

# ความหมายและหลักเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย  
(นิติบัญญัติ - บริหาร - ตุลาการ)  
กับ  
การจัดองค์กรของรัฐ (O & M)

## หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย (นิติบัญญัติ-บริหาร-ตุลาการ) กับ การจัดองค์กรของรัฐ (O & M)\*

เนื่องจากในวารสารกฎหมายปกครองสองเล่มก่อนนี้ (เล่ม 1 ตอน 3 กับเล่ม 2 ตอน 1) กองบรรณาธิการ\*\* ได้นำบทความเกี่ยวกับ “วิชาการบริหาร” และความสัมพันธ์ระหว่าง “วิชาการบริหาร” กับ “วิชากฎหมายปกครอง (ในฐานะที่เป็นวิชาการบริหารแขนงหนึ่ง)” มาเสนอต่อท่านผู้อ่านแล้ว

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในวารสารกฎหมายปกครองเล่ม 2 ตอน 1 นั้น กองบรรณาธิการได้นำบทความในวิชาการบริหารที่เกี่ยวกับการจัดรูปองค์กรในรูปของ “คณะกรรมการ” ซึ่งเป็นบทความทางวิชาการที่กล่าวถึงการแยกประเภทของงานตามลักษณะงาน โดยงานบางประเภทมีความเหมาะสมที่จะจัดการบริหารในรูปแบบของ “คณะกรรมการ” และงานบางประเภทไม่มีความเหมาะสมกับรูปแบบของคณะกรรมการ ตลอดจนกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของตัวบุคคลให้เหมาะสมกับประเภทของงานของคณะกรรมการ

อันที่จริง การศึกษา (study) เกี่ยวกับการจัดองค์กรในรูปคณะกรรมการมีอยู่เป็นจำนวนมากในตำราและบทความในวิชาการบริหารทั่วไป

วารสารกฎหมายปกครองไม่ทราบว่าคุณผู้อ่านจะแปลกใจบ้างหรือไม่ว่า ทำไมนักวิชาการบริหารหรือตำราวิชาการบริหารของต่างประเทศ จึงมิได้มีการวิเคราะห์ถึงการ “จัดระบบศาลยุติธรรม (ของต่างประเทศ)” บ้าง และทำไมตำราหรือบทความที่ศึกษาเกี่ยวกับการจัดรูป “คณะกรรมการ” จึงไม่พาดพิงไปถึงการจัดระบบศาลยุติธรรม ทั้ง ๆ ที่ศาลยุติธรรมเป็นการจัดองค์กรของรัฐในรูปการชี้ขาดโดยคณะบุคคลเช่นเดียวกับ “คณะกรรมการ” และทั้ง ๆ ที่ศาลยุติธรรมเป็นระบบการจัดองค์กรในรูปคณะกรรมการที่ใหญ่ที่สุดของประเทศต่าง ๆ และมีอำนาจมากที่สุดในบรรดาคณะกรรมการทั้งหลาย

\* บทความนี้คัดลอกจาก “บทบรรณาธิการ” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 2 ตอน 2 (สิงหาคม) 2526 หน้า (1)-(38)

\*\*หมายเหตุ :- เลขหน้าที่ยกอ้างถึงในบทความนี้คือเลขหน้าของ “วารสารกฎหมายปกครอง”

ปัญหาเกี่ยวกับการจัดระบบ “ผู้พิพากษา” และการจัดองค์กรศาล ได้เคยมีการศึกษาวิเคราะห์กัน ณ ที่ใดในตำราใดของต่างประเทศ ปัญหาคุณสมบัติของผู้พิพากษาประจำศาล (ซึ่งศาลแต่ละศาลมีอำนาจหน้าที่ในคดีที่มีลักษณะแตกต่างกัน) ควรจะเป็นเช่นใด ระบบวิธีพิจารณาและระบบเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมในแต่ละสาขาควรจะเป็นอย่างไร ปัญหาเหล่านี้หายไปไหน หรือประเทศที่พัฒนาแล้วไม่เคยมีปัญหาเหล่านี้

เพื่อที่จะให้ท่านผู้อ่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งท่านผู้อ่านที่เป็นนักวิชาการบริหาร และนักจัดองค์กรของรัฐ (O & M) ได้มีส่วนเข้าใจ “วิชากฎหมายปกครอง” ได้กว้างขวางกว่าเดิม วารสารกฎหมายปกครองจึงได้นำบทความทางวิชาการจำนวนหนึ่งมาเสนอต่อท่าน

ขอบเขตของวิชาการบริหารกับวิชากฎหมายปกครอง มีหลายส่วนที่ซ้ำและซ้อนกัน แต่จะมีส่วนหนึ่งซึ่งเป็นส่วนสำคัญของวิชากฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นลักษณะทางเทคนิคโดยเฉพาะของวิชากฎหมายปกครองและไม่มีอยู่ในวิชาการบริหาร ส่วนนี้คือส่วนที่เกี่ยวกับการจัดกระบวนการยุติธรรม ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองครอบคลุมถึงการจัดรูปองค์กรของคณะกรรมการของรัฐประเภทต่าง ๆ ทั้งที่เป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจชี้ขาดในทางคดีหรือข้อพิพาทและคณะกรรมการหรือสภาระดับชาติที่ทำหน้าที่อื่น ๆ รวมทั้งการจัดกระบวนการยุติธรรม วิชากฎหมายปกครองศึกษาถึงระบบการควบคุมและถ่วงดุลการใช้อำนาจ (ดุลพินิจ) ของนักกฎหมายในทางชี้ขาดหรือตีความกฎหมาย และประเมินผลการทำงานของนักกฎหมาย

ในบทบรรณาธิการนี้ วารสารกฎหมายปกครองได้แยกหัวข้อไว้ 3 หัวข้อใหญ่คือ

(1) บทความทางวิชาการ

- 1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (อริบปไตย)
- 1.2 ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครอง
- 1.3 วิชากฎหมายมหาชนกับวิชารัฐศาสตร์

(2) คำวินิจฉัยทางปกครอง และ

(3) วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ จะให้อะไรแก่ท่านได้บ้าง

วารสารกฎหมายปกครองได้นำบทความทางวิชาการมาเสนอต่อท่านผู้อ่านรวม 6 บทความ และนำคำวินิจฉัยทางปกครองมาเสนอต่อท่านผู้อ่านรวม 3 กรณีตัวอย่าง (จำนวนน้อยกว่าที่เคยนำมาเสนอโดยปกติ แต่เป็นเรื่องค่อนข้าง “หนักมาก”) และเมื่อท่านได้เทียบเคียงบทความทางวิชาการกับคำวินิจฉัยทางปกครองแล้ว เรา (กองบรรณาธิการ) หวังว่า ท่านนักบริหารซึ่งมิใช่ นักกฎหมาย คงจะเข้าใจ “วิชากฎหมายปกครอง” และเข้าใจ “นักกฎหมาย” ได้มากขึ้น

## (1) บทความทางวิชาการ

บทความทางวิชาการ 6 เรื่อง (ไม่นับรวมบทความที่วารสารกฎหมายปกครองได้เคยเสนอ ต่อเนื่องกันมาอีก 1 เรื่อง คือ “รัฐวิสาหกิจในฝรั่งเศส”) ได้แยกออกเป็น 3 กลุ่ม กลุ่มละ 2 เรื่อง คือ กลุ่มที่หนึ่ง เป็นบทความเกี่ยวกับความเป็นมาของ “หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย (นิติบัญญัติ-บริหาร-ตุลาการ)” กลุ่มที่ 2 เป็นบทความเกี่ยวกับ “ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครอง” และกลุ่มที่ 3 ได้แก่ เป็นบทความเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนกับวิชารัฐศาสตร์

### (1.1) หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยออกเป็น 3 อำนาจ (นิติบัญญัติ-บริหาร-ตุลาการ) ก็อะไรกันแน่

ในขณะที่รัฐธรรมนูญของเราบัญญัติให้มีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ-อำนาจบริหาร-อำนาจตุลาการ นั้น ท่านเคยสะกิดใจบ้างหรือไม่ว่า การที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติบังคับให้นายกรัฐมนตรีก็ดีหรือรัฐมนตรีก็ดีต้องมาจากผู้ที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หลักการนี้ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยหรือไม่ หรือแม้แต่หลักการ ในระบบรัฐสภา (parliamentary system) ที่ถือกันว่า การฟอร์มรัฐบาลต้องมาจาก “พรรคการเมือง ฝ่ายข้างมาก” ของรัฐสภา ไม่ว่าจะเป็นการฟอร์มรัฐบาลโดยพรรคใหญ่พรรคเดียวที่มีเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมด หรือเกิดจากการรวมกันหลายพรรคเข้าด้วยกันเพื่อให้ได้เสียงข้างมากในสภาก็ตาม หลักการนี้ก็จะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย เช่นเดียวกัน แต่เพราะเหตุใด เราจึงปล่อยให้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขัดกันเอง หรือเพราะเหตุใดเราจึงยังถือปฏิบัติอยู่ทั้ง ๆ ที่การถือปฏิบัติเช่นนั้นขัดกับหลักการแบ่งแยก “อำนาจบริหาร” ออกจาก “อำนาจนิติบัญญัติ” หรือในประการสุดท้าย เราอาจจะตั้งปัญหาถามตัวเองว่า เราควรจะเขียนรัฐธรรมนูญหรือควรจะจัดกลไกในระบอบประชาธิปไตยอย่างไรจึงจะเหมาะสมกับสภาวะทางเศรษฐกิจ-สังคมและเอกลักษณ์ของเราเอง

สิ่งเหล่านี้ เป็นข้อขัดแย้งกันเอง (paradox) แต่ทำไมข้อขัดแย้งเหล่านี้จึงได้เกิดขึ้น และบุคคลทั่ว ๆ ไปจะทำความเข้าใจในข้อขัดแย้งหรือกลไกในรัฐธรรมนูญได้ดีเพียงใด ในเมื่อเรายังสอนให้เยาวชนของเราท่องตำราว่า “อำนาจอริปไตยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ” มาตั้งแต่ชั้นประถมศึกษา จนถึงระดับอุดมศึกษา

วารสารกฎหมายปกครอง ได้นำบทความที่เกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยมาเสนอ ต่อท่านผู้อ่าน 2 เรื่องด้วยกัน คือ เรื่อง “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ” จากหนังสือของ อังกฤษ Constitutional and Administrative Law เขียนโดย F.H. Lawson และ D.J. Bentley กับเรื่อง “หลักรัฐธรรมนูญนิยมและการแบ่งแยกอำนาจ” จากหนังสือของอังกฤษ Constitu-

tionalism and the Separation of Powers เขียนโดย M.J.C. Vile ทั้งสองเรื่องได้แปลต่อโดย คุณชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์

ทุกคนทราบแล้วว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย” เป็นทฤษฎีทางการเมืองซึ่งนักปรัชญาการเมืองจำนวนหนึ่งได้สร้างขึ้นในระหว่างศตวรรษที่ 14 ถึงศตวรรษที่ 18 เพื่อนำมาใช้อ้างอิงเพื่อตัดทอนอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชของประเทศต่าง ๆ ในยุโรปในสมัยก่อน หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยของนักปรัชญาทางการเมืองเหล่านั้นแต่ละคนมีเนื้อหาสาระแตกต่างกัน จนกระทั่งมาถึงมองเตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งถือกันว่าเป็นนักปรัชญาทางการเมืองคนสุดท้ายและเป็นคนที่มีความสำเร็จสูงสุดเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยที่แบ่งออกเป็น 3 อำนาจ (นิติบัญญัติ-บริหาร-ตุลาการ) หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ไม่ว่าจะ เป็นของนักปรัชญาการเมืองผู้ใด ต่างก็มีความมุ่งหมายจะให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจในระหว่างผู้ใช้อำนาจอริปไตยด้วยกันทั้งสิ้น (โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถ่วงดุลการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์) ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เกิดความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของพลเมืองนั่นเอง หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยเป็นทฤษฎีทางการเมืองซึ่งมิได้มุ่งหมายจะแก้ไขปัญหาการบริหารงานของรัฐ หรือเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงานของรัฐ อันเป็นจุดหมายของวิชาการบริหารในระยะหลังนี้แต่อย่างใด และก็เป็นที่น่าพอใจว่า สภาพการบริหารงานของรัฐในสมัยศตวรรษที่ 14-18 ซึ่งรัฐมีหน้าที่อยู่ในขอบเขตจำกัด ก็คงจะไม่มี ความจำเป็นถึงกับจะต้องมีการวิเคราะห์วิธีการบริหารงานของรัฐกันมากมายเหมือนในทุกวันนี้

