



บทที่ 2

วิวัฒนาการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง

วิวัฒนาการและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง มีความแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์และระบบกฎหมายของแต่ละประเทศ สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ระบบ ใหญ่ ๆ คือ ประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law System) และประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Common Law System) อย่างไรก็ตามวิธีพิจารณานั้น มีความสำคัญและมีความจำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการพิจารณาคดี โดยวิธีพิจารณาคดีแต่ละประเภทก็มีความแตกต่างกันออกไปตามวัตถุประสงค์ของแต่ละคดี ซึ่งหลักการพิจารณาของคดีรัฐธรรมนูญ และคดีปกครองมีหลักการหรือแนววิธีพิจารณาที่เหมือนกันหลายประการ เช่น หลักปราศจาก ความลำเอียงหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หลักฟังความทุกฝ่าย หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย หลักการได้สวนและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลกัน เป็นต้น ทั้งนี้วิธีพิจารณาจะดีหรือไม่ดีขึ้นอยู่กับผู้กำหนดวิธีพิจารณาด้วย

การศึกษาในบทนี้ผู้เขียนจะได้ศึกษาถึงวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาของประเทศต่าง ๆ ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง และประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่น อังกฤษ รวมทั้งกล่าวถึงแนวความคิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง อันได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐ วัตถุประสงค์และหลักการพิจารณาคดีของศาล และแนวคิดเบื้องต้นในการให้อำนาจศาลกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง เช่น ความเป็นอิสระและความคล่องตัว เพื่อเป็นพื้นฐานในการที่จะศึกษาในบทต่อ ๆ ไป

2.1 อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐและแนวคิดเบื้องต้นในการให้ศาลกำหนดวิธีพิจารณา

2.1.1 อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐ

กฎหมายไม่ว่าในชาติใดหรือวัฒนธรรมใดก็ตาม ย่อมจะอุบัติขึ้นในยุคแรก ในรูปกฎหมายประเพณีทั้งนั้น กฎหมายประเพณีดังกล่าวนี้เรียกในทางวิชาการนิติศาสตร์ว่า “กฎหมายชาวบ้าน” (Volkrecht) ทั้งนี้เพราะกฎหมายประเพณีในยุคแรกเริ่มนั้นเป็นสิ่งที่อยู่ในความรู้สึกนึกคิดของประชาชนโดยทั่วไป เพราะเป็นสิ่งตกทอดมาแต่ปู่ยาตาทวด ที่เรียกว่า กฎหมายเก่าแก่ที่ดี

ของบรรพบุรุษ ทุกคนในสังคมยอมรับถึงขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีเหล่านี้ กฎหมายชาวบ้าน จึงนับว่าเป็นรูปแบบของกฎหมายรูปแบบแรก queปรากฏขึ้นในประวัติศาสตร์กฎหมายของมนุษยชน เป็นจุดเริ่มต้นของวิวัฒนาการของกฎหมายในยุคสมัยต่อ ๆ มา รวมถึงเรื่องอำนาจในการ ตรากฎหมายด้วย

วิวัฒนาการทางกฎหมายตั้งแต่อดีตจนถึงมีระบบกฎหมายอย่างในปัจจุบันได้ผ่านการเปลี่ยนแปลงทางความคิดทางรูปแบบและ โครงสร้างของกฎหมายมาหลายยุคหลายสมัย ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ในแง่นิติศาสตร์ประกอบกับประวัติศาสตร์กฎหมายแล้ว พอที่จะสรุปวิวัฒนาการ ของกฎหมายได้ 3 ยุค ดังนี้

1. ยุคกฎหมายชาวบ้าน (Volksrecht) กฎหมายในยุคนี้เป็นกฎเกณฑ์ความประพฤติ ที่ปรากฏออกมาในรูปของขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ซึ่งมีองค์ประกอบสองประการคือ องค์ประกอบภายนอก ต้องประพฤติดำเนินมาเป็นเวลานาน องค์ประกอบภายใน นั้นได้แก่ สิ่งที่ปฏิบัติได้รับการยอมรับกันในชุมชนว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง (opinio juris) ถ้าไม่ปฏิบัติเช่นนั้น ก็ถือว่าเป็นผิด กฎหมายในยุคนี้จึงเริ่มจากกฎเกณฑ์ประเพณีง่ายที่รู้จักกัน โดยทั่วไปเป็นกฎหมาย ที่ตกทอดกันมาแต่โบราณ ในยุคนี้กฎหมายกับศีลธรรมขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ไม่ได้แยก จากกัน เหตุผลทางกฎหมายเป็นเหตุผลธรรมคางของสามัญชน (สามัญสำนึก หรือ Simple Natural Reason) จึงเรียกว่าเป็นกฎหมายชาวบ้าน¹ ในยุคนี้จึงยังไม่มีควมจำเป็นในการตรากฎหมาย ด้วยเหตุนี้องค์กรที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายดังเช่นองค์กรนิติบัญญัติจึงยังไม่มี

2. ยุคกฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) หรือหลักกฎหมาย เป็นยุคที่ กฎหมายเจริญขึ้นต่อจากยุคแรก ยุคแรกคนยังไม่สามารถแยกกฎหมายออกจากศีลธรรม แต่พอมาถึง ยุคที่ 2 นี้ คนจะเริ่มมองเห็นว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์อีกแบบหนึ่ง ซึ่งแตกต่างจากศีลธรรมประเพณี โดยเฉพาะกฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีที่สำคัญ ในยุคนี้ถ้ามีใครที่ผิดล่วงละเมิด หลักเกณฑ์ที่สำคัญเหล่านี้ จะมีการถูกลงโทษในนามของชุมชนส่วนรวม กระบวนการบังคับ ตามกฎเกณฑ์เพื่อให้เกิดความถูกต้องและเป็นธรรมหรือ “กระบวนการยุติธรรม” จึงเกิดขึ้น ซึ่งกระบวนการยุติธรรมมี 2 ขั้นตอน คือการพิจารณาว่าใครผิดใครถูก ขั้นตอนนี้เรียกว่า

¹สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2540), หน้า 42.

“กระบวนการพิจารณาคดี” และขั้นที่สองเป็นการลงโทษผู้กระทำความผิด เรียกว่า “กระบวนการบังคับคดี” เกิดอำนาจตุลาการขึ้นมา² และจากการที่สังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น ฉะนั้นกระบวนการในการชี้ขาดข้อพิพาทของสมาชิกในสังคมจึงจำเป็นต้องมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตัดสินข้อพิพาท ซึ่งได้แก่ ผู้เฒ่าผู้แก่ของสังคมนั้น ๆ เมื่อมีข้อพิพาทมากขึ้นจึงเกิดความคิดที่จัดระบบแบ่งงานในสังคม โดยก่อให้เกิดบุคคลผู้มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท คือ ผู้พิพากษาขึ้นหนึ่ง ในการชี้ขาดข้อพิพาทหรือคดีนั้นใช้จารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้น ๆ แต่บางครั้งก็ไม่มีจารีตประเพณีที่จะนำมาปรับใช้ได้ ผู้พิพากษา ก็จะสร้างหลักขึ้นมาเอง จึงเกิดเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่เกิดจากการตัดสินคดีขึ้น อันเป็นที่มาของกฎหมายตามคำพิพากษา (Common Law)³

จากการที่มีกระบวนการชี้ขาดและบังคับคดีเป็นประจำติดต่อกันเป็นเวลานานจนทำให้มีกฎเกณฑ์เกิดขึ้นใหม่เป็นการเสริมกฎเกณฑ์เก่าที่มีอยู่ในรูปของขนบธรรมเนียมประเพณีเพื่อเติมแต่งให้มีรายละเอียด เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดในคดีที่สลับซับซ้อน เมื่อตัดสินคดีไปหลายคดีข้อที่เคยปฏิบัติในการพิจารณาคดีก็จะมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ กฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นใหม่นี้เราเรียกว่าเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็น “กฎหมายของนักกฎหมาย” (Juristenrecht)

กฎหมายของนักกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นเพิ่มเติมจากกฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมดั้งเดิม ต้องใช้เหตุผลละเอียดถี่ถ้วนในการวินิจฉัยชี้ขาด การชี้ขาดคดีความโดยค้นหาเหตุผลความถูกต้องเท่านั้น กฎเกณฑ์จึงจะค่อย ๆ พัฒนาขึ้นมาจากการค้นหาเหตุผลที่เหมาะสมโดยนักกฎหมายได้

กฎเกณฑ์ที่เกิดจากการคิดไตร่ตรองเปรียบเทียบของนักกฎหมายซึ่งเป็นรายละเอียดเพิ่มเติมจากกฎเกณฑ์ดั้งเดิมที่เป็นขนบธรรมเนียมประเพณีวินิจฉัยชี้ขาดคดีเช่นนี้ติดต่อกันเป็นเวลานาน วิธีค้นหาเหตุผลแบบนิติศาสตร์จึงค่อย ๆ ถูกพัฒนาก่อตัวขึ้นโดยมีเหตุผลปรุงแต่งทางกฎหมาย (Artificial Juristic Reason) จะเห็นได้ว่าในสองยุคที่กล่าวมานั้นกฎหมายกับกฎเกณฑ์ประเพณีค่อย ๆ ถูกพัฒนาก่อตัวขึ้นแล้วค่อย ๆ แยกออกจากกันอย่างเห็นได้ชัดเจนยิ่งขึ้นตามลำดับในที่สุดจึงเกิดมีวิชานิติศาสตร์และวิชาชีพนักกฎหมายเกิดขึ้นในยุคนี้⁴

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

³มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ), ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 9.

⁴สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 44.

อนึ่ง ในสังคมเมืองมนุษย์มีความเจริญถึงขั้นสามารถประดิษฐ์ตัวอักษรขึ้นใช้ได้ จึงมีการนำเอาจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายมาบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเช่น กฎหมายสิบสองโต๊ะของกรุงโรม แต่การบันทึกนี้มีใช้การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่ หากแต่เป็นเพียงนำเอาจารีตประเพณีที่ไม่มีการบันทึกไว้ มาบันทึกไว้เท่านั้น ผู้พิพากษาก็ได้ใช้จารีตประเพณีที่บันทึกไว้ตัดสินวินิจฉัยชี้ขาด แต่จารีตประเพณีที่มีอยู่นั้นมีจำกัด เมื่อเกิดปัญหาใหม่ ผู้พิพากษาก็ต้องหาทางแก้ไข คิดสร้างหลักขึ้นมาใหม่ นาน ๆ ไปก็ก่อให้เกิดวิธีคิด วิธีตีความกฎหมายจารีตประเพณีที่บันทึกเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่สิ่งที่บันทึกไว้นั้นไม่ครอบคลุมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาท วิธีการเช่นนี้ทำให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมาย มีหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาคิดค้นขึ้นเพื่อความเหมาะสมกับคดีที่เกิดขึ้นโดยหลักกฎหมายนั้นเกิดการใช้เหตุผล อันเกิดจากการศึกษาค้นคว้า ซึ่งต่างไปจากจารีตประเพณีเดิม ๆ ที่เกิดจากความรู้สึกผิดชอบของสามัญชน กฎหมายในยุคสังคมเมืองจึงเรียกว่า “กฎหมายของนักกฎหมาย”⁵

3. ยุคกฎหมายเทคนิคหรือยุคกฎหมายบัญญัติ (Technical Law)

เมื่อสังคมเจริญขึ้นการติดต่อของคนในสังคมมีมากขึ้น ข้อขัดแย้งก็มากขึ้น กฎเกณฑ์ที่เป็นขนบธรรมเนียมจารีตประเพณีมีไม่เพียงพอ และไม่ครอบคลุมถึงข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นทั้งหมด จะรอให้เกิดจารีตประเพณีก็คงไม่ทันการณ์ จึงจำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นมาใหม่เพื่อใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น กฎจราจร รวมทั้งเพื่อใช้ในการกำหนดกรอบความประพฤติของคนในสังคม

กฎเกณฑ์แบบนี้เป็นกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเจาะจงบางอย่างไม่เกี่ยวกับศีลธรรมขนบธรรมเนียมประเพณีและไม่เกี่ยวกับหลักกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ชุมชนจะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาทันทีทันใดเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าบางอย่าง กฎหมายที่ถูกตั้งขึ้นมานี้เรียกว่า “กฎหมายเทคนิค” โดยกฎหมายเทคนิคต้องมีลักษณะ 2 ประการ คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นทันทีเพื่อวัตถุประสงค์บางประการซึ่งเป็นเหตุผลทางเทคนิค (technical reason) และกฎเกณฑ์เหล่านั้นไม่มีหลักในทางศีลธรรม (moral reason) หรือหลักกฎหมายคอยสนับสนุนอยู่ กฎหมายเทคนิคเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการนิติบัญญัติ จึงมักจะเรียกว่า “กฎหมายส่วนบัญญัติ”

⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด รายพิมพ์, 2526), หน้า 8.

เมื่อมีกฎหมายเทคนิคก็เกิดปัญหาว่าใครมีอำนาจบัญญัติกฎหมาย ไม่ใช่ทุกคนทำได้ แต่ต้องเป็นผู้มีอำนาจซึ่งเป็นไปตามกาลสมัย ถ้าสมัยสมบูรณาญาสิทธิราช ผู้บัญญัติกฎหมายก็คือ พระมหากษัตริย์ สมัยใหม่ก็มีการแยกอำนาจออกเป็น 3 ส่วน คือ แยกเป็นฝ่าย นิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติคือฝ่ายมีอำนาจบัญญัติกฎหมาย⁶ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัตินี้ ถือเป็นองค์กรปกครองที่มีความชอบธรรมอันได้รับมาจากประชาชน คือ สภา จึงมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมาย⁷ กฎหมายในยุคนี้จึงเรียกว่ากฎหมายเทคนิคหรือกฎหมายบัญญัติ

รัฐสภาตามรัฐธรรมนูญปัจจุบัน มักเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญให้มีอำนาจนิติบัญญัติ คือ สามารถวางกฎเกณฑ์เป็นการทั่วไป ไม่ระบุตัวบุคคล มีผลบังคับให้บุคคลในระบบกฎหมาย ต้องทำตาม ทั้งนี้โดยมีเหตุผลสำคัญ 3 ประการ คือ

1. เมื่ออำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน การออกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องสำคัญที่สุดต้องเป็นอำนาจของประชาชนโดยตรง⁸ หรือโดยประชาชนมอบให้ผู้แทนที่ประชาชนเลือกตั้งเข้ามาเท่านั้นที่ออกกฎหมายแทนตนได้ ด้วยเหตุนี้ จึงถือกันว่ากฎหมาย คือ เจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชน
2. เพื่อไม่ให้อำนาจสูงสุดทั้งหมด อยู่ในมือคนหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวจึงต้องแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย โดยให้องค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญที่สุดคืออำนาจออกกฎหมาย ทั้งนี้ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจธิปไตย
3. เพราะกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปที่ออกโดยรัฐสภานี้มีลักษณะไม่ระบุตัวบุคคล ซึ่งเป็นหลักประกันอย่างดีของความเสมอภาค ไม่เลือกปฏิบัติ ตลอดจนมีลักษณะชัดเจนจำกัดการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่และออกได้รวดเร็ว ทันต่อการต้องการแก้ปัญหากฎหมายประเภทนี้จึงเป็นที่นิยมกันมากขึ้น⁹

⁶สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป เล่ม 1, หน้า 48-49.

⁷มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, หน้า 10.

⁸ในบางประเทศให้ประชาชนมีสิทธิร่วมกันเสนอกฎหมายได้ เรียกว่า initiative legislative หรือให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ (referendum)

⁹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 28538), หน้า 37.

เมื่อกฎหมายคือ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน จึงมีหลักการสำคัญว่า “เรื่องสำคัญที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งหมดต้องทำโดยกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายที่ว่านี้ก็ต้องเป็นกฎหมายที่ประชาชนออกเอง หรือเป็นกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาผู้แทนของประชาชนเท่านั้น”¹⁰ ซึ่งกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานั้นเรียกว่า พระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นไปตามหลักนิติรัฐ (Etat de droit) นั้นเอง

เนื่องจากในปัจจุบัน กฎหมายที่เป็นรากฐานและเครื่องกำหนดขอบเขตอำนาจของหน่วยงานของรัฐมักเป็นกฎหมายที่มาจากตราของรัฐสภามากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะวิธีการสร้างกฎหมายแบบจารีตประเพณี หรือคำพิพากษาของศาลไม่สามารถติดตามทันความซับซ้อนของรัฐสมัยใหม่ และเรื่องที่จะต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกิดขึ้นตลอดเวลา ผลที่เกิดขึ้นก็คือ ปัจจุบันในระบบกฎหมายทั้งหลาย กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจึงกลายเป็นที่มาและขอบอำนาจขององค์กรรัฐเป็นส่วนใหญ่แทบทั้งหมด จึงทำให้นักนิติศาสตร์บางท่านเรียกสภาวะใหม่นี้ว่า Etat legal หรือ รัฐนิติบัญญัติ (เป็นนิติรัฐที่อาศัยรัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติของรัฐสภาเป็นหลัก) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่ารัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติเท่านั้นที่เป็นที่มาหรือขอบเขตของอำนาจขององค์กรของรัฐ แต่ยังมีกฎหมายอื่น ๆ อีกเช่น จารีตประเพณี คำพิพากษาของศาลหรือหลักเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นที่มาและขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ¹¹

เมื่อสังคม เศรษฐกิจ การเมือง มีการเปลี่ยนแปลงไป สังคมขยายใหญ่ขึ้น มีความสลับซับซ้อนมากขึ้น บทบาทของรัฐก็มีเพิ่มมากขึ้นเช่นเดียวกัน กลายเป็น “รัฐสวัสดิการ” (Etat Providence) และยิ่งสังคมเรียกร้องให้รัฐเข้ามามีอำนาจระเบียบความสัมพันธ์ทางสังคมในเรื่องต่าง ๆ ทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง สิ่งแวดล้อม ฯลฯ มากขึ้นเท่าใด รัฐก็มีความจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์เป็นรากฐานของการใช้อำนาจเข้าไปแทรกแซงการดำเนินการในด้านต่าง ๆ นั้นมากขึ้นด้วย ส่งผลให้รัฐจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายมากขึ้น ๆ เป็นลำดับ ซึ่งอาจถือได้ว่าอยู่ในยุคของกฎหมายเทคนิค (Technical law) ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น จึงจำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์ที่ทำหน้าที่ในการ

¹⁰เป็นหลักการที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม 1789 ในมาตรา 4 ที่บัญญัติว่า “เสรีภาพก็คือความสามารถที่จะกระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้นการใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคน จะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นนี้จะกำหนดขึ้นได้ก็แต่โดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น”

¹¹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 52.

ตราหรือบัญญัติกฎหมายเหล่านั้นซึ่งก็คือฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา (Parliament) และจากการที่ปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภาจะต้องออกกฎหมายเป็นจำนวนมาก เพื่อให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของสังคม และเพื่อสนองความต้องการของประชาชนที่ต้องการจะได้รับการบริการจากสังคมในฐานะรัฐสวัสดิการ ประกอบกับต้องยอมรับว่าประสิทธิภาพการทำงานของบุคคล (รัฐสภา) นั้นมีขอบเขตจำกัด อาจไม่สามารถตรากฎหมายได้อย่างรวดเร็วทันการ จึงก่อให้เกิดความจำเป็นในการที่ต้องยอมรับให้องค์กรอื่นนอกจากรัฐสภาสามารถออกกฎหมายในฐานะกฎหมายได้ ซึ่งมี 2 เทคนิคหลัก ๆ คือ

ประการแรก ให้รัฐสภามอบอำนาจให้องค์กรอื่น โดยเฉพาะรัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจตรากฎหมายเรียกว่า “เทคนิคการมอบอำนาจนิติบัญญัติให้ฝ่ายบริหาร” ซึ่งรัฐสภาอังกฤษสหรัฐอเมริกา ตลอดจนรัฐสภาทั่วโลกใช้มากขึ้นทุกที

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญยอมรับอำนาจในการออกกฎหมายขององค์กรอื่นไว้โดยตรงไม่ต้องรอการมอบอำนาจจากรัฐสภา เรียกว่า “เทคนิคการจัดสรรอำนาจนิติบัญญัติ” (Distributions de competence a caractere legislatif) ซึ่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส และรัฐธรรมนูญไทยใช้¹²

สำหรับระบบอังกฤษนั้นเป็นตัวอย่างของประเทศที่ใช้เทคนิคการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายอังกฤษยึดหลัก “อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา” (Sovereignty of parliament) ที่ถือว่าอำนาจออกกฎหมายเป็นของรัฐสภาแต่ผู้เดียวเท่านั้น และกฎหมายที่รัฐสภาออกก็สูงสุดเพราะไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอยู่เหนือกฎหมายนั้น มีผลทำให้กฎหมายลำดับรองอื่น ๆ ที่ฝ่ายบริหารระดับชาติ (รัฐบาล) หรือฝ่ายบริหารท้องถิ่น ต้องอาศัยอำนาจที่ได้รับมอบมาจากกฎหมายแม่บททั้งสิ้น¹³

กฎหมายหรือกฎหมายที่ฝ่ายบริหารออกนั้น ถ้าออกโดยชอบด้วยกฎหมายแม่บทไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติแล้ว ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่รวมกันเป็นระบบกฎหมายที่ทั้งองค์กรของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารเองหรือศาล รวมถึงปัจเจกชนต้องปฏิบัติตาม ฝ่ายบริหารเองจะอ้างว่าตนมีอำนาจออกกฎหมายเหล่านั้นมาด้วยตนเอง ตนจึงไม่ถูกผูกพันด้วย

¹²บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 54.

