค.ศ. 1946 ที่อ้างอิงถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อันนำไปสู่หลักการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจในการวินิจฉัยวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเพื่อสร้าง “หลักกฎหมายทั่วไปที่มีศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ” (Les principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle) และ

²¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 49 - 53.

²² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971, Liberté d'Association.

²³ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 43 - 44.

“หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับโดยระบบกฎหมายแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส” (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) ซึ่งเป็นความคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ที่ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ จากหลักกฎหมายทั้งสองประการที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 นำมาซึ่งการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีต่าง ๆ และสร้างหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญขึ้นมาจากคำพิพากษาต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน อาทิ หลักเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมและการรวมกลุ่ม²⁴ (La liberté d’association) หลักการว่าด้วยสิทธิของประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (Les droits des administrés) หลักความเสมอภาค (Le principe d’égalité) หลักเสรีภาพส่วนบุคคล (La liberté individuelle) หลักสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง²⁵ (des droits de la défense) หลักความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (L’indépendance de la juridiction administrative) หลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองเป็นอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น หลักเสรีภาพในการศึกษาและเสรีภาพในความคิดเห็น²⁶ (La liberté d’enseignement et la liberté de conscience) และหลักความเป็นอิสระของอาจารย์มหาวิทยาลัย²⁷ (L’indépendance des professeurs d’Université) ฯลฯ

นอกจากนี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังได้สร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ (Les principes de valeur constitutionnelle) ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับยุคสมัย” (Les principes particulièrement nécessaires à notre temps) ได้แก่ หลักเกณฑ์ทางการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจและสังคม ที่จำเป็นและเหมาะสมแห่งยุค ตัวอย่างเช่น หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ²⁸ (Principe d’égalité entre les sexes) สิทธิในการลี้ภัย²⁹ (Droit d’asile) สิทธิในการมีงานทำ³⁰ (Droit d’obtenir un emploi) เสรีภาพในการตั้งสหภาพ³¹ (Liberté syndicale) สิทธิในการหยุดงาน³² (Droit de grève) หลักการเกี่ยวกับการจัดการศึกษาของรัฐโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย และเป็นกลางทางศาสนา³³ (Principe de l’organisation de l’enseignement public, gratuit et laïque)

²⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971

²⁵ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989

²⁶ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977

²⁷ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987

²⁸ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1981

²⁹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 1980

³⁰ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1983

³¹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 19-20 กรกฎาคม ค.ศ. 1983

³² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979

³³ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977

หลักในการต้องเคารพกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศและหลักในการไม่ใช้กำลังเพื่อขัดขวางการใช้เสรีภาพของประชาชน³⁴ (Principe du respect des règles du droit public et international et du non emploi de la force contre la liberté d'aucun peuple)

หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญทั้งหลายทั้งปวงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาขึ้นมา มีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ศาลปกครองจะนำมาเป็นกรอบในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Bloc de légalité) ด้วยเช่นกัน³⁵

นอกจากหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาขึ้นมาอย่างต่อเนื่องแล้ว ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกันเป็นองค์กรตุลาการที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปผ่านการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังที่จะกล่าวต่อไปในข้อ 1.2

1.2 กำเนิดทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไป³⁶ (La théorie des principes généraux du droit) โดยศาลปกครอง

“หลักกฎหมายทั่วไป” (les principes généraux du droit) นี้ บางครั้งก็เรียกว่า “หลักทั่วไป” (les principes généraux) หรือบางครั้งอาจเรียกสั้นๆ ว่า “หลักการ” (les principes) ซึ่งก็คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สกัดออกมาจากคำพิพากษาของศาลและเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่บุคคลทุกคน หลักเกณฑ์ที่ว่านี้ประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย (des normes juridiques) ประเภทต่างๆ ซึ่งอาจจำแนกออกตามลักษณะทางธรรมชาติ (nature) ของหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น หรืออาจจำแนกออกตามอำนาจบังคับ หรือการมีผลบังคับ (l'autorité) ของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย หรืออาจจำแนกตามความมั่นคง (ในนิติฐานะ) ของหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น (permanence)

หากจะพิจารณาถึงจุดกำเนิด (Origine) เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไป (des précédents) ที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของศาลวินิจัยชี้ขาดคดีขัดกัน อาจสืบค้นที่มาได้ไปถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 หรืออาจย้อนไปถึงช่วงศตวรรษที่ 19 กล่าวได้ว่าทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไปนี้ กำเนิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1944 โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในคดี Dame veuve Trompier-Gravier³⁷ ลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1944 ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดยังไม่ได้ใช้ถ้อยคำเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยศาลปกครองสูงสุดได้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกใบอนุญาตให้จัดตั้ง

³⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1975

³⁵ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 43.

³⁶ *ibid* 89.

³⁷ C.E., 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, n°69751

ร้านหรือซุ่มขายหนังสือพิมพ์แห่งหนึ่งโดยให้เหตุผลว่าฝ่ายปกครองไม่ได้เคารพต่อหลักการต่อสู้โต้แย้งเพื่อป้องกันตนเองของปัจเจกชน (Les droits de la défense) ศาลเห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาตให้จัดตั้งซุ่มขายหนังสือพิมพ์ โดยมีได้เปิดโอกาสให้เอกชนที่ร้องขอโต้แย้งคัดค้านข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่เป็นเหตุผลแห่งการปฏิเสธไม่อนุญาตให้เอกชนรายนี้ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดที่บัญญัติกำหนดกระบวนการโต้แย้งคัดค้าน (le procédure contradictoire) ไว้ก็ตาม คำสั่งยกเลิกใบอนุญาตนี้ก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

และต่อมาในคดีที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คดี Aramu ลงวันที่ 26 ตุลาคม 1945³⁸ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการให้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่ราชการ (L'épuration administrative) และเป็นครั้งแรกที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ระบุอย่างชัดเจนในคำพิพากษาถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับแม้จะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ (qu'il résulte des principes généraux de droit applicables même en l'absence de texte) ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิพากษาไว้ในคดีนี้ว่า การที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาออกคำสั่งคำวินิจฉัยใด ๆ อันเป็นไปในทางที่เป็นโทษแก่เอกชนจะไม่สามารถกระทำได้โดยปราศจากการมีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้เอกชนที่รับคำสั่งนั้นได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านเสียก่อน (les droits de la défense)

จะเห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้พิจารณาและกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1945 นั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจจากแนวคำพิพากษาหลาย ๆ คำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ โดยศาลปกครองสูงสุดได้เปิดเป็นประเด็นไว้ว่า “ดูเหมือนจะปรากฏว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ก็ตาม”³⁹ (les principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte) แต่อย่างไรก็ดี การเปิดประเด็นเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในครั้งนี้ก็ยังไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร และอาจจะถูกมองข้ามหรือผ่านเลยไป ถ้าหากว่าในปีต่อ ๆ มา ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้มีการหยิบยกความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมากล่าวอ้างอีกในการวินิจฉัยคดีเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญแก่หลักการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่นี้ ถึงขนาดนำมาเป็นหัวข้อศึกษาวิเคราะห์และจัดทำเป็นเอกสารการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับบทบาทและความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไป โดยกล่าวอ้างความเกี่ยวพันกับ “หลักกฎหมายทั่วไปที่แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในระบอบ

³⁸ ดู คำแปลคำพิพากษา อภิญา แก้วกำเนิด, ‘คำพิพากษาบรรทัดฐาน คดี Aramu วางหลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป’ (เอกสารวิชาการ) “หลักกฎหมายมหาชนประจำเดือนตุลาคม 2562”, เผยแพร่ทางระบบอินเทอร์เน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง.

³⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 89 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 99.