บทสรุปเรื่อง “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ (F.H. Lawson & D.J. Bentley)” ได้ให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ตามความเห็นของมองเตสกีเออ (ค.ศ. 1689-1755) ซึ่งปรากฏอยู่ในหนังสือชื่อ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย (Esprit des Lois)” ว่า ความคิดของมองเตสกีเออ เป็นความคิดซึ่งไม่ได้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติทั้งในอดีต (หมายถึงสมัยของมองเตสกีเออเอง) และในปัจจุบัน และมองเตสกีเออเองก็คงไม่คิดว่า “ฝ่ายบริหารแบบกษัตริย์” จะได้กลายมาเป็น “ฝ่ายบริหารแบบรัฐสภา” ไปได้ บทความนี้ได้ยกตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่า ในระบอบรัฐสภาในปัจจุบันนี้มิได้มีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ไม่ว่าจะ เป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการ สถาบันหรือองค์กรที่เชื่อกันว่าเป็นผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจเหล่านั้น ต่างก็ใช้อำนาจไขว้เขวกันทั้งสิ้น

ต่อมา บทสรุปเรื่อง “หลักรัฐธรรมนูญนิยมและการแบ่งแยกอำนาจ (M.J.C. Vile)” บทความนี้เริ่มต้นด้วยการวิเคราะห์หนังสือเรื่อง “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” ของมองเตสกีเออ และได้กล่าวถึงความเห็นของมองเตสกีเออที่เกี่ยวกับ “อำนาจตุลาการ” มองเตสกีเออเห็นว่าใน

ระบบตุลาการจะไม่มีผู้พิพากษาอาชีพ และไม่ควรถูกให้อำนาจตุลาการอยู่กับคณะบุคคลใดเป็นการถาวร มองเตสกีเออียืนยันว่าผู้ใช้อำนาจตุลาการจะต้องเป็นบุคคลที่เลือกกันมาจากประชาชน และต้องเลือกตั้งเพื่อเข้ามาทำหน้าที่เฉพาะเรื่องภายในระยะเวลาที่กำหนดเท่านั้น หลังจากนั้น ผู้เขียน (M.J.C. Vile) ได้กล่าวถึงสมัยของ Blackstone (ค.ศ. 1723-1780) กับ Leon Duguit ซึ่งเป็นผู้ที่ได้ศึกษาวิเคราะห์การบริหารงานของรัฐ และเป็นผู้แยก “หลักการกระจายหน้าที่ (function)” ออกจาก “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” และในที่สุดเมื่อมาถึงยุควิชาการสมัยใหม่ซึ่งเป็นยุคแห่งการวิเคราะห์การบริหารตามหลักวิทยาศาสตร์ ซึ่งมีการจัดองค์กรของรัฐในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในทางบริหารตามอำนาจหน้าที่ของรัฐในสภาพปัจจุบัน ผู้เขียน (M.J.C. Vile) ได้กล่าวถึงข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นในขณะที่สหรัฐอเมริกาได้จัดตั้ง “องค์กรอิสระ” ในรูปแบบของ Regulatory Commission ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจค่อนข้างกว้างขวาง ซึ่งปรากฏว่าได้มีบุคคลบางกลุ่มคัดค้านการจัดตั้ง R.C. ว่า รูปแบบขององค์กรอิสระดังกล่าวขัดและเป็นการทำลาย “หลักการแบ่งแยกอำนาจฉบับโดยออกเป็น 3 อำนาจ (นิติบัญญัติ-บริหาร-ตุลาการ)”

ในตอนท้ายของบทความนี้ ผู้เขียนได้กล่าวถึง Gabriel Almond ซึ่งเป็นผู้ใช้เทคนิคของนักสังคมวิทยา มาทำการวิเคราะห์การใช้อำนาจรัฐโดยอาศัยหลักการวิเคราะห์ทางโครงสร้างกับหน้าที่ขององค์กร (structural-functional analysis) และด้วยวิธีการดังกล่าว Almond ได้ทำให้ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนและตรงตามความเป็นจริงตามที่ปฏิบัติกันอยู่ Almond ได้สรุปว่า ทั้งรัฐสภา เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร และศาล ต่างฝ่ายต่างก็ “สร้างกฎ (rule making)” “ใช้กฎ (rule application)” และ “ตัดสินตามกฎ (rule adjudication)” ด้วยกันทั้งสิ้น และในการอธิบายข้อความดังกล่าว Almond ได้เสนอให้ใช้คำว่า “การตัดสินตามกฎ” แทนคำว่า “อำนาจตุลาการ” และนอกจากนั้น Almond ได้อธิบายยืนยันว่า ศาลยุติธรรมก็เป็น “ผู้สร้างกฎ (อำนาจนิติบัญญัติ)” ขึ้นได้โดยการสร้าง “บรรทัดฐาน” ของคำพิพากษา และศาลยุติธรรมก็เป็นผู้ใช้กฎหมาย (rule application) เช่นเดียวกับพนักงานของรัฐ หากแต่เป็นการใช้โดยมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างกัน คือ ศาลจะต้องมีสถาบันลูกขุน (jury) อยู่ด้วย เพื่อเป็นการคุ้มครอง (safeguard) การใช้บังคับกฎหมายโดยศาลยุติธรรม

### (1.2) ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครอง

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มที่แล้วมา (เล่ม 2 ตอน 1) ได้กล่าวไว้แล้วว่า วิชากฎหมายปกครองเป็นวิชาที่มีต้นกำเนิดจากกลุ่มประเทศระบบประมวลกฎหมาย (civil law) และวิชากฎหมายปกครองได้พัฒนามาตลอดระยะเวลากว่า 180 ปี ดังนั้น ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองของกลุ่มประเทศระบบประมวลกฎหมาย จึงแน่นอน กว้างขวางและมีความลึกซึ้ง ฉะนั้น วารสาร

กฎหมายปกครองจึงอยากให้ท่านผู้อ่านได้ลองพิจารณาคุณภาพของวิชากฎหมายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าเป็นประเทศต้นกำเนิดของวิชาการบริหาร ดูบ้าง

บทความที่วารสารกฎหมายปกครองนำมาเสนอในที่นี้รวม 2 บทความ เป็นบทความของนักวิชาการอเมริกันทั้ง 2 บทความ บทความแรกได้แก่เรื่อง “การสอนกฎหมายปกครอง : ความพิศวงของผู้ที่ยังไม่รู้” ซึ่งแปลจากบทความเรื่อง “Teaching Administrative Law : The Wonder of The Unknown” ของ Peter L. Strauss จากวารสาร Journal of Legal Education ในปี ค.ศ. 1983 นี้เอง (แปลโดย คุณเจริญ โฆษณานันท์) กับบทความเรื่อง “กฎหมายปกครอง : พื้นฐานทางปรัชญา” จากหนังสือ “Administrative Law Treatise” ของ K.C. Davis (แปลโดย คุณชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์)

บทความเรื่องแรก “การสอนกฎหมายปกครอง : ความพิศวงของผู้ที่ยังไม่รู้” เป็นบทความที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาและความสับสนของขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกา (โดยเฉพาะ) โดยทาง Association of American Law Schools ได้จัดให้มีการประชุมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองขึ้นในระหว่างบรรดาอาจารย์ผู้สอนกฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกากว่าร้อยคน

บทความเรื่องนี้ ผู้เขียน (P.L. Strauss) ได้เขียนขึ้นในรูปของจดหมาย โดยผู้เขียนได้เล่าเหตุการณ์ในการประชุมเชิงปฏิบัติการดังกล่าว ท่านผู้อ่านจะทราบได้ว่า วิชากฎหมายปกครองมีขอบเขตกว้างขวางเพียงใด และ “วิชากฎหมายปกครองนั้นมันช่างน่ากลัวอย่างไร” ซึ่งเป็นถ้อยคำของผู้เขียน (P.L. Strauss) เอง จนกระทั่งแม้แต่อาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายปกครอง (ของสหรัฐอเมริกา) เองยังไม่ทราบว่า จะสอนวิชากฎหมายปกครองกันได้อย่างไร จะทำการสอนโดยอาศัยตำราแบบศึกษาเป็นรายคดี (cases) หรือจะสอนแต่เฉพาะกระบวนการพิจารณาของศาลและการฟ้องคดี หรือจะสอนเกี่ยวกับภาระหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ (administrative agencies) หรือจะสอนเกี่ยวกับทฤษฎีการจัดองค์กร (Organization theory) ฯลฯ นอกจากนี้ในขณะที่ทำการสอน ผู้สอนวิชากฎหมายปกครองของสหรัฐอเมริกายังประสบปัญหาเกี่ยวกับการติดตามเอกสารของทางราชการที่เกี่ยวข้องกับการบริหาร เช่น การติดตามรายงานการประชุมของรัฐสภา หรือการติดตามปัญหาทางบริหารที่ปรากฏในหนังสือพิมพ์รายวันหรือวารสารที่สำคัญต่าง ๆ ด้วย

ผู้เขียน P.L. Strauss) ได้เปรียบเทียบขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองว่า เปรียบเหมือนจานอาหารแห่งความรู้ ซึ่งวางซ้อนกันอยู่มากมายจนเกินกว่าที่ศาสตราจารย์คนใดคนหนึ่งจะสามารถย่อยได้ (ยิ่งถ้าเป็นนักศึกษาที่ยังแยม) ผู้เขียนได้ให้ความเห็นวิจารณ์ในหัวข้อของการอภิปราย ซึ่งมีอยู่ 4 หัวข้อด้วยกัน คือ (1) เรากำลังพยายามทำอะไรกันอยู่ (What Are We Trying to Do)

(2) การสอนวิชากฎหมายปกครองในเรื่องการออกกฎหมายและการตรวจสอบทบทวน (Teaching Rule Making & Review) (3) การสอนเรื่องกระบวนการที่เป็นธรรม (Teaching Due Process) และ (4) บทเรียนที่ได้มาจากวิชาสังคมศาสตร์ (Lessons from the Social Sciences)

ผู้เขียนถึงกับกล่าวว่า ผู้ร่วมอภิปรายบางคนถึงกับบ่นว่า ผู้ที่สอนวิชากฎหมายปกครองในหลายสถาบันนั้น กำลังสอนสิ่งที่ไม่ใช่วิชากฎหมายปกครอง และควรเลิกเน้นเรื่องศาลและการฟ้องร้อง แต่ควรจะเริ่มสอนจากภาระหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและกลไกการควบคุมกันเสียที่

ผู้เขียน (P.L. Strauss) ได้สรุปบทความไว้ได้อย่างน่าฟังหรือน่าชื่นว่า การประชุมเชิงปฏิบัติการในครั้งนี้ เป็นเพียงการแลกเปลี่ยนเชิงสร้างสรรค์ใน “ความไม่รู้เรื่องร่วมกัน” และยังคงทิ้งให้แต่ละคนที่ร่วมการประชุม ต้องแสวงหาแนวทางการสอนของตนเอง

การที่วารสารกฎหมายปกครองนำบทความนี้มาลง มิได้ประสงค์จะให้ท่านผู้อ่านต้องตกใจว่า “วิชากฎหมายปกครอง” เป็นวิชาที่ไม่มีขอบเขตหรือไม่มีแนวทาง แต่ประสงค์จะให้ท่านผู้อ่านได้ทราบว่า ในแต่ละประเทศนั้นปัญหาของการบริหารและขอบเขตของการสอนวิชากฎหมายปกครอง (เพื่อนำมาแก้ไขปัญหาการบริหาร) ต่างก็แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ (ตามที่วารสารกฎหมายปกครองได้เคยย้ายอยู่ตลอดมา) ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่วิชากฎหมายปกครองยังอยู่ในสภาพที่ต่ำในบรรดาประเทศที่พัฒนาแล้วทั้งหลาย ทั้งนี้ เนื่องมาจากพื้นฐานทางกฎหมายของระบบคอมมอนลอว์ (common law) และเนื่องมาจากการปกครองของสหรัฐอเมริกาซึ่งอยู่ในรูปสหรัฐ (federal) นั่นเอง วิชากฎหมายปกครองในกลุ่มคอมมอนลอว์ที่น่าสนใจอีกประเทศหนึ่งได้แก่ประเทศอังกฤษ นักวิชาการในวิชากฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษได้เปรียบกว่าสหรัฐอเมริกา เพราะโครงสร้างการบริหารและระบบศาลของประเทศอังกฤษอยู่ในลักษณะที่แคบกว่าสหรัฐอเมริกา ดังนั้น นักวิชาการในมหาวิทยาลัยของอังกฤษจึงอาจติดตามปัญหาและติดตามพฤติกรรมของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมได้ง่ายกว่านักวิชาการการของสหรัฐอเมริกา ในระยะ 10 ปีหลังนี้ ตำราวิชากฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษได้เพิ่มความสมบูรณ์ในการศึกษาเชิงวิเคราะห์ได้มากขึ้น และโดยทั่ว ๆ ไป ตำรามাত্রฐานในวิชากฎหมายปกครองของอังกฤษจะเพิ่มความหนาขึ้นอีกประมาณหนึ่งเท่าตัว ขณะนี้ตำรามাত্রฐานในวิชากฎหมายปกครองในระดับปริญญาตรีของอังกฤษในขณะนี้จะมีตกประมาณ 500-600 หน้า ซึ่งเมื่อ 10 ปีก่อนจะอยู่ประมาณเพียง 200-300 หน้า

ขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองของกลุ่มประเทศระบบประมวลกฎหมาย ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาหลักกฎหมายปกครองมาก่อน จะมีความสมบูรณ์ทั้งในด้านเนื้อหาสาระและตำราวิชากฎหมายปกครองจะมีการกำหนดหัวข้ออย่างมีระบบ ผู้ที่อ่านตำรากฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป จะสามารถทราบข้อเท็จจริงได้ตั้งแต่เรื่องประวัติศาสตร์ ปัญหาในอดีต วิวัฒนาการใน



แต่ละระยะ จนกระทั่งถึงเรื่องโครงสร้างขององค์กรของรัฐในปัจจุบัน ระบบควบคุม และแนว  
คำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็นทฤษฎีและหลักกฎหมาย  
ปกครองในด้านต่าง ๆ ในปัจจุบันนี้ตำรามาตรฐานของวิชากฎหมายปกครองในระดับปริญญาตรี  
โดยทั่ว ๆ ไป จะอยู่ประมาณ 800-1,000 หน้า และบางเล่มจะมีความยาวถึง 2,000-3,000 หน้า  
ทั้ง ๆ ที่วิธีการเขียนตำราของประเทศในกลุ่มประเทศระบบประมวลกฎหมาย จะเขียนในลักษณะ  
สรุปและได้ “เนื้อหา” มากกว่าการเขียนตำราของประเทศกลุ่มคอมมอนลอว์

เรา (กองบรรณาธิการ) คงต้องทิ้งปัญหาไว้ให้ท่านผู้อ่านคิดเอาเองว่า ขณะนี้สภาพของ  
วิชากฎหมายปกครองของประเทศไทยเรานี้อยู่ในสภาพอย่างไร

ตำราวิชากฎหมายปกครองเป็นตำราที่ยากจะลอกเลียนหรือแปลเอามาจากตำราของต่าง  
ประเทศเพื่อมาใช้โดยตรง ตำราวิชากฎหมายปกครองเป็นตำราที่มีลักษณะเฉพาะของแต่ละประเทศ  
เพราะวิชากฎหมายปกครองเป็นวิชาที่ศึกษาและวิเคราะห์การจัดองค์กร (ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ฯลฯ)  
และเป็นวิชาที่ศึกษาวิเคราะห์การทำงานขององค์กรของประเทศนั้น ๆ เอง รวมตลอดไปถึงการ  
ศึกษาวิเคราะห์ในด้านระบบการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (รวมถึงระบบตุลาการ  
และศาลด้วย)

ต่อมา บทความตอนที่ 2 ได้แก่เรื่อง “กฎหมายปกครองพื้นฐานทางปรัชญา” (admini-  
strative Law treatise : Philosophical Foundations) ของ K.C. Davis บทความนี้จะแสดงให้เห็น  
เห็นว่า ถ้าประเทศใดประเทศหนึ่งมีความเข้าใจใน “หลักการแบ่งแยกอำนาจ (อธิปไตย)” โดย  
ปราศจากพื้นฐานทางปรัชญาที่ถูกต้องแล้ว หลักการแบ่งแยกอำนาจ (อธิปไตย) นั้นเองก็จะกลายเป็น  
อุปสรรคแก่การจัดรูปองค์กรของรัฐในประเทศนั้น ๆ ได้ ดังเช่นที่ปรากฏในสหรัฐอเมริกา

บทความเรื่อง “กฎหมายปกครอง : พื้นฐานทางปรัชญา” นี้ ความจริงเป็นบทความที่มี  
ได้มีสาระมากมายนัก แต่ผู้เขียน (K.C. Davis) มีเจตนาที่จะแสดงให้เห็นว่า ถ้าขาดพื้นฐานทาง  
ปรัชญาแล้ว กฎหมายปกครองก็จะพัฒนาไปไม่ได้ ผู้เขียนได้กล่าวว่า กฎหมายปกครองได้แก่การ  
ศึกษาวิเคราะห์ถึงการ “จัดรูปองค์กร” ของรัฐ ถ้าการจัดรูปองค์กรได้กระทำไปเพื่อให้ “กระบวนการ  
ทางปกครอง (administrative process)” ดำเนินไปได้ตามจุดหมายที่กำหนด คือสามารถนำ  
ไปปฏิบัติได้ กฎหมายปกครองก็บรรลุผล แต่ถ้าการจัดรูปองค์กรนั้นเมื่อจัดแล้ว ไม่สามารถปฏิบัติ  
หน้าที่ได้และไม่เป็นไปตามปรัชญาของกฎหมายปกครอง กฎหมายปกครองก็ล้มเหลว ผู้เขียน  
(K.C. Davis) ได้ทำความถึงการจัดตั้งคณะกรรมการค้าระหว่างมลรัฐ (Interstate Commerce  
Commission) ซึ่งเป็นการจัดองค์กรในรูปแบบของคณะกรรมการการอิสระ (regulatory commissin)  
ขึ้นเป็นครั้งแรกในสหรัฐอเมริกา (ค.ศ. 1887) ได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคัดค้านว่า เป็นการ

**จัดรูปองค์กรที่ขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย** เพราะเป็นองค์กรที่มีอำนาจนิติบัญญัติอำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน แต่อย่างไรก็ตามปรากฏว่า รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้ผ่านกฎหมายฉบับนั้น และให้มีการจัดตั้งองค์กรอิสระในรูปแบบนั้นได้ และขณะนี้สหรัฐอเมริกา มีองค์กรอิสระเช่นนี้อยู่ถึง 63 องค์กร

ผู้เขียน (K.C. Davis) ได้ให้ข้อคิดเห็นเกี่ยวกับลักษณะที่แท้จริงของหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ไม่ตรงกับทางปฏิบัติของสถาบันทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาเอง กล่าวคือ สภาสูง (Senate) ของสหรัฐอเมริกาใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดี impeachment ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ประธานาธิบดีเองก็ใช้อำนาจในการอภัยโทษซึ่งเป็นกระบวนการของศาล และผู้พิพากษาเองก็ได้สร้างกฎหมายขึ้นทุกครั้งในเมื่อผู้พิพากษาเห็นว่ากฎหมายที่บัญญัติไว้หรือแนวบรรทัดฐานที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ ไม่สามารถให้คำตอบที่พอใจแก่ตนได้ กฎหมายคอมมอนลอว์ก็เป็นกฎหมายที่ศาลเป็นผู้สร้างขึ้น

ในที่สุด ผู้เขียน (K.C. Davis) ได้สรุปว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยควรถูกเปลี่ยนให้เป็นเครื่องมือที่มีเหตุมีผลและเป็นประโยชน์ และในการศึกษากฎหมายปกครองควรจะศึกษาเฉพาะแต่ในด้านของการแบ่งแยกอำนาจ (อริปไตย) ที่จะทำให้มีการคานกันและดุลกันเท่านั้น

ก่อนที่จะผ่านบทความนี้ไป วารสารกฎหมายปกครองใคร่ขอเรียนว่า บทความที่นำมาเสนอนี้ เป็นบทความที่แสดงให้เห็นถึงปัญหาการจัดองค์กรที่เกิดจากการ “อ้าง” หลักการแบ่งแยกอำนาจ (อริปไตย) ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ประเทศหลาย ๆ ประเทศมิได้มีปัญหาเหมือนกับสหรัฐอเมริกา ปัญหาการบริหารที่เกิดจากการอ้างอิงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (อริปไตย) นี้ จะแตกต่างกันไปแล้วแต่พื้นฐานทางปรัชญาของความเข้าใจ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (อริปไตย) ดังนั้น ในทางกลับกัน ท่านผู้อ่านอาจจะแปลกใจว่าในบางประเทศ เช่นประเทศฝรั่งเศส กลับมีการอ้างอิงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (อริปไตย) ในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนต่อการจัดองค์กร ในลักษณะของความชำนาญการอีกด้วย ดังจะได้กล่าวต่อไป

### (1.3) วิชากฎหมายมหาชนกับวิชารัฐศาสตร์

ขณะนี้ เรามักจะได้ยินผู้บริหารกล่าวบ่อย ๆ ว่า เรื่องที่เป็นปัญหาอยู่นี้ เป็นเรื่องที่ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ด้วย “หลักกฎหมาย” แต่ต้องแก้ปัญหาด้วย “หลักรัฐศาสตร์” เป็นความจริงหรือ ที่หลักกฎหมายและหลักรัฐศาสตร์จะมีช่องว่างห่างไกลกันถึงอย่างนั้น หลักรัฐศาสตร์นั้นมีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนพอที่จะถือเป็นกฎหรือระเบียบแบบแผนของสังคมได้แน่แล้วหรือ หรือเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่จะยกขึ้นอ้างเป็นครั้งคราวตามอารมณ์ของผู้พูด และหลักกฎหมายที่กล่าวว่า นำ

มาแก้ปัญหาไม่ได้ นั่น เป็นหลักกฎหมายใด นักกฎหมายประเภทใดเป็นผู้ยกขึ้นอ้าง และทำไมหลักกฎหมายจึงตามไม่ทันสภาพของสังคม

เพื่อที่จะตอบปัญหาเหล่านี้ วารสารกฎหมายปกครองขอนำบทความ 2 บทความมาเสนอต่อท่านผู้อ่าน บทความแรกเป็นบทความของอเมริกันอีกเช่นกัน ได้แก่เรื่อง “กฎหมายมหาชนและรัฐศาสตร์ : สาขาวิชาหรือการเลี้ยงปัญหา” จากบทความเรื่อง “Public Law : Subfield or Subterfuge” โดย William Carl Louthan (แปลและเรียบเรียงโดยคุณพรทิพย์ จาละ) กับบทความเรื่อง “วิวัฒนาการปัจจุบันของความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลในระบบเสรีประชาธิปไตย” ซึ่งอาจารย์พูนศักดิ์ ไวสำรวจ ได้แปลจาก “L’evolution contemporaine de la responsabilite gouvernementale dans les democraties pluralistes” โดย P. Pactet ซึ่งเป็นนักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวฝรั่งเศส

บทความเรื่อง “กฎหมายมหาชนและรัฐศาสตร์ : สาขาวิชาหรือการเลี้ยงปัญหา” (Public Law : Subfield or Subterfuge) “ชื่อ” บทความนี้เป็นชื่อที่ค่อนข้างเข้าใจยาก อ่านแล้วยังไม่ทราบว่าเป็นผู้เขียน (W.C. Louthan) มีความมุ่งหมายอย่างไรในการเขียนบทความนี้ขึ้น

อันที่จริง บทความนี้เป็นบทความที่แสดงข้อมูลที่ได้มาจากการวิจัยที่ได้กระทำขึ้นหลังจากที่การสำรวจในสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1963 (พ.ศ. 2506) ได้แสดงให้เห็นปรากฏออกมาว่า วิชากฎหมายมหาชนของสหรัฐอเมริกาอยู่ในระดับต่ำสุด เช่นไม่มีการวิจัย (ที่ได้มาตรฐาน) ในคำพิพากษาของศาล ขาดการศึกษาเปรียบเทียบกับศาลต่างประเทศ และแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ขาดการศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบของคำพิพากษาที่มีต่อสังคม ฯลฯ จนกระทั่ง “วิชากฎหมายมหาชน” ของสหรัฐอเมริกาได้เสื่อมลงและถูกลดฐานะและความสำคัญในการศึกษา “วิชารัฐศาสตร์”

ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1971 (พ.ศ. 2514) สหรัฐอเมริกาจึงทำการสำรวจข้อมูลใหม่ ด้วยการส่งแบบสอบถามไปให้แก่อาจารย์ผู้สอนวิชากฎหมายมหาชนกับผู้ทำการวิจัยในกฎหมายมหาชนหรือวิจัยพฤติกรรมของฝ่ายตุลาการ ที่ทำงานอยู่ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ทั่วประเทศจำนวน 75 คน เพื่อจะขอทราบข้อมูลว่า หลังจากที่วิชากฎหมายมหาชนได้ตกต่ำสุดในปี ค.ศ. 1963 แล้ว ในระยะเวลาเกือบ 10 ปีที่ล่วงมา นักกฎหมายมหาชนของสหรัฐอเมริกาได้ทำอะไรเป็นชิ้นเป็นอันขึ้นมาบ้าง เช่น ขอทราบว่ามีงานวิจัยที่สำคัญ ๆ ในทางกฎหมายมหาชนเกิดขึ้นหรือไม่ ได้มีการปรับปรุงหลักสูตรวิชารัฐศาสตร์โดยให้ความสำคัญแก่วิชากฎหมายมหาชนหรือไม่ และมีการปรับปรุงวิธีการสอนวิชากฎหมายมหาชนอย่างไรบ้าง ฯลฯ สิ่งที่น่าสังเกตเบื้องต้น ก็คือในการทำการวิจัยเพื่อให้ได้ข้อมูลดังกล่าว ผู้ทำการวิจัยได้ขอให้ผู้ที่กรอกแบบสอบถามที่ส่งไปให้

นั้น ทำการประเมิน “แนวคำพิพากษาของตนเอง” เสียก่อนว่า ตนเองเป็นนักกฎหมายที่เป็นนักวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลในแนวใดในจำนวน 3 แนว คือ แนวที่ 1 ได้แก่การวิเคราะห์เชิงกฎหมายและประวัติศาสตร์ โดยใช้เหตุผลทางอักษรศาสตร์ ซึ่งเรียกว่า “แนวคิดแบบดั้งเดิม (traditional)” หรือแนวที่ 2 ได้แก่การวิเคราะห์ขบวนการยุติธรรมที่มีความสัมพันธ์กับการเมือง ซึ่งเรียกว่า “แนวคิดตามแบบแผน (conventional)” หรือแนวที่ 3 ได้แก่ การวิเคราะห์เชิงพฤติกรรม (behavioral)

ในจำนวนอาจารย์ผู้ทำการสอนวิชากฎหมายมหาชนจำนวน 51 คน ซึ่งได้ส่งแบบสอบถามกลับมานั้น ได้จัดประเภทแนวความคิดของตนเองโดยให้ตนเองอยู่ในแบบที่ 1 (ดั้งเดิม) จำนวน 12 คน แบบที่ 2 (ตามแบบแผน) จำนวน 21 คน และแบบที่ 3 (ยึดถือพฤติกรรม) จำนวน 8 คน และไม่ยอมจัดตนเองเข้าในประเภทใดจำนวน 10 คน

คำถามที่น่าสนใจในแบบสอบถาม ได้แก่ (ท่านเห็นว่า เพราะ “เหตุ” ใด กฎหมายมหาชนในฐานะสาขาวิชาหนึ่งของรัฐศาสตร์ จึงต้องคุณค่า คำตอบที่ได้รับก็คือ เพราะนักกฎหมายมหาชนขาดความคิดสร้างสรรค์ และเพราะการเปลี่ยนแปลงของปัญหาสังคมมีมากและรวดเร็ว จนเป็นอุปสรรคในการแก้ปัญหาโดยอาศัยกฎหมาย

ในคำถามที่ว่า งานวิจัยในอนาคตของกฎหมายมหาชนควรจะอยู่ในแนวใด คำตอบที่ได้รับ (เรียงความสำคัญตามลำดับจำนวน) ก็คือ ควรวิจัยคำพิพากษาของศาลล่างให้มากขึ้น ควรวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่เกิดจากคำพิพากษา ควรพัฒนาความชำนาญในการศึกษาค้นคว้าทางกฎหมายให้มาก และควรวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบกับวงการตุลาการของต่างประเทศ ฯลฯ

คำถามที่น่าสนใจมากที่สุดอีกคำถามหนึ่ง ก็คือ “ท่านเห็นด้วยหรือไม่ว่าแม้ผลงานของนักวิชาการกฎหมายมหาชนจะมีความทันสมัยขึ้น ความลึกลับของขบวนการทางตุลาการก็ยังไม่สามารถเข้าถึงได้” ในคำตอบข้อนี้ นักวิชาการประเภท “ดั้งเดิม” จำนวนถึง 80% เห็นว่าถึงจะวิเคราะห์ให้ได้อย่างไร ความลึกลับของขบวนการตุลาการก็ยังคงมีอยู่ แต่นักวิชาการประเภทวิเคราะห์ “ตามแบบแผน” และ “เชิงพฤติกรรม” กับนักวิชาการกลุ่มที่ไม่ยอมจัดประเภทให้แก่ตนเอง ส่วนใหญ่กลับเห็นว่า ถ้าผลงานของนักวิชาการกฎหมายมหาชนดีขึ้น ก็จะทำให้ความลึกลับของขบวนการทางตุลาการลดลง

บทความเรื่องนี้ แสดงให้เห็นว่า การติดตามและประเมินผลการทำงานของนักกฎหมายและผู้พิพากษาในศาล จะประสบผลสำเร็จได้ ก็ต่อเมื่อนักวิชาการทางกฎหมายจะต้องหมั่นทำการวิเคราะห์แนวความคิดของนักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ใน “คำวินิจฉัยทางกฎหมาย” ของคณะ

กรรมการต่าง ๆ และใน “คำพิพากษาของศาล” โดยมีวิธีการวิเคราะห์อย่างต่อเนื่องและมีเทคนิคที่พอเพียงนั่นเอง หากนักวิชาการทางกฎหมายหรือนักวิชาการใดไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่ได้ วิชากฎหมายย่อมเสื่อมลง พร้อม ๆ กับความเสื่อมศรัทธาในกฎหมายซึ่งเป็นระเบียบวินัยของสังคม

บทความเรื่องที่ 2 ได้แก่ “วิวัฒนาการปัจจุบันของความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลในระบบเสรีประชาธิปไตย” ของ P. Pactet อ่านชื่อบทความนี้ดูเหมือนกับไม่เกี่ยวข้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย แต่อันที่จริง บทความนี้เป็นบทความทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของนักวิชาการฝรั่งเศส ที่ทำการศึกษเกี่ยวกับความผันแปรของความรับผิดชอบทางการเมืองในระบบรัฐสภา (parliamentary system) ซึ่งอาศัยกลไกการยุบสภาและการลงมติไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารโดยรัฐสภา อันเป็นมาตรการคานและถ่วงดุลกันระหว่าง “อำนาจบริหาร” และ “อำนาจนิติบัญญัติ” ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยนั่นเอง

ผู้เขียน (P. Pactet) ได้ชี้ให้เห็นว่า การที่จะคิดว่าฝ่ายนิติบัญญัติควบคุมฝ่ายบริหารด้วยการบีบบังคับให้รัฐบาลลาออกด้วยการลงมติไม่ไว้วางใจ และคิดว่าฝ่ายบริหารจะควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการยุบสภา โดยถือเอาว่ารัฐบาลและรัฐสภาเป็นองค์กรประปรักษ์ซึ่งกันและกันนั้นไม่เป็นความจริงในสภาพปัจจุบันอีกต่อไป และผลของการเปลี่ยนแปลงนี้จะมีผลไปถึงกลไกใน “ระบบรัฐสภา” ทั้งหมด และดังนั้น มีความจำเป็นต้องตรวจสอบถึงสภาพความเป็นจริงว่า มาตรการรับผิดชอบทางการเมืองและแนวความคิดในเรื่องนี้ (ของประเทศฝรั่งเศส) มีอยู่ตามความเป็นจริงมากน้อยเพียงใด

ผู้เขียน (P. Pactet) ได้ทำการวิเคราะห์การใช้อำนาจรัฐของสถาบันทางการเมืองโดยอาศัยแนวการศึกษาวิเคราะห์โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ (structure and function) ขององค์กรทางการเมือง และพิจารณาจาก **ความเป็นจริงที่เกิดขึ้น** จากคณะรัฐบาล รัฐสภาและพรรคการเมือง (ของฝรั่งเศส) ผู้เขียนได้สรุปว่า ความรับผิดชอบทางการเมืองของคณะรัฐบาลต่อรัฐสภา ซึ่งตามความหมายเดิมก็มีลักษณะอุดมคติเพื่อผันมากพออยู่แล้ว ได้กลายเป็นสิ่งที่เพื่อผันมากยิ่งขึ้น และยากที่จะกระทำให้เกิดขึ้นได้ตามความเป็นจริงในปัจจุบัน

การอ่านบทความนี้ จะทำให้ผู้อ่านรู้สึกว่ ความเข้าใจเกี่ยวกับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย” ออกเป็น 3 อำนาจ (อำนาจนิติบัญญัติ-อำนาจบริหาร-และอำนาจตุลาการ) ห่างไกลจากสภาพความเป็นจริงยิ่งขึ้นทุกที

ในระยะ 20-30 ปีหลังนี้ การศึกษาวิชากฎหมายมหาชนได้ก้าวหน้าไปอย่างมากมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งความก้าวหน้าของประเทศระบบประมวลกฎหมายซึ่งเป็นกลุ่มตลาดร่วมยุโรป) แนวทางการศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายมหาชนของกลุ่มประเทศดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลง

ไปจากเดิมเป็นอันมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มีการนำหลักวิชาการสมัยใหม่ (สังคมศาสตร์-สังคมวิทยา-ทฤษฎีการจรรูปองค์กร ฯลฯ) เข้ามาผนวกในการศึกษาวิชากฎหมาย ดังนั้น ในการศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายมหาชน นอกจากผู้ศึกษาจะต้องศึกษาถึงบทสาระบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้แก่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐของรัฐธรรมนูญสมัยต่าง ๆ แล้ว ผู้ศึกษา ยังต้องศึกษาไปถึงการจรรูปแบบสถาบันและการประเมินผลการทำงานของสถาบันอีกด้วย

ศัพท์ทางเทคนิคที่ปรากฏอยู่ในบทความทางรัฐธรรมนูญนี้ เช่น “democracies pluralismes” (ซึ่งผู้แปล แปลว่า ระบบเสรีประชาธิปไตย) กิติ หรือคำว่า “ระบบรัฐสภาแบบคู่” ซึ่งมาจากศัพท์ว่า *Parlementarisme dualiste* ซึ่งมีความหมายตรงกันข้ามกับระบบรัฐสภาแบบเดี่ยว คือ *Parlementarisme moniste* กิติ ศัพท์ทางเทคนิคเหล่านี้เป็นศัพท์สามัญของตำรามาตรฐานวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรปในระยะเวลา 20 ปีมาแล้ว แต่ศัพท์เหล่านี้ (เข้าใจว่า) แทบจะยังไม่ปรากฏในตำราวิชาสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทยแต่อย่างใด

แนวการวิเคราะห์การทำงานของสถาบันการเมือง โดยอาศัยหลัก *structural and functional analyses* ไม่ปรากฏในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย แม้แต่ในตำรากฎหมายมหาชนเล่มล่าสุดของมหาวิทยาลัยที่ตั้งขึ้นใหม่สุดและรับนักศึกษานับเป็นแสนคน

## (2) คำวินิจฉัยทางปกครอง

คำวินิจฉัยทางปกครองที่วารสารกฎหมายปกครองเลือกสรรมาลงในเล่มนี้ได้เลือกเฉพาะที่เกี่ยวกับ “กระทรวงมหาดไทย” โดยเฉพาะ โดยเป็นความเห็นทางกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมาย 2 เรื่อง และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ 1 เรื่อง แต่ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เรื่องนี้ ได้รวมกรณีร้องทุกข์สำคัญไว้ถึง 3 กรณีคือ กรณีนายสมชาย ปัทมะสุนทร (อดีตรองอธิบดีกรมอัยการ) กรณีนายโกศล อนันตพงษ์ (อดีตรองอธิบดีกรมอัยการ) และกรณีนายสำเร็จ ชนสมกุลวัฒน์ (อดีตอัยการพิเศษ) ไว้ในเรื่องเดียวกัน

