

การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

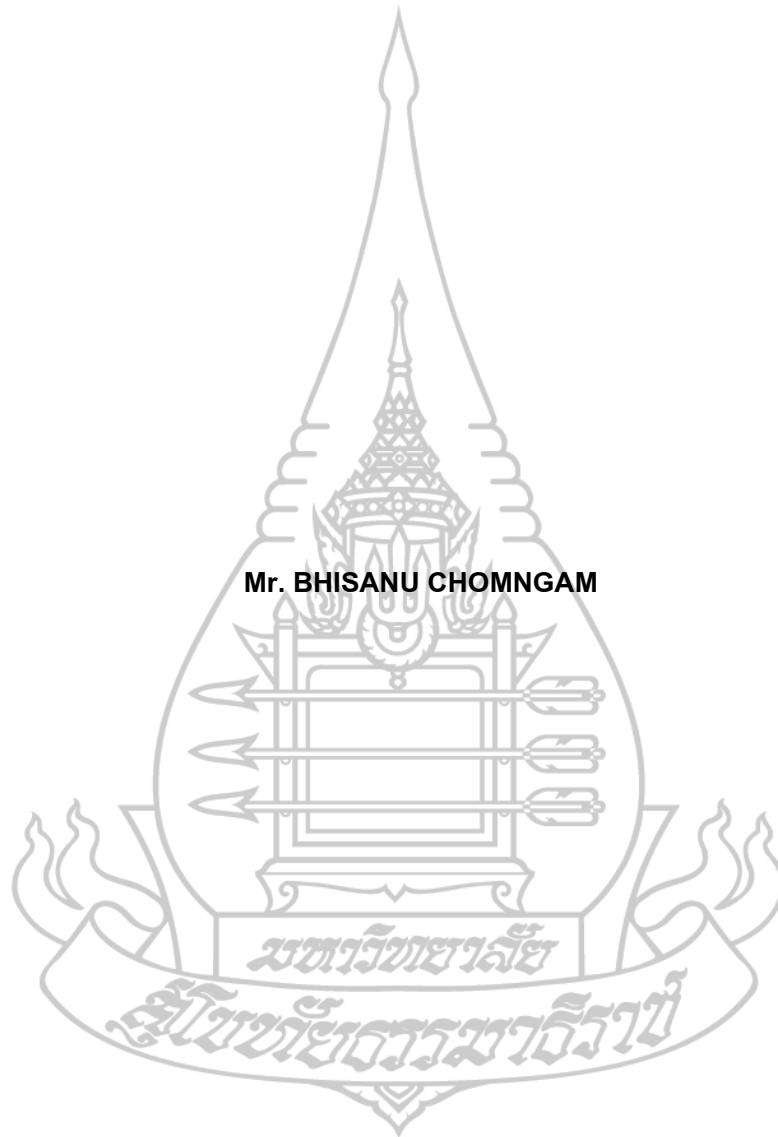


นายพิษณุ ไฉมงาม

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายมหาชน
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2566

Filling gaps in the law for the administrative procedure in Thailand



Mr. BHISANU CHOMNGAM

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law
School of Law Sukhothai Thammathirat Open University

2023

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของ
ประเทศไทย
ชื่อและนามสกุล นายพิษณุ โฉมงาม
แขนงวิชา / วิชาเอก กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน
สาขาวิชา นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ [พิมพ์วันที่สอบได้ผลผ่านที่นี่]

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

..... ประธานกรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)



(รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติพงษ์ เกียรติวัชรชัย)

รักษาการแทนประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา คำนวณว่าอิสระ การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของ
ประเทศไทย

ผู้ศึกษา นายพิษณุ โฉมงาม รหัสนักศึกษา 2654000492

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชุด ปีการศึกษา 2566

บทคัดย่อ

การศึกษาคำนวณว่าอิสระนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาแนวคิดทฤษฎีวิวัฒนาการและหลักการของ
การการอุดช่องว่างของกฎหมายความแตกต่างระหว่างนิติวิธีของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน (2)
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและประเทศไทยเกี่ยวกับ
การอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (3) ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการ
อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย (4) เสนอแนวทางปรับปรุงการอุด
ช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

การศึกษาคำนวณว่าอิสระนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพโดยวิธีวิจัยเอกสาร ศึกษาคำนวณว่าจาก
แหล่งข้อมูลที่เป็นตำรา กฎหมาย ระเบียบ วิทยานิพนธ์ บทความ วารสารสื่อสิ่งพิมพ์ คำพิพากษาของศาล
เพื่อนำข้อมูลที่ค้นพบมาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ปัญหาและหาแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย
และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป

ผลการศึกษาพบว่า (1) หลักความเป็นธรรมและนิติรัฐเป็นที่มาของการอุดช่องว่างของกฎหมาย
นิติวิธีของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนมีความคล้ายคลึงกันโดยมีข้อคิดพื้นฐานทางนิติวิธี
ทั่วไปเช่นเดียวกันเพียงแต่จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละประเภทประกอบด้วย (2)
สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายกำหนดวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมี
กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเพื่อใช้สำหรับการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (3)
การใช้หลักกฎหมายทั่วไปมีปัญหา ดังนี้ ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนเกี่ยวในการแบ่งแยกการตีความ
และการอุดช่องว่างของกฎหมาย ปัญหาผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ปัญหาในการค้นหาหลัก
กฎหมายทั่วไปและปัญหาสถานะของหลักกฎหมายทั่วไป (4) เสนอแนะให้ตรากฎหมายเพื่อกำหนดวิธีการ
อุดช่องว่างของกฎหมายโดยนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดี
ปกครองมิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะ

คำสำคัญ การอุดช่องว่างของกฎหมาย กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

Independent Study title: “ Filling gaps in the law for the administrative procedure in Thailand”

Author: “Mr. BHISANU CHOMNGAM”; ID: “2654000492”;

Degree: Master of Laws

Independent Study Advisor: Assistant Professor Supatra Phanwichit; Academic year: 2023

Abstract

This independent study aims to (1) study the concepts, theories, evolution and principles of filling gaps in the law, as well as the differences between the juristic methods of private law and public law, (2) study and compare the laws of the French Republic, the Federal Republic of Germany and Thailand regarding filling gaps in administrative procedural law. (3) analyze the problems and obstacles arising from filling the gaps in the administrative procedural laws of Thailand. and (4) propose ways to improve the process of filling gaps in the administrative procedural laws of Thailand.

This independent study uses a qualitative research method, relying on documentary research. The study involves researching data from legal textbooks, rules, theses, articles, journals, printed media, and court judgments to use the information found as a guideline for analyzing problems and finding ways to further improve the relevant law.

The finding reveal that (1) The principles of fairness and the rule of law are the foundation for filling the gaps in the law, The juristic methods of private law and public law are similar, sharing the same basic principles, but the unique characteristics of each type of law must be taken into account. (2) the French Republic has no specific laws to address how to fill gaps in administrative procedural law ,while the Federal Republic of Germany has laws that provide methods for filing such gap (3) the use of general legal principles present several issues, including the ambiguity in distinguishing legal interpretation from filling gaps in the law, the impact on the principle of separation of powers , difficulties in identifying general legal principles, and challenges regarding the status of general legal principle, and (4) It is recommended that laws be enacted to specify methods for filling gap in the law, using civil procedure law in case where administrative procedure law does not specific guidance.

Keywords : Filling gaps in the law, Administrative Procedure Law

กิตติกรรมประกาศ

ในงานการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ได้ด้วยความกรุณาจากท่าน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต อาจารย์ที่ปรึกษา และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ที่ได้ให้คำแนะนำ แนวคิด ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ มาโดยตลอดผู้ศึกษาจึงกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูง

ขอขอบพระคุณบิดาและมารดาของข้าพเจ้ารวมถึง คุณภริยา พวงลูกอิน ที่ช่วยเหลือและให้กำลังใจตลอดจนให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เป็นผลให้การจัดทำรายงานผลการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ท้ายที่สุดหากรายงานการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้มีประโยชน์ต่อการศึกษาอยู่บ้างผู้ศึกษาขอมอบความดีทั้งหมดให้แก่บิดามารดา คณาจารย์รวมถึงทุกท่านที่มีพระคุณต่อผู้ศึกษา ส่วนข้อบกพร่องทั้งหมดผู้ศึกษาขออ้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยมา ณ โอกาสนี้

นายพิษณุ ไฉมงาม



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญตาราง.....	ญ
บทที่ 1 บทนำ.....	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.5 ขอบเขตการศึกษา.....	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	7
บทที่ 2 แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความเป็นมา	8
1. หลักนิติรัฐ.....	8
1.1 ความหมายและที่มาของหลักนิติรัฐ.....	8
1.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ.....	8
2. หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติขององค์กรอื่น.....	11
2.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรฝ่ายบริหาร.....	12
2.2 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ.....	12
3 นิติวิธี.....	13
3.1 ความหมายและความสำคัญของนิติวิธี.....	13
3.2 แนวคิดที่ปฏิเสธการมีอยู่ของนิติวิธี.....	14
3.3 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์.....	15
3.3.1 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์.....	15
3.3.2 นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์.....	16
3.4 นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน.....	19
3.4.1 แนวคิดที่สนับสนุนการมีอยู่ของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน.....	19

3.4.2 แนวคิดที่คัดค้านการมีอยู่ของนิวิธีทางกฎหมายมหาชน.....	20
3.5 การอุดช่องว่างของกฎหมาย.....	21
3.5.1 การแบ่งแยกการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย.21	
3.5.2 วิธีการแบ่งแยกการตีความออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย...22	
3.5.3 แนวคิดการอุดช่องว่างของกฎหมาย.....	24
4. หลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของประเทศไทย.....	29
บทที่ 3 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาความคดีปกครอง.....	33
1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายของประเทศไทย.....	33
2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาความคดีปกครองของประเทศไทย.....	34
2.1 ความเป็นมาในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง.....	34
2.2 ศาลปกครองไทยกับการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง.....	37
2.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง.....	39
2.3.1 ความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป”	39
2.3.2 แหล่งที่มาของ “หลักกฎหมายทั่วไป”	40
2.3.3 ลักษณะและการใช้หลักกฎหมายทั่วไป.....	41
2.3.4 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองของศาลปกครองไทย.....	43
3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาความคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	47
3.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	47
3.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาความคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.49	
3.2.1 แหล่งที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	49
3.2.1 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	51

4. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนี.....	54
4.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับศาลปกครองสหพันธรัฐเยอรมนี..	54
4.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนี....	56
บทที่ 4 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล.....	59
1.เปรียบเทียบวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศสสหพันธรัฐเยอรมันและประเทศไทย.....	59
1.1 แนวคิดในการแบ่งแยกระหว่างการตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย...59	
1.2 การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดนิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย..59	
1.3 ลำดับนิติวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย.....	59
1.4 การนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย.....	60
2.ปัญหาที่เกิดจากการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย.....	61
2.1 ปัญหาจากการไม่แบ่งแยกระหว่างการตีความของกฎหมายออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย.....	61
2.2 ปัญหาผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ.....	65
2.3 ปัญหาในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป.....	67
2.4 ปัญหาสถานะของหลักกฎหมายทั่วไป.....	67
3.การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครอง.....	70
3.1 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความแตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง.....	71
3.2 การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง.....	73
บทที่5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ.....	75
1. สรุปผลการศึกษา.....	75
2. ข้อเสนอแนะ.....	80
บรรณานุกรม.....	83
ประวัติผู้ศึกษา.....	84

ญ

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1.1 ตารางแสดงการเปรียบเทียบวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดี
ปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมันและประเทศไทย.....59



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่ ซึ่งประกอบด้วยศาลยุติธรรมและศาลปกครองโดยศาลยุติธรรมมีระบบกฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้ในกระบวนการพิจารณาซึ่งมีประวัติศาสตร์การใช้มาอย่างยาวนาน ในขณะที่ศาลปกครองซึ่งมีการก่อตั้งในประเทศไทยและเริ่มเปิดทำการนับตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2544 จึงทำให้พัฒนาการทางกฎหมายวิธีสบัญญัตติยังไม่ก้าวหน้าเมื่อเทียบกับประเทศที่มีศาลปกครองเป็นระยะเวลายาวนานเช่นประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสและเนื่องจากประเทศไทยใช้สกุลกฎหมายในสกุลโรมานอ-เยอรมันนิค (Romano-Germanic Family) โดยเป็นสกุลกฎหมายที่เขียนขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรและใช้จารีตประเพณีเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติแล้วซึ่งมีข้อจำกัดจากการใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในการปรับตัวบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเมื่อข้อเท็จจริงในบางกรณีไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีไปปรับใช้ได้เนื่องจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงทุกกรณีได้ทำให้เกิดเป็นช่องว่างของกฎหมาย (Gap in the law) ซึ่งอาจเป็นผลมาจากผู้ร่างกฎหมายไม่คาดหมายว่าจะมีข้อเท็จจริงบางอย่างเกิดขึ้นหรืออาจเกิดจากนิตินโยบายที่ผู้ร่างกฎหมายยังไม่ประสงค์บัญญัติกฎหมายให้ตายตัวเมื่อมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นบางกรณีกฎหมายอาจบัญญัติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นไว้โดยเฉพาะเช่นกรณีรัฐธรรมนูญ เมื่อมีปัญหาในการปรับใช้ตัวรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ใช้ “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือในกรณีกฎหมายแพ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคสองบัญญัติว่า “เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ท่านให้วินิจฉัยคดีนั้นตามคลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้นให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็มีไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” แสดงว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กำหนดขั้นตอนในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ตามลำดับดังนี้ จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและหลักกฎหมายทั่วไปเนื่องจากกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งทำให้ไม่

สามารถบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมข้อเท็จจริงได้ทั้งหมดจึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย วิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งความพยายามในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยบัญญัติในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 5 วรรคสอง “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” โดยจากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่าเมื่อกฎหมายหรือระเบียบไม่ได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะในวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้นำจาริตประเพณีแห่งท้องถิ่นหรือเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาปรับใช้เหมือนกฎหมายแพ่งโดยอาจเป็นเพราะกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยยังมีวิวัฒนาการที่ยังไม่ยาวนานเพียงพอ รวมถึงมีนิติวิธีที่ต่างจากกฎหมายเอกชนจึงได้บัญญัติให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนอกจากนี้ปัญหาที่พบมากในกระบวนการยุติธรรมของศาลปกครองไทยคือปัญหาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยคดีของศาลปกครองที่ขาดความแน่นอนโดยมีการกลับแนวคำวินิจฉัยบ่อยครั้งซึ่งขัดต่อหลักความเสมอภาคกล่าวคือเมื่อกรณีปรากฏข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันสองกรณีเมื่อพิจารณาอย่างเป็นธรรมแล้วข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันนั้นย่อมสมควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันทำให้ประชาชนทั่วไปที่ต้องการใช้สิทธิทางศาลขาดความแน่ใจในประเด็นเกี่ยวกับความมั่นคงแน่นอนของแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่ง กิตติศักดิ์ ปรกติ¹ ได้ให้ความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า “สำหรับกฎหมายแล้ววิธีการในการวินิจฉัยปัญหานับเป็นหลักประกันอย่างหนึ่งของความยุติธรรมวิธีที่ใช้จึงต้องเป็นสิ่งที่ทำให้หลักประกันความมั่นใจแก่คู่พิพาทและบุคคลทั่วไปได้ว่าข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน” โดยสาเหตุของปัญหาดังกล่าวอาจเป็นผลมาจากนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ที่ไม่ใช่การยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อน (The Doctrine of Precedent) แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้ศาลยุติธรรมจะไม่ยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนเช่นเดียวกับศาลปกครองแต่ปัญหาการกลับหลักกฎหมายโดยศาลฎีกากลับมีไม่บ่อยเท่ากับกรณีของศาลปกครองโดยแนวการวินิจฉัยของศาลปกครองที่มีการเปลี่ยนบ่อยอาจเป็นประเด็นทั้งในแง่ของกฎหมายสารบัญญัติหรือประเด็นกฎหมายด้านวิธีสบัญญัติก็ได้เช่น กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแล้วสั่งให้ค่าธรรมเนียมศาลเป็นพับโดยไม่สั่งคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการชอบหรือไม่ศาลปกครองสูงสุดมีแนวการวินิจฉัยที่ต่างกัน โดยแนวแรก มองว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลกรณีศาลจำหน่ายคดี

¹กิตติศักดิ์ ปรกติ,ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ ,พิมพ์ครั้งที่6 ,กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,2564, หน้า 17.

เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการตามสัญญาอนุญาตตุลาการเหมือนในกรณีคู่กรณีฝ่ายชนะคดีตามส่วนแห่งการชนะคดีตามมาตรา 72/12 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือกรณีศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือกรณีที่มีการถอนฟ้อง ตามข้อ 38³ และข้อ 82 วรรคสี่⁴ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จึงเป็นกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ โดยเฉพาะศาลจึงต้องใช้วิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายตามข้อ 5 วรรคสอง⁵ ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยมองว่าเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 เห็นว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปคือ หลักการดำเนินคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อยและการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาลจึงให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดี (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551)⁶ แนวที่สองเห็นว่าตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72/1 และตามข้อ 38 และข้อ 82 วรรคสี่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ศาลปกครองจะมีอำนาจคืนค่าธรรมเนียมให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้เฉพาะเมื่อชนะคดีหรือกรณีศาลอนุญาตให้ถอนคำฟ้องและจำหน่ายคดีออกจากสารบบเพราะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเท่านั้น ไม่มีบทบัญญัติใดให้ศาลปกครองสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลกรณีศาลสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบเนื่องจากให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²มาตรา 72/1 ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

³ข้อ 38 ในกรณีที่ศาลสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้ศาลมีอำนาจสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

⁴ข้อ 82 วรรคสี่ เมื่อมีการถอนคำฟ้อง ให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ กับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี แต่ในคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสม ศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้ คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องให้เป็นที่สุด

⁵ข้อ 5 วรรคสอง ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

⁶คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 42/2552 วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน

อนุญาตตุลาการ⁷ ดังนั้นการที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีโดยคินค่าธรรมเนียมศาลแก่ผู้ฟ้องคดีจึงมิชอบ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 209/2548)⁸ ซึ่งในกรณีนี้อาจพิจารณาได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหาในการใช้และการตีความกฎหมายไม่ใช่กรณีการอุดช่องว่างของกฎหมายจึงไม่อาจนำหลักกฎหมายทั่วไปตาม ข้อ 5 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 มาใช้กับกรณีดังกล่าวได้

จากข้อเท็จจริงที่ยกขึ้นดังกล่าวจึงเห็นได้ว่ามีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นดังต่อไปนี้

1) เมื่อเกิดปัญหาข้อกฎหมายขึ้นในกรณีใดจึงจะใช้วิธีวิธีการตีความกฎหมายและในกรณีใดจึงจะใช้วิธีวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายเพราะการเลือกใช้วิธีที่ต่างกันย่อมส่งผลทางกฎหมายที่ต่างกันโดยในข้อเท็จจริงดังกล่าวหากเลือกใช้วิธีในการตีความกฎหมายจะเกิดผลลัพธ์คือการไม่คินค่าธรรมเนียมศาลแต่หากเลือกใช้วิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายย่อมเกิดผลลัพธ์ในทางที่ต้องคินค่าธรรมเนียมศาลให้กับคู่ความ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาว่าเมื่อใดจะใช้วิธีในการตีความกฎหมายและเมื่อใดจะใช้วิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

2) จากข้อเท็จจริงดังกล่าวหากเลือกใช้วิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายแล้วจะต้องดำเนินการตามข้อ 5 วรรคสองของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งใช้หลักการดำเนินคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อยและการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาลจึงให้คินค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดซึ่งหากคินค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดย่อมขัดกับเจตนารมณ์ของการกำหนดค่าธรรมเนียมศาลเพื่อให้ผู้ร้องคดียั้งชั่งใจและไม่กำหนดค่าเสียหายที่สูงเกินกว่าความเป็นจริงซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 45 วรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์สำหรับคดีที่

⁷พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทตามสัญญาอนุญาตตุลาการโดยมิได้เสนอข้อพิพาทนั้นต่อคณะอนุญาตตุลาการตามสัญญา คู่สัญญาฝ่ายที่ถูกฟ้องอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจไม่ช้ากว่าวันยื่นคำให้การหรือภายในระยะเวลาที่มีสิทธิยื่นคำให้การตามกฎหมายให้มีคำสั่งจำหน่ายคดี เพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ และเมื่อศาลทำการไต่สวนแล้ว เห็นว่าไม่มีเหตุที่ทำให้สัญญาอนุญาตตุลาการนั้นเป็นโมฆะ หรือใช้บังคับไม่ได้ หรือมีเหตุที่ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญานั้นได้ ก็ให้มีคำสั่งจำหน่ายคดีนั้นเสีย

⁸คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 445/2548 ที่ 762/2549 ที่ 910/2549 และ ที่ 694/2549 วินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกัน

มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้⁹ ซึ่งเห็นได้ว่าการหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไป ขึ้นมาใช้ในกรณีดังกล่าวย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายนอกจากนี้ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ของ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ย่อมไม่ควรเกิดผลที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทซึ่งให้อำนาจกรณี ดังกล่าวหากเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่าง ยิ่งโดยเทียบเคียงตัวบทมาตรา 151 วรรคสาม¹⁰แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวซึ่งบัญญัติให้กรณีศาล สั่งจำหน่ายคดีในกรณีอื่นให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งคืนค่าขึ้นศาลบางส่วนได้ตามที่เห็นสมควรโดยผลที่ เกิดขึ้นย่อมมีความสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 45 วรรคสี่แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ทั้งยังเกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีมากกว่าการหยิบ ยกหลักหลักการดำเนินคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อยและการพิจารณาคดีของศาลเป็นการ บริการสาธารณะมาใช้ ทำให้เกิดคำถามว่าในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาณคดีปกครอง สามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาณคดี ปกครองได้หรือไม่เนื่องจากนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีความแตกต่างจากนิติวิธีทางกฎหมายเอกชน

3) การที่ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคสองกำหนดให้ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้ กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี ปกครองสอดคล้องกับบริบทของระบบกฎหมายไทยหรือไม่โดยหลักกฎหมายทั่วไปแม้ว่าตุลาการจะ อ้างว่าเป็นผู้สกัดมาจากระบบกฎหมายทั้งระบบแต่ก็ไม่อาจฟันความจริงที่ว่าตุลาการเป็นผู้สร้าง กฎหมายขึ้นมาเองซึ่งขัดต่อนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ยังไม่ยึดโยงกับประชาชนและขัดต่อ หลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วยดังนั้นก็เป็นการสมควรหรือไม่ที่จะมีการเลือกใช้นิติวิธีในการอุด ช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อนที่จะใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพื่อเป็นการเคารพต่อหลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษานิติวิธีในการตีความกฎหมาย การอุดช่องว่างของ กฎหมาย ความแตกต่างของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนและนิติวิธีทางกฎหมายเอกชน รวมถึงการใช้

⁹การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจาก คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราที่ระบุไว้ในตารางที่ 1 ท้าย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้

¹⁰ในกรณีที่มีการตั้งฟ้องหรือศาลสั่งจำหน่ายคดีในกรณีอื่น ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งคืนค่าขึ้นศาลบางส่วนได้ตามที่ เห็นสมควร

หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย เพื่อให้เห็นแนวทางในการแก้ปัญหาช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอันเป็นประโยชน์ต่อการใช้และพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในประเทศไทยต่อไป

2.วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี วิวัฒนาการและหลักการของการการอุดช่องว่างของกฎหมาย ความแตกต่างระหว่างนิติวิธีของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน
- 2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์รัฐเยอรมนีและประเทศไทยเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง
- 2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย
- 2.4 เพื่อนำผลการวิเคราะห์มาสังเคราะห์หาแนวทางปรับปรุงการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

3.สมมติฐานของการศึกษา

การปรับตัวบทกฎหมายเข้ากับปัญหาข้อเท็จจริงจำเป็นที่จะต้องมีความคิดแบ่งแยกระหว่างตีความกฎหมายออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมายและเมื่อใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายควรเลือกใช้การเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อนเพื่อเคารพต่อหลักประชาธิปไตยและการแบ่งแยกอำนาจนอกจากนี้นิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนไม่สามารถแบ่งแยกออกจากริธีวิธีทางกฎหมายเอกชนได้อย่างเด็ดขาดดังนั้นจึงสามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เทียบเคียงได้โดยอนุโลมเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน

4. วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยเป็นการศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal Research) โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) ด้วยการศึกษารายเอกสาร (Documentary research) โดยศึกษาจากตำรากฎหมาย ตั๋วบทกฎหมาย บทความ วารสาร คำสั่ง คำพิพากษาและเอกสารที่เกี่ยวข้อง

5. ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาเรื่องนิติวิธีของการอุดช่องว่างของกฎหมาย ความแตกต่างระหว่างนิติวิธีระหว่างกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองและศึกษาการการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมนีและประเทศไทย

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทราบแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมา และหลักการของการตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมาย ความแตกต่างระหว่างนิติวิธีของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนและการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

6.2 สามารถกำหนดความแตกต่างและความสอดคล้องของการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองระหว่างกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมนีและประเทศไทย

6.3 ได้ประเด็นปัญหาและอุปสรรคของการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

6.4 ได้แนวทางในการปรับปรุงการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยให้เหมาะสมและชัดเจนยิ่งขึ้น



บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องของความเป็นมา

1. หลักนิติรัฐ

1.1 ความหมายและที่มาของหลักนิติรัฐ

มีผู้ให้ความหมายของ “นิติรัฐ” ไว้หลายท่านเช่น มานิตย์ จุมปา¹¹ อธิบายว่า “นิติรัฐ คือรัฐ ภายใต้กฎหมาย รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ไม่ได้เว้นแต่จะมีกฎหมายให้อำนาจขณะนั้นในนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีความสำคัญ” นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าทั้งรัฐตำรวจและนิติรัฐมีเป้าหมายอยู่ที่ความสงบสุขของสังคมแต่รัฐตำรวจเน้นวัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะอย่างไรก็ได้จึงเป็นส่วนที่แตกต่างจากนิติรัฐ บรรเจิด สิงหนัด¹² อธิบายว่า “นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองตามหลักแห่งเหตุผล เพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปด้วยความสงบสุข” วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹³ อธิบายว่า “นิติรัฐ เป็นคำที่ใช้เรียกรัฐหรือระบบการปกครองซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐนั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและความยุติธรรม” สำหรับที่มาของหลักนิติรัฐ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายสรุปใจความได้ว่าแนวคิดนิติรัฐเริ่มปรากฏในช่วงศตวรรษที่ 17 จากการต่อต้านการปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ซึ่งเรียกร้องให้การใช้อำนาจปกครองของกษัตริย์จะต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย ในช่วงศตวรรษที่ 18 มีการฟื้นตัวของแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีศักดิ์ศรีสามารถเข้าถึงกฎหมายแห่งเหตุผลโดยไม่ต้องมีใครช่วยตีความและในปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อราษฎรเริ่มมีทรัพย์สินมากขึ้นจึงต้องการความมั่นคงปลอดภัยในทรัพย์สินดังนั้นกฎหมายจึงจะต้องสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐและต้องประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ในปลายศตวรรษที่ 19 นิติรัฐถูกจำกัดอยู่ในองค์ประกอบด้านรูปแบบเท่านั้นเนื่องจากคำสอนของสำนักกฎหมายบ้านเมืองได้เจริญงอกงามมากขึ้นในช่วงดังกล่าวซึ่งเชื่อว่ากฎหมายที่ถูกตราขึ้นเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรมในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยมจนทำให้เกิดแนวคิดที่

¹¹มานิตย์ จุมปา.คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่มที่ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป.(พิมพ์ครั้งที่ 4).กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.2556 หน้า 76.

¹²บรรเจิด สิงหนัด.หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.(พิมพ์ครั้งที่ 6) กรุงเทพฯ:วิญญูชน 2562 หน้า 23.

¹³วรเจตน์ ภาคีรัตน์.คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน.พิมพ์ครั้งที่3.กรุงเทพฯ:วิญญูชน 2564.หน้า 257.

นิติรัฐจะต้องคำนึงถึงความยุติธรรมด้วย

1.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้อธิบายว่าสามารถแบ่งองค์ประกอบของนิติรัฐออกได้เป็น 2 องค์ประกอบโดยสรุปใจความได้ดังนี้

1.2.1 องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ โดยมีหลักการย่อย ๆ ที่สำคัญได้แก่

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

การแบ่งแยกอำนาจ หมายถึงการแบ่งแยก “การใช้” อำนาจของรัฐออกเป็นส่วน ๆ (อำนาจอธิปไตยไม่อาจถูกแบ่งแยกได้) โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการคือเพื่อการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐ และเมื่อมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐยังทำให้เกิดความโปร่งใสและความชอบธรรมในการใช้อำนาจรัฐอีกทางหนึ่งด้วยและท้ายที่สุดการแบ่งแยกการใช้ อำนาจย่อมสร้างความเชี่ยวชาญให้แก่ผู้ใช้อำนาจรัฐเมื่อกล่าวถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วมักจะ ต้องกล่าวถึงแนวคิดของปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศสคนสำคัญคือ มองเตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งให้ความเห็นว่าเมื่อใดก็ตามที่มีบุคคลหรือองค์กรใดองค์กรเดียวมีอำนาจเด็ดขาดก็มักจะมีการใช้อำนาจที่ เกินเลยดังนั้นจึงต้องมีการจัดแบ่งอำนาจโดยให้อำนาจหนึ่งหยุดยั้งอำนาจหนึ่ง นอกจากนี้มองเตสกีเออ ยังเห็นว่าความผูกพันต่อกฎหมายของผู้พิพากษาต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัด เพราะผู้พิพากษาเป็นเพียง “ปากซึ่งเปล่งถ้อยคำแห่งกฎหมาย” เท่านั้นดังนั้นองค์กรของรัฐที่แบ่งการใช้อำนาจอธิปไตยจะต้องใช้อำนาจของตนเพื่อปฏิบัติให้บรรลุภารกิจในแดนอำนาจของตนจะใช้อำนาจของตนก้าวล่วงไปกระทบ แแดนอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอื่นไม่ได้ นอกจากนี้การแบ่งแยกการใช้อำนาจอาจมีการแบ่งแยก องค์กรได้ใช้อำนาจมากกว่า 3 องค์กรก็ได้เช่นประเทศเวเนซุเอลา ได้แบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจ อธิปไตยเป็น 5 องค์กรได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารอำนาจตุลาการ อำนาจการเลือกตั้งและ อำนาจพลเมือง ในขณะที่ประเทศไต้หวันได้มีการแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 5 อำนาจ เช่นกันได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ อำนาจในการควบคุมและอำนาจใน การสอบคัดเลือก¹⁴

2) หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ

หลักการนิติรัฐเรียกร้องให้องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้ชัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนอกจากนี้การบริหารราชการแผ่นดินยังต้องปฏิบัติ ภารกิจและใช้อำนาจโดยผูกพันอยู่กับกฎหมายเกิดเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ทางปกครองสำหรับฝ่ายตุลาการหลักนิติรัฐยังกำหนดให้ฝ่ายตุลาการต้องผูกพันต่อกฎหมายโดยห้ามผู้

¹⁴มานิตย์ จุมปา.หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ.(พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ:นิติธรรม. 2565.หน้า 29-30.