สาธารณรัฐของฝรั่งเศส”⁴⁰ (Lois fondamentales même non écrites du régime républicain de France) และแน่นอนที่สุด ศาลปกครองสูงสุดได้ยกย่องสดุดีข้อความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นปรากฏการณ์แห่งยุคนี้โดยปราศจากข้อสงสัย แต่ก็ยังสงวนท่าทีว่า การพิจารณาคดีที่ขึ้นสู่ศาลโดยปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ศาลจะต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เคร่งครัดและอย่างลึกซึ้ง และจะต้องไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะกาล อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นเรื่องที่ควรยอมรับการบังคับใช้หลักกฎหมายปกครองทั่วไป และภายหลังจากสิ้นสุดสงครามและการยึดครองประเทศฝรั่งเศสโดยระบบนาซี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้เดินตามแนวและตามทัศนคติเช่นว่านี้ โดยศาลปกครองสูงสุดยังคงพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทต่าง ๆ มากมายโดยได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหลาย ๆ เรื่อง อีกทั้งศาลปกครองก็ค่อย ๆ พัฒนาสาระสำคัญใหม่ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปจากการทำคำพิพากษาที่ละเล็กทีละน้อย กระบวนการก่อร่างสร้างฐานของหลักกฎหมายปกครองทั่วไปจากคำพิพากษาของศาลจึงได้ปรากฏเป็นรูปเป็นร่างที่สำเร็จสมบูรณ์ ทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไป (La théorie des principes généraux du droit) จึงได้ถือกำเนิดขึ้นนับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา⁴¹

จากที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นว่าบ่อเกิดของหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ได้มีความเกี่ยวพันในเชิงรูปแบบกับบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แม้ว่าจะปรากฏให้เห็นอยู่เสมอว่าได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักบางเรื่องมาจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ก็ไม่ได้มีตัวตนปรากฏอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร⁴² อีกทั้งไม่ได้มีบทบัญญัติใดกำหนดอำนาจบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ แต่โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่านี้เองที่ศาลปกครองสามารถพิจารณาวินิจฉัยสั่งการให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการโดยเคารพต่อกฎเกณฑ์บางประการที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นผลมาจากเจตจำนงทั่วไป (L'esprit général) ที่อยู่ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศ⁴³ ทั้งนี้ ควรต้องทำความเข้าใจว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องการบังคับใช้บทกฎหมาย (Appliquer la loi) และไม่ใช่การตีความกฎหมาย (Interpréter la loi) แต่ในทางตรงกันข้ามเป็นการบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ปราศจากบทบัญญัติของกฎหมาย⁴⁴ (Appliquer ces principes en l'absence de loi) แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ไม่เคยที่จะอวดอ้างว่าเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ขึ้นมา หากแต่ศาลปกครองสูงสุดจะบอกว่าตนเองเป็นเพียงผู้ที่ค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่แล้วในระบบ

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

กฎหมายและได้นำมาพิจารณาปรับใช้แก่คดี ซึ่งก็สามารถอธิบายได้ถึงการศึกษาที่ศาลปกครองได้ทำให้ปรากฏขึ้นเป็นคราว ๆ ไปสำหรับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปใหม่ ๆ⁴⁵

นอกจากนี้แล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือในบริบทใด และเพื่อจุดมุ่งหมายใด ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้บังคับอย่างค่อนข้างรวดเร็ว อาจกล่าวได้ว่า มีเหตุปัจจัยหลายประการที่เกื้อหนุนต่อการสร้างทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งที่เป็นเหตุปัจจัยที่มีมาแต่อดีตและกลายเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของระบบกฎหมายมหาชน และเหตุปัจจัยที่เป็นเหตุเฉพาะในยุคปัจจุบัน ดังนี้

ประการแรก เหตุปัจจัยประการแรกซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่มีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปก็คือ การขาดซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่จะใช้บังคับแก่คดี ซึ่งเป็นที่มาของความจำเป็นที่ศาลปกครองจะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเอง ควรจะกล่าวซ้ำอีกครั้งว่าโดยเหตุที่ระบบกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่ไม่มีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายปกครองและไม่สมควรที่จะมีด้วย แน่นนอนที่สุดจึงไม่ใช่กรณีที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะปรับแก้คดี แต่เป็นกรณีที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองไม่มีคุณสมบัติที่จะนำมาปรับใช้แก้คดีพิพาทได้ จึงมีความจำเป็นที่ต้องเติมส่วนขาดให้กับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่มีประสิทธิภาพ

ประการที่สอง การอุดช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ ความล้มเหลวที่ค่อนข้างเห็นได้ชัดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นเหตุทำให้ตุลาการศาลปกครองโดยอาศัยอำนาจในทางตุลาการต้องหาทางอุดช่องว่างที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่สมบูรณ์และกระจัดกระจายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อให้การทำหน้าที่เป็นไปอย่างสมบูรณ์ ศาลปกครองสูงสุดจึงต้องเริ่มต้นด้วยการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อปรับใช้แก้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ประการที่สาม สำหรับการตรวจสอบฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยังคงรักษาความทรงจำในเอกสิทธิ์เก่าแก่ที่เคยมีในอดีต ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ที่อยู่เคียงข้างกับอำนาจอริปไตยซึ่งสภาแห่งรัฐมีส่วนในการใช้อำนาจบังคับให้มีการกระทำการ (Le pouvoir de commandement) แม้ปัจจุบันนี้จะไม่ค่อยพบเห็นศาลปกครองใช้อำนาจเข้าไปเกี่ยวพันกับกิจกรรมทางรัฐบาลบ่อยนัก แต่อย่างไรก็ดี อำนาจที่ซ่อนเร้นของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ยังคงมีอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์พิเศษที่สงวนไว้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง

1.3 ความหลากหลายในที่มาและเนื้อหาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป⁴⁶

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสนั้น ศาลอาจจะพิจารณาโดยอาศัยบรรดาบทบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับกับทุกคน

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Marie-Christine ROUAULT *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 90-94 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 100-104.

และศาลจะพิจารณาพิพากษาจากความเข้มงวดในทางความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในห้วงเวลานั้น ๆ (Les exigences de la conscience juridique du temps) รวมทั้งจากสถานะความมีอยู่แห่งกฎหมาย (L'état du droit) หรืออาจพิจารณาจากแนวคิดอุดมการณ์ (L'idéologie) ที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญหรือที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง และส่วนใหญ่แล้วหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ก็เป็นสิ่งที่ศาลหยิบยืมมาจากประเพณีเสรีนิยม (La tradition libérale) ที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งในห้วงเวลานั้นได้เกิดหลักการซึ่งถือเป็นประเพณีเสรีนิยมก็คือ หลักการว่าด้วยความเสมอภาคกันของพลเมืองต่อผู้ทรงอำนาจมหาชน (L'égalité des citoyens devant l'autorité publique) หลักการว่าด้วยเสรีภาพในทางความคิด (Le liberté de conscience) หลักในเรื่องที่จะต้องให้ประชาชนที่จะถูกวินิจฉัยลงโทษหรือถูกตัดสินอันเป็นโทษได้มีโอกาสต่อสู้โต้แย้งก่อน (Les droits de la défense) หรือหลักการที่เป็นความจำเป็นในทางชีวิตความเป็นอยู่ในสังคมของพลเมือง ซึ่งก็เป็นที่มาของหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หลักการควบคุมตรวจสอบจากผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า (Le contrôle du supérieur sur les actes de l'inférieur) หรือหลักความเป็นธรรม (L'équité) จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายปกครองทั่วไปดังกล่าวมานี้เกือบทุกหลักการเป็นเรื่องของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่ในบางหลักเกณฑ์ก็มีความเกี่ยวพันกับการบริหารงานที่ดีของฝ่ายปกครอง (Le bon fonctionnement de l'administration) เช่น หลักว่าด้วยความต่อเนื่องในบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หรือหลักการห้ามมิให้องค์กรของรัฐจำหน่ายแจกทรัพย์สินของรัฐโดยไม่มีค่าตอบแทน (L'interdiction pour les personnes publiques de disposer de leurs biens à titre gratuit)

อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความหลากหลายทั้งในด้านเนื้อหา (Le contenu) และในด้านหลักการที่เป็นพื้นฐาน (Le fondement)

ในด้านเนื้อหา (Le contenu) หลักกฎหมายปกครองทั่วไปบางหลักสร้างขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐาน (Des règles de fond) มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ หรือมาจากหลักปรัชญาทางการเมือง (Des principes de philosophie politique) เช่น หลักความเสมอภาค (Les principes d'égalité) หลักเสรีภาพในการชุมนุม (La liberté de réunion) เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (La liberté du commerce et de l'industrie)

หลักกฎหมายปกครองทั่วไปบางเรื่องก็เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ในทางกระบวนการวิธีพิจารณา (Des règles de procédure) เช่น หลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (Des droits de la défense) หรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าด้วยบุคคลสามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้เสมอ แม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้ฟ้องคดีได้ก็ตาม (Il est toujours possible de saisir le juge de la légalité, même sans texte) หรือหลักในเรื่อง

ความไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางปกครอง (Le principe de non rétroactivité des actes administratifs)

ในด้านหลักการพื้นฐาน (Le fondement) ซึ่งเป็นที่มาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไปทั้งหลายข้าง ก็เป็นหลักการที่สกัดมาจากแนวคิดเสรีนิยมซึ่งถือกำเนิดขึ้นเมื่อมีการประกาศคำประกาศสิทธิมนุษยชนและ พลเมืองปี ค.ศ. 1789 บ้างก็มีที่มาจากบรรดาบทบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในช่วงการปกครอง ระบอบสาธารณรัฐที่ 3 ของฝรั่งเศส เช่น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องเสรีภาพ เสมอภาค และสิทธิในการต่อสู้ โต้แย้ง หรือบางครั้งก็อาจจะมีที่มาจากความกังวลหรือความห่วงใยต่อความเป็นธรรมในสังคม ยุคปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้กล่าวถึงหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นผลมาจากคำปรารภ ของรัฐธรรมนูญหรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ โดยคำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ แหล่งที่มาจากคำปรารภนี้เป็นแหล่งกำเนิดที่มีความสมบูรณ์มาก เพราะ คำปรารภประกอบไปด้วยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l' homme et du citoyen de 1789) หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย แห่งสาธารณรัฐ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la Républiques) และรวมถึง หลักการทางกฎหมายที่เป็นสิ่งจำเป็นแห่งยุคสมัยหรือเป็นสิ่งจำเป็นในห้วงเวลานั้น ๆ (les principes particulièrement nécessaires à notre temps)

อย่างไรก็ดี ยังมีบรรดาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปอีกเป็นจำนวนมากที่ไม่ได้มีที่มาเกี่ยวข้องกับ บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวข้างต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้พิจารณาถึงความมีอยู่ของ หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ อาทิเช่น หลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นผลมาจากความจำเป็นแห่งชีวิตในสังคม อันเป็นที่มาของหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องแห่งบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หรือหลักการบังคับอย่างเสมอภาค (Un impérative d'équité) รวมถึงหลักว่าด้วยสิทธิของคนต่างชาติ ในสถานการณ์ปกติที่มีสิทธิที่จะนำบุคคลในครอบครัวเข้ามาในดินแดนฝรั่งเศสเพื่อที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เป็นครอบครัว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้เคยสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ผู้อพยพ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ที่มาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

1.4 ตัวอย่างของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป⁴⁷ (La liste des principes généraux du droit) ทั้งที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

โดยหลักแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และการปกป้องคุ้มครอง และความมั่นคงปลอดภัยของผู้ถูกปกครอง ซึ่งอาจแยกได้ดังนี้

- (1) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเสรีภาพ (La liberté) อาจจำแนกได้เป็นหลายประเภท ดังนี้
 - เสรีภาพในการเดินทาง (La liberté d'aller et venir)

⁴⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 91-94.

- เสรีภาพส่วนบุคคล (La liberté individuelle)
- เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย (La liberté du domicile)
- เสรีภาพในทางความคิด (La liberté de conscience)
- เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (La liberté du commerce et de l'industrie)
- เสรีภาพในการเข้าถึงกิจกรรมในทางการกีฬา (La liberté d'accès aux activités sportives)

(2) หลักความเสมอภาค (L'égalité)

ตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักความเสมอภาค ได้แก่

- หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย (L'égalité devant la loi)
- หลักความเสมอภาคในการรับภาระหน้าที่สาธารณะ (L'égalité devant les charges publiques)
- หลักความเสมอภาคในการเสียภาษี (L'égalité pour l'impôt)
- หลักความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม (L'égalité pour la justice)
- หลักความเสมอภาคในระหว่างผู้ใช้บริการสาธารณะ (L'égalité entre usagers des services publics)
- หลักความเสมอภาคในการเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (L'égalité régissant le fonctionnement des services publics)
- หลักความเสมอภาคในการเป็นผู้ใช้ทรัพย์สินสาธารณะ (L'égalité des usagers du domaine public)
- หลักความเสมอภาคในระหว่างผู้สมัครในการสอบแข่งขันหรือในการสอบเข้ามหาวิทยาลัย (L'égalité entre candidates à un concours ou à un grade universitaire déterminé)
- หลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติ (อย่างเดียวกัน) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในองค์กรเดียวกัน (L'égalité de traitement des membres d'un même corps de fonctionnaires)
- หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง (L'égalité entre hommes et femmes)

(3) หลักในการคุ้มครองผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (La protection des administrés) มีหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องที่เป็นหลักในการคุ้มครองประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง อาทิเช่น

- หลักว่าด้วยการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ (La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre toute décision administrative)
- สิทธิในการร้องเรียนหรือโต้แย้งคัดค้านการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาต่อผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่า (Le droit d'exercer un recours hiérarchique contre toute décision d'une autorité subordonnée)
- หลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (Le respect des droits de la défense)

- หลักการไม่ถูกลงโทษสองครั้งในการกระทำเดียวกัน (*Non bis in idem*)
- หลักการว่าด้วยบุคคลไม่จำต้องถูกลงโทษหลายครั้งในความผิดเรื่องเดียวกัน (*L'excluant qu'une faute déterminé provoque l'infliction de plus d'une sanction*)
- หลักความไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางปกครอง (*Non rétroactivité des actes administratifs*)
- หลักในการให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนและครอบครัวในการพัฒนาคุณภาพชีวิตและความปลอดภัยแห่งชีวิต ซึ่งก็นำมาสู่หลักในเรื่องการที่ต้องอนุญาตให้คนต่างชาติที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสในลักษณะปกติสามารถที่จะอยู่อาศัยต่อไปได้ ทั้งนี้ เพื่อรับรองสิทธิในทางวิถีชีวิตครอบครัวอันปกติ (*Le droit à une vie familiale normale*) และนำมาสู่หลักการรับรองเสรีภาพในการที่คนต่างชาติจะพาครอบครัวทั้งภรรยาสามีและบุตรเข้ามาอยู่ด้วยกันในประเทศฝรั่งเศส (*La faculté de faire venir auprès d'eux leur conjoint et enfants mineurs*)
- หลักว่าด้วยฝ่ายปกครองที่ได้รับคำร้องให้เพิกถอนกฎข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องเสนอเรื่องให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งหลักการนี้ก็ให้นำมาสู่หลักการที่ว่าฝ่ายปกครองจะต้องประกาศโดยชัดแจ้งภายในระยะเวลาที่เหมาะสม บรรดากฎระเบียบต่างๆ ที่ตนได้ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน และหลักบังคับว่าฝ่ายปกครองจะต้องไม่บังคับใช้กฎข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) เกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการ (*Fonctionnement des juridictions*) มีหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องที่ว่าหลักเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ดังนี้

