



ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง

คณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้ง
ศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา



ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง

โดย ผศ.ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

หัวหน้าภาควิชากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าในปัจจุบันนี้มีร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองออกเสนอต่อสาธารณชนอยู่ฉบับด้วยกัน ฉบับหนึ่งจัดทำขึ้นโดย คณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ยุติธรรมได้บัญชาให้แต่งตั้งขึ้น ส่วนอีกฉบับหนึ่งจัดทำขึ้นโดยสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกาตามนโยบายของรัฐบาลที่แถลงต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๓๕ ถึงแม้ว่าจะได้ มีการหยิบยกร่างพระราชบัญญัติทั้ง ๒ ฉบับดังกล่าวขึ้นมาวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างกว้างขวาง แล้ว แต่ก็น่าเชื่อว่าการวิพากษ์วิจารณ์จะยังไม่ยุติภายในเร็ววัน เพื่อให้การวิพากษ์วิจารณ์ที่ จะมีขึ้นต่อไปดำเนินไปในทิศทางที่ควรจะเป็น ผู้เขียนใคร่ขอเสนอให้สาธารณชนร่วมกัน พิจารณาศึกษาปัญหาสำคัญ ๓ ปัญหา ดังต่อไปนี้

- เหตุใดจึงต้องมีระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กร ตุลาการหรือศาล?

- เหตุใดจึงต้องจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำของ ฝ่ายปกครองโดยเฉพาะแทนที่ศาลธรรมดาหรือศาลยุติธรรม?

การพิจารณาปัญหาทั้ง ๒ ประการนี้น่าจะช่วยให้ผู้สนใจสามารถเข้าใจความหมาย และความสำคัญของศาลปกครอง ตลอดจนหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้ง ๒ ฉบับดังกล่าวได้ดียิ่งขึ้น

- ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้ง ๒ ฉบับมี สาระสำคัญที่เหมือนหรือต่างกันอย่างไรบ้าง?

(๑) ความสำคัญของการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

รัฐสมัยใหม่ทุกรัฐย่อมจะต้องมีระบบกฎหมายปกครองหรืออีกนัยหนึ่งระบบ แห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จัดระเบียบราชการบริหารและที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแล ของรัฐบาลซึ่งรวมเรียกว่า "ฝ่ายปกครอง" (Administration) กับเอกชน

ระบบกฎหมายปกครองของรัฐสมัยใหม่ที่ได้ชื่อว่าเป็น "รัฐเสรีประชาธิปไตย" (Liberal and Democratic State) วางอยู่บนพื้นฐานของ "หลักนิติธรรม" (The Rule of Law) หรือหลัก "การปกครองของกฎหมาย ไม่ใช่การปกครองของมนุษย์" (Government of Law, not

of men)¹ หรือหลัก"กฎหมายเป็นใหญ่"(Primacy of Law)² ตามหลักนี้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดๆที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่ง - แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่นหรือเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า"ประโยชน์มหาชน"(Public Interest)ก็ตาม ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น³

"หลักนิติธรรม" ดังมีนัยข้างต้นมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันด้วย ใครก็ตามที่อ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๕ หมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย อย่างพิถีพิถันจะสังเกตเห็นได้ว่า หลายๆมาตรามีข้อความแยกออกเป็น ๒ วรรค วรรคแรกจะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพอย่างใดอย่างหนึ่งของบุคคล ส่วนวรรคสองจะบัญญัติว่า "การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพเช่นที่ว่านั้นจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ตัวอย่างเช่น

-มาตรา ๓๗ วรรคแรก บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการพูด การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาและการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น" ส่วนวรรคสอง บัญญัติว่า "การจำกัดเสรีภาพเช่นที่นี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ เกียรติยศหรือชื่อเสียงของบุคคลอื่น หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อป้องกันหรือระงับความเสื่อมทรามทางจิตใจหรือสุขภาพของประชาชน"

-มาตรา ๓๘ วรรคแรกบัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ" ส่วนวรรคสอง บัญญัติว่า "การจำกัดเสรีภาพเช่นที่นี้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะในกรณีชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนซึ่งจะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะการรบหรือการสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก"

¹สำหรับกำเนิดและวิวัฒนาการของ"หลักนิติธรรม" โปรดดู FA. HAYEK, The Constitution of Liberty, Chicago, The University of Chicago Press, 1960, Chapter 11-15, pp 162-223

²โปรดดู Hans KLECATSKY, Réflexions sur la primauté du droit et le contrôle de la légalité de l'action administrative, in Revue de la Commission Internationale de Jurists, Tome IV, No 2, pp. 217-234, René CASSIN, Réflexion sur la primauté du droit, in Revue de la Commission International de Jurists, Tome IV, No 2, pp. 235-352

³H.W.R. WADE, Administrative Law, Fourth Edition, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp 23-24

อนึ่งศาลฎีกาก็ได้ใช้หลักนิติธรรมบังคับแก้คดีพิพาทระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองของเสมอมา ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับ ที่สำคัญได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๒๐/๒๕๐๕ (ประชุมใหญ่) และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๒๓๔๓/๒๕๒๖

คดีแรกได้ความว่า นาย บ. คนสัญชาติไทยและนางสาว ข. คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยชั่วคราวไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว มีคุณสมบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตั้งที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ครบถ้วนทุกประการ ได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรส ณ ที่ว่าการอำเภอปากเกร็ด นายอำเภอปากเกร็ดซึ่งเป็นนายทะเบียนมีหน้าที่รับจดทะเบียนสมรสตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๔๗๘ ได้บอกปิดไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรสให้ตามที่ชายหญิงคู่นี้ร้องขอ โดยอ้างว่า กระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งให้ยับยั้งการจดทะเบียนสมรสให้แก่คนไทยที่สมรสกับคนต่างด้าวที่ไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวและไม่มีสำมะโนครัวเป็นหลักฐาน ศาลฎีกาพิพากษาว่า "คำสั่งของกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวนี้มีได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด... จึงเป็นเพียงระเบียบภายในระหว่างเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยด้วยกันเท่านั้น จะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่นกฎหมายหาได้ไม่... เมื่อคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยมิได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใด และจะใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไปเช่น กฎหมายไม่ได้ จำเลย(นายอำเภอ) ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายให้รับจดทะเบียนสมรส ก็ย่อมอ้างคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยเป็นเหตุไม่ยอมรับปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายหาได้ไม่..."

คดีหลังได้ความว่า โจทก์ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทการลงทุนและคอมเมิตีส์(ประเทศไทย)จำกัด ซึ่งมีวัตถุประสงค์คือซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและเล่นแชร์ ต่อจำเลย(กรมทะเบียนการค้า) แต่จำเลยยังไม่ยอมจดทะเบียนให้โดยอ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สั่งให้รอการจดทะเบียนไว้ก่อนจนกว่าจะมีกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจเช่นว่านี้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "การที่โจทก์มีความประสงค์จะจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบกิจการซื้อขายสินค้าล่วงหน้าและการเล่นแชร์ เป็นการประกอบอาชีพหรือจัดการทรัพย์สินอย่างหนึ่งซึ่งทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ การจำกัดสิทธิเช่นว่านี้จะกระทำได้อต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ฉะนั้นเมื่อโจทก์ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามหรือควบคุมตามกฎหมายจึงเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิจารณาว่าคำขอของโจทก์ครบถ้วนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๐๑๙ บัญญัติไว้หรือไม่เท่านั้น การที่จำเลยสั่งให้รอการรับจดทะเบียนไว้ก่อนตามมติคณะรัฐมนตรีเพื่อที่จะแก้ไขกฎหมายให้ควบคุมถึงการประกอบอาชีพของโจทก์ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการตัดสิทธิของโจทก์ที่จะพึงมีพึงได้ โดยไม่มีกฎหมายสนับสนุนให้กระทำได้..."