พิพากษาปฏิเสธกฎหมายหรือบิดเบือนกฎหมายโดยอำเภอใจแต่ก็ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษาจะไม่สามารถพัฒนามาตรฐานกฎหมายขึ้นมาได้เมื่อเกิดช่องว่างของกฎหมายผู้พิพากษามีอำนาจในการเทียบเคียงหรือใช้หลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก่กรณีให้สอดคล้องกับความยุติธรรมในกรอบของนิติวิธี

3) หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ไม่ได้หมายความว่าผู้พิพากษาจะเป็นอิสระจากกฎหมายและจะพิพากษาคดีอย่างไรก็ได้ หากแต่หมายถึงการที่ผู้พิพากษาจะต้องไม่ตกอยู่ใต้อำนาจสั่งการของบุคคลอื่นและมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายได้อย่างเด็ดขาดโดยองค์กรอื่นไม่สามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษานั้นได้เว้นแต่องค์กรตุลาการนั้นเองในระดับที่สูงขึ้นไปเท่านั้น

4) หลักการประกันการคุ้มครองสิทธิทางศาล

เป็นการให้สิทธิพลเมืองในการฟ้องร้องคดีต่อศาลว่าองค์กรของรัฐใช้อำนาจหน้าที่โดยไม่ชอบ ทำให้ตนเสียหายและในการต่อสู้คดีในชั้นศาลนั้นทั้งองค์กรของรัฐและพลเมืองย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันคือเป็นคู่ความในคดีต่อหน้าศาล

1.2.2 องค์ประกอบในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

หลักนิติรัฐนอกจากจะเรียกร้องให้รัฐต้องผูกพันตนต่อกฎหมายแล้วยังเรียกร้องให้เนื้อหาของกฎหมายนั้นมีความยุติธรรมและให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอีกด้วยโดยอาจแบ่งเป็นหลักการย่อย ๆ ได้ดังนี้

1) หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน

เป็นสิทธิของประชาชนที่จะปกป้องตนเองจากการล่วงละเมิดเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยอำนาจรัฐแต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะไม่สามารถก้าวล่วงสิทธิของประชาชนได้เลยแต่การล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนในบางกรณีอาจทำได้ซึ่งต้องดูเป็นเรื่อง ๆ เช่นเสรีภาพในการนับถือศาสนา รัฐไม่อาจตรากฎหมายจำกัดสิทธิได้หรือการประกันสิทธิในทรัพย์สินรัฐอาจออกกฎหมายออกมาจำกัดได้โดยไม่มีเงื่อนไขพิเศษในขณะที่เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธรัฐอาจออกกฎหมายมาจำกัดได้ก็แต่โดยการปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นต้น

2) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

เป็นหลักการที่กำหนดข้อห้ามไม่ให้รัฐใช้อำนาจเกินกว่าที่ควรจะต้องเป็นซึ่งหลักการดังกล่าวผูกพันทั้งฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการด้วยโดยอาจแบ่งได้เป็น 3 หลักการย่อย คือ

ก. **หลักความสัมฤทธิ์ผล** ซึ่งเรียกร้องให้มาตรการต่าง ๆ ที่ใช้ต้องเห็นเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุผลได้หากมาตรการดังกล่าวเห็นประจักษ์ชัดว่าไม่สามารถบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ย่อมถือว่าขัดต่อหลักความสัมฤทธิ์ผล

ข. *หลักความจำเป็น* หลักดังกล่าวเรียกร้องให้ในกรณีที่มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการองค์กรของรัฐจะต้องเลือกใช้มาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดที่จะบรรลุผลได้

ค. *หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ* องค์กรของรัฐต้องพิจารณาว่าผลกระทบต่อเอกชนจะได้รับจากการดำเนินมาตรการเมื่อชั่งน้ำหนักแล้วกับประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับแล้วได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่เอกชนจะต้องสูญเสียไป

3) *หลักการคุ้มครองความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมายและนิติฐานะ* หลักการนี้เรียกร้องให้มีความชัดเจนแน่นอนในการตัดสินใจของรัฐและไม่ให้ออกกฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายเมื่อกฎหมายก้าวล่วงกระทบสิทธิของบุคคลมากเท่าใดก็ต้องบัญญัติกฎหมายให้มีความชัดเจนมากขึ้นเท่านั้นหลักการนี้ไม่ได้ใช้บังคับเพียงแค่การตรากฎหมายเท่านั้นแต่ยังใช้กับการออกคำสั่งหรือการสั่งการที่มีผลเฉพาะรายด้วย

4) *หลักการห้ามเลือกปฏิบัติตามอำเภอใจ* มีเนื้อหาสำคัญคือห้ามปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกันและให้ปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกัน หลักการนี้ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนและโดยหลักแล้วไม่ได้ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันเอง

2. หลักการแบ่งแยกอำนาจกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติขององค์กรอื่น

เนื่องจากสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วทำให้เกิดปัญหาหลายด้านซึ่งต้องมีการบัญญัติกฎหมายต่าง ๆ เพื่อจัดการปัญหาเหล่านี้โดยเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องตรากฎหมายกฎหมายเป็นจำนวนมากให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสังคมแต่เนื่องจากกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีระยะเวลาที่ค่อนข้างยาวนานจึงไม่อาจตรากฎหมายให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงได้จึงมีความจำเป็นที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องยอมรับให้องค์กรอื่นนอกจากฝ่ายนิติบัญญัติสามารถออกกฎหมายแห่งกฎหมายเพื่อใช้บังคับโดยมี 2 วิธีการหลักคือ (1) เทคนิคการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร ซึ่งถือเป็นกฎหมายลำดับรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติมักตรากฎหมายแล้วระบุให้ไปขยายความต่อโดยกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารและ (2) เทคนิคการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ โดยเป็นการที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการออกกฎหมายแห่งกฎหมายขององค์กรอื่นนอกจากฝ่ายนิติบัญญัติเอาไว้โดยตรงโดยไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁵

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชนเล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี, (พิมพ์ครั้งที่ 1), กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538, หน้า 54.

2.1 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรฝ่ายบริหาร

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจในการตรากฎหมายนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ การให้องค์กรอื่นมีอำนาจในการออกกฎหมายได้ย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่เนื่องจากสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถออกกฎหมายให้ครอบคลุมต่อความเปลี่ยนแปลงนี้ได้รับรัฐธรรมนูญของหลายประเทศจึงให้อำนาจนิติบัญญัติแก่องค์กรฝ่ายบริหารเนื่องจากกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารมีกระบวนการที่ไม่เคร่งครัดและสามารถทำได้ด้วยความรวดเร็วสามารถตอบสนองต่อการเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วได้อย่างเหมาะสมดังนั้นจึงเห็นได้ว่ามีกรณีที่องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรอื่นอาจได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย (Legal norm) เพื่อใช้ในการปฏิบัติงานขององค์กรนั้น ๆ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมในข้อเท็จจริงได้ทุกเรื่องซึ่งโดยส่วนมากแล้วจะเป็นฝ่ายปกครองจะเป็นฝ่ายที่ได้รับการมอบจากองค์กรนิติบัญญัติเพื่อสร้างกฎหมายลำดับรองโดยการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจจากองค์กรนิติบัญญัติจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์และรายละเอียดตามที่กฎหมายแม่บทกำหนด เช่นการออกประกาศกระทรวงโดยรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการบังคับเป็นการทั่วไปแต่การใช้อำนาจออกประกาศกระทรวงของรัฐมนตรีจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่องค์กรนิติบัญญัติมอบให้จึงถือไม่ได้ว่ารัฐมนตรีทำการอันเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁶ แต่ถ้าออกประกาศกฎกระทรวงในเรื่องที่รัฐสภาไม่ได้มอบอำนาจไว้ เท่ากับว่ารัฐมนตรีนั้นกระทำการก้าวล่วงแดนแห่งอำนาจนิติบัญญัติซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดหลักการแบ่งแยกอำนาจ เป็นต้น

จึงสรุปได้ว่าฝ่ายบริหารสามารถออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งใช้บังคับทั่วไปมีลักษณะเป็นนามธรรมเพื่อใช้ในการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองได้แต่การออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามกรอบและกฎหมายแม่บทที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้เท่านั้น

2.2 การใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ

สำหรับในประเทศไทยได้มีการจัดตั้งองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการที่สำคัญคือศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง โดยองค์กรเหล่านี้มีอำนาจใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดวิธีพิจารณาได้เองในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญกำหนดวิธีพิจารณาได้เองในรูปของข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในขณะที่ศาลปกครองพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้อำนาจที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดออกระเบียบกำหนดกฎเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับวิธี

¹⁶วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. (พิมพ์ครั้งที่3). กรุงเทพฯ:วิญญูชน..2564. หน้า 275.

พิจารณาได้เองแต่จากการศึกษาของ ทศพรธน์ แสงเทียน¹⁷ โดยเทียบกับต่างประเทศก็ไม่พบว่า มีรัฐสภาของประเทศใดได้มอบอำนาจให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ สามารถออกกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาได้เองแต่อย่างใดและในกรณีของศาลปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันก็ไม่มีกรให้อำนาจศาลปกครองกำหนดวิธีพิจารณาได้เองเช่นเดียวกัน โดยวิธีพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นไปตามกฎหมายคือ Code de Justice Administrative โดยในประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้มีการกำหนดวิธีพิจารณาไว้อย่างละเอียดและไม่ได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลปกครองออกข้อกำหนดวิธีพิจารณาได้เองแต่อย่างใดสำหรับประเทศเยอรมันวิธีพิจารณาของศาลปกครองสหพันธ์รัฐได้จัดทำในรูปแบบของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครองหรือที่เรียกว่า VwGO ซึ่งมีการบัญญัติไว้โดยละเอียดแล้วและการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีที่ประมวลไม่ได้บัญญัติไว้โดยให้นำธรรมนูญศาล (GVG) และประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง (ZPO) มาบังคับใช้โดยอนุโลม

3. นิติวิธี

3.1 ความหมายและความสำคัญของนิติวิธี

ความหมายของนิติวิธี:บวรศักดิ์ อูวรรณโณ¹⁸ ได้ให้ความหมายของนิติวิธีว่าหมายถึง “วิธีที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในทางกฎหมาย” วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹⁹ ได้ให้ความหมายนิติวิธีว่าหมายถึง “วิธีการนิติบัญญัติตลอดจนถึงวิธีการร่างสัญญาประการหนึ่งและวิธีการใช้วิธีตีความตลอดจนวิธีการสร้างเสริมกฎหมายอีกประการหนึ่ง” กิตติศักดิ์ ปรกติ²⁰ ได้ให้ความหมายนิติวิธีว่าหมายถึง “แนวความคิดและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนอันได้แก่ทัศนคติที่มีต่อป้อเกิดของกฎหมาย วิธีบัญญัติกฎหมาย วิธีศึกษา วิธีใช้และวิธีแก้ไขปัญหาทางกฎหมายของนักกฎหมาย” กิจบตี ก้องเบญจกุล²¹ ได้ให้ความหมายนิติวิธีว่าหมายถึง “กระบวนการออกกฎหมายของแต่ละเรื่องเริ่มตั้งแต่เจตนารมณ์ เกิดหลักเกณฑ์ในแต่ละเรื่อง การนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายไปใช้ให้เกิดผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมายในแต่ละเรื่องนั้น” ความสำคัญของนิติวิธี:หากเปรียบเทียบได้ว่าถ้าตัวบทกฎหมายเป็นร่างกายนิติวิธีก็เป็นวิญญาณของกฎหมายโดยแสดงให้เห็นว่านิติวิธีเป็นเพียงวิธีคิดมีลักษณะเป็นนามธรรมไม่อาจจับต้องได้ในขณะที่ตัวบทกฎหมายเป็นสิ่งที่

¹⁷ทศพรธน์ แสงเทียน..ปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง กรณีศึกษาศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง.(วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ. 2544 หน้า 237-238.

¹⁸บวรศักดิ์ อูวรรณโณ,กฎหมายมหาชนเล่มที่3 ที่มาและนิติวิธี. หน้า 291.

¹⁹วรเจตน์ ภาคีรัตน์,การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,จุลนิติ,7(5)(กรกฎาคม-สิงหาคม 2553),หน้า 53.

²⁰กิตติศักดิ์ ปรกติ,ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์., หน้า 15.

²¹กิจบตี ก้องเบญจกุล.เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชาปรัชญาและหลักกฎหมายมหาชน LAW6201. กำเนิดกฎหมายและศาล.2561.หน้า35.

รูปธรรมซึ่งอาจจับต้องได้โดยความสัมพันธ์ระหว่างตัวบทกฎหมายและนิติวิธีซึ่งไม่อาจแยกออกจากกัน ได้การใช้กฎหมายโดยปราศจากนิติวิธีก็เปรียบเสมือนได้กับร่างกายที่ไร้วิญญาณ²² นักนิติศาสตร์เยอรมันท่านหนึ่งคือ von Kirchmann ได้เคยกล่าวไว้ว่า “เมื่อสถานะบัญญัติประกาศยกเลิกกฎหมายเท่านั้นคำสามคำนี้ก็คลบกันดาลให้ห้องสมุดกฎหมายเป็นห้องเก็บเศษกระดาษไปทันที” ความเข้าใจข้างต้นนี้เป็นความเข้าใจที่ผิดเพราะจำกัดความรู้วิชากฎหมายไว้เฉพาะเพียงในขอบเขตความรู้เกี่ยวกับกฎหมายเท่านั้นแต่ถ้านักกฎหมายที่ได้ศึกษากฎหมายอย่างถึงแก่นย่อมจะไม่ตกอยู่ในภาวะคับตันเช่นนั้นอย่างแน่นอน²³ นอกจากนี้บทกฎหมายมีลักษณะเป็นการทั่วไปใช้บังคับกับทุกคนแต่ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงดังนั้นจึงก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างตัวบทและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นการใช้นิติวิธีหรือการคิดอย่างเป็นระบบจะช่วยอุดช่องว่างระหว่างกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและช่วยในการตีความกฎหมายเนื่องจากผู้ใช้กฎหมายไม่ใช่บุคคลเดียวกับผู้ร่างกฎหมายดังนั้นจึงต้องอาศัยนิติวิธีเพื่อค้นหาข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงที่สุดกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายตรากฎหมายขึ้นจึงสรุปได้ว่าการใช้นิติวิธีมีบทบาทสำคัญในการเชื่อมโยงระหว่างปัญหาข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงโดยการผ่านการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย

3.2 แนวคิดที่ปฏิเสธการมีอยู่ของนิติวิธี

มานิตย์ วงศ์เสรี²⁴ อธิบายเกี่ยวกับแนวคิดที่ได้แย้งนิติวิธีโดยสรุปได้ดังนี้แนวคิดที่มองว่าวิธีคิดอย่างเป็นระบบในกฎหมายไม่มีความจำเป็นเนื่องด้วยเหตุผล 2 ประการดังนี้คือ 1.กฎหมายย่อมมีความชัดเจนอยู่แล้ว จากหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมาย (Rechtssicherheit) ซึ่งเรียกร้องให้การตรากฎหมายจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนและไม่กำกวมดังนั้นการยึดความเห็นส่วนบุคคล (Eigenwertung) ของผู้ใช้กฎหมายในการใช้และตีความกฎหมายจึงไม่อาจสร้างความมั่นคงและแน่นอนของกฎหมายขึ้นมาได้ 2.การสามารถเลือกใช้นิติวิธีได้หลายรูปแบบทำให้ผู้ใช้กฎหมายสามารถเลือกใช้นิติวิธีในทางที่ตนจะได้รับประโยชน์เนื่องจากนิติวิธีหรือการใช้และการตีความกฎหมายไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงลำดับของวิธีคิดจึงทำให้เกิดนิติวิธีได้หลายแบบซึ่งอาจส่งผลให้มีการใช้และการตีความกฎหมายโดยอำเภอใจได้และแม้จะมีการกำหนดให้มีการเรียงลำดับขั้นตอนของการเลือกใช้นิติวิธีแล้วแต่ในทางปฏิบัติผู้ใช้กฎหมายก็ไม่ได้ให้ความสำคัญกับลำดับขั้นตอนของเครื่องมือทางนิติวิธีใดเป็นกรณีพิเศษแต่อย่างใด

²²ปรีดี เกษมทรัพย์,นิติปรัชญา,(พิมพ์ครั้งที่4),กรุงเทพฯ:นิติธรรม,2538,หน้า119.

²³กิตติศักดิ์ ปรกติ,หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย,(พิมพ์ครั้งที่4),กรุงเทพฯ:วิญญูชน,2564,หน้า 38.

²⁴มานิตย์ วงศ์เสรี,นิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย:ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน.กรุงเทพฯ:วิญญูชน.2562, หน้า 33-35.

3.3 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์

ระบบกฎหมายหลักของโลกสามารถแบ่งออกได้เป็นสองระบบใหญ่ ๆ คือระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ซึ่งมีที่มาทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันส่งผลถึงมุมมองและแนวคิดที่มีต่อระบบกฎหมายที่แตกต่างกันดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าระบบกฎหมายทั้งสองระบบนั้นมีนิติวิธีที่แตกต่างกัน กิตติศักดิ์ ปรกติ²⁵ ได้อธิบายถึงนิติวิธีที่แตกต่างกันในแง่ของความเป็นมา บ่อเกิดของกฎหมายและการใช้กฎหมายกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

3.3.1 นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์

1) *ประวัติความเป็นมา*: ในสมัยโรมันกฎหมายที่ใช้สำหรับชาวเมืองมาจากจารีตประเพณีที่สืบทอดมาจากบรรพชน โดยชนชั้นสามัญชนได้เรียกร้องให้อาณาญาญาประเพณีที่ใช้บังคับและรับรู้กันอยู่เฉพาะในหมู่ผู้ดีมาบันทึกลงในที่เปิดเผยเป็นกฎหมายที่เรียกว่ากฎหมาย 12 โต๊ะซึ่งเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโรมันและถือเอาความหมายของตัวอักษรตามข้อความที่ปรากฏเป็นสำคัญต่อมาได้มีการรวบรวมกฎหมายและข้อคิดของนักนิติศาสตร์มาจัดระบบเสียใหม่ในสมัยจักรพรรดิจัสติเนียน หลังจากจักรวรรดิโรมันได้ล่มสลายลงได้หันกลับไปใช้กฎหมายประเพณีของชนเผ่าและกฎหมายของศาสนจักรจนกระทั่งในราวศตวรรษที่ 12 และ 13 ได้มีการฟื้นฟูกฎหมายโรมันขึ้นมาอีกครั้งหนึ่งด้วยความเชื่อว่าการกฎหมายโรมันเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและมีเหตุผล มีทัศนคติที่ว่าตัวอักษรกับเหตุผลเป็นสิ่งที่แยกไม่ออกจากกันถือเป็นนิติวิธีสำคัญของนักกฎหมายซีวิลลอว์การอ้างเหตุผลได้พัฒนากว้างออกไปจากการอ้างเหตุผลทางตรรกะโดยมีการให้เหตุผลทางจริยธรรมและเหตุผลทางเศรษฐกิจเข้ามาปรุงแต่งกฎหมายให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมยิ่งขึ้น ในศตวรรษที่ 17 ลักษณะของการให้เหตุผลในยุคนี้แตกต่างไปจากเหตุผลแบบเดิมเป็นลักษณะที่มีเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ไม่ใช่เป็นเหตุผลทางจริยธรรม ทางจิตหรือเหตุผลทางปรัชญา นอกจากนี้ลัทธิกฎหมายบ้านเมืองมีอิทธิพลมากขึ้นในศตวรรษนี้ทั้งยังสนับสนุนลัทธิอำนาจอธิปไตยและถือว่ากฎหมายคือเจตจำนงของรัฐที่แสดงออกในบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นตัวบทกฎหมายถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายสูงสุดประการเดียวศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมายโดยตรงไม่ต้องตีความ ในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 ก็ห้ามไม่ให้ศาลตีความกฎหมายเป็นต้น การยึดถือประมวลอย่างเคร่งครัดนี้ทำให้กฎหมายมีลักษณะที่แข็งกระด้างในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ประมวลมวลกกฎหมายของเยอรมันและสวิสได้เลือกเดินทางสายกลางโดยถือว่านอกจากบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดของกฎหมายโดยตรงแล้วยังมีประเพณีและนิติวิธีอย่างอื่นซึ่งเป็นบ่อเกิดกฎหมายในลำดับรองลงไปด้วย สรุปได้ว่าลักษณะทั่วไปของกฎหมายในระบบซีวิลลอว์เป็นระบบกฎหมายเป็นระบบของเหตุผลที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติ

²⁴กิตติศักดิ์ ปรกติ,ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. หน้า 33-95.

2) *ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย*:ระบบซีวิลลอว์ถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดอันดับแรก ของกฎหมายเพราะเชื่อว่าตัวบทกฎหมายนั้นเป็นตัวแทนของเหตุและผลในตนเอง ขณะที่จารีต ประเพณียังมีอิทธิพลในทางปฏิบัติต่อวิถีชีวิตของมนุษย์อยู่มากด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์จึง ยอมรับประเพณีว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายลำดับรองและในบางครั้งอาจจะเป็นบ่อเกิดที่คู่เคียง ส่งเสริมหรือตัดทอนบทกฎหมายก็ได้เพื่อให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้นส่วนคำพิพากษาของศาล ในระบบซีวิลลอว์ถือว่าไม่ใช่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ทั้งยังไม่อาจก้าวล่วงขอบเขตของ บทบัญญัติของกฎหมายไปได้กฎเกณฑ์ตามคำพิพากษาไม่มีอำนาจบังคับเช่นเดียวกับกฎหมายแต่ ได้รับการยอมรับเพราะเหตุว่าคำพิพากษานั้นเป็นบรรทัดฐานที่ดีเท่านั้นในระบบซีวิลลอว์นั้นถือว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์และเป็นระเบียบที่แน่นอนในขณะที่คำพิพากษาเป็นกฎเกณฑ์ หรือมีผลใช้เฉพาะเรื่องราวปราศจากความแน่นอนและยังถือว่าผู้พิพากษาจะต้องไม่ทำตนเป็นผู้ออก กฎหมายเสียเอง นอกจากนี้ยังมีความเชื่อว่าหลักการทางกฎหมายจะแทรกตัวอยู่ในบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของระบบกฎหมายในกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายนักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างนี้ด้วย หลักความเป็นธรรมซึ่งสกัดได้จากหลักการที่แฝงอยู่ในตัวบทบัญญัติทั้งหลาย โดยหลักกฎหมายทั่วไป นี้ระบบซีวิลลอว์ถือเป็นหลักที่อาจมีค่าบังคับระดับสูงเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญเลยทีเดียว

3) *การใช้กฎหมาย*:ระบบซีวิลลอว์ถือว่ากฎหมายจะต้องปรับใช้ตามที่ได้บัญญัติไว้และมีฐานะ สูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษาการปรับใช้บทบัญญัติเข้ากับข้อเท็จจริงต้องใช้ วิธีทางกฎหมายที่เรียกว่าหลักการตีความกฎหมายซึ่งจะต้องไม่กว้างเกินไปจนปรับใช้ในคดีเฉพาะเรื่อง ได้ยากและขณะเดียวกันก็ต้องกว้างพอที่จะครอบคลุมข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เป็นปัญหาในทำนอง เดียวกันได้อย่างทั่วถึงด้วยในระบบซีวิลลอว์ศาลจะพิจารณาข้อเท็จจริงว่าอยู่ในเรื่องใดของบทบัญญัติ แห่งกฎหมายและอ้างบทบัญญัติซึ่งจะเปิดช่องให้ใช้ดุลพินิจได้ในระดับหนึ่งมารับเป็นข้อชี้ขาดโดยไม่ ต้องไปวางหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่น ๆ เหมือนในระบบคอมมอนลอว์และในระบบซีวิลลอว์จะใช้ กฎหมายตามบทบัญญัติเป็นหลักและใช้เกณฑ์การตีความของศาลที่วางบรรทัดฐานมาประกอบเป็น การให้รายละเอียด ดังนั้นการมีบทหลักและหลักเสริมในการตีความจะทำให้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์มี ความแน่นอนและความยืดหยุ่นที่สมดุลกันมากขึ้นด้วยนอกจากนี้ในการตีความกฎหมายมีหลักอยู่ 2 ประการคือหลักการตีความตามหลักภาษาและหลักการตีความตามเหตุผลทางตรรกะซึ่งต้องใช้ทั้งสอง หลักการนี้ควบคู่กันไปในการตีความกฎหมาย

3.3.2 นิติวิธีในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

1) *ประวัติความเป็นมา*:ในสมัยโบราณราวศตวรรษที่ 5 และที่ 6 ในเกาะอังกฤษได้ใช้กฎหมาย จารีตประเพณีของเผ่าในการบังคับกับข้อพิพาท ราวศตวรรษที่ 11-15 เมื่อพวกนอร์มันเข้าครอบครอง อังกฤษ กษัตริย์ก็ได้เข้ามามีบทบาทในการจัดตั้งศาลหลวงเพื่อรวบรวมอำนาจจากบรรดาขุนนางและศา

สนจักรโดยวิธีการวินิจฉัยคดีของศาลหลวงนั้นเป็นการใช้เหตุผลไปวิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและศาลจะวางหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดถือว่าหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นจากเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาข้อเท็จจริงในข้อพิพาทไม่ใช่เป็นการตัดสินตามอำเภอใจทำให้มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อนและพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษาในช่วงศตวรรษที่ 15 ถึงกลางศตวรรษที่ 19 กฎหมายคอมมอนลอว์ของศาลหลวงเริ่มไม่สอดคล้องต่อความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจึงได้มีการจัดตั้งศาลเอควิตีซึ่งมีวิธีการแตกต่างจากศาลคอมมอนลอว์โดยวินิจฉัยคดีโดยยึดหลักประโยชน์สุขและความยุติธรรมในสังคม (Equity) เป็นใหญ่จนถึงศตวรรษที่ 18 ได้มีการออกกฎหมายมาแก้ไขหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ไม่สอดคล้องกับการขยายตัวของทุนนิยมแต่กระนั้นศาลก็ยังคงสงวนสิทธิ์ที่จะไม่ใช้กฎหมายของรัฐสภาจนในที่สุดรัฐสภาอังกฤษจึงได้บังคับให้ศาลนำกฎหมายที่รัฐสภาออกไปใช้บังคับทำให้ศาลคอมมอนลอว์หลีกเลี่ยงไปสร้างหลักการตีความกฎหมายและอักษรและถือว่าบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงยกเว้นของหลักคอมมอนลอว์และยึดหลักตัวอักษรเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นคือการตีความตามตัวอักษรหลังจากหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งเป็นต้นมาอังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกตลาดร่วมสหภาพยุโรปทำให้มีความพยายามในการประสานระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์เข้าด้วยกันมากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด

2) *ทัศนคติต่อบ่อเกิดของกฎหมาย:* ในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ยอมรับการจัดทำประมวลกฎหมายแต่ยอมรับความคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ มาเป็นบ่อเกิดรากฐานของระบบกฎหมาย ดังนั้นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดในระบบคอมมอนลอว์คือหลักกฎหมายในคำพิพากษาของศาล ซึ่งถือว่าเหตุผลที่ได้จากการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงมีค่าเป็นกฎหมายอยู่แล้วศาลเป็นเพียงผู้ค้นพบและประกาศใช้เท่านั้นโดยศาลจะต้องผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานตามหลักที่ว่าข้อเท็จจริงเดียวกันย่อมได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกันแต่อย่างไรก็ตามการถือตามแนวบรรทัดฐานในคำพิพากษานี้มีข้อยกเว้นโดยถือว่าถ้าข้อเท็จจริงในคดีเหมือนกันทุกประการก็ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานเดิมแต่ถ้าข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นต่างกันศาลก็ไม่ต้องถือตามแนวบรรทัดฐานทำให้กฎหมายยืดหยุ่นและสามารถแก้ไขปัญหาใหม่ๆที่เกิดขึ้นได้ในขณะที่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมาย คอมมอนลอว์จะมีฐานะที่ต่ำกว่าหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาได้วางเอาไว้ทำให้กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติขึ้นไม่ได้รับการยอมรับเข้าสู่ระบบกฎหมายจนกว่าจะมีคำพิพากษาของศาลซึ่งนำบทบัญญัตินั้นไปใช้บังคับเสียก่อนและผู้พิพากษามักนิยมอ้างคำพิพากษามากกว่าบทกฎหมายซึ่งเป็นลักษณะพิเศษที่ทำให้ระบบคอมมอนลอว์แตกต่างจากซีวิลลอว์ ส่วนจารีตประเพณีในระบบคอมมอนลอว์มีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่มีความสำคัญน้อยมากเนื่องจากระบบคอมมอนลอว์ได้เกิดขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการกีดกันการใช้กฎหมายจารีตประเพณีของท้องถิ่นและเมื่อศาลยอมรับตามจารีตประเพณีใดก็ทำให้จารีตประเพณีนั้นหมดความสำคัญเพราะได้เป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาซึ่งมีผลบังคับในฐานะเป็น

กฎหมายตามหลักแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้ว สำหรับข้อเขียนของนักนิติศาสตร์ไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายอังกฤษเท่าใดนักมีความสำคัญน้อยกว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษานอกจากนี้กฎหมายอังกฤษยังมีหลักความยุติธรรม (Equity) ซึ่งเป็นบ่อเกิดของกฎหมายควบคู่ไปกับหลักกฎหมายคอมมอนลอว์แต่ในปัจจุบันหลักความยุติธรรมที่มีฐานะเดียวกับหลักกฎหมายตามคำพิพากษาโดยจะนำหลักความยุติธรรมมาใช้เฉพาะที่เคยมีในแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาแล้วเท่านั้น

3) *การใช้กฎหมาย*: การใช้การตีความกฎหมายของอังกฤษใช้หลักกฎหมายเฉพาะกรณี (case law) เป็นหลักเฉพาะเรื่องที่ใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีมากกว่าจะเป็นหลักทั่วไปที่เป็นระบบและเป็นเอกภาพแบบในระบบซีวิลลอว์โดยเป็นการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงและหาข้อวินิจฉัยเอาจากข้อเท็จจริงภายใต้ของเหตุผลในข้อเท็จจริงนั้นซึ่งถ้าเป็นข้อเท็จจริงซึ่งเคยเป็นประเด็นและมีแนว คำพิพากษาไว้แล้วก็ต้องถือตามนั้นในระบบคอมมอนลอว์ใช้การหาเหตุผลจากข้อเท็จจริงโดยไม่ต้องบัพัญญัติซึ่งเมื่อเกิดกรณีปัญหาใหม่ ๆ ขึ้นก็สามารถทำคำวินิจฉัยได้อย่างอิสระและกว้างกว่าการใช้กฎหมายในระบบซีวิลลอว์ นิติวิธีของระบบคอมมอนลอว์จึงผูกพันกับข้อเท็จจริงมากกว่าผูกพันกับบัพัญญัติในการใช้กฎหมายที่บัพัญญัติขึ้นระบบคอมมอนลอว์จะเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบทยกเว้นหลักทั่วไปซึ่งจะมุ่งใช้หลักกฎหมายตามคำพิพากษามากกว่าเนื่องจากเห็นว่าการที่กฎหมายเปิดช่องให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจตามบัพัญญัติซึ่งเป็นหลักทั่วไปจะเป็นจะเป็นการเสี่ยงต่อการที่ศาลจะใช้อำนาจตามอำเภอใจอันขัดต่อหลักความแน่นอนของกฎหมายดังนั้นการให้ศาลผูกพันต่อแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานจึงเป็นหลักประกันความแน่นอนมากกว่าการที่ให้ผู้พิพากษามีอำนาจใช้ดุลพินิจแบบระบบกฎหมาย ซีวิลลอว์ ซึ่งหลักนิติวิธีของการใช้กฎหมายไม่ได้แยกออกมาในรูปของบัพัญญัติแต่จะแทรกอยู่ในข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ในระบบคอมมอนลอว์การใช้บัพัญญัติของกฎหมายนิยมใช้การตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด โดยมีกฎทั่วไปอยู่ 3 ประการคือ 1. การตีความตามตัวอักษร (Literal Rule) การตีความตามตัวอักษรเป็นหลักที่สำคัญที่สุดโดยในการตีความศาลจะต้องถือตามความหมายที่แท้จริงของบัพัญญัติซึ่งเป็นความหมายตามธรรมดาที่ถ้อยคำนั้นแสดงออกมาไม่ว่าผลของการตีความนั้นจะเป็นเช่นประการใดและไม่ว่าผลจะไปในทางเหลวไหลไร้สาระหรือไปในทางร้ายก็ตาม 2. หลักการตีความโดยเล็งเห็นผลเลิศ (Golden Rule) หลักการตีความโดยเล็งเห็นผลเลิศเป็นกฎที่ใช้คู่กับการตีความตามตัวอักษรกรณีที่มีการตีความตามตัวอักษรขัดต่อความมุ่งหมายของกฎหมายอย่างรุนแรงอาจตีความโดยการขยายความหรือตีความตามความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงผลเช่นนั้นได้ 3. หลักการตีความตามหลักแก้ไขข้อเสีย (Mischief Rule) เป็นข้อยกเว้นของหลักการตีความตามตัวอักษรเป็นกรณีที่บัพัญญัติมีขึ้นเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องของหลักคอมมอนลอว์ให้ดีขึ้นจึงกล่าวได้ว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นเพียงบทที่ร่ายล้อมหลักคอมมอนลอว์อยู่โดยมีคอมมอนลอว์เป็นหลักทั่วไป

3.4 นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

3.4.1 แนวคิดที่สนับสนุนการมีอยู่ของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ²⁶ ได้ให้ความหมายของนิติวิธีในกฎหมายมหาชนว่า หมายความว่า วิธีที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในกฎหมายมหาชนรวมถึงวิธีนำเสนอความคิดไปด้วยกันโดยได้แบ่งวิธีคิดทั่วไปในกฎหมายมหาชนออกเป็น 2 ประเภทได้แก่นิติวิธีหลักและนิติวิธีประกอบโดยนิติวิธีหลักประกอบด้วยการปฏิเสธไม่ให้นำหลักการของกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง (นิติวิธีเชิงปฏิเสธ) นอกจากนี้กฎหมายมหาชนยังมีหลักการของตนเองที่สร้างขึ้นจากความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล (นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์) โดยเห็นว่าฝ่ายปกครองและประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือปัจเจกชนซึ่งเป็นความแตกต่างที่มีอยู่โดยสภาพแต่ไม่ได้อยู่เหนือเพราะกฎหมายแต่ละเรื่องบัญญัติไว้เช่นนั้นดังนั้นการศึกษานิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงต้องหันไปยึดนิติวิธีที่ใช้อยู่ในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพและสาเหตุที่ทำให้กฎหมายเอกชนต่างจากกฎหมายมหาชนเป็นผลมาจากคู่กรณีในนิติสัมพันธ์และการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะส่งผลทำให้เกิดเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับกับกฎหมายมหาชนโดยตรงไม่ว่าจะเป็นหลักกฎหมาย วิธีการใช้การตีความ องค์กรและกระบวนการในกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชนโดยตรงแต่อย่างไรก็ตามในการสร้างหลักกฎหมายมหาชนอาจนำกฎหมายเอกชนมาพิจารณาแล้วปรับให้เข้ากับความเป็นของกฎหมายมหาชนได้โดยคำนึงถึงสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในขณะที่นิติวิธีประกอบเป็นวิธีคิดวิเคราะห์ที่ช่วยให้เข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็ว ถูกต้องและแม่นยำขึ้นโดยอาศัยการเปรียบเทียบกฎหมายและการวิเคราะห์กฎหมายโดยวิธีการทางประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา

กิจบัติ ก้องเบญจกุล²⁷ ให้ความเห็นไว้ว่าเนื่องจากกฎหมายมีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลาหลักกฎหมายจึงต้องพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปเกิดการจำแนกแบ่งประเภทของกฎหมายและศาลอีกทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละกลุ่มประเภทจึงเกิดนิติวิธีทางกฎหมายอาญา นิติวิธีทางกฎหมายแพ่งหรือนิติวิธีทางกฎหมายเอกชนและทางกฎหมายมหาชนแยกออกจากกัน โดยนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมาจากแนวความคิดของระบบประชาธิปไตยดังนั้นนิติวิธีของกฎหมายมหาชนจึงเป็นเรื่องของอำนาจปกครอง หลักเกณฑ์ในการใช้อำนาจปกครองและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบอำนาจปกครอง หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้เรียกว่าหลักกฎหมายมหาชน

²⁶บวรศักดิ์ อุวรรณโณ,กฎหมายมหาชนเล่มที่3 ที่มาและนิติวิธี,หน้า 293-330.

²⁷กิจบัติ ก้องเบญจกุล,เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชาปรัชญาและหลักกฎหมายมหาชน LAW6201. กำเนิดกฎหมายและศาล,หน้า35.

3.4.2 แนวคิดที่คัดค้านการมีอยู่ของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชน

ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์²⁸ ได้ให้ความเห็นว่า “นิติวิธีกฎหมายมหาชนโดยเนื้อแท้ไม่มีอยู่จริง” โดยให้เหตุผลประกอบดังนี้ 1. นิติวิธีหมายถึงผลต่อวิธีการใช้และความตีความกฎหมายซึ่งเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ โครงสร้างของระบบกฎหมาย ข้อความคิดทางกฎหมายและบ่อเกิดของกฎหมายจึงใช้คำว่านิติวิธีเฉพาะแต่ละสกุลกฎหมายหลักของโลกเช่นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็มีนิติวิธีสำหรับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ โดยไม่แบ่งแยกเป็นนิติวิธีย่อยของกฎหมายเอกชนหรือนิติวิธีของกฎหมายมหาชนโดยทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ย่อมมีการใช้การตีความที่เหมือนกันเพียงแต่ถ้าประเภทของกฎหมายนั้นมีลักษณะเฉพาะก็ให้ใช้ลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นก่อนหากไม่มีลักษณะเฉพาะก็ให้ใช้ตามหลักทั่วไป 2. ความแตกต่างของกฎหมายมหาชนที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชนเป็นเพียง “ลักษณะเฉพาะ” เท่านั้นไม่ได้แตกต่างถึงขนาดเป็นนิติวิธีเฉพาะขึ้นมา เช่นหากมีนิติวิธีของกฎหมายมหาชนก็ต้องมีนิติวิธีของกฎหมายแพ่ง นิติวิธีของกฎหมายอาญา นิติวิธีของกฎหมายสังคม ฯลฯ ซึ่งมีแต่ทำให้เกิดความสับสนในระบบนิติวิธีระบบซีวิลลอว์มากขึ้น เช่นหากมีนิติวิธีของกฎหมายอาญาก็อาจจะมีนิติวิธีวิธีเชิงปฏิเสธของกฎหมายอาญาที่จะไม่นำหลักกฎหมายแพ่งมาใช้โดยตรงด้วยเช่นกันและนอกจากนี้การศึกษากฎหมายอื่น ๆ นอกจากกฎหมายมหาชนย่อมต้องมีการศึกษาประวัติศาสตร์และสังคมวิทยาเพื่อให้เกิดความรู้จริงและใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องทั้งสิ้น (นิติวิธีประกอบ) ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าเป็นนิติวิธีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

มานิตย์ วงศ์เสรี²⁹ ได้ให้ความเห็นว่านิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนที่ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายไว้ล้วนแต่เป็นการอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนจะมีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนรวมถึงผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปแต่เมื่อได้เปรียบเทียบแนวคิดในทางนิติวิธีแล้วเห็นว่านิติวิธีของกฎหมายทุกประเภทก็คล้ายคลึงกันโดยมีข้อความคิดพื้นฐานทางนิติวิธีทั่วไปเช่นเดียวกันเพียงแต่จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละประเภทด้วยเท่านั้นโดยไม่ถือว่านิติวิธีของกฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชนมีความขัดแย้งกันแต่อย่างใด

²⁸ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์.นิติวิธีกฎหมายมหาชนมีจริงหรือไม่.1 มิถุนายน 2657.สืบค้นจาก ครีอข่ายกฎหมายมหาชนไทย.public-law.net

²⁹มานิตย์ วงศ์เสรี.นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 33-35.

3.5 การอุดช่องว่างของกฎหมาย

3.5.1 การแบ่งแยกการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย

มีแนวคิดสำคัญเกี่ยวกับนิติวิธีเกิดขึ้นในเยอรมันในช่วงศตวรรษที่ 19 จากแนวคิดของ von Savigny ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับการสนับสนุนจาก Feuerbach และนักนิติศาสตร์อื่นๆในเยอรมัน คือแนวคิดที่แบ่งแยกการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย³⁰ ทำให้เกิดความเข้าใจชัดเจนเกี่ยวกับการใช้หลักการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) หรือการใช้หลักกฎหมายทั่วไป (general principals of law) ว่าเป็นคนละเรื่องกับการตีความกฎหมาย โดยการตีความกฎหมายไม่อาจขยายไปไกลเกินกว่าความหมายที่เป็นไปได้ของถ้อยคำที่ใช้ เมื่อความหมายที่เป็นไปได้คลุมไปไม่ถึงก็พ้นจากขอบเขตของการตีความและเป็นเรื่องของการวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่หรือการใช้กฎหมายอื่นนอกเหนือไปจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง (การอุดช่องว่างของกฎหมาย) ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสแบ่งแยกการตีความออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ การตีความตามหลักภาษา (littéle) โดยพิเคราะห์ถึงถ้อยสำนวน รูปประโยคและความหมายของถ้อยคำ และการตีความตามหลักเหตุผล (interprétation logique) ซึ่งเป็นการตีความโดยคำนึงถึงประวัติความเป็นมาของกฎหมาย ข้อความแวดล้อม บทกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และคำนึงถึงความสอดคล้องกันกับหลักกฎหมายทั่วไป นักกฎหมายและศาลฝรั่งเศสมักจะอ้างหลักการตีความตามหลักเหตุผลในความหมายอย่างกว้างแทนการอ้างการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงข้อโจมตีว่าศาลวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่หรือแทรกแซงอำนาจนิติบัญญัติโดยใช้คำรวม ๆ ว่าเป็นการตีความกฎหมายในความหมายอย่างแคบในกรณีที่บทกฎหมายกินความไปถึงแต่ถ้าศาลเห็นว่าไม่ควรใช้บทกฎหมายบังคับแก่กรณีนั้นก็อ้างว่าเป็นการตีความในความหมายอย่างกว้างหรือในหรือกรณีที่บทกฎหมายกินความไปไม่ถึงแต่ศาลเห็นว่าควรจะใช้หลักเกณฑ์เรื่องใดบังคับแก่กรณี แทนที่จะอ้างว่าเป็นการเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือหลักกฎหมายทั่วไปแก่กรณีนั้นก็อ้างว่าเป็นการตีความในความหมายอย่างกว้างเช่นกันซึ่งหากพิเคราะห์แล้วการตีความในความหมายอย่างกว้างในกรณีดังกล่าวไม่ใช่เป็นผลของการตีความกฎหมายแต่อย่างใดแต่เป็นกรณีการพัฒนาหลักกฎหมายหรือวางหลักกฎหมายขึ้นใหม่โดยอาศัยการเทียบบทกฎหมายหรือการอ้างหลักกฎหมายทั่วไป (การอุดช่องว่างของกฎหมาย) มานิตย์ วงศ์เสรี³¹ ให้ความเห็นไว้ว่าในระบบกฎหมายของเยอรมันมีแนวคิดที่แบ่งแยกระหว่างการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายออกจากกัน ดังนั้นการที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปอ้างนิติวิธีที่เรียกว่าตีความกฎหมายในลักษณะที่ตัวบทไม่อาจเปิดโอกาสให้

³⁰กิตติศักดิ์ ปรกติ, การใช้การตีความกฎหมาย:หลักทั่วไปในการใช้และการตีความกฎหมาย. หน้า 63-65.

³¹มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย. หน้า 55.

สามารถตีความได้แล้วก็จะเกิดความสงสัยในหมู่นักกฎหมายเยอรมันเสมอเพราะในกรณีที่ตัวบทกฎหมายไม่อาจจะตีความได้แล้วกรณีดังกล่าวต้องใช้นิติวิธีเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมายไม่ใช่เรื่องของการตีความกฎหมายแต่อย่างใดดังนั้นการที่ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปอ้างนิติวิธีที่เรียกว่าการตีความกฎหมายในลักษณะที่ตัวบทกฎหมายไม่เปิดโอกาสให้สามารถตีความได้แล้วก็จะก่อให้เกิดความสงสัยในหมู่นักกฎหมายเยอรมันเสมอเพราะกรณีที่ตัวบทกฎหมายไม่สามารถจะตีความได้แล้วก็ต้องใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของการตีความกฎหมาย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์³² เห็นด้วยกับความเห็นของ หยุต แสงอุทัย ที่ว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายต่างจากการแปลกฎหมาย โดยวรเจตน์ ภาศิริรัตน์ เห็นว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายเป็นการใช้กฎหมายไม่ใช่การตีความกฎหมายเพราะการอุดช่องว่างของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้เมื่อผ่านพ้นขั้นตอนการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปแล้วไม่ปรากฏว่ามีบทกฎหมายที่จะนำมาปรับกับข้อเท็จจริงได้ โดยในเรื่องนี้อาจารย์หยุต กล่าวว่า “การแปลกฎหมายหมายความว่า การค้นหาความมุ่งหมายของกฎหมายในการแปลกฎหมายผู้พิพากษาได้ใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วเป็นแต่ว่ากฎหมายนั้นมีข้อความไม่ชัดเจนพอหรือใช้ถ้อยคำแคบเกินไปไม่ตรงต่อความมุ่งหมายของกฎหมาย แต่การอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นคือการตัดสินใจโดยนำกฎเกณฑ์ต่าง ๆ มาใช้ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาจะต้องไปค้นหาหลักเกณฑ์ที่จะนำมาปรับคดีเอาเอง”

3.5.2 วิธีการแบ่งแยกการตีความออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย

มานิตย์ วงเสรี³³ ได้อธิบายทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสามชั้น(ของแก-ออร์ค แจลลิเนค) ซึ่งช่วยให้เห็นว่ากรณีใดควรใช้การตีความของกฎหมายและกรณีใดควรใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้ ในการเลือกว่าจะใช้นิติวิธีในการตีความหรืออุดช่องว่างของกฎหมายสามารถทำได้โดยแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็น 3 ชั้นความหมายโดยยกตัวอย่างประกอบดังต่อไปนี้

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 82 วรรคสี่ “เมื่อมีการถอนคำฟ้องให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความกับคืนค่าธรรมเนียม ศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี” เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นกรณีที่ศาลสั่งจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่พิพาทไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะต้องคืนค่าธรรมเนียมศาลตามระเบียบข้อ 82 วรรคสี่หรือไม่ ถ้อยคำทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาในกรณีนี้คือ “การถอนคำฟ้อง” โดยอาจแบ่งความหมายของถ้อยคำเป็น 3 ชั้นดังนี้

1. *ตัวเลือกปฏิฐาน (positive Kandidaten)* หมายถึงถ้อยคำนั้นอยู่ในกรอบความหมาย

³²วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. หน้า 461-462.

³³มานิตย์ วงศ์เสรี. นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 65-67.

ชัดเจนเช่นกรณีผู้ฟ้องคดีถอนฟ้องคดีเป็นต้น หากเข้ากรณีนี้

การใช้และการตีความกฎหมาย:สามารถปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงได้

การอุดช่องว่างของกฎหมาย:ไม่ต้องใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายหรือหากเป็นช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (ช่องว่างแบบ *contra verba legis*) อาจใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

2. *ตัวเลือกปฏิเสธ (negative Kandidaten)* หมายถึงถ้อยคำนั้นไม่อยู่ในกรอบความหมายอย่างแน่นอนเช่นกรณีศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้ไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ

การใช้และการตีความกฎหมาย:ไม่สามารถปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงได้ต้องใช้การอุดช่องว่างของกฎหมาย

การอุดช่องว่างของกฎหมาย:สามารถใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้ เช่นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

3. *ตัวเลือกที่เป็นกลาง (neutral Kandidaten)* หมายถึง ถ้อยคำนั้นไม่แน่ใจว่าอยู่ในกรอบความหมายอย่างแน่นอนเช่นกรณีศาลอนุญาตให้ถอนฟ้องในชั้นอุทธรณ์

การใช้และการตีความกฎหมาย:เป็นกรณีที่ต้องใช้การตีความกฎหมายโดยแท้ซึ่งอาจใช้วิธีการตีความอย่างแคบหรืออย่างกว้าง

การอุดช่องว่างของกฎหมาย:ไม่อาจใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายได้เพราะไม่แน่ใจว่าถ้อยคำทางกฎหมายนั้นจะครอบคลุมข้อเท็จจริงนั้นหรือไม่

ดังนั้นจากตัวอย่างที่ยกขึ้นแล้วข้างต้นเมื่อศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแล้วหากวิเคราะห์อย่างเป็นระบบโดยใช้การแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสามชั้นจะเห็นได้ว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เป็น “ตัวเลือกปฏิเสธ” กล่าวคือไม่ใช่เป็นกรณีที่คู่ความถอนฟ้องตามระเบียบฯ ข้อ 82 บรรคสี่จึงมีอาจใช้หรือตีความกฎหมายตามระเบียบฯ ข้อ 82 ได้หากแต่เป็นกรณีที่จะต้องใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายต่อไป

3.5.3 แนวคิดการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ความหมายและการเกิดช่องว่างของกฎหมาย: หยุค แสงอุทัย³⁴ ได้ให้ความหมายของช่องว่างทางกฎหมายไว้ว่า “ช่องว่างแห่งกฎหมายหมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือกฎหมายจารีตประเพณีที่จะนำมาใช้ปรับแก้ข้อเท็จจริงได้ ดังนั้นการอุดช่องว่างของกฎหมายก็คือการดำเนินการเพื่อหาหลักกฎหมายมาปรับใช้กับเรื่องราวที่เกิดขึ้น” นอกจากนี้ท่านยังได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่าในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งเรียกว่าช่องว่างในกฎหมายหากเป็นศาลในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์นั้นเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องค้นหาหลักเกณฑ์หรือสร้างหลักเกณฑ์ที่จะพิพากษาคดีอยู่แล้วจึงไม่เป็นปัญหาเท่าไรนักแต่ศาลของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายย่อมประสบความสำเร็จยากลำบากอยู่บ้างเพราะต้องผูกมัดอยู่กับตัวบทกฎหมายและที่สำคัญคือกฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายมักจะไม่ได้ให้ผู้พิพากษาปฏิเสธพิพากษาคดี กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายต่างประเทศได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายให้เป็นแนวทางแก่ผู้พิพากษาเช่นประมวลกฎหมายของมลรัฐลุยเซียนาแห่งสหรัฐอเมริกามาตรา 21 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมาตรา 4 ในกรณีที่กฎหมายที่ไม่ได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ ศาลต้องหาวิธีการอุดช่องว่างเอาเอง ดังนั้นการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายนี้จึงย่อมเป็นธรรมดาอยู่เองที่ศาลในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายเป็นผู้สร้างขึ้น ช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นได้สองกรณี กล่าวคือกรณีที่หนึ่งกฎหมายคิดไปไม่ถึงว่าจะมีช่องว่างในกฎหมาย กรณีที่สอง ผู้ร่างกฎหมายคิดถึงช่องว่างแห่งกฎหมายนั้นแต่เห็นว่ายังไม่สมควรบัญญัติไว้ตายตัวเพราะตำรากฎหมายและคำพิพากษาของศาลยังไม่ได้พิจารณาปัญหานั้นอย่างเพียงพอโดยยังไม่ได้คิดค้นหลักเกณฑ์เหมาะสมไว้สำหรับเรื่องนั้น ๆ การบัญญัติกฎหมายสำหรับกรณีนั้น ๆ ให้เป็นการตายตัวย่อมจะเป็นการริบดวงินไปเพราะบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรและบัญญัติไว้อย่างชัดเจนนั้นจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการที่ตำราและคำพิพากษาจะได้คลี่คลายปัญหานี้ให้กระจ่างแจ้งต่อไปในภายหน้าและนอกจากนั้นท่านยังเห็นว่าถ้าจะบัญญัติกฎหมายไว้ชัดเจนตำรากฎหมายหรือคำพิพากษาก็จะได้แต่อธิบายตัวบทกฎหมายที่บัญญัติไว้แล้วเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวผู้ร่างกฎหมายก็ปล่อยช่องว่างของกฎหมายทิ้งไว้เพื่อไม่ให้มีบทบัญญัติกฎหมายเป็นการปล่อยให้ช่องว่างไว้โดยตั้งใจ วรเจตน์ ภาศิริตัน³⁵ ได้อธิบายเกี่ยวกับช่องว่างทางกฎหมายพอที่จะสรุปได้ดังนี้ โดยปกติทั่วไปแล้วช่องว่างของกฎหมายสามารถเกิดขึ้นได้เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นและหากได้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรจนถึงที่สุดแล้วไม่มีตัวบทกฎหมายที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นร่วมกับพิจารณาระบบกฎหมายนั้นทั้งระบบ

³⁴หยุค แสงอุทัย. (2552). แกไขปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่21). กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 13.

³⁵วรเจตน์ ภาศิริตัน. การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน. หน้า 71.

แล้วเห็นว่าระบบกฎหมายนั้นไม่ต้องการให้มีช่องว่างของกฎหมายเช่นนั้นแต่ช่องว่างของกฎหมายไม่ได้หมายความว่าถึงกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายใช้บังคับกับข้อเท็จจริงนั้นแต่ผู้ใช้กฎหมายต้องการให้มีกฎหมายใช้บังคับกับกรณีนั้นโดยกล่าวอ้างว่ามีช่องว่างของกฎหมายเพราะกรณีดังกล่าวเป็นช่องว่างทางนิตินโยบายซึ่งไม่สามารถอุดช่องว่างของกฎหมายได้แต่ต้องกระทำโดยกระบวนการนิติบัญญัติโดยช่องว่างทางนิตินโยบายนั้นมิได้ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนตัวอย่างเช่นในกฎหมายอาญา การที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดความผิดและโทษไว้อยู่ถือเป็นช่องว่างในทางนิตินโยบายเสมอ ดังนั้นเมื่อมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องแยกว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริงซึ่งสามารถอุดช่องว่างดังกล่าวได้โดยนิติวิธี หรือเป็นเพียงช่องว่างทางนิตินโยบายซึ่งหากไม่ต้องการให้มีจะต้องกระทำโดยการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ

ประเภทของช่องว่างของกฎหมาย: วรเจตน์ ภาคีรัตน์³⁶ อธิบายเกี่ยวกับประเภทของช่องว่างของกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยสรุปได้ดังนี้ประเภทของช่องว่างของกฎหมายโดยใช้เกณฑ์การพิจารณาจากลักษณะของถ้อยคำออกเป็นสามประเภท คือ

1. ช่องว่างของกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการมอบอำนาจ (ช่องว่างแบบ *intra verba legis*)

ช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อกฎหมายสามารถใช้ดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปโดยใช้วิธีการบัญญัติถ้อยคำที่มีลักษณะความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (*indefinite legal concept ; unbestimmter Rechtsbegriff*) หรือเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเป็นหลักการ (*Generalklausel*) จึงอาจกล่าวได้ว่าช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้เกิดจากผู้ตรากฎหมายจงใจให้มีช่องว่างของกฎหมายเพื่อให้ผู้ใช้อกฎหมายมีดุลยพินิจในการปรับใช้กฎหมายนั่นเอง

2. ช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด (ช่องว่างแบบ *praeter verba legis*) ช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้เป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายไม่อาจคาดคิดว่าจะมีกรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นซึ่งหากผู้บัญญัติกฎหมายสามารถคาดคิดได้ว่าจะมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นแล้วก็จะไม่บัญญัติกฎหมายให้มีช่องว่างดังกล่าวเกิดขึ้น ช่องว่างของกฎหมายในลักษณะนี้เป็นลักษณะช่องว่างกฎหมายอย่างแท้จริงซึ่งเกิดจากการไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้แม้ว่าจะมีการตีความกฎหมายจนสุดขอบของถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นแล้วก็ตาม

3. ช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการไม่มีบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้น (ช่องว่างแบบ *contra verba legis*) ช่องว่างของกฎหมายประเภทนี้เกิดจากผู้ร่างกฎหมายบัญญัติถ้อยคำของกฎหมายที่กว้างจนเกินไป โดยเมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหากข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความหมายของถ้อยคำที่ได้บัญญัติไว้แล้วแต่เห็นได้ชัด

³⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. หน้า 456-470.