- หลักวิธีพิจารณาที่ต้องให้มีการโต้แย้งคัดค้านต่อผู้คดี (*Caractère contradictoire de la procédure*)
 - หลักการตัดสินใจโดยลับ (*Secret du délibéré*)
 - สิทธิที่ได้โดยรับการพิจารณาวินิจฉัยคดีภายในระยะเวลาที่เหมาะสม
 - หลักการระงับการถูกบังคับให้ชำระหนี้ในการบังคับคดีตามคำพิพากษาได้เป็นการชั่วคราว
- ในส่วนของหลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (*Des droits de la défense*) อาจจำแนกออกเป็นสิทธิอีกหลายประเภท ได้แก่
- สิทธิในการแสดงเอกสารหลักฐานต่างๆ หรือยกข้อต่อสู้ที่เป็นประโยชน์เพื่อโต้แย้งคัดค้านการพิจารณาออกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่เป็นโทษต่อตนเอง
 - สิทธิในการที่จะมีทนายความเข้ามาช่วยเหลือในกระบวนการดำเนินการทางวินัย
 - สิทธิในเรื่องการมีระยะเวลาที่เหมาะสมเพียงพอในการที่จะโต้แย้งคัดค้าน
 - การห้ามพิจารณาในทางที่เป็นโทษที่รุนแรงขึ้นในคดีที่บุคคลถูกพิจารณาออกคำสั่งอันเป็นโทษ
 - สิทธิที่จะได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโทษ

- สิทธิเกี่ยวกับการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินในส่วนของรัฐวิสาหกิจ
- ห้ามฝ่ายปกครองออกมาตรการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบรรดาผู้ชุมนุม ประทับวงขอเพิ่มเงินเดือนหรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ

- สิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่า
- ในคดีอาญา จำเลยมีสิทธิที่จะแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาลก่อนที่ศาลจะพิพากษาคัดสินคดี และจะต้องมีการโฆษณาเผยแพร่คำแถลงโต้แย้งโต้เถียงกันในศาลต่อสาธารณชน

(5) หลักกฎหมายทั่วไปในลักษณะอื่นๆ มีหลักกฎหมายบางประเภทที่ไม่สามารถจัดเข้าในประเภทต่างๆ ของหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาทิเช่น

- สิทธิของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ถูกวินิจฉัยให้รับผิดชอบในความเสียหายทางละเมิดที่จะเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐร่วมรับผิดชอบในกรณีที่เป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำการตามหน้าที่

- ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งให้บุคคลออกจากราชการหรือพ้นจากตำแหน่งโดยอาศัยเหตุที่บุคคลนั้นตั้งครรภ์

- หลักการบังคับฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาปรับหรือจัดสรรเงินเดือนให้เหมาะสมกับหน้าที่

- หลักการบังคับฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดสรรหรือกำหนดเงินค่าตอบแทนให้แก่พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง (les agents non titulaires) ไม่ต่ำกว่าเงินค่าแรงขั้นต่ำ (SMIC)

- หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยแบ่งแยกตามเพศ

- หลักการปฏิเสธการไม่ส่งผู้ต้องหาในกรณีขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเมื่อปรากฏว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

- หลักเรื่องความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (la continuité des services publics)

- หลักทั่วไปในกฎหมายแรงงานที่เกี่ยวกับการมีสภาพแรงงาน

- หลักความมีอิสระของผู้ป่วยในการที่จะเลือกแพทย์ที่จะทำการรักษาและปรึกษาใช้ด้วยตนเอง

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ใช่ศาลปกครองจะต้องพิจารณายอมรับหรือยกสถานะว่ากฎเกณฑ์ (règles) ทางกฎหมายทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมและความเสมอภาค ให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principes général du droit) ศาลอาจปฏิเสธว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แม้จะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมหรือความเสมอภาคนั้นมีคุณค่า หรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือศาลอาจพิจารณาเห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดขึ้นใช้บังคับอยู่แล้ว จึงไม่อาจจะมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีก หรือศาลอาจพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีคุณค่าทางกฎหมาย (une valeur juridique) แต่ไม่ถึงขั้นที่จะยกขึ้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็นำมาซึ่งปัญหาการพิจารณาค่าทางกฎหมาย (valeur juridique) ของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่ควรจะศึกษาต่อไป

2. การตีความกฎหมายของศาล (L'interprétation des normes par les juges)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับสาระสำคัญโดยสังเขปของบ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายของศาล (Le pouvoir normatif du juge) ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอเกี่ยวกับการตีความของศาลซึ่งเป็นเทคนิคการที่ศาลจะสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (la règle jurisprudentielle) ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1 ศาลใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี⁴⁸ (La méthode interprétative)

บ่อยครั้งที่การหาทางออกให้แก่คดี ศาลสามารถทำได้โดยการสกัดหลักออกมาจากบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจจะได้กล่าวได้ว่าด้วยวิธีการนี้ศาลไม่ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษา อันจะเป็นการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานโดยตรง หากแต่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเกิดขึ้นมาจากการตีความของศาล ซึ่งศาลปกครองก็เช่นเดียวกับศาลอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพ โดยทั่วไปแล้ว ในบทบาทการตีความกฎหมาย ศาลจะต้องค้นหาเจตจำนงของบทบัญญัติกฎหมายและนำมาเขียนไว้ในคำพิพากษาของตน และบางครั้งศาลอาจนำมาใช้อ้างอิงในคำพิพากษา ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และเพื่อที่จะตีความกฎหมาย ผู้พิพากษาศาลอาจใช้เทคนิคการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งในขั้นตอนการยกร่าง (les travaux préparatoires) หรือในขั้นตอนการปรับบท รวมทั้งอาจกล่าวอ้างคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการอื่น ๆ เช่น คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการแห่งสหภาพยุโรป ได้ด้วย

2.2 ศาลทำหน้าที่สร้างบรรทัดฐานในคำพิพากษา⁴⁹ (La fonction jurisprudentielle)

คำพิพากษานั้นเป็นยิ่งกว่าการตีความกฎหมาย เพราะคำพิพากษาได้อุดช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมาย และสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่ ดังนั้น กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะปรับใช้แก่คดี ไม่ใช่ศาลจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อปรับใช้กับกรณีพิพาทที่เข้ามาสู่ศาลทุกครั้งไป เพราะว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมายเกิดขึ้นจากการสกัดมาจากคำวินิจฉัยหาทางออกหรือแก้ปัญหากรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายหลาย ๆ เรื่องที่คล้ายคลึงหรือมีแนวทางเดียวกัน เป็นระยะเวลายาวนาน⁵⁰ อย่างไรก็ตาม บางครั้งการสร้างหลักเกณฑ์อันเกิดจากคำพิพากษาอาจเกิดขึ้นด้วยวิธีการที่ชัดเจน

⁴⁸ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 83.

⁴⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 93.

⁵⁰ *ibid.*

ในคำพิพากษาคดีที่วางหลักนั้น ๆ ซึ่งเป็นการที่ศาลตอบปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ หรืออาจเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยที่เคยวางหลักไว้เดิม ศาลจะประกาศเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งจะนำมาปรับใช้ ไม่เฉพาะแก่คดีที่เป็นปัญหาฟ้องร้องขึ้นมาเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีปัญหาอื่นที่มีลักษณะ เดียวกันอีกด้วย ทั้งนี้ โดยไม่มีลักษณะบ่งชี้ภายนอกใด ๆ ที่จะมากำหนดว่าคดีใดคดีหนึ่งเป็นคำพิพากษา บรรทัดฐาน⁵¹ แต่บางครั้งก็อาจดูได้จากการที่คำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาโดยที่ประชุมใหญ่ (L'assemblée) หรือคำพิพากษาโดยแผนกคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด (La section) ในขณะที่เขียน คำพิพากษานั้นเอง ศาลอาจจะเห็นได้ในระหว่างการเขียนคำพิพากษาว่าเป็นการวางหลักทางกฎหมาย รวมทั้ง อาจได้รับความกระจ่างชัดจากคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และจากบทวิเคราะห์และวิพากษ์ ทางทฤษฎีกฎหมายโดยนักวิชาการกฎหมาย⁵²

ในแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ผู้พิพากษาศาลการได้ใช้อำนาจในการสร้างหลักเกณฑ์ ทางกฎหมาย (Le pouvoir normatif) กล่าวคือ ศาลจะตัดสินคดีพร้อมกับการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย อันเป็นการสร้างความสมบูรณ์ต่อหน้าที่ในทางการสร้างแนวบรรทัดฐานแห่งคดี (La fonction jurisprudentielle) ของตุลาการ⁵³ คำพิพากษาเหล่านี้้อาจจะกำหนดโดยชัดแจ้งถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้บังคับ แก่คดี หรืออาจจะเป็นการกำหนดโดยปริยาย และก็เป็นกรณีส่วนใหญ่ที่ศาลสร้างหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษา โดยปริยาย กรณีเช่นว่านี้ ศาลจำเป็นต้องใช้ความพยายามที่จะแสดงให้เห็นปรากฏถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ที่จะนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาหรือหาทางออกแก่คดีที่ฟ้องร้อง จะเห็นได้ว่าการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์ ทางกฎหมายที่ปรากฏในคดีนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันกับการเกิดขึ้นของธรรมเนียมประเพณี (La coutume) แต่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานถูกสร้างขึ้นด้วยกระบวนการที่ต้องมีการฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อให้ ศาลได้พิจารณาพิพากษา ซึ่งคำพิพากษาของศาลก็เพียงพอที่จะวางหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายใน คำพิพากษา⁵⁴ (La règle jurisprudentielle)

2.3 ศาลใช้อำนาจหน้าที่ทางตุลาการ⁵⁵ (La fonction juridictionnelle)

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรตุลาการหรือศาล เป็นผู้มีหน้าที่และใช้อำนาจทางตุลาการ (Le pouvoir juridictionnel) ดังนั้น ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาล นอกจากจะเป็น การตีความและปรับใช้กฎหมายแล้ว ศาลยังมีหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจทางตุลาการในการตรวจสอบและ ถ่วงดุลกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อีกด้วย การที่ศาลได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้น

⁵¹ ibid.

⁵² ibid.

⁵³ ibid.

⁵⁴ ibid.

⁵⁵ ibid.

จากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน นอกจากจะเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ยังเป็นการสร้างดุลยภาพและความยุติธรรมในการใช้อำนาจรัฐของผู้ใช้อำนาจรัฐด้านต่าง ๆ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย

โดยคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ศาลได้เคยตัดสินชี้ขาดและวางแนวอันเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นไว้แล้ว ในคดีอื่น ๆ ที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีมาสู่ศาลในภายหลัง ศาลอาจจะพิจารณาพิพากษาแก้ไขปัญหาในคดีโดยอาศัยพื้นฐานจากหลักกฎหมายที่ศาลนั่นเองเป็นผู้สร้างขึ้นมาจากการชี้ขาดตัดสินคดีก่อน ๆ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าศาลได้ทำหน้าที่ในทางตุลาการหรือการใช้อำนาจของศาลอย่างสมบูรณ์

บรรดาคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมายาวนาน ถือเป็นผลงานในเชิงการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (L'oeuvre normative du juge) ของศาล ศาลปกครองได้สร้างระบบและคุณลักษณะที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในระบบกฎหมายปกครอง นั่นคือ หลักการทั่วไปในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง⁵⁶ (L'action administrative) จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังต่อไปนี้อย่างเคร่งครัด ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองหรือผู้ทรงอำนาจมหาชน (La responsabilité de la puissance publique) หลักว่าด้วยการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง (L'exécution des contrats administratifs) หลักการว่าด้วยลักษณะทางกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (La notion d'acte administratif) หลักการว่าด้วยบริการสาธารณะ (Le service public) หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดิน (Le domaine public) หลักกฎหมายว่าด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Les agents publics) และหลักการว่าด้วยอำนาจมหาชน (La puissance publique) อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าการทำหน้าที่และการใช้อำนาจของศาลปกครองในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานนี้อยู่ในสถานการณ์ที่ด้อยกว่าเมื่อเทียบกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเหตุว่าการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์บรรทัดฐานจากแนวคำพิพากษา (Des normes jurisprudentielles) เป็นเรื่องที่ยื่นอยู่กับการฟ้องร้องคดี กล่าวคือ จะต้องมีการพิพาทเกิดขึ้นเสียก่อน

2.4 คุณลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล⁵⁷ (Les caractères de la règle jurisprudentielle)

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่ได้มีการพิจารณาโดยองค์คณะในการพิจารณาคดีที่เคร่งครัดที่สุดของศาลปกครองสูงสุด ทั้งโดยที่ประชุมใหญ่ (L'assemblée) หรือโดยแผนกคดีปกครอง (La section) จะมีลักษณะดังนี้

(1) ลักษณะสำคัญประการแรก คือ กฎเกณฑ์อันเกิดจากคำพิพากษานั้นมีลักษณะยืดหยุ่น⁵⁸ (Souple) ศาลปกครองสูงสุดไม่ถูกผูกพันโดยแนวคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ ศาลไม่ยอมรับที่จะถูกผูกมัดโดยรูปแบบ

⁵⁶ ibid.

⁵⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 84.

ที่เคร่งครัด (Des formules rigides) แต่ศาลก็สงวนสิทธิ์ในความเป็นไปได้ที่จะพิจารณาลักษณะเฉพาะของแต่ละเรื่องแต่ละกรณี ด้วยเหตุนี้ บางครั้งศาลปกครองสูงสุดจึงอาจจะสร้างเกณฑ์มาตรฐานขึ้นไว้ แต่ก็ปล่อยให้ศาลมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการที่จะนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมแก่คดีแต่ละคดี โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะแสดงให้เห็นปรากฏในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษาถึงความสุขุมรอบคอบอย่างสูงสุดที่แสดงถึงการถ่ายทอดลักษณะสำคัญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษา (les caractères de la règle jurisprudentielle)

(2) ประการต่อมา คือ การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะของการตีความ⁵⁹ (Le caractère interprétatif) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาก็คือการตีความ ศาลพิจารณาจากเจตจำนงของกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ สิ่งเหล่านี้ไม่ได้ปรากฏอย่างแจ่มชัดและโดยตรงจากตัวคำพิพากษา แต่ส่วนใหญ่จะพิจารณาได้จากการอ่านคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี (Des commissaires du gouvernement)

(3) นอกจากนี้ ยังมีลักษณะของการขยายความ⁶⁰ (Le caractère supplétif) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาของศาล ก็คือ การขยายความในรายละเอียดของกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งจะอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่ศาลจะไม่พิจารณาขยายความไปในทางที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

(4) ลักษณะของการพัฒนาอย่างไม่หยุดนิ่ง⁶¹ (Le caractère évolutif) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาเป็นกฎเกณฑ์ที่มีพัฒนาการ โดยอาจจะมีการปรับปรุง แก้ไข หรือกำหนดให้ชัดเจนขึ้นโดยคำวินิจฉัยที่เกิดขึ้นภายหลังที่ได้วินิจฉัยในคดีที่คล้ายคลึงกัน บางครั้งกฎเกณฑ์จากคำพิพากษาใหม่อาจจะกลับหลักจากคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ก็ได้ โดยการวินิจฉัยไปในทางตรงกันข้าม หรือแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิม แต่อย่างไรก็ดี กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่ไม่พบบ่อยนัก เพราะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะระมัดระวังในการที่จะกลับคำพิพากษาเดิม ดังนั้น การกลับแนวคำพิพากษาจึงเกิดขึ้นเฉพาะในคดีที่ไม่ค่อยมีปัญหาข้อโต้แย้งมากนัก⁶² และจะพบว่ากรณีที่ศาลปกครองสูงสุดจะสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ศาลจะคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมเสมอ ในการที่จะประสานประโยชน์ระหว่างความจำเป็นของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Les nécessités de l'action administrative) กับ

⁵⁸ ibid.