หากจะพูดกันให้ตรง ๆ แล้ว ปัญหากฎหมาย (ปกครอง) ในเรื่องที่น่ามาเสนอต่อท่านผู้อ่านนี้ เป็นประเด็นกฎหมายที่หนักและเป็นเรื่องของ “มืออาชีพ” เพราะเป็นปัญหากฎหมายทางบริหารที่ร้องทุกข์มาโดยผู้ร้องทุกข์ซึ่งเป็นนักกฎหมายโดยอาชีพ และเป็นปัญหาที่ตามมาโดยกระทรวงมหาดไทยซึ่งเป็นส่วนราชการที่ใช้กฎหมายปกครองมากที่สุดแห่งหนึ่ง ปัญหากฎหมายที่หนักเช่นนี้อาจอยู่นอกเหนือความชำนาญงานของท่านผู้อ่านซึ่งเป็นนักบริหารแต่มิใช่ นักกฎหมายอยู่บ้าง แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าท่านได้อ่านบทความเรื่อง “การสอนวิชากฎหมายปกครอง : ความพิศวงของผู้ที่ยังไม่รู้” ของ P.L. Strauss กับบทความเรื่อง “กฎหมายมหาชนและรัฐศาสตร์” ของ W.C. Louthan แล้ว ท่านผู้อ่านคงจะมองเห็นว่าการประเมินผลงานของนักกฎหมาย โดยบุคคล

ซึ่งมิใช่ นักกฎหมาย ก็ได้เป็นปัญหาของสหรัฐอเมริกาเช่นเดียวกัน การวิเคราะห์ผลงานของนักกฎหมาย และการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล เป็นปัญหาใหญ่และเป็นปัญหาสำคัญของสหรัฐอเมริกา (เหมือนกับประเทศไทย?)

อันที่จริง วารสารกฎหมายปกครองมิได้ประสงค์จะให้ท่านนักบริหารซึ่งมิใช่ นักกฎหมาย ต้องมาสนใจกับปัญหากฎหมายอันสลับซับซ้อน หรือสนใจกับการสร้าง “หลักกฎหมายปกครอง (ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ)” โดยอาศัยกรณีตัวอย่าง (case law) ซึ่งเป็นงาน “เทคนิค” ของนักกฎหมายปกครอง แต่วารสารกฎหมายปกครองประสงค์จะให้ท่านผู้อ่านได้ทราบว่า “**ความ ลึกถลัม**” ของนักกฎหมายนั้น อยู่ที่ข้อเท็จจริงว่านักกฎหมายสามารถ” เลือก “วินิจฉัยปัญหากฎหมาย ในทางใดทางหนึ่งก็ได้ นั่นเอง นักกฎหมายมีความเป็นอิสระในการที่จะเขียน “เหตุผล” สนับสนุน ความคิดเห็นของตนเองในทางใดทางหนึ่งก็ได้ จะเชื่อยานหลักฐานใดหรือไม่ก็ได้ จะอ้างทฤษฎี กฎหมายใดก็ได้ ดังนั้นการจัดตั้งสถาบันทางกฎหมายที่ให้อำนาจแก่นักกฎหมายในการชี้ขาดข้อพิพาท ต่าง ๆ จึงเป็นปัญหาของการจัดองค์กรของรัฐตลอดมาว่า จะทำการวิเคราะห์และประเมินผลคำ พิพากษาของศาลและคำวินิจฉัยทางกฎหมายได้อย่างไร

คำวินิจฉัยทางปกครองโดยมีคำวิจารณ์ประกอบอยู่ด้วยที่ปรากฏในวารสารกฎหมายปกครอง ฉบับนี้และในฉบับก่อน เป็นผลที่ได้มาจากการจัดองค์กรสถาบันคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นมาใหม่ เพื่อจัดให้มีกลไกติดตามและประเมินผลคำวินิจฉัยทางกฎหมายในสาขากฎหมายปกครอง

**กรณีตัวอย่างที่ 1** (กระทรวงมหาดไทย) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐมนตรีฯ ก.อ. และข้าราชการอัยการในกรณีตัวอย่างนี้วารสารกฎหมาย ปกครองได้รวมการร้องทุกข์ 3 กรณีเข้าด้วยกัน ทั้ง ๆ ที่ในเรื่องนี้ ได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยร้องทุกข์รวม 3 เรื่องที่แยกออกจากกันได้

คำร้องทุกข์ 3 กรณี ได้แก่ กรณีร้องทุกข์ของนายสมชาย ปัทมะสุคนธ์ กรณีร้องทุกข์ ของนายโกศล อนันตพงษ์ และกรณีร้องทุกข์ของนายสำเร็จ ธนสมกุลวัฒน์

เรื่องร้องทุกข์ทั้ง 3 เรื่องนี้ มีข้อเท็จจริงร่วมกันเกือบทั้งหมด แต่คณะกรรมการวินิจฉัย ร้องทุกข์ (ตอนที่ 4) มิได้สั่งรวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน และได้ทำการวินิจฉัยเป็นกรณี ๆ ไป และดังนั้น เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้มีความเห็นวิจารณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ วินิจฉัยร้องทุกข์ไว้ทั้ง 3 เรื่อง (เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของท่านนายกรัฐมนตรี) โดย ในเรื่องสุดท้าย (กรณีของนายสำเร็จ) เลขานุการฯ ได้ให้ความเห็นในชั้นสุดท้าย เป็นการเปรียบเทียบ ทั้งสามกรณีไว้โดยสรุปอีกชั้นหนึ่ง

ข้อเท็จจริงที่เป็นสาเหตุให้เกิดกรณีร้องทุกข์นี้ มีความสำคัญมากในทางวิชาการของกฎหมายปกครอง เพราะเป็นกรณีที่เกิดการขัดแย้งระหว่างรัฐมนตรี (ข้าราชการการเมือง) กับสถาบันบริหารข้าราชการ (ก.อ.) ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายให้การบริหารข้าราชการอัยการเป็นอิสระจากการบีบบังคับในทางการเมือง ข้อเท็จจริงนี้เป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ยาก ดังนั้น เลขานุการฯ จึงมีความเห็นว่า ถ้าหากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะสามารถใช้ข้อเท็จจริงในกรณีร้องทุกข์นี้ให้เป็น “กรณีตัวอย่าง” และสามารถอธิบายเหตุผลหรือวาง “ระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ (หลักกฎหมายปกครอง)” ไว้สำหรับให้ข้าราชการใช้เป็นแบบอย่างหรือเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการได้ก็จะเป็นประโยชน์แก่การบริหารอย่างยิ่ง

หลักการสำคัญในทางกฎหมายปกครอง ที่อาจวางหลักได้จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏในกรณีร้องทุกข์นี้มีอยู่หลายประการ เช่น ข้าราชการการเมือง (รัฐมนตรี) จะใช้อำนาจกับกรรมการใน ก.อ. ได้โดยมีขอบเขตเพียงใด (โปรดดูหน้า 212 และ 232) ข้าราชการประจำ (ข้าราชการฝ่ายอัยการ) จะต้องยอมรับอำนาจของรัฐมนตรีเพียงใด (หน้า 231 และเชิงอรรถ 14) บทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องการนับระยะเวลา จะถูกนำมาใช้บังคับกับการนับวาระการดำรงตำแหน่งของกรรมการอัยการได้เพียงใด (หน้า 210 และเชิงอรรถ 13) ระบบการพิจารณาโทษทางวินัยตามกฎหมายจะสามารถให้หลักประกัน (natural justice) แก่ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาได้เพียงใด (หน้า 232 และ 259) และรวมทั้งปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เองว่า คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์นี้ได้หรือไม่เพียงใด ถ้าปรากฏว่า ก.อ. ได้ใช้อำนาจนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ (หน้า 257-258)

เราจะไม่สรุปไว้ในที่นี้ว่า คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในเรื่องนี้ได้มี “แนวทางในการวางหลักการสำคัญในทางกฎหมายปกครอง” ได้หรือไม่ และเพียงใด เพราะเป็นเรื่องที่ท่านผู้อ่านและวงการศึกษากฎหมายมหาชนจะต้องวิเคราะห์และประเมินผลเอาเองเมื่อได้อ่านคำวินิจฉัยและข้อวิจารณ์โดยละเอียดแล้ว

**กรณีตัวอย่างที่ 2** (กระทรวงมหาดไทย) เป็นความเห็นทางกฎหมายของกรรมการร่างกฎหมายเรื่อง “อำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดในกรณีออกข้อบังคับ (จังหวัด)”

สำหรับท่านผู้อ่านที่เป็นนักกฎหมายปกครอง ท่านคงจะทราบแล้วว่า ข้อบังคับ (จังหวัด) ซึ่งในขณะนั้นก็ได้แก่กฎหมายท้องถิ่นรูปแบบหนึ่งในหลายรูปแบบนั่นเอง ปัญหาที่จึงเป็นปัญหาทางกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับหลักกระจายอำนาจ (decentralization) กับหลักการแบ่งอำนาจ (deconcentration) ในปัญหานี้ เลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นที่แตกต่างกับความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย



ข้อเท็จจริงอาจสรุปได้สั้น ๆ ว่า ก่อนปี พ.ศ. 2498 ประเทศไทยยังไม่มี “องค์การบริหารส่วนจังหวัด” และในขณะนั้นพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 ได้บัญญัติให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจออก “ข้อบังคับ (จังหวัด)” ในฐานะที่เป็นกฎหมายท้องถิ่นใช้บังคับในเขต “จังหวัด” แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2498 ได้มีการจัดตั้งองค์การบริหารส่วนจังหวัดขึ้น และให้องค์การบริหารส่วนจังหวัดมีอำนาจตรา “ข้อบัญญัติจังหวัด” ทั้งนี้ โดยมีได้แก้ไขหรือยกเลิกอำนาจของผู้ว่าราชการจังหวัดตามพระราชบัญญัติสาธารณสุข พ.ศ. 2484 แต่อย่างไรก็ดี ปัญหาจึงชี้ว่าการออก “กฎหมายท้องถิ่น” ตามพระราชบัญญัติสาธารณสุขฯ เพื่อใช้ในเขตจังหวัดนั้น จะออกเป็นข้อบังคับ (จังหวัด) โดยผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ออก หรือจะต้องออกเป็น “ข้อบัญญัติจังหวัด” โดยองค์การบริหารส่วนจังหวัด

ในปัญหานี้ กรรมการร่างกฎหมาย (คณะที่ 6) มีความเห็นว่า ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจออก “ข้อบังคับ (จังหวัด)” ได้ แต่เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าอำนาจออกข้อบังคับ (จังหวัด) ของผู้ว่าราชการจังหวัด ได้สิ้นสุดไปแล้วตั้งแต่มีการตรากฎหมายว่าด้วยองค์การบริหารส่วนจังหวัดในปี พ.ศ. 2498 และหลังจากนั้นการตรากฎหมายท้องถิ่นในระดับจังหวัด จะต้องกระทำโดยการตราเป็น “ข้อบัญญัติจังหวัด” โดยองค์การบริหารส่วนจังหวัดเท่านั้น ในการให้ข้อวิจารณ์ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องนี้ เลขาธิการฯ ได้กล่าวถึงวิวัฒนาการของกฎหมายที่เกี่ยวกับราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ซึ่งทำให้การตีความแตกต่างไปจากความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏตามกฎหมายเดิม

กรณีตัวอย่างนี้ แสดงให้เห็น “ทางเลือก” ที่เป็นอำนาจของนักกฎหมาย โดยนักกฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจเลือกตีความได้จากการอธิบาย “เหตุผล” โดยอาศัยพื้นฐานที่ต่างกัน

ท่านผู้อ่านที่สนใจปัญหาการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นหรือท่านผู้อ่านที่เป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ท่านจะลองพิจารณาความเห็นและข้อวิจารณ์ดูบ้างก็ได้ (หมายเหตุ :- เพื่อแก้ข้อสงสัยของท่านผู้อ่านที่เป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งอาจมีปัญหามาใจว่า ในกรณีที่เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นแตกต่างกับกรรมการร่างกฎหมาย ทางราชการจะปฏิบัติอย่างไร ฉะนั้น จึงใคร่ขอเรียนเพื่อทราบด้วยว่า โดยหลักการแล้วส่วนราชการที่เกี่ยวข้องจะต้องถือปฏิบัติตามความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย แต่ถ้าส่วนราชการนั้น ๆ ยังมีความสงสัยอยู่ก็อาจทบทวนความเห็นของกรรมการร่างกฎหมาย โดยขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอเรื่องให้ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่งก็ได้ หรือจะขอให้คณะรัฐมนตรีวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้)