ว่าหากปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นกับบทกฎหมายนั้นแล้วจะได้ผลทางกฎหมายที่ไม่อาจยอมรับได้และขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างชัดเจนและถ้าผู้บัญญัติกฎหมายคาดว่า จะเกิดกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น ก็คงจะไม่บัญญัติกฎหมายดังกล่าวหรือบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่คลุมเครือหรือบัญญัติเพื่อยกเว้นในเรื่องดังกล่าวไว้ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ตรงข้ามกับช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยทั่วไป: เมื่อเกิดปัญหาข้อเท็จจริงขึ้นในนิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ย่อมต้องหาบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นแต่หากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายในระบบกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้นก็เท่ากับว่าเกิดช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นหากไม่มีกฎหมายที่กำหนดวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นโดยเฉพาะเจาะจงแล้วก็จะจำเป็นต้องใช้นิติวิธีทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น โดยนิติวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายมีหลายวิธีได้แก่

1. การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy; argumentum a similibus) นิติวิธีในการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้น เป็นวิธีที่สำคัญที่สุดในอุดช่องว่างของกฎหมายประเภทช่องว่างของกฎหมายแบบเปิด โดยในระบบกฎหมายเอกชนมีบทบัญญัติยอมรับในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยวิธีเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งโดยบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ในขณะที่ระบบกฎหมายอาญานั้นไม่สามารถเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลแต่อาจจะเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงในทางที่คุ้มแก่บุคคลในขณะที่กฎหมายมหาชนหากใช้การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วจะทำให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเกิดอำนาจที่จะกระทำการก้าวกาลังสิทธิและเสรีภาพของประชาชนการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยั้งนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมายและการเทียบเคียงหลักกฎหมาย

การเทียบเคียงบทกฎหมาย คือ การนำเอาบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นซึ่งไม่อยู่ในความหมายตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้น แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงที่ตรงตามถ้อยคำของบทกฎหมายนั้นอย่างมากจนไม่อาจปฏิเสธผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันได้

การเทียบเคียงหลักกฎหมาย คือ การค้นหาหลักการที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรหลาย ๆ มาตราแล้วใช้หลักการดังกล่าวปรับกับข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันซึ่งไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน

2. การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” (argumentum a fortiori)

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยให้เหตุผลในลักษณะนี้อาจเกิดขึ้นได้สองกรณีคือ

การให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งที่ใหญ่กว่าไปสู่สิ่งเล็กกว่า (argumentum a maiore ad minus) เช่นในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้างหากนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างเพราะมีเหตุสำคัญเกิดขึ้นแก่ลูกจ้างโดยบอกกล่าวล่วงหน้านายจ้างย่อมยิ่งจะต้องกระทำได้ และการให้เหตุผลแบบ “ยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น” จากสิ่งทีเล็กกว่าไปสู่สิ่งทีใหญ่กว่า (argumentum a minore ad maius) เช่นกรณี ที่มหาวิทยาลัยย่อยกระเปียบเกี่ยวกับการสอบห้ามมิให้ผู้เข้าสอบนำอุปกรณ์ทุกชนิดเข้าห้องสอบ มิฉะนั้นจะปรับตกในวิชานั้นหากผู้เข้าสอบ “ใช้” อุปกรณ์ดังกล่าวกรณีก็ยิ่งจะต้องลงโทษผู้เข้าสอบ ดังกล่าว

3. การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีทีกฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับกฎหมายไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น (argumentum e contrario, argumentum e silentio)

การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการให้เหตุผลทางกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะตรงข้ามกับการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการเทียบเคียงกฎหมายทีใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy, argumentum a simile) เช่นกรณีทีรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองบางตำแหน่งต้องยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินดังนั้นการให้เหตุผลดังกล่าวจึงเท่ากับว่าไม่บังคับให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตำแหน่งอื่นทีกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ต้องยื่นแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินด้วยหรือการ ทีศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตามทีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้นกรณีทีรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจในเรื่องนั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจขยายอำนาจหน้าที่ของตนเป็นวินิจฉัยเรื่องทีอยู่นอกเขตอำนาจได้

4. การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การใช้กฎหมายในกรณีนี้เป็นการใช้กฎหมายเพื่ออุดช่องว่างทีเกิดจากการไม่มีบทบัญญัติทีเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร (ช่องว่างแบบ contra verba legis) เป็นการ ใช้กฎหมายในทางตรงกันข้ามกับถ้อยคำทีปรากฏชัดแจ้งทีนี้เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นกรณีทีผู้ใช้กฎหมายตรวจสอบและลดรูปถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เพราะถ้าใช้กฎหมายตามถ้อยคำนั้นแล้วย่อมจะเกิดผลอันประหลาดและไม่อาจยอมรับได้กรณีนี้ไม่ใช่กรณีทีผู้ใช้กฎหมายโดยเฉพาะผู้พิพากษาศาลการชัดขึ้นตัวบทกฎหมายแต่เป็นกรณีทีผู้พิพากษาศาลการ “เชื่อฟังและเคารพกฎหมายโดยใช้สมอง”

5. การใช้กฎหมายประเพณี

ระบบกฎหมายต่างๆ หลายระบบกฎหมายยอมรับการนำกฎหมายประเพณีมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพียงแต่อาจแตกต่างกันในเรื่องลำดับการใช้กฎหมายประเพณีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายสวีตเซอร์แลนด์การจะนำเอากฎหมายประเพณีมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายได้นั้นจะต้องปรากฏว่าไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับและต้องเป็นกรณี

ที่ไม่สามารถเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแล้วเท่านั้น ทั้งนี้เนื่องจาก Eugen Huber ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเห็นว่าหากสามารถใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาทางกฎหมายได้นั้นถือเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรยังทำงานได้ จึงไม่จำเป็นต้องอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสการใช้กฎหมายประเพณีอุดช่องว่างของกฎหมายย่อมจะเกิดขึ้นต่อเมื่อไม่สามารถใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงได้แล้ว สำหรับระบบกฎหมายแพ่งของไทยมีการบัญญัติชัดเจนในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นเป็นอันดับแรกหากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ จากนั้นหากไม่สามารถใช้กฎหมายประเพณีได้จึงใช้การเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามลำดับ สำหรับการอุดช่องว่างของกฎหมายในทางกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่าโดยที่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการปกครองที่มีเหตุผลทางเทคนิคหลายประการเหตุผลทางเทคนิคเหล่านั้นเกิดจากการปรุงแต่งของนักกฎหมายตลอดจนเกิดจากอุดมการณ์ทางการเมืองการปกครอง ดังนั้นการใช้บทกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายปกครองผู้ใช้กฎหมายจึงสมควรใช้บทกฎหมายดังกล่าวทั้งโดยตรงและโดยเทียบเคียงให้หมดสิ้นเสียก่อนต่อเมื่อไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้บังคับไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยเทียบเคียงแล้วผู้ใช้กฎหมายจึงสามารถนำกฎหมายประเพณีหรือในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยเรียกว่าประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขมาใช้อุดช่องว่างของบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้

6. การใช้หลักกฎหมายทั่วไป

ในระบบกฎหมายไทยหลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมาย (source of law) ประเภทหนึ่งโดยในระบบกฎหมายแพ่งใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปอยู่ในอันดับท้ายที่สุดและโดยสภาพของหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งยังมีข้อถกเถียงเกี่ยวกับความหมายและการค้นหากันอยู่ ในทางกฎหมายมหาชนหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องได้แปรสภาพไปเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เช่น หลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักสัดส่วน หลักการฟังความทุกฝ่าย เราอาจกล่าวได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการอันเป็นรากฐานที่ยึดโยงระบบกฎหมายทั้งระบบไว้ให้ระบบกฎหมายนั้นเป็นระบบกฎหมายที่ยุติธรรมในทางกฎหมายมหาชนดังนั้นหลักกฎหมายทั่วไปยังมีประโยชน์อยู่ไม่น้อยในการอุดช่องว่างของกฎหมายมหาชน

4. หลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดปกครองของไทย

ชูชาติ อัครโรจน์³⁷ ได้อธิบายว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความผิดปกครองของไทยมีลักษณะเฉพาะดังนี้

1) เป็นวิธีพิจารณาที่ใช้ระบบไต่สวน

ในหมายเหตุแนบท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความผิดปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ให้เหตุผลส่วนหนึ่งไว้ว่าระบบการพิจารณาความผิดปกครองจำเป็นต้องมีกระบวนการที่แตกต่างจากคดีทั่ว ๆ ไป เนื่องจากผลของคำพิพากษาจะกระทบถึงการบริหารราชการแผ่นดินและในขณะเดียวกันเอกชนอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบเนื่องจากไม่อาจทราบข้อมูลที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานฝ่ายรัฐได้ ดังนั้นในการพิจารณาความผิดปกครองจึงจำเป็นต้องใช้ระบบไต่สวนเพื่อหาข้อเท็จจริงที่แท้จริง โดยระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครอง พ.ศ. 2543 ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติในข้อ 5 ว่า “วิธีพิจารณาความผิดปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวน” ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นส่วนที่มีความแตกต่างจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งใช้ระบบกล่าวหาเป็นหลักบนพื้นฐานความเท่าเทียมกันของคู่กรณี

2) เป็นวิธีพิจารณาที่ใช้เอกสารเป็นหลัก

โดยการทำคำขอหรือคำร้องต่อศาลในกระบวนการพิจารณาให้ทำเป็นหนังสือเว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้ทำด้วยวาจาและแม้โดยหลักแล้ววิธีพิจารณาความผิดปกครองจะมุ่งเน้นเอกสารเป็นหลักแต่ในบางกรณีอาจทำด้วยวาจาได้เช่นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามสมควรการรับฟังพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญหรือการแถลงการณ์ด้วยวาจาของตุลาการผู้แถลงคดีในกรณีที่เป็นเรื่องเร่งด่วนหรือเป็นเรื่องที่มีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายไม่ยุ่งยากนอกจากนี้ยังมีการใช้ระบบงานคดีปกครองอิเล็กทรอนิกส์แทนได้ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครองทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2562

3) เป็นวิธีพิจารณาที่เอื้อต่อการฟ้องคดีและการดำเนินคดีปกครอง

เช่นคำฟ้องใดมีรายการไม่ครบหรือไม่ชัดเจนหรือไม่อาจเข้าใจได้ให้สำนักงานศาลปกครองให้คำแนะนำแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องนั้นให้ถูกต้องนอกจากนี้อาจยื่นคำฟ้องโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้ การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือคู่กรณีอ่านดำเนินคดีโดยยกเว้นค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือเฉพาะบางส่วนก็ได้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีจะดำเนินการทั้งปวงด้วยตนเองได้ซึ่งทั้งหมดที่กล่าวมานี้แสดงให้เห็นว่าวิธีพิจารณาความผิดปกครองเป็นวิธีพิจารณาที่เอื้อต่อการฟ้องคดี

³⁷ชูชาติ อัครโรจน์. คำอธิบายวิธีพิจารณาความผิดปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ. โรงพิมพ์เดือนตุลา. 2562. หน้า 45-60.

4) เป็นวิธีพิจารณาที่ต้องใช้ตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ

ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองปรากฏเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวประการหนึ่งว่าในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองต้องมีตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะโดยคำนึงถึงคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวอย่างหลากหลายและคำนึงถึงความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะจากระยะเวลาที่รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งที่ระบุไว้หรือคุณสมบัติอย่างอื่น แสดงให้เห็นได้ว่าคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองนอกจากต้องมีความรู้ด้านกฎหมายแล้วยังเปิดกว้างให้มีผู้เชี่ยวชาญด้านอื่น ๆ ที่หลากหลายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐ เช่น ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นต้นเนื่องจากคดีปกครองเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจของรัฐจึงจำเป็นต้องมีมุมมองที่หลากหลายในด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อทำให้การตัดสินคดีอยู่ในสมดุลระหว่างการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนกับผลประโยชน์สาธารณะ

5) เป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีการถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ

การถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นสามารถพิจารณาได้เป็น 4 ประการได้แก่ (1) การตัดสินอรรถคดีของศาลปกครองจำเป็นต้องทำโดยมีองค์คณะโดยในศาลปกครองสูงสุดต้องมีองค์คณะอย่างน้อย 5 คนในขณะที่ศาลปกครองชั้นต้นต้องมีอย่างน้อย 3 คนถึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาได้ (2) คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมากและยังให้ทำความเห็นแย้งได้ (3) การแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีซึ่งไม่ใช่ตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีโดยตุลาการผู้แถลงคดีไม่ต้องมีองค์คณะและไม่ได้มีสิทธิในการออกเสียงในการวินิจฉัยคดีนั้นแต่ความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีเป็นสิ่งที่องค์คณะต้องให้ความสำคัญและนำมาพิจารณาในการวินิจฉัยคดีซึ่งหากองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นมีความแตกต่างจากความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดีก็จะต้องมีเหตุผลทางกฎหมายที่เพียงพอที่จะโต้แย้งคำแถลงการของตุลาการผู้แถลงคดี (4) การมีคำสั่งเกี่ยวกับการทุเลาการบังคับตามกฎและคำสั่งทางปกครองให้กระทำโดยองค์คณะหลังจากตุลาการผู้แถลงคดีได้เสนอคำแถลงการณ์แล้ว จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าสิ่งที่แตกต่างระหว่างการพิจารณาคดีปกครองและการพิจารณาคดีแพ่งที่สำคัญประการหนึ่ง คือการที่มีการแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีเพื่อถ่วงดุลการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ เนื่องจากคำพิพากษาหรือคำสั่งของตุลาการในคดีปกครองมักกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและส่งผลกระทบต่อวงกว้างมากกว่าผลกระทบต่อความในคดีแพ่งจึงจำเป็นต้องมีการถ่วงดุลของปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการที่มากกว่าในคดีแพ่ง

6) เป็นวิธีพิจารณาคดีที่ฟังความคู่กรณีทุกฝ่าย

เห็นได้จากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ในมาตรา 45 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของคู่กรณีโดยศาลต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบคำชี้แจงของตนตามควรแก่กรณี ต้องให้คู่กรณีมีสิทธิขอตรวจดูพยานหลักฐาน

ที่แต่ละฝ่ายได้ยื่นไว้ในสำนวน เว้นแต่กรณีใดมีกฎหมายคุ้มครองไม่ให้ต้องเปิดเผยหรือศาลปกครองเห็นว่าจำเป็นต้องไม่เปิดเผยเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายแก่การดำเนินการของรัฐแต่กรณีที่ไม่เปิดเผยดังกล่าวจะปกครองจะนำมาใช้รับฟังในการพิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ นอกจากนี้ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 ข้อ 51 บัญญัติให้ศาลต้องแจ้งกำหนดการไต่สวนให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องทราบล่วงหน้าเพื่อเปิดโอกาสให้คู่กรณีนั้นซักค้านหรือชี้แจงข้อเท็จจริงได้นอกจากนี้ระเบียบข้อ 65 ยังกำหนดให้ศาลมีโดยพินิจที่จะรับฟังพยานหลักฐานที่ได้มาตามกระบวนการพิจารณาโดยไม่จำกัดเฉพาะที่เสนอโดยคู่กรณีแต่พยานหลักฐานนั้นต้องเป็นพยานหลักฐานที่คู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสขอตรวจดูทราบและแสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันหรือหักล้าง

7) เป็นวิธีพิจารณาคดีที่การนั่งพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย

โดยเห็นได้จากมาตรา 60 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งได้วางหลักไว้ว่าการนั่งพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผยเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น นอกจากนี้ไม่ให้อีกว่าการออกโฆษณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแห่งคำพิพากษาหรือเรื่องย่อแห่งการพิพากษาโดยเป็นการและถูกต้องเป็นการผิดกฎหมาย

8) เป็นวิธีการที่ยึดการดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็ว

มาตรา 55 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ได้บัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษาคดีต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็วและนอกจากนี้ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 ข้อ 37 ข้อ 42 และข้อ 61 ได้ยึดหลักการดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็วตั้งแต่การจ่ายจำนวนคดี การแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งเมื่อได้ข้อเท็จจริงเพียงพอแล้วไม่ว่าการดำเนินกระบวนการจะอยู่ในขั้นตอนใด ต้องไม่แสวงหาข้อเท็จจริงอีกและต้องดำเนินการเพื่อให้มีการพิพากษาโดยเร็ว

9) เป็นวิธีพิจารณาที่ประกันความเป็นอิสระของตุลาการ

มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ได้วางหลักว่าเมื่อได้มอบสำนวนคดีให้แก่ตุลาการเจ้าของสำนวนคนใดแล้วหรือได้จ่ายจำนวนคดีให้แก่องค์คณะใดแล้วห้ามมิให้มีการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดีเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นซึ่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยองค์คณะ การจ่ายสำนวน การโอนคดี การปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการในคดีปกครอง การคัดค้านตุลาการศาลปกครอง การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานคดีปกครองและการมอบอำนาจให้ดำเนินคดีปกครองแทน พ.ศ. 2544 ข้อ 9 วางหลักไว้ว่าเมื่อได้จ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะใดหรือมอบจำนวนคดีให้แก่ตุลาการเจ้าของสำนวนคนใดแล้วนอกจากกรณีตามมาตรา 56 วรรค 3 ห้ามมิให้มีการเรียกคืนสำนวนคดีหรือโอนสำนวนคดีเว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้น ซึ่งชี้ให้เห็นถึงการประกันความเป็นอิสระของตุลาการในการพิจารณาคดี

10) เป็นวิธีพิจารณาที่คำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไป หรือหลักการซึ่งนำหน้าระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชน

มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ได้วางหลักว่าเมื่อศาลเห็นสมควรย่อมมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือพิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้แม้ว่าคู่กรณีมีได้ร้องขอซึ่งต่างจากในคดีแพ่ง หากคู่ความไม่ได้ร้องขอศาลยุติธรรมย่อมไม่มีอำนาจดังกล่าวและในมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันได้วางหลักว่าการฟ้องคดีที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้วถ้าสาเหตุว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมศาลจะรับไว้พิจารณาก็ได้นอกจากนี้ระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยกรพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 ข้อ 82 วางหลักไว้ว่า กรณีถอนฟ้องหากเป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือการพิจารณาคดีต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสำรองกันโดยไม่เหมาะสมสารจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้



บทที่ 3

หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดี ปกครอง

1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายของประเทศไทย

การอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีมาตั้งแต่เริ่มใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมีบทบัญญัติอยู่ในมาตรา 4 วรรค 2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีเทียบบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นก็ไม่มีด้วยให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” พระยาเทพวิฑูร³⁸ ได้อธิบายถึงการใช้มาตรา 4 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีสาระสำคัญโดยสรุปว่ามาตรา 4 เป็นบทบัญญัติที่เปิดช่องให้โอกาสผู้พิพากษาหากกฎหมายมาตัดสินคดีซึ่งไม่อาจเข้ากับตัวบทที่บัญญัติเพราะการร่างกฎหมายแม้ผู้ร่างจะปิดช่องโหว่ของกฎหมายอย่างไรก็ไม่อาจจะวางข้อบัญญัติให้ครอบคลุมถึงคดีและข้อวิวาทได้บริบูรณ์ เพราะประมวลกฎหมายมักจะเป็นบทสั้น ๆ ดังนั้นในประมวลกฎหมายไทยเราก็ได้บัญญัติทางแก้ไว้ในมาตรา 4 โดยให้นำเอาจารีตประเพณีหรือกฎหมายใกล้เคียงมาตัดสินคดี ถ้าไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงศาลต้องวินิจฉัยคดีตามหลักทั่วไปโดยศาลฎีกาได้วางหลักไว้ว่าหากกฎหมายไทยยังไม่บัญญัติไว้โดยตรงศาลต้องวินิจฉัยโดยอาศัยวิชากฎหมายต่างประเทศและความยุติธรรม (คำพิพากษาที่ 419/129) ท่านได้ยกตัวอย่างเรื่องที่มีจะต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้แก่เรื่องเกี่ยวกับการค้าขาย นอกจากนั้นยังได้แก่ เรื่องสัญญา และเรื่องละเมิด ซึ่งแม้ว่าจะมีประมวลกฎหมายแล้วก็ต้องอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เมื่อจะต้องวินิจฉัยคดีที่ประมวลกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้

หยุด แสงอุทัย³⁹ ได้อธิบายถึงการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติวิธีอุดช่องว่างไว้ว่ามีอยู่ 3 กรณีคือ (1) กรณีการอุดช่องว่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (2) การ

³⁸พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2, กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา, 2509, หน้า 31-32.

³⁹หยุด แสงอุทัย แก๊ไข่ปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป., หน้า 130-131.

อุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (3) การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สำหรับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ท่านได้กล่าวว่า มาตรา 4 วรรค 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่ยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนี้ก็ไม่มีความเห็นให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” ท่านได้อธิบายวิธีอุดช่องว่างแห่งกฎหมายไว้ตามลำดับกล่าวโดยสรุปคือ (1) ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นซึ่งต้องดูตามข้อเท็จจริงในท้องถิ่นนั้น (2) ถ้าไม่มีจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นก็ต้องพิจารณาโดยอาศัยกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งซึ่งเป็นกรณีที่ยกบทกฎหมายในเรื่องอื่นแต่เป็นบทกฎหมายที่บัญญัติไว้สำหรับข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกัน (3) ในกรณีที่ไม่มีบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อุดช่องว่างโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ ท่านกล่าวว่ามีความเห็นในเรื่องของที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปอยู่สองความเห็น ความเห็นที่หนึ่งถือว่าสุภาษิตกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาละตินเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักผู้ซื้อต้องระวัง ความเห็นที่สอง ถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่ หลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนั้นโดยหลักกฎหมายทั่วไปนี้จะทราบได้โดยการนำบทมาตราต่าง ๆ หลาย ๆ มาตราที่บัญญัติสำหรับข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันมาพิจารณาและเมื่อพิจารณาตัวบทกฎหมายหลายมาตราดังกล่าวแล้วก็จะพบหลักกฎหมายทั่วไปที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ เช่น หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน ท่านเห็นว่าความเห็นที่สองเป็นความเห็นที่ถูกต้อง เพราะเป็นการตรงกับความคิดของผู้ร่างกฎหมายที่ได้บัญญัติมาตรานี้ไว้

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

2.1 ความเป็นมาในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

แนวความคิดที่จะจัดตั้งศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมเริ่มเกิดขึ้นเป็นครั้งแรก บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2538 โดยกำหนดให้มีศาลปกครองขึ้นตามมาตรา 195 ซึ่งเป็นที่มาของการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยมีผู้เสนอร่างกฎหมายรวม 4 ฉบับ⁴⁰ ต่อมาสภาผู้แทนราษฎรได้รวมทั้ง 4 ฉบับเข้าด้วยกันโดยแต่ละฉบับมีรายละเอียดที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดี

⁴⁰มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 215-223.

ปกครองดังนี้ 1. ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เสนอโดย นาย พินิจ จันทรสุรินทร์ กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับการดำเนิน กระบวนพิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะ ในเรื่องต่อไปนี้ 1) อำนาจหน้าที่ของทนายความ 2) การ ละเมิดอำนาจศาลและการคัดค้านผู้พิพากษา 3) วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและ 4) เรื่องการบังคับ คดีให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลม นอกจากนี้ยังได้กำหนดวิธีการ อุดช่องว่างของกฎหมายเพิ่มเติมโดยการให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจออก ระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลปกครองได้เป็นการเฉพาะ ใน เรื่องต่อไปนี้ (1) อำนาจหน้าที่ของทนายความ (2) การละเมิดอำนาจศาลและการคัดค้านผู้พิพากษา (3) วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาและ (4) เรื่องการบังคับคดีให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมนอกจากนี้ยังได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายเพิ่มเติมโดยการให้ที่ ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณา และพิพากษาคดีของศาลปกครองได้ 2. ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครองที่เสนอโดย ร้อยโทกุเทพ ใสกระจ่าง กำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้ในเรื่องต่อไปนี้โดยอนุโลมคือเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา การกระทำละเมิดอำนาจศาล ปกครอง และการบังคับคดี นอกจากนี้ในกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้บัญญัติ รายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีปกครองไว้ให้อุดช่องว่างโดยให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของ ก.ศ.ป. ที่ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ตุลา การในศาลปกครองสูงสุด 3. ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ เสนอโดย นายปรีชา สุวรรณทัต กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ แพ่งว่าด้วยการคัดค้านผู้พิพากษาการละเมิดอำนาจศาล การประชุมใหญ่ของศาลและการบังคับคดีมา ใช้แก่การดำเนินคดีปกครองด้วยโดยอนุโลมและกำหนดวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดี ปกครองไว้ว่าถ้าไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับใช้แก่การวินิจฉัยคดีให้ศาลปกครองวินิจฉัยตามหลัก ทัวไปของกฎหมายปกครองนอกจากนี้กำหนดให้การดำเนินการใด ๆ ทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้องการ ดำเนินกระบวนพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐานและการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนอกจากที่ บัญญัติไว้แล้วในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนี้ให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดย ก.ต.ป. ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุด 4. ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่เสนอโดย รัฐบาลในสมัยที่นายชวน หลีกภัย ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี กำหนดให้นำบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยอนุโลมในเรื่อง เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา เรื่องการ

กระทำละเมิดอำนาจศาลและเรื่องการบังคับคดี นอกจากนี้ยังได้บัญญัติเรื่องการอุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครองไว้ โดยกำหนดให้การดำเนินการใด ๆ ทั้งปวงเกี่ยวข้องกับกรฟ้อง การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานและการพิพากษาคดีปกครองนอก จากที่บัญญัติไว้แล้วในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนี้ก็ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดย ก.ศ.ป. โดยได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ว่าร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวได้กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจออกระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครองได้เองซึ่งแสดงให้เห็นลักษณะเฉพาะและความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการแยกกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองออกจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้เป็นเอกเทศโดยไม่ได้มีบทบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นการทั่วไปแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เสนอโดย นายปรีชา สุวรรณทัต นั้นได้กำหนดวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไว้แล้วให้ศาลปกครองนำ “หลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง” มาใช้

ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้มีการบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองเฉพาะเรื่องได้แก่ การเสียค่าธรรมเนียมศาลตามทวนทรัพย์ตามมาตรา 45 วรรคสี่ เหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาตามมาตรา 63 การกระทำละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 และการบังคับคดีตามมาตรา 75/1 นอกจากนี้ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ได้กำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการเฉพาะในเรื่องหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอฯ ตามข้อ 77 และการร้องสอด ในข้อ 88 ซึ่งเมื่อพิจารณาจาก พรบ.จัดตั้งศาลปกครองฯและระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ จะเห็นได้ว่าการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ⁴¹คือ

1. การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการเฉพาะโดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง เช่น เรื่องการเสียค่าธรรมเนียมศาลตามทวนทรัพย์ เรื่องเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษา

2 การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการเฉพาะโดยต้องคำนึงถึง

⁴¹มานิตย์ วงศ์เสรี, นิตินิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 225-226.

ลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งจะเห็นได้จากคำว่า “โดยอนุโลม” หรือข้อความที่ว่า “เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้และหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” เป็นต้น เช่น เรื่องการกระทำละเมิดอำนาจศาล การบรรเทาทุกข์ชั่วคราว การร้องสอดและการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง

กล่าวโดยสรุปได้ว่าในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความแพ่งมาใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะในบางกรณี ส่วนกรณีที่เกิดไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับ การฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคลหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่พิพากษาคดีปกครองรวมถึงการกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (มาตรา 44 ประกอบมาตรา 66) โดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 5 วรรคสอง กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เมื่อมีกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีเกิดขึ้น (เฉพาะเรื่องที่ถูกกำหนดตามมาตรา 44 และมาตรา 66 แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯกำหนด) อย่างไรก็ตามการออกระเบียบโดยที่ประชุมใหญ่ย่อมไม่อาจขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การใช้หรือการตีความระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 จะต้องจำกัดและเคร่งครัดอยู่ภายใต้ขอบเขตของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย โดย มานิตย์ วงศ์เสรี เห็นว่าหากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเกิดช่องว่างของกฎหมายเกิดโดยไม่มีบทบัญญัติใดใน พ.ร.บ. ดังกล่าวกำหนดวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายขึ้น จึงไม่อาจใช้วิธีออกระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายแต่เป็นกรณีที่จะต้องใช้หลักทั่วไปทางนิติวิธีมาใช้ในการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายดังกล่าว

2.2 ศาลปกครองไทยกับการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การอุดช่องว่างของกฎหมายตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 5 โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้อภิปรายเกี่ยวกับข้อความในข้อ 5 วรรค 2 เรื่องหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในคราวประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ 11 ในวันพุธที่ 21 สิงหาคม พ.ศ 2543 โดยที่

ประชุมมีความเห็นเป็น 3 แนวทางดังนี้⁴²

แนวทางที่ 1 สมควรแก้ไขข้อความในข้อ 5 วรรคสองโดยสมควรกำหนดให้เห็นชัดเจนว่าหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะเช่นใดเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันเพื่อให้ตุลาการศาลปกครองใช้ในการพิจารณาได้อย่างถูกต้องและไม่เกิดปัญหาในการตีความเช่นที่ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับเรื่องการขนส่งทางทะเลแต่เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายโดยเฉพาะว่าด้วยการขนส่งทางทะเลศาลฎีกาจึงได้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ซึ่งบัญญัติว่าถ้าบทกฎหมายไม่มีให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปของไทยก็ไม่มี ศาลฎีกาจึงนำเอาคำพิพากษาของศาลอังกฤษเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลมาใช้โดยอ้างว่าเป็นกฎหมายทั่วไปเป็นต้น ดังนั้นหากไม่มีการกำหนดมาตรฐานก็จะเกิดปัญหาการอ้างกฎหมายต่าง ๆ ในการพิจารณาแต่ถ้ามีหลักเดียวก็จะไม่เกิดปัญหาและไม่เป็นภาระของศาลปกครองสูงสุดในการชี้ขาดว่าหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในแต่ละเรื่องเป็นอย่างไร

แนวทางที่ 2 เห็นว่าข้อ 5 วรรคหนึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีพิจารณาในระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง ส่วนในวรรคสอง “ในกรณีที่พระราชบัญญัติระเบียบตามวรรคหนึ่งไม่ได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น” ควรตัดออกเนื่องจากไม่มีเรื่องใดที่ไม่ได้กำหนดในพระราชบัญญัติหรือระเบียบตามวรรคหนึ่ง

แนวทางที่ 3 ศาลเห็นว่าควรคงข้อความเดิมไว้เนื่องจาก (1) วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นเรื่องใหม่และพัฒนาจากหลักทั่วไปและหลักกฎหมายของประเทศต่างๆซึ่งเป็นสากลและจะมีการกำหนดขอบเขตของกฎหมายนี้ภายหลัง (2) ระบบไต่สวนเป็นกระบวนการพิจารณาการดำเนินการตามระบบไต่สวนตามข้อ 5 วรรคสองไม่มีกฎหมายหรือระเบียบใดโดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยเรื่องต่างๆเป็นเรื่องของหลักการซึ่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นจะเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยเรื่องหากกรณีไม่พอใจคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถอุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุดได้ (3) การกำหนดข้อความในข้อ 5 วรรค 2 เพื่อไม่ให้ระเบียบนี้มีช่องว่างจึงให้ใช้หลักกฎหมายแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ในการพิจารณากรณีที่ไม่มีกฎหมายตามร่างระเบียบข้อ 5 วรรคหนึ่งให้ใช้กฎหมายทั่วไปในการพิจารณาเช่นเดียวกับกรณีไม่มีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ใช้กฎหมายจารีตประเพณีแทนการใช้ข้อความตามระเบียบนี้น่าจะครอบคลุมแล้ว

⁴¹ “เรื่องเดียวกัน”, หน้า 231-232.