⁵⁹ ibid.

⁶⁰ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 84 ; Rene CHAPUS, *Droit administratif général Tome 1*, 117-118.

⁶¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5).

⁶² ibid.

สิทธิเสรีภาพของประชาชน (Les droits et libertés des citoyens) ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางทั่วไป ที่ศาลยอมรับเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี (La directive générale) แต่ก็ไม่ยอมรับเป็นแบบแผนที่ตายตัวในการพิจารณาวินิจฉัยฎกเกณฑ์จากแนวคำพิพากษาของศาลนี้เป็นการแสวงหาหลักเกณฑ์ของศาลที่มีความยืดหยุ่นสูง⁶³

(5) หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลักเกณฑ์พิเศษเฉพาะในทางตุลาการ⁶⁴ (L'hermétisme) กล่าวคือ ในการที่คนทั่วไปจะเข้าถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลสร้างขึ้นมานั้น รวมทั้งการที่จะเข้าใจถ้อยคำภาษาที่ศาลใช้นั้น เป็นเรื่องที่ต้องทำเองที่จะต้องทำความเข้าใจกับภาษาและข้อความคำอธิบายในหลักที่ศาลสร้างขึ้น ซึ่งอาจไม่ใช่ภาษาธรรมดาที่ใช้กันทั่วไป

(6) ลักษณะที่ถาวรของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล⁶⁵ (Permanence) ลักษณะประการสุดท้ายของฎกเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ก็คือ ลักษณะความมั่นคงถาวรของฎกเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น ลักษณะความมั่นคงถาวรและความยาวนานของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาเป็นสิ่งที่ทำให้สามารถพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของฎกเกณฑ์จากคำพิพากษา ลักษณะพิเศษในประการนี้ไม่ได้เป็นอุปสรรคในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีความแน่วแน่ในการที่จะโน้มน้าวศาลถึงความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขฎกเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาแล้วนั้น

2.5 ความชอบธรรมตามกฎหมายของฎกเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา⁶⁶ (La légitimité du droit jurisprudentiel)

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานกับฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้ร่างกฎหมายสามารถทำให้คำพิพากษาสิ้นผลบังคับได้โดยการบัญญัติกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไปในทางที่แตกต่างกับแนวคำพิพากษาของศาล แต่อย่างไรก็ดี การนิ่งเฉยของผู้ร่างกฎหมายก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการให้ความเห็นชอบต่อแนวคำพิพากษาที่ศาลได้สร้างขึ้นนั้น

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ ในทางกฎหมายแล้วผู้พิพากษาศาลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ถูกผูกพันโดยฎกเกณฑ์ที่ศาลได้สร้างขึ้นซึ่งไม่เหมือนกับการที่ศาลต้องผูกพันต่อฎกเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลสามารถที่จะพิจารณาพิพากษาคดีไปในทางที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานได้เสมอ⁶⁷ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศฝรั่งเศส ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้ประกาศหรือกำหนดฎกเกณฑ์ทางกฎหมาย หรือได้สร้างหลักกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาในคำพิพากษาหนึ่ง ๆ แล้ว ก็ย่อมหมายความว่า

⁶³ ibid.

⁶⁴ ibid.

⁶⁵ ibid.

⁶⁶ ibid 85.

⁶⁷ ibid.

ว่าศาลปกครองสูงสุดมีความเชื่อมั่นว่าหลักการนั้นๆ เป็นสิ่งที่ถูกต้องสมบูรณ์ และเป็นหลักกฎหมายที่ศาลจะยึดถือปฏิบัติต่อไป การเชื่อมั่นต่อหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นนี้ก็จะเป็นไปเพื่อรับรองต่อปัจเจกชนในความมั่นคงแห่งนิติฐานะของระบบกฎหมาย⁶⁸ (la sécurité juridique)

อย่างไรก็ดี การกลับหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ ก็ไม่ใช่สิ่งที่ต้องห้ามแต่อย่างใด⁶⁹ ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ในทางการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป (La fonction normative) โดยไม่จำเป็นต้องเคารพต่อหลักการไม่มีผลย้อนหลัง⁷⁰ (Le principe de non rétroactivité) ที่เป็นหลักซึ่งใช้บังคับแก่การกระทำในทางนิติบัญญัติหรือการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทุกประเภท (Toute activité normative) และเมื่อมีการแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนหลักในแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปอันใหม่ย่อมมีผลใช้บังคับสำหรับคดีข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนับแต่ที่ศาลมีคำพิพากษากลับหลักเดิม รวมถึงมีผลบังคับแก่คดีที่จะมีการฟ้องร้องภายหลังจากที่มีคำพิพากษาวางหลักใหม่ ดังนั้น เพื่อที่จะบรรเทาข้อขัดข้องหรือความไม่สะดวก (inconvenient) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่นี้ควรจะถูกสร้างขึ้นเมื่อคดีพิพาทที่เป็นที่มาของการสร้างหลักกฎหมายใหม่ดังกล่าวนี้ จะต้องมีผลไปสู่การพิจารณาพิพากษาไปในทางที่ยกคำฟ้องเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยในคดีพิพาทที่เป็นต้นเหตุของการสร้างหลักก่อนหน้า ซึ่งลักษณะเช่นนี้ก็ไม่ใช่ว่าจะเป็นไปได้เสมอไป และในเรื่องนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่แตกต่างจากศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ โดยศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธที่จะสร้างความแตกต่างของผลที่จะเกิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างขึ้นที่จะมีผลแตกต่างกันไปเมื่อเวลาเปลี่ยนไป ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไปในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง⁷¹

2.6 การมีผลบังคับของคำพิพากษาของศาล⁷² (La force des décisions de justice)

(1) การมีผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสิน⁷³(L'autorité des décisions de justice) คำพิพากษาอันเป็นที่สุดจากกระบวนการพิจารณาพิพากษานั้น จะมีลักษณะที่เด็ดขาดที่มีผลผูกพันบุคคลทั่วไป (L'autorité de la chose jugée) คำวินิจฉัยของศาลจึงมีพลังอำนาจแห่งความจริงทางกฎหมาย และมีผลผูกพันต่อหน่วยงานทางปกครองในฐานะที่เท่าเทียมกับบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม หรือบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล

⁶⁸ ibid.

⁶⁹ ibid.

⁷⁰ ibid.

⁷¹ ibid.

⁷² Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 86-87.

⁷³ ibid 86.

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁷⁴ (Les décisions du Conseil constitutionnel) เป็นไปตามมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติว่า คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันผู้ทรงอำนาจรัฐทุกฝ่าย รวมทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการด้วย แต่อย่างไรก็ดี ไม่มีบทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้ เว้นแต่คดีที่ฟ้องร้องต่อศาลปกครอง หรือต่อศาลยุติธรรม และมีการส่งประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นการลงโทษทางอ้อม

(3) คำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตุลาการอื่น ๆ ได้แก่ ศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลายในนามของประชาชน บรรดาคำพิพากษาขององค์กรตุลาการทั้งสององค์กรนี้ ย่อมยุติลงที่การออกคำสั่งที่จะต้องมีการดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่อไป โดยฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมมือกันโดยอาศัยอำนาจมหาชนเพื่อที่จะประกันการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยมีคำสั่งแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง และในกรณีที่เป็นการเพิกถอนกฎ ความเด็ดขาดและการมีผลบังคับของคำพิพากษานั้นไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะคู่กรณีในคดีพิพาทเท่านั้น แต่คำพิพากษาเพิกถอนกฎนั้นมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป⁷⁵ (L'effet erga omnes) เมื่อมีการเพิกถอนกฎแล้ว ย่อมถือเสมือนว่ากฎนั้นไม่เคยมีผลบังคับอยู่เลย และไม่สามารถนำมาบังคับใช้แก่บุคคลใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีในคดีหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่อาจจะออกคำสั่งโดยอาศัยกฎที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ⁷⁶ (La doctrine)

คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) หมายถึง ผลงานหรือข้อเขียนที่ผู้เขียนได้เสนอข้อความคิด แสดงความเห็น หรือให้ข้อเสนอแนะทางวิชาการ มีลักษณะเป็นการนำเสนอองค์ความรู้ ผ่านงานเขียนหลากหลายรูปแบบ ได้แก่ หนังสือ ตำรา คู่มือ คำสอน บทความทางวิชาการกฎหมาย บทวิเคราะห์ความเห็นต่อบทบัญญัติกฎหมายหรือต่อคำพิพากษาของศาล พจนานุกรมหรือสารานุกรมที่อธิบายความหมายและให้ข้อมูลความรู้ทางกฎหมายของคำและข้อความคิดทางกฎหมาย รวมถึงเอกสารคำบรรยายในชั้นเรียน ซึ่งคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการเหล่านี้ไม่ได้มีผลเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นผลงานของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาบทบาทของศาลต่าง ๆ ของทุกประเทศทั่วโลกในปัจจุบันนี้ จะพบว่า นอกจากตุลาการจะทำหน้าที่ในทางตุลาการแล้ว ตุลาการของทุกศาลยังกลายเป็นผู้มีบทบาทใหม่ในทางวิชาการอีกด้วย จึงเกิดคำเรียกขานตุลาการประเภทนี้ว่า “ตุลาการผู้ให้ความรู้หรือตุลาการผู้อธิบายทางวิชาการ” (Le juge pédagogue) ซึ่งนอกจากจะเป็นการบรรยายให้

⁷⁴ ibid 86.

⁷⁵ ibid 86-87.

⁷⁶Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit*, 87-88 ; Mathieu DISANT, ‘La doctrine du juge entre pédagogie et source du droit’ <<https://books.openedition.org/putc/434?lang=fr>> accessed 28 aout 2019.

ความรู้ในลักษณะเช่นเดียวกับอาจารย์ในมหาวิทยาลัยแล้ว ในประการสำคัญยังหมายความรวมถึงการที่ตุลาการได้ สอดแทรกคำอธิบายทางวิชาการ รวมทั้งหยิบยกอ้างอิงทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ มาใส่ไว้ในคำพิพากษา

โดยระบบนิติวิธีทั่วไปแล้ว หลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการเหล่านี้มีส่วนอย่างสำคัญ ในการสร้างกฎหมายทั่วไป ด้วยการเสนอแนะหลักการที่มีส่วนสำคัญในการหาทางออกหรือแนะแนวทางการ แก้ไขปัญหาในคำพิพากษาของศาล หรือการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ คำสอนทางตำราที่มีส่วนอย่างมากต่อการสร้างคำพิพากษาของศาลที่มีความเหมาะสมสอดคล้องต่อการ แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมแต่ละช่วงเวลา ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายหลักของศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดหรือตัดสิน ปัญหาให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม นอกจากนี้ คำอธิบายทางวิชาการยังมีบทบาทสำคัญต่อการปรับปรุงหรือ ปฏิรูประบบกฎหมายในอนาคตอีกด้วย หากไม่มีความพยายามที่จะจัดระบบให้แก่หลักกฎหมายทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่าในการปรับใช้กฎหมายเราอาจตีความเทียบเคียงโดยพิจารณาจากบริบทของบทบัญญัติ ของกฎหมาย และสร้างคำวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้อง แตกต่าง และไม่มีประสิทธิภาพ คำสอนหรือคำอธิบาย ทางวิชาการ (La doctrine) อาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้⁷⁷

3.1 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของนักวิชาการ (La doctrine universitaire)

หลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการอันเกิดจากความเห็นของนักวิชาการหรืออาจารย์ ในมหาวิทยาลัยทั้งหลายนั้น โดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการสร้างหลักกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง แต่มีผล โดยทางอ้อมในการชี้แนะหรือแนะแนวทางให้แก่ผู้ที่มีอำนาจโดยตรงที่จะนำไปออกหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็น กฎหมายต่อไป ซึ่งหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการนี้มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการสร้างรากฐานให้แก่ ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส แม้จะโดยทางอ้อมก็ตาม และจะพบว่าตลอดเวลาที่ผ่านมา มีกฎเกณฑ์ ทางกฎหมายจำนวนมากทั้งที่ตราเป็นบทบัญญัติกฎหมายและที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลเป็นกฎเกณฑ์ ทางกฎหมายที่มีที่มาจากคำสอนหรือคำอธิบายทางตำรา หรือผลงานทางวิชาการของนักวิชาการ ทางด้านกฎหมาย เช่น คำสอน คำอธิบาย หรือทฤษฎีกฎหมายของศาสตราจารย์โมริช ออริอู⁷⁸ (Maurice Hauriou) และศาสตราจารย์เล-อง ดูกีต์⁷⁹ (Léon Duguit) นักวิชาการกฎหมายมหาชนคนสำคัญของฝรั่งเศส เป็นต้น บทบาทของนักวิชาการในมหาวิทยาลัยแสดงออกโดยผ่านงานเขียนข้อความคิดในตำรากฎหมาย และ บทความทางวิชาการมากมาย รวมทั้งปรากฏในคำบรรยายในชั้นเรียน และเมื่อนักวิชาการบางท่านได้รับ

⁷⁷ Mathieu DISANT (n 76).

⁷⁸ ศาสตราจารย์ โมริช ออริอู (Maurice Hauriou) (17 สิงหาคม 1856 – 12 มีนาคม 1929) แห่งสำนักกฎหมายเมืองตูลูส (École de Toulouse) ประเทศฝรั่งเศส ได้รับการยกย่องเป็นบิดาแห่งกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่ได้วางรากฐานทฤษฎี อำนาจมหาชน (Théorie de la puissance publique)

⁷⁹ ศาสตราจารย์ เล-อง ดูกีต์ (Léon Duguit) (4 กุมภาพันธ์ 1859 -18 ธันวาคม 1928) แห่งสำนักกฎหมายเมืองบอร์กโดซ์ (École de Bordeaux) ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผู้อธิบายทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (Théorie du service public)

แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ ข้อความคิดทางวิชาการก็ปรากฏออกมาในรูปของคำอธิบายในฐานะตุลาการ ในองค์คณะขององค์กรตุลาการอีกด้วยในกรณีที่นักวิชาการดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการ

3.2 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของศาล⁸⁰ (La doctrine jurisprudentielle – La doctrine du juge)

หากพิจารณาบทบาทของศาลต่าง ๆ ของทุกประเทศทั่วโลกในปัจจุบันนี้ จะพบว่า นอกจากผู้พิพากษาตุลาการจะทำหน้าที่ในทางตุลาการแล้ว ผู้พิพากษาตุลาการของทุกศาลยังกลายเป็นผู้มีบทบาทใหม่ในทางวิชาการอีกด้วย จึงเกิดคำเรียกขานตุลาการประเภทนี้ว่า “ตุลาการผู้ให้ความรู้หรือตุลาการผู้สอน”⁸¹ (Le juge pédagogue) ซึ่งนอกจากจะเป็นการบรรยายให้ความรู้ในหลักสูตรต่าง ๆ ลักษณะเช่นเดียวกับอาจารย์ในมหาวิทยาลัยแล้ว ในประการสำคัญยังหมายความรวมถึงการที่ตุลาการได้สอดแทรกคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ รวมทั้งหยิบยกอ้างอิงทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ไว้ในคำพิพากษา

ผลงานที่มีลักษณะเป็นคำอธิบายหรือคำสอนทางวิชาการของตุลาการ โดยส่วนใหญ่แล้ว จะปรากฏอยู่ในมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และมติของที่ประชุมใหญ่ของแผนกคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด รวมทั้ง คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และในบางครั้งจะพบหลักคำสอนทางวิชาการในบันทึกความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อย

ในการที่ศาลทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น อาจมีบางกรณีที่ศาลได้สอดแทรกข้อความคิดหรือแสดงความเห็นบางประการที่นอกเหนือไปจากประเด็นแห่งคดีที่พิพาท ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลที่ เป็นความรู้ อันมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไป เทคนิคเช่นนี้มีชื่อเรียกเป็นภาษาลาตินว่า “*Obiter dictum*”⁸² ซึ่งมีที่มาจากระบบการพิจารณาคดีของประเทศในกลุ่มแองโกล-แซกซอน

3.3 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative)

โดยที่องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับการตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นว่าในทางปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองเองก็มีการวางแผนปฏิบัติ หรือจัดทำคำอธิบายแนวทางการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้ง มีการประมวลผลการปฏิบัติงานอันนำไปสู่การให้ความเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ภายในระบบองค์กรฝ่ายปกครองเอง ก็มีหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมาย ดังเช่น แผนกรายงานการศึกษาและการวิจัย (La section du rapport et des études) ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทย ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพัฒนา

⁸⁰ Mathieu DISANT (n 76).