¹³อภิรดี พงษ์คนตรี, “การมอบอำนาจในฝ่ายบริหารของไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2529), หน้า 18-19.

กฎเกณฑ์นั้นไม่ได้ เพราะประการแรก ฝ่ายบริหารไม่ใช่รัฐอธิปัตย์ แต่เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้น (pouvoir constitué) และประการที่สอง การใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์นั้นเป็นไปตามกฎหมายแม่บท ตามหลักการเคารพกระบวนการและรูปแบบในการออกกฎหมาย (paralélisme de forme et de procédure) แต่ถ้ากฎเกณฑ์ที่ฝ่ายบริหารออกนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายแม่บท กฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารนั้นก็ใช้บังคับมิได้

จะเห็นได้ว่าฝ่ายบริหารในระบบการเมืองส่วนใหญ่มีบทบาทและเข้ามากำกับการทำงานของรัฐสภามากขึ้นเรื่อย ๆ ผลก็คือ ฝ่ายบริหารมักใช้กลไกทางการเมืองให้ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจให้दनออกกฎเกณฑ์แทน โดยแนวโน้มนี้มีมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 แต่เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในสมัยสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ครั้งที่สองตามความจำเป็นของสงครามและสถานะเศรษฐกิจและสังคมที่เรียกร้องให้รัฐเพิ่มบทบาทมากขึ้น ดังนั้น จึงเกิดกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายทั้งหลายขึ้นเป็นจำนวนมาก¹⁴

กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร (legal norm issued by the executive branch) หรือกฎหมายของฝ่ายบริหารที่รับมอบมาจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภานั้นถือเป็นกฎหมายลำดับรอง (subordinate legislation) ซึ่งรัฐสภามักออกกฎหมายแล้วระบุให้ไปขยายความต่อโดยกฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบังคับหรือข้อบัญญัติต่าง ๆ เป็นต้น โดยการเรียกชื่อกฎหมายลำดับรองจะพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรผู้ตรากฎหมายลำดับรองนั้น ได้แก่ พระมหากษัตริย์ รัฐมนตรี หัวหน้าส่วนราชการ ระดับกรมหรือเทียบเท่า คณะกรรมการต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย และองค์กรปกครองตนเอง ส่วนท้องถิ่น ส่วนเกณฑ์ในเรื่องเนื้อหา ระดับความสำคัญของเรื่องที่จะต้องมอบหมายให้องค์กรฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองในประเภทใดนั้นไม่มีกฎหมายกำหนดเกณฑ์ในเรื่องนี้เป็นการเฉพาะ จึงมักจะอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติโดยเปรียบเทียบกับแนวการบัญญัติกฎหมายที่เคยปฏิบัติกันมา¹⁵ เช่น พระราชกฤษฎีกาเป็นกฎหมายลำดับรองที่พระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้นตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวงเป็นกฎหมายลำดับรองที่ตราขึ้นโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ข้อบังคับหรือข้อกำหนดเป็นกฎหมายลำดับรองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัย

¹⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 132-133.

¹⁵กมลชัย รัตนสกาวงศ์, กฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : บริษัทวิศิษฐ์ สรอรทด, 2542), หน้า 55.

อำนาจพระราชบัญญัติออกกฎหมายที่มีลักษณะรายละเอียดในทางปฏิบัติมาก และกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยองค์การปกครองท้องถิ่น โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ มีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปตามองค์การปกครองท้องถิ่น เช่น ข้อบัญญัติจังหวัด เทศบัญญัติ ข้อบังคับสุขาภิบาล ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร ข้อบัญญัติเมืองพัทยา ข้อบังคับตำบล เป็นต้น¹⁶

สรุปว่าอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐ ที่รวมถึงกฎหมายวิธีพิจารณานั้น โดยหลักแล้วเป็นอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายโดยตรงก็คือองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีอำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐสภา อย่างไรก็ตามเมื่อสังคม เศรษฐกิจ การเมืองเปลี่ยนแปลงไป และจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายเพื่อใช้บังคับในสังคมเพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย ฝ่ายนิติบัญญัติคือรัฐสภาจึงต้องออกกฎหมายเป็นจำนวนมาก เมื่อไม่สามารถตรากฎหมายได้อย่างรวดเร็วทันการจึงจำเป็นที่จะต้องมอบอำนาจนิติบัญญัติให้แก่องค์กรอื่น ส่วนมากได้แก่องค์กรฝ่ายบริหาร และปัญหาที่ผู้เขียนศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ คือปัญหาอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเอง จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิดเบื้องต้นในการให้ศาลกำหนดวิธีพิจารณาต่อไป

2.1.2 แนวคิดเบื้องต้นในการให้ศาลกำหนดวิธีพิจารณา

2.1.2.1 ความเป็นอิสระ

การที่ให้อิสระกับศาลหรือให้อำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองย่อมเป็นหลักประกันที่ดีของศาลว่าจะไม่ถูกรัฐสภาออกกฎหมายวิธีพิจารณาที่แทรกแซงก้าวก่ายการปฏิบัติหน้าที่ของศาล ทำให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างเต็มที่ โดยไม่ต้องกังวลว่ารัฐสภาจะใช้อำนาจนิติบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลให้เกิดอุปสรรคต่อกระบวนการพิจารณาคดีในศาล

¹⁶ผู้สนใจโปรดดูรายละเอียดใน กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, หน้า 55-68., บวรศักดิ์ อุวรรณโณ “ที่มาของหลักกฎหมายมหาชนและความชอบด้วยกฎหมาย,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร, 2539), หน้า 38-64. และมานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540, หน้า 288-291.

2.1.2.2 ความคล่องตัว

การให้อำนาจศาลสามารถกำหนดวิธีพิจารณาเองได้จะทำให้เกิดความคล่องตัว เพราะหากศาลพบว่ามีข้อบกพร่องในกระบวนการวิธีพิจารณาส่วนใดก็ย่อมสามารถแก้ไขปรับปรุงให้มีประสิทธิภาพได้อย่างรวดเร็วโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมายที่ต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาที่ต้องใช้ระยะเวลานาน อีกทั้งการแก้ไขดังกล่าวก็ย่อมสามารถทำได้โดยตรงประเด็น เนื่องจากศาลเป็นผู้ปฏิบัติงานและใช้วิธีพิจารณาโดยตรง จึงรู้ว่าวิธีพิจารณาข้อใดมีปัญหาสมควรที่จะได้รับการแก้ไขปรับปรุง

2.2 วิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณา

ในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ประเทศที่ถือว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายนี้น่าจะได้แก่ฝรั่งเศส กล่าวคือ ในประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมนั้น รัฐสภาและศาลยุติธรรม (Parlements) มีอำนาจหน้าที่พิจารณาตรวจสอบว่ากฎหมายใดหรือพระราชกฤษฎีกาใดขัดหรือแย้งกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ ถ้าให้สภาประชาชน (Conseil des parlies) พิจารณา สภาประชาชนนี้ก็สามารถพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลสูงที่เคยพิพากษาเรื่องดังกล่าวแล้วได้ แต่โดยส่วนใหญ่แล้วศาลสูงจะพิจารณาในกรณีดังกล่าวมากกว่าสภาประชาชน และศาลสูงมักถือสิทธิเข้าแทรกแซงก้าวำยการทำงานขององค์กรอื่นอันเป็นประสบการณ์ที่ไม่ดีในอดีตของประเทศฝรั่งเศส ต่อมาประมาณปี ค.ศ. 1795 นักปฏิวัติและนักการเมืองของฝรั่งเศสชื่อ ซีเยส (Sieyes) ได้เสนอแนวคิดให้มี “ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Jurie constitutionnari) ขึ้นในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 3 ของฝรั่งเศส (Constitution du 5 Fructidor an III) ในปี ค.ศ. 1795 ซึ่ง Sieyes เห็นว่า ควรมืองค์กรใดองค์กรหนึ่งทำหน้าที่คุ้มครองป้องกันรัฐธรรมนูญ มิฉะนั้นแล้วหลักการในรัฐธรรมนูญจะถูกเปลี่ยนแปลงผันแปรไปโดยกฎหมายของสภานิติบัญญัติ¹⁷ อีกทั้งยังทำหน้าที่เป็นหลักประกันของความเป็นเอกสารทางการเมืองสูงสุดของประเทศ คือ รัฐธรรมนูญนั่นเอง เพื่อที่จะให้เกิดการเคารพในความเป็นเอกสารทางการเมืองที่สูงที่สุดของรัฐธรรมนูญสมควรที่จะมืองค์กรหรืออำนาจใดอำนาจหนึ่งซึ่งสามารถยกเลิกเพิกถอนการกระทำหรือกฎหมาย

¹⁷สมภพ โหตระกิตย์, “การควบคุมกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 1 (เมษายน 2541) : 10.

ที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้¹⁸ Sieyes จึงได้เสนอองค์กรทางการเมืองที่เรียกว่า “ลูกขุนพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” นี้ขึ้นเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ

เมื่อนายพลนโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoleon Bonaparte) ได้ทำการรัฐประหาร ในปี ค.ศ. 1799 ก็มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1799 (Constitution du 22 brumaire an VIII) และได้จัดตั้ง “สภาเซนาตส์ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ” (Senat Conservateur) ขึ้นตามแนวความคิดของ Sieyes เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยว่ากฎหมายใดมีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็ดี ไม่ปรากฏว่าสภาเซนาตส์ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่าการกระทำหรือกฎหมายใดขัดรัฐธรรมนูญเลย¹⁹

ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสหายไปจากรัฐธรรมนูญพักหนึ่ง จนกระทั่งในรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 (ฉบับลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ.1946) ได้มีการบัญญัติไว้ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 91 กำหนดให้มี “คณะกรรมการรัฐธรรมนูญ” (Le Comite Constitutionnel) ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภามีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁰

จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 (ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958) ซึ่งเป็นฉบับที่ใช้อยู่จนกระทั่งปัจจุบัน ได้กำหนดให้มี “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) โดยมีหน้าที่หลักในการควบคุมมิให้บทบัญญัติและกฎหมายใด ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ส่วนวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะเป็นไปตามกฎหมายหรืออยู่ในอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่จะกำหนดเองหรือไม่ ผู้เขียนจะขอก้าวในบทต่อไป

สำหรับวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาในศาลปกครองฝรั่งเศสเริ่มจากเดิมในระบอบเก่าของฝรั่งเศส (Ancien Re'gime) ซึ่งหมายถึงระบอบการเมืองก่อนการปฏิวัติปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้จัดระเบียบการปกครองในรูปแบบของการรวมอำนาจ (La centralisation) โดยพระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐาธิปัตย์ได้ส่งตัวแทนออกไปประจำในท้องที่ปกครองต่าง ๆ ทั่วประเทศเพื่อใช้อำนาจและดำเนินงานใน

¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2542), หน้า 3.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 4 – 5.

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

ทางปกครองในนามของพระมหากษัตริย์ ดังนั้นในระบอบเก่าของฝรั่งเศสการใช้อำนาจของรัฐจึงมีอยู่ทั่วดินแดนของประเทศ ซึ่งทำให้เกิดกรณีพิพาทระหว่างปัจเจกชนและรัฐอยู่เสมอ²¹

โดยในสมัยนั้นกษัตริย์ฝรั่งเศสทรงบริหารราชการแผ่นดินโดยปรึกษาหารือกับ “สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์”²² (Le Conseil d’Etat du Roi หรือ Le Conseil du Roi) และสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์นี้ยังทำหน้าที่ในด้านการพิจารณาคดีตามที่กษัตริย์ทรงมอบหมาย เมื่อคดีมากขึ้นและวิธีพิจารณาความก็มีลักษณะยุ่งยากมากขึ้น จึงมีการจัดตั้งแผนกพิเศษขึ้นเพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีโดยเฉพาะ คือ ศาลปาร์เลอ몽ด์ (Parlement) โดยศาลปาร์เลอ몽ด์นี้ได้รับมอบอำนาจให้พิจารณาพิพากษาคดีเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองกษัตริย์ยังทรงสงวนไว้ให้อยู่ในอำนาจของสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์²³

ศาลปาร์เลอ몽ด์นี้เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา นอกจากนี้ยังมีบทบาทในการสร้างหลักกฎหมาย มีส่วนร่วมในการตรากฎหมายออกกฎข้อบังคับและสร้างหลักกฎหมายเอง เช่น ระบุในคำพิพากษาที่ตัดสินในคดีหนึ่งว่าต่อไปในคดีอื่นที่มีปัญหาทำนองนี้ ให้ใช้หลักกฎหมายที่ตนเองวางไว้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าศาลปาร์เลอ몽ด์มีอำนาจทั้งในการพิจารณาพิพากษาคดีและการตรากฎหมาย และยังมีข้าราชการฝ่ายปกครองที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองในสมัยนั้นด้วย คือ แองตองดองด์ (Intendant) ซึ่งเป็นข้าราชการฝ่ายปกครองแต่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองด้วย โดยคำวินิจฉัยของแองตองดองด์นี้ อาจอุทธรณ์ไปยังสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ (Conseil du Roi) ได้²⁴

ในระยะหลังศาลปาร์เลอ몽ด์ได้เข้ามาแทรกแซงฝ่ายบริหารเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง ด้วยการขัดขวางพระราชกำหนดกฎหมายที่กษัตริย์ตราขึ้นเพื่อปฏิรูปการบริหารราชการแผ่นดิน

²¹อิสสระ นิตินันท์ประภาส, “คำอธิบายในการประชุมทางวิชาการเรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 1 (2524) : 113.

²²สภาที่ปรึกษาของกษัตริย์เป็นต้นกำเนิดของสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน

²³ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ความเป็นมาและบทบาทของพนักงานคดีปกครองในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปและของประเทศไทย,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 2 (สิงหาคม 2531) : 306 – 307.

²⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538) หน้า 57 – 60.

กลั่นแกล้งเจ้าหน้าที่ของกษัตริย์โดยอาศัยอำนาจหน้าที่ของตน ในขณะที่เดียวกันกษัตริย์ก็ทรงพยายามจำกัดอำนาจของศาลปาร์เลอมองต์ให้อยู่เฉพาะการพิจารณาคดีแพ่งและอาญาเท่านั้น ซึ่งความขัดแย้งดังกล่าวและพฤติกรรมของศาลปาร์เลอมองต์เช่นนี้ทำให้เกิดอุปสรรคในการดำเนินงานในทางปกครองในปลายสมัยระบอบเก่า ประกอบกับภาวะเศรษฐกิจของฝรั่งเศสตกต่ำ ประชาชนยากจนลงและเกิดความระส่ำระสายทางการเมืองส่งผลให้มีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789

ภายหลังการปฏิวัติดังกล่าว ได้มีการปฏิรูประบบศาลยุติธรรมโดยการยกเลิกสถาบันทั้งหลายในระบบเก่าทั้งหมด รวมทั้งสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์และศาลปาร์เลอมองต์ด้วย และจัดระเบียบศาลยุติธรรมใหม่โดยให้มีศาลสูงสุดศาลหนึ่งทำหน้าที่ควบคุมคำพิพากษาของศาลยุติธรรมทั้งหลาย ศาลยุติธรรมสูงสุดที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้คือ “ลาร์กูร์เคอเกัสซาซียง” (La Cour de cassation)²⁵ และวางหลักการห้ามไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งในกิจการของฝ่ายปกครองและพิจารณาคดีปกครอง โดยตราเป็นรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16-24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 และกฤษฎีกา ค.ศ. 1794 ดังนั้น ในสมัยนั้นฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจปัญหาหรือข้อพิพาททางปกครองที่เกิดขึ้นเนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐหรือเจ้าหน้าที่

ต่อมาในปี ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต (Napoleon Bonaparte) ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งหัวหน้ารัฐบาลภายใต้ระบบเผด็จการได้ทำการรัฐประหารแล้วประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1799 และจัดตั้ง “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ” (Le Conseil d’Etat) ขึ้น ตามแบบสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ที่เคยมีอยู่เดิม โดยให้มีอำนาจหน้าที่ 2 ประการ คือ ร่างกฎหมายให้แก่ประมุขของฝ่ายบริหารกับเป็นที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารนี้เองที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง เนื่องจากกฎหมายห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าว

ในระยะแรก (ค.ศ. 1799 – ค.ศ. 1872) สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีฐานะคล้ายกับคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และมีหน้าที่พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง โดยยังไม่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดได้ด้วยตนเอง แต่จะต้องเสนอแนะคำวินิจฉัยต่อประมุขของฝ่ายบริหารให้เป็นผู้พิจารณาและตัดสินใจ

²⁵อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย”, หน้า 115.

เอาเองว่าควรจะวินิจฉัยชี้ขาดตามที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐเสนอแนะหรือไม่ ซึ่งระบบนี้เรียกว่า “ระบบสงวนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด” (la justice retenue)²⁶

ต่อมาหลังจากที่ “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ” ได้สร้างและพัฒนาระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เหมาะสมโดยสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้นำระบบวิธีพิจารณาความแบบศาลมาใช้ในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองและได้เสนอแนะคำวินิจฉัยที่ปรึกษาที่เป็นที่ยอมรับนับถือจากเอกชนว่าสามารถให้ความคุ้มครองต่อสิทธิประโยชน์ส่วนตัวของตนได้เป็นอย่างดี และในขณะเดียวกันก็สามารถรักษาและคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของสังคมไว้ได้อย่างพอเหมาะพอควรแล้วประเทศฝรั่งเศสจึงได้ตรากฎหมายมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองให้แก่ “สภาแห่งรัฐ” ในปี ค.ศ. 1872²⁷ โดยตราเป็นรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 มอบให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองได้ด้วยตนเองในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส จึงเท่ากับว่าสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้กลายเป็นสถาบันที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองหรือที่เรียกกันว่า “ศาลปกครอง” ตั้งแต่นั้นมา ระบบนี้เรียกว่า “ระบบมอบอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด” (la justice déléguée)²⁸

ในส่วนของศาลปกครองชั้นต้นนั้นเมื่อโปเลียน โบนาปาร์ต ได้จัดตั้งสภาแห่งรัฐขึ้นก็ได้จัดตั้ง “คณะกรรมการที่ปรึกษาประจำจังหวัด” (Conseils de préfecture) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของผู้ว่าราชการจังหวัด และเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองบางประเภทได้ด้วยตนเอง ส่วนสภาแห่งรัฐในขณะนั้นได้รับมอบหมายให้พิจารณาคดีปกครองทั่วไปโดยเป็นเพียงผู้เสนอแนะคำวินิจฉัยต่อประมุขของรัฐเท่านั้น

ต่อมาเมื่อสภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้เองและมีจำนวนคดีที่จะต้องพิจารณาเพิ่มมากขึ้นจนไม่อาจพิจารณาได้ทัน จึงได้มีการตรารัฐกำหนดลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953²⁹ เปลี่ยนชื่อและยกฐานะของคณะกรรมการที่ปรึกษาประจำจังหวัด (Conseils de préfecture) เป็นศาล

²⁶ชาญชัย แสวงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, หน้า 78.

²⁷ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 51.

²⁸ชาญชัย แสวงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, หน้า 79.

²⁹บางเล่มแปลว่า เป็นกฤษฎีกา (the decree of 30 September 1953).