"หลักนิติธรรม" ซึ่งมีค่าบังคับเป็น "หลักรัฐธรรมนูญ"นี้ ใช้บังคับกับการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภท ไม่ว่าจะการกระทำนั้นๆจะเป็น "ปฏิบัติการทางปกครอง" (Administrative Real Act) เช่น การดับเพลิง การขอรับ การช่อมถนน การขุดลอกคูคลอง การเก็บและกำจัดขยะมูลฝอย ฯลฯ หรือเป็น "นิติกรรมทางปกครอง" (Administrative Juristic Act) ซึ่งได้แก่บรรดากฎหมายลำดับรอง หรืออนุบัญญัติ (Subordinate Legislation) เช่นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติจังหวัด ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบังคับสุขาภิบาล ฯลฯ และคำวินิจฉัยสั่งการ เช่นคำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งให้หรือถอนอาคาร ใบอนุญาต คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต คำสั่งถอนสัญชาติไทยของผู้ได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติ ฯลฯ

ในกรณีที่ปฏิบัติการทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปฏิบัติการทางปกครองนั้นก่อความเสียหายแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง ฝ่ายปกครองจะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้เพื่อให้เอกชนคนนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติกรรมทางปกครองนั้นย่อมไม่มีผลใช้บังคับแก่เอกชน

"หลักนิติธรรม" ตามที่ได้พรรณามาข้างต้น จะมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมีอยู่หลายระบบ แต่อาจจำแนกออกได้เป็น ๒ ระบบใหญ่ๆ ได้แก่ ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเองระบบหนึ่ง และระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองอีกระบบหนึ่ง⁴

๑. ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ได้แก่การควบคุมบังคับบัญชา (Contrôle hiérarchique) และการกำกับดูแล (Tutelle administrative)

การควบคุมบังคับบัญชาเป็นกรณีที่ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชาของตน ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำต่างๆของผู้ใต้บังคับบัญชา และหากเห็นว่ากรกระทำใดของผู้ใต้บังคับบัญชาไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะยกเลิกเพิกถอน หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำนั้นเสียได้ อนึ่ง ผู้บังคับบัญชาอาจใช้อำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาโดยพลการ (D'office) ก็ได้ หรือเมื่อเอกชนซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นร้องเรียน (Recours hiérarchique) ก็ได้

⁴Guy BRAIBANT, Le droit administratif français, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 1984, pp. 428-431, Charles DEBBASCH, Contentieux administratif, Deuxième édition, Paris, Dalloz, 1978, pp. 1-4

ส่วนการกำกับดูแลนั้น เป็นกรณีที่ยังคงขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์การขององค์การปกครองส่วนภูมิภาคใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์การขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น(Collectivité Locale) เช่นกรุงเทพมหานคร เทศบาล ฯลฯ และการกระทำขององค์การขององค์การมหาชน(Etablissement public) เช่นธนาคารแห่งประเทศไทย องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย ฯลฯ เป็นต้นว่า ผู้ว่าราชการจังหวัด และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของร่างเทศบัญญัติที่สภาเทศบาลต่างๆได้จัดทำขึ้น และหากเห็นว่าการกระทำขององค์การขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์การมหาชนไม่ชอบด้วยกฎหมาย องค์การขององค์การปกครองส่วนกลางหรือองค์การขององค์การปกครองส่วนภูมิภาคก็มีอำนาจไม่อนุมัติให้การกระทำนั้นมีผลบังคับหรือยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำนั้น แล้วแต่กรณี

อนึ่งสมควรกล่าวด้วยว่า การควบคุมบังคับบัญชากับการกำกับดูแลมีความแตกต่างกันในสาระสำคัญอยู่ ๒ ประการ กล่าวคือ ประการแรก อำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชานั้นเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดขึ้นจากการจัดระเบียบภายในหน่วยงาน ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ แต่อำนาจของผู้กำกับดูแลที่จะควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนนั้นเป็นอำนาจที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ไว้โดยเฉพาะ และผู้กำกับดูแลจะใช้อำนาจควบคุมเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้ไว้ไม่ได้ ดังภาษิตกฎหมายที่ว่า "ไม่มีการกำกับดูแลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ และไม่มี การกำกับดูแลเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้" (Pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au-delà du texte)⁵ ประการที่สอง ผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ทั้งในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย(Legalité) และในแง่ของความเหมาะสม (Opportunité) แต่โดยปกติแล้วผู้กำกับดูแลจะมีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของตนได้ก็เฉพาะแต่ในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะก้าวล่วงเข้าไปควบคุมความเหมาะสมของการกระทำไม่ได้ มิฉะนั้นจะเป็นการทำลายความเป็นอิสระ (Autonomie) ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นหรือขององค์การมหาชน ซึ่งเป็นหลักการและเหตุผลของการกระจายอำนาจ (Decentralization)⁶

๒. ระบบการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมโดยรัฐสภา และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล

⁵Jean RIVERO et Jean WALINE, Droit administratif, 14e édition, Paris, Dalloz, 1992 p. 270

⁶Ibid., Alain BOCKEL, Droit administratif, Dakar - Abijan, Les nouvelles Editions Africaines, 1978, pp 252-257

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยผู้แทน(Representative Democracy) ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี เป็นไปตาม"ระบบรัฐสภา" (Parliamentary System) ดังเช่น ในประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐมนตรีทั้งคณะ และแต่ละคนได้หลายวิธีเช่น ให้สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ (ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.๒๕๓๕ มาตรา ๑๔๗) ให้วุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นกรรมาธิการสามัญ และมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมาธิการวิสามัญ เพื่อทำการสอบสวนการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่างๆได้ (ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.๒๕๓๕ มาตรา ๑๕๓) ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อกันเสนอนญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ(รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.๒๕๓๕ มาตรา ๑๕๐) เป็นต้น

ส่วนการควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาลนั้น เป็นกรณีที่กฎหมายให้เอกชนคนใดคนหนึ่งซึ่งได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของตนนั้นเป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือให้ไม่ใช้การกระทำนั้นบังคับแก่กรณีของตน และ/หรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน แล้วแต่กรณี

ในบรรดาการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองทุกระบบที่กล่าวมาข้างต้น การควบคุมโดยองค์กรตุลาการให้หลักประกันแก่เอกชนได้ดีกว่าระบบอื่นๆ ดังนั้นจึงถือกันว่า ประเทศใดที่ไม่มีระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล-แม้ว่าประเทศนั้นจะมีการควบคุมฝ่ายปกครองระบบอื่นๆอยู่แล้วก็ตาม- ไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตยที่แท้จริง เหตุผลที่สนับสนุนความเห็นดังกล่าวมีดังต่อไปนี้⁷

๑) ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งขององค์กรทางการเมืองอันได้แก่รัฐสภาและรัฐบาล และของฝ่ายปกครอง ความเป็นอิสระของศาลนี้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่ากรณีพิพาทระหว่างตนกับฝ่ายปกครอง จะได้รับการพิจารณาโดย "คนกลาง" ที่ปราศจากอคติลำเอียง

⁷Gilles PEPIN, Les tribunaux administratifs et la constitution, Montréal, les Press de l'Université de Montréal, 1969, pp. 20-23

จริงๆ การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองระบบอื่นๆไม่อาจให้หลักประกันเช่นนี้ได้ดีเท่าการควบคุมโดยศาล

การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ไม่อาจจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีส่วนที่ควบคุมล้วนแต่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีด้วยกันทั้งสิ้น ดังนั้นจึงไม่อาจจะขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้ ความน่าเคลือบแคลงสงสัยนี้ ปรากฏชัดเจนมากในกรณีของการควบคุมบังคับบัญชา โดยปกติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองต่างๆมักจะใช้อำนาจที่กฎหมายให้แก่ตนออกคำวินิจฉัยสั่งการไปตาม "แนวปฏิบัติ" (Guide-line) ที่ผู้บังคับบัญชาชั้นสูงของตนกำหนดไว้ไว้ในหนังสือเวียน (Circulaire) เสมอ จริงอยู่ แนวปฏิบัติไม่ใช่กฎหมายอันองค์กรฝ่ายปกครองจะใช้บังคับแก่เอกชนได้ (ดูคำพิพากษาฎีกาที่ ๗๒๐/๒๕๐๕ และที่ ๒๓๘๓/๒๕๒๖ ข้างต้น) ในสายตาของกฎหมายแล้ว แนวปฏิบัติมีฐานะเป็นเพียง "ข้อเสนอแนะ" (Recommendation) จากผู้บังคับบัญชาเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจที่กฎหมายให้แก่ตน ออกคำวินิจฉัยสั่งการผิดแผกแตกต่างไปจากแนวปฏิบัติก็ได้ แต่เนื่องจากผู้บังคับบัญชามีอำนาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้ ดังนั้นในทางปฏิบัติแล้วองค์กรฝ่ายปกครองจึงมักจะถือและปฏิบัติตาม "แนวปฏิบัติ" อย่างเคร่งครัด แม้ว่าแนวปฏิบัตินั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม องค์กรฝ่ายปกครองส่วนใหญ่แล้วจะให้ความสำคัญและถือปฏิบัติตามแนวปฏิบัติยิ่งกว่ากฎหมายเสียอีก ด้วยเหตุนี้เมื่อได้รับคำร้องเรียนจากเอกชนว่าคำวินิจฉัยสั่งการขององค์กรฝ่ายปกครองชั้นต้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาขององค์กรฝ่ายปกครองชั้นต้นจึงมักจะวินิจฉัยยืนยันคำวินิจฉัยสั่งการของผู้ใต้บังคับบัญชาของตน เพราะคำวินิจฉัยสั่งการนั้นเป็นไปตามแนวปฏิบัติที่ตนได้กำหนดขึ้น การควบคุมบังคับบัญชาจึงถูกมองว่าเป็นกรณีที่ให้บุคคลวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่ตนเองมีส่วนได้เสียชัดกับหลัก *Nemo iudex in sua causa*

การควบคุมโดยรัฐสภา ซึ่งแม้จะเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง และเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองผู้ถูกควบคุม ก็ไม่อาจให้หลักประกันที่มั่นคงแก่เอกชนได้เช่นกัน ทั้งนี้เพราะในการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทนในปัจจุบัน พรรคการเมืองมีบทบาทสูงมาก และในระบบรัฐสภานั้น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภา กับคณะรัฐมนตรี ล้วนแต่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองเดียวกัน และนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต่างๆ แท้ที่จริงแล้วก็คือผู้นำของพรรคการเมืองนั้นนั่นเอง ดังนั้นจึงไม่อาจคาดหวังได้ว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากในสภาจะกระตือรือร้นวิพากษ์วิจารณ์คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้นำของตน ในรูปแบบของการตั้งกระทู้ถาม หรือเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ

ส่วนการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านนั้นก็เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เพราะเป็นฝ่ายข้างน้อย

๒) เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้นราษฎรจึงได้รับหลักประกันว่า "ทุกข์" หรือความเดือดร้อนของตน หากมีอยู่จริงจะได้รับการขจัดบำบัดภายในเวลาอันสมควร หลักประกันข้อนี้ไม่อาจพบได้ในการควบคุมระบบอื่นๆ เพราะกฎหมายมักจะมีได้บัญญัติบังคับไว้อย่างแน่นอนว่าผู้บังคับบัญชาที่ดี ผู้กำกับดูแลที่ดี หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ดี ที่ได้รับคำร้องเรียนจากเอกชน จะต้องพิจารณาคำร้องเรียนและดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในเวลาอันสมควร

๓) วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่ การเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า ศาลจะไม่ใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ เพราะอยู่ในสายตาของสาธารณชนอยู่ตลอดเวลา ส่วนการเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตน และ/หรือหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่นั้น ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า คำพิพากษาวางอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ถูกต้องแท้จริง วิธีพิจารณาเช่นนี้มักจะไม่ปรากฏในการควบคุมระบบอื่นๆ หากจะมีอยู่บ้างก็ยังไม่พัฒนาเท่ากับวิธีพิจารณาคดีของศาล

๔) ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปทางใดทางหนึ่ง ให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจได้เป็นอย่างดีเช่นกัน ทั้งนี้เพราะเป็นการบังคับให้ผู้พิพากษาต้องไตร่ตรองใคร่ครวญให้รอบคอบว่า คำพิพากษาของตนมีเหตุผลที่วิญญูชนรับฟังได้หรือไม่ และให้พิพากษาคดีไปในทางที่มีเหตุผลอันวิญญูชนรับฟังได้เท่านั้น

(๒) เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องตั้งศาลปกครอง

ถึงแม้ว่าในประเทศเสรีประชาธิปไตยทุกประเทศจะมีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการหรือศาลก็ตาม แต่แต่ละประเทศก็หาได้มอบหมายหน้าที่ดังกล่าวให้แก่ศาลชนิดเดียวกันไม่ บางประเทศเช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา อินเดีย ญี่ปุ่น ฯลฯ มอบหมายให้ศาลธรรมดาหรือศาลยุติธรรมซึ่งรับผิดชอบพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาอยู่ด้วยเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ

การกระทำทางปกครอง บางประเทศเช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กรีซ เบลเยียม ออสเตรเลียกลับจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะแทน ศาลยุติธรรม แยกต่างหากและเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม

ตามกฎหมายไทยปัจจุบัน ศาลซึ่งได้รับมอบหมายให้มีอำนาจหน้าที่ควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้แก่ศาลยุติธรรม เอกชนอาจเสนอ ปัญหาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายให้ศาลยุติธรรมพิจารณา พิพากษาได้หลายวิธี เช่น

๑) กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการบัญญัติให้เอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งตนเห็นว่าเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธินำคดีไปฟ้อง ต่อศาลได้โดยตรง ตัวอย่างเช่นพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. ๒๔๗๘ มาตรา ๑๕ บัญญัติว่า"ถ้านายทะเบียนไม่ยอมรับจดทะเบียนสมรส ผู้มีสิทธิเสียจะยื่นคำ ร้องต่อศาลก็ได้ และเมื่อศาลได้สอบสวนได้ความว่าการได้เป็นไปตามเงื่อนไขแห่งกฎหมาย ครบถ้วนแล้ว ก็ให้ศาลสั่งให้รับจดทะเบียน เป็นต้น

๒) เมื่อเห็นว่าฝ่ายปกครองจงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อตนโดยผิด กฎหมายให้ตนเสียหายแก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่ง อย่างใดก็ดี เอกชนอาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาบังคับให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบใช้ค่าสินไหม ทดแทนเพื่อการนั้นได้ ในกรณีเช่นว่านี้ ก่อนที่จะพิพากษายกฟ้องหรือบังคับให้ฝ่ายปกครอง รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นชอบหรือมิ ชอบด้วยกฎหมาย

ทำนองเดียวกันเมื่อเอกชนฝ่ายหนึ่งฟ้องขอให้ศาลบังคับให้เอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง ปฏิบัติตามสัญญา และเอกชนฝ่ายหลังนี้ให้การต่อสู้ว่าสัญญาเป็นโมฆะ ตนไม่จำเป็นต้องปฏิบัติ ตามเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อ"กฎหมายลำดับรอง"(Subordinate Legislation)ฉบับใด ฉบับหนึ่ง เช่น ขัดต่อพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ฯลฯ เอกชนฝ่ายแรกอาจอ้างว่ากฎหมายลำดับรองฉบับนั้นออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีผล บังคับ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมายจึง มีผลสมบูรณ์ หากเป็นโมฆะไม่ ในกรณีเช่นว่านี้ ก่อนที่จะพิพากษาว่าสัญญาเป็นโมฆะหรือ สมบูรณ์และจำเป็นต้องปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดว่ากฎหมายลำดับ รองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย

จะเห็นได้ว่าในทั้ง๒กรณีข้างต้น ปัญหาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบหรือมิ ชอบด้วยกฎหมายเป็น"ปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้น" ก่อนที่จะ ก้าวล่วงไปพิพากษาประเด็นหลักแห่งคดีซึ่งได้แก่คำขอท้ายฟ้องของโจทก์

๓) เมื่อเอกชนถูกฟ้องเป็นคดีอาญาข้อหาว่าฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองเช่นฝ่าฝืนคำสั่งให้หรือถอนอาคาร หรือฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองเช่นฝ่าฝืนเทศบัญญัติ จำเลยก็อาจให้การต่อสู้คดีได้ว่าคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองที่มีชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ต้องรับผิดทางอาญา ขอให้ศาลพิพากษายกฟ้องโจทก์ ในกรณีเช่นว่านี้ ปัญหาว่าคำสั่งทางปกครองหรือกฎหมายลำดับรองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายก็เป็น"ปัญหาข้อกฎหมายที่ศาลจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้น" ก่อนที่จะก้าวล่วงไปพิพากษาประเด็นหลักแห่งคดีซึ่งได้แก่ปัญหาว่าจำเลยต้องรับผิดทางอาญาหรือไม่ และหากจำเลยต้องรับผิดทางอาญา สมควรลงโทษจำเลยอย่างไร เช่นเดียวกัน

ปัญหามีว่า เมื่อศาลยุติธรรมเองก็ใช้อำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายปกครองได้อยู่แล้วเช่นนี้ เหตุใดจึงต้องจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยเฉพาะแทนที่ศาลยุติธรรมอีกเล่า?

การที่ทุกฝ่าย รวมทั้งกระทรวงยุติธรรมด้วยเสนอให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะแทนที่ศาลยุติธรรมก็คงเป็นเพราะได้เล็งเห็นข้อบกพร่องของการให้ศาลยุติธรรมควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ถ้าระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมดังที่เป็นอยู่ในปัจจุบันเหมาะสมดีอยู่แล้ว กระทรวงยุติธรรม โดยคณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองคงจะไม่จัดทำร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองออกเสนอต่อสาธารณชนแข่งกับร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้จัดทำขึ้นตามนโยบายของรัฐบาลแต่คงจะคัดค้านการจัดตั้งศาลปกครองโดยตรงเลยทีเดียว

เท่าที่ได้ทำการสำรวจกันมา ระบบการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลยุติธรรมมีข้อบกพร่องที่เห็นประจักษ์บ้าง ไม่เห็นประจักษ์บ้าง อยู่ ๔ ประการด้วยกัน ดังนี้

๑) กฎหมายวิธีพิจารณาคความแพ่งซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เอกชนกับเอกชนเป็นคู่ความ และกฎหมายวิธีพิจารณาคความอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้ในการแสวงหาตัวผู้กระทำผิดอาญามาลงโทษ มีความยุ่งยากสลับซับซ้อนและทำให้คู่ความต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง ไม่เหมาะแก่การที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องการความรวดเร็วและประหยัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแสวงหาความจริงในกฎหมายวิธีพิจารณาทั้ง ๒ ฉบับดังกล่าวเน้นหนักไปในทาง"ระบบกล่าวหา"(Accusatory System)ซึ่งผลึกภาระการ

พิสูจน์ให้ตกอยู่แก่คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริง บันทอณกำลังใจของเอกชนที่จะเสนอปัญหาให้ศาลวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะโดยปกติแล้วฝ่ายปกครองเป็นผู้ครอบครองพยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความจริง

๒) มีหลายกรณีที่เอกชนไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยตรง เช่นไม่อาจฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับใดฉบับหนึ่งซึ่งการฝ่าฝืนเป็นความผิดอาญาไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมีข้อความขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บท หรือต่อรัฐธรรมนูญ แต่ต้องรอให้ตนเองถูกฟ้องเป็นจำเลยในข้อหาว่าฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองนั้นเสียก่อนจึงค่อยให้การต่อสู้ว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนจึงไม่เป็นความผิดทางอาญา อนึ่งคงไม่มีเอกชนคนใดเสี่ยงที่จะฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองเพียงเพื่อให้ได้มีโอกาสขอให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองฉบับนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นจึงอาจมีกฎหมายลำดับรองที่ออกมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แต่ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เพราะศาลไม่มีโอกาสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเลย

๓) ถึงแม้ว่าศาลจะพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็หาได้มีอำนาจเพิกถอนกฎหมายลำดับรองไม่ คงมีอำนาจแต่เพียงปฏิเสธที่จะนำกฎหมายลำดับรองนั้นมาบังคับแก่คดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น ดังนั้นกฎหมายลำดับรองนั้นจึงยังคงมีผลบังคับอยู่ และฝ่ายปกครองก็อาจใช้กฎหมายลำดับรองนั้นบังคับกับเอกชนคนอื่นต่อไปอีกก็ได้

อย่างไรก็ตาม ข้อบกพร่องทั้ง ๓ ประการข้างต้นคงไม่ใช่เหตุผลที่เพียงพอสำหรับการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะแทนที่ศาลยุติธรรม ทั้งนี้เพราะเป็นข้อบกพร่องที่อาจแก้ไขเยียวยาได้โดยการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นใช้บังคับ แล้วให้ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีปกครองไปตามนั้น ดังนั้นจึงน่าจะต้องมีข้อบกพร่องประการอื่นซึ่งไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ด้วยวิธีนี้ และข้อบกพร่องนั้นน่าจะ ได้แก่

๔) ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมได้รับการศึกษาอบรมให้มีความรู้และความชำนาญในกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาเท่านั้น ยังขาดความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรงกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน อีกทั้งยังขาดประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจในระดับที่ควรจะเป็น

ความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนที่กล่าวถึงนี้คงมิได้หมายความว่าถึงแต่เฉพาะความรู้ ความเข้าใจในเนื้อหาของพระราชบัญญัติเฉพาะแต่ละฉบับที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรม

ของเอกชนซึ่งบัญญัติขึ้นเป็นภาษาไทยและผู้พิพากษาซึ่งแตกฉานในภาษาไทยสามารถศึกษาทำความเข้าใจได้ด้วยตนเองเท่านั้น หากแต่ยังหมายถึงความรวมถึงความรู้ ความเข้าใจใน ข้อความคิดและหลักการพื้นฐาน(Basic Concepts and Principles)อันเป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธี (Legal Method)ของกฎหมายมหาชนด้วย นักกฎหมายไม่อาจตีความและใช้บทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ๓ ว่าด้วยเอกเทศสัญญาได้อย่างถูกต้องโดย ปราศจากความรู้ ความเข้าใจในข้อความคิดและหลักการพื้นฐานของกฎหมายแพ่งและ พณิชย์ตามที่บัญญัติไว้ในบรรพ ๑ และบรรพ ๒ หรือไม่อาจตีความและใช้บทบัญญัติใน ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิดและบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอื่นๆที่กำหนดความ ผิดและโทษทางอาญาได้อย่างถูกต้องโดยปราศจากความรู้ ความเข้าใจในข้อความคิดและ หลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาภาคทั่วไป ฉะนั้นได้แก่นั้น นักกฎหมายย่อมไม่อาจตีความและใช้พระราชบัญญัติเฉพาะต่างๆที่ให้อำนาจ ฝ่ายปกครองกระทำการได้อย่างถูกต้องโดยปราศจากความรู้ ความเข้าใจในข้อความคิดและ หลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน นักกฎหมายที่ขาดความรู้ความเข้าใจในข้อความคิด และหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชนและขาดประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจจึง อาจใช้และตีความพระราชบัญญัติเฉพาะต่างๆโดยคำนึงถึงแต่"ความจำเป็น"ของฝ่ายปกครอง จนสิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอ ก็ ได้ หรือคำนึงถึงแต่สิทธิ เสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนจนเป็นอุปสรรคต่อการ จัดทำบริการสาธารณะก็ได้

ความจริงข้อนี้ดู เหมือนว่ากระทรวงยุติธรรมเองก็ยังยอมรับ ดังจะเห็นได้ว่าร่าง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของกระทรวงนี้ได้กำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่มีสิทธิได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลปกครองไว้ว่าต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนหรือมีฉะนั้นก็ต้องเป็นผู้มีประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐ กิจ(ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของกระทรวงยุติธรรม มาตรา๒๐ และมาตรา๒๖)

โดยเหตุที่ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่าย ปกครองโดยศาลยุติธรรมมีข้อบกพร่องบางประการดังกล่าวข้างต้นนี้เองที่ทำให้เกิดการเมือง และนักกฎหมายในวงการต่างๆที่เล็งเห็นความสำคัญของการสถาปนาและการธำรงรักษาไว้ ซึ่ง"หลักนิติธรรม"หรือหลัก"การปกครองของกฎหมาย"ไม่ใช้"การปกครองของมนุษย์"ต่างก็เสนอ ให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะแทนที่ศาลยุติธรรม ศาลปกครองที่เสนอให้จัดตั้งขึ้นนี้เป็น"ศาล ชำนาญพิเศษ"กล่าวคือมีผู้พิพากษาที่มีความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชน มีประสพ

การณืเกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจ และมีวิธีพิจารณาคดีที่เรียบง่าย ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายมากนัก
แต่ขณะเดียวกันก็ไม่ทำให้เสียหายแก่การอำนวยความสะดวก

ปัญหาคงมีแต่เพียงว่าศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นนี้ควรอยู่ในระบบศาลยุติธรรม
ซึ่งเรียกว่า "ระบบศาลเดียว" หรือควรเป็นระบบศาลที่แยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมและคู่
ขนานกับระบบศาลยุติธรรมซึ่งเรียกว่า "ระบบศาลคู่" และควรให้หน่วยงานตุลาการของศาล
ปกครองอยู่ในสังกัดของกระทรวงใด

"ระบบศาลเดียว"⁸ เป็นระบบศาลที่มีศาลปกครองชั้นต้นเป็นศาลชำนาญพิเศษ
มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลชั้นต้นอื่นเช่นศาล
จังหวัด ศาลแพ่ง ศาลอาญา ฯลฯ แต่มีศาลสูงสุดเพียงศาลเดียวทำหน้าที่ควบคุมคำพิพากษา
ของศาลล่างทุกศาล รวมทั้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นด้วย ตามระบบนี้ คู่ความ
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นก็ต้องอุทธรณ์ต่อศาลฎีกา
เหมือนกับคู่ความในคดีอื่นๆ ในศาลฎีกาอาจมีองค์คณะหนึ่งซึ่งได้รับมอบหมายให้ควบคุม
คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นโดยเฉพาะก็ได้

"ระบบศาลคู่"⁹ เป็นระบบศาลปกครองชำนาญพิเศษที่แยกต่างหากและเป็น
อิสระจากระบบศาลยุติธรรมอย่างสิ้นเชิง กล่าวคือมีศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูง
สุดเป็นเอกเทศ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต้อง
อุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดและเมื่อศาลปกครองสูงสุดพิพากษาอย่างไรแล้วคดีเป็นอันถึงที่
สุด คู่ความจะอุทธรณ์ต่อศาลอื่นได้ไม่ได้อีกต่อไป ยิ่งกว่านั้น ยังมี "คณะกรรมการตุลาการศาล
ปกครอง" ทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่งและการลงโทษตุลาการ
ในศาลปกครองแยกต่างหากจาก "คณะกรรมการตุลาการ" (ก.ต.) ซึ่งทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบ
ในการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่งและการลงโทษผู้พิพากษาในศาลยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม
ศาลปกครองในระบบศาลคู่นี้ก็ยังคงต้องมีลักษณะของ "องค์กรตุลาการ" ครบถ้วน กล่าวคือมี
อิสระในการในการพิจารณาคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย ไม่ตกอยู่ใต้การบังคับบัญชาหรือการ
กำกับดูแลของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร

สำหรับหน่วยงานตุลาการของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองหรือศาลอื่นใดก็ตาม
นั้นประเทศต่างๆ สอนใหญ่ถือว่เป็นหน่วยงานทางบริหาร ดังนั้นจึงอาจให้อยู่ในสังกัดของ
กระทรวงใดก็ได้ อนึ่งสมควรกล่าวด้วยว่าสังกัดของหน่วยงานตุลาการของศาลปกครอง
ไม่ใช่เครื่องบ่งชี้ว่าศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นเป็นศาลปกครองในระบบศาลเดียวหรือ

⁸ Marcel WALINE, Précis de Droit administratif, Paris, Éditions Montchrestien, 1969, pp26-27