ในที่สุดที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีมติเห็นชอบให้คงข้อความดังกล่าวไว้ เช่นเดิมโดยไม่มีการแก้ไข สรุปได้ว่าการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยกำหนดให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองในบางเรื่องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งอาจเป็นการนำมาใช้โดยตรงหรือการนำมาใช้โดยอนุโลมแต่ถ้าไม่สามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้ตามที่กฎหมายบัญญัติ ก็ให้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

2.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

2.3.1 ความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป”

หยุด แสงอุทัย⁴² กล่าวว่าความหมายของหลักกฎหมายทั่วไปมีอยู่ 2 ประการ โดยประการแรกถือว่าสุภาษิตกฎหมายที่เขียนเป็นภาษาลาตินเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่นหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” ประการที่สองถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่หลักกฎหมายที่ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นำมาใช้ในการร่างประมวลกฎหมายฉบับนั้นเช่นหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” ซึ่งการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปจะหาได้จากการอ่านบทบัญญัติกฎหมายหลายๆ มาตราประกอบกันโดยท่านมีความเห็นว่าความเห็นประการที่สองเป็นความเห็นที่ถูกต้อง นันทวัฒน์ บรมานันท์⁴³ อธิบายว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เกิดขึ้นจากการพิจารณาวินิจฉัยคดีของตุลาการโดยใช้ตรรกะทางด้านกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวกับนิติรัฐเป็นพื้นฐาน มานิตย์ จุมปา⁴⁴ กล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าเป็นที่มาของกฎหมายปกครองประการหนึ่งที่เกิดจากการสังเคราะห์จากตัวบทกฎหมาย หรือเกิดจากทฤษฎี หรือเกิดจากความเห็นของนักกฎหมาย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปย่อมหมายถึงหลักการที่ศาลได้จากการสังเคราะห์จากตัวบทกฎหมายหรือจากทฤษฎีหรือได้จากความเห็นของนักกฎหมายมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานซึ่งเป็นนามธรรมนำมาใช้เป็นเครื่องมืออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรรวมทั้งใช้เป็นหลักในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งนี้ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปอาจมาจากหลักตรรกะทางนิติศาสตร์หรือหลักการของระบอบประชาธิปไตย

⁴²หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, หน้า 135.

⁴³นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, กรุงเทพฯ:วิญญูชน, 2547, หน้า 86.

⁴⁴มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป, กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548, หน้า 32.

2.3.2 แหล่งที่มาของ “หลักกฎหมายทั่วไป”

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์⁴⁵ อธิบายถึงวิธีการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า มีอยู่ 2 วิธี คือ

(1) วิเคราะห์จากบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องเดียวกันหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกันหลายๆ ฉบับหลายๆ มาตราโดยใช้กระบวนการให้เหตุผลในทางตรรกะวิทยาหรือที่เรียกว่าอุปนัย (Induction) สกัดจากกฎเกณฑ์เฉพาะมาเป็นกฎหมายทั่วไปซึ่งเราเรียกว่าหลักเกณฑ์ทั่วไป

(2) ค้นหาจากมโนธรรมภายในใจของผู้พิจารณาคดี คือพิจารณาจากมโนธรรมภายในจิตใจของผู้พิพากษาว่าอะไรเป็นธรรมอะไรไม่เป็นธรรมซึ่งจะมีอยู่ในจิตใจมนุษย์ทุก ๆ คนเหมือนกันหรือใกล้เคียงกัน โดยวิธีนี้จะใช้เมื่อการค้นหาวีธีแรกไม่สามารถจะกระทำได้นี้เนื่องจากไม่มีกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือไม่มีกฎหมายประเพณี

บุปผา อัครพิมาน⁴⁶ อธิบายว่าการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปนั้นหาได้กฎหมายลายลักษณ์อักษรนั่นเอง การค้นหาได้จากการการตีความด้วยบทกฎหมายซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจมีฉบับเดียวหรือหลายฉบับ แต่การบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปจะต้องใช้หลักกฎหมายที่ค้นหาได้ มิใช่ใช้หลักกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่เดิมเพื่อความกระจ่างชัดในการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไป กฎหมายบางประเภท มีลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแต่แท้ที่จริงมีลักษณะที่แตกต่างกันและการใช้กฎหมายก็แตกต่างกันด้วยได้แก่กฎหมายจารีตประเพณีและแนวบรรทัดฐานของศาล เพราะกฎหมายจารีตประเพณีเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งได้รับการประพฤติปฏิบัติติดต่อกันมาอย่างสม่ำเสมอและเป็นเวลาช้านานตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่คนอีกรุ่นหนึ่งจนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคมและสาธารณชนเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำต้องปฏิบัติตาม ดังนั้นกฎหมายจารีตประเพณีจะต้องปรากฏว่ามีการใช้กฎเกณฑ์นั้นอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่องกันมาเป็นระยะเวลายาวนานแต่สำหรับหลักกฎหมายทั่วไปไม่จำเป็นต้องมีการใช้หลักกฎหมายนั้นอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่องกันที่สำคัญคือสภาพบังคับของกฎหมายจารีตประเพณีมีอยู่โดยไม่จำเป็นต้องให้ศาลยอมรับรู้เสียก่อนแต่หลักกฎหมายทั่วไปจะมีสภาพบังคับได้ต่อเมื่อศาลยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปนั้นให้มีสภาพบังคับได้ ส่วนแนวบรรทัดฐานของศาลเป็นผลที่เกิดขึ้นจากคดีใดคดีหนึ่งและถูกสร้างขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาทเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามแต่สถานการณ์ซึ่งเป็น

⁴⁵วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ “คำบรรยายวิชาทฤษฎีหลักกฎหมายมหาชน” ในชั้นปริญญาโท สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ปีการศึกษา 1/2540 (ถอดเทปคำบรรยาย) อ่างใน โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง การศึกษาแนวใหม่: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป หน้า 52

⁴⁶บุปผา อัครพิมาน,หลักกฎหมายทั่วไป,วารสารวิชาการศาลปกครอง,5(1 มกราคม-เมษายน 2548),หน้า 3-10.

สิ่งที่ศาลจะต้องปรับหลักกฎหมายจึงก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติ แนวบรรทัดฐานของศาลวางอยู่บนความจำเป็นในทางปฏิบัติเฉพาะกรณีที่เกิดขึ้นโดยศาลเอง ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักที่ผูกพันกับการเคารพความเป็นมนุษย์และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเคารพต่อการพิทักษ์รักษาประโยชน์สาธารณะ ทั้งแนวบรรทัดฐานของศาลและหลักกฎหมายทั่วไปต่างก็มีส่วนเสริมกัน เช่น หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะก่อให้เกิดแนวบรรทัดฐานของศาลที่ห้ามมิให้มีการนัดหยุดงาน

ปาลีรัตน์ ศรีวรรณพฤกษ์⁴⁷ อธิบายว่าการค้นหาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในประเทศไทยทำได้ยากเนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยมีพัฒนาที่ไม่ยาวนานดังนั้นการค้นหาหลักดังกล่าวต้องค้นหาจากระบบกฎหมายแพ่งและอาญาที่มีการพัฒนายาวนานและมีความเสถียรแล้วจึงนำมาสกัดโดยการเทียบเคียงกับหลักการเฉพาะตัวของระบบกฎหมายปกครองไทย

2.3.3 ลักษณะและการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁴⁸ ได้อธิบายว่าในเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปมีข้อสังเกตเบื้องต้นได้ 3 ประการ ประการแรกเนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะกว้างมากกว่าสิ่งที่ปรากฏเป็น “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” ซึ่งมีความละเอียดกว่าและใช้ในสถานการณ์ที่ชัดเจนกว่าการยกหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งกว้างมากโดยศาลยกขึ้นเพื่อสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ประการที่สองถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมิได้อยู่แล้วก่อนศาลจะค้นพบและนำมาใช้ศาลมีหน้าที่ค้นหาและนำมาใช้เท่านั้นและอาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ศาลเจตนาสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นโดยตรงเพียงแต่ไม่กล้าอ้างว่าตนสร้างขึ้นเพราะทัศนคติในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ยอมรับเท่านั้นเอง ประการที่สามศาลพยายามจะอ้างอิงโยงไปหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นบทบัญญัติสะท้อนหลักกฎหมายทั่วไป

ประสาธ พงษ์สุวรรณ⁴⁹ ให้ความเห็นไว้ว่าในปัจจุบันมีการใช้ทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเพียงสองหลักเท่านั้น ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความจำเป็นของวิธีพิจารณาที่ยึดหลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการหรือหลักรับฟังความสองฝ่าย

มานิตย์ วงศ์เสรี⁵⁰ เห็นว่าเห็นว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายตามข้อ 5 วรรคสองแห่งระเบียบ

⁴⁷ปาลีรัตน์ ศรีวรรณพฤกษ์, หลักกฎหมายปกครองทั่วไป: ทางออกในการอุดช่องว่างของกฎหมายปกครองไทยหรือไม่. 1 มิถุนายน 2657. สืบค้นจาก ครีโข่ายกฎหมายมหาชนไทย. public-law.net.

⁴⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชนเล่มที่3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 295.

⁴⁹ประสาธ พงษ์สุวรรณ และ สุรีย์ เผ่าสุขถาวร, หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่2 ฉบับที่2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2545), 115-154, หน้า 121.

⁵⁰มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 247-2548.

ของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 นั้นศาลสามารถนำบทบัญญัติที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เพื่ออุดช่องว่างที่เกิดขึ้นในวิธีพิจารณาคดีปกครองตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 ได้โดยผ่านหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแต่ทั้งนี้จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะและความเป็นเอกเทศของวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย และการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) เฉพาะในส่วนของ การเทียบเคียงหลักกฎหมายกับการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยหลักกฎหมายทั่วไปพบว่าวิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายทั้งสองวิธีนั้นไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญเท่าใดนักเพียงแต่การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งจะมีความยืดหยุ่นน้อยกว่าการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไป อย่างไรก็ตามประสาท พงษ์สุวรรณ⁵¹ เห็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความเป็นเอกเทศแตกต่างหากจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหากจะนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เพื่ออุดช่องว่างที่เกิดขึ้นจะทำให้เกิดความขัดแย้งกับระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองและอาจส่งผลกระทบต่อวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้นอกจากนี้ เอกสิทธิ์ วินิจกุล⁵² ให้ความเห็นว่า การกล่าวอ้างหลักกฎหมายทั่วไปมิใช่เป็นการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดีและมีใช่เป็นการปรับใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง



⁵¹ประสาท พงษ์สุวรรณ และ สุรีย์ เผ่าสุทธาวร, หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง, หน้า 96.

⁵²เอกสิทธิ์ วินิจกุล, การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดี, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 18 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มีนาคม 2561), 57-71, หน้า 65.

2.3.4 การใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองไทย

เมื่อพิจารณาจากแนวคำสั่งและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแล้วพบว่าการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองนั้น ศาลอาจนำมาใช้ได้ 3 รูปแบบคือ รูปแบบแรกนำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายเมื่อไม่มีบทบัญญัติตามข้อ 5 วรรคสองของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง รูปแบบที่สองนำมาใช้ประกอบการประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ เงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาลและผลของคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาโดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้ตามข้อ 77 แห่งระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง รูปแบบที่สามใช้เพื่อเป็นเหตุผลอื่น ๆ ประกอบการวินิจฉัยของศาล โดยศาลปกครองไทยมีแนวคำวินิจฉัยที่มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมา ใช้ในเรื่องต่อไปนี้

1) หลักผู้มีสิทธิฟ้องจะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองถือหลักว่าผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้จะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีโดยประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงกับเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่ไปไกลจนถึงขนาดยอมรับให้บุคคลใด ๆ อ้างประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในฐานะที่เป็นประชาชนเป็นผู้เสียหายหรือเป็นเจ้าของประเทศ (คำสั่งศาล ปกครองสูงสุดที่ พ.31/2551 , 533/2551)

2) หลักเหตุแห่งการฟ้องคดีหมดสิ้นไป

ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่ง ผู้อำนวยการสำนักงานเจ้าท่าที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนสิ่งปลูกสร้าง ล่วงล้ำลำน้ำ แต่ต่อมามีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 32/2560 เรื่องการบรรเทาความเสียหาย ให้แก่ประชาชนในกรณีปลูกสร้างอาคารหรือสิ่งอื่นใดล่วงล้ำแม่น้ำทำให้ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีได้ออกใบอนุญาตให้ปลูกสร้างสิ่งล่วงล้ำลำน้ำให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีเหตุแห่งการฟ้องคดีจึงหมดสิ้นไป จึงไม่เป็นประโยชน์ที่ศาลจะพิจารณาคดีนี้ต่อไป (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส.35/2563)

3) หลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีไม่เสียค่าใช้จ่าย

กรณีศาลสั่งจำหน่ายคดีความออกจากสารบบความเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการนั้นแม้ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายหรือระเบียบใดกำหนดให้ศาลต้องคืนค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่เมื่อพิจารณาตาม พรบ.จัดตั้งศาลปกครองแล้วปรากฏหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดี

ปกครองทั่วไปเกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาล คือ หลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดย คู่กรณีไม่เสียค่าใช้จ่ายกล่าวคือการฟ้องคดีปกครองต่อศาลโดยทั่วไปไม่จำเป็นต้องเสียค่าธรรมเนียม ศาลเพราะถือว่าเป็นการบริการสาธารณะอย่างหนึ่งแต่คดีที่ฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบ ทรัพย์สินผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลโดยมีเจตนาธรรมเนียมเพื่อป้องกันมิให้ผู้ที่ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อ ศาลเรียกร้องเงินหรือทรัพย์สินในจำนวนที่สูงกว่าความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริงดังนั้นการที่ศาล ปกครองชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการจึงต้องส่งคืนค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยตามข้อ 5 วรรคสองของระเบียบ ฯ ว่า ด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 42/2552 , ที่169/2551 , ที่800/2551) กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความเพื่อให้คู่สัญญาไป ดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการนั้นเดิมศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลอาจคืน ค่าธรรมเนียม ศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 209/2548 , ที่445/2548 และที่ 694/2550)

4) หลักคำฟ้องเพิ่มเติมต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิม

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่ได้บัญญัติไว้ เฉพาะกรณีผู้ฟ้องเดิมสามารถยื่นคำฟ้องเพิ่มเติมได้ในกรณีใดบ้างไว้เป็นการเฉพาะดังนั้นคำฟ้อง เพิ่มเติมจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง กล่าวคือคำฟ้องเพิ่มเติม ที่ยื่นต่อศาลนั้นต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิมพอที่จะรวมการพิจารณาและชี้ขาดตัดสินเข้าด้วยกันได้หากมี ประเด็นหรือคำขอใหม่ต่างจากคำฟ้องเดิมศาลไม่อาจรับประเด็นหรือคำขอใหม่นั้นไว้ พิเคราะห์ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 542/2558 , ที่ 586/2558)

5) หลักศาลมีอำนาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจทางปกครองแทนหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่รัฐ

ข้อ 77 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดว่าให้ให้ความในลักษณะ 1 ของ ภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ เงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาลและผลของคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใด ๆ เพื่อ บรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหรือวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการ พิเคราะห์หรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาโดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้และ โดยไม่ขัดต่อระเบียบนี้และหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งหลักทั่วไปในการ พิเคราะห์คดีปกครองศาลมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลไม่อาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจแทนหน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้การประกอบกิจการขนถ่ายสินค้าประเภทแร่หรือปูนซีเมนต์เม็ดของผู้

ฟ้องคดีถือเป็นการประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปสั่งผ่อนผันหรืออนุญาตให้มีการประกอบกิจการดังกล่าวแทนพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองดังนั้นการที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการขนถ่ายสินค้าประเภทปูนซีเมนต์เม็ดและถ่านหินจนกว่าจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเป็นอย่างอื่นอาจถือได้ว่าเป็นการก้าวล่วงเข้าไปอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนแทนพนักงานเจ้าหน้าที่ ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่เห็นพ้องด้วย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 2/2551)

6) หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล

กรณีของผู้ฟ้องคดีเป็นการเข้าประกวดราคาโดยถูกต้องเพียงแต่มีปัญหาเรื่องคุณสมบัติเท่านั้นมิใช่เป็นการแสวงหาผลประโยชน์มิชอบแต่ประการใดเมื่อเปรียบเทียบผลดีและผลเสียแล้วจะพบว่าถ้าดำเนินการว่าจ้างการก่อสร้างไม่ทันงบประมาณปีนั้นมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่ได้งบประมาณก่อสร้างในปีนี้แต่อาจของบในปีหน้าได้โดยที่การให้การศึกษายังดำเนินการต่อไปได้ในทางกลับกันหากไม่กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวให้ผู้ฟ้องคดีตามคำขอ ผลเสียจะตกอยู่กับผู้ฟ้องคดีทำให้ไม่ได้รับการว่าจ้างให้ดำเนินการก่อสร้างหากการพิจารณาได้ความว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีคุณสมบัติถูกต้องก็ยากที่จะเยียวยาแก้ไขให้ผู้ฟ้องคดีเมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการเยียวยาและอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐและบริการทางการศึกษาเห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีจะเป็นการบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอาจได้รับอันเนื่องจากการทำสัญญาจ้างก่อสร้าง การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดมาตรการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้นชอบแล้ว (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 269/2546)

7) แบบคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง

ข้อ 49/1 ของระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นจะต้องมีรูปแบบและสาระสำคัญอย่างไร กรณีนี้จึงต้องพิจารณาเทียบเคียงกับคำอุทธรณ์ตามข้อ 101 ของระเบียบเดียวกันอันเป็นหลักทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุดซึ่งตามข้อ 101 ดังกล่าวได้กำหนดให้คำอุทธรณ์ต้องทำเป็นหนังสือและอย่างน้อยจะต้องระบุชื่อผู้อุทธรณ์และคู่กรณีในการอุทธรณ์ ข้อคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น คำขอของผู้อุทธรณ์และลายมือชื่อของผู้อุทธรณ์ดังนั้นคำร้องอุทธรณ์ตามข้อ 49/1 จึงต้องมีรูปแบบและสาระสำคัญเช่นเดียวกับคำอุทธรณ์ตามข้อ 101 ด้วย

8) หลักศาลที่มีอำนาจบังคับคดี

ตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลที่มีอำนาจบังคับคดีหรือมีอำนาจทำคำวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องใด ๆ อันเกี่ยวข้องด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ได้เสนอต่อศาลคือ ศาลที่ได้ พิจารณาและชี้ขาดคดีในชั้นต้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 185/2552)

9) หลักศาลต้องพิพากษาคดีตรงตามคำขอ

คำขอท้ายฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดี(อธิบดีกรมตรวจบัญชีสหกรณ์) ดำเนินการ พิจารณาจรรยาบรรณของผู้สอบบัญชีสหกรณ์ใหม่และลงโทษผู้สอบบัญชีสหกรณ์ การที่ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการนำข้อกล่าวหาของผู้ฟ้องคดีให้คณะกรรมการจรรยาบรรณของผู้สอบบัญชีสหกรณ์ พิจารณาในกำหนด 15 วันนับแต่วันที่คดีถึงที่สุดจึงเป็นการพิพากษาเกินคำขอของผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดที่ อ.473/2562)

10) หลักการฟังความสองฝ่าย

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลจะต้องให้โอกาสคู่กรณีได้แสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้ออ้างหรือข้อเถียงของตนได้อย่างเต็มที่การที่ตุลาการเจ้าของสำนวนในศาลชั้นต้นมิได้มีคำสั่งให้ส่งสำเนาคำฟ้องให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่สองอีกทั้งกระบวนการพิจารณาในชั้นกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงและกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกศาลปกครองชั้นต้นก็ได้แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่สองทราบแต่อย่างใดการที่ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อมาจนมีคำพิพากษา กรณีจึงเป็นการมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือระเบียบนี้ ตามข้อ 112 วรรคหนึ่ง (1) ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงพิพากษายกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและให้ศาลปกครองชั้นต้นดำเนินกระบวนการพิจารณาเฉพาะส่วน ที่เกี่ยวกับผู้ถูกร้องที่สองให้ผู้ถูกร้องที่สองและมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่ตามรูปคดีต่อไป (คำพิพากษาศาลปกครอง สูงสุดที่ อ.82/2552)

11) หลักการพิจารณาคดีระบบไต่สวน

การดำเนินการพิจารณาโดยระบบไต่สวนย่อมหมายถึงศาลมีอำนาจใช้ดุลยพินิจว่าจะแสวงหา ข้อเท็จจริงใดเองหรือไม่รวมทั้งมีดุลยพินิจพิจารณาคำขอของคู่กรณีที่จะให้เรียกพยานหลักฐานนั้นเหมาะสมจะดำเนินการหรือไม่ ไม่มีบทบังคับให้ศาลต้องเรียกพยานหลักฐานตามคำขอของคู่กรณี (คำพิพากษาศาล ปกครองสูงสุดที่ อ.338/2558)

3. หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของ สาธารณรัฐฝรั่งเศส

3.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับศาลปกครองสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดและที่ปรึกษาทางกฎหมายของรัฐบาลในเวลาเดียวกันซึ่งมีประวัติศาสตร์เป็นผลมาจากการปฏิรูปสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ในศตวรรษที่ 13 โดยพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ได้ตั้งหน่วยงานที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อผิดพลาดในทางปกครอง (Conseil du Roi) ขึ้นในศตวรรษที่ 17 ก่อให้เกิดความขัดแย้งกับศาลยุติธรรมเพราะศาลยุติธรรมต้องการรักษาอำนาจตุลาการในคดีทุกประเภทไว้ต่อมาในปี ค.ศ. 1661 ได้มีการออกกฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมตัดสินข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับรัฐการบริหารการปกครอง ภายหลังจากปฏิวัติใหญ่ฝรั่งเศส พ.ศ. 1789 คณะปฏิวัติได้ออกกฎหมายห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับฝ่ายปกครองอย่างเด็ดขาดโดยฝ่ายปกครองเป็นฝ่ายที่มีอำนาจมากโดยเป็นทั้งผู้ปฏิบัติการทางปกครองและตัดสินข้อพิพาทในทางปกครอง ในปี ค.ศ. 1977 นี้เปลี่ยนแปลงได้จัดตั้งที่ปรึกษาขึ้นมา 2 คณะคือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) สำหรับราชการส่วนกลางและสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseil de Prefecture) สำหรับราชการส่วนภูมิภาคเพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองแยกออกจากฝ่ายปฏิบัติการทางปกครองแต่อย่างไรก็ตามอำนาจชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองในชั้นสุดท้ายก็ยังอยู่ที่ประมุขของรัฐแต่ทางปฏิบัติประมุขของรัฐจะสั่งตามความเห็นของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ ในปี ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐมีอำนาจเด็ดขาดในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองทั้งยังไม่ได้ทำคำพิพากษาในนามของประมุขแห่งรัฐอีกต่อไปโดยทำในนามของประชาชนฝรั่งเศสและเนื่องจากปริมาณคดีของสภาแห่งรัฐมีมากขึ้นใน ค.ศ. 1953 มีการเปลี่ยนสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัด (Conseil de Prefecture) เป็นศาลปกครองชั้นต้นมีเขตอำนาจทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองต่อมาในปี 1987 ได้มีการจัดตั้งศาลอุทธรณ์คดีปกครองขึ้น 5 ภาคโดยมีอำนาจพิพากษาพิจารณาคดีอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นเฉพาะที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น⁵³

ชาญชัย แสวงศักดิ์⁵⁴ อธิบายเกี่ยวกับแนวคิดพื้นฐานของศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยสรุปได้ดังนี้ สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแนวคิดพื้นฐานว่าศาลยุติธรรมควรจะพิพากษาเฉพาะคดีอาญาและคดีแพ่งส่วนคดีปกครองซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหาร

⁵³วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบของกรรณวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธรัฐเยอรมัน. 10 มิถุนายน 2567..สืบค้นจาก <http://lawwebservice.com/>.

⁵⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพิมพ์ครั้งที่ 13 กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2565 หน้า 40-46.

ราชการทางปกครองไม่ควรอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเนื่องจากมีความคิดว่าการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับฝ่ายปกครองเท่ากับเป็นการบริหารทางปกครองด้วยดังนั้นผู้ที่ตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญกับคดีปกครองแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้นทำให้การให้องค์กรของฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองจึงไม่ขัดแย้งกับทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมงเตสกีเยอ แต่อย่างใดด้วยเหตุนี้ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมีองค์กรที่วินิจฉัยคดีปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมคือสภาแห่งรัฐและสภาที่ปรึกษาผู้ว่าราชการจังหวัดทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง นอกจากนี้ยังได้อธิบายว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีลักษณะที่สำคัญดังนี้คือ 1. เป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนโดยตุลาการศาลปกครองมีบทบาทสำคัญในการสอบสวนและแสวงหาข้อเท็จจริง 2. เป็นวิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรคู่กรณีสองฝ่ายจะต้องแสดงข้ออ้างข้อเถียงหักล้างกันเป็นลายลักษณ์อักษรโดยคู่กรณีอาจแถลงสรุปข้ออ้างข้อเถียงของตนด้วยวาจาในวันนั่งพิจารณาคดีก็ได้ 3. การฟ้องคดีไม่มีผลเป็นการทุเลาการบังคับหรือการปฏิบัติตามคำสั่งวินิจฉัยทางปกครองที่ถูกนำมาฟ้องคดีและ 4. เป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีการถ่วงดุลตุลาการเจ้าของสำนวนและองค์คณะพิจารณาพิพากษาโดยตุลาการผู้แถลงคดี

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁵⁵ ได้อธิบายเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยสรุปได้ดังนี้ ลักษณะทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีปกครองมี 5 ประการได้แก่

1. วิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะโต้แย้งกันกล่าวคือศาลต้องฟังความทุกฝ่ายและต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงความเป็นไปของคดีตลอดจนให้โอกาสคู่กรณีในการชี้แจงและแสดงพยานหลักฐานประกอบข้ออ้างของตน

2. เป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีลักษณะแบบไต่สวนซึ่งต่างจากวิธีพิจารณาคดีแบบกล่าวหาที่ผู้พิพากษาเป็นเพียงคนกลางคอยกำกับกรดำเนินคดีและการนำสืบพยานที่มาจากคู่ความในขณะที่วิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนผู้พิพากษาจะมีบทบาทดำเนินคดีเองตั้งแต่เริ่มคดี ส่งคำคู่ความและเอกสารการแสวงหาพยานหลักฐานทำให้ศาลปกครองควบคุมฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพกว่าให้เอกชนเป็นผู้ทำ

3. วิธีพิจารณาคดีปกครองมีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษรกล่าวคือคู่กรณีต้องเสนอข้ออ้างข้อเถียงพร้อมทั้งพยานหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอโดยไม่มีคำคู่ความที่เป็นเอกสารมาก่อนไม่ได้

⁵⁵บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.บทความจากเอกสารโครงการฝึกอบรมนิติกร หลักสูตร “หลักกฎหมายปกครอง:วิธีสบัญญัติ” ณ ห้องประชุมใหญ่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาวันที่ 26-27 สิงหาคม 2530. 10 มิถุนายน 2567.สืบค้นจาก <http://lawwebservice.com/>.

ถ้าแปลงไปก็ต้องทำความเข้าใจความเป็นลายลักษณ์อักษรยืนยันเพิ่มเติมมิฉะนั้นศาลจะไม่รับฟัง การแปลงด้วยวาจาเองก็แทบจะไม่มีเลย

4. เป็นวิธีพิจารณาคดีที่ยืดหยุ่นและง่ายกว่าวิธีพิจารณาคดีในศาลยุติธรรม

5. เป็นวิธีพิจารณาคดีเปิดเผยถึงแม้ว่าในระดับชั้นไต่สวนมูลฟ้องจะเป็นความลับระหว่างศาลกับคู่ความแต่ในชั้นพิจารณาและฟังพยานหลักฐานจะเปิดเผยทั้งการพิจารณาคดีในสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐและศาลปกครองชั้นต้นยกเว้นคดีภาษีทางตรงซึ่งเป็นความลับและยกเว้นในคดีทางวินัยซึ่งเป็นการลับอยู่

3.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่นิยมแบ่งแยกระหว่างการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายและมีการใช้การตีความกฎหมายอย่างกว้างแทนการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้เครื่องมือของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอันมีชื่อว่า les principe générale du droit หรือ PGD หรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป⁵⁶ ซึ่งเป็นการศึกษาอำนาจของตุลาการศาลปกครองในการสร้าง วาง หรือยืนยันหลักกฎหมายปกครองในกรณีที่ไม่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ซึ่งแตกต่างจากแนวคิดของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทยที่เน้นใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายในขณะที่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสตุลาการไม่ได้มีหน้าที่ในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้นแต่ยังมีหน้าที่ในการยืนยัน (สร้าง) ความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

3.2.1 แหล่งที่มาของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งก็คือรัฐสภาไม่ใช่เป็นองค์กรเดียวที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ เนื่องจากระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเปิดกว้างให้ศาลมีอำนาจในการ “สร้าง” หลักกฎหมายได้จากอำนาจของศาลโดยทั่วไปที่มีอำนาจ “ยืนยัน” หรือ “ปรับ” หลักกฎหมาย โดยการสร้างหลักกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกระทำผ่านหลักทั่วไปทางกฎหมายปกครอง (les principes générale du droit) โดยตุลาการมีอำนาจอิสระในการวางหลักกฎหมายที่มีปัญหาในกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ (Prétorienne) แสดงให้เห็นว่ากฎหมายปกครองของฝรั่งเศสมีที่มาจากส่วนที่มีการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและจากส่วนที่มาจากการสร้างกฎหมายโดยการวางหลักกฎหมายของตุลาการเมื่อกล่าวโดยสรุปแล้วพบว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีแหล่งที่มาที่สำคัญอยู่ 3 แหล่งที่มาได้แก่⁵⁷

⁵⁶ปาลีรัตน์ ศรีวรรณพุกษ์, หลักกฎหมายปกครองทั่วไป: ทางออกในการอุดช่องว่างกฎหมายปกครองของไทย. 10 มิถุนายน 2567..สืบค้นจาก <http://public law net>.