ปกครองชั้นต้น (Tribunaux administratifs) ทำหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไป³⁰ และคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นนี้อาจอุทธรณ์ไปยังสภาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่เป็นศาลอุทธรณ์ได้

สภาแห่งรัฐและศาลปกครองชั้นต้นได้ปฏิบัติหน้าที่วินิจฉัยคดีปกครองต่อมาจนถึงปี ค.ศ. 1987 จึงได้มีการจัดตั้ง “ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์” ขึ้น ตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 (Law of 31 December 1987)

ในส่วนของวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น แต่เดิมเป็นผลงานที่สร้างขึ้นโดยผู้พิพากษาศาลปกครองเพื่อหาทางให้เกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองกับประโยชน์ของเอกชนที่จำต้องได้รับการคุ้มครองอย่างดีจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง³¹ โดยศาลปกครองได้พัฒนาวิธีพิจารณาของตนเองขึ้นโดยมีลักษณะเฉพาะเป็นไปอย่างง่าย ๆ แต่มีประสิทธิภาพสูง³² เช่นเป็นวิธีพิจารณาแบบไต่สวน (procédure inquisitoire) วิธีพิจารณาที่มีลักษณะโต้แย้งกัน (procédure contradictoire) และเป็นวิธีพิจารณาแบบลายลักษณ์อักษร เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการศาลปกครองนั้นมิใช่เป็นเพียงแต่การใช้บทบัญญัติกฎหมายปกครองตัดสินคดีเท่านั้น ยังเป็นการสร้างหลักกฎหมายปกครอง (Case Law) จากคำพิพากษาที่ตนเป็นผู้ตัดสินอยู่ตลอดเวลา รวมถึงเป็นการวางหลักวิธีสบัญญัติหรือวิธีพิจารณาคดีด้วย

แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าในอดีตจะไม่มีวิธีพิจารณาที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรเลย เช่นในปี ค.ศ. 1806 ได้มีการตรากฎหมายลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1806 จัดตั้ง “คณะกรรมการพิจารณาคดี (La Commission du contentieux) ขึ้นภายในสภาแห่งรัฐ เพื่อให้

³⁰ชาญชัย แสวงศักดิ์, “ความเป็นมาและบทบาทของพนักงานคดีปกครองในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป และของประเทศไทย,” หน้า 313.

³¹โกคิน พลกุล, “ปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองในฝรั่งเศส,” เอกสารคำบรรยายวิชา น.741 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2/2528, หน้า 44.

³²อมร จันทรสุมบรณ์, คำแปลกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจากหนังสือ “The French Administrative Law” ของ Brown & Garner, หน้า 206.

ทำหน้าที่พิจารณาคดีตามวิธีพิจารณาที่กำหนดขึ้น โดยอาศัยประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นเป็นแนวทางกับกำหนดวิธีพิจารณาขึ้นเองบางส่วน โดยกำหนดให้ใช้วิธีพิจารณาเป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหมด กล่าวคือ ทนายความของคู่ความต้องทำบันทึกแสดงข้ออ้างข้อเถียงของแต่ละฝ่ายโต้ตอบกันโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่ความได้แถลงด้วยวาจาต่อสภาแห่งรัฐ³³ และในปี ค.ศ. 1831 ได้มีการตรารัฐกำหนด ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1831 กำหนดให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้และให้ทนายความมีโอกาสแถลงการณ์ด้วยวาจาเพื่อสรุปความเห็นของตนก่อนการลงมติวินิจฉัยชี้ขาดคดีของสภาแห่งรัฐและได้มีการตรารัฐกำหนด ลงวันที่ 12 มีนาคม ค.ศ. 1831 กำหนดว่า “ให้ประธานสภาแห่งรัฐแต่งตั้ง “ผู้แถลงคดี” (maitres des requetes) จำนวน 3 คน ให้ปฏิบัติหน้าที่เป็น “ผู้แทนของรัฐ” (le ministère public)” โดยให้ส่งสำนวนของคดีแต่ละคดีให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวพิจารณาและแถลงความเห็นของตน ต่อสภาแห่งรัฐก่อนการลงมติวินิจฉัยชี้ขาด³⁴ เป็นต้น

เมื่อศาลสร้างแนวทางในการพิจารณาคดีได้ระยะหนึ่งจึงมีการบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครองในรูปของกฎหมาย กล่าวคือ วิธีพิจารณาความของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นไปตามรัฐกำหนด ลงวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ.1945 (**Ordonnance n. 45 – 1708 du 31 juillet 1945**)³⁵ โดยมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกา (décret) หลายครั้ง ครั้งสุดท้ายแก้ไขในปี ค.ศ. 1995 ส่วนวิธีพิจารณาในศาลปกครองชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์เป็นไปตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่เรียกว่า “**Code des tribunaux administratifs et des cours administrative d' appel 1973**” แก้ไขถึงปี ค.ศ. 2000 ซึ่งในปัจจุบันได้มีการจัดทำ “ประมวลกฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง” (Code de Justice Administrative) ขึ้นใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2001

จะเห็นได้ว่าวิธีพิจารณาของศาลปกครองฝรั่งเศสในอดีตนั้นพัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลในบางเรื่องเพื่อวางแนวทางในการพิจารณา แต่ต่อมามีการพยายามที่จะบัญญัติออกมา

³³Tony Sauvel, “Les origines des Commissaires du Gouvernement aupres du Conseil d'Etat statuant au contentieux” Revue du Droit Public, 1949, p. 10-11 อ้างถึงในชาญชัย แสวงศักดิ์, “ความเป็นมาและบทบาทของพนักงานคดีปกครองในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรปและของประเทศไทย,” หน้า 318.

³⁴เรื่องเดียวกัน, หน้า 318.

³⁵Ordonnance คือ รัฐกำหนด เป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากับพระราชกำหนดตามกฎหมายไทย

ในรูปแบบของกฎหมายเพื่อสะดวกในการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งมีทั้งการตราโดยฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในรูปของรัฐกำหนด (Ordonance) และตราโดยผ่านรัฐสภาในรูปของประมวลกฎหมาย (Code) เป็นต้น ซึ่งวิธีพิจารณาในปัจจุบันใครจะเป็นผู้กำหนด วิธีพิจารณาเป็นอย่างไร ศาลกำหนด วิธีพิจารณาเองได้หรือไม่ มีขอบเขตเพียงใดนั้นผู้เขียนจะขอกล่าวในบทที่ 3 ต่อไป

ส่วนอีกประเทศหนึ่งซึ่งเป็นต้นแบบของระบบประมวลกฎหมายนี้ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

สำหรับวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน นั้น มีประวัติความเป็นมายาวนานก่อนที่จะมีศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐ (Das Bundesverfassungsgericht หรือชื่อย่อว่า BVerfG) ในปี ค.ศ. 1949 และ “กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์” (Gesetz ueber des Bundesverfassungsgericht หรือชื่อย่อว่า BVerfGG) ในปี ค.ศ. 1951 กล่าวคือ

ในยุคเริ่มต้นนั้นการกำหนดให้ศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นสอดคล้องกับจารีตในทางกฎหมายของเยอรมันสมัยเก่า³⁶ การคุ้มครองบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในเยอรมันในยุคนี้ได้ให้ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเป็นเวลายาวนานนับศตวรรษ ในราวปี ค.ศ. 1338 มีการตั้งศาลพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาคดีระหว่างขุนนาง ซึ่งไม่สมควรที่จะให้มาขึ้นศาลธรรมดา ซึ่งมีคนธรรมดาเป็นผู้พิพากษา ศาลพิเศษนี้จะประกอบไปด้วยผู้พิพากษาที่มีศักดิ์เท่าเทียมกับคู่ความ เช่น ผู้ครองนครหรือนักบวชคาทอลิก เมื่อผู้พิพากษามีศักดิ์สูงเช่นนี้คดีที่ขึ้นศาลพิเศษนี้จึงเป็นคดีพิเศษด้วย เช่น คดีเกี่ยวกับการบริหารงานของรัฐหรือคดีสืบราชสมบัติ เป็นต้น³⁷ หรือในช่วงหลังปี ค.ศ. 1495 อันเป็นช่วงที่ศาลอาณาจักร (Reichskammergericht) อันเป็นศาลสูงสุดในสมัยนั้น และเป็นศาลที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างขุนนางชั้นสูงซึ่งเป็นผู้ปกครองดินแดนต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาข้อพิพาทอันเกิดจากข้อตกลงระหว่างแคว้น การปกครองอันเป็นสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างแคว้นการปกครองดังกล่าว³⁸ ดังนั้น

³⁶A Wagner, Die Entstehung, Organisation und Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichts, in : DRiZ 1961, S. 280 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 72.

³⁷บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, “การใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 19 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2532) : 16.

³⁸Benda/Klein, Lehrbuch der Verfassungsprozessrechts, Heidelberg 1991, S.2 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 72.

ในยุคสมัยดังกล่าวศาลอาญาจักรจึงเป็นองค์กรศาลที่เข้ามามีบทบาทในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว การที่ศาลอาญาจักรมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทในลักษณะดังกล่าวนี้เอง ถือได้ว่าเนื้อหาของข้อพิพาทลักษณะเช่นนี้เป็นข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ ศาลอาญาจักรในสมัยนั้นจึงทำหน้าที่ในลักษณะเป็นศาลรัฐธรรมนูญในความหมายของศาลรัฐธรรมนูญในปัจจุบันด้วย³⁹

ต่อมาในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น อำนาจของศาลมักจะมี ความขัดแย้งกับผู้ใช้อำนาจปกครอง เพราะอำนาจของศาลนั้นไปจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ประกอบกับอิทธิพลจากแนวคิดของมองเตสกีเออได้ก่อให้เกิดการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1819 โดยได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในมลรัฐ Wurttemberg Sachsen ในปี ค.ศ. 1831 และในมลรัฐ Bavaria ในปี ค.ศ. 1850

ในช่วงปี ค.ศ. 1815 รัฐต่าง ๆ ของเยอรมันได้รวมตัวกันเป็นสมาพันธ์รัฐเยอรมัน (Deutscher Bund) ในช่วงนี้ได้มีการกำหนดให้ Bundesversammlung⁴⁰ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐสมาชิกของสมาพันธ์รัฐ โดยมีได้ให้องค์กรของศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย ตามมาตรา 61 ของข้อตกลงกรุงเวียนนา ปี ค.ศ. 1820 (Wiener Schlussakte von 1820) ได้กำหนดให้ Bundesversammlung เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว รวมทั้งปัญหาในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายในรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง⁴¹

ต่อมาเมื่อมีเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ เกี่ยวกับการประกาศอิสรภาพ ในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศส ตลอดจนมีทฤษฎีของมองเตสกีเออเกิดขึ้น ทำให้ได้มีการพยายามปรับปรุงในเรื่องสิทธิและหน้าที่ของประชาชนชาวเยอรมันเพื่อให้แนวความคิดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและรัฐธรรมนูญประชาธิปไตย เมื่อยอมรับกันว่าประเทศจะต้องมีกฎหมายฉบับหนึ่งเป็นหลักสำคัญในการปกครองและมีฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ก็ได้มีการร่างรัฐธรรมนูญแฟรงค์เฟิร์ตขึ้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1849⁴² ถึงแม้ว่าร่างรัฐธรรมนูญฉบับแฟรงค์เฟิร์ต หรือที่

³⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 73.

⁴⁰Bundesversammlung เป็นองค์กรในระดับสมาพันธ์รัฐที่ประกอบไปด้วยตัวแทนของแต่ละรัฐเข้ามาเป็นสมาชิก

⁴¹บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 73.

⁴²พัฒนา เรือนใจดี, “ศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 107.

เรียกว่ารัฐธรรมนูญฉบับ Paulskirschenverfassung von 1849 จะมีได้มีการประกาศใช้บังคับ แต่ก็มีแนวความคิดของการตรวจสอบทางรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนว่าร่างกฎหมายที่ผ่านสภาจะถูกตรวจสอบได้ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴³

โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้กำหนดให้ศาลอาญาจักรเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาในทางรัฐธรรมนูญกว้างขวางกว่ารัฐธรรมนูญทุก ๆ ฉบับที่ผ่านมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ให้สิทธิประชาชนชาวเยอรมันมีสิทธิที่จะนำคดีมาฟ้องยังศาลอาญาจักรได้ ในกรณีที่บุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ความรับรองคุ้มครอง โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 126 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากจะนับว่ารัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1849 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้บัญญัติให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแล้ว การที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธิร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริงนั้นต้องกินเวลาถึง 100 ปีต่อมา⁴⁴

รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับต่อมาคือ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1871 (Reichsverfassung 1871) ซึ่งตรงกับสมัยของบิสมาร์ค (Bismarck) รัฐธรรมนูญฉบับนี้หรือบางที่เรียกว่า The Bismarsk Constitution ได้บัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนโดยให้ขอบเขตเสรีภาพของประชาชนถูกกำหนดโดยกฎหมายเฉพาะเรื่อง⁴⁵ ทำให้ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญปรากฏให้เห็นชัดเจนขึ้น แต่ก็ยังไม่มียกข้อยกเว้นให้องค์กรใดทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาจึงยังคงได้รับการยอมรับให้มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายของแต่ละมลรัฐให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญ และปัญหาทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกฎหมายนั้น ก็มักมีการยกขึ้นมาพิจารณาเสมอ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ยังคงประกันสิทธิของประชาชนได้ไม่แน่นอนนักเพราะยังไม่มียกข้อยกเว้นผู้มีอำนาจวินิจฉัยที่แน่นอนตามรัฐธรรมนูญ⁴⁶

⁴³กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ,” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 25 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2538) : 47.

⁴⁴บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 73-74.

⁴⁵Heinrich Negal, “Judicial Review in Germany,” American Journal of Comparative Law Reader (1958) : 124-126. อ้างถึงใน พัฒนะ เรือนใจดี, ศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, หน้า 107.

⁴⁶พัฒนะ เรือนใจดี, “ศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” หน้า 108-109.

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้บัญญัติให้สภาสูงหรือ Bundesrat เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างรัฐต่าง ๆ และระหว่างองค์กรภายในของรัฐนั้น ๆ (มาตรา 76 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ) แต่อย่างไรก็ตาม สภาสูงอาจมอบอำนาจให้ศาลเป็นผู้พิพากษาพิจารณาปัญหาที่สภาสูงเห็นควรให้ศาลเป็นผู้พิจารณาได้ แนวคิดในเรื่องดังกล่าวเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง⁴⁷

สรุปว่าในยุคนี้ยังไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1871 ได้บัญญัติให้สภาสูง (Bundesrat) เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ จึงยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

ต่อมาในปี ค.ศ. 1919 เยอรมันได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ โดยเรียกกันว่า “รัฐธรรมนูญไวมา” (Waimarer Verfassung 1919) รัฐธรรมนูญไวมาได้ใช้ความพยายามอีกครั้งหนึ่งโดยได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Staatsgerichtshof) เพื่อให้เป็นองค์กรศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญ จึงอาจถือได้ว่าองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญที่ได้รับอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน เริ่มมีในสมัยของรัฐธรรมนูญไวมา

การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับไวมา มีอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐ และปัญหาข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐกับมลรัฐนั้น ถือได้ว่าเป็นการขยายอำนาจให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจของศาลในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวแต่เดิมนั้นเป็นอำนาจของสภาสูง แต่สำหรับอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น รัฐธรรมนูญไวมาก็มิได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ในที่นี้จึงอาจสรุปได้ว่า ระดับสหพันธรัฐนั้นได้มีการก่อตั้งศาลรัฐธรรมนูญครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญไวมา ค.ศ. 1919 ซึ่งเป็นระยะเวลา 70 ปี ภายหลังจากรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1849 (รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่มีผลบังคับใช้) แต่สำหรับในระดับมลรัฐนั้น มลรัฐที่มีขนาดใหญ่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญของตนเอง เช่น ตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1919 ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ที่ประชาชนเห็นว่า

⁴⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 74.

มีการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนได้ นอกจากนี้ ยังให้มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่าง ๆ (มาตรา 70)⁴⁸

สำหรับในช่วงที่เยอรมันอยู่ภายใต้การปกครองของฮิตเลอร์นั้น กล่าวได้ว่าเป็นช่วงที่เยอรมันไม่มีศาลรัฐธรรมนูญเพราะในช่วงนี้ฮิตเลอร์ปกครองแบบเผด็จการหรือระบอบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ

หลังจากที่เยอรมันแพ้สงครามโลกในปี ค.ศ. 1945 การเริ่มต้นก่อตั้งองค์กรศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งได้เริ่มขึ้นในระดับมลรัฐก่อน ในลำดับแรกเกิดขึ้นในมลรัฐบาวาเรีย โดยมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1946 ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญระดับมลรัฐขึ้น และหลังจากนั้นจึงได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในมลรัฐ Hessen และมลรัฐ Baden ส่วนการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐนั้น จะต้องพิจารณาจากการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐานฉบับปัจจุบันและการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG)⁴⁹ ซึ่งรายละเอียดของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันพร้อมทั้งวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญได้กล่าวในบทต่อไป!

กล่าวโดยสรุป องค์กรศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันมีวิวัฒนาการมายาวนาน โดยในระยะเริ่มแรกศาลอาญาจักรเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ ต่อมา มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1819 ในมลรัฐ Wuerttemberg ในมลรัฐ Sachsen ในปี ค.ศ. 1831 และในมลรัฐ Bavaria ในปี ค.ศ. 1850 ตามลำดับ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐยังไม่มี โดยในรัฐธรรมนูญปี 1871 บัญญัติให้สภาสูงเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ วิธีพิจารณาจึงยังไม่มีการบัญญัติเป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ

ต่อมาในสมัยของรัฐธรรมนูญไวมาร์ ในปี ค.ศ. 1919 ถือว่าได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญระดับสหพันธรัฐขึ้นเป็นครั้งแรก จนมาถึงศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในปัจจุบัน ซึ่งมีวิธีพิจารณาคดีเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (BVerfGG) ที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภานั้นเอง โดยรายละเอียดของวิธีพิจารณานั้นจะได้กล่าวในบทต่อไป

⁴⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 74-76.

⁴⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 76-77.

สำหรับองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองของเยอรมันนั้นมีประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการอันยาวนาน กล่าวคือ ราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 15 (ค.ศ. 1495) จากการปฏิรูปอาณาจักร เปลี่ยนจากศาลที่ขึ้นกับกษัตริย์มาเป็นศาลที่ขึ้นกับอาณาจักร ศาลดังกล่าวเป็นศาลที่มีอิสระจากพระมหากษัตริย์ มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งคดีอาญา ตลอดจนคดีตามกฎหมายมหาชน คือ คดีเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือเจ้าขุนมูลนาย (Lehen) ตลอดจนคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของกษัตริย์

นักนิติศาสตร์ท่านหนึ่งชื่อ M. Sellmann สรุปว่าคำพิพากษาเกี่ยวกับคำฟ้องของผู้อยู่ใต้ปกครองเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าผู้ครองเมืองเป็นก้าวแรกขององค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง ต่อมาในปี ค.ศ. 1806 ศาลอาณาจักรถูกยุบไป

ในคริสต์ศตวรรษที่ 17 ในขณะที่ศาลอาณาจักรเดิมได้รับพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอยู่ ได้มีการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองขึ้นมาองค์กรหนึ่งเรียกว่า “Kammerjustiz” ซึ่งเป็นก้าวแรกของศาลปกครอง

ในปี ค.ศ. 1749 ได้มีการออก das Ressort Reglement vom 19 juni 1749 กำหนดว่าคดีประเภทใดขึ้น Kriegs-und Domaenen-Kammer และคดีประเภทใดขึ้น Justiz-Collegia หรือ Regierungen โดยยึดหลักว่าถ้าเป็นผลประโยชน์เอกชนแล้วให้คดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรม (ordentliche Justiz-Collegils) ถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวกับอาณาจักร สงคราม และเศรษฐกิจให้คดีขึ้นสู่องค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่ (Kriegs-und Domaenen-Kammer) นั้นหมายความว่า คดีที่เกี่ยวกับการทหาร การภาษีอากร การปฏิบัติการของตำรวจ การประกอบธุรกิจการค้า การผลิตสินค้า และความผิดอาญาในระดับกลางที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนั้น ๆ อยู่ในเขตอำนาจของ Kammer ระเบียบดังกล่าวได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ด้วยซึ่งเป็นเรื่องใหม่ ๆ ก่อนหน้านี้นี้เป็นการพิจารณาคดีอย่างไม่มีรูปแบบ โดยยึดหลักวิธีพิจารณาความทั่วไป (Codex Fridericianus) เน้นความรวดเร็ว ประหยัด ไม่จำเป็นต้องมีทนายความ โดยมีผู้บังคับบัญชาขององค์กร Kriegs-Domaenenkammer ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็น Generaldirektorium ทำหน้าที่เป็นศาลสูง Kammer จึงเป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจตุลาการมีสถานะเท่าเทียมกับศาล

Kammer ที่สมบูรณ์แบบที่สุด คือ Kammer ของมลรัฐปรัสเซียที่จัดตั้งตาม Regulativ vom 12 Februar 1782 เป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองโดยมีวิธีพิจารณาคดีทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาคดีของศาล

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า Kammerjustiz เป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองเป็นที่มาของศาลปกครองเยอรมัน แม้ว่า Kammerjustiz จะรับวินิจฉัยข้อพิพาทคดีแพ่ง ตามความเข้าใจของคำสอนนิติศาสตร์สมัยใหม่ด้วย ขณะเดียวกันศาลปกครองสมัยใหม่ก็ไม่อาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาได้แต่มีจุดรวมอยู่ที่ว่า Kammerjustiz เน้นคุ้มครองสิทธิของประชาชนในคดีปกครอง และมุ่งให้สิทธิและความยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองต่อประชาชน ตลอดจนมีวิธีพิจารณาที่เปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาความในศาลยุติธรรมได้

ต่อมาในปี ค.ศ.1808 ปรตเซียกำหนดให้คดีปกครองขึ้นสู่ศาลยุติธรรม ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่เรียกกร้องให้ยื่นฟ้องคดีปกครองได้ต่อศาลอิสระอันเป็นหลักประกันถึงความไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่พิจารณา การออกกฎหมายดังกล่าวถือว่าเป็นชัยชนะของแนวความคิด Justizstaat แต่ฝ่ายปกครองก็ยังคงการให้มีการควบคุมการกระทำของตนให้ถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายปกครองซึ่งมีลักษณะพิเศษของตน

ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 แทบทุกประเทศในทวีปยุโรป จะได้รับอิทธิพลจากการปฏิวัติฝรั่งเศส และประเทศฝรั่งเศสก็เป็นต้นแบบขององค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองของประเทศเยอรมันที่เรียกว่า Administrativjustiz

ต่อมาในปี ค.ศ. 1815 Goenner ซึ่งเป็นผู้อำนวยการ Appellationsgericht ของเมืองมิวนิก ในขณะนั้นเห็นด้วยกับ Behr ว่า ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองจะต้องอาศัยความรู้ ความสามารถทางเทคนิคและรอบรู้ระเบียบทางปกครองอย่างละเอียด ถ้าปราศจากความรู้ในสิ่งเหล่านี้แล้วก็ไม่อาจพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ดังนั้นผู้ชี้ขาดจะต้องมีประสบการณ์เองและได้ฝึกงานปกครองแต่ละเรื่องด้วยตนเอง สิ่งเหล่านี้มักกฎหมายยังขาดอยู่จึงควรตั้งศาลพิเศษโดยมอบหมายอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แต่ผู้ชี้ขาดจะต้องมีความรู้ทางกฎหมายด้วย Goenner ต้องการให้ผู้พิพากษาศาลปกครองที่มาจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของรัฐบาลและไม่ขึ้นต่อศาลแพ่งที่พิจารณาเฉพาะคดีแพ่ง องค์กรศาลพิเศษนี้ถือว่าเป็นศาลที่มีวิธีพิจารณาทำนองวิธีพิจารณาคดีในศาลแพ่ง วิธีพิจารณาความในศาลพิเศษนี้ให้ใช้วิธีพิจารณาความแพ่งตาม Der Codex judicarius bavaricus Vom 1753 เป็นแบบอย่าง แต่ใช้หลักวิธีพิจารณาค้นหาความจริง (Untersuchungsmaxime) ไม่ใช่หลักเจรจา (Verhandlungsmaxime) ซึ่งกฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นการเริ่มต้นที่องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดไม่มีส่วนได้เสีย อิสระและมีวิธีพิจารณาโดยยึดของฝรั่งเศสเป็นรูปแบบในการแต่งตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาของรัฐ โดยคณะกรรมการนี้ไม่เพียงแต่เป็นที่ปรึกษาของกษัตริย์แต่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีเอง แต่ศาลปกครองดังกล่าวนี้ก็อยู่ได้

ไม่นานเพราะยังขาดความเข้าใจหรือความคิดที่จะให้องค์กรวินิจฉัยชี้ขาดเป็นศาลที่อิสระอย่างแท้จริง

สำหรับในมลรัฐบาเดินได้นำรูปแบบ Administrativjustiz ไปใช้ด้วย ในปี 1803 ศาลแพ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีแพ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองระดับกลางและ die Kreisdirektorien มีอำนาจอิสระทำนองศาลในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังต่อไปนี้ ข้อพิพาทเกี่ยวกับผู้รับเหมางานของรัฐหรืองานของส่วนราชการท้องถิ่น ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ภาษีอากรสิทธิเรียกค่าเสียหายเนื่องจากสงคราม เงินค่าช่วยเหลือในการสร้างถนน สะพาน และสาธารณสถานที่ใช้ร่วมกัน หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรที่มีขอบด้วยกฎหมาย ในรัฐธรรมนูญของมลรัฐบาเดิน ฉบับลงวันที่ 22 สิงหาคม 1818 บัญญัติไว้ชัดแจ้งว่าข้อพิพาทคดีแพ่งให้ขึ้นต่อศาลยุติธรรม คงมีปัญหาในเรื่องข้อพิพาทคดีปกครอง วิธีพิจารณาความในคดีปกครองมีน้อยมาก เจ้าหน้าที่ชั้นต้นจะเป็นผู้กำหนดเอาเอง แต่วิธีพิจารณาความของ Kreisdirektorien พิจารณากันเป็นองค์กรกลุ่มและอาจอุทธรณ์ต่อกระทรวงเจ้าสังกัดซึ่งคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทโดยกระทรวงเจ้าสังกัดเป็นที่สุด ซึ่งต่อมาในปี 1863 มลรัฐบาเดินได้ออกกฎหมายเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 1863 จัดตั้งศาลปกครองอิสระขึ้นเป็นแห่งแรกในประเทศเยอรมัน คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีการอุทธรณ์ได้แต่ยังได้ตามลำดับชั้นสายบังคับบัญชาและมีหลักประกันในการใช้สิทธิทางศาลต่อไป

หลังจากภาวะวุ่นวายทางการเมืองผ่านพ้นไปจนถึงปี 1863 มลรัฐบาเดินจึงได้ผ่านกฎหมายศาลปกครองที่อิสระเมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 1863 เรียกองค์กรที่รับวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้นว่า Unabhaengige Verwaltungsrechtspflege เป็นองค์กรภายในฝ่ายปกครอง จะพิจารณาข้อพิพาทคดีปกครองที่เกี่ยวกับระเบียบต่าง ๆ ที่รัฐวางไว้และเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและสาธารณประโยชน์ ซึ่งข้อแตกต่างในการดำเนินคดีแพ่งและคดีปกครองอยู่ที่ว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองจะตอบสนองสาธารณประโยชน์ สิทธิและประโยชน์ต่าง ๆ ในคดีปกครองจะต้องดีแผ่อย่างละเอียดโดยไม่มีอคติ ผู้ที่เกี่ยวข้องในคดีมีสิทธิขอตรวจดูเรื่องได้เสมอ ผู้ร่างยึดหลักเปิดเผยต่อสาธารณชน หลักวิธีพิจารณาด้วยวาจา หลักความไว้วางใจของประชาชนต่อรัฐ

ศาลปกครองที่เรียกว่า Verwaltungsgerichtshof ไม่ได้มีเขตอำนาจศาลกว้างขวางครอบคลุมทั่วไป แต่เป็นสถาบันที่มีความอิสระกว่าองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้น เพราะประกอบไปด้วยผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้น ที่เป็นเช่นนี้เพราะต้องวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่ยุ่งยากเกินไปกว่าจะให้ประชาชนที่ไม่มีความรู้กฎหมายร่วมวินิจฉัยได้ มาตรา 15 ของกฎหมายของศาลปกครอง 5 ตุลาคม 1863 กำหนดให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจเท่าองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้น โดยทำหน้าที่เป็นศาลรับอุทธรณ์คดีมาจากองค์กรชั้นต้น และเป็นองค์กรเดียวที่จะตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมาย

ของคำสั่งของฝ่ายปกครอง แต่ไม่รับวินิจฉัยชี้ขาดทุกคดีทั่วไป (Generalklausel) รายละเอียดของวิธีพิจารณาจะออกมาในรูปของระเบียบ die landesherrliche Verordnung vom 12 Juli 1864 (RegBI S.333) กระบวนพิจารณากระทำอย่างเปิดเผยด้วยวาจา แต่คู่กรณีไม่จำเป็นต้องอยู่ร่วมในการพิจารณา โดยอาจมอบหมายให้ผู้รับมอบอำนาจมาในการพิจารณาแทนได้ การยื่นอุทธรณ์จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ไม่บังคับว่าจะต้องมีทนายความ

นับแต่เริ่มมีศาลปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงกลับมาพยายามขยายเขตอำนาจศาลปกครองมากขึ้น และพยายามทำให้องค์กรชี้ขาดชั้นต้นและศาลปกครองมีอิสระมากขึ้น โดยได้ออกกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลอีก 2 ฉบับ เมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 1880 และ 14 มิถุนายน 1884 กฎหมายฉบับ 1880 ให้ศาลปกครองมีอิสระมากขึ้น และเรียกองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดชั้นต้น Bezirksraete ว่าเป็นศาลปกครองชั้นต้น และกำหนดวิธีพิจารณาความของทั้งสององค์กรนี้ให้คล้ายคลึงและสอดคล้องกัน ซึ่งมลรัฐบาวาเรียและปรัสเซียได้นำประสบการณ์ดังกล่าวของมลรัฐบาเดนไปเป็นแบบอย่าง โดยมลรัฐปรัสเซียยังได้ออกกฎหมายว่าด้วยโครงสร้างของศาลปกครองและวิธีพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครอง ฉบับลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1875 ด้วย

สำหรับกฎหมายฉบับปี 1880 ขยายเขตอำนาจปกครองเพราะยังอยู่ในลักษณะ “enumerativ” มลรัฐอื่น ๆ ได้นำไปเป็นแบบอย่างและให้เขตอำนาจศาลปกครองกว้างกว่าของมลรัฐบาเดนเสียอีก ส่วนกฎหมายฉบับปี 1884 กำหนดเขตอำนาจในเนื้อหาใหม่มีวิธีพิจารณาความในศาลปกครองซึ่งเดิมใช้วิธีพิจารณาความตามระเบียบข้อบังคับ วันที่ 17 กรกฎาคม 1864 โดยพัฒนามาจากวิธีปฏิบัติในศาลที่ใช้กันอยู่แล้วบัญญัติขึ้นเป็นตัวบทกฎหมาย และพยายามให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่าที่ลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณาความปกครองจะเอื้ออำนวย ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับได้ใช้บังคับจนถึงสงครามโลกครั้งที่สอง แต่มีกฎหมายพิเศษบัญญัติขึ้นมาเสริมแก้ไขเป็นระยะ ๆ ในรายละเอียด

ในตอนต้นของการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในมลรัฐต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นมลรัฐบาเดน มลรัฐปรัสเซีย หรือมลรัฐบาวาเรีย นั้น ศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นในแต่ละมลรัฐยังมีความแตกต่างกัน และยังไม่เป็นเอกภาพ จนกระทั่งช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง (ค.ศ. 1914 – ค.ศ. 1918) เจ้าผู้ครองมลรัฐทั้งหลายได้สละอำนาจการปกครองแบบกษัตริย์ ทำให้ประเทศเยอรมันมีการปกครองแบบสาธารณรัฐนับแต่นั้นมา จนถึงปี ค.ศ. 1919 รัฐธรรมนูญไวมาร์ ค.ศ. 1919 (Weimar Constitution, The German Constitution of 11 August 1919) ได้สนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลปกครองมากขึ้น ควบคู่ไปกับการสนับสนุนให้จัดตั้งศาลปกครองของราชอาณาจักรให้อยู่ในลักษณะเดียวกันทั้งหมด แต่ก็ยังไม่อาจจัดตั้งขึ้นได้แม้จำนวนจำนวนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและคดีปกครองที่ฟ้องต่อ

ศาลปกครองต่างเพิ่มมากขึ้นก็ตาม ศาลปกครองตามมลรัฐต่าง ๆ จึงได้พัฒนาในเรื่องความเป็นอิสระจากฝ่ายปกครองและเขตอำนาจซึ่งกว้างขวางมากขึ้น จนกระทั่งถึงช่วงก่อนเกิดหลังสงครามโลกครั้งที่สองประมาณปี ค.ศ. 1933 เป็นต้นมา ศาลปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปในทิศทางตรงกันข้ามอย่างมาก โดยผู้นำประเทศในขณะนั้น คือ ฮิตเลอร์ (Hitler) ได้ปกครองแบบเผด็จการหรือระบอบรวมอำนาจเบ็ดเสร็จ (Totalitarian regime) พร้อมทั้งประกาศใช้นโยบายการกระทำของรัฐบาล (Acts of Government) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่ต้องการให้การปกครองประเทศมีเอกภาพไม่เกิดความวุ่นวายหรือความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับฝ่ายปกครองและไม่ต้องการให้ศาลปกครองมาควบคุมการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง ฮิตเลอร์ได้ลดอำนาจของศาลปกครองด้วยการออกกฎหมายว่าด้วยการทำเรื่องทางปกครองให้ง่ายลงวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 1939 (Die Vereinfachung der Verwaltung vom 28 August 1939) บัญญัติให้เอกชนยื่นคำร้องทุกข์ต่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแทนที่จะยื่นต่อศาลปกครองพร้อมกับบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ชั้นต้นของฝ่ายปกครองทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นนับแต่วันที่ 6 พฤศจิกายน ค.ศ. 1939 เป็นต้นมา ในส่วนของศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐ ยังคงมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ก็อยู่ในขอบเขตจำกัด ต่อมาเมื่อวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1941 ได้มีการจัดตั้งศาลของจักรวรรดิ (an Administrative Court of the Empire หรือ Reichsverwaltungsgericht) ขึ้นแห่งหนึ่ง พร้อมกับนำศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐปรัสเซีย (Prussian Supreme Administrative Court) มารวมไว้ด้วยกันในวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1944 มีการยกเลิกศาลปกครองสูงสุดของมลรัฐอื่นทั่วประเทศ นโยบายการกระทำของรัฐบาลที่กล่าวมานั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก โดยเฉพาะในช่วงฮิตเลอร์เป็นผู้นำประเทศจนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1945 นโยบายดังกล่าวจึงได้ถูกยกเลิก⁵⁰

ในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งเป็นปีที่สงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุด โดยประเทศเยอรมันแพ้สงคราม ประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตรได้ยึดครองประเทศเยอรมันและตระหนักถึงความสำคัญและความจำเป็นของศาลปกครองในการควบคุมการบริหารราชการของฝ่ายปกครอง แต่การนำระบบศาลปกครองเดิมมาใช้ย่อมเป็นไปได้ยากเพราะประเทศได้รับความเสียหายอย่างมากจากสงคราม อีกทั้งประเทศยังถูกแบ่งและครอบครองโดยประเทศมหาอำนาจฝ่ายสัมพันธมิตร ดังนั้นเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1946 ที่กรุงเบอร์ลิน ได้มีกฎหมายบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นในทุกมลรัฐที่ถูกยึดครอง และมลรัฐในเขตยึดครองของสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้งคณะกรรมการไฮเดลเบอร์ก (Heidelberger Ausschluss) เพื่อร่างกฎหมายที่จำเป็นสำหรับศาลปกครองและ

⁵⁰ผู้สนใจโปรดดูรายละเอียดใน กมลชัย รัตนสกาวงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), หน้า 28-48.

ประกาศใช้เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ที่เมืองสตุ๊ตการ์ท (Stuttgart) ซึ่งอยู่ในมลรัฐวูทเทมเบอร์ก (Wurttemberg)⁵¹

วิธีพิจารณาความปกครองในศาลปกครองจะอิงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือในกรณีที่มีปัญหาหรือจำเป็นก็นำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาเทียบเคียง ที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คือ หลักการค้นหาข้อเท็จจริงโดยศาล (der Grundsatz der Erforschung des Sachverhalts von Amts wegen)⁵²

ผลจากการประกาศใช้กฎหมายเมื่อวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1946 ดังกล่าว รวมทั้งผลจากการประกาศใช้ “รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ ค.ศ. 1949” หรือที่เรียกว่า กฎหมายมูลฐาน ค.ศ. 1949 (The Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23 May 1949) ซึ่งได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองซึ่งเป็นศาลพิเศษที่เป็นอิสระขึ้น เหล่านี้ได้มีส่วนสำคัญทำให้หลายมลรัฐจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ที่สำคัญเห็นได้จากมลรัฐบาเดน-วูทเทมเบอร์ก (Baden-Wurttemberg) รัฐธรรมนูญของมลรัฐดังกล่าว มาตรา 67 ได้บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองของมลรัฐที่เป็นอิสระแยกออกอย่างเด็ดขาดจากฝ่ายปกครองและศาลยุติธรรม ต่อจากนั้น กฎหมายของมลรัฐบาเดน-วูทเทมเบอร์ก (The Implementing Act of the Baden-Wurttemberg Administrative Courts Order) มาตรา 1 ยังบัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ที่แมนเฮิม (Mannheim) และศาลปกครองชั้นต้น ในหลายเมือง คือ Stuttgart, Karlsruhe, Freiburg และ Sigmaringen ศาลปกครองที่จัดตั้งขึ้นมีเขตอำนาจที่กว้างขวางสามารถพิจารณาพิพากษาคดีปกครองได้อย่างกว้างขวาง ยกเว้นคดีที่เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลอื่น ส่วนในระดับสหพันธ์รัฐ ผลจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐ ทำให้เมื่อวันที่ 23 กันยายน ค.ศ. 1952 ได้มีการจัดตั้งศาลปกครองของสหพันธ์รัฐหรือเรียกว่า ศาลปกครองสูงสุด (The Federal Administration Court) ขึ้น จากนั้นในปี ค.ศ. 1960 สหพันธ์รัฐได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. 1960 (Law of Administrative Court Procedure of 1960 หรือ Die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 VwGO) ซึ่งมีผลใช้บังคับทั่วสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน กฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 พร้อมกับยกเลิกกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองก่อนหน้านั้น และบัญญัติให้มีศาลปกครอง

⁵¹วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมัน, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), หน้า 271-272.

⁵²กมลชัย รัตนสกาววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 46.

ในทุกมลรัฐเป็นระบบและรูปแบบเดียวกัน⁵³ ในเวลาต่อมา แต่ละมลรัฐได้ออกกฎหมายมาเพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาความปกครองในมลรัฐของตนเอง ทั้งนี้โดยสอดคล้องกับกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ⁵⁴ อาจกล่าวได้ว่าภายหลังจากปี ค.ศ.1960 ที่สหพันธรัฐเยอรมันได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ.1960 (VwGO) อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา)

อาจพอสรุปถึงวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาในส่วนขององค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองหรือศาลปกครองเยอรมันได้ว่า มีมาตั้งแต่สมัยคริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยมีการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครอง ที่เรียกว่า “Kammerjustiz” โดยมีระเบียบที่กำหนดวิธีพิจารณา กล่าวคือ “das Ressort-Reglement vom 19 juni 1749” ซึ่งก่อนหน้านี้ การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างไม่มีรูปแบบ ยึดหลักวิธีพิจารณาความทั่วไป (Codex Fridericianus) ต่อมาในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 19 มีการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในทางปกครองที่เรียกว่า “Administrativejustiz” โดยมีวิธีพิจารณาทำนองเดียวกับศาลแพ่งวิธีพิจารณาความในศาลพิเศษนี้ให้ใช้วิธีพิจารณาความแพ่งตาม Der Codex judicarius bavaricus Vom 1753 เป็นแบบอย่าง แต่ใช้หลักค้นหาความจริงไม่ใช่หลักเจรจา โดยในปี 1863 มลรัฐบาเดินได้จัดตั้งศาลปกครองอิสระ มีวิธีพิจารณาอยู่ในรูประเบียบ ซึ่งต่อมาในปี 1880 และ 1884 ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ออกกฎหมายวิธีพิจารณา ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่สองรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ ค.ศ. 1949 (Grundgesetz-GG) ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองของสหพันธรัฐ โดยจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 23 กันยายน 1952 ส่วนวิธีพิจารณาเป็นไปตาม “ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง ค.ศ. 1960. (Die Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960-VwGO) โดยผ่านการตราจากองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งรายละเอียดของศาลปกครองสหพันธ์พร้อมทั้งวิธีพิจารณา ผู้เขียนจะขอกล่าวในบทต่อไป

ในประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมาย (Common Law) เช่น อังกฤษ มีวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณา ดังนี้

⁵³Mahendra P. Singh, German Administrative Law In Common Law Perspective, (Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985), p. 11.

⁵⁴วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมันนี้, หน้า 273-274.