**กรณีตัวอย่างที่ 3** (กระทรวงมหาดไทยกับราชการส่วนท้องถิ่น) เรื่องนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับ

การควบคุมการก่อสร้างอาคารต่าง ๆ ในเขตของกรุงเทพมหานครตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ปัญหานี้เป็นเรื่องสั้น ๆ ก็จริง แต่เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาทบทวนกันถึง 3 ครั้ง คือเป็นการให้ความเห็นโดยกรรมการร่างกฎหมาย (คณะที่ 2) ถึงสองครั้ง และให้ความเห็นโดยที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายอีกครั้ง

นอกจากนั้น หลังจากที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายได้ให้ความเห็นแล้ว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ในฐานะหน่วยบริหารงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา) ยังมีความเห็นเป็นการวิเคราะห์ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาไว้ด้วยว่า “...เรื่องที่วินิจฉัยครั้งนี้ เป็นคำวินิจฉัยที่มีความสำคัญ...เพราะเป็นคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับระบบความสัมพันธ์ระหว่างราชการส่วนกลาง (กระทรวงมหาดไทย) กับราชการส่วนท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร ฯลฯ) ดังนั้น แม้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาในครั้งสุดท้ายอาจจะแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้า...แต่ “หลักการ” ที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วางไว้ในคำวินิจฉัยครั้งนี้ จะก่อให้เกิดความยุ่งยาก (ยิ่งขึ้นในอนาคต) ได้ และเป็นที่น่าสงสัยว่าแนวทางตีความครั้งนี้จะตรงต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารหรือไม่....”

ความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายมีแนวทางในลักษณะเป็นการ “จำกัดอำนาจของท้องถิ่นในการออกกฎหมายท้องถิ่น” มากกว่าความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กล่าวคือ กรรมการร่างกฎหมายเห็นว่า ราชการส่วนท้องถิ่นจะออก “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” เกี่ยวกับการควบคุมการก่อสร้าง (ในเรื่องที่กฎหมายกำหนดไว้) ไม่ได้ ทั้งนี้ **จนกว่าจะมีการออก “กฎกระทรวง” โดยราชการส่วนกลางเสียก่อน** แต่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า กฎหมาย (พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522) มีเจตนารมณ์ให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีความอิสระในการบริหารงานส่วนท้องถิ่น ดังนั้นราชการส่วนท้องถิ่นจึงย่อมสามารถออก “ข้อบัญญัติท้องถิ่น” ในเรื่องนี้ได้ตามที่ราชการส่วนท้องถิ่นเห็นสมควร ทั้งนี้ ตามหลักกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น (decentralization) แม้ว่าจะยังไม่มี การออกกฎกระทรวงโดยราชการส่วนกลางก็ตาม แต่ถ้าเมื่อใดราชการส่วนกลางเห็นว่ามีความเหมาะสมหรือมีความจำเป็นที่จะจำกัดการใช้อำนาจของราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนกลางจึงจะออก “กฎกระทรวง” มาจำกัดขอบเขตของการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นของราชการส่วนท้องถิ่นในเรื่องนี้ และหลังจากนั้น การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นจึงจะถูกจำกัดขอบเขตลงตามที่กฎกระทรวงได้จำกัดไว้

นี่ก็เป็นกรณีตัวอย่างอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งแสดงให้เห็นอำนาจของนักกฎหมายในการ “เลือก” ตีความ (หมายเหตุ :- ในทางปฏิบัติของทางราชการ ถ้าส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเห็นว่า ความเห็นของที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมายเป็นอุปสรรคในการปฏิบัติราชการส่วนราชการนั้นมีสิทธิ์

จะเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรี (ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารและเป็นองค์กรซึ่งต้องรับผิดชอบงานบริหารต่อรัฐสภา) วินิจฉัยชี้ขาดอีกชั้นหนึ่งได้)

### (3) วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ จะให้อะไรแก่ท่านได้บ้าง

บทความที่นำมาเสนอในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ คงจะทำให้ท่านนักบริหารที่สนใจในวิชากฎหมายปกครอง (รวมทั้งกฎหมายมหาชน) ได้ทำความรู้จักกับขอบเขตของกฎหมายปกครอง และปัญหาอุปสรรคของกฎหมายปกครองได้บ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้ทราบถึง สภาพและปัญหาของการสอนวิชากฎหมายของสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศต้นกำเนิดของวิชาการบริหาร (administrative science)

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อนหน้า (เล่ม 2 ตอน 1) เราได้นำบทความของประธานาธิบดีวูดโร วิลสัน (Woodrow Wilson) ที่เขียนขึ้นเมื่อประมาณ 100 ปี (ค.ศ. 1887) มาเสนอต่อท่านผู้อ่านแล้วว่า วิชาการบริหารนั้นได้เกิดขึ้นเพราะสภาพเสื่อมโทรมในการบริหารของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้นเอง (การคอร์รัปชัน และการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนโดยนักการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ) และดังนั้น นักวิชาการของสหรัฐอเมริกาจึงได้มองหาวิธีแก้ปัญหา ด้วยการ**ศึกษาไปจนถึงการจัดองค์กรของรัฐในรูปแบบฝ่ายกฎหมายปกครอง** และหลักกฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป และในวารสารกฎหมายปกครองเล่มดังกล่าวก็ได้จัดบทความที่แสดงให้เห็นว่า วิชาการบริหารและวิชากฎหมายปกครองมีความเกี่ยวเนื่องและมีความสัมพันธ์กันอย่างไร

สหรัฐอเมริกาอาจจะได้ชื่อว่าเป็นผู้ที่ได้สร้างวิชาการบริหารในสาขาต่าง ๆ ขึ้น แต่สิ่งที่สหรัฐอเมริกายังกระทำไม่สำเร็จก็คือการพัฒนากฎหมายปกครองและสถาบันทางกฎหมาย แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะมีความพยายามในเรื่องนี้ เช่น ได้ตรา The Administrative Procedure Act ขึ้นในปี ค.ศ. 1946 ก็ตาม

ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ เราหวังว่าคงจะทำความกระจ่างให้แก่ท่านผู้อ่านที่เป็นนักจัดองค์กร (O&M) นักวิชาการบริหารและนักรัฐศาสตร์ให้มากขึ้น ถึงวิธีการของกฎหมายปกครองที่ใช้ในการจัดรูปองค์กรขนาดใหญ่ของรัฐในกระบวนการยุติธรรมสาขาต่าง ๆ และใช้ในการแก้ **ปัญหาการประเมินผลงาน** บริหารของรัฐ (management by objective (MBO) ในงานประเภทที่เป็นงานประเมินผลได้ยากอันเนื่องมาจากความสลับซับซ้อนของงาน เพราะมีความเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวนมาก

ต่อไปนี้ วารสารกฎหมายปกครองจะขอเปรียบเทียบหลักวิชาการบริหารกับวิธีแก้ปัญหาทางบริหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดรูปองค์กรในกระบวนการยุติธรรมในสาขาต่าง ๆ ของกลุ่ม

ประเทศประมวลกฎหมายไว้โดยสังเขป

### (3.1) การศึกษาวิเคราะห์ในแนวนอน กับการศึกษาวิเคราะห์ในแนวตั้ง (Horizontal and Vertical Analyses)

ในการวางแผนเพื่อปรับปรุงการจัดองค์กร วิชาการบริหารสอนให้เราเริ่มต้นการแก้ปัญหาด้วยการศึกษาวิธีการทำงานและศึกษาขั้นตอนของการทำงาน (work flow) อย่างละเอียด และให้เริ่มตั้งแต่ต้น (input) จนกระทั่งออกมาเป็นผลสำเร็จ (output) มีการทำแผนภูมิทำงานตามขั้นตอน (flow chart) และมีการประเมินผลงานในแต่ละขั้นตอน ฯลฯ สิ่งเหล่านี้เป็นพื้นฐานเบื้องต้นของวิชาการบริหาร

ปัญหามีว่า จะนำหลักวิชาการบริหารมาใช้ได้เพียงใดในงานของรัฐประเภทที่เป็นบริการสาธารณะ งานบริหารหลาย ๆ ด้านของรัฐ ต้องเกี่ยวพันกับการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นจำนวนมาก และงานในแต่ละเรื่องก็จะอยู่ภายใต้ระบบควบคุม ซึ่งมีการใช้ดุลพินิจสั่งการต่อเนื่องกันหลายขั้นตอน งานบางเรื่องอาจเริ่มต้นการตัดสินใจโดยข้าราชการประจำ และอาจอุทธรณ์ต่อข้าราชการการเมืองหรือคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษหรือแม้แต่ภาคีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม และหลังจากที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสร้างกฎหมายด้วยการใช้ดุลพินิจในการตีความและชี้แจงนำพยานหลักฐานได้พิพากษาแล้ว คำพิพากษาก็จะกลับมาเป็น “บรรทัดฐาน” ในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารอีกชั้นหนึ่ง (โปรดดูบทความเรื่อง “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ” ของ F.H. Lawson และ D.J. Bentley) ดังนั้น ท่านผู้อ่านจะเห็นว่าเมื่อมีข้อเสียดายเกิดขึ้นในทางราชการแล้ว ความรับผิดชอบจึงมักจะละลายหายไปในระบบราชการหรือในระบบตุลาการนั่นเอง

กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงความต่อเนื่องของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่าง ๆ ซึ่งเป็นกรณีที่ท่านผู้อ่านรู้จักกันดี เช่น

ตัวอย่าง เรื่องการสั่งลงโทษทางวินัย ในขั้นตอนการลงโทษทางวินัยจะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาผู้สั่งลงโทษ โดยผู้บังคับบัญชาดังกล่าวจะต้องพิจารณาและตกลงใจเสียก่อนว่าการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา เป็นความผิดทางวินัยใน “บท” ใดของกฎหมาย การใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาดังกล่าวอยู่ภายใต้ระบบควบคุมโดย “คณะกรรมการ” หลายลักษณะ เช่น คณะกรรมการสอบสวน หรือ อ.ก.พ. กระทรวง ฯลฯ นอกจากนั้น ยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบ (appeal) โดยระบบอุทธรณ์ต่อ ก.พ. (ซึ่งเป็นการจัดองค์กรในรูป “คณะกรรมการ” อีกรูปแบบหนึ่ง) และหลังจากนั้น ยังอาจมีการฟ้องเป็นคดีต่อศาลยุติธรรม (ซึ่งวินิจฉัยเป็นองค์คณะมีผู้พิพากษา 2 หรือ 3 คน)

ตัวอย่าง เรื่องความปลอดภัยของสังคม ในขั้นต้น จะขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของตำรวจ ในการจับกุมหรือไม่จับกุม ต่อมา ได้แก่ ดุลพินิจของพนักงานสอบสวนในการเสาะหาพยานหรือ ตั้งประเด็นในสำนวน ถัดมา คือ ดุลพินิจของพนักงานอัยการในการตรวจสอบสำนวน และดุลพินิจ ของผู้พิพากษาในการเชื่อหรือไม่เชื่อพยานหลักฐานหรือจะให้บรรเทาโทษหรือไม่บรรเทาโทษ

**งานบริหารของรัฐต่างกับงานของเอกชน เพราะงานของรัฐทุกชั้นตอนจะมีตัวบทกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับกำกับอยู่ทั้งสิ้น** ปัญหาจึงมีว่า นักวิชาการบริหารหรือนักจัดองค์กร (O&M) จะปรับปรุงการจัดองค์กรของรัฐได้เพียงใด ถ้าหากว่านักวิชาการบริหารและนักจัดองค์กร (O&M) ยังไม่สามารถประเมิน “ผลงาน” ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับ และสั่งการไปตามความเข้าใจของตนเองกันอยู่ทุก ๆ วันได้

การสั่งการ การวินิจฉัย การพิพากษา ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้ที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหาร (ข้าราชการการเมือง ข้าราชการประจำ เทศมนตรีในระดับท้องถิ่น ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ฯลฯ) หรือเป็นกรรมการในคณะกรรมการ หรือเป็นผู้พิพากษาก็ตาม