⁵⁷ประสาธ พงษ์สุวรรณ และ สุรีย์ เผ่าสุทธาวร, หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง. หน้า98-102.

1.กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งมีการออกประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครองแต่ก็เป็นเพียงการรวบรวมกฎหมายที่มีอยู่เดิมไว้ในที่เดียวกันยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่ยังขาดกฎหมายที่ใช้ร่วมกันในศาลปกครองของฝรั่งเศสซึ่งมีหลายศาลซึ่งรวมถึงคณะกรรมการซึ่งมีวัตถุประสงค์เฉพาะที่กฎหมายหรือแนวคำพิพากษายอมรับให้มีฐานะเป็นศาลปกครองตั้งนั้นจึงต้องใช้แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมาเป็นแนวทางในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป วิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสเดิมไม่มีบทบัญญัติกำหนดเอาไว้ โดยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ถูกสร้างและพัฒนาโดยองค์กรศาลปกครองได้วางแนวคำพิพากษาซึ่งมีผลต่อการพัฒนาการของวิธีพิจารณาคดีปกครองมาโดยลำดับโดยในปี 1945 มีการเอาวิธีพิจารณาที่ศาลสร้างขึ้นมาบัญญัติไว้ในรูปของกฎหมายเพื่อใช้กับวิธีพิจารณาคดีของสภาแห่งรัฐและในค.ศ 1973 ที่เรียกว่า Ordonnance n.45-1708 du 31 juillet 1945 และได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ซึ่งเป็นไปตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่เรียกว่า Code des tribunaux administratifs et des cours administrative d' appel 1973 และในปี ค.ศ 200 ได้มีการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครองชั้นต้นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และศาลปกครองสูงสุดเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de Justice Administrative) โดยเริ่มบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคมปี ค.ศ. 2001 โดยประมวลกฎหมายนี้ได้รวบรวมมาจากกฎหมาย 2 สถานะคือกฎหมายระดับรัฐบัญญัติและกฎหมายระดับรัฐกฤษฎีกา⁵⁸

2.แนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ โดยใช้แนวคำพิพากษานำมาเป็นแนวทางในการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไป เช่นมีแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐว่ากระบวนการพิจารณาคดีเกี่ยวกับวินัยนั้นไม่จำเป็นต้องนั่งพิจารณาต่อหน้าสาธารณชนซึ่งต่อมามีการกลับแนวคำวินิจฉัยให้การพิจารณาในเรื่องเกี่ยวกับวินัยต้องนั่งพิจารณาต่อหน้าสาธารณชน จึงเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมีความยืดหยุ่นสามารถปรับตัวได้ตลอดเวลาแต่ขาดความแน่นอนมั่นคงในทางกฎหมายเมื่อเทียบกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งยังอาจมีการกลับแนวคำพิพากษาได้โดยแนวคำพิพากษาดังกล่าวอาจถูกแก้ไขโดยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือแม้แต่มติของ

⁵⁸ ทรศพร แสงเทียน. ปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองกรณีศึกษาศาสตร์รัฐธรรมนูญและศาลปกครอง.(วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ 2544 หน้า 96-98.

ฝ่ายบริหาร (ยกเว้นส่วนที่สภาแห่งรัฐได้ยอมรับว่ากฎดังกล่าวมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักการฟังความทุกฝ่าย โดยกฎเหล่านี้มีค่าเทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและมีผลบังคับได้ แม้กฎหมายลำดับรองฉบับอื่นเขียนไว้ในทางตรงข้ามก็ตาม)

3.กฎหมายหรือความตกลงระหว่างประเทศเช่นอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันเช่นกรณีที่สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาว่าการนั่งพิจารณาคดีว่าต้องดำเนินคดีต่อหน้าสาธารณชนแต่ศาลยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้มีคำพิพากษาในคดี Lecompt ว่าการพิจารณาคดีเกี่ยวกับวินัยต้องกระทำต่อหน้าสาธารณชนทำให้สภาแห่งรัฐต้องเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยตาม

การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีกฎหมายกำหนดกำหนดไว้โดยเฉพาะศาลมักใช้การตีความอย่างกว้างและใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งจะได้กล่าวในลำดับต่อไป

3.2.2 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ของสภาแห่งรัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครองและนำมาใช้ในระบวิธีพิจารณาคดี โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับมีค่าเทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและมีค่าเหนือกว่ากฎหมายลำดับรองและเนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองจัดอยู่ในประเภทของกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสตามรัฐธรรมนูญปี 1958 นั้น เฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาเท่านั้นที่ต้องออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติในขณะที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีอื่น ๆ อาจออกเป็นกฎหมายลำดับรองโดยฝ่ายบริหารได้⁵⁹) ดังนั้นการที่สภาแห่งรัฐจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปในวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งมีผลทำให้วิธีพิจารณาคดีปกครองเรื่องนั้นมีผลเทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติย่อมเป็นการสร้างความสับสนและอาจขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมักจะใช้อำนาจนำหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาคดีเท่าใดนักซึ่งในปัจจุบันมีการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธี

⁵⁹รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาตรา 34 บัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ตราบัญญัติเฉพาะเรื่องตามที่มาตรา 34 กำหนดไว้เท่านั้นโดยบทบัญญัติมาตรานี้ว่าจะบัญญัติเพิ่มเติมหรือขยายความได้โดยการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เช่นการตรากฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นอำนาจของรัฐสภาในการออกบัญญัติในขณะที่กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไม่ได้ให้อำนาจของรัฐสภาในการออกบัญญัติในเรื่องดังกล่าวและในมาตรา 37 กำหนดให้เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตราบัญญัติให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

พิจารณาคดีปกครอง เพียง 2 หลักเท่านั้น⁶⁰ได้แก่

1.การยืนยันถึงความมีอยู่ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Garantie de l'existence d'un contrôle de légalité) โดยอาจแบ่งออกได้เป็น 2 หลักย่อย คือ

1.1 หลักนิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยเกินอำนาจสามารถโต้แย้งต่อศาลปกครองได้ ผู้เสียหายสามารถฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายได้ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลได้ เช่นกรณีคำสั่งขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Autorités administratives indépendantes) หรือคำสั่งของผู้ตรวจการรัฐสภา (Médiateur) เป็นต้นแต่ต้องเข้าเงื่อนไขการรับคดีไว้พิจารณารวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลได้ขยายขอบเขตการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมให้กว้างขึ้นโดยลดจำนวนข้อยกเว้นต่าง ๆ (เช่น การกระทำของรัฐบาล มาตรการภายในหนังสือเวียนที่มีลักษณะเป็นการตีความ หรือนิติกรรมที่เป็นการเตรียม เป็นต้น) ยิ่งไปกว่านั้นแม้กฎหมายหรือกฎจะกำหนดไว้เป็นบททั่วไปว่าคำสั่งที่ถูกฟ้องไม่สามารถถูกคัดค้านโต้แย้งได้ต่อไปก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้หากไม่ใช่เป็นรัฐบัญญัติที่อย่างชัดเจนว่าห้ามฟ้องคดีต่อศาลปกครองหรืออุทธรณ์ต่อสภาแห่งรัฐ (ซึ่งถือว่าไม่อยู่ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย) ตัวอย่างเช่น การฟ้องโต้แย้งคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดในการให้สัมปทานพื้นที่ที่ถูกทอดทิ้งซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าการให้สัมปทานไม่สามารถฟ้องโต้แย้งเป็นคดีต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมได้แต่ศาลปกครองก็รับคดีไว้พิจารณาได้

1.2 คำพิพากษาของศาลปกครองย่อมสามารถฎีกาต่อสภาแห่งรัฐได้ (Recourse en cassation) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสิทธิในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย มีเพื่อโต้แย้งคำสั่งของศาลปกครองแม้ว่าจะไม่มีกฎหมายกำหนดให้ฎีกาต่อสภาแห่งรับได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดโดยชัดเจนห้ามไม่ให้ยื่นฎีกาต่อสภาแห่งรัฐในฐานะศาลชั้นสุดท้าย

2.หลักความจำเป็นของวิธีพิจารณาที่ยึดหลักโต้แย้งคัดค้านในกระบวนการวิธีพิจารณา

หลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจเรียกโดยย่อได้ว่า “หลักฟังความทุกฝ่าย” (le principe du contradictoire) ซึ่งเป็นสิทธิที่คุ้มครองให้บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้รับแจ้งข้อเท็จจริงหรือข้อโต้แย้งในสำนวนคดีทั้งหมดและมีโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นหรือโต้แย้งข้อเท็จจริงต่าง ๆ โดยหลักดังกล่าวไม่ได้มีตัวบทกฎหมายที่บัญญัตินิยามไว้โดยเฉพาะและเป็นหลักที่ต้องบังคับอย่างเคร่งครัดใน

⁶⁰ประสาธ พงษ์สุวรรณ และ สุรีย์ เผ่าสุทธาวร, หลักกฎหมายทั่วไปด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง, หน้า 120-130.

แต่ละศาล นอกจากนี้หลักดังกล่าวมีค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งต่างจากหลักกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ ที่จะนำมาใช้กรณีที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เว้นแต่จะมีรัฐบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถยกเว้นไม่ให้นำหลักนี้มาใช้บังคับ

หลักเกณฑ์แรก ได้แก่หลักที่กำหนดให้ต้องมีการแจ้งแก่คู่กรณีถึงกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้อง โดยหน้าที่ในการแจ้งแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องเมื่อมีการยื่นคำฟ้องมีลักษณะทั่วไปและเด็ดขาดและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่อมาศาลต้องแจ้งคู่กรณีให้ทราบข้อเท็จจริงและศาลจะไม่รับเอกสารที่ยื่นต่อศาลถ้าคู่กรณีไม่ได้รับทราบถึงเอกสารดังกล่าวด้วยนอกจากนี้ศาลยังต้องใช้เวลาแก่คู่กรณีอย่างเพียงพอที่จะดำเนินการ รวมทั้งต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงวันนั่งพิจารณาหรือการแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมหรือเมื่อจะมีการดำเนินการใด ๆ แต่หลักการดังกล่าวอาจมีข้อยกเว้นทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแต่ละศาล

2) หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

เนื่องจากหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นน้อย ดังนั้นศาลจึงต้องอุดช่องว่างของกฎหมายโดยสร้างกฎเกณฑ์ที่เป็นเพียงหลักเกณฑ์ทั่วไปซึ่งมีลักษณะเป็นบทสำรองของหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้บังคับแก่กรณีโดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีอาจขัดต่อกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หลักกฎหมายทั่วไป กฎทั่วไปหรือกฎเฉพาะ โดยหลักเกณฑ์เหล่านี้อาจกลายเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเป็นบทบัญญัติเฉพาะของศาลปกครองต่าง ๆ เช่นสภาแห่งรัฐ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลบัญชีเป็นต้นตัวอย่างเช่นการฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยหลักแล้วจะต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนดซึ่งในแต่ละศาลอาจกำหนดระยะเวลาฟ้องคดีไว้ไม่เท่ากันโดยสภาแห่งรัฐกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีไว้สองเดือนซึ่งศาลปกครองอื่น ๆ ได้นำระยะเวลาฟ้องคดีดังกล่าวไปใช้และในที่สุดก็ได้มีการออกรัฐบัญญัติกำหนดให้ฟ้องคดีปกครองภายในสองเดือนตามมา

สรุปได้ว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสอาจแบ่งเป็น สองประเภทคือหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับซึ่งมีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งอาจเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง” และหลักกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ ที่เกิดจากคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของศาลปกครองในวิธีพิจารณาคดีทั่ว ๆ ไปซึ่งศาลจะนำมาใช้เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นโดยมีคุณค่าต่ำกว่ากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร ซึ่งอาจเรียกว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวหากสภาแห่งรัฐให้การยอมรับย่อมมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือในหลายกรณีสภาแห่งรัฐอาจปฏิเสธหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้ ในการดำเนิน

กระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้นศาลต้องใช้วิธีพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนก่อนรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หากไม่สามารถปรับปัญหาข้อเท็จจริงใช้ได้ศาลจึงจำเป็นต้องสร้าง “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก่กรณีแต่หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีฐานะเทียบเท่ากับกฎหมายเท่านั้นต่างจากกรณีเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

4 หลักกฎหมายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมนี

4.1 ประวัติศาสตร์และแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับศาลปกครองของสหพันธ์รัฐเยอรมนี

วรเจตน์ ภาคีรัตน์⁶¹ ได้อธิบายพัฒนาการของศาลปกครองเยอรมันโดยสรุปได้ดังนี้ ก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้นข้อพิพาททางปกครองจะได้รับการวินิจฉัยโดยเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยองค์กรที่เรียกว่า “Kameraljustiz” ซึ่งต่อมามีการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลที่เป็นกลางและเป็นอิสระมาทำหน้าที่พิจารณาคดีจนในปี ค.ศ. 1863 รัฐธรรมนูญ Paulkiche กำหนดให้ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิโดยตัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยมีความเห็นขัดแย้งกันว่าจะให้ศาลใดเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทในทางปกครองจนในที่สุดจึงมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกที่มลรัฐบาเดน (Baden) ในปี ค.ศ. 1863 แต่ภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งได้มีการเรียกร้องให้มีการจัดตั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นแต่เนื่องจากเป็นช่วงที่สหพันธ์รัฐเยอรมนีแพ้สงครามและประสบปัญหาภาวะเงินเฟ้อจึงไม่ได้มีการจัดตั้งศาลขึ้นอีก อย่างไรก็ตามในสมัยที่สหพันธ์รัฐเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สองได้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นใหม่ในสามระดับได้แก่ ศาลปกครองสูงสุดหรือศาลปกครองแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht) ศาลสูงคดีปกครองแห่งมลรัฐ (Oberverwaltungsgericht) และศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgericht) ศาลปกครองในระดับสหพันธ์รัฐนั้นรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ (GG) ได้บัญญัติให้สหพันธ์รัฐตั้งศาลปกครองสหพันธ์รัฐ (The Federal Administrative Court Procedure of 1960) ขึ้นเป็นศาลปกครองสูงสุดตั้งอยู่ที่กรุงเบอร์ลินส่วนวิธีพิจารณานั้นในปีค.ศ. 1960 สหพันธ์รัฐเยอรมนีได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ.1960

⁶¹วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์รัฐเยอรมัน. 10 มิถุนายน 2567. สืบค้นจาก <http://lawwebservice.com/>.

(Verwaltungsgerichtsordnung:VwGO) ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วสหพันธสาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งต่อมาในแต่ละมลรัฐได้ออกกฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในมลรัฐของตนเองโดยต้องสอดคล้องกับกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ⁶² เพ็ญศรี วงเสรี⁶³ ได้อธิบายหลักการที่สำคัญในวิธีพิจารณาคดีความเป็นศาลปกครองโดยสรุปได้ดังนี้

1. หลักการรับฟังคู่ความโดยสิทธิในการรับฟังคู่ความได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีความเป็นศาลปกครอง เช่นสิทธิที่จะได้รับแจ้งและให้คำปรึกษาอย่างเหมาะสม สิทธิที่ตรวจดูเอกสารรวมถึงการห้ามของการกระทำพิเศษ

2. หลักการไต่สวนค้นหาความจริงโดยศาลมีหน้าที่รับผิดชอบในการสอบสวนหรือค้นหาข้อเท็จจริงโดยไม่ผูกพันกับคำร้องขอของคู่ความในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสืบพยาน

3. หลักการผูกพันตามคำร้องของคู่ความโดยศาลจะต้องผูกพันกับคำร้องของคู่ความในเรื่องปัญหาข้อพิพาทที่ศาลจะดำเนินการอย่างไรอย่างหนึ่งโดยหลักแล้วจะต้องมีคำร้องขอเช่นการดำเนินคดีโจทก์จะต้องเสนอคำฟ้องต่อศาลศาลไม่อ่านหยิบยกคดีนั้นขึ้นมาพิจารณาได้เอง

4. หลักการพิจารณาด้วยวาจาโดยศาลจะวินิจฉัยด้วยเหตุผลที่ได้จากการพิจารณาด้วยวาจาเท่าที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดเป็นอย่างอื่นเพราะวิธีพิจารณาคดีความเป็นศาลปกครองไม่ใช่เพียงการพิจารณาจากเอกสารหลักฐานที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น

5. หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การพิจารณาคดีของศาลปกครองจะต้องกระทำโดยเปิดเผยโดยระหว่างพิจารณาบุคคลใดก็ตามสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้ตลอดเวลาแต่สำหรับบันทึกการให้ถ้อยคำในการพิจารณาด้วยวาจาจะเปิดเผยก็แต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น

6. หลักความเสมอภาคในวิธีพิจารณาโดยผู้พิพากษาจะต้องไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีต้องมีความเป็นกลางและไม่มีส่วนได้เสีย

7. หลักเรื่องภาระพิสูจน์ในวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยศาลจะทำหน้าที่เป็นผู้ค้นหาความจริงด้วยตนเองและไม่ผูกพันกับการเสนอคำร้องในการสืบพยานของคู่ความหากจะผูกพันต่อคำฟ้องหรือคำร้องขอของโจทก์ในแง่ที่ว่าศาลจะวินิจฉัยคดีในเรื่องที่โจทก์ไม่ได้ร้องขอไม่ได้

⁶²ทรศพร แสงเทียน.ปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองกรณีศึกษาศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยปีการศึกษา 2544 หน้า 128-129

⁶³เพ็ญศรี วงเสรี.หลักที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีความเป็นศาลปกครองเยอรมัน.เอกสารประกอบการสัมมนาเรื่อง administrative court and administrative court procedure. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.หน้า 65 อ้างใน ทรศพร แสงเทียน.ปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองกรณีศึกษาศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง.(วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต)จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.2544.หน้า 132-138.

4.2 การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนี

มานิตย์ วงศ์เสรี⁶⁴ ได้อธิบายเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนีไว้โดยสรุปดังนี้ เนื่องจากแนวคิดพื้นฐานของระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งแตกต่างจากวิธีพิจารณาความแพ่ง ในแง่ของต้องคงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของฝ่ายปกครอง สถานะของคู่กรณีซึ่งไม่เท่าเทียมกันตลอดถึงการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนและประโยชน์สาธารณะ ทำให้วิธีพิจารณาคดีปกครองแตกต่างจากวิธีพิจารณาคดีแพ่ง ดังนั้นในสหพันธรัฐเยอรมนีจึงได้มีการตรากฎหมายวิธีสบัญญัติที่ใช้กับการพิจารณาคดีปกครองเพื่อใช้ในการพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ เพื่อใช้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันซึ่งเรียกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง(Verwaltungsgerichtsordnung:VwGO) โดยในมาตรา 173 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้นำกฎหมายธรรมนูญศาลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งรวมถึงบทบัญญัติมาตรา 278 อนุมาตรา 5 และมาตรา 278a มาใช้บังคับเท่าที่จะกระทำได้ เมื่อลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญและมีให้นำบรรพ 6 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ ให้นำบทบัญญัติในหมวด 17 แห่งกฎหมายธรรมนูญศาลมาใช้บังคับกับวิธีพิจารณาคดีปกครองเท่าที่จะกระทำได้ ในกรณีให้แทนที่ศาลอุทธรณ์ด้วยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ แทนที่ศาลฎีกาด้วยศาลปกครองสูงสุดของสหพันธ์และแทนที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามบทบัญญัติ 1062” จึงเห็นได้ว่าหากกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องใดไว้เป็นการเฉพาะให้นำกฎหมายธรรมนูญศาลและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาปรับใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเมื่อลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญด้วยอย่างใดก็จะได้เห็นได้ว่าการที่บัญญัติให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่ได้ทำให้ลักษณะของวิธีพิจารณาคดีปกครองเสื่อมถอยหรือลดน้อยลงเพียงแต่เป็นการทำให้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความสมบูรณ์มากขึ้น อย่างไรก็ตามจะเห็นว่าในกรณีดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำกฎหมายธรรมนูญศาลและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายคาดการณ์หรือรู้ล่วงหน้าได้และกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหาช่องว่างของกฎหมายไว้มีลักษณะเป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายอื่นมาใช้โดยอนุโลมซึ่งถือได้ว่าเป็นกรณีที่มี “ช่องว่างของกฎหมาย” เกิดขึ้นเพียงแต่มีลักษณะเป็นช่องว่าง

⁶⁴มานิตย์ วงศ์เสรี,นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย,หน้า 147-179.

เพื่อความสมบูรณ์แห่งกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าไม่ใช่กรณี “ช่องว่างของกฎหมายที่แท้จริง” ที่ผู้ร่างกฎหมายไม่อาจคาดการณ์ได้ ในระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดขั้นตอนในการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังนี้

ขั้นตอนแรก ก่อนนำบทกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครองต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่าเป็นกรณีที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะซึ่งเป็นการพิจารณาเบื้องต้นว่าไม่สามารถตีความบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Gesetzesauslegung) เข้ากับข้อเท็จจริงได้จำเป็นที่จะต้องหาวิธีการอื่นมาช่วยในการใช้และตีความกฎหมาย (Rechtsfindung)

ขั้นตอนที่สอง พิจารณว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นการเฉพาะหรือไม่ (Spezialverweisung) โดยถ้ามีกฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติใดของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้โดยเฉพาะทำให้ศาลปกครองไม่มีดุลยพินิจในการตัดสินใจเลือกว่าจะนำบทบัญญัติในกฎหมายใดมาอุดช่องว่าง แม้จะมีความหมายใกล้เคียงกับวิธีการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งแต่ต้องคำนึงถึงลักษณะพิเศษเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งในทางนิติวิธีไม่ถือเป็นการใช้บทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากแต่เป็นเพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น

ขั้นตอนที่สาม พิจารณว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไป (Generalverweisung) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาตรา 173 หรือไม่โดยมีองค์ประกอบดังนี้

1. เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) แล้วพบว่าไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นไว้เป็นการเฉพาะ

2. หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวต้องไม่ต่างจากหลักพื้นฐานในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจนถึงขนาดไม่สามารถนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้

3. ต้องพิจารณาถึงโครงสร้างของศาลปกครองและศาลยุติธรรมเพื่อจะได้กำหนดนำวิธีพิจารณาความนั้นมาใช้ได้อย่างถูกต้อง

การที่ศาลจะนำวิธีการดังกล่าวมาใช้เป็นผลจากการที่กฎหมายบังคับไม่ใช่เกิดจากการที่ศาลพัฒนาหลักกฎหมายขึ้นมาเองโดยศาลจะเป็นผู้เลือกบทบัญญัติที่เหมาะสมในกฎหมายธรรมนูญศาลหรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแต่อย่างไรก็ดีกรณีดังกล่าวก็ไม่ใช่วิธีการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งหากแต่เป็นการตีความกฎหมายโดยอาศัยองค์ประกอบของกฎหมายตามมาตรา 173 เท่านั้นเหมือนกับกรณีที่มี

บทบัญญัติให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นการเฉพาะและนอกจากนี้การที่ศาลมีดุลยพินิจในการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่นมาใช้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยอิสระนั้นทำให้ศาลเปลี่ยนสถานะจากผู้ใช้กฎหมายมาเป็นผู้ร่างกฎหมาย ดังนั้นการตีความกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปเช่นนี้ศาลจึงต้องดำเนินการอย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ศาลยังต้องพิจารณาถึงขอบเขตของการใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาประกอบด้วย เช่นถ้ามีกรณีใดที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติห้ามไว้โดยเฉพาะก็ไม่อาจนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ได้ เช่นการเลื่อนนัดตามมาตรา 102(4) แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติห้ามนำบทบัญญัติมาตรา 227(3) ประโยคที่หนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งมาใช้ ดังนั้นถ้าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองห้ามโดยเฉพาะไว้ ก็ยังจำเป็นต้องพิจารณาให้ได้ความว่าหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกรณีนั้นไม่มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับลักษณะพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงจะสามารถนำเอาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งนั้นมาใช้ได้

ขั้นตอนที่สี่ เมื่อพิจารณาทั้งสามขั้นตอนแล้วหากยังปรากฏช่องว่างของกฎหมายอยู่ จึงนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (Analogie) เช่นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

สรุปได้ว่า ในสหพันธรัฐเยอรมนีวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองหากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้โดยเฉพาะก็ให้ปฏิบัติตามนั้นแต่หากเป็นกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเกิดขึ้นกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เท่าที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญหากยังไม่สามารถปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงได้จึงใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างโดยทั่วไปเช่นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นต้นต่างจากศาลปกครองในฝรั่งเศสที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ใช้นิติวิธีใดในการอุดช่องว่างของกฎหมายแต่เป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องอ้างอิงหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เกิดขึ้น

บทที่ 4

ผลการวิเคราะห์ข้อมูล

1.เปรียบเทียบวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมนีและประเทศไทย

1.1 แนวคิดในการแบ่งแยกระหว่างการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส : ไม่มีแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกลักษณะและขอบเขตอย่างชัดเจนระหว่างเรื่องการใช้และการตีความกฎหมายกับเรื่องการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายเยอรมัน : มีแนวคิดที่ชัดเจนเกี่ยวกับการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายไทย : สำหรับระบบกฎหมายเอกชนมีแนวคิดที่แยกระหว่างการใช้การตีความกฎหมายกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแม้จะการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้เมื่อไม่มีทบัญญัติกำหนดแต่ก็ไม่ได้แนวคิดหรือบทบัญญัติของกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแบ่งแยกระหว่างการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมาย

1.2 การมีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดนิติวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส : ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ระบบกฎหมายเยอรมัน : มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง คือกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) มาตรา 173

ระบบกฎหมายไทย : มีบทบัญญัติ(กฎหมายลำดับรอง) คือ ระเบียบที่ประชุมใหญ่ ๆ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้อ 5

1.3 ลำดับนิติวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส : ไม่มีการกำหนดลำดับนิติวิธีของการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองแต่ใช้เครื่องมือทางกฎหมายที่เรียกว่า “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” เพื่อใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้

ระบบกฎหมายเยอรมัน :กฎหมายวิธีพิจารณาความดีปกครอง (VwGO) มาตรา 173 กำหนดให้ใช้การเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งก่อนจากนั้นค่อยใช้นิติวิธีทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายไทย :ระเบียบที่ประชุมใหญ่ ๆ ว่าด้วยวิธีพิจารณาดีปกครอง ข้อ 5 ได้กำหนดให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาดีปกครองในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกครอง (เฉพาะเรื่องที่มาตรา44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ กำหนดไว้)

1.4 การนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส :ไม่มีกฎหมายบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้

ระบบกฎหมายเยอรมัน :กฎหมายวิธีพิจารณาดีปกครอง (VwGO) บัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญ

ระบบกฎหมายไทย :มีการบัญญัติ (ทั้งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ และระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาดีปกครอง) ให้มีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาดีปกครองในบางกรณี

ลักษณะวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมาย	ฝรั่งเศส	เยอรมัน	ไทย
การแบ่งแยกระหว่างการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่าง	X	✓	?
มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย	X	✓	✓
มีกฎหมายกำหนดนิติวิธีที่ใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมาย	X	✓	✓
มีกฎหมายกำหนดกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้	X	✓	✓

ตารางที่4.1 แสดงการเปรียบเทียบวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมันและประเทศไทย

2. ปัญหาที่เกิดจากการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดปกครองของประเทศไทย

2.1 ปัญหาจากการไม่แบ่งแยกการตีความของกฎหมายออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย

เนื่องจากกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครองมีพัฒนาการที่ไม่ยาวนานมากนัก ดังนั้นการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครองจึงไม่สมบูรณ์และมีกรณีที่ไม่สามารถปรับข้อเท็จจริงในวิธีพิจารณาความผิดปกครองเข้ากับข้อกฎหมายที่มีอยู่ด้วยเหตุนี้ผู้ร่างกฎหมายจึงได้บัญญัติให้มีการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดปกครองไว้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความผิดปกครอง พ.ศ.2542 โดยบัญญัติว่า “การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคลหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีการดำเนินการระบวนพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานและการพิพากษาคดีปกครองนอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” ซึ่งต่อมาที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้ออกระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครอง ข้อ 5 ให้สอดคล้องตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยบัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครอง” ดังนั้นการที่จะนำระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครองข้อ 5 วรรคสองมาใช้กับข้อเท็จจริงประการแรกต้องวินิจฉัยก่อนว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่มี “ช่องว่างของกฎหมาย” เกิดขึ้นแล้วถึงจะวินิจฉัยในประเด็นต่อไปว่ากรณีดังกล่าวจะนำ “หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดปกครอง” ไตมาใช้ด้วยเหตุนี้หากผู้ปรับใช้กฎหมายหรือศาลมีทัศนคติและแนวคิดใช้การตีความของกฎหมายแบบกว้างแล้วก็จะเห็นได้ว่าแทบที่จะไม่มีช่องว่างของหมายเกิดขึ้น เพราะช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวนั้นถูก “อุด” โดยการตีความของกฎหมาย ดังนั้นการคิดอย่างเป็นระบบในทางนิติศาสตร์ (นิติวิธี) จะช่วยทำให้มีการใช้กฎหมายอย่างเป็นระบบและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายของไทยพบว่าการบัญญัตินิติวิธีเกี่ยวกับการใช้กฎหมายแยกออกจากกันจากการตีความกฎหมายโดยเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 โดยในวรรคหนึ่งบัญญัติเกี่ยวกับการ “ใช้” กฎหมายซึ่งต้องใช้ตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัติซึ่งในทางปฏิบัติก็จะมีการใช้ (การตีความ) ตามตัวอักษรร่วมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและในวรรคที่สองของบทบัญญัติดังกล่าวยังบัญญัติเกี่ยวกับการอุดช่องว่างของกฎหมายไว้ อย่างชัดเจนทั้งยังกำหนดลำดับขั้นตอนการเลือกรูปการอุดช่องว่างของกฎหมายเอาไว้ด้วย นอกจากนี้หากพิจารณาแล้วพบว่ากรณีตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ เป็นกรณีที่ผู้