ระบบกฎหมาย Common Law นี้ มีต้นกำเนิดมาจากประเทศอังกฤษ “Common Law” คือ หลักกฎหมายที่ศาลหลวงของอังกฤษได้เคววางไว้ในคำพิพากษาที่ตัดสินคดีแต่ละคดีในอดีต “Common Law” จึงเป็นหลักกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้นจากการตัดสินคดีหรือที่เรียกกันว่า “Judge-made Law” หรือ Case-Law โดยระบบกฎหมายนี้ให้ความสำคัญต่อวิธีพิจารณาความเป็นอย่างมาก⁵⁵ และถือเอาคำพิพากษาที่ศาลสูงได้เคยตัดสินคดีในปัญหาทำนองเดียวกัน มาเป็นบรรทัดฐานในการตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในภายหลัง โดยประเทศที่เป็นแม่แบบของกลุ่มระบบกฎหมาย Common Law นี้คือประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นอำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาอังกฤษในทางทฤษฎีไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใดและอำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นอำนาจของราชบัลลังก์ (The Crown) รัฐมนตรีกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ถ้าไม่มีคอมมอนลอว์รับรองไว้แล้วก็ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาทั้งสิ้น จึงจะดำเนินการได้โดยเฉพาะในส่วนที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ตามหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of parliament) ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติที่รัฐสภาร่างขึ้นจึงเป็นกฎหมายแม่บท (primary legislation) ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจฝ่ายบริหาร และศาลใดจะควบคุมพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ ส่วนกฎหมายที่รัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารร่างขึ้นเพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติจึงถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Law) ที่ได้รับมอบอำนาจมา ซึ่งศาลสามารถควบคุมกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ไม่ให้ออกเกินอำนาจ (ultra vires) ที่กฎหมายแม่บทมอบให้มา

ในอดีต พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ (royal prerogative) เป็นที่มาของสถาบันหลักทุกสถาบันในระบบการปกครองอังกฤษ เรื่อยมาจนตราบเท่าทุกวันนี้ สถาบันหลักที่ก่อตั้งขึ้นโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ คือ สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Curia Regis) ซึ่งพระมหากษัตริย์อังกฤษทรงใช้พระราชอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการผ่านองค์กรแห่งนี้ทั้งสิ้น ต่อมาในราวคริสต์ศตวรรษที่ 13 คณะกรรมการต่าง ๆ ขององค์กรนี้ก็จะเริ่มแยกทำงานเป็นเอกเทศเช่นในส่วนของกรตรากฎหมาย ก็เป็นอำนาจของรัฐสภา (Parliament) ที่จะให้ความยินยอมหรือเห็นชอบตามที่พระมหากษัตริย์ร้องขอ ส่วนคณะกรรมการที่มีหน้าที่ตัดสินคดี ซึ่งต่อมาได้แยกเป็นศาลต่าง ๆ อันได้แก่ Court of Exchequer, Court of Common pleas และ Court of King’s Bench ศาลต่าง ๆ เหล่านี้เรียกรวม ๆ ว่า ศาลหลวง (The Royal Court)⁵⁶

⁵⁵ระบบกฎหมาย Common Law นี้ ให้ความสำคัญกับ “วิธีพิจารณาความ” มากกว่ากฎหมายสารบัญญัติ จึงมีสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ทางเยียวยามาก่อนสิทธิ” (remedies precede rights)

⁵⁶บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 2-3.

ศาลหลวงเหล่านี้เกิดขึ้นและพิจารณาพิพากษาคดี โดยอาศัยพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์อังกฤษทั้งสิ้น จริง ๆ แล้วศาลหลวงไม่ใช่ศาลหลักของอังกฤษ⁵⁷ แต่ศาลหลักของ อังกฤษคือ “ศาลศักดินาหรือศาลท้องถิ่นทั้งหลาย” ที่อยู่ในดินแดนหรือแคว้นต่างๆ ศาลดังกล่าวนี้มีเขตอำนาจทั่วไป สามารถพิจารณาพิพากษาได้อย่างกว้างขวาง โดยใช้จารีตประเพณีของแต่ละ ท้องถิ่นเป็นแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีแสดงว่าศาลท้องถิ่นมีวิธีพิจารณาที่เป็นไปตาม จารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้น ๆ ศาลหลักที่ว่ามี เช่น Court Baron, Court Leet, Manorial Court และ ศาลศาสนา เป็นต้น สำหรับข้อแตกต่างสำคัญของคำพิพากษาของศาลคือ คำพิพากษาของศาลหลัก มีผลเฉพาะในท้องถิ่นที่ศาลนั้น ๆ มีเขตอำนาจเท่านั้น ขณะที่คำพิพากษาของศาลหลวงมีผล ทั่วราชอาณาจักร⁵⁸

สืบเนื่องจากการที่คำพิพากษาของศาลหลวงในพระราชอำนาจของกษัตริย์มีผลบังคับใช้ ทั่วราชอาณาจักร ประกอบกับศาลหลวงได้พิจารณาคดีตามดินแดนต่าง ๆ ซึ่งศาลมีจารีตประเพณี ของตนเองที่แตกต่างกันดังกล่าวแล้ว ศาลหลวงจึงนำแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีหรือ คำพิพากษาคดีเฉพาะส่วนที่มีผลทั่วไปเหมือนกัน หรือไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งมีลักษณะสามัญ (Common) มาใช้เป็นแนวทางสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีต่อ ๆ ไป เหล่านี้ถือว่าเป็นที่มาของคำว่า Common Ley หรือ Common Law ซึ่งต่อมาในคริสต์วรรษที่ 13 ได้มีวิวัฒนาการไปในทิศทาง ที่เป็นศาลของฝ่ายตุลาการเป็นอิสระจากพระราชอำนาจของกษัตริย์หรือฝ่ายปกครองมากขึ้น⁵⁹

ต่อมากษัตริย์ได้พยายามขยายอำนาจตัดสินคดีให้กว้างขวางครอบคลุมไปทั่วประเทศและ ประชาชนก็ยอมรับการพิจารณาของศาลหลวงมากกว่าศาลท้องถิ่น เพราะศาลหลวงมีประสิทธิภาพ ในการเสาะหาพยานหลักฐานและบังคับคดี ระบบวิธีพิจารณาความของศาลหลวงก็แน่นอนและ เป็นธรรมกว่ากฎหมายที่ใช้ก็เป็นกฎหมายเดียวกันทั่วราชอาณาจักร และศาลหลวงก็ได้ปรับปรุง วิธีพิจารณาความของตนเองให้ทันสมัยขึ้น โดยจัดให้มีการพิจารณาพิพากษาโดยคณะลูกขุน (Jury) จนกระทั่งในตอนปลายของสมัยกลาง คงเหลือแต่ศาลหลวงเท่านั้นที่พิจารณาคดีต่าง ๆ ในทาง ปฏิบัติ

⁵⁷ปี ค.ศ. 1875 ได้มีการออกพระราชบัญญัติหลายฉบับที่เรียกว่า The judicature Acts บัญญัติให้ศาลหลวงเป็นศาลหลักที่มีเขตอำนาจทั่วไป

⁵⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁵⁹วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบ รูปแบบ โครงสร้าง อำนาจ หน้าที่และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครอง อังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมันนี, หน้า 111-112.

ในทางตุลาการนั้น โดยปกติกษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจนี้ทางศาลหลวงซึ่งเป็นศาล Common Law แต่เนื่องจากวิธีพิจารณาของศาลหลวงและกฎหมาย Common Law ที่เกิดจากบรรทัดฐาน (precedent) ของศาลหลวง ก่อนข้างจะแข็งตัวและผูกมัดศาลอื่นและศาลหลวงเองให้ต้องดำเนินตามหลักกฎหมายที่ได้ตัดสินไว้แล้ว จึงทำให้คดีหลายประเภทไม่อาจขึ้นสู่การพิจารณาของศาลหลวงได้เพราะจะถูกยกฟ้อง บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากคดีประเภทนี้จึงได้นำเรื่องไปร้องเรียนขอความเป็นธรรมจาก Lord Chancellor ซึ่งเป็นผู้รู้กฎหมายศาสนาดี จึงอาศัยพระราชอำนาจของกษัตริย์ในฐานะ “น้ำพุแห่งความยุติธรรม” (Fountain of Justice) รับคดีที่ศาลหลวงไม่รับฟ้องและตัดสินคดีดังกล่าวตามหลักความยุติธรรมที่เรียกว่า “Equity” ดังนั้นจึงเกิดศาลอีกชนิดหนึ่งคือ Chancery Court ซึ่งตัดสินคดีโดยอาศัยหลัก Equity ขึ้น กรณีนี้ได้สร้างความไม่พอใจให้กับศาลหลวง ทั้งที่แม้ว่าศาล Chancery Court ยังเป็นศาลพิเศษและมีเขตอำนาจจำกัด แต่เมื่อพระราชอำนาจของกษัตริย์ในราชวงศ์ทิวดอร์เพิ่มมากขึ้น และศาลหลวงเริ่มไม่รับฟังนโยบายจากกษัตริย์เพราะมีอิสระมากขึ้น เป็นเหตุให้กษัตริย์หันมาเพิ่มอำนาจให้กับศาล Chancery Court เพื่อแข่งขันกับศาลหลวง นอกจากนี้กษัตริย์ยังตั้งศาลพิเศษขึ้นอีกศาลหนึ่ง คือ Star Chamber เพื่อพิจารณาคดีอาญาสำคัญ ซึ่งในท้ายที่สุดก็เป็นศาลที่ทำให้กษัตริย์ทรงใช้เป็นเครื่องมือจำกัดศัตรูทางการเมืองของตนได้

ผลที่ตามมาก็คือ ในคริสต์วรรษที่ 17 สมัยราชวงศ์สจิวต์ได้เกิดความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์รัฐสภาและศาลหลวงซึ่งถือเป็นฝ่ายตุลาการและมีแนวโน้มที่จะเป็นอิสระจากกษัตริย์มากขึ้น เหตุการณ์ความขัดแย้งยิ่งรุนแรงขึ้นจนกระทั่งรัฐสภาได้ออกกฎหมายที่สำคัญ คือ Bill of Rights 1689 และ Act of settlement ขึ้นมาเพื่อจำกัดพระราชอำนาจของกษัตริย์ ศาลหลวงเองก็ไม่เคยพิพากษาว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาร่างขึ้นเป็นโมฆะอีกเลยด้วยเหตุนี้ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament)⁶⁰ จึงเกิดขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1688 เรื่อยมาจนปัจจุบัน⁶¹

จะเห็นได้ว่าในช่วงนี้เกิดหลักวิธีพิจารณาความขึ้นมา กล่าวคือ วิธีพิจารณาความของศาลหลวง โดยศาลหลวงเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาและปรับปรุงวิธีพิจารณาของตนจนเป็นที่ยอมรับ

⁶⁰หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) ถือว่า รัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนย่อมมีอำนาจสูงสุดในการตราหรือไม่ตรากฎหมายใดหรือไม่ก็ได้ และเมื่อตรากฎหมายแล้วไม่มีศาลใดหรือผู้ใดอาจตัดสินหรือกล่าวหาได้ว่า กฎหมายนั้นเป็นโมฆะที่เป็นเช่นนี้เพราะอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายสูงสุดอย่างประเทศอื่น ๆ จึงไม่มีสิ่งใดมาจำกัดอำนาจรัฐสภาได้.

⁶¹บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 6-12.

ของประชาชนเกิดเป็นแนวบรรทัดฐาน (precedent) ของศาลหลวงผู้มั่งคั่งศาลอื่นและศาลหลวงเอง ให้ต้องดำเนินการตามหลักกฎหมายที่ตัดสินไว้แล้ว ซึ่งแนวทางในการพิจารณาที่เหมือนหรือมีทิศทางเดียวกัน และนำมาใช้เป็นแนวทางสำหรับพิจารณาคดีต่อ ๆ ไปก่อให้เกิดหลัก Common Law จึงอาจกล่าวได้ว่าหลัก Common Law นี้เกิดจากการที่ศาลเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณา หรือ Judge-made Law แต่เนื่องจากหลักบางหลักที่ศาลหลวงกำหนดหรือเป็นไปตาม Common Law มีความไม่ยืดหยุ่นในการพิจารณาคดีทำให้คดีบางประเภทไม่สามารถเข้ามาสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ จึงเกิดหลักสำคัญขึ้นอีกหลักหนึ่งในระบบกฎหมายอังกฤษ คือ หลัก Equity (หลักความยุติธรรม) เพื่อให้ผู้เดือดร้อนสามารถนำคดีมาสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมได้ เพราะฉะนั้นหลัก Common Law และหลัก Equity จึงเป็นหลักสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษ ซึ่งใช้จนถึงปัจจุบัน รวมถึงใช้กับคดีปกครองด้วย

นักนิติศาสตร์ 2 ท่าน คือ F.H.Lawson และ D.J.Bentley เห็นว่าผู้พิพากษาของอังกฤษมีอำนาจในการออกกฎอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ และวิธีปฏิบัติตามที่รัฐสภาได้มอบหมายให้และยังมีอำนาจทางอ้อมในการนิติบัญญัติซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นไปในตัวตามระบบการพิจารณาคดี (case law) ด้วย⁶²

อาจกล่าวได้ว่าก่อนศตวรรษที่ 19 วิธีพิจารณาความในศาลต่าง ๆ ผู้พิพากษาและ Chancellor เป็นผู้กำหนด โดยทำเป็นคำสั่งออกเป็นระยะ ๆ ตามอำนาจพิเศษซึ่งได้รับสืบทอดมาในการควบคุมการพิจารณาที่กระทำต่อหน้าตน ซึ่งได้ถือปฏิบัติต่อเนื่องมาว่าศตวรรษ ต่อมาในศตวรรษที่ 19 จึงได้มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจผู้พิพากษาที่จะออกกฎเกณฑ์หรือคำสั่งต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความไว้โดยชัดแจ้ง นอกจากนี้วัตถุประสงค์ของ The Common Law Procedure Act และ The Chancery Amendment Acts ก็เพื่อที่จะให้วิธีพิจารณาความในศาล Common Law และ Equity เป็นแบบเดียวกัน The Judicature Act จึงจัดให้มีประมวลวิธีพิจารณาความขึ้นและให้ศาลทุกศาลใน Supreme Court⁶³ ใช้เป็นแบบเดียวกันและมาตรา 17 ของ

⁶²พัฒนา เรือนใจดี, “ศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษาปัญหาทางทฤษฎีและกฎหมายรวมทั้งปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและรูปแบบที่เหมาะสมสำหรับในประเทศไทย,” หน้า 19.

⁶³Supreme Court ของอังกฤษ ไม่ใช่ศาลสูงสุดในประเทศอังกฤษ ดังเช่น Supreme Court ในสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดของประเทศอังกฤษ คือ House of Lord Supreme Court ของอังกฤษนั้นประกอบด้วย High Court และ Court of Appeal ตั้งขึ้นเพื่อคานอำนาจของ House of Lord ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดด้วย ทั้ง ๆ ที่ House of Lord มีอำนาจหน้าที่สำคัญทางบริหารโดยทำหน้าที่เป็นสภาสูง.

พระราชบัญญัติดังกล่าวยังให้อำนาจผู้พิพากษาในศาล Supreme Court ที่จะออกกฎเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีความเป็นคราว ๆ ไป แล้วจึงนำเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ต่อมาอำนาจในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีจึงมาอยู่กับ the Rule Committee of the Supreme Court ซึ่งประกอบด้วย Lord Chancellor, Lord chief justice, Master of the Rolls ประธานแผนก Probate Divorce และ Admiralty และผู้พิพากษา 4 คน ในศาล Supreme Court ตัวแทนจาก General Council of the bar 2 คน และตัวแทนจาก Solicitor 2 คน เลือกโดย Lord Chancellor

Rule of the Supreme Court จะมีการแก้ไขทุก ๆ 2 ถึง 3 ปี โดยจัดพิมพ์เป็นประมวลคำสั่งและกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ ที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีในศาลชั้นเรียกว่า The Supreme Court Practice หรือที่รู้จักกันทั่ว ๆ ว่า White Book รวมคำสั่งและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้ทันสมัยอยู่เสมอและต่อมา มีการจัดหมวดหมู่ให้สมบูรณ์แบบขึ้น แต่ขอให้สังเกตว่าวิธีพิจารณาดังกล่าวมิได้ใช้กับการพิจารณาคดีทุกประเภทในศาล Supreme Court วิธีพิจารณาคดีในแผนก Probate, Divorce และ Admiralty มีลักษณะพิเศษแตกต่างออกไป⁶⁴

ข้อกำหนดหรือข้อบังคับ (Rules) แรกของ Supreme Court ได้ถูกร่างขึ้นโดยผู้พิพากษาศาล High Court และ Court of Appeal ปรากฏครั้งแรกในรายการของ the Judicature Act 1875 โดยรวบรวมมาจาก rules ต่าง ๆ ของศาลที่มีอยู่ก่อนแล้วโดยนำมารวมกัน และกำหนดรูปแบบพื้นฐานของ (Rules) เพื่อให้มีการพัฒนา Rules ต่าง ๆ ได้ถูกตีพิมพ์เผยแพร่ในปี 1883 เรียกว่า the Rules of the Supreme Court 1883 โดย Rules นี้ได้มีการแก้ไขและตีพิมพ์เผยแพร่มาหลายครั้งแรก ในปีหลัง ๆ มีการแก้ไขหลายครั้งภายในหนึ่งปี ในช่วงที่สองของรายงาน (Second Interim Report) (1951, Cmd. 8176, para. 46) การดำเนินการแก้ไขปรับปรุง Rules อย่างละเอียดถี่ถ้วนจะได้รับการแนะนำโดย the Committee on Supreme Court Practice and Procedure และต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงครั้งสำคัญอีก โดยระยะแรกในปี 1962 และระยะสุดท้ายในปี 1965 ทำให้ได้ the new Rules of the Supreme Court ซึ่งถือเป็น Rules ที่ใช้อย่างอิงในการแก้ไขปรับปรุง Rules ในครั้งต่อ ๆ มา⁶⁵

พอจะสรุปได้ว่า ผู้พิพากษาอังกฤษเป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาคดีเองมานานแล้ว โดยในศตวรรษที่ 19 ผู้พิพากษาก็ยังสามารถกำหนดวิธีพิจารณาเองได้อยู่ เพียงแต่มีการบัญญัติกฎหมายให้อำนาจผู้พิพากษาหรือศาลออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาไว้โดยชัดแจ้ง และ The Judicature

⁶⁴ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ (กรุงเทพฯ : บริษัทประยูรวงศ์ จำกัด), หน้า 150-151. (ม.ป.ป.)

⁶⁵ Note on the history of the Rules, order 1 of the Supreme Court Practice 1991.

Act จัดให้มีประมวลวิธีพิจารณาสำหรับศาลทุกศาลใน Supreme Court ใช้เป็นแบบเดียวกัน ทั้งยังให้อำนาจผู้พิพากษาศาล Supreme Court กำหนดวิธีพิจารณาความใหม่ได้เป็นคราว ๆ คือ the Rules of the Supreme Court ซึ่งต่อมาการกำหนดวิธีพิจารณานั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของ the Rule Committee of the Supreme Court โดยมีตัวแทนทั้งจากศาล (ผู้พิพากษา) Council of the bar (เนติบัณฑิตยสภา) และ Solicitor โดย Rule of the Supreme Court จะมีการแก้ไขอยู่เสมอเพื่อให้ทันยุคทันสมัยและเหมาะสมกับการพิจารณาคดีต่าง ๆ โดยจัดพิมพ์เป็น The Supreme Court Practice หรือที่เรียกว่า White Book ซึ่งการที่ในภายหลังจะต้องมี the Rule Committee นั้น ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องจากต้องการให้การกำหนดวิธีพิจารณาของผู้พิพากษาเป็นไปอย่างรอบคอบ มีการระดมความคิด ประสบการณ์ ความรู้ความสามารถของตัวแทนต่าง ๆ ที่นอกเหนือจากผู้พิพากษาหรือศาลเอง เพื่อให้ได้วิธีพิจารณาที่เหมาะสมในการพิจารณาคดีต่าง ๆ ซึ่งจะส่งผลให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณีมากที่สุด อีกทั้งยังอาจทำให้ประชาชนเชื่อมั่นในวิธีพิจารณามากกว่า การให้อำนาจผู้พิพากษากำหนดวิธีพิจารณาเองได้ทั้งหมดเพียงองค์กรเดียว ซึ่งในส่วนที่เน้นเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป

เนื่องจากประเทศอังกฤษเป็นประเทศในระบบกฎหมาย Common Law หรือเป็นประเทศที่ไม่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย จึงไม่ปรากฏว่าในอดีตมีการบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาใด ๆ ดังเช่นประเทศในระบบที่ใช้ประมวลกฎหมายหรือ Civil Law อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาจึงอยู่กับกษัตริย์หรือผู้พิพากษาเสียเป็นส่วนใหญ่ อีกทั้งประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว (Unite' de jurisdiction) จึงไม่มีศาลปกครองแยกออกมาเพื่อพิจารณาคดีปกครองต่างหาก ดังเช่นประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ เช่น ฝรั่งเศสและเยอรมัน ศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีประเภทต่าง ๆ กล่าวคือ คดีแพ่ง คดีอาญา รวมทั้งคดีปกครองด้วย และเนื่องจากผู้เขียนนิพนธ์ศึกษาเรื่องเกี่ยวกับอำนาจศาลในการกำหนดวิธีพิจารณาคดีของตนเอง ศึกษากรณีศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ผู้เขียนจึงขอที่จะศึกษาต่อไปถึงเฉพาะในส่วนที่ศาลยุติธรรมของประเทศอังกฤษทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครองเท่านั้น

ในการพิจารณาคดีปกครองของอังกฤษในอดีตนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่าอังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยวจึงไม่มีศาลปกครอง เพราะฉะนั้นเมื่อมีข้อพิพาททางปกครองหรือคดีปกครองเกิดขึ้น จึงขึ้นศาลยุติธรรมโดยอำนาจของศาลยุติธรรมอังกฤษในการพิจารณาคดีปกครองมีดังนี้