⁸¹ *ibid.*

⁸² Marie LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d’Etat statuant au contentieux* (2016).

กฎหมายทุกประเภท โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงถือว่าเป็นผลงานทางวิชาการกฎหมายที่มีส่วนต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองซึ่งศาลอาจนำมาเป็นข้อมูลความรู้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ นอกจากนี้ บันทึกรื้อข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบันทึกรื้อข้อสังเกตของศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ที่เป็นจุดเริ่มต้นของการเผยแพร่ทฤษฎีกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายปกครองร่วมสมัยของประเทศไทย

4. บทสรุป

จากการที่ได้ศึกษาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ทำให้ทราบว่า บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่มีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งสองประการนั้น เป็นผลงานทางความคิดและการใช้สติปัญญาของนักกฎหมาย 2 สายงานหลัก คือ ผู้พิพากษาศาลฎีกา และนักวิชาการกฎหมาย ทั้งนักวิชาการในมหาวิทยาลัย นักวิชาการในองค์กรฝ่ายปกครองอย่างคณะกรรมการกฤษฎีกาของไทย หรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสในงานให้ความเห็นทางกฎหมายและศึกษาค้นคว้าทางวิชาการ รวมทั้งผู้พิพากษาศาลฎีกาที่พัฒนาบทบาทการเป็นนักวิชาการในเวลาเดียวกันกับการทำหน้าที่ตุลาการ นักกฎหมายทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายต่างทำหน้าที่ในลักษณะที่มีการปะทะสังสรรค์กันทางความคิด อันนำมาสู่ผลผลิตทางกฎหมายซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (Les principes généraux du droit) และหากพิจารณากระบวนการในการก่อกำเนิดหลักกฎหมายทั่วไปอย่างลึกซึ้งแล้วจะพบว่า บทบาทสำคัญอยู่ที่การสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ โดยเฉพาะนักวิชาการในมหาวิทยาลัย นักวิชาการในองค์กรฝ่ายปกครอง เป็นแหล่งกำเนิดของกฎหมายทางอ้อมที่ศาลจะหยิบยืมมาใช้และพัฒนาเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดออกมาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานทั้งหลายที่ศาลได้วางหลักไว้ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการสร้างและพัฒนากฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif des juges) นอกจากนี้แล้ว จากการศึกษาเพื่อจัดทำบทความนี้ ทำให้ทราบอีกด้วยว่า ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ผู้พิพากษาศาลฎีกาอาจทำหน้าที่ให้ความรู้ หรือสอดแทรกคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการไปในเวลาเดียวกันได้ (Le juge pédagogue) อันจะเป็นส่วนสำคัญที่ศาลจะสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปโดยตรง ดังกรณีที่ศาลสอดแทรกข้อมูลอันเป็นองค์ความรู้เข้าไปในคำพิพากษา ด้วยวิธีการที่เรียกว่า *Obiter dictum* ดังกล่าวไว้แล้วในบทความนี้ ซึ่งมีความน่าสนใจที่จะศึกษาเทคนิคที่ว่านี้ในเชิงลึกต่อไป

หากพิจารณาคำว่า “แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน” หรือ Jurisprudence นั้น มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “*Jurisprudentia*” ซึ่งมีความหมายว่า “กฎหมายของผู้สุ่มรอบรอบ” (Le droit des prudents) อันมีนัยว่า เป็นกฎหมายที่ปรับใช้หรือพัฒนาขึ้นโดยปราชญ์ผู้ทรงภูมิความรู้ (Des personnes sages)

ที่สามารถแยกแยะระหว่าง “ความถูกต้อง” (Le juste) และ “ความไม่ถูกต้อง” (L'injuste) ดังนั้น แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลจึงเป็นศาสตร์ทางกฎหมายหรือนิติศาสตร์ที่ผสมผสานการใช้อย่างสุขุมรอบคอบและด้วยความปราดเปรื่องของผู้พิพากษาตุลาการ (La science de droit mêlant prudence et sagesse) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลอันเป็นข้อดีของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่สามารถตรากฎหมายให้ครอบคลุม ครบถ้วน โดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงและพัฒนาไป เป็นเหตุผลให้ศาลต้องทำหน้าที่สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้บังคับเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย หรือจะด้วยเหตุผลที่เป็นคุณลักษณะหรือธรรมชาติของการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเอง ทำให้ศาลมีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปผ่านการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่บทบาทของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในการสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานอันนำไปสู่การสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป นั้น เป็นพัฒนาการที่ควบคู่ไปกับพัฒนาการของศาลปกครองที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง และการแยกศาลยุติธรรมออกจากกิจกรรมอันเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะสกัดกั้นไม่ให้มีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับคดีปกครอง ด้วยการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นใช้บังคับแก่คดีพิพาททางปกครองที่เข้าสู่ศาลปกครอง

สำหรับ ประเทศไทยหากย้อนพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว จะเห็นว่ามิได้แตกต่างจากศาลปกครองฝรั่งเศสนัก กล่าวคือ ศาลปกครองไทยพัฒนามาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ยังอยู่ภายใต้อำนาจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร หลักกฎหมายปกครองของไทยที่พัฒนาขึ้นนับตั้งแต่ยุคของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ต่อเนื่องมาจนถึงยุคที่มีศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการสมบูรณ์แบบแล้ว ถือได้ว่าเป็นความจำเป็นโดยลักษณะธรรมชาติของการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระบบศาลคู่ที่จะต้องมีการแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างหลักกฎหมายเอกชนกับหลักกฎหมายมหาชน กล่าวโดยเฉพาะคือหลักกฎหมายปกครอง

จากการสำรวจแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยก็จะพบว่า ศาลปกครองไทยยอมรับเป็นหลักการว่า ในกรณีที่ไม่มียุติบัญญัติกฎหมายปกครองที่จะใช้บังคับแก่คดี ศาลสามารถนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาปรับใช้ได้ และตลอดเวลา นับแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติและในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังตัวอย่างเช่น มติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เกี่ยวกับคำจำกัดความของสัญญาทางปกครอง ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากนิยามตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาอธิบายไว้ โดยเฉพาะการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะและ

หลักการว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในส่วนวิธีบัญญัติที่ปรากฏเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองไทย เช่น หลักการว่าด้วยการห้ามพิพากษาเกินคำขอ และหลักการว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ฯลฯ

กล่าวโดยสรุป บทบาทของศาลปกครองสูงสุดในการสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน โดยอาจจะพัฒนาขึ้นเองโดย “ตุลาการ-นักวิชาการ” (Des juges pédagogues) หรือโดยการนำข้อความคิดและความเห็นของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย (La doctrine universitaire) หรือหลักทางวิชาการที่เกิดจากความเห็นในฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) เป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่จะนำไปสู่การสร้าง “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ และบทบาทในการสร้างและพัฒนากฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายของศาลปกครองในลักษณะเช่นนี้จะเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ปรัชญาของศาลปกครองในระบบศาลคู่ประสบความสำเร็จ