ร่างกฎหมายได้คาดคิดไว้แล้วว่าจะมีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นในอนาคตและมอบหมายให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจนิติบัญญัติในการหาวิธีการมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งอาจจะเทียบเคียงว่าคล้ายกับเทคนิคการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายลำดับรองแต่กรณีดังกล่าวเป็นการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจซึ่งโดยปกติแล้วผู้ตรากฎหมายก็สมควรเป็นผู้ใช้กฎหมายนั่นเองในขณะที่เดียวกันผู้ใช้กฎหมายก็ไม่ควรมีอำนาจในการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจทำให้มีโอกาสเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ดังนั้นการใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้รับมอบจากฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายตุลาการจะต้องใช้อำนาจดังกล่าวด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งเนื่องจากการก้าวล่วงเขตแดนของฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการจะต้องใช้ในกรอบเฉพาะเรื่องที่บทบัญญัติแห่งมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ได้บัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้นซึ่งได้แก่เรื่องที่เกี่ยวข้องกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีการดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐานและการพิพากษาคดี นอกจากนี้จากระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองข้อ 5 ที่บัญญัติว่าในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งควรหมายถึงเฉพาะเรื่องกรณีตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 44 ได้บัญญัติไว้เท่านั้นหากเป็นเรื่องอื่น ๆ ที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 44 ไม่ได้บัญญัติเอาไว้เห็นว่าจะไม่อาจนำระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้อ 5 มาบังคับใช้ได้ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจะต้องใช้วิธีทั่วไปในการอุดช่องว่างของกฎหมายในการแก้ปัญหาโดยไม่ผูกมัดว่า จะต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง นอกจากนี้แล้วการใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองจะต้องเป็นกรณีที่เห็นได้ชัดว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายแล้วเท่านั้นและไม่มีกฎหมายหรือระเบียบกำหนดไว้โดยเฉพาะดังนั้นผู้ใช้กฎหมายจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีในการแบ่งแยกการตีความกฎหมายออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมายก่อนที่จะนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาบังคับใช้ ถ้าหากกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของการตีความกฎหมายแล้วก็ไม่จำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่ถ้าปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่ต้องใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายแล้วจึงสามารถนำกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะมีเช่นนั้นแล้วในปัญหาที่มีข้อเท็จจริงเดียวกันย่อมเกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันซึ่งเป็นขัดต่อหลักนิติรัฐในองค์ประกอบเรื่องความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบเพื่อให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแล้วสั่งให้ค่าธรรมเนียมศาลเป็นพับโดยไม่สั่งคืนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นการชอบหรือไม่หากพิจารณาจากข้อ

กฎหมายแล้วพบว่ามีข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ 1.พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72/1 ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี 2.ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 38 ในกรณีที่ศาลสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ให้ศาลมีอำนาจสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดี 3.ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 82 วรรคสี่ เมื่อมีการถอนคำฟ้องให้ศาลอนุญาตและสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความกับคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่ในคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคดีที่การพิจารณาต่อไปจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือการถอนคำฟ้องเกิดจากการสมยอมกันโดยไม่เหมาะสมศาลจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องก็ได้คำสั่งไม่อนุญาตให้ถอนคำฟ้องให้เป็นที่สุด 4.ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 วรรคสอง ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ โดยเฉพาะให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวแล้วจะพบว่ากรณีที่ศาลอาจคืนค่าธรรมเนียมศาลนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ใน 3 กรณีคือ กรณีแรกคืนค่าธรรมเนียมศาลตามส่วนของการชนะคดี แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าศาลเพียงจำหน่ายคดีให้คู่สัญญาไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการศาลยังมิได้มีการพิพากษาถึงผลแห่งคดีแต่ประการใด กรณีที่สองคืนค่าธรรมเนียมศาลเมื่อผู้ร้องมีการถอนคำฟ้อง แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าผู้ร้องไม่ได้ถอนคำร้องแต่เป็นกรณีที่ศาลจำหน่ายคดี กรณีที่สามคืนค่าธรรมเนียมเมื่อศาลไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าศาลรับคำฟ้องไว้แล้วแต่มีเหตุให้ศาลต้องจำหน่ายคดีตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ

เนื่องจากในข้อเท็จจริงเดียวกันผู้ใช้กฎหมายมีเครื่องมือทางนิติวิธีในการใช้กฎหมายได้หลายวิธีโดย ผู้ใช้กฎหมายอาจจะเลือกใช้นิติวิธีในการตีความกฎหมายหรืออาจเลือกใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย ซึ่งอาจจะทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่เหมือนกันหรือแตกต่างกันก็ได้โดย ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลอาจพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องด้วยการตีความกฎหมายโดยไม่ใช้กรณีที่ต้องอุดช่องว่างของกฎหมายตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 โดยมีเหตุผลประกอบดังนี้⁶⁵ 1) ไม่ว่าจะ เป็นกรณีไม่คืนค่าธรรมเนียมศาลตามมาตรา 72 แห่ง พรบ.

⁶⁵ชูชาติ อัครโรจน์. คำอธิบายวิธีพิจารณาคดีปกครอง. หน้า 33.

จัดตั้งศาลปกครอง ฯ หรือกรณีตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้อ 39 และข้อ 82 ได้ระบุกรณีที่ใช้บังคับไว้โดยชัดแจ้งแล้ว กรณีดังกล่าวจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่ศาลอาจคืนค่าธรรมเนียมศาลให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ตามระเบียบดังกล่าว 2) การนำหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองทั่วไปที่เกี่ยวกับการเสียค่าธรรมเนียมศาลมาใช้โดยอ้างว่าเป็นหลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยเสียค่าใช้จ่ายน้อยเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมเนื่องจาก พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ ได้บัญญัติเป็นหลักกฎหมายไว้ชัดเจนใน มาตรา 45 ว่าการฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลเว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ฯ และแม้จะฟ้องคดีโดยอ้างว่าไม่มีทรัพย์สินเพียงพอที่จะเสียค่าธรรมเนียมศาล ศาลก็ไม่อาจพิจารณายกเว้นค่าธรรมเนียมศาลได้ดังนั้นต่อมาจึงมีการบัญญัติเพิ่มมาตรา 45/1 เกี่ยวกับการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ดังนี้ การอ้างหลักกฎหมายทั่วไปจึงควรพิจารณาให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ หรือไม่ด้วย (มองว่าเมื่อก่อนไม่มีบทบัญญัติเรื่องการยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล ก็ยังไม่นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการดำเนินคดีปกครองไม่เสียค่าใช้จ่ายมาใช้ จนต้องออกกฎหมายเพิ่มเติม) และ 3) การคืนค่าธรรมเนียมศาลจะต้องตีความให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 45 ด้วยมิเช่นนั้นจะมีการคืนค่าธรรมเนียมศาลในกรณีต่าง ๆ จนอาจจะทำให้ข้อยกเว้นดังกล่าว (เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ฯ) ไม่บังเกิดผลประกอบกับระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดไว้แจ้งชัดแล้วว่าการคืนค่าธรรมเนียมศาลจะคืนได้ในกรณีใด เพียงใด ก็ต้องเป็นไปตามนั้น ไม่สามารถอ้างหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้โดยหากจะให้คืนค่าธรรมเนียมในกรณีดังกล่าวจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมเพิ่มระเบียบดังกล่าว หรือผู้ใช้กฎหมายหรือศาลสามารถพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมายไม่ต้องด้วยการตีความกฎหมาย โดยเป็นกรณีที่ต้องอุดช่องว่างของกฎหมายตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 5 โดยมีเหตุผลประกอบดังนี้

- 1) กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเนื่องจากเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ และระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วมิได้มีบทบัญญัติการคืนค่าธรรมเนียมศาลในกรณีที่ศาลจำหน่ายคดีเพื่อให้คู่กรณีไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใดกรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นและเมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองประกอบกับระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วพบว่าเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายไม่คาดหมายว่าจะมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นทั้งยังไม่ใช่กรณีที่กฎหมายเปิดช่องว่างให้ผู้ใช้กฎหมายใช้ดุลยพินิจเป็นอื่น (เนื่องจากไม่ได้ระบุให้ผู้ใช้กฎหมายใช้ดุลยพินิจเป็นอื่นหรือใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกำกวมที่จะเปิดโอกาสให้ใช้ดุลยพินิจได้) และ 2) เมื่อกรณีดังกล่าวเป็นช่องว่างของกฎหมายโดยแท้ผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจึงไม่ควรใช้นิติวิธีในตีความ (อย่างกว้าง) แต่

จำเป็นต้องใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายและเมื่อพิจารณาจาก ข้อ 5 ของระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วเห็นว่าระเบียบดังกล่าวบัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ จึงเห็นว่าเห็นว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปคือ “หลักการดำเนินคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย ” และ “หลักการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาล” ดังนั้นจากกรณีดังกล่าวศาลจึงต้องคืนค่าธรรมเนียมทั้งหมดให้แก่ผู้ฟ้องคดี

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้ว่าจากข้อเท็จจริงเดียวกันหากผู้ใช้กฎหมายใช้ดุลยพินิจเลือกใช้นิติวิธีต่างกันโดยหากใช้นิติวิธีในหารตีความกฎหมาย(อย่างแคบ) หรือใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย (โดยหลักกฎหมายทั่วไป) จะทำให้เกิดผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันโดยหากใช้นิติวิธีในการตีความกฎหมายอย่างแคบโดยยึดถือเอาถ้อยคำตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญซึ่งย่อมก่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายส่งผลทำให้เกิดความเสมอภาคโดยข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันนั้นย่อมสมควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันหากแต่เมื่อพิจารณาตามหลักนิติวิธีแล้วกรณีข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมายโดยแท้ซึ่งต้องอุดช่องว่างโดยใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมาย ดังนั้นผู้ใช้กฎหมายหรือศาลจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้อ 5 มาใช้จึงเห็นว่าหากไม่มีการแบ่งแยกแนวคิดระหว่างนิติวิธีในการตีความกฎหมายออกจากนิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างชัดเจนจะส่งผลให้เกิดความไม่เป็นธรรมโดยข้อเท็จจริงที่มีลักษณะคล้ายกันไม่ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันขัดต่อหลักความเป็นธรรมภายใต้หลักความเสมอภาค

2.2 ปัญหาผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากข้อเท็จจริงตามข้อ 2.1 จะพบว่าหากผู้ใช้กฎหมายพิจารณาว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นช่องว่างของกฎหมายและมีการใช้นิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายแล้วระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง บังคับให้ต้องนำ “หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” มาบังคับใช้หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วพบว่าหลักกฎหมายทั่วไปคือหลักที่ “ศาล” เป็นผู้สร้างขึ้นมาเองเป็นสิ่งที่อยู่นอกเหนือถ้อยคำของกฎหมายซึ่งศาลต้องคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและต้องนำมาใช้เมื่อเป็นกรณีที่ทำเป็นและใช้โดยจำกัดไม่ก้าวล่วงไปใช้อำนาจในเขตแดนนิติบัญญัติ นอกจากนี้การใช้หลักกฎหมายทั่วไปอาจขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายซึ่งเรียกร้องให้ในข้อเท็จจริงเดียวกันควรได้รับผลทางกฎหมายที่ไม่ต่างกันดังนั้นศาลจึงต้องสร้างสมดุลระหว่างการสร้างความเป็นธรรมกับความมั่นคงแน่นอนในทางกฎหมายเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 45 แล้วพบว่า การฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยหลักแล้วไม่เสียค่าธรรมเนียมศาลเว้นแต่การฟ้องคดีขอ

สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) โดยเสียเพียงค่าธรรมเนียมนศาลเท่านั้นโดยใช้อัตราค่าธรรมเนียมศาลตามตารางท้ายประมวลวิธีพิจารณาความแพ่งซึ่งพิจารณาแล้วเห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ไต่รตรองหรือยับยั้งซึ่งใจในการฟ้องคดีหรือเรียกค่าเสียหายมิให้เกินหรือสูงจากความเป็นจริงและรัฐไม่อาจนำประโยชน์จากเงินของประชาชนส่วนรวมมาใช้เพื่อประโยชน์แก่บุคคลคนใดบุคคลหนึ่งได้โดยเหตุนี้ศาลปกครองของไทยจึงมีการเก็บค่าธรรมเนียมศาลและถือเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ซึ่งในกรณีดังกล่าวเป็นการฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหากนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า การฟ้องคดีปกครองไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลอาจทำให้เกิดบรรทัดฐานว่าต้องคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดทุกกรณีนอกจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งอาจขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย (พรบ.จัดตั้งศาลปกครอง มาตรา 45) ที่ต้องการให้ผู้ฟ้องคดีไต่รตรองให้ดีกว่าฟ้องคดีและเรียกค่าเสียหายไม่สูงเกินกว่าความเป็นจริง ดังนั้นการอุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีดังกล่าวจะต้องเลือกใช้วิธีการที่สมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม หากใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้หลัก “หลักการดำเนินคดีปกครองโดยคู่กรณีเสียค่าใช้จ่ายน้อย” และ “หลักการพิจารณาคดีของศาลเป็นการบริการสาธารณะซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาล” ขัดแย้งต่อหลักการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมศาลที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ไต่รตรองหรือยับยั้งซึ่งใจในการฟ้องคดีหรือเรียกค่าเสียหายมิให้เกินหรือสูงจากความเป็นจริง เป็นการเลือกใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาปกครองที่ไม่สมดุลสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคม นอกจากนี้การใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปตามระเบียบ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้นย่อมอาศัยอำนาจตาม มาตรา 44 แห่ง พรบ.จัดตั้งศาลปกครองโดยระเบียบดังกล่าวเห็นว่ามีฐานะเป็นกฎหมายลำดับรองจึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจซึ่งก็คือ พรบ.จัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 45 ได้ จึงเห็นได้ว่าหากใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในกรณีดังกล่าว ย่อมขัดหรือแย้งกับมาตรา 45 แห่ง พรบ.จัดตั้งศาลปกครองโดยการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นไม่ควรเลือกใช้หลักกฎหมายทั่วไปอันนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ไม่สมเหตุสมผลจนทำให้ผลลัพธ์ที่ได้จากการอุดช่องว่างของกฎหมายนั้นนั้นมีความขัดแย้งกับบทบัญญัติอื่นในกฎหมายเดียวกันโดยเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในศักดิ์ที่สูงกว่า กรณีตามอุทธรณ์เมื่อพิจารณาจากระบบกฎหมายเอกชนแล้วเห็นได้ว่าการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานกว่าและมีเสถียรภาพมาใช้ในฐานะที่เป็นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ในกรณีดังกล่าวย่อมทำให้เกิดผลลัพธ์ของการอุดช่องว่างของ

กฎหมายที่ได้สมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับการรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยของสังคมทั้งยังไม่ขัดหรือแย้งกับระบบของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มาตรา 45) โดยอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 151 วรรคสอง มาใช้ในกรณีนี้ซึ่งมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า “เมื่อได้มีการถอนคำฟ้อง หรือเมื่อศาลได้ตัดสินให้ยกคำฟ้องโดยไม่ตัดสิทธิโจทก์ที่จะฟ้องคดีใหม่หรือเมื่อคดีนั้นได้เสร็จเด็ดขาดลง โดยสัญญาหรือการประนีประนอมยอมความหรือการพิพากษาตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งคืนค่าขึ้นศาลทั้งหมดหรือบางส่วนแก่คู่ความซึ่งได้เสียไว้ได้ตามที่เห็นสมควร” จะเห็นได้ว่าศาลจะมีอำนาจที่จะสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลได้ตามที่เห็นสมควรซึ่งจะสอดคล้องกับมาตรา 45 แห่ง พรบ.จัดตั้ง ศาลปกครอง มากกว่าการอุดช่องว่างโดยนำหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า “การฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครองไม่เสียค่าใช้จ่าย” มาใช้แก่กรณีดังกล่าว

2.3 ปัญหาในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไป

เนื่องจากพัฒนาการของกฎหมายปกครองของประเทศไทยโดยเฉพาะกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองยังมีพัฒนาการที่ไม่มากนักทั้งยังไม่มีเสถียรภาพเพียงพอแก่การปรับใช้กับปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นได้ ต่างจากในสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนานตั้งแต่ศตวรรษที่ 13 นอกจากนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ชัดเจนในการแบ่งแยกอำนาจมหาชนออกจากอำนาจเอกชนทำให้สภาแห่งรัฐหรือตุลาการศาลปกครองของประเทศไทยยังมีอำนาจตีความกฎหมาย วางหลักกฎหมาย รวมถึงสร้างหลักกฎหมาย ทำให้กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความคดีปกครองของฝรั่งเศสมีเสถียรภาพเนื่องจากมีทั้งบทบัญญัติของกฎหมายและหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนาจากตุลาการมาอย่างยาวนาน ในขณะที่ศาลปกครองของประเทศไทยมีพัฒนาการมาไม่นานมากทำให้การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองของศาลปกครองทำได้ยากและบางครั้งการหยิบหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองขึ้นมาบังคับใช้ทำให้เกิดผลที่แปลกประหลาดที่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายตามที่ได้ยกตัวอย่างมาแล้วข้างต้น

2.4 ปัญหาสถานะของหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อมาคือการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในวิธีพิจารณาความคดีปกครองนั้นเป็นการขัดหรือแย้งต่อการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่และตุลาการควรนำมาใช้โดยมีขอบเขตที่จำกัดหรือไม่และเพียงใด การวิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวย่อมต้องทำความเข้าใจถึงการนำหลักกฎหมายทั่วไปของศาลปกครองฝรั่งเศสเนื่องจากการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในศาลปกครองไทยนั้นมีที่มาจากศาลปกครองของฝรั่งเศสโดยพัฒนาการของระบบศาลปกครองของฝรั่งเศสมาจากบนลงล่าง กล่าวคือมีที่มาจากฝ่ายปกครองเองและการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองของหน่วยงานทางปกครองมี

ความคิดพื้นฐานที่ไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองเองยังทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาทางกฎหมายให้กับรัฐบาลและฝ่ายปกครองในอีกทางหนึ่งด้วยทำให้อยู่ในฐานะเป็นผู้ร่วมงานของฝ่ายปกครองมากกว่าที่จะเป็นปรปักษ์ต่อฝ่ายปกครอง ตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสยังถือเป็นข้าราชการพลเรือนในขณะที่ตุลาการศาลปกครองเยอรมันถือเป็นผู้พิพากษาในฝ่ายตุลาการ⁶⁶ นอกจากนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสยังมีแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การพิจารณาพิพาทคดีเกี่ยวกับฝ่ายปกครองเท่ากับเป็นการบริหารทางปกครองดังนั้นผู้ที่พิจารณาตัดสินข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีปกครองจะต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญกับคดีปกครองเท่านั้น ส่งผลทำให้การมอบให้องค์กรของฝ่ายปกครองเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองจึงไม่ขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจเพราะมองว่าเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร แต่ในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นก็คือข้อพิพาททางปกครองไม่ใช่จำกัดอยู่เฉพาะในฝ่ายปกครองแต่ในบางกรณีนั้นส่งผลต่อปัจเจกชนที่อยู่นอกฝ่ายปกครองด้วยซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวย่อมไม่ใช่เป็นเพียงการใช้อำนาจที่อยู่ในดินแดนของฝ่ายปกครองเท่านั้นโดยถือเป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยแท้ดังนั้นการที่ฝ่ายตุลาการ “สร้าง” กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั่วไปโดยที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญให้อำนาจแล้วนั้นย่อมแสดงว่าฝ่ายตุลาการได้ก้าวล่วงใช้อำนาจในแดนฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นการขัดแย้งต่อหลักนิติรัฐและหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจนมีผลต่อสมดุลของการใช้อำนาจรัฐเปลี่ยนแปลงไปทั้งยังมีโอกาสเกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายตุลาการอีกด้วย

ในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสยอมรับการใช้อำนาจการสร้างหลักกฎหมายของตุลาการหรือที่เรียกว่าอำนาจ *prétorienne* ซึ่งเป็นอำนาจอิสระของตุลาการในการวางหลักกฎหมายในกรณีกฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้⁶⁷ ซึ่งต่างจากหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายไทยที่เน้นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ไม่มีการบัญญัติไว้เพื่อใช้ในการนำมาอุดช่องว่างของกฎหมายจึงเป็นแนวคิดของการใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่แคบกว่าการใช้หลักกฎหมายทั่วไปของฝรั่งเศส⁶⁸ ด้วยเหตุนี้แล้ว

⁶⁶วเรจตัน ภาศิริรัตน์. ข้อพิจารณาเปรียบเทียบ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์รัฐเยอรมัน. หน้า4-5.

⁶⁷ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. หลักกฎหมายปกครองทั่วไป: ทางออกในการอุดช่องว่างกฎหมายปกครองของไทย. หน้า1

⁶⁸ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์. บันทึกเรื่อง หลักกฎหมายปกครองทั่วไป. หน้า1.

นักกฎหมายของฝรั่งเศสถือว่าศาลเป็นผู้ใช้และผู้ตีความกฎหมายที่มีสถานะเทียบเท่าผู้ร่างกฎหมาย ศาลจึงไม่ใช่เป็นเพียง “ปากที่เอาไว้ป่าวประกาศถ้อยคำตามตัวบทกฎหมาย” เท่านั้นศาลจึงมีดุลยพินิจที่มีขอบเขตกว้างขวางในการสร้างสรรค์กระบวนการแก้ปัญหาทางกฎหมายนั้นด้วย⁶⁹ ผู้ศึกษาเห็นว่าการสร้างหลักกฎหมายของศาลไทยเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของวิधिพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยนั้นควรจะจำกัดเพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมายเท่านั้นไม่ควรมีผลบังคับเป็นการทั่วไป แม้แต่ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเองการหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายวิधिพิจารณาคดีปกครองมาใช้เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎที่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นจะมีฐานะเป็นเพียง “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิधिพิจารณาคดีปกครอง” ซึ่งมีคุณค่าต่ำกว่ากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับซึ่งมีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิधिพิจารณาคดีปกครอง” มีจำนวนเพียงสองหลักเท่านั้นในขณะที่ศาลปกครองของไทยก็มีการ “สกัด” หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิधिพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในหลายกรณีด้วยกัน ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองไทยใช้ดังกล่าวมีผลเฉพาะในคดีนั้นมิได้มีผลเป็นการทั่วไปให้ต้องถือปฏิบัติตามในการพิจารณาคดีปกครองในคดีอื่น ๆ ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในหลาย ๆ ครั้งก็ได้มีการเปลี่ยนแนวทางกลับไปกลับมาดังเช่นกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 209/2548 เป็นต้นเพราะเหตุที่ว่าในระบบกฎหมายของประเทศไทยอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์คำพิพากษาของตุลาการไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายประกอบกับไม่มีการยึดหลักเกณฑ์ในคำพิพากษาที่มีมาก่อน (The Doctrine of Precedent) ซึ่งเป็นแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ประกอบกับระบบกฎหมายของประเทศไทยก็ไม่มีประเพณีหรือหลักเกณฑ์ที่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ) ยอมรับแล้วจะมีฐานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิधिพิจารณาคดีปกครอง” ที่มีฐานะเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติดังนั้นจึงส่งผลให้การใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิधिพิจารณาคดีปกครองในประเทศไทยเกิดความไม่แน่นอนในการหยิบยกขึ้นใช้และทำให้ในข้อเท็จจริงเดียวกันซึ่งควรจะได้รับ การปฏิบัติที่เหมือนกันกลับกลายเป็นได้ผลที่แตกต่างกัน จึงเป็นการขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งกฎหมายหรือนิติฐานะได้ นอกจากนี้การหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปของตุลาการขึ้นมาใช้แม้ศาลจะอ้างว่าไม่ได้มีหน้าที่ในการสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาจากสิ่งที่ไม่มียู่เลยแต่เป็นการค้นหาจากหลักการที่มีอยู่ในกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าเป็นกรณีศาลเป็นผู้สร้าง

⁶⁹ มานิตย์ วงศ์เสวี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า 55.

กฎหมายอยู่นั้นเองซึ่งขัดต่อหลักประชาธิปไตยในแง่ที่ว่าหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ใช้บังคับกับประชาชนจะต้องยึดโยงกับอำนาจที่มาจากประชาชน ดังนั้นการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในประเทศไทยควรนำมาใช้อย่างจำกัดเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายเท่านั้นไม่ควรนำมาสร้างเป็นหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายในเรื่องที่เกินขอบเขตตัวอย่างเช่นเรื่องสัญญาทางปกครองที่เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ แล้วพบว่าไม่มีเพียงบทบัญญัติที่กำหนดประเภทและลักษณะของสัญญาทางปกครองเท่านั้นแต่ไม่ได้บัญญัติว่าเมื่อเป็นสัญญาทางปกครองแล้วจะมีผลอย่างไรการที่ศาลกล่าวอ้างว่ากรณีดังกล่าวเป็นช่องว่างของกฎหมายแล้วสร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผลของสัญญาทางปกครองขึ้นเป็นเรื่องเกินเลยจากการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย แต่เป็นการที่ศาลก้าวล่วงไปใช้อำนาจนิติบัญญัติเสียเอง บทบาทดังกล่าวของศาลปกครองจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการรักษาความสมดุลระหว่างอำนาจรัฐระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการซึ่งหลักการพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ การรักษาความสมดุลดังกล่าวจะเป็นสิ่งป้องกันไม่ให้องค์กรตุลาการเข้าไปมีบทบาทหรือใช้อำนาจอธิปไตยอย่างอื่นนอกจากที่ตนมีอันนำไปสู่การเสียความสมดุลของอำนาจรัฐได้ แม้การสร้างหลักกฎหมายของตุลาการจะเป็นที่ยอมรับในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่ก็เป็นผลมาจากพัฒนาการประวัติศาสตร์อย่างยาวนานของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนและการจำกัดการตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับบริบททางประวัติศาสตร์ของประเทศไทย

สรุปได้ว่าการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอาจมีความไม่เหมาะสมเนื่องพัฒนาการการกฎหมายปกครองในไทยยังไม่ยาวนานและมีเสถียรภาพเพียงพอจึงเป็นอุปสรรคในการค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนอกจากนี้การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปของศาลยังขัดกับหลักประชาธิปไตยและผลของกฎหมายการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นผลเฉพาะรายไม่ได้มีผลเป็นการทั่วไปทำให้มีการเปลี่ยนแปลงการนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ส่งผลต่อความมั่นคงและแน่นอนแห่งนิติฐานะอีกประการหนึ่งด้วย

3. การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

จากปัญหาและอุปสรรคจากการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังที่กล่าวมาแล้วหากวิเคราะห์แล้วพบว่าอาจใช้นิติกรอุดช่องว่างของกฎหมายโดยการใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งก็คือประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งโดยอยู่บนหลักการที่ว่าข้อเท็จจริงเดียวกันก็ควรจะได้รับ การปรับใช้หลักเกณฑ์เดียวกันส่งผลให้ได้รับผลลัพธ์เดียวกันเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม

3.1 กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมีความแตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

จากทัศนคติในแนวคิดที่ว่ากฎหมายมหาชนมีความพิเศษที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน ดังนั้นจึงไม่สามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนมาปรับใช้ในกฎหมายมหาชนได้ ดังนั้นหากยึดถือตามแนวคิดดังกล่าวก็ต้องมีวิธีที่จะคิดวิเคราะห์ให้ เป็นระบบในทางกฎหมายหรือนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนคือไม่สามารถนำหลักของกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชนได้ (นิติวิธีเชิงปฏิเสศ) โดยในระบบกฎหมายมหาชนจะต้องสร้างหลักการขึ้นมาใช้กับกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ (นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์) ดังนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงมีความแตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ดังนั้นการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงต้องให้ตุลาการศาลปกครองเป็นผู้ “สกัด” หลักกฎหมายทั่วไปเพื่อนำมาใช้เป็นการเฉพาะกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กาญจน์ วรกุล⁷⁰ ได้ให้ความเห็นในประเด็นนี้โดยสรุปได้ว่า “ถ้าหากนำหลักเกณฑ์การอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4) มาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายมหาชนแล้วจะเป็นการใช้กฎหมายผิดไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายมหาชน ถือเป็น การนำเอาวัฒนธรรมหรือวิถีคิดขององค์กรหรือวิถีปฏิบัติทางปกครองขององค์กรปกครองที่แตกต่างกันไป ขึ้นมาปิดปากประชาชนเป็นวิธีคิดแบบอำนาจนิยม โดยเฉพาะหากนำมาใช้อ้างกับกรณีการอุดช่องว่างในกฎหมายด้วยแล้วเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักข้อผูกมัดทั้งปวง มุ่งใช้กฎหมายไปในทางใดก็ได้ที่ตน เห็นว่าเป็นประโยชน์สาธารณะหรือกฎหมายเป็นเครื่องมือของตนย่อมมีผลไม่ต่างจากการใช้กฎหมายตามอำเภอใจนั่นเอง ความจริงแล้วหลักกฎหมายไม่ว่ากฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนเป็นการบัญญัติขึ้นมาเพื่อความสงบสุขความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นการใช้กฎหมายจึงไม่ใช่มุ่งแต่จะรักษาอำนาจรัฐหรือผลประโยชน์รัฐไว้อย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของปัจเจกชนในสังคมนั้นเลยการจะอ้างว่าเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้จึงถือว่าศาลจะวินิจฉัยคดีอย่างไรก็ได้โดยอ้างเพียงเพื่อรักษาผลประโยชน์สาธารณะเช่นนี้ย่อมกระทำไม่ได้” ดังนั้นแนวความคิดดังกล่าวแสดงให้เห็น

⁷⁰ กาญจน์ วรกุล. แนวความคิดเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญกับการอุดช่องว่างของกฎหมายบทความพิเศษวารสาร ผู้ตรวจการแผ่นดินปีที่ 2 ฉบับที่ 2 กรกฎาคมถึงธันวาคม 2552 หน้า 99 - 100.

เห็นถึงบูรณาการของระบบกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนซึ่งสามารถนำเอาหลักการอุดช่องว่างของกฎหมายเอกชนมาปรับใช้กับกฎหมายมหาชนได้โดยไม่ต้องอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายเอกชนมีความแตกต่างเป็นเอกเทศจากกฎหมายมหาชน มานิตย์ วงษ์เสรี⁷¹ เห็นว่าแนวความคิดนิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนเป็นการอธิบายถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายเอกชนและผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันไปและเมื่อได้เปรียบเทียบกับแนวความคิดในทางนิติวิธีเห็นว่านิติวิธีของกฎหมายทุกประเภทต่างก็คล้ายคลึงกันกล่าวคือต่างมีข้อความคิดพื้นฐานทางนิติวิธีทั่วไปเช่นเดียวกันเพียงแต่จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละประเภทด้วยเท่านั้นนอกจากนี้กฎหมายวิธีพิจารณาความไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองต่างก็เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์และวิธีการเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงที่เป็นไปตามจริงแม้ว่าวิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมจะเป็นวิธีพิจารณาแบบกล่าวหาซึ่งต่างจากวิธีพิจารณาความของศาลปกครองที่เป็นวิธีพิจารณาแบบไต่สวนแต่ลักษณะความแตกต่างนั้นก็ก็เป็นเพียงการกำหนดอำนาจหน้าที่และการจัดบทบาทของศาลและคู่กรณีในคดีในการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่านั้นแต่ในสาระสำคัญของการดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาของศาลก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกันอยู่อย่างมาก และเมื่อพิจารณากฎหมายวิธีพิจารณาความของต่างประเทศ⁷² พบว่าแต่เดิมสาธารณรัฐฝรั่งเศสถือว่ากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีสถานะเสมือนกฎหมายทั่วไปของวิธีพิจารณาความ ซึ่งมีการนำหลักของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไปบัญญัติใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่ต่อมาได้มีการรวบรวมและจัดทำเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ค.ศ.2001 ดังนั้นประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยอัตโนมัติในคดีปกครอง โดยมีบางส่วนของวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้นที่นำมาใช้ในคดีปกครองซึ่งจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายหรือมีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองระบุให้นำมาใช้ไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติแล้วมีหลักในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจำนวนมากที่มีลักษณะคล้ายคลึงหรือคู่ขนานกับหลักในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้การยึดหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ก็ไม่ได้กระทบต่อลักษณะที่เป็นเอกเทศของระบบวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองแต่อย่างใด สำหรับในสมัชชาพันธรัฐเยอรมนี ประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ 1960 ซึ่งมีความยาวประมาณ 195 มาตราจะบัญญัติเฉพาะเรื่องที่ดินและแตกต่างไปจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น โดยบัญญัติให้นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมกรณีที่ถูกเกณฑ์วิธีพิจารณาในชั้นศาลปกครองไม่ได้บัญญัติเอาไว้เป็น

⁷¹มานิตย์ วงษ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า48-49.

⁷²ปรีดา สดสง่า, การนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ 2550. หน้า 65-87.

การเฉพาะ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาคดีปกครองล้วนแต่มีหลักการพื้นฐานที่คล้ายคลึงกันเพียงแต่มีลักษณะเฉพาะตัวของตนเองเนื่องจากพัฒนาการของระบบกฎหมายแพ่งที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานจนมีอิทธิพลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเพียงแต่มีการ “อ้าง” หรือการ “แปรรูป” ที่แตกต่างกัน โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนำวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองเท่าที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญแต่ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ยอมรับการ “อ้าง” กฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยตรงซึ่งการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้จะต้องผ่านการ “แปรรูป” เสียก่อนในรูปของหลักกฎหมายทั่วไป

3.2 การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมีประวัติศาสตร์การพัฒนามาอย่างต่อเนื่องและยาวนานกว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองดังนั้นในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองสำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลปกครองอาจหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้จากการสกัดจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ก็ได้ในขณะที่ในสหพันธ์รัฐเยอรมนีการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไป (Generalverweisung) ตามมาตรา 173 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) สำหรับในประเทศไทยได้มีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะซึ่งมีบัญญัติกำหนดไว้ทั้งในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 เช่น การเสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ การกระทำละเมิดอำนาจศาล เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีกำหนดไว้ในระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2543 เช่น หลักเกณฑ์ในเรื่องการพิจารณาคำขอ การร้องสอด เป็นต้น แต่ไม่ได้มีการบัญญัติให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไปดังเช่นมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (VwGO) ของสหพันธ์รัฐเยอรมนี อนึ่งการที่ผู้ร่างกฎหมายบัญญัติให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ มาใช้บังคับโดยอนุโลมถือได้ว่ามีช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นแต่ไม่ใช่ “ช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง” เพราะเป็นช่องว่างของกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายได้คาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าจะมีช่องว่างเกิดขึ้นจึงได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายดังกล่าวด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่มีดุลยพินิจเป็นอื่นจำเป็นต้องใช้วิธีการอุดช่องว่างที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดไว้ก่อน ด้วยเหตุนี้จึงมีแนวคิดที่ว่าวิธีการที่ให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ มาบังคับใช้โดยอนุโลมนั้นไม่ถือเป็นการใช้นิติวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายหากแต่เป็นการตีความกฎหมายโดย

อาศัยอำนาจของบทบัญญัติที่ให้อำนาจ⁷³ และนอกจากนี้เห็นว่าการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ไม่เป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายปกครองเพราะหากผู้ใช้กฎหมายเห็นว่ากรณีใดในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไม่เหมาะสมกับสภาพของวิธีพิจารณาคดีปกครองก็มีดุลยพินิจที่จะไม่นำบทบัญญัตินั้นมาใช้ โดยสามารถใช้นิติวิธีอื่น ๆ ในการอุดช่องว่างของกฎหมายหรือวางหลักการทางกฎหมายต่อไป



⁷³มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย, หน้า176-177.

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

1. สรุปผลการศึกษา

1) นิติวิธี

ในความหมายอย่างกว้างหมายถึงวิธีการคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในทางกฎหมาย ส่วนความหมายอย่างแคบหมายถึงวิธีคิดวิธีและทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน ตั้งแต่ บ่อเกิดของกฎหมาย วิธีการบัญญัติกฎหมาย วิธีศึกษาวิธีใช้และวิธีการแก้ไขปัญหาของนักกฎหมาย (ซึ่งอาจแบ่ง 2 ระบบใหญ่คือนิติวิธีระบบซีวิลลอว์และนิติวิธีคอมมอนลอว์) นิติวิธีเป็นวิธีคิดที่มีลักษณะเป็นนามธรรมที่แฝงตัวอยู่ในระบบกฎหมายโดยไม่สามารถแยกออกจากตัวบทกฎหมายได้ การทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิธีจะทำให้สามารถใช้และการตีความกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพเป็นตัวเชื่อมระหว่างตัวบทกฎหมายและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นทั้งยังช่วยในการอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันก็มีแนวคิดที่ปฏิเสธการมีอยู่ของนิติวิธีเนื่องจากเห็นว่ากฎหมายย่อมมีความชัดเจนแน่นอนอยู่แล้วโดยตรากฎหมายต้องมีความชัดเจนแน่นอนดังนั้นจึงไม่จำเป็นต้องใช้การตีความกฎหมายอีกนอกจากนี้หากมีโอกาสได้ใช้นิติวิธีหลายรูปแบบทำให้มีการใช้และการเตรียมความกฎหมายโดยอำเภอใจ สามารถแบ่งนิติวิธีออกเป็น 2 ระบบใหญ่ในโลกคือนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์และนิติวิธีของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ โดยนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์มีที่มาจากในสมัยโรมันโบราณเป็นการรวบรวมจารีตประเพณีที่สืบทอดมาจากบรรพชนมาบันทึกไว้เป็นกฎหมายโดยมีความเชื่อว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกต้องไม่มีเหตุผลตัวอักษรและเหตุผลเป็นสิ่งที่แยกไม่ออกจากกันซึ่งเป็นแนวคิดสำคัญของระบบซีวิลลอว์และถือว่าตัวบทกฎหมายเป็นบ่อเกิดสำคัญอันดับแรกของกฎหมายในขณะที่จารีตประเพณีอาจจะเป็นบ่อเกิดคู่เคียงเพื่อส่งเสริมและตัดทอนตัวบทกฎหมายทำให้การใช้มีความยืดหยุ่นมากขึ้นในขณะที่คำพิพากษาของศาลไม่ถือว่าเป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายโดยแท้ คำพิพากษาไม่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมาย การใช้กฎหมายก็ต้องมีการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายโดยใช้หลักการตีความกฎหมายซึ่งจะต้องไม่กว้างหรือแคบจนเกินไป ส่วนในระบบคอมมอนลอว์ กฎหมายมาจากแนวความพิพากษาของศาลโดยนำข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและวิเคราะห์อย่างเป็นเหตุเป็นผลและศาลเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ในการชี้ขาดนอกจากนี้ยังมีการยึดหลักเกณฑ์ในคำ

พิพากษาที่มีมาก่อนและพัฒนาต่อมาจนเกิดเป็นทฤษฎีและการตัดสินโดยยึดหลักกฎหมายตามคำพิพากษา นอกจากนี้ยังมีการใช้หลักความยุติธรรมร่วมกับหลักคอมมอนลอว์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้นด้วย ในระบบคอมมอนลอว์ไม่ยอมรับการจัดทำประมวลกฎหมายแต่จะยอมรับคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ มาเป็นรากฐานของระบบกฎหมายและศาลจะต้องผูกพันตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานตามหลักที่ว่าข้อเท็จจริงเดียวกัน ส่วนบทบัญญัติของกฎหมายถือเป็นข้อยกเว้นของรัฐคอมมอนลอว์ การตีความตรงบทกฎหมายต้องตีความอย่างแคบและตีความตามตัวอักษรเสมอ สำหรับนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนมีแนวคิดที่สำคัญสองประการ ประการแรกคือแนวคิดที่สนับสนุนการมีอยู่ของนิติวิธีทางกฎหมายมหาชนเนื่องจากเห็นว่าไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาใช้กับกฎหมายมหาชนได้เนื่องจากกฎหมายมหาชนมีความเป็นเอกเทศและและจำเป็นต้องสร้างหลักการของกฎหมายมหาชนเพื่อบังคับใช้กับกฎหมายมหาชนโดยตรงที่อยู่บนความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและเสรีภาพส่วนบุคคล ในขณะที่แนวคิดที่สองคัดค้านแนวคิดแรกโดยเห็นว่าไม่มีนิติวิธีในกฎหมายมหาชน เพราะนิติวิธีใช้เฉพาะในแต่สกุลกฎหมายหลักของโลกไม่ได้แบ่งแยกเป็นนิติวิธีของเอกชนหรือนิติวิธีของมหาชนและเห็นว่านิติวิธีของกฎหมายทุกประเภทก็คล้ายคลึงกันมีความคิดพื้นฐานทางนิติวิธีทั่วไปเช่นเดียวกัน เพียงแต่จะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายแต่ละประเภทด้วยเท่านั้น

2) ช่องว่างของกฎหมาย

พบว่ามีความคิดที่แบ่งแยกการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยเห็นว่าการตีความกฎหมายไม่อาจขยายไกลไปเกินความหมายที่เป็นไปได้ของถ้อยคำที่ใช้ในความหมายที่เป็นไปได้หากเกินกว่านั้นย่อมพ้นขอบเขตของการตีความกฎหมายและเป็นเรื่องของการอุดช่องว่างของกฎหมายในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสไม่มีแนวคิดในการแบ่งแยกการใช้กฎหมายจากการอุดของกฎหมายซึ่งอาศัยหลักการตีความอย่างกว้างแทนการอุดช่องว่างของกฎหมาย อาจนำทฤษฎีการตีความถ้อยคำทางกฎหมายโดยแบ่งความหมายของถ้อยคำออกเป็นสามชั้นมาช่วยในการแบ่งแยกการตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างของกฎหมายซึ่งช่วยให้เห็นว่ากรณีใดควรใช้การตีความของกฎหมายและกรณีใดควรใช้การอุดช่องว่างของกฎหมาย ช่องว่างของกฎหมายหากเกิดได้จาก (1) การที่ผู้บัญญัติกฎหมายไม่คาดคิดว่าจะมีกรณีที่เป็นช่องว่างของกฎหมายเกิดขึ้นซึ่งเป็นช่องว่างของกฎหมายอย่างแท้จริง (2) เป็นกรณีที่ผู้สร้างกฎหมายเห็นว่ามีช่องว่างของกฎหมายจึงเปิดโอกาสให้ผู้ใช้อกฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจในการปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมโดยใช้การบัญญัติถ้อยคำที่มีลักษณะที่เป็นหลักการหรือความหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง (3) เป็นช่องว่างของกฎหมายที่เกิดจากการที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นข้อยกเว้นซึ่งหากใช้กฎหมายนั้นเข้ากับข้อเท็จจริงจะทำให้เกิดผลที่แปลกประหลาด การอุดช่องว่างของกฎหมายสามารถทำได้หลายวิธีได้แก่การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียง

กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง การใช้กฎหมายแล้วให้เหตุผลแบบยิ่งต้องเป็นเช่นนั้น การใช้กฎหมายโดยให้เหตุผลว่ากรณีที่ถูกกฎหมายไม่บัญญัติเท่ากับไม่ต้องการผลทางกฎหมายในกรณีนั้น การใช้กฎหมายโดยลดรูปของถ้อยคำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การใช้กฎหมายจารีตประเพณี และการใช้หลักกฎหมายทั่วไป

3) หลักการพื้นฐานของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของประเทศไทย

มีลักษณะเฉพาะดังนี้คือ (1) เป็นวิธีการที่ใช้ระบบไต่สวน (2) เป็นการพิจารณาที่ใช้เอกสารเป็นหลัก (3) เป็นวิธีพิจารณาที่เอื้อต่อการฟ้องคดีและการดำเนินคดีปกครอง (4) เป็นวิธีพิจารณาที่ต้องใช้ตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ (5) เป็นวิธีพิจารณาที่มีการถ่วงดุลของการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการ (6) เป็นวิธีพิจารณาที่รับฟังคู่กรณีทุกฝ่าย (7) เป็นวิธีพิจารณาที่มีการนั่งพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย (8) เป็นวิธีการที่ยืดการดำเนินการให้เสร็จสิ้นไปโดยเร็ว (9) เป็นวิธีพิจารณาที่ประกันความเป็นอิสระของตุลาการและ (10) เป็นวิธีพิจารณาที่คำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชนควบคู่กันไป

4) การอุดช่องว่างของกฎหมายในประเทศไทย

บัญญัติเป็นการทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 ที่ให้ใช้จารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น การเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่กฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองของไทยมีการนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในสองลักษณะคือ (1) นำมาใช้เป็นการเฉพาะโดยไม่ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาความคดีปกครองและ (2) เป็นการนำมาใช้โดยอนุโลม สำหรับการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองที่กำหนดไว้ตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองพ.ศ. 2543 ข้อ 5 โดยให้ใช้หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง

5) หลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปหมายถึงหลักการที่ศาลได้จากการสังเคราะห์จากตัวบทกฎหมายหรือจากทฤษฎีหรือได้จากความเห็นของนักกฎหมายมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานซึ่งเป็นนามธรรมนำมาใช้เป็นเครื่องมืออุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรรวมทั้งใช้เป็นหลักในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยหลักกฎหมายทั่วไปนี้เป็นรากฐานของระบบกฎหมายของประเทศทั้งนี้ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปอาจมาจากหลักตรรกะทางนิติศาสตร์หรือหลักการของระบอบประชาธิปไตยแห่งที่มาของ หลักกฎหมายทั่วไป มาได้จากสองแหล่งคือ (1) วิเคราะห์จากบทบัญญัติในกฎหมายลายลักษณ์อักษรในเรื่องเดียวกันหรือเรื่องที่ใกล้เคียงกันหลายๆ ฉบับหลายๆ มาตราโดยใช้

กระบวนการให้เหตุผลในทางตรรกวิทยาหรือที่เรียกว่าอุปนัย (Induction) หรือ (2) ค้นหากฎโมโนธรรมภายในใจของผู้พิจารณาคติ การใช้หลักกฎหมายทั่วไปมีข้อสังเกตเบื้องต้นอยู่สามประการคือ (1) เนื้อหาของหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะกว้างมากกว่าสิ่งที่ปรากฏเป็น “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย” ซึ่งมีความละเอียดกว่าและใช้ในสถานการณ์ที่ชัดเจนกว่าการยกหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งกว้างมากโดยศาลยกขึ้นเพื่อสร้างกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง (2) ถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมืออยู่แล้วก่อนศาลจะค้นพบและนำมาใช้ศาลมีหน้าที่ค้นหาและนำมาใช้เท่านั้น (3) ศาลพยายามจะอ้างอิงโยงไปหาบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นบทบัญญัติสะท้อนหลักกฎหมายทั่วไป จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง: พบว่ามีการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาใช้ดังต่อไปนี้ (1) หลักผู้มีสิทธิฟ้องจะต้องเป็นผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง ทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี (2) หลักเหตุแห่งการฟ้องคดี หมดสิ้นไป (3) หลักการดำเนินวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยคู่กรณีไม่เสียค่าใช้จ่าย (4) หลักคำฟ้องเพิ่มเติมต้องเกี่ยวข้องกับคำฟ้องเดิม (5) หลักศาลมีอำนาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจทางปกครองแทนหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐ (6) หลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล (7) แบบคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง (8) หลักศาลที่มีอำนาจบังคับคดี (9) หลักศาลต้องพิพากษาคดีตรงตามคำขอ (10) หลักการฟังความสองฝ่าย (11) หลักการพิจารณาคดีระบอบไต่สวน

6) การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ใช้หลักกฎหมายทั่วไปในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยอาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับซึ่งมีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง” และหลักกฎหมายทั่วไปอื่น ๆ ที่เกิดจากคำพิพากษาที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและการดำเนินการของศาลปกครองในวิธีพิจารณาคดีทั่วไป ซึ่งศาลจะนำมาใช้เมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายหรือกฎที่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นโดยมีคุณค่าต่ำกว่ากฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารซึ่งอาจเรียกว่า “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวหากสภาแห่งรัฐให้การยอมรับย่อมมีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือในหลายกรณีสภาแห่งรัฐอาจปฏิเสธหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ได้ ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น ศาลต้องใช้วิธีพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนก่อนรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศประกอบกับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐซึ่งมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หากไม่สามารถปรับปัญหาข้อเท็จจริงใช้ได้ ศาลจึงจำเป็นต้องสร้าง “หลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง” ซึ่งมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้แก่

กรณี แต่หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีนี้ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่มีฐานะเทียบเท่ากับกฎหมายที่ต่างจากกรณี เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐยอมรับซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

7) การอุดช่องว่างของกฎหมายในวิธีพิจารณาคดีปกครองของสหพันธรัฐเยอรมนี

ในสหพันธรัฐเยอรมนีวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองหากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้โดยเฉพาะก็ให้ปฏิบัติตามนั้นแต่หากเป็นกรณีที่มีช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เกิดขึ้นกฎหมายกำหนดให้ใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญ หากยังไม่สามารถปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงได้จึงใช้นิติวิธี ในการอุดช่องว่างโดยทั่วไปเช่นการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง เป็นต้น ต่างจากศาลปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ใช้นิติวิธีใดในการอุดช่องว่างของกฎหมายแต่เป็นหน้าที่ศาลที่จะต้องอ้างหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อใช้ในการอุดช่องว่างของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เกิดขึ้น

8) ปัญหาที่เกิดจากการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย

พบปัญหาที่เกิดจากการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยคือ

(1) ปัญหาที่เกิดจากการไม่แบ่งแยกการตีความกฎหมายออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมาย จากปัญหาดังกล่าวที่ว่าเมื่อศาลอนุญาตให้คู่ความไปดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการแล้วศาลจะต้องคืนค่าธรรมเนียมศาลหรือไม่ หากไม่มีแนวคิดการแบ่งแยกการตีความออกจากการอุดช่องว่างของกฎหมายจะทำให้เกิดผลที่แตกต่างกันซึ่งขัดต่อหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะและหลักความเป็นธรรม นอกจากนี้แล้วหากใช้การตีความกฎหมายในความหมายอย่างกว้างแล้วก็จะไม่มีกรณีที่จะต้องใช้การอุดช่องว่างของกฎหมายได้เลย (2) ปัญหาผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการใช้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นกรณีที่ศาลสร้างกฎหมายขึ้นมาเองจึงเป็นการขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักประชาธิปไตย แม้ว่าการสร้างหลักกฎหมายของตุลาการจะเป็นที่ยอมรับในสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่ก็เป็นผลมาจากการพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนานของสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนและการจำกัดการตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรม ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับทางประวัติศาสตร์ของประเทศไทย นอกจากนี้ยังขัดแย้งกับระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่คำพิพากษาของฝ่ายตุลาการไม่ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย (3) ปัญหาในการค้นหาและกฎหมายทั่วไป เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองของประเทศไทยมีพัฒนาการไม่ยาวนานมากนักทำให้การค้นหาหลักกฎหมายทั่วไปกระทำได้ยากและส่งผลให้มีการเลือกใช้หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่เหมาะสมกับบริบทความเป็นจริงที่เกิดขึ้น (4) ปัญหาสถานะของหลักกฎหมายทั่วไป การใช้หลักกฎหมายทั่วไปของศาลปกครองไทยย่อมมีสถานะเป็นเพียง กฎ คล้าย

กับหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งในประเทศไทยไม่มีหลักการที่ว่าเมื่อศาลปกครองสูงสุดยอมรับหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว จะทำหลักกฎหมายทั่วไปนั้น มีสถานะเทียบเท่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเหมือนในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้นการนำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ในประเทศไทยจึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการหยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้

9) การนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้กับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

เห็นได้ว่าวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาคดีปกครองล้วนแต่มีหลักการพื้นฐานที่คล้ายคลึงกันเพียงแต่มีลักษณะที่เฉพาะตัว เนื่องจากพัฒนาการของระบบกฎหมายแพ่งที่มีพัฒนาการมาอย่างยาวนานจนมีอิทธิพลต่อกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเพียงแต่มีการ “อ้าง” หรือการ “แปรรูป” ที่แตกต่างกัน โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนำวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองเท่าที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญแต่ในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสไม่ยอมรับการ “อ้าง” กฎหมายวิธีพิจารณาคดีแพ่งมาใช้กับวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยตรงซึ่งการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้จะต้องผ่านการ “แปรรูป” เสียก่อน ในรูปของหลักกฎหมายทั่วไป ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่าสามารถนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้เป็นการทั่วไปกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้เท่าที่ลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาคดีทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญทั้งยังไม่เป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของการสร้างหลักกฎหมายปกครองด้วย

2. ข้อเสนอแนะ

1) เสนอแนะให้บัญญัติกฎหมายเพื่อแสดงถึงการแยกระหว่างการตีความและการอุดช่องว่างของกฎหมายและกำหนดขั้นตอนการใช้ลำดับของนิติวิธีในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ชัดเจนเหมือนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 เช่นบัญญัติใน พรบ.จัดตั้งศาลปกครอง ฯ ว่า

“กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อใดไม่มีบทกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ให้วินิจฉัยคดีนั้นโดยอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและหากกฎหมายที่ใกล้เคียงก็ไม่มีด้วยไซ้ ให้นำวินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

2) เสนอแนะให้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครองเห็นควรให้บัญญัติให้ใช้นิติวิธีในการเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งก่อนเพื่อเป็นการเคารพต่อบทบัญญัติของกฎหมายและไม่เป็นการก้าวล่วงไปใช้อำนาจในแดนนิติบัญญัติของตุลาการ

3) เสนอให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในการเทียบเคียง “เป็นการทั่วไป” เช่นบัญญัติใน พรบ.จัดตั้งศาลปกครอง ฯ ว่า

“ในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความคดีในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะกระทำได้เมื่อลักษณะธรรมชาติของวิธีพิจารณาความทั้งสองไม่ขัดแย้งหรือแตกต่างกันในสาระสำคัญ”

4) เสนอแนะให้รวบรวมหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครองที่ “นิ่ง” แล้วมาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ว่าจะเป็นในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ หรือระเบียบที่ประชุมใหญ่ ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาความคดีปกครอง เพื่อที่จะได้มีแนวปฏิบัติไปในแนวทางเดียวกัน



บรรณานุกรม

- กาญจน์ วรกุล.(2552).แนวความคิดเกี่ยวกับการร่างรัฐธรรมนูญกับการอุดช่องว่างของกฎหมาย
บทความพิเศษวารสารผู้ตรวจการแผ่นดินปีที่ 2 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม.
- กิจบัติ ก้องเบญจกุล.(2561).เอกสารประกอบคำบรรยาย กระบวนวิชาปรัชญาและหลักกฎหมาย
มหาชน LAW6201 กำเนิดกฎหมายและศาล.
- กิตติศักดิ์ ปกติ.(2564).ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ ,พิมพ์
ครั้งที่6.กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- กิตติศักดิ์ ปกติ.(2564).หลักทั่วไปในการใช้และตีความกฎหมาย การใช้การตีความกฎหมาย,(พิมพ์
ครั้งที่4).กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์.(2565).คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.(พิมพ์
ครั้งที่ 13) กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- ชูชาติ อัสวโรจน์.(2562).คำอธิบายวิธีพิจารณาคดีปกครอง.(พิมพ์ครั้งที่1).กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์เดือน
ตุลา.
- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์.(2567).นิติวิธีกฎหมายมหาชนมีจริงหรือไม่.สืบค้นจาก เครือข่ายกฎหมาย
มหาชนไทย.public-law.net.
- ทศพรธณ แสงเทียน.(2544).ปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง กรณีศึกษาศาล
รัฐธรรมนูญและศาลปกครอง.(วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์,(2547).หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส,กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- บรรเจิด สิงหนัด.(2562).หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.(พิมพ์ครั้งที่ 6)
กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ.(2538).กฎหมายมหาชนเล่มที่ 3 ที่มาและนิติวิธี,(พิมพ์ครั้งที่1),กรุงเทพฯ:นิติธรรม.
- บุปผา อัครพิमान.(2548).หลักกฎหมายทั่วไป,วารสารวิชาการศาลปกครอง,กรุงเทพฯ.
- ปรีดี เกษมทรัพย์.(2538).นิติปรัชญา,(พิมพ์ครั้งที่4),กรุงเทพฯ:นิติธรรม.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ และ สุรีย์ เผ่าสุชถาวร.(2545).หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง,วารสารวิชาการศาลปกครอง,ปีที่2 ฉบับที่2(พฤษภาคม-สิงหาคม).
- ปรีตดา สดสง่า.(2560).การนำวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง.(วิทยานิพนธ์
นิติศาสตร์มหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.กรุงเทพฯ.

- ปาลีรัตน์ ศรีวรรณพฤษ.(2567).หลักกฎหมายปกครองทั่วไป:ทางออกในการอุดช่องว่างของ
กฎหมายปกครองไทยหรือไม่.สืบค้นจาก ครัวข่ายกฎหมายมหาชนไทย.public-law.net.
- ปาลีรัตน์ ศรีวรรณพฤษ.(2567).หลักกฎหมายปกครองทั่วไป:ทางออกในการอุดช่องว่างกฎหมาย
ปกครองของไทย.สืบค้นจาก [http:// public law net](http://publiclaw.net).
- พระยาเทพวิฑูรฯ (บุญช่วย วณิกกุล).(2509).คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
บรรพ 1-2,กรุงเทพฯ:เนติบัณฑิตยสภา.
- มานิตย์ จุมปา.(2556).คำอธิบายกฎหมายปกครองเล่มที่ 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป.(พิมพ์ครั้งที่ 4).
กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- มานิตย์ จุมปา.(2565).หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ.(พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ:นิติธรรม.
- มานิตย์ วงศ์เสรี.(2562).นิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย:ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทย
และระบบกฎหมายเยอรมัน.กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2564).คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน.พิมพ์ครั้งที่3.กรุงเทพฯ:วิญญูชน.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2553).การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,จุลนิติ.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์.(2567).ข้อพิจารณาเปรียบเทียบของคกรวินิจฉัยคดีปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส
และสหพันธ์เยอรมัน.สืบค้นจาก <http://lawwebservice.com/>.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์.(2540)“คำบรรยายวิชาทฤษฎีหลักกฎหมายมหาชน”ในชั้นปริญญาโท สาขา
นิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ปีการศึกษา 1/2540 (ถอดเทปคำ
บรรยาย) อ่างใน โกเมศ ขวัญเมือง และสิทธิกร ศักดิ์แสง การศึกษาแนวใหม่: ความรู้เบื้องต้น
เกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.
- หยุด แสงอุทัย.(2552).แก้ไขปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.(พิมพ์
ครั้งที่21). กรุงเทพฯ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- เอกสิทธิ์ วินิจกุล.(2561)การปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดี,วารสารวิชาการ



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นายพิษณุ โฉมงาม
วัน เดือน ปี เกิด	26 มิถุนายน 2524
สถานที่เกิด	ปทุมวัน กรุงเทพฯ
ที่อยู่ปัจจุบัน	14 แบริ่ง 3 เขตบางนาใต้ แขวงบางนา กรุงเทพฯ
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
ประวัติการทำงาน	ศูนย์บริการสาธารณสุข 34 สำนักอนามัย กรุงเทพมหานคร