⁹ Ibid

ในระบบศาลคู่แต่อย่างใด ถึงแม้ว่าหน่วยงานตุลาการของศาลปกครองจะสังกัดกระทรวงอื่น นอกจากกระทรวงยุติธรรม แต่ถ้าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นอยู่ในความควบคุมของศาลฎีกา ศาลปกครองนั้นก็ยังคงเป็นศาลปกครองในระบบศาลเดียว กลับกัน ถึงแม้ว่าหน่วยงานตุลาการของศาลปกครองจะสังกัดกระทรวงยุติธรรม แต่ถ้าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นอยู่ในความควบคุมของศาลปกครองสูงสุดที่เป็นเอกเทศจากศาลฎีกา ศาลปกครองนั้นก็ยังคงเป็นศาลปกครองในระบบศาลคู่อยู่นั่นเอง

(๑) เปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้งหมดกับ

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งจัดทำขึ้นโดยคณะอนุกรรมการศึกษาแนวทางการจัดตั้งศาลปกครองที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้บัญชาให้แต่งตั้งขึ้นและร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งจัดทำขึ้นโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อที่สมควรหยิบยกมาทำการเปรียบเทียบอยู่ ประเด็นด้วยกัน ดังนี้

๑) โครงสร้างของศาลปกครอง

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของกระทรวงยุติธรรมกำหนดให้ศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นอยู่ในระบบศาลเดียว กล่าวคือให้จัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นเพื่อให้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลชั้นต้นอื่นๆ ที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไป แต่ไม่มีศาลปกครองสูงสุดเป็นเอกเทศจากศาลฎีกา รูปการณ์ก็คล้ายๆ กับศาลภาษี ศาลแรงงานและศาลเยาวชนและครอบครัวที่มีอยู่ในปัจจุบัน คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นมีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษานั้นต่อแผนกหนึ่งของศาลฎีกา เรียกว่า "ศาลฎีกาคดีปกครอง"¹⁰ การบริหารบุคคลากร เช่น การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษ ผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการ(ก.ต.) ทั้งนี้ เว้นแต่การแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งต้องแต่งตั้งจากบุคคลซึ่ง "คณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ" ได้คัดเลือก¹¹ คณะกรรมการนี้ ประกอบด้วย ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นประธาน รองประธานศาลฎีกาคดีปกครองเป็นรองประธาน ผู้นำฝ่ายค้าน ปลัดกระทรวงยุติธรรม ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดทบวงมหาวิทยาลัย อธิบดีผู้พิพากษาศาลปกครองกลาง อัยการสูงสุด

¹⁰ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีป. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๑๖ และ มาตรา ๑๒

¹¹ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีป. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๑๓

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาและนายกสภาทนายความ เป็นกรรมการ และเลขาธิการส่งเสริมงานตุลาการ เป็นกรรมการและเลขานุการ¹²

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดให้จัดตั้งศาลปกครองตามหลักการของ"ระบบศาลคู่" กล่าวคือเป็นระบบศาลที่คู่ขนานไปกับระบบศาลยุติธรรม มีศาลปกครอง ๒ ระดับได้แก่ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดที่เป็นเอกเทศจากศาลฎีกา¹³ คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่พอใจคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต้องใช้สิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษานั้นต่อศาลปกครองสูงสุดและเมื่อศาลปกครองสูงสุดพิพากษาอย่างไรแล้วคดีเป็นอันถึงที่สุด¹⁴ การบริหารบุคคลลากรอยู่ในความรับผิดชอบของ"คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง"ซึ่งประกอบด้วย ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธาน ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดด้วยกันจำนวนหกคน ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับเลือกจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นด้วยกันจำนวนสี่คน กรรมการอื่นจำนวนสามคนซึ่งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสมาชิกเลือกขึ้นสภาละหนึ่งคน และคณะรัฐมนตรีเลือกขึ้นอีกหนึ่งคน กรรมการอื่นเหล่านี้จะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อาจารย์ผู้สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยของรัฐหรือผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลอื่นซึ่งมิใช่ตุลาการศาลปกครอง ทั้งนี้โดยมีเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นกรรมการและเลขานุการ¹⁵

ย่อมเป็นทีคาดเดากันได้ล่วงหน้าว่าหน่วยงานตุลาการของศาลปกครองตามร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมสังกัดกระทรวงยุติธรรมและตามร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสังกัดสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

๒) คุณสมบัติของผู้พิพากษาและการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลปกครอง

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้ง๒ฉบับมีเจตนารมณ์ที่เหมือนกัน กล่าวคือให้ศาลปกครองที่จะจัดตั้งขึ้นเป็นศาลชำนาญพิเศษ ดังนั้นจึงกำหนดให้แต่งตั้งผู้ที่มีความรู้ ความเข้าใจในกฎหมายมหาชนและ/หรือมีประสบการณ์เกี่ยว

¹²ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๕

¹³ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๕

¹⁴ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๕๑

¹⁵ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๒๕

กับการบริหารรัฐกิจในระดับที่ดีพอสมควรเป็นผู้พิพากษา แต่อย่างไรก็ตาม แต่ละฉบับก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียด ดังนี้

-ตามร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรม ผู้พิพากษาในศาลปกครองชั้นต้นมีอยู่ ๒ ประเภทคือ "ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำ"และ"ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ"¹⁶

ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำจะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯแต่งตั้งด้วยความเห็นชอบของ ก.ต. จากบุคคลดังต่อไปนี้¹⁷

(๑)ข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ(ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม)ผู้ได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าชั้น ๕ ซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาทางด้านการบริหารและการปกครอง

(๒)ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่ต่ำกว่าหนึ่งวาระ

(๓)ข้าราชการอัยการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการซึ่งดำรงตำแหน่งและได้รับเงินเดือนไม่ต่ำกว่าที่ ก.ต. กำหนด

(๔)พนักงานคดีปกครองชั้น๓ (เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการของศาลปกครอง เทียบเท่ากับข้าราชการพลเรือนสามัญระดับ ๙-๑๑ มีหน้าที่ช่วยเหลือในการดำเนินการพิจารณาคดีปกครอง และมีหน้าที่สรุปสำนวนและทำความเข้าใจในประเด็นแห่งคดีเสนอผู้พิพากษาศาลปกครองเพื่อประกอบการพิจารณากรณีที่ผู้พิพากษาศาลปกครองจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น)

ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำที่แต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเมื่ออยู่ในตำแหน่งได้ระยะหนึ่งแล้ว จะโอนกลับไปเป็นผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอื่นเช่นศาลแพ่ง ศาลอาญา ฯลฯตามเดิมก็ได้ แต่ผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำที่แต่งตั้งจากผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ ข้าราชการอัยการและพนักงานคดีปกครองจะโอนไปเป็นผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอื่นไม่ได้¹⁸

ส่วนผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒินั้นจะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งคณะกรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิได้คัดเลือก¹⁹ ผู้ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวอาจคัดเลือกให้เป็นผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิต้อง²⁰เป็นผู้มีคุณสมบัติทั่วไปที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบ

¹⁶ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๑๗

¹⁷ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๐

¹⁸ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๒

¹⁹ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๓

²⁰ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๕

ข้าราชการพลเรือน แต่ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบปี และต้องมีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) เคยรับราชการไม่ต่ำกว่ารองอธิบดี ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือในตำแหน่งที่เทียบเท่ากับตำแหน่งดังกล่าว หรือ

(๒) เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนในหมวดวิชากฎหมายมหาชน หมวดวิชารัฐศาสตร์หรือหมวดวิชารัฐประศาสนศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับการปกครอง การบริหารราชการ การบริหารการคลัง หรือหมวดวิชาอื่นที่ ก.ต. เห็นว่าเกี่ยวข้องกับวิชาที่ใช้ในศาลปกครอง ในสถาบันการศึกษาของรัฐในระดับมหาวิทยาลัยมาแล้วรวมกันไม่น้อยกว่าสิบห้าปี

และต้องไม่มีลักษณะต้องโทษในขณะดำรงตำแหน่ง²¹หลายประการ กล่าวคือไม่เป็นข้าราชการการเมือง กรรมการพรรคการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น เจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ หรือเป็นผู้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอย่างอื่นซึ่ง ก.ต. จะได้กำหนดว่าเป็นอาชีพหรือวิชาชีพที่ขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาศาลปกครอง

ผู้พิพากษาผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปี แต่เมื่อพ้นออกจากตำแหน่งตามวาระไปแล้ว อาจได้รับแต่งตั้งอีกได้²²

-ตามร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งกำหนดให้มีศาลปกครอง ๒ ระดับคือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดนั้น ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองทุกระดับต้องมีคุณสมบัติทั่วไปที่เหมือนกันคือ เป็นผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางนิติศาสตร์สาขากฎหมายมหาชนหรือมีความรู้ในทางรัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือการบริหารราชการแผ่นดิน²³ และต้องมีคุณสมบัติเฉพาะที่แต่งตั้งกันออกไป กล่าวคือ

ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ต้องมีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้²⁴

(๑) รับราชการหรือเคยรับราชการเป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

²¹ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๗

²² ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๘ วรรคสอง

²³ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๑๐ และ ๑๓

²⁴ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๑๓

(๒) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งพนักงานคดีปกครอง(เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายธุรการของศาลปกครองทำหน้าที่เป็นผู้ดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง และคำชี้แจงของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องเสนอต่อตุลาการเจ้าของสำนวน)ในระดับที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๓) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลหรือเทียบเท่า หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารกลาง

(๔) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสี่ปีในตำแหน่งอัยการพิเศษประจำกรม

(๕) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอธิบดีหรือเทียบเท่า

(๖) เป็นหรือเคยเป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน ในสถาบันการศึกษาของรัฐในระดับมหาวิทยาลัยมาแล้วไม่น้อยกว่าหกปี

ผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องมีคุณสมบัติอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้²⁵

(๑) เป็นหรือเคยเป็นกรรมการร่างกฎหมายหรือกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มาแล้วไม่น้อยกว่าสองปี

(๒) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสี่ปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

(๓) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือเทียบเท่า หรือตุลาการพระธรรมนูญศาลทหารสูงสุด

(๔) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอัยการพิเศษประจำเขตหรือเทียบเท่า

(๕) รับราชการหรือเคยรับราชการมาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่า

(๖) เป็นหรือเคยเป็นอาจารย์สอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน ในสถาบันการศึกษาของรัฐ ในระดับมหาวิทยาลัยมาแล้วไม่น้อยกว่าสิบปี

²⁵ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

อนึ่ง ตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม
ในขณะดำรงตำแหน่ง ดังต่อไปนี้²⁶

(๑) เป็นข้าราชการอื่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

(๒) เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ

(๓) เป็นผู้ดำรงตำแหน่งในทางการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่น กรรมการหรือผู้ดำรง
ตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมือง หรือเจ้าหน้าที่ใน
พรรคการเมือง

(๔) เป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจหรือกิจการอื่นของรัฐ เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากคณะ
กรรมการตุลาการศาลปกครอง

(๕) เป็นกรรมการ ผู้จัดการ หรือที่ปรึกษากฎหมายหรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะ
งานคล้ายคลึงกันในห้างหุ้นส่วนบริษัท หรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพออย่างอื่นหรือประกอบ
การใดๆ อันขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองกำหนด

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเป็นผู้พิจารณาคัดเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติและ
มีความเหมาะสมที่จะแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครอง หลังจากนั้น ถ้าเป็นบุคคลที่จะแต่งตั้ง
เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณา
โปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป²⁷ แต่ถ้าเป็นบุคคลที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด
ให้เสนอรายชื่อเพื่อขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภา ตาม
ลำดับ เมื่อได้รับความเห็นชอบแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระ
กรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป²⁸

การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด
ต้องกระทำโดยวิธีการเดียวกันกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด²⁹ ส่วนการแต่งตั้ง
ตุลาการศาลปกครองสูงสุดให้ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการหัว
หน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นให้ดำรงตำแหน่ง

²⁶ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
มาตรา ๑๐ วรรคสองและ๑๓ วรรคสอง

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
มาตรา ๑๕

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

²⁸ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
มาตรา ๑๑

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

²⁹ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
มาตรา ๑๑ วรรคสาม

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น ต้องกระทำโดยวิธีการเดียวกันกับการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น³⁰

สมควรตั้งไว้เป็นข้อสังเกตด้วยว่า ตามร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการการกฤษฎีกา ไม่มีผู้พิพากษาผู้ทรงคุณวุฒิ คงมีแต่ผู้พิพากษาซึ่งรับราชการประจำเท่านั้น เมื่อข้าราชการคนใดได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลปกครองก็ต้องขาดจากหน่วยงานต้นสังกัดเดิมอย่างสิ้นเชิง

๓) มาตรการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้ง ๒ ฉบับกำหนดหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลปกครองไว้เหมือนกันในสาระสำคัญอยู่ประการหนึ่งคือ ให้การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาในศาลปกครองพ้นจากตำแหน่ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน และการลงโทษผู้พิพากษาทางวินัยต้องมี "ข้อเสนอแนะ" (Proposition) หรือได้รับ "ความเห็นชอบ" (Approval) ของ "คณะกรรมการตุลาการ" ซึ่งกรรมการทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ได้รับวารเลือกจากบรรดาตุลาการด้วยกันและซึ่งเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติทั้ง ๒ ฉบับก็มีความแตกต่างกันในรายละเอียดอันสมควรยกขึ้นมาตั้งไว้เป็นข้อสังเกต ดังต่อไปนี้

-ร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นซึ่งรับราชการประจำ มีฐานะเป็นข้าราชการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ³¹ ดังนั้นผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นซึ่งรับราชการประจำจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการเหมือนกับผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมอื่นโดยทั่วไป กล่าวคืออาจถูกโยกย้ายจากศาลหนึ่งไปเป็นผู้พิพากษาในอีกศาลหนึ่งได้โดยที่ผู้พิพากษาคคนนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจสั่งให้ผู้พิพากษาไปช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าตำแหน่งที่ผู้พิพากษาคคนนั้นดำรงอยู่ได้ไม่เกินหกเดือนโดยไม่ต้องขอความเห็นชอบของกต. ก่อน เพียงแต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมต้องแจ้งให้กต. ทราบเท่านั้น³² อนึ่งข้อที่น่าเป็นห่วงอย่างยิ่งก็คือการกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งคราวละ ๕ ปี เมื่อออกตามวาระไปแล้วอาจได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้พิพากษาศาลปกครองชั้นต้นซึ่งรับ

³⁰ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๑๑ วรรคสี่และ๑๕ วรรคสอง

³¹ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๒

³² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. ๒๕๒๑ แก้ไขเพิ่มเติมโดย(ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๒๑ และ(ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๒๓ มาตรา ๒๑

ราชการประจำหรือให้เป็นผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิอีกก็ได้³³ มีเหตุผลชวนให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าการกำหนดเช่นนี้จะทำให้ผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิขาดความเป็นอิสระ เพราะต้องคอย"ประจบสอพลอ"ผู้มีอำนาจแต่งตั้งอยู่ตลอดเวลาเพื่อให้ตนได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาศาลปกครองซึ่งรับราชการประจำหรืออย่างน้อยก็เป็นผู้พิพากษาศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิอีกวาระหนึ่ง

ในร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีหลักการวางไว้อย่างชัดเจนว่าผู้พิพากษาศาลปกครองมีความมั่นคงในตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ เช่นนายกรัฐมนตรีจะสั่งให้ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไปปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับกรรมการร่างกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประสิทธิภาพของตุลาการในศาลปกครองได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้นั้นและได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองแล้ว³⁴ ประธานศาลปกครองสูงสุดจะแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้ทำการแทนในตำแหน่งที่ว่างในศาลปกครองสูงสุดหรือในศาลปกครองชั้นต้น หรือแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นให้ทำการแทนในตำแหน่งที่ว่างในศาลปกครองชั้นต้นอื่นได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้นั้นก่อน³⁵ เป็นต้น

๔) เขตอำนาจของศาลปกครอง

-ศาลปกครองตามร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ดังต่อไปนี้³⁶

(๑)คดีที่ฟ้องขอให้ยกเลิกกฎ³⁷หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง³⁸ทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎทบวง ประกาศกระทรวง หรือ

³³ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๒๐ และ ๒๔ วรรคสอง

³⁴ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๑๙ วรรคสอง

³⁵ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๒๐

³⁶ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๔

³⁷หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง กฎทบวง กฎ ก.พ. ข้อบัญญัติ เทศบัญญัติ ประกาศ ระเบียบ ข้อบังคับ หรือกฎที่เรียกชื่ออย่างอื่นอันมีลักษณะทำนองเดียวกันกับที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออก(ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๔)

³⁸หมายความว่า คำสั่ง คำวินิจฉัย หรือหนังสือสำคัญในทางปกครองที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออกอันมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล(ดูร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๔)

ประกาศทวง ให้ศาลปกครองชั้นต้นทำความเห็นและส่งสำนวนไปยังศาลฎีกาคดีปกครอง เพื่อพิจารณาพิพากษาโดยเร็ว

(๒) คดีที่ฟ้องขอให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ปฏิบัติการไปตามอำนาจหน้าที่โดยชอบและคดีที่ฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบ

(๓) คดีที่ฟ้องเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานซึ่งมีวัตถุประสงค์โดยตรงในการดำเนินการบริการสาธารณะ

(๔) คดีที่กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

คดีดังกล่าวข้างต้น ถ้าโจทก์เรียกค่าสินไหมทดแทนมาด้วย หรือฟ้องเรียกเฉพาะค่าสินไหมทดแทนก็ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในเรื่องค่าสินไหมทดแทนนั้นได้ด้วย

-ตามร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้แก่³⁹ คดีที่มีข้อพิพาททางกฎหมายปกครองระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน เกี่ยวกับการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติ หรือเกี่ยวกับการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ หรือสัญญาทางปกครอง(ซึ่งได้แก่ สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้คู่สัญญาเข้าดำเนินการบริการสาธารณะ สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคหรือสัญญาที่มีกฎหมายกำหนดให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง) แต่ไม่รวมถึงคดีที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลทหาร และศาลอื่น

ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้⁴⁰

(๑) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการให้มีการปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) ละเลยต่อหน้าที่