ใครเล่าที่จะเป็นผู้ที่สามารถวิเคราะห์และประเมินผลการสั่งการของบุคคลเหล่านี้ได้ว่า สั่งการโดยถูกต้องและมีเหตุผลหรือไม่ ใครจะเป็นผู้วิเคราะห์คำวินิจฉัยทางกฎหมายของคณะกรรมการ หรือใครจะวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลในคดีต่าง ๆ หรือว่าเราจะถือว่าคำวินิจฉัยทางกฎหมาย ของคณะกรรมการ ย่อมมี “เหตุผล” สมควรและเหมาะสมดีแล้วทุกครั้ง หรือถือ (take it for granted) ว่าคำพิพากษาของศาลย่อมต้องถูกต้องเฉพาะเป็น “อำนาจตุลาการ” เช่นนั้นหรือ

ในอดีตและปัจจุบัน ประเทศฝ่ายประมวลกฎหมายได้ให้ความสนใจแก่การจัดรูปองค์กร ในทางบริหารซึ่งมีลักษณะเป็น “กระบวนการต่อเนื่องของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” รวมทั้งได้ให้ความสำคัญแก่ตัวบุคคลซึ่งเป็นนักกฎหมายและการจัดองค์กรในสถาบันทางกฎหมาย เป็นอย่างมาก ทั้งนี้ เพราะงานของรัฐจำนวนมากหรือทั้งหมดต้องเกี่ยวข้องกับตัวบทกฎหมาย และบทบาทของนักกฎหมายด้วยกันทั้งสิ้น ดังจะเห็นได้จากข้อเท็จจริงที่ว่า ข้าราชการทุกคนต้อง อยู่ภายใต้การควบคุมของนักกฎหมายซึ่งเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยความผิดทางวินัย ประชาชนทุกคน ย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายและอาจฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นคดีได้ทั้งทางแพ่งและทางอาญาต่อศาล ฯลฯ

คำว่า “อำนาจตุลาการ” ที่มาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย มิได้เป็นอุปสรรคเกี่ยวกับการ จัดรูปองค์กร และการจัดระบบคุณสมบัติและความเชี่ยวชาญของผู้พิพากษาและการจัดหน่วยงาน บริหารงานของศาล ของประเทศฝ่ายประมวลกฎหมายแต่อย่างใด

ในทางตรงข้าม อาจจะเป็นที่ประหลาดใจอยู่บ้าง กลุ่มประเทศประมวลกฎหมายได้จัดรูปองค์กรโดยแยกตามความเชี่ยวชาญและตามประเภทของงาน โดยอาศัยการอ้างอิงจาก “หลักการแบ่งแยกอำนาจยุโรปไทย” นั่นเอง

ประเทศฝรั่งเศสได้เริ่มต้นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ด้วยการก่อตั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้น (ซึ่งมักมีการเรียกองค์กรนี้ว่า “ศาลปกครอง”) โดยอาศัยหลักการว่า ศาลยุติธรรมซึ่งมีความเป็นอิสระและไม่ต้องรับผิดชอบในการบริหารนั้น ไม่สมควรใช้อำนาจชี้ขาดในทางบริหาร และศาลยุติธรรมควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง (เอกชน) และคดีอาญาเท่านั้น อำนาจชี้ขาดในเรื่องบริหารต้องเป็นของฝ่ายบริหารที่รับผิดชอบต่อรัฐสภา ดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสและประเทศประมวลกฎหมายจึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการจัดองค์กรในรูปแบบ regulatory commission เหมือนในสหรัฐอเมริกา

และหลังจากที่สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้พิสูจน์ความเป็นสถาบันพิเศษที่มีความเชี่ยวชาญในการสร้างแนวทางใหม่ของคดีปกครอง จนเป็นที่ยอมรับกันในการบริหารแล้ว สถาบันสภาแห่งรัฐจึงได้รับมอบหมายให้มีอำนาจชี้ขาดโดยฝ่ายบริหารไม่สงวนอำนาจในการตรวจสอบคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอีกต่อไป (ค.ศ. 1872) รวมระยะเวลาที่สถาบันสภาแห่งรัฐได้ใช้เวลาในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง และพิสูจน์ความถูกต้องของหลักกฎหมายปกครองต่าง ๆ ตลอดจนทำการพัฒนาระบบวิธีพิจารณาที่เหมาะสมเป็นเวลาประมาณ 70 ปี นับแต่ปี ค.ศ. 1799

ขณะนี้ ในระบบสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศส จะมีหลักกฎหมายปกครองแยกออกจากหลักกฎหมายแพ่ง (เอกชน) มีระบบวิธีพิจารณาที่มีการถ่วงดุลและควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษา (โปรดดูข้อ 3.2 ต่อไป) และมีการจัดเจ้าหน้าที่บริหารงานของศาลที่สามารถติดตามและประเมินผลการทำงานของนักกฎหมายหรือผู้พิพากษาได้

อันที่จริง สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มิใช่เป็นตัวอย่างเพียงตัวอย่างเดียวที่กลุ่มประเทศประมวลกฎหมายได้จัดองค์กรเพื่อสร้างความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขึ้น

สถาบัน “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court)” ก็เป็นสถาบันที่สำคัญอีกสถาบันหนึ่ง ที่ประเทศประมวลกฎหมายได้สร้างขึ้นเช่นเดียวกัน กลุ่มประเทศประมวลกฎหมายมีความเห็นว่า ปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้นเป็นปัญหาของกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องการความเชี่ยวชาญและแนวความคิดของนักกฎหมายเฉพาะด้านในอันที่จะทำหน้าที่เป็น “ศาล” พิจารณาปัญหากฎหมายรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยเห็นว่าไม่สมควรเป็นอำนาจของผู้พิพากษาที่อยู่ในศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจเกี่ยวกับคดีแพ่ง (เอกชน) และคดีอาญา [หมายเหตุ :- ปัญหาเกี่ยวกับการจัดรูปองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คุณสมบัติของผู้ที่

จะเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่และวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะอยู่ใน  
ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญ ของประเทศภาคพื้นยุโรป มิใช่อยู่ในตำรากฎหมายปกครอง เพราะ  
สถาบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่จัดขึ้นสำหรับการมีลักษณะเฉพาะของปัญหากฎหมาย  
รัฐธรรมนูญและ **สิ่งที่แน่นอนก็คือ** ปัญหาการจัดรูปองค์กรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่อยู่  
ในตำราวิชาการบริหาร]

ข้อที่ท่านผู้อ่านอาจตั้งปัญหาสงสัยขึ้นในใจก็คือ เพราะเหตุใด กลุ่มประเทศประมวลกฎหมาย  
จึงได้ปล่อยให้ผู้พิพากษาในระบบศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง (เอกชน) และ  
คดีอาญาไปพร้อม ๆ กัน ทั้ง ๆ ที่คดีแพ่ง (เอกชน) เป็นคดีที่มีลักษณะแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง  
กับคดีอาญา กล่าวคือคดีแพ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สิน ฯลฯ ของเอกชน แต่คดีอาญา  
เป็นเรื่องความปลอดภัยของสังคม

ปัญหานี้ นักวิชาการของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปในสมัยศตวรรษที่ 18-19 มิได้ลืม  
แต่อย่างไร ได้มีนักวิชาการหลายท่านในสมัยนั้น (เช่น Ferri และ Garofalo) ได้พยายามจะให้  
มีการแยกระบบผู้พิพากษาของคดีอาญาออกจากผู้พิพากษาคดีแพ่ง โดยนักวิชาการเหล่านี้ได้เห็น  
ความสำคัญของคุณสมบัติของผู้พิพากษาในคดีอาญา ซึ่งต้องการบุคคลซึ่งมีพื้นฐานและความรอบรู้  
กว้างขวางกว่าผู้พิพากษาในคดีแพ่ง แต่การพยายามของนักวิชาการเหล่านี้ยังไม่ประสบความสำเร็จ  
การที่ประเทศประมวลกฎหมายยังมีได้แยกระบบผู้พิพากษาคดีอาญาออกจากผู้พิพากษาคดีแพ่ง  
น่าจะเป็นเพราะว่า ความง่ายและความไม่สำคัญของคดีแพ่ง (เอกชน) ในสมัยนั้น ประกอบกับ  
ความเคยชินที่คดีแพ่ง (เอกชน) เคยรวมอยู่กับคดีอาญาในระบบของศาลยุติธรรมมาเป็นเวลานาน  
หลายร้อยปี [หมายเหตุ :- และแม้ว่า ในระยะหลัง ๆ นี้ ประเภทของคดีแพ่ง (เอกชน) จะมี  
ลักษณะเฉพาะมากขึ้น เช่น มีคดีพาณิชย์ คดีครอบครัว ฯลฯ และได้มีการจัดระบบผู้พิพากษา  
ในคดีแพ่งบางประเภทเป็นพิเศษให้แตกต่างกับคดีแพ่ง (เอกชน) ตามปกติก็ตาม แต่ปัจจุบันนี้  
ก็ยังมีผู้เขียนบทความเรียกร้องให้มีการจัดระบบผู้พิพากษาคดีอาญา แยกจากผู้พิพากษาคดีแพ่ง  
(เอกชน) อยู่เสมอ]

นอกจากการจัดตั้งสภาแห่งรัฐบนพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยการจัดรูปองค์กร  
ตามความเชี่ยวชาญและตามลักษณะงานแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังได้เริ่มต้นปรับปรุงกระบวนการ  
ทางอาญาแยกออกจากกระบวนการทางปกครองอีกด้วย เริ่มต้นด้วยการจัดประเภทความหนักเบา  
ของการกระทำทางอาญา จัดระบบวิธีพิจารณาพิพากษาคดีอาญาเสียใหม่ จัดระบบผู้พิพากษา  
โดยใช้ระบบผู้พิพากษาเลือกตั้งบ้าง ผู้พิพากษาแต่งตั้งบ้างลอกเลียนระบบคณะลูกขุน (Grand  
Jury) จากระบบแองโกลแซกซอนมาใช้เพื่อให้เป็นองค์กรชี้ขาดในการตั้งข้อกล่าวหา (jury d'accu-

sation) บ้าง ๖๗ และในระยะหลังสุดประเทศฝรั่งเศสจึงได้กำหนดแนวทางให้มีการแบ่งหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (separation des fonctions) ออกเป็น 3 ประการ คือ หน้าที่ในการทำสำนวน (poursuite) หน้าที่ในการตรวจสำนวน (instruction) และหน้าที่ในการพิพากษา (judgement) ในการปฏิบัติหน้าที่ทั้ง 3 ประการ ประเทศฝรั่งเศสได้จัดให้มีระบบถ่วงดุลการใช้อำนาจโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่าง ๆ (ตำรวจ-พนักงานสอบสวนอัยการ-ผู้พิพากษาตรวจสำนวน-ผู้พิพากษาชี้ขาด) อย่างรัดกุม โดยประเทศฝรั่งเศสได้เน้นหน้าที่ในการทำสำนวนคดีอาญาและหน้าที่ในการตรวจสำนวนให้มีความสำคัญโดยเฉพาะส่วนงานบริหารในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาก็มอบให้แก่กระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในงานกระบวนการทางอาญา คือ การสอบสวนคดีอาญา งานราชทัณฑ์ งานธุรการศาล ฯลฯ (หมายเหตุ :- คงไม่จำเป็นต้องกล่าวว่า **เพราะเหตุใด** การจัดองค์กรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศฝรั่งเศส (ซึ่งเป็นการจัดองค์กรเป็นแบบสากลของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอยู่ในขณะนี้) จึงสามารถทำให้มี **การประเมินผลงานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา** ได้อย่างครบถ้วนและในขณะเดียวกัน ก็ยังสามารถประสานงาน **การจัดสรรงบประมาณ** ของอัยการ-ผู้พิพากษา-ราชทัณฑ์ ได้อย่างเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพราะเหตุผลเหล่านี้สามารถเข้าใจได้จากการมองรูปแบบของการจัดองค์กรของกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นเอง โดยไม่จำเป็นต้องอธิบาย และเมื่อมีโอกาสวารสารกฎหมายปกครองจะได้นำกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative Law) ที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศต่าง ๆ มาเสนอต่อท่านผู้อ่านต่อไป)