เอกชนผู้ได้รับความเสียหายจากคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือการกระทำทางปกครองซึ่งได้กระทำลงโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เอกชนผู้นั้นอาจฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้เยียวยา (remedy) ความเสียหายของตนตามกระบวนการวิธีพิจารณาที่เหมาะสมที่จะทำให้ความเสียหาย

นั้นสิ้นไป ทั้งนี้ ตามตัวบทกฎหมายหลายลักษณะอักษรที่รัฐสภาตราขึ้น หรือตาม Common Law หรือตาม Equity เท่านั้น หากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น หรือ Common Law หรือ Equity ไม่ได้รับรองไว้ซึ่งหมายความว่า ทางเยียวยาของราษฎรในกรณีนั้น ๆ ราษฎรจะนำคดีมาสู่ศาลไม่ได้⁶⁶

ก่อนอื่นต้องทำความเข้าใจเป็นเบื้องต้นว่าหากเอกชนจะฟ้องคดีต่อศาลต้องพิจารณาทางเยียวยา (remedies) ที่หมายทั้งหลายของศาล (writs หรือ orders) จะออกให้เมื่อมีคำพิพากษาแล้ว เพื่อสามารถใช้บังคับคดีให้ตรงกับความเสียหายที่ตนต้องการให้เยียวยามากที่สุด เพราะถ้าเลือกทางเยียวยาใดก็ได้หมายศาลตามทางเยียวยาที่เลือกนั้น และจะทำให้การบังคับคดีไม่สามารถบังคับได้เต็มตามสิทธิ เหตุนี้จึงมีสุภาษิตกฎหมายอังกฤษว่า “ทางเยียวยามาก่อนสิทธิ” (Remedies precede rights) กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สิทธิที่โจทก์จะได้รับขึ้นอยู่กับทางเยียวยาตามหมายศาล ด้วยเหตุนี้ นักกฎหมายภาคพื้นยุโรปจึงมีข้อสังเกตว่าในอังกฤษนั้นกฎหมายวิธีพิจารณาความ (ทางเยียวยาตามหมายศาล) สำคัญกว่ากฎหมายสารบัญญัติ (สิทธิ) ซึ่งต่างกับภาคพื้นยุโรปที่ถือว่า สิทธิตามกฎหมายสารบัญญัติสำคัญกว่าวิธีพิจารณาความเพราะถ้ามีอำนาจฟ้องแล้ว เอกชนอาจกำหนดคำขอท้ายฟ้องอย่างไรก็ได้ตามสิทธิที่ตัวมีอยู่ตามกฎหมายและศาลก็จะออกหมายบังคับคดีให้ตามนั้น ซึ่งหมายศาลในคอมมอนลอว์และเอคควิตี้ของอังกฤษนั้นหลายหมายมีกำเนิดมาแต่โบราณกาล แต่ได้มีการพัฒนาโดยเฉพาะในยุคปัจจุบันให้สามารถใช้ควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองเอกชนได้⁶⁷

หมายนั้นอาจแยกเป็นหมายตาม Common Law และ Equity โดยหมายตาม Common Law ได้แก่ หมายหลวงหรือหมายตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (prerogative orders หรือ prerogative writs) เป็นหมายที่ออกในนามหรือตามพระราชอำนาจของกษัตริย์ มี 3 หมาย คือ certiorari, prohibition และ mandamus ซึ่งทั้ง 3 หมายนี้ ล้วนใช้เยียวยาการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองตามกฎหมายมหาชนมาตั้งแต่เริ่มแรก (the original public law remedies) ส่วนหมายตามหลักความยุติธรรม (Equity) เช่น Injunction และ Declaration ทั้ง 2 หมายนี้ ในระยะแรกเป็นหมายที่ให้อำนาจกับศาล Chancery เพื่อใช้สำหรับเยียวยาตามกฎหมายเอกชน

⁶⁶บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 68.

⁶⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

(the original private law remedies) แต่ต่อมาได้นำมาใช้กับการเยียวยาตามกฎหมายมหาชนด้วย⁶⁸ โดยหมายศาลดังกล่าวมีดังต่อไปนี้⁶⁹

- Certiorari เป็นหมายที่ใช้สำหรับควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (legality) ของฝ่ายปกครอง โดยเป็นหมายในรูปของคำสั่งให้ยกเลิกเพิกถอนคำวินิจฉัยที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
- Prohibition เป็นหมายที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือเกินกว่าอำนาจ
- Mandamus เป็นหมายที่สั่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามหน้าที่ตามกฎหมาย
- Injunction เป็นหมายที่สั่งให้เอกชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการตามหน้าที่ที่มีอยู่ และถ้าเป็นการเรียกค่าเสียหายก็เรียกคดีว่า damages ซึ่งเท่ากับศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหาย
- Declaration หมายนี้ไม่ใช่หมายสำหรับมีผลบังคับโดยตรงกับฝ่ายปกครอง แต่เป็นหมายที่ “ประกาศ” (declare) ว่าการกระทำทางปกครองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย และ
- Habeas Corpus เป็นหมายที่ขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองพิจารณาปล่อยตัวบุคคลที่ถูกหน่วงเหนี่ยวกักขังโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

อนึ่ง หมายตามพระราชอำนาจ หรือ prerogative order นั้น ในอดีตเป็นหมายที่กษัตริย์ออกบังคับแก่ศาลล่าง ซึ่งต่อมานำมาใช้กับฝ่ายปกครองด้วย

มีข้อสังเกตว่า หมายแต่ละหมายจะมีวิธีพิจารณาและผลบังคับต่างกัน กล่าวคือ เจื่อนใจที่โจทก์จะฟ้องขอเยียวยาแต่ละอย่างก็ต่างกัน ระยะเวลาฟ้องคดีก็ต่างกันรวมถึงวิธีพิจารณาอื่น ๆ ก็ต่างกัน เช่น ถ้าขอหมายตามพระราชอำนาจจะขอให้ศาลหมายเรียกเอกสารและจะถามค้านได้ลำบาก แต่ถ้าขอ declaration ก็จะทำทั้งสองประการนี้ได้โดยไม่มีข้อจำกัด⁷⁰

⁶⁸วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, ศาลปกครองไทย : วิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบ โครงสร้าง อำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลกับศาลปกครองอังกฤษ ฝรั่งเศสและเยอรมันนี, หน้า 137.

⁶⁹เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-138., บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 74-77. ; สุนัย มโนมัยอุดม, “ระบบศาลอังกฤษ : ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีแพ่ง,” บทบัญญัติ เล่ม 42 ตอน 1 (มีนาคม 2529) : 51 และชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ,” วารสารกฎหมายปกครอง 2, 3 (ธันวาคม 2526) : 500.

⁷⁰เรื่องเดียวกัน, หน้า 78.

ในระบบอังกฤษเมื่อศาลยุติธรรมแต่ผู้เดียวเป็นผู้ควบคุมการกระทำทางปกครอง ผลจึงปรากฏว่าศาลยุติธรรมจึงใช้วิธีพิจารณาคดีดั้งเดิมที่มีอยู่ใน Common Law และ Equity เป็นหลัก ในการพิจารณาคดีดังกล่าวด้วย และเมื่อเป็นเช่นนี้ปัญหาต่าง ๆ จึงเกิดขึ้น กล่าวคือ

ตามที่ทราบกันดีแล้วว่า Common Law เป็น Judge-made law เมื่อเป็นเช่นนี้การพิเคราะห์กฎหมายในสายตานักกฎหมาย Common Law จึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “คดี” ทั้งสิ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ในระบบ Common Law หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความจึงเป็นหัวใจ และอยู่เหนือหลักกฎหมายสารบัญญัติเสียด้วยซ้ำในบางครั้ง⁷¹ ด้วยเหตุนี้การศึกษาวิธีทางเยียวยา (Remedies) หรือ Methods of review ซึ่งเป็นเรื่องทางวิธีพิจารณาความแท้ ๆ ที่อยู่บนพื้นฐานของ Common Law ควบกับ Equity ในส่วนที่เกี่ยวกับหมายศาล (Writs หรือ orders) จึงเป็นเรื่องสำคัญไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าการศึกษาหลักกฎหมายหรือเหตุที่ศาลจะเข้าไปควบคุมฝ่ายปกครองหรือเข้าไปทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครอง (Grounds for review หรือ moyen de recours) อาทิ หลัก ultra vires หลัก Natural Justice เป็นต้น

ผลของหลัก “ทางเยียวยามาก่อนสิทธิ” นี้เองส่งผลไปหลายประการในพัฒนาการทางกฎหมายปกครองอังกฤษ ประการแรก คือ ต้องเลือกทางเยียวยา (remedies) ให้ถูกต้องเสียก่อน มิเช่นนั้นผลเสียจะเกิดขึ้นในชั้นออกหมายบังคับคดีก็จะได้ผล ประการที่สอง การเลือกทางเยียวยาต่างกับกระบวนการวิธีพิจารณาที่ต่างกันไปตามทางเยียวยา อาทิ ถ้าเลือกทางเยียวยาที่มาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (prerogative remedies) เช่น certiorari, prohibition, mandamus ซึ่งเป็นทางเยียวยาทางกฎหมายมหาชน ผู้ฟ้องต้องพิสูจน์ให้ได้ก่อนว่าตนมีอาจจะขอทางเยียวยาทางกฎหมายเอกชน เช่น การเรียกค่าเสียหาย (damages) การให้บังคับให้กระทำการ (injunction) หรือการให้ศาลรับรองสิทธิ (damages) ประการที่สาม ทางเยียวยาทางใดทางหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว อาจไม่ได้ผลดีแก่คดีทั้งหมด เช่น ถ้าขอทางเยียวยาทาง Equity หรือเอกชน ก็อาจไม่ได้ทางเยียวยา prerogative หรือมหาชน และการใช้ทางเยียวยาทั้งสองควบไปก็เป็นไปไม่ได้ในทางปฏิบัติ ผลสุดท้ายสิทธิของประชาชนก็อาจไม่ได้รับการเยียวยาเต็มที่ โดยเหตุนี้เอง ความยุ่งยากทางวิธีพิจารณาในอังกฤษจึงบดบังความสำคัญทางสารบัญญัติไปสิ้น⁷²

⁷¹Rene David, *Les Grands Systemes de Droit Contemporains* 7 ed. (Paris : Dalloz, 1978), p. 328 – 330. อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ความเป็นมาของระบบศาลเดี่ยวในอังกฤษและระบบศาลคู่ในฝรั่งเศส,” *บทบัญญัติ* เล่ม 51 ตอน 1 (มีนาคม 2538) : 67.

⁷²เรื่องเดียวกัน, หน้า 68 – 70.

ส่วนการฟ้องคดีปกครองต่อศาลยุติธรรมในอดีตนั้นยังมีข้อบกพร่องหลายประการ กล่าวคือ กรณีที่ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมตัดสินคดีปกครองรวมๆ ไปกับคดีแพ่งทั่วไป ทำให้การพิจารณาเป็นไปโดยผู้พิพากษาที่ขาดความรู้ความเข้าใจในแนวความคิดของกฎหมายปกครอง ลักษณะพิเศษของคดีปกครองและข้อจำกัดต่างๆ ที่ฝ่ายปกครองต้องเผชิญ กับทั้งยังทำให้มีการนำเอากฎเกณฑ์ด้านวิธีพิจารณาต่างๆ ที่ใช้อยู่กับคดีแพ่งทั่วไปมาใช้บังคับกับคดีปกครองอย่างไม่เหมาะสมทำให้การพิจารณาคดีปกครองต้องล่าช้าและขาดประสิทธิภาพไปโดยไม่จำเป็น ประกอบกับก่อนปี ค.ศ. 1977 การร้องขอการเยียวยาจากรัฐ (Prerogative Remedies) ได้แก่ Order of Certiorari, Prohibition หรือ Mandamus จะต้องร้องขอต่อศาล High Court แพนก Queen's Bench ในขณะที่การฟ้องเรียกค่าเสียหายและคำสั่งแสดงสิทธิ (Declarations) จะต้องกระทำต่อผู้พิพากษานายเคียวใน Queen's Bench Division ส่วนการฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามจำเลยกระทำการอันละเมิดต่อกฎหมาย (Injunction) จะต้องกระทำในศาล High Court แพนก Chancery การแบ่งแยกองค์กรณีจึงมีขึ้นขาดให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของคำขอรับการเยียวยา (remedies) เหล่านี้ นอกจากนี้จะทำให้ยุ่งยากแก่เอกชนผู้ได้รับความเดือดร้อนโดยไม่จำเป็นแล้ว ยังเป็นผลต่อเนื่องให้ศาลปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของศาลยุติธรรมต้องใช้วิธีพิจารณาที่แตกต่างกันสำหรับคดีปกครองแต่ละประเภทด้วย ยิ่งไปกว่านั้น ถ้าเอกชนผู้ร้องขอเลือกหมาย คำสั่ง หรือคำบังคับสำหรับคำร้องของตนผิดพลาดไป เช่น ไปร้องขอหมายผิดประเภท ศาลปกครองก็จะต้องยกคำร้องนั้นเสีย แม้จะเป็นที่ชัดเจนว่าผู้ร้องขอมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในทางอื่นอยู่ก็ตาม⁷³

จากการที่มีข้อบกพร่องดังที่กล่าวมานี้ จึงมีการเรียกร้องให้มีการปรับปรุงองค์กรและระบบวิธีพิจารณา โดยในปี ค.ศ. 1969 คณะกรรมการกฎหมาย (Law Commission)⁷⁴ ได้ศึกษาปรับปรุงระบบหมายต่าง ๆ ให้ทันสมัยเพื่อใช้พิจารณาคดีในกฎหมายปกครอง ซึ่งในปี ค.ศ. 1976 คณะกรรมการดังกล่าวได้สรุปแนวทางการเยียวยาในกฎหมายปกครองอังกฤษ (Remedies in Administrative Law) โดยมีข้อเสนอแนะหลายประการ เช่น ควรรวมหมายทุกหมายไว้ด้วยกันในคดี

⁷³ จรัญ ภักดีธนากุล, “การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ,” จุลพาท ปีที่ 37 เล่ม 1 (มกราคม – กุมภาพันธ์ 2533) : 105 – 106. ; คณะกรรมการบริหารและการยุติธรรม วุฒิสภา, “รายงานการพิจารณาศึกษาเรื่ององค์กรณีวินิจฉัยคดีปกครอง,” บทบัญญัติ เล่ม 51 ตอน 1 (มีนาคม 2538) : 94 – 95.

⁷⁴ Law Commission เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายตั้งแต่ปี ค.ศ. 1965 มีหน้าที่ศึกษาและให้ความเห็นในการปรับปรุงกฎหมาย ประกอบด้วยบุคคลที่มีความรู้สูงในทางกฎหมาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปในวงราชการและการศึกษาของประเทศไทย.

ที่ใช้กฎหมายปกครองโดยใช้วิธีพิจารณาเดียวเรียกว่า “การขอให้ศาลควบคุม” (Application for judicial review) ควรปรับวิธีพิจารณาให้ศาลสามารถพิจารณาค้นหาความจริงได้เต็มที่ เป็นต้น⁷⁵

เมื่อได้มีการเสนอแนะของ Law commission แล้ว ข้อบกพร่องดังกล่าวได้รับการแก้ไขให้หมดไป โดยในปี ค.ศ. 1977 คณะกรรมการด้านกฎระเบียบของศาลสูงสุด (the Rule Committee of the Supreme Court) ได้ปรับปรุง order 53 ของ the Rule of the Supreme Court

การปรับปรุงองค์กรและวิธีพิจารณาคดีปกครองโดยศาลยุติธรรมใหม่เช่นนี้ได้ส่งผลให้อังกฤษมีศาลปกครองที่รับผิดชอบคดีปกครองโดยเฉพาะขึ้นอย่างไม่เป็นทางการ อันได้แก่แผนกคดีปกครองในศาล Queen’s Bench Division ของ High Court ซึ่งจะเป็นรากฐานให้ศาลอังกฤษสามารถพัฒนาบุคลากรและหลักกฎหมายปกครองให้มีลักษณะเฉพาะด้าน (specialization) ได้ในโอกาสต่อไป ความสำเร็จของการปรับปรุงตามแนวทางนี้เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ต่อมาในปี ค.ศ. 1981 รัฐสภาอังกฤษได้นำกฎระเบียบใหม่ตาม คำสั่งที่ 53 (Order 53) ไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้เป็นการมั่นคงถาวร ซึ่งเรียกว่า พระราชบัญญัติศาลสูงสุด ค.ศ. 1981 (The Supreme Court Act 1981) โดยมีการแก้ไขปรับปรุงในรายละเอียดเล็กน้อยเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การปฏิรูปดังกล่าวนี้แทบจะมิได้กระทบถึงด้านสารบัญญัติของกฎหมายปกครองอังกฤษเลย ดังนั้นข้อจำกัดทางสารบัญญัติที่ห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้าไปทบทวนตรวจสอบการกระทำปกครองในบางกรณีจึงยังคงต้องมีอยู่เช่นเดิม⁷⁶

กล่าวโดยสรุปวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาของประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศในระบบ Common Law และใช้ระบบศาลเดี่ยวนั้น มีวิวัฒนาการมายาวนานเริ่มตั้งแต่ในอดีตพระราชอำนาจของกษัตริย์มีอย่างมากมายและทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการผ่านองค์กรสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Curia Regis) ซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นโดยพระมหากษัตริย์โดยในขณะนั้นยังไม่มีองค์กรวินิจฉัยคดีในรูปแบบศาล อำนาจในการวินิจฉัยคดีต่าง ๆ รวมทั้งวิธีพิจารณาในช่วงนี้ ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ ต่อมาเมื่อมีองค์กรศาล ศาลท้องถิ่นต่าง ๆ ก็มีวิธีพิจารณาไปตามจารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้น ๆ เมื่อมีศาลหลวงศาลหลวงจึงกำหนดวิธีพิจารณาและวางแนวทางในการพิจารณาคดีให้มีทิศทางเดียวกัน

⁷⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ, หน้า 78 – 79.

⁷⁶จรัญ ภักดีธนากุล, “การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ,” หน้า 107 – 180. ; คณะกรรมาธิการบริหารและการยุติธรรม วุฒิสภา, รายงานการพิจารณาศึกษาเรื่ององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง, หน้า 95.