³⁹ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๖

⁴⁰ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๔๙

(ข) ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(๒) สั่งให้เพิกถอนคำสั่งหรือกฎหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(ก) กระทำการโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่

(ข) กระทำการไม่ถูกต้องตามแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรณันั้น

(ค) กระทำการโดยไม่สุจริตหรือใช้ดุลพินิจไม่ชอบ หรือ

(ง) กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๓) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่นๆไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใด

ในกรณีที่มีคำสั่งตาม(๑)หรือ(๓)ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าปรับเป็นรายวันไม่เกินวันละสามหมื่นบาทสำหรับผู้ฝ่าฝืนจนกว่าจะได้ปฏิบัติตามคำสั่งนั้น

ในการบังคับตาม(๒)ศาลปกครองมีอำนาจระบุว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวตามความเหมาะสมในราชกิจจานุเบกษา

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งให้ผู้ใดชำระเงินตามข้อผูกพันหรือความรับผิดชอบดี หรือชำระค่าปรับ ถ้าผู้นั้นไม่ชำระ ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ และให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

๕) วิธีพิจารณาคดีปกครอง

วิธีพิจารณาคดีปกครองตามร่างพระราชบัญญัติทั้งฉบับวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า การพิจารณาคดีต้องเปิดเผย (Publicity) กล่าวคือเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ ต้องฟังความทุกฝ่าย (audi alteram partem) กล่าวคือ เปิดโอกาสให้คู่ความแต่ละฝ่ายนำพยานหลักฐานมาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนและ/หรือหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้ และศาลปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาหรือคำสั่งของตน (Duty to give reasons) อันเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ยิ่งกว่านั้นร่างพระราชบัญญัติทั้งฉบับยังมีลักษณะเด่นรวมกันอยู่อีกประการหนึ่งคือไม่เน้นที่ "ระบบกล่าวหา" (Accusatory System) ซึ่งยึดหลักที่ว่าใครกล่าวอ้างข้อเท็จจริงใด ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ

ความมีอยู่ของข้อเท็จจริงนั้น (actori incumbit probatio) ผู้พิพากษามีได้มีบทบาทในการแสวงหาความจริงแห่งคดีมากมายนัก แต่เน้นที่ "ระบบไต่สวน" (Inquisitorial System)⁴¹ ซึ่งเป็นระบบที่ให้ผู้พิพากษามีบทบาทในการแสวงหาความจริงแห่งคดี จริงอยู่ เอกชนที่เป็นโจทก์ฟ้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำหรือการละเว้นกระทำการของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมีหน้าที่นำสืบก่อน แต่เอกชนไม่จำเป็นต้องนำสืบให้ศาลเชื่อโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัย อย่างไรก็ตามข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างมาในคำฟ้องนั้นมืออยู่จริง เพียงแต่นำสืบให้ศาลเห็นว่ามีมูลน่าเชื่อว่าข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างมาในคำฟ้องน่าจะมีอยู่จริง หลังจากนั้นศาลก็จะผลัดภาระการพิสูจน์หักล้างให้ฝ่ายปกครอง โดยเรียกให้ฝ่ายปกครองส่งข้อมูลข่าวสารอย่างใดก็ตามที่ศาลเห็นว่าน่าจะเป็นประโยชน์แก่การพิสูจน์ความจริง และถ้าฝ่ายปกครองปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือ ศาลก็จะถือว่าข้อเท็จจริงที่เอกชนกล่าวอ้างมาในคำฟ้องมีอยู่จริง เหตุที่การแสวงหาความจริงแห่งคดีปกครองต้องเน้นที่ระบบไต่สวนก็เพราะว่าคดีประเภทนี้พยานหลักฐานต่างๆที่เป็นประโยชน์แก่การพิสูจน์ความจริงส่วนใหญ่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองซึ่งโดยปกติแล้วจะอยู่ในฐานะจำเลย ถ้าบังคับให้เอกชนซึ่งเป็นโจทก์ต้องนำสืบถึงขนาดให้ศาลเชื่อโดยปราศจากเหตุอันควรสงสัยอย่างใดก็ตามว่าข้อเท็จจริงที่ตนกล่าวอ้างมาในคำฟ้องมีอยู่จริง เอกชนก็จะอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบฝ่ายปกครองเป็นอย่างยิ่ง กระนั้นก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติทั้งฉบับก็มีความแตกต่างกันอย่างเด่นชัด กล่าวคือ

ร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมกำหนดให้ใช้ระบบการพิพากษาคดีชั้นเดียว เมื่อสรุปสำนวนแล้วเสร็จ องค์คณะผู้พิพากษาก็จะประชุมปรึกษาว่าจะตัดสินคดีอย่างไร คำพิพากษาเป็นไปตามความเห็นของผู้พิพากษาฝ่ายข้างมาก ไม่มีระบบการค้านำมาตัดสินคดีของผู้พิพากษาแต่อย่างใด จริงอยู่ ร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้มีพนักงานคดีปกครองอย่างน้อยหนึ่งคนมีหน้าที่ช่วยเหลือในการดำเนินการพิจารณาคดีปกครอง และมีหน้าที่สรุปสำนวนและทำความเห็นในประเด็นแห่งคดีเสนอผู้พิพากษาศาลปกครองเพื่อประกอบการพิจารณาก่อนที่ผู้พิพากษาศาลปกครองจะวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น⁴² แต่เนื่องจากพนักงานคดีปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการ ไม่ได้มีฐานะเป็นตุลาการ ดังนั้นจึงจะว่าเป็นระบบการให้ผู้พิพากษาคานอำนาจตัดสินคดีของผู้พิพากษาคงไม่ได้ จะเป็นได้ก็แต่เพียงระบบการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการคานอำนาจตัดสินคดีของผู้พิพากษาเท่านั้น

⁴¹ Charles DEBBASCH, op. cit., pp. 485-480

⁴² ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ... ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๕๐

-ในทางตรงกันข้าม จะพบว่าในร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีระบบการคานอำนาจตัดสินคดีของผู้พิพากษาที่น่าสนใจมาก ดังจะเห็นได้ว่า⁴³ เมื่อได้รับคำฟ้องแล้ว ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดหรืออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นส่งสำนวนคดีให้ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดหรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นแล้วแต่กรณี เพื่อแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งเป็น"ตุลาการเจ้าของสำนวน"และดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไป ตุลาการเจ้าของสำนวนจะทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นในข้อกฎหมายต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา ตลอดจนดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ทั้งนี้โดยมีพนักงานคดีปกครองเป็นผู้ช่วย เมื่อตุลาการผู้รับผิดชอบสำนวนได้ทำการสรุปสำนวนและทำความเข้าใจทางกฎหมายเบื้องต้นว่าประเด็นแห่งคดีมีอยู่อย่างไรแล้วก็จะส่งสำนวนและความเห็นนั้นให้แก่ผู้พิพากษาอีกคนหนึ่งซึ่งไม่อยู่ในองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เรียกว่า"ผู้แถลงคดี" ผู้พิพากษาคดีนี้มีหน้าที่ทำคำแถลงการณ์สรุปข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย พร้อมทั้งเสนอข้อคิดเห็นของตนเกี่ยวกับแนวทางการวินิจฉัยคดีต่อองค์คณะผู้พิพากษา หลังจากนั้นองค์คณะผู้พิพากษาก็จะนัดพิจารณาคดี โดยในวาระเริ่มแรก ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะจะให้คู่ความแถลงการณ์ด้วยวาจาสรุปความเห็นของตนต่อศาล จากนั้นก็จะให้ผู้พิพากษาผู้แถลงคดีอ่านคำแถลงการณ์ของตน เสร็จแล้วองค์คณะก็จะประชุมปรึกษาคดีและอ่านคำพิพากษาให้คู่ความฟัง จะเห็นได้ว่าในระบบการพิพากษาคดีตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการคานอำนาจตัดสินคดีของผู้พิพากษาโดยตลอด ผู้พิพากษาที่เข้ามารับผิดชอบดำเนินกระบวนการในชั้นตอนหลังจะตรวจสอบความเห็นและเหตุผลของผู้พิพากษาซึ่งรับผิดชอบดำเนินกระบวนการในชั้นตอนแรกและจะพิพากษาคดีให้ผิดแผกแตกต่างไปจากความเห็นของผู้พิพากษาซึ่งรับผิดชอบดำเนินกระบวนการในชั้นตอนแรกได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุผลที่หนักแน่นกว่าเท่านั้น

๖) วิธีการระงับการขัดกันแห่งเขตอำนาจและแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองกับศาลอื่น

การจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเพื่อให้ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไป ไม่ว่าจะศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นจะอยู่ใน"ระบบศาลเดียว" หรือ "ระบบศาลคู่" ก็ตาม ย่อมก่อให้เกิดปัญหาการขัดแย้งกันในเรื่องเขตอำนาจของศาลปกครองกับศาลอื่นๆ อยู่ไม่มากก็น้อย เช่นเอกชนคนหนึ่งฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองเห็นว่าคดีนั้นไม่อยู่ในอำนาจของตนจึงปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา หรือเอกชนคนหนึ่งฟ้องคดีต่อศาลแพ่งหรือศาล