จนเป็นที่ยอมรับของประชาชน ซึ่งเป็นที่มาของคำว่า Common Law หรืออาจเรียกว่า Judge – made law นอกจากนี้ยังมีหลักความยุติธรรมหรือหลัก Equity และหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) มาใช้ในการพิจารณาคดีต่าง ๆ รวมทั้งคดีปกครองด้วย ซึ่งก่อนศตวรรษที่ 19 นั้น วิธีพิจารณาความในศาลต่าง ๆ ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนด ต่อมาช่วงศตวรรษที่ 19 มีการบัญญัติ The Common Law Procedure Act เพื่อให้วิธีพิจารณาของศาล Common Law และ Equity เป็นแบบเดียวกันและมีประมวลวิธีพิจารณาเพื่อให้ศาลทุกศาลใน Supreme Court ใช้เป็นแบบเดียวกัน (ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะหมายถึง Act ไม่ใช่ Code) แต่ศาลก็ยังสามารถกำหนดวิธีพิจารณาเองได้อยู่ โดยเห็นได้จากศาลสามารถออก the Rules of the Supreme Court ที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณา แต่อย่างไรก็ตามต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนด้วย โดย Rule ต่าง ๆ จะนำมาพิมพ์ใน the Supreme Court Practice หรือ White book มีการแก้ไขทุก ๆ 2 ถึง 3 ปี ต่อมาจึงมี the Rule Committee of the Supreme Court ซึ่งมีตัวแทนจากศาล เนติบัณฑิตยสภา และ Solicitor เป็นผู้กำหนดวิธีพิจารณาเพื่อความรอบคอบและให้ได้วิธีพิจารณาที่ดีและเป็นธรรมที่สุด

เนื่องจากประเทศอังกฤษใช้ระบบศาลเดี่ยว จึงไม่มีศาลปกครองในการพิจารณาคดีปกครอง โดยเฉพาะ ศาลยุติธรรมจึงเป็นผู้พิจารณาคดีปกครอง วิวัฒนาการของการกำหนดวิธีพิจารณา จึงเหมือนกับคดีอื่น ๆ ซึ่งการที่ผู้พิพากษานำเอากฎเกณฑ์ด้านวิธีพิจารณาต่าง ๆ ที่ใช้กับคดีแพ่งทั่วไปมาบังคับใช้กับคดีปกครองอย่างไม่เหมาะสม ทำให้การพิจารณาคดีปกครองล่าช้าและไม่ได้ประสิทธิภาพเท่าที่ควร ประกอบกับในการฟ้องคดีปกครองยังศาลยุติธรรมนั้น ผู้เสียหาย หรือผู้ร้องจะต้องร้องขอต่อศาลยุติธรรมเพื่อให้เยียวยา (Remedy) ความเสียหายตามกระบวนการพิจารณาที่เหมาะสม โดยมีหมาย (Writ หรือ Order) ต่าง ๆ มากมาย ตามแต่ที่จะต้องการ ให้ได้รับการเยียวยาในเรื่องใด เช่น หมาย certiorari, prohibition, mandamus เป็นต้น ซึ่งถ้าผู้เสียหายเลือกทางเยียวยาผิดจะไม่ได้รับการเยียวยา จากปัญหาดังกล่าวทำให้มีการพยายามที่จะปรับปรุงองค์กรและวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยมี Law Commission เป็นผู้ศึกษาแนวทางแก้ไข ซึ่งต่อมาในปี 1977 the Rule Committee of the Supreme Court ได้ปรับปรุง order 53 ของ the Rule of the Supreme Court และในปี 1981 รัฐสภาอังกฤษได้ออก The Supreme Court Act 1981 ขึ้น

จะเห็นได้ว่า ความจริงแล้ววิวัฒนาการในระยะแรกของการกำหนดวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมายนี้ อำนาจในการกำหนดวิธีพิจารณาจะเป็นของผู้พิพากษาหรือศาล สาเหตุหนึ่งอาจเนื่องมาจากเป็นประเทศที่ไม่ใช่ระบบประมวลกฎหมาย จึงไม่เห็นความจำเป็นในการกำหนดวิธีพิจารณาให้ออกมาในรูปพระราชบัญญัติโดยผ่านการตราขององค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งถือเป็นตัวแทนของประชาชน ประกอบกับในประเทศอังกฤษมีศาลเป็นจำนวนมากและหลายประเภท แต่ละศาลจึงกำหนด

วิธีพิจารณาคดีเองตามความเหมาะสม สำหรับ Supreme Court ก็สามารถกำหนดวิธีพิจารณาของตนเองได้ในรูปของ the Rules of the Supreme Court มาเป็นเวลานานแล้ว โดยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกใน the Judicature Act 1875 ต่อมาในปี 1981 รัฐสภาจึงนำกฎระเบียบใหม่ตาม order 53 ของ the Rules of the Supreme court มาบัญญัติเป็น Supreme Court Act เท่ากับว่ารัฐสภายอมรับว่าวิธีพิจารณาคดีบัญญัติเป็นกฎหมาย (Act) เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา ถึงแม้ว่าแทบจะไม่ได้เปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาที่กำหนดอยู่ใน order 53 ของ Rules เลขที่ตามอย่างไรก็ดีศาลก็ยังคงกำหนดวิธีพิจารณาความได้เองอย่างสม่ำเสมอในรูปของ Rule of Court

ส่วนองค์กรพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของอังกฤษในปัจจุบัน พร้อมทั้งวิธีพิจารณาจะเป็นอย่างไร ใครเป็นผู้กำหนด ผู้เขียนจะบอกกล่าวในบทที่ 3 ต่อไป

นอกจากนี้ในประเทศอังกฤษนั้นยังมีองค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดีปกครองนอกเหนือจากศาลยุติธรรม ที่เรียกว่า “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” (Administrative tribunals) อีกด้วย โดยมีวิวัฒนาการรวมทั้งวิธีพิจารณา ดังนี้

ในราวปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงปฏิวัติอุตสาหกรรม นายทุนเป็นผู้มีบทบาทและอำนาจในสังคม ประชาชนจึงเรียกร้องให้รัฐเข้าไปมีบทบาทมากขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ที่เสียเปรียบในสังคม ทำให้เกิด “รัฐแทรกแซง” (interventionist state) ซึ่งต่อมากลายเป็น “รัฐสวัสดิการ” (Welfare state) ด้วยเหตุนี้รัฐสภาจึงต้องตราพระราชบัญญัติเป็นจำนวนมากเพื่อการนี้ เพราะคอมมอนลอว์เดิมไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวให้ ทั้งนี้ไม่ว่าทางการศึกษา ดำรงสาธารณสุข คมนาคม ฯลฯ กฎหมายเหล่านี้ให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อบังคับใช้กฎหมายแม่บทนั้นค่อนข้างมาก ทำให้อำนาจของรัฐบาลและฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้นมหาศาล เหตุการณ์นี้ทำให้ผู้พิพากษาศาลสูงชื่อ Lord Hewart และนักวิชาการชื่อศาสตราจารย์ Hamson เรียกร้องให้มีการทบทวนการควบคุมฝ่ายปกครองใหม่

ด้วยเหตุนี้ในปี 1929 รัฐสภาได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง คือ “คณะกรรมการการศึกษาอำนาจของรัฐมนตรี” (Committee on Ministers Powers) ขึ้นศึกษาปัญหาดังกล่าว คณะกรรมการชุดนี้ได้ทำการศึกษานิติบัญญัติที่ฝ่ายบริหารได้รับมอบมาจากพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้น (delegated legislation) และอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทหรืออำนาจกึ่งวินิจฉัยข้อพิพาท (Judicial and quasi-judicial power) ที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติและเสนามาตรการควบคุมอำนาจดังกล่าว ข้อเสนอที่ได้รับการนำไปปฏิบัติโดยการแนะนำของคณะกรรมการชุดนี้คือ การควบคุมการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร โดยรัฐสภาได้ตราพระราชบัญญัติ

ว่าด้วยการควบคุมกฎหมายลำดับรองชื่อ Statutory Instruments Act 1946⁷⁷ ขึ้นและต่อมาก็ได้มีการตั้งคณะกรรมการการศึกษาเรื่องอำนาจตุลาการหรือกึ่งตุลาการของฝ่ายบริหารขึ้น ชื่อว่า The Frank committee ข้อเสนอของคณะกรรมการชุดนี้ทำให้รัฐสภาตรากฎหมายชื่อ “พระราชบัญญัติคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและการไต่สวน” (The Tribunals and Inquiries Act 1958) มีการแก้ไขปรับปรุงล่าสุดในปี ค.ศ. 1992 ขึ้นเพื่อปรับปรุงการควบคุมการใช้อำนาจตุลาการหรือกึ่งตุลาการของฝ่ายบริหาร

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (administrative tribunal) ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญทั้งหลายในฝ่ายปกครอง ทำหน้าที่ตุลาการหรือกึ่งตุลาการ (quasi judicial) ตัดสินข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน และบางครั้งก็ตัดสินระหว่างเอกชนต่อกันในบางเรื่อง⁷⁸

ในช่วงแรกของศตวรรษที่ 20 (ค.ศ.1900 - ค.ศ.1932) องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยหรือพิจารณาข้อพิพาทดังเช่นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (administrative tribunal) ยังมีจำนวนไม่มากนัก แต่ต่อมาได้ขยายตัวอย่างรวดเร็ว ประมาณ ค.ศ. 1957 อังกฤษมีองค์กรพิจารณาข้อพิพาทแบบนี้ นับพันแห่งจนมีการเสนอให้จัดตั้ง **Council on Tribunals** ขึ้นตามกฎหมาย The Tribunals and Inquiries Act 1958 เพื่อดูแลให้คำแนะนำองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ให้มีการดำเนินงานที่ได้มาตรฐาน เพื่อความเปิดเผย ความเป็นธรรม และความเป็นกลาง⁷⁹ (Openess, fairness and impartiality) โดย Council on Tribunals มีสถานะเป็นคณะกรรมการชุดหนึ่งที่ทำหน้าที่ติดตามการทำงานและเสนอแนะปรับปรุงวิธีการดำเนินงานและเสนอแนะปรับปรุงวิธีการดำเนินงานของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (tribunals) ชุดต่าง ๆ ตลอดจนให้ความเห็นเกี่ยวกับการออกกฎว่าด้วยวิธีพิจารณา (procedural rules) ของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ⁸⁰ โดย the Council นี้มีฐานะเป็นเพียงคณะที่ปรึกษาและแนะนำเท่านั้น มิได้มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารหรือตุลาการใดๆ ทั้งสิ้น ทั้งมิใช่องค์กรกลางที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่อุทธรณ์มาจาก

⁷⁷Statutory Instruments Act 1946 หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายลำดับรองนั้นเป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขหลายประการให้ต้องปฏิบัติในการออกกฎหมายลำดับรองเพื่อให้รัฐสภามีโอกาสตรวจสอบการออกกฎหมายลำดับรองของฝ่ายปกครองได้ รวมทั้งรัฐบาลอาจรับรองหรือไม่อนุมัติกฎหมายลำดับรองในบางโอกาส

⁷⁸บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย, หน้า 22-25.

⁷⁹ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ : จีระชัยการพิมพ์, 2540), หน้า 54.

⁸⁰ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, “กฎหมายปกครองตามทัศนะของอังกฤษ,” หน้า 501.

คณะกรรมการฯ ต่าง ๆ ด้วย หน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ ติดตามดูแลการทำงานของคณะกรรมการฯ ที่ขึ้นบัญชีไว้ในตารางท้ายพระราชบัญญัติ และหากคณะกรรมการใดประสงค์จะเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาของตนจะต้องได้รับความเห็นชอบจาก the council นี้เสียก่อน⁸¹

การที่องค์กรนิติบัญญัติ มิได้กำหนดวิธีพิจารณาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งหลายไว้เป็นรูปแบบเดียวกัน ก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าเรื่องทั้งหลายที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ จะต้องตัดสินนั้นแตกต่างกันโดยสภาพอย่างมากในทางปฏิบัติวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีการไต่สวนคดีนั้นจะไม่เหมือนกับวิธีพิจารณาของศาลธรรมดา คือ ศาลยุติธรรมซึ่งเป็นวิธีที่ยู่ยาก วิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยทั่วไปนั้นเป็นวิธีง่าย ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่ความอย่างไรก็ดีการพิจารณาคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททั้งหลายจะต้องอยู่ภายใต้หลักการของหลัก Common Law ที่มีความสำคัญมากข้อหนึ่ง คือ “หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (The Principles of Natural Justice) กล่าวคือ หลักการไม่มีส่วนได้เสียและหลักฟังความทั้งสองฝ่าย⁸²

ผู้เขียนเห็นว่า การที่ไม่มีการบัญญัติวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นกฎหมายนั้น เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีเป็นจำนวนมาก มีหลายประเภทและมีความแตกต่างกันในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองที่มีความหลากหลาย จึงยังคงให้แต่ละ tribunal กำหนดวิธีพิจารณาที่เหมาะสมกับคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้น เพียงเท่าที่ไม่ขัดกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หลักความเป็นกลางและหลักรับฟังความทุกฝ่าย

สำหรับวิธีพิจารณาความของคณะกรรมการฯ นั้น เนื่องจากอังกฤษไม่มีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความสำหรับคณะกรรมการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองโดยเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายจัดตั้งได้บัญญัติไว้ ส่วนใดที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ก็ทำตามดำเนินการไปตามกฎระเบียบของกระทรวง ทบวง กรม ที่รับผิดชอบกิจการของคณะกรรมการฯ นั้นได้วางไว้ และหากไม่มีกฎระเบียบดังกล่าว คณะกรรมการฯ ก็ย่อมกำหนดวิธีพิจารณาของตนขึ้นใช้เองได้ตามที่เห็นสมควร ขอเพียงแต่อย่าให้ถึงกับขัดกับต่อหลัก natural justice เท่านั้น และ Act of 1971

⁸¹เรื่องเดียวกัน, หน้า 118 – 119.

⁸²อิสสระ นิตินันท์ประภาส, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่อง ปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย,” หน้า 111 .

มาตรา 13 บัญญัติให้สิทธิผู้กรณีในคณะกรรมการฯ ที่ระบุไว้สามารถอุทธรณ์ปัญหาข้อกฎหมายต่อศาลสูง (High Court) ได้⁸³

ในอดีต ประเทศอังกฤษนั้นแม้จะมีได้มีศาลปกครองโดยเฉพาะ และคดียังเป็นที่สุด ในศาลยุติธรรม แต่ก็มีการจัดตั้งองค์กรพิจารณาข้อพิพาทในฝ่ายปกครองมากมาย ทำหน้าที่เสมือนเป็นศาลชั้นต้นในคดีปกครองเพื่อลดภาระความยุ่งยากของศาลยุติธรรม⁸⁴ ซึ่งศาลยุติธรรมของอังกฤษมี House of lords ทำหน้าที่เป็นศาลฎีกาหรือศาลสูงสุด โดยบรรดาศาลต่าง ๆ มีการออกกฎหมายหรือหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความได้เองอย่างกว้างขวางและมีอำนาจออกกฎหมายทางอ้อม โดยการตีความกฎหมาย⁸⁵ ผู้เขียนเห็นว่าหน้าที่ศาลกำหนดวิธีพิจารณาของศาลเองถือว่าศาลทำหน้าที่หรือใช้อำนาจนิติบัญญัติอีกทางหนึ่งนอกจากอำนาจตุลาการด้วย ซึ่งการพิจารณาคดีปกครองโดยศาลยุติธรรมของประเทศไทยในปัจจุบัน พร้อมทั้งวิธีพิจารณาจะขอล่าไว้ในบทต่อไป

ส่วนคดีรัฐธรรมนูญในประเทศไทย รัฐธรรมนูญอังกฤษเกิดจากกฎหมายธรรมดา (The constitution is the result of the ordinary Law of the land) Dicey⁸⁶ ได้อธิบายว่า รัฐธรรมนูญอังกฤษซึ่งไม่ได้บัญญัติขึ้นในรูปของประมวลกฎหมาย⁸⁷ เพราะรัฐธรรมนูญของอังกฤษเป็นรัฐธรรมนูญแบบจารีตประเพณี⁸⁸ เกิดจากการที่ศาลยุติธรรมรับรองสิทธิของบุคคล ซึ่งหมายความว่า ในประเทศอังกฤษนั้น สิทธิอันชอบด้วยกฎหมายของบุคคลมิได้เกิดจากหลักประกันที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรดังที่เป็นอยู่ในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา เป็นต้น แต่เกิดจากการที่ศาลยุติธรรมเชี่ยวชาญความเสียหายของเอกชนตามวิธีการของกฎหมายธรรมดา กล่าวคือ เมื่อบุคคลใดถูกล่วงละเมิดหรือรุกรอนสิทธิเสรีภาพ บุคคลนั้นก็ชอบที่จะดำเนินคดีแก่บุคคลที่ทำความเสียหายนั้นในศาลธรรมดา ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ที่ทำความเสียหายนั้นจะเป็นพลเมือง

⁸³จรัญ ภัคดีธนากุล, “การควบคุมและตรวจสอบฝ่ายปกครองในอังกฤษ,” หน้า 118-119.

⁸⁴ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, หน้า 55.

⁸⁵F.H. Lawson and D.J.Bentley, Constitutional and Administrative Law 70 (1961) p. 70-71. อ้างถึงในเรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

⁸⁶Albert Venn Dicey (ค.ศ. 1835 – ค.ศ. 1922) เป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงมากของประเทศอังกฤษ

⁸⁷อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย”, หน้า 104.

⁸⁸ชาญชัย แสวงศักดิ์, พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, หน้า 86.

สามัญหรือเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐบาล⁸⁹ ดังนั้น เมื่อประเทศอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรย่อมไม่มีการแบ่งแยกถึงลำดับชั้นแห่งความสูงสุดกว่าของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญต่อกฎหมายธรรมดา ดังนั้น จึงไม่มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบรรดากฎหมาย และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้ในประเทศอังกฤษไม่มีองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุปวิวัฒนาการของอำนาจรัฐในการกำหนดวิธีพิจารณาของประเทศอังกฤษนั้น เริ่มตั้งแต่ในอดีต พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มีอย่างมากมาย ทรงใช้พระราชอำนาจนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ผ่านองค์กรสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Curia Regis) ซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น ซึ่งในขณะนั้นยังไม่มีองค์กรวินิจฉัยคดีในรูปแบบศาล ต่อมาเมื่อมีองค์กรศาล ศาลท้องถิ่นต่าง ๆ ก็มีวิธีพิจารณาไปตามจารีตประเพณีของท้องถิ่นนั้น ๆ เพราะฉะนั้นในช่วงนี้วิธีพิจารณาจึงน่าจะยังไม่มีกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด เมื่อแต่ละศาลใช้วิธีพิจารณาตามจารีตประเพณีของตนเองศาลหลวงจึงวางแนวทางการพิจารณาคดีให้มีทิศทางเดียวกัน ซึ่งเป็นที่มาของคำว่า Common Law ซึ่งก่อนศตวรรษที่ 19 วิธีพิจารณาความในศาลต่าง ๆ ผู้พิพากษาและ Chancellor จะเป็นผู้กำหนด ต่อมาในศตวรรษที่ 19 ได้มีการบัญญัติกฎหมาย The Judicature Act จัดให้มีประมวลวิธีพิจารณาซึ่งให้อำนาจศาลออกกฎเกณฑ์ใหม่ ๆ เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความได้เองเป็นคราว ๆ ไป ต่อมาอำนาจในการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณาความจึงได้มาอยู่กับคณะกรรมการ Rule Committee (the Rule Committee of the Supreme Court) ส่วนวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งเป็นองค์กรกึ่งตุลาการในฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหารนั้น แต่ละคณะกรรมการจะเป็นผู้กำหนดเองโดยมีสภาคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Council on Tribunals) เป็นผู้ควบคุมดูแลและให้คำปรึกษาในการกำหนดวิธีพิจารณา

2.3 วัตถุประสงค์และหลักการพิจารณาคดีของศาล

2.3.1 วัตถุประสงค์ของวิธีพิจารณา

กฎหมายวิธีพิจารณาความ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขและขั้นตอนในการนำคดีของศาลเข้าสู่การพิจารณาและการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล เช่น กำหนดว่าใครเป็น

⁸⁹อิสสระ นิตินันท์ประกาศ, “คำอภิปรายในการประชุมทางวิชาการเรื่องปัญหาการจัดตั้งศาลปกครองในไทย,” หน้า 104.

ผู้มีอำนาจฟ้อง กำหนดวิธีการที่จะเสนอคดีต่อศาล กำหนดขั้นตอนในการพิจารณาคดีหรือกำหนดว่าในระหว่างดำเนินคดี คู่ความจะอ้างพยานหรือเบิกความได้อย่างไร จะยื่นอุทธรณ์ฎีกาภายในกำหนดเวลาเท่าใด เป็นต้น

การมองกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความเช่นนี้ เป็นการมองวิธีพิจารณาความเพียงด้านเดียว คือ การมองในด้านของการกำหนดวิธีการ ที่บุคคลที่เกี่ยวข้องหรือคู่ความ จะมีความสัมพันธ์กับศาลหรือองค์กรชี้ขาด และการกำหนดให้อำนาจแก่ศาลหรือแก่ผู้พิพากษา ในการสั่งหรือชี้ขาด⁹⁰ เพราะนอกจากวัตถุประสงค์ดังกล่าวมาแล้ว วิธีพิจารณายังมีขึ้นเพื่อทำให้กฎหมายสารบัญญัติมีสภาพบังคับในความเป็นจริง⁹¹ กฎหมายวิธีพิจารณาความเป็นกฎหมายที่วางวิธีการในการที่บุคคลจะเรียกร้องขอความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดเป็นรูปธรรมตามกฎหมาย ทำให้แสวงหาข้อเท็จจริงได้ดีขึ้น พิจารณาคดีได้สะดวกรวดเร็วขึ้น และเป็นกลไกในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของผู้ใช้อำนาจตุลาการรวมทั้งเป็นหลักประกันว่าองค์กรตุลาการหรือศาลจะพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันให้เป็นแนวทางเดียวกันเพื่อให้เกิดความยุติธรรม และเกิดมาตรการในการที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ มิให้เป็นไปโดยทุจริตหรือมิชอบดังเช่นการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (Procédure Publique) อีกทั้งเพื่อให้เกิดความมีเอกภาพในกระบวนการพิจารณา

แต่อย่างไรก็ตาม วิธีพิจารณาคดีก็จะต้องแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของคดี และใช้ให้ถูกต้องเหมาะสมกับคดีนั้น ๆ ด้วย ยกตัวอย่าง เช่น

คดีปกครองเป็นคดีพิพาทระหว่างคู่ความที่มีฐานะไม่เท่าเทียมกัน โดยทางราชการอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน คดีปกครองมักจะเป็นคดีที่เอกชนเป็นโจทก์ฟ้องทางราชการเป็นจำเลย หากใช้หลักที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” เอกชนผู้เป็นโจทก์ย่อมมีโอกาสที่จะชนะคดีได้ยากเพราะเอกสารหลักฐานต่าง ๆ มักอยู่ในความครอบครองของทางราชการ

⁹⁰อมร จันทรสมนุญ, “ศาลรัฐธรรมนูญ (หรือตุลาการรัฐธรรมนูญ),” ใน ครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์, คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537 หน้า 198.