⁴³ ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๓๖, ๓๘ และ ๔๐

จังหวัด ศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดเห็นว่าคดีนั้นไม่อยู่ในอำนาจของตนจึงปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา หรือศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษา แต่ฝ่ายปกครองแย้งว่าคดีนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลแพ่งหรือศาลจังหวัดฯ ทำนองเดียวกันคำพิพากษาของศาลปกครองก็อาจขัดหรือแย้งกับคำพิพากษาของศาลอื่นได้เช่น สมมติว่าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับหนึ่งบัญญัติห้ามมิให้ราษฎรกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือนและปรับไม่เกินห้าพันบาท เอกชนคนหนึ่งฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนข้อบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองเห็นว่าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับนี้ชอบด้วยกฎหมาย ไม่มีเหตุให้เพิกถอน พิพากษายกฟ้อง คดีถึงที่สุดต่อมาเอกชนอีกคนหนึ่งถูกอัยการฟ้องขอให้ศาลลงโทษจำคุกและปรับในข้อหากระทำการฝ่าฝืนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับนี้ จำเลยรับสารภาพว่าได้กระทำการตามฟ้องจริง แต่ให้การต่อสู้ว่าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ตนฝ่าฝืนข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่มีความผิดทางอาญา ขอให้ศาลพิพากษายกฟ้อง ศาลในคดีอาญาเห็นว่าข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครฉบับนี้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษายกฟ้อง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดวิธีการระงับการขัดกันแห่งเขตอำนาจและแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองกับศาลอื่น

ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองทั้ง๒ฉบับต่างก็กำหนดวิธีระงับการขัดกันแห่งเขตอำนาจของศาลปกครองกับศาลอื่นไว้ มีรายละเอียดแตกต่างกันดังนี้

-ร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรมกำหนดว่า⁴⁴

"ในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีใดจะอยู่ในอำนาจศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมอื่นให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้วินิจฉัย หากเป็นปัญหาระหว่างศาลปกครองกับศาลอื่นให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของประธานศาลฎีกาหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เป็นที่สุด

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลที่รับเรื่องทำความเห็นและส่งความเห็นตามทางไปยังประธานศาลฎีกาหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แล้วแต่กรณี เพื่อมีคำวินิจฉัยว่าคดีนั้นอยู่ในอำนาจของศาลใด"

-ส่วนร่างพระราชบัญญัติของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดว่า⁴⁵

⁴⁴ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของกระทรวงยุติธรรม มาตรา ๔๔

⁴⁵ร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มาตรา ๔

"ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใดและคดีนั้นยังไม่ถึงที่สุด เมื่อคู่ความร้องว่าคดีนั้นหรือประเด็นใดในคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ถ้าศาลนั้นมีคำสั่งว่ากรณีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลนั้น ให้คู่ความมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ศาลนั้นมีคำสั่ง ในกรณีนี้ให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาทำความเห็นเสนอต่อศาลปกครองสูงสุด ถ้าศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณิดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ให้ดำเนินการส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ในกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลใดและศาลนั้นเห็นว่าคดีนั้นหรือประเด็นใดในคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ให้ศาลนั้นรอการพิจารณาไว้ชั่วคราวและส่งกรณิดังกล่าวให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณา ในกรณีนี้ ให้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาทำความเห็นเสนอต่อศาลปกครองสูงสุด ถ้าศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณิดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลที่ส่งกรณีนั้นมา ให้ดำเนินการส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ให้นำความในวรรคหนึ่งและวรรคสอง มาใช้บังคับแก่กรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองและศาลปกครองหรือคู่ความในคดีนั้นเห็นว่าคดีหรือประเด็นในคดีนั้นอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นด้วยโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลปกครองหรือศาลใดมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดไม่รับหรือให้ยกฟ้องเพราะเหตุคดีไม่อยู่ในเขตอำนาจศาล ถ้าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการศึกษาหรือจะครบกำหนดก่อนหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นถึงที่สุด ให้ขยายอายุความออกไปจนถึงหกสิบวันภายหลังมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเช่นนั้น"

อย่างไรก็ตามร่างพระราชบัญญัติทั้ง ๒ ฉบับมิได้กำหนดวิธีระงับความขัดแย้งแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองกับคำพิพากษาของศาลอื่นไว้เลย ในกรณีที่จัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลเดี่ยวตามร่างพระราชบัญญัติของกระทรวงยุติธรรม โดยให้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นอยู่ในความควบคุมของศาลฎีกาเหมือนกับคำพิพากษาของศาลอื่น การระงับความขัดแย้งแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองกับคำพิพากษาของศาลอื่นคงกระทำได้โดยศาลฎีกานั้นเอง แต่ในกรณีที่จัดตั้งศาลปกครองตามระบบศาลคู่การระงับการขัดแย้งแห่งคำพิพากษาของศาลปกครองกับคำพิพากษาของศาลอื่นก็น่าจะให้อยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะชี้ขาดว่าจะให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลใด

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการจัดตั้งศาลปกครองตามหลักการของระบบศาลคู่ ทั้งนี้โดยเชื่อว่าระบบศาลคู่ น่าจะเอื้ออำนวยให้ศาลปกครองสามารถพัฒนาไปเป็น "ศาลชำนาญพิเศษ" ที่แท้จริงได้ ประสิทธิภาพของการจัดตั้งศาลแรงงานและศาลภาษีในระบบศาลเดี่ยวได้แสดงให้เห็นกันมาแล้วว่าศาลเหล่านี้เป็นศาลชำนาญพิเศษก็แต่เพียงชื่อเท่านั้น ในสาระศาลแรงงานและศาลภาษีที่แท้จริงแล้วก็คือศาลแพ่งนั่นเอง เพียงแต่ว่าการพิจารณาพิพากษา

คดีแรงงานและคดีภาษีนั้นดำเนินไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาความพิเศษ "ศาลชำนาญพิเศษ" คงไม่ได้หมายความว่าถึงแต่เฉพาะคำที่ใช้เรียกชื่อศาลและผู้พิพากษาในศาลนั้นเท่านั้น แต่ที่สำคัญน่าจะหมายถึง "คลังแห่งความรู้และประสบการณ์ทางกฎหมาย" ที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ตกทอดจากผู้พิพากษารุ่นหนึ่งสู่ผู้พิพากษาอีกรุ่นหนึ่งหรืออีกนัยหนึ่ง" แหล่งเพาะและขยายปริมาณคลังแห่งความรู้ทางกฎหมายแขนงนั้น" นั้นเอง⁴⁶ สำหรับปัญหาว่าจะให้หน่วยงานทางตุลาการของศาลปกครองอยู่ในสังกัดของกระทรวงใด ผู้เขียนไม่ใคร่จะติดใจมากนัก เพราะปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาทางนโยบาย การกำหนดให้หน่วยงานทางตุลาการของศาลปกครองอยู่ในสังกัดของกระทรวงอื่นนอกจากกระทรวงยุติธรรมไม่ได้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอันเป็นหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญที่นักกฎหมายบางท่านยกขึ้นมาอ้างแต่อย่างใดเลย⁴⁷ อันที่จริงแล้ว การตัดสินใจว่าจะหน่วยตุลาการของศาลปกครองอยู่ในสังกัดกระทรวงใด ควรคำนึงถึงภารกิจของหน่วยตุลาการของศาลปกครองว่านอกจากจะต้องรับผิดชอบงานตุลาการของศาลปกครองโดยทั่วไป เช่น การส่งคำฟ้องและคำให้การ การส่งหมายเรียกบุคคลมาให้การเป็นพยาน การบังคับคดี ฯลฯ แล้ว ยังต้องทำการศึกษาวิจัยเพื่อให้การสนับสนุนศาลปกครองในทางวิชาการ และเพื่อเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย กฎและระเบียบต่างๆ ของทางราชการให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา อีกด้วย

⁴⁶หนึ่งในหลายๆ เหตุที่ทำให้ศาลแรงงานและศาลภาษีไม่อาจพัฒนาไปเป็นศาลชำนาญพิเศษที่แท้จริงได้ก็คือการที่ศาลเหล่านี้ไม่มีผู้พิพากษาประจำ ต้องยืมมาจากศาลอื่น เช่น จากศาลแพ่ง ศาลอาญา ฯลฯ และเมื่ออยู่ในศาลเหล่านี้ได้สักระยะหนึ่งแล้วก็ต้องโอนย้ายกลับไปศาลแพ่ง ศาลอาญาตามเดิมเพื่อความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน ผู้พิพากษาในศาลแรงงานหรือศาลภาษีจึงไม่เห็นความจำเป็นต้องพัฒนาตนเองให้มีความรู้ ความชำนาญในกฎหมายแรงงานหรือกฎหมายภาษี แต่อย่างใด เว้นแต่ผู้พิพากษาที่มีความเป็นนักวิชาการอยู่ในตัวหรืออีกนัยหนึ่งเป็นอาจารย์พิเศษในสถาบันการศึกษาต่างๆ ด้วย

⁴⁷ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ, ใน วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ ๒๕ ฉบับที่ ๓ กันยายน ๒๕๓๗, หน้า ๕๖๗-๕๘๒