⁹¹กมลชัย รัตนสกาวงศ์, “การให้ข้อคิดเห็นเรื่องการจัดตั้งศาลปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 13 ตอน 2 (สิงหาคม 2537) : 136.

วิธีพิจารณาคดีปกครองจึงใช้ “ระบบไต่สวน” โดยให้ศาลมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริง และพยานหลักฐานเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่ความอย่างแท้จริง⁹²

ส่วนคดีแพ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกัน ซึ่งคู่ความอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน วิธีพิจารณาคดีแพ่งจึงใช้ระบบกล่าวหาซึ่งคู่ความมีบทบาทสำคัญในการแสดงพยานหลักฐานหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความฝ่ายตรงกันข้าม การดำเนินกระบวนการพิจารณาใช้หลักกฎหมายลักษณะพยานที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” โดยศาลกำกับดูแลการดำเนินกระบวนการพิจารณาอยู่ห่าง ๆ หากโจทก์นำสืบตามที่ตนกล่าวอ้างไม่ได้ โจทก์ย่อมเป็นฝ่ายแพ้คดี⁹³ เป็นต้น

ข้อแตกต่างในการดำเนินคดีแพ่งและคดีปกครองยังอยู่ที่ว่าวิธีพิจารณาคดีปกครองจะสนองประโยชน์สองประการ กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (Individanrechtsschutz) และการควบคุมฝ่ายปกครอง (Verwaltungskontrolle)⁹⁴ นอกจากนี้ วิธีพิจารณาคดีปกครองก็ควรมีลักษณะเป็นของตัวเอง สอดคล้องกับลักษณะการปกครองและต้องมีการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิของประชาชน ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง

อนึ่ง พึงสังเกตว่า มิติทางวิธีพิจารณาก่อนการกระทำทางปกครองหรือในการพิจารณาคดีนับวันยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นเป็นลำดับ เพราะนอกจากจะช่วยป้องกันไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ใช้อำนาจโดยมิชอบแล้ว ยังเป็นปัจจัยสำคัญที่จะชี้ความสำเร็จหรือล้มเหลวของการพิจารณาคดีปกครองด้วย กล่าวคือ ถ้ามีวิธีพิจารณาปกครองที่ดี หลักกฎหมายปกครองหรือกฎหมายมหาชนก็จะสะท้อนคุณภาพที่เหมาะสมของประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคล ในทางตรงกันข้าม ถ้ามีวิธีพิจารณาคดีที่ไม่เหมาะสม หลักกฎหมายมหาชนที่สร้างขึ้นโดยศาลก็จะไม่ดีด้วย⁹⁵

⁹²ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 121.

⁹³เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

⁹⁴กมลชัย รัตนสกววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 50.

⁹⁵บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน เอกชนและ พัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 14.

กล่าวโดยสรุปวิธีพิจารณาความหรือหลักการพิจารณาคดีของศาลนั้นมีความสำคัญและมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการพิจารณาคดี เพราะนอกจากจะเป็นการวางระเบียบแบบแผนในการทำงานของตุลาการและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ทำให้กฎหมายสารบัญญัติมีสภาพบังคับได้จริง ทำให้แสวงหาข้อเท็จจริงได้ดี เป็นกลไกในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของตุลาการรวมทั้งเป็นหลักประกันว่าองค์กรตุลาการหรือศาลจะพิจารณาคดีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและควมมีเอกภาพในกระบวนการพิจารณาแล้วยังเป็นส่วนสำคัญในการที่จะทำให้การพิจารณาคดีเป็นไปด้วยความถูกต้องและยุติธรรม ซึ่งจะส่งผลให้ประชาชนได้รับการคุ้มครองและเยียวยาตามสิทธิที่ควรจะได้ อีกทั้งทำให้ประชาชนเกิดความเชื่อมั่นต่อองค์กรตุลาการหรือศาลต่อไป

2.3.2 หลักการพิจารณาคดี

หลักการพิจารณาคดีในศาลที่เป็นสากล ที่ศาลควรจะต้องยึดถือมีดังต่อไปนี้

2.3.2.1 หลักปราศจากความลำเอียงหรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย (Impartialle)

เป็นหลักที่กำหนดให้ตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยชี้ขาดคดีปฏิบัติหน้าที่ของตนด้วยความเป็นกลาง ไม่ฝักใฝ่หรือลำเอียงเข้าข้างคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในขณะเดียวกันก็ต้องไม่กลั่นแกล้งคู่กรณีฝ่ายใดด้วย ซึ่งหลักปราศจากความลำเอียงนี้มีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักความไม่มีส่วนได้เสีย (Freedom from bias) ที่ใช้อยู่ในศาลของประเทศอังกฤษ⁹⁶ อันเป็นหลักการที่สร้างความเชื่อมั่นประการหนึ่งแก่สาธารณชนว่าตุลาการจะมีความเป็นกลางไม่ลำเอียงเข้าข้างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และให้ความยุติธรรมแก่ประชาชนได้ อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ผู้มีอำนาจตุลาการหรือศาลนำเรื่องผลประโยชน์ส่วนตัวเข้าไปปะปนกับการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้การพิจารณาเป็นไปโดยถูกต้องตามข้อเท็จจริง เพราะถ้าตุลาการมีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนพิจารณาหรือเป็นเจ้าของเรื่องแล้ว ความไม่เป็นกลางดังกล่าวจะเข้าไปมีบทบาทในทุกขั้นตอนของการพิจารณา ซึ่งจะส่งผลให้คำวินิจฉัยไม่ชอบและเกิดความไม่เป็นธรรมแก่คู่กรณี จึงต้องเริ่มพิจารณาถึงหลักความไม่มีส่วนได้เสียนี้ตั้งแต่เริ่มแรกของการพิจารณา ตัวอย่างที่นำหลักนี้มาใช้ในประเทศไทย เช่น การให้สิทธิแก่คู่กรณีที่จะคัดค้านตุลาการศาลปกครองได้เสมอตามเหตุแห่งการคัดค้านผู้พิพากษาที่บัญญัติไว้ใน

⁹⁶L.Neville Brown and John s' Bell. French Administrative Law. (Oxford Clarendon Press, 1993), p. 217.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และเหตุอื่นที่มีสภาพร้ายแรงซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีเสียความยุติธรรม⁹⁷ เป็นต้น

2.3.2.2 หลักฟังความทุกฝ่าย (audi alteram partem)

หลักฟังความทุกฝ่ายนี้เราอาจจะเรียกว่าหลักในอันที่จะปกป้องสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันพึงคาดหมายได้ของตน (les droits de la defense) หรือหลักโต้แย้งกัน (procedure contradictoire) หลักฟังความทุกฝ่ายถือเป็นหลักสำคัญหลักหนึ่งของวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ เป็นการเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงข้อเท็จจริงโดยรอบด้านอย่างครบถ้วนเป็นสิทธิของคู่ความในการต่อสู้คดีได้อย่างเต็มที่ หลักนี้ยังมีความสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐและศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (human dignity) การปฏิเสธที่จะรับฟังคู่ความแล้ววินิจฉัยสั่งการกระทบสิทธิของเขาเป็นการดูแคลนคนและปฏิบัติต่อผู้นั้นในลักษณะที่เป็นวัตถุประสงค์ของการพิจารณา และเพราะเหตุที่การรับฟังคู่ความหรือผู้มีส่วนได้เสียพิจารณาไปถึงศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ จึงต้องนำไปใช้ในการพิจารณาทุกประเภท⁹⁸ โดยหลักฟังความทุกฝ่ายจะต้องคำนึงถึงความเสมอภาคของบุคคล ความเท่าเทียมกันตามหลักสิทธิมนุษยชน ประกอบกับเพื่อเป็นการเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (human dignity) ที่บุคคลทุกคนย่อมมีเหตุผลของตนเองเพราะในบางครั้งตุลาการผู้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาอาจมีเหตุผลหรือทราบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีอย่างไม่สมบูรณ์ หรืออาจไม่ทราบถึงประเด็นที่ควรพิจารณาและข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งหากได้รับทราบข้อเท็จจริงนั้นก็อาจทำให้วินิจฉัยคดีไปในทิศทางตรงกันข้ามกับที่วินิจฉัยในตอนแรก ตุลาการหรือศาลจึงต้องฟังคู่กรณีทุกฝ่าย และต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย และให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายมีโอกาสแสดงความเห็นของตน โต้แย้งข้อความที่อีกฝ่ายได้ให้ไว้ มีสิทธิขอตรวจดูพยานหลักฐาน นำสืบหรือแสดงหลักฐานเพื่อเสนอข้ออ้างหรือข้อแย้งของตน ซึ่งหากเปรียบเทียบกันแล้ว ก็จะมีลักษณะเหมือนกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) ที่ยึดถือกันว่าจะต้องให้โอกาสคู่กรณีทั้งสองฝ่ายแสดงความคิดเห็นของตน⁹⁹ อันเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับ

⁹⁷ ปรอดุพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 63 วรรคหนึ่ง.

⁹⁸ กมลชัย รัตนสากววงศ์, หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, หน้า 112.

⁹⁹ L.Neville Brown and J.F. Garner, French Administrative Law. (London : Butterworths), p. 57.

ในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบ Common Law¹⁰⁰ ซึ่งหลักการนี้ในประเทศเยอรมัน เรียกว่า Das Grundsatz des rechtlichen Gehors ที่มีหลักว่า คู่ความสามารถเสนอข้อเท็จจริงหรือเอกสารทุกอย่างซึ่งเป็นเครื่องมือในการต่อสู้หรือในการป้องกันในการพิจารณาต่อศาล โดยมีเงื่อนไขว่า คู่ความได้รับข้อมูลที่เหมาะสมเกี่ยวกับวิธีพิจารณา และคู่ความมีสิทธิที่จะให้ความเห็นในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายและความเห็นดังกล่าวก่อให้เกิดผลด้วย กล่าวคือ ศาลจะต้องนำมาพิจารณาในการวินิจฉัยคดี¹⁰¹

หลักการที่ตุลาการหรือศาลจะต้องปฏิบัติต่อคู่กรณีในฐานะเป็นคู่ความที่มีศักดิ์ศรี โดยการรับฟังคู่กรณีก่อนที่จะวินิจฉัยสั่งการใด ๆ และเปิดโอกาสให้คู่กรณีแสดงความคิดเห็นเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย หรือที่เรียกว่า หลักฟังความทุกฝ่ายนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อระบอบประชาธิปไตย

2.3.2.3 หลักการพิจารณาโดยเปิดเผย (Procédure Publique)¹⁰²

หลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ อันเป็นการแสดงออกถึงความเป็นประชาธิปไตย เพราะไม่เพียงแต่การพิจารณาจะต้องกระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลยเท่านั้น แต่ยังเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิเข้าฟังการพิจารณาคดีได้เพื่อที่จะได้มีส่วนร่วมในการควบคุมการทำงานของศาลในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย¹⁰³

¹⁰⁰นิติน ออรุงโรจน์, “หลักการดำเนินคดีในศาลปกครองไทย,” รัฐศาสตร์ 9 (กันยายน 2543) : 54.

¹⁰¹เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “หลักที่สำคัญของกระบวนการพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน,” Document Presented to The Sixth International Dialogue Seminar : 20th – 24th August 1997, หน้า 65.

¹⁰² หลักการพิจารณาโดยเปิดเผยในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เรียกว่า Oeffentlichkeitsgrundsatz ซึ่งในการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญในเยอรมันนั้นยังมีหลักเปิดเผยต่อผู้มีส่วนร่วมในคดี (Der Grundsatz der Parteioeffentlichkeit) อีกด้วย กล่าวคือ ผู้ที่มีส่วนร่วมในคดีทุกฝ่าย ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับทราบคำร้องหรือคำชี้แจงของฝ่ายตรงข้าม หรือการดำเนินการกระบวนการพิจารณาใด ๆ ของศาล สิทธิเหล่านี้ได้แก่ สิทธิในการขอตรวจดูเอกสาร สิทธิในการเข้าร่วมในการสืบพยานและซักพยาน รวมทั้งสิทธิในการเสนอข้อคิดเห็นหรือพยานหลักฐานต่าง ๆ

¹⁰³คณิต ฒ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 17-18.

และยังแสดงออกถึงสิทธิในการรับรู้ข่าวสารของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตยด้วย¹⁰⁴ อีกทั้งยังส่งผลให้การพิจารณาเป็นไปด้วยความโปร่งใส ตรวจสอบได้ แต่อย่างไรก็ดีการพิจารณาโดยเปิดเผยนั้นก็ต้องมีขอบเขต เช่น การพิจารณาคดีของศาลปกครอง ถ้าศาลปกครองเห็นว่าสมควรห้ามเปิดเผยเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเพื่อความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะก็ต้องพิจารณาโดยลับ เป็นต้น

2.3.2.4 หลักการไต่สวนหรือหลักการค้นหาความจริง (Procedure inquisitoriale)¹⁰⁵

หลักการไต่สวนหรือหลักการค้นหาความจริง เป็นหลักการพิจารณาที่ตรงข้ามกับหลักการพิจารณาคดีแบบกล่าวหา (Procedure accusatoire) ที่ผู้พิพากษาเป็นเพียงคนกลางคอยกำกับการดำเนินคดี และการนำสืบพยานที่มาจากคู่ความในขณะที่วิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนนี้ศาลจะต้องมีหน้าที่สืบหาข้อเท็จจริงด้วย โดยไม่วินิจฉัยชี้ขาดคดีจากการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่คู่กรณีนำมากล่าวอ้างเท่านั้น เพราะถ้าองค์กรตุลาการไม่ได้รับข้อเท็จจริงที่เพียงพอและถูกต้องสำหรับการที่จะตัดสินใจในการพิจารณาคดี ผลที่ตามมาจากการพิจารณาคดีที่ได้มาจากการพิจารณาคดีที่ไม่เพียงพอและถูกต้องนั้น อาจทำให้ผลของการพิจารณาเป็นไปโดยไม่ยุติธรรมและไม่ถูกต้อง ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อคู่ความหรือประชาชนได้ ซึ่งหลักการไต่สวนหรือหลักการค้นหาความจริงนี้เป็นหลักสำคัญที่ใช้ในการพิจารณาคดีในศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองจะค้นหากฎหมายด้วยตนเองโดยไม่จำกัดแต่เพียงการสอบสวนหรือข้ออ้างของแต่ละฝ่ายที่นำเสนอต่อศาลปกครอง¹⁰⁶ ตุลาการต้องมีความกระตือรือร้นในการค้นหาความจริง มีบทบาทในการดำเนินคดีไม่วางเฉยแต่ก็ต้องไม่ให้เสียความเป็นกลางเพื่อจะได้ข้อมูลหรือข้อเท็จจริงที่ถูกต้องที่สุด เมื่อพิจารณาแล้วเกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณีมากที่สุดและหลักการค้นหาความจริงยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์มหาชนนอกเหนือจากการคุ้มครองผลประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะ¹⁰⁷ นอกจากนี้

¹⁰⁴วิยะดา วัจวรรณรัตน์ “วิธีดำเนินคดีอาญาที่ไม่เป็นทางการ” (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 29.

¹⁰⁵ หลักการไต่สวนหรือในเยอรมันเรียกว่า หลักการค้นหาความจริง (Untersuchungsgrundsatz หรือ Inquisitionsmaxime ตรงข้ามกับหลักกล่าวหา Beibringensgrundsatz)

¹⁰⁶L.Neville Brown & J.F. Garner, op.cit. P. 57.

¹⁰⁷บรรเจิด สิงคะเนติ, “ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 17 ตอน 1 (เมษายน 2541) : 53.

การวินิจฉัยของศาลนั้นจะต้องเกิดจากพื้นฐานการประเมินคำร้อง และข้อเท็จจริงอื่น ๆ โดยอิสระ หลักการไต่สวนหรือหลักการค้นหาความจริงนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลได้รับข้อเท็จจริงหรือหลักฐานที่ครบถ้วนและจำเป็นสำหรับการวินิจฉัยของศาลด้วย¹⁰⁸

หลักการนี้เหมาะสำหรับวิธีพิจารณาความปกครองเนื่องจากเป็นเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทางมหาชน และเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เนื่องจากลักษณะของคดีปกครอง ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าในแง่ที่ว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายเฉพาะเรื่องนั้น ๆ และข้อมูลเอกสารหลักฐานก็อยู่ที่ฝ่ายปกครอง ศาลจึงต้องลงมาทำหน้าที่ค้นหาความจริงแทนที่จะเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยคดีจากการนำพยานเข้าสืบของผู้มีส่วนร่วมในคดี ศาลมีเสรีภาพอย่างมากในการค้นหาความจริงหรืออาจกล่าวได้ว่าศาลเป็นผู้สร้างภาพในการค้นหาความจริงโดยไม่ผูกพันผู้มีส่วนร่วมในคดี ในกระบวนการวิธีพิจารณาความในศาลปกครอง¹⁰⁹

2.3.2.5 หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลกัน¹¹⁰

หลักการตรวจสอบและถ่วงดุลกันถือเป็นวิธีพิจารณาเฉพาะของคดีปกครอง เพื่อให้การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีเป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรมที่สุด ยกตัวอย่างเช่น การดำเนินคดีในศาลปกครองไทยนั้นจะมีการตรวจสอบและถ่วงดุลกันในแต่ละกระบวนการตลอดเวลา กล่าวคือ ในชั้นสอบสวนคดี ตุลาการเจ้าของสำนวนจะถูกตรวจสอบความเห็นโดยองค์คณะพิจารณาพิพากษา ส่วนในชั้นชี้ขาดคดีนั้น ผู้แถลงคดีปกครองซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครองที่ไม่เคยทำสำนวนคดีที่ตนถูกมอบหมายให้รับผิดชอบมาก่อนก็จะมาทำหน้าที่ตรวจสอบความเห็นขององค์คณะดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง ด้วยการให้จัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นในการวินิจฉัยคดีเสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา รวมทั้งมีโอกาสชี้แจงด้วยวาจา และอยู่ร่วมในการพิจารณาคดี ตลอดจนมีสิทธิอยู่ร่วมในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดี

¹⁰⁸บรรเจิด สิงคะเนติ, “วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” *วารสารธรรมศาสตร์* ปีที่ 24 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม – สิงหาคม 2541) : 91

¹⁰⁹เพ็ญศรี วงศ์เสรี, “หลักที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาความในศาลปกครองเยอรมัน,” หน้า 68-69.

¹¹⁰การจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล โดยคณะกรรมการพัฒนาระบบบริหารราชการแผ่นดิน (กพร.)

ถึงแม้จะไม่มีสิทธิออกเสียงก็ตาม¹¹¹ ซึ่งเรียกว่าระบบการพิจารณา 3 ฝ่าย (tripartite) อันจะทำให้ได้ความคิดใหม่ (fresh thinking) เข้ามาในการดำเนินคดี เพราะถ้าหากกำหนดให้ตุลาการศาลปกครองที่เคยพิจารณาคดีตั้งแต่ชั้นสอบสวนคดีมาทำความเข้าใจในการพิจารณาชั้นชี้ขาดคดีนี้อีก ก็มักจะมีแนวโน้มที่ตุลาการผู้นั้นจะให้ความเห็นในทางคดีเหมือนเดิมที่เคยให้ไว้ในชั้นสอบสวน เป็นเหตุให้สิทธิของเอกชนผู้ฟ้องคดีอาจไม่ได้รับความคุ้มครอง

อีกทั้ง การให้ผู้แถลงคดีปกครองทำความเข้าใจในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้น เป็นมาตรการควบคุมการใช้ดุลพินิจขององค์คณะพิจารณาพิพากษาที่อาจพิพากษาไปโดยขาดความรอบคอบหรือใช้อำนาจพิพากษาโดยบิดเบือน (abuse of power) ได้ เพราะคำพิพากษาของศาลปกครองจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏถึงความเห็นของผู้แถลงคดีปกครองและความเห็นขององค์คณะพิจารณาพิพากษาเปรียบเทียบควบคู่กันไปเสมอ องค์คณะพิจารณาพิพากษาจึงไม่อาจจะใช้อำนาจพิพากษาไปในทางอื่นที่มีชอบได้ ถ้าไม่สามารถหาเหตุผลที่ดีกว่ามาหักล้างความเห็นของผู้แถลง คดีปกครองแตกต่างจากคำพิพากษาของศาลอื่นที่แสดงออกมาเพียงคำฟ้องและความเห็นของศาลเท่านั้นห้ามมีความเห็นทางคดีของผู้ใช้อำนาจทางตุลาการอื่นใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลกันไม่ ดังนั้น หากจะคาดหวังให้คำพิพากษาของศาลปกครองเป็นที่ยอมรับในวงการศึกษาการองค์คณะพิจารณาพิพากษาก็จะต้องแสดงเหตุผลที่มีน้ำหนักหักล้างเหตุผลของผู้แถลงคดีปกครองได้อย่างเพียงพอ

¹¹¹โปรดดู พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 58 วรรคแรก วรรคสอง และ วรรคสาม.