เท่าที่กล่าวมาแล้ว อาจสรุปได้ว่า กลุ่มประเทศประมวลกฎหมายได้จัดรูปองค์กรในกระบวนการยุติธรรมในลักษณะแนวตั้ง (vertical) โดยแยกคดีออกเป็นประเภทต่าง ๆ ตามลักษณะของคดีและจัดบุคลากร (หมายรวมถึงผู้พิพากษา) - วิธีพิจารณาหน่วยบริหารให้เหมาะสมกับประเภทของคดี ซึ่งเป็นการจัดองค์กรที่แตกต่างกับประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งจัดองค์กรในกระบวนการยุติธรรมในแนวนอน (horizontal) และทั้ง “อำนาจตุลาการ” ไว้กับการจัดสถาบันในรูปแบบเดิม (หมายเหตุ :- สำหรับประเทศอังกฤษ วารสารกฎหมายปกครองจะได้นำบทความที่เกี่ยวกับปัญหานี้โดยเฉพาะมาเสนอต่อท่านผู้อ่านต่อไป เพราะประเทศอังกฤษได้มองเห็นถึงปัญหานี้มาก่อนสหรัฐอเมริกา)

### (3.2) ข้อดีและข้อเสียของการชี้ขาดโดยคณะกรรมการ (collective judgement) กับการชี้ขาดโดยบุคคลคนเดียว (individual judgement)

เมื่อได้เคยพูดถึงการจัดองค์กรในประเด็นที่เกี่ยวกับระบบคุณสมบัติของกรรมการ (หรือผู้พิพากษา) และการจัดหน่วยบริหารงานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา รวมทั้งได้พูดถึงวิธีพิจารณาใน กระบวนการทางอาญา มาบ้างแล้ว แต่สิ่งที่วารสารกฎหมายปกครองได้ทิ้งไว้และยังไม่เคยกล่าวถึงก็คือ **ลักษณะเฉพาะของวิธีพิจารณาคดีปกครอง**



สิ่งที่น่าสนใจของกระบวนการพิจารณาทางคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ก็คือนอกเหนือไปจากการกำหนดระบบคุณสมบัติและประสบการณ์ของ “ผู้พิพากษาคดีปกครอง” ให้แตกต่างไปจากคุณสมบัติของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังได้คำนึงถึงผลดีผลเสียของระบบการชี้ขาดโดยคณะกรรมการ (collective judgement) และการชี้ขาดโดยบุคคลคนเดียว (individual judgement) ด้วย และดังนั้น ประเทศฝรั่งเศสจึงได้กำหนดวิธีพิจารณาคดีปกครองให้มีลักษณะเฉพาะขึ้น

การชี้ขาดโดยคณะบุคคลมีผลดีในด้านความรอบคอบและป้องกันการใช้อำนาจในลักษณะรวบอำนาจโดยตัวบุคคล แต่มีผลเสียในด้านที่กำหนดตัวบุคคลผู้รับผิดชอบไม่ได้แน่ชัด เพราะการชี้ขาดที่กระทำโดยมติของคณะบุคคลย่อมไม่สามารถกำหนดให้เป็นความรับผิดชอบของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะได้ ทั้ง ๆ ที่คำชี้ขาดในบางกรณีนั้น เห็นได้ชัดว่าเป็นมติที่ปราศจากเหตุผลพอเพียงแต่ในทางกลับกัน การชี้ขาดหรือการใช้อำนาจโดยตัวบุคคลคนเดียวมีผลดีในด้านที่ทางราชการสามารถกำหนดตัวบุคคลผู้รับผิดชอบได้แน่นอน แต่ก็เสี่ยงต่อผลเสีย คือ การใช้อำนาจโดยไม่รอบคอบหรือใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมโดยบุคคลนั้น

ท่านผู้อ่านจะแปลกใจหรือไม่ ถ้าเราจะบอกท่านว่า การชี้ขาดคดีปกครองในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง เป็นการชี้ขาดทั้ง 2 ระบบควบคู่กัน โดยต่างฝ่ายต่างได้รับหลักประกันในการให้ความเห็นของตนโดยอิสระ และต่างฝ่ายต่างไม่สามารถใช้อิทธิพลหรือใช้อำนาจในการสั่งการซึ่งกันและกันได้

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ไม่ไว้ใจการใช้ดุลพินิจของ “นักกฎหมาย” โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีให้นักกฎหมายใช้อำนาจพิพากษาหรือสั่งการในคดีที่ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนขัดแย้งกับประโยชน์ของสาธารณะ หรือในคดีที่มีการส่งจ่ายเงินของรัฐให้แก่เอกชน (หมายเหตุ :- โปรดดูปัญหาและประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสก่อนการจัดตั้งสภาแห่งรัฐ จาก “บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครอง” ในวารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 2)

ดังนั้น แม้ประเทศฝรั่งเศสจะจัดองค์กรของสถาบันทางกฎหมายในลักษณะที่จะสร้างความชำนาญในกฎหมายเฉพาะสาขาให้แก่ นักกฎหมายแล้ว ประเทศฝรั่งเศสยังได้สร้างระบบการถ่วงดุลการใช้อำนาจของ “นักกฎหมาย” ไว้ในกระบวนการวิธีพิจารณาด้วย

ในระยะเริ่มแรกของการจัดตั้งสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ในปลายศตวรรษที่ 18 ประเทศฝรั่งเศสได้ถ่วงดุลการใช้อำนาจของ “นักกฎหมาย” ด้วยการให้รัฐมนตรี (ข้าราชการการเมือง) เป็นผู้ตรวจสอบความเห็นของนักกฎหมายในการสั่งการทางบริหาร และให้รัฐมนตรี

เป็นผู้สั่งการในชั้นสุดท้าย (ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเรียกระบบนี้ว่า justice retenue) แต่หลังจากนั้น (ประมาณ 70 ปี) เมื่อประเทศฝรั่งเศสได้ให้อำนาจอิสระในการชี้ขาดแก่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองโดยไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง (ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเรียกระบบนี้ว่า justice delegue) แล้ว วิธีพิจารณาคดีปกครองจะทำการชี้ขาดควบคู่กันโดยองค์กรถึง 2 องค์กร กล่าวคือ เมื่อมีการรวบรวมข้อเท็จจริงในคดีครบถ้วนแล้ว จะต้องมีการชี้ขาดโดยองค์กรซึ่งเป็นบุคคลเพียงคนเดียวก่อน บุคคลนั้นคือผู้ดำรงตำแหน่ง “เจ้าพนักงานคดีปกครอง” (Commissaire du Gouvernement) การชี้ขาดโดยผู้ดำรงตำแหน่งนี้เป็นความรับผิดชอบเฉพาะตัว และผู้พิพากษาคดีปกครองจะไปสั่งการหรือใช้อิทธิพลใด ๆ เหนือเจ้าพนักงานคดีปกครองไม่ได้ทั้งสิ้น และผลงานในการชี้ขาดของเจ้าพนักงานคดีปกครอง ไม่ว่าจะดีหรือไม่ดี ย่อมเป็นผลงานของตนเอง และหลังจากนั้น จึงจะมีการชี้ขาดคดีโดยองค์กรคณะของผู้พิพากษาคดีปกครอง (ในรูปคณะกรรมาการ) อีกชั้นหนึ่ง

วิธีพิจารณาในกระบวนการยุติธรรมในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส เป็นวิธีการที่เรียกได้ว่า “ชาญฉลาด” เพราะเป็นการใช้ระบบการชี้ขาดโดยบุคคลคนเดียว (คือเจ้าพนักงานคดีปกครอง ซึ่งทำหน้าที่ของตนตามที่กฎหมายกำหนด) มาเป็น “มาตรการควบคุม” การใช้ดุลพินิจของนักกฎหมายที่ชี้ขาดโดยองค์กรคณะ (ผู้พิพากษาคดีปกครอง) กล่าวคือ หากผู้พิพากษาคดีปกครองไม่สามารถหา “เหตุผลที่ดีกว่า” มาหักล้างคำชี้ขาดของเจ้าพนักงานคดีปกครองได้ ผู้พิพากษาคดีปกครองก็ไม่สามารถจะพิพากษาชี้ขาดเป็นอย่างอื่นได้

คำชี้ขาดของเจ้าพนักงานคดีปกครองจะถูกจัดพิมพ์เป็นการเปิดเผยควบคู่กับคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ และบุคคลภายนอกที่สนใจในปัญหาคดีปกครองและบุคคลในวงการศึกษานิติศาสตร์ จะสามารถติดตาม วิเคราะห์และประเมิน “ผลงาน” ของเจ้าพนักงานคดีปกครองเปรียบเทียบกับ “ผลงาน” ของผู้พิพากษาศาลปกครองได้ และบุคคลภายนอกเหล่านั้นจะสามารถบอกได้ว่า ผลงานของผู้ใดมีเหตุผลที่ดีกว่า และนักกฎหมายใดมีแนวโน้มในทางบิดเบือนเหตุผลหรือบิดเบือนข้อเท็จจริงในคำวินิจฉัยของตน หรือไม่

ดูเหมือนว่า ประเทศฝรั่งเศสเองและประเทศในกลุ่มประมวลกฎหมายจะได้นำหลักวิชาการบริหารและหลักสังคมวิทยา มาใช้ในการจัดรูปองค์กรของรัฐในกระบวนการยุติธรรม ก่อนที่ “ตำราวิชาการบริหาร” เล่มแรกจะได้จัดพิมพ์ขึ้นในสหรัฐอเมริกาเสียอีก

และคงจะไม่เป็นที่ประหลาดใจนัก ที่จะกล่าวว่า หลักกฎหมายปกครองที่ดีและการให้ “เหตุผลที่ดี” ในคดีปกครองที่ดี มักจะได้มาจาก “คำชี้ขาด” ของเจ้าพนักงานคดีปกครองของสภาแห่งรัฐ และนักกฎหมายปกครองจำนวนมาก ได้มีชื่อเสียงขึ้นเพราะการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเจ้าพนักงานคดีปกครอง (Commissaire du Gouvernement) นั้นเอง

ในปัจจุบันนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำลังทดสอบวิธีพิจารณาคดีปกครองของ สภาแห่งรัฐด้วยการนำระบบการชี้ขาดคู่เข้ามาใช้ในการดำเนินงานของคณะกรรมการกฤษฎีกา ด้วยการใช้ระบบวิจารณ์โดยตัวบุคคล (เลขธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา) ถ่วงดุลกับการตีความ และการวินิจฉัยคดีปกครองโดยคณะบุคคล (กรรมการร่างกฎหมายหรือกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ แล้วแต่กรณี) อยู่แล้วเช่นเดียวกัน และ **ในอนาคตอันไม่ไกลนัก** เมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการวิจารณ์ในด้านทฤษฎีกฎหมายปกครองได้มีจำนวนพอสมควร สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็หวังว่าจะนำผลงานเหล่านี้มาทำการวิเคราะห์ระบบการทำงานของระบบคณะกรรมการกฤษฎีกาอีกครั้งหนึ่ง นอกเหนือไปจากนั้น ก็จะนำผลงานดังกล่าวไปใช้ฝึกอบรม “พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน” ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาอีกด้วย เพื่อให้พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนมีประสบการณ์กับทฤษฎีกฎหมายปกครอง และมีความเคยชินกับการใช้หลักปรัชญาของกฎหมายปกครอง และ **ถ้าการเป็นไปตามที่คาดหมายไว้** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็จะเปลี่ยนแปลงวิธีพิจารณาคดีร้องทุกข์เสียใหม่ เพื่อให้ระบบร้องทุกข์สามารถรับมือกับคดีปกครองที่มีจำนวนมากขึ้นได้ และพร้อมกันนั้น ก็จะมีระบบการชี้ขาดคู่ โดยมีความเห็นของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนเป็นระบบถ่วงดุลการใช้ดุลพินิจของนักกฎหมายที่มีอำนาจชี้ขาดในรูปของคณะกรรมการอีกด้วย และเลขธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา จะได้ไม่ต้องทำหน้าที่ “เจ้าพนักงานคดีปกครอง” (Commissaire du Gouvernement) ของไทยอยู่เพียงคนเดียวดังปัจจุบันนี้อีกต่อไป

การแก้ไขปัญหาการบริหารของประเทศ อาจจะมีใช่เป็นเรื่องการตรากฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่บุคคลใดหรือองค์กรใด ให้มีหรือใช้อำนาจชี้ขาดเหนือกว่าผู้ใช้อำนาจเดิมเท่านั้น เพราะมีฉะนั้นแล้วปัญหาก็จะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจใหม่ของบุคคลใหม่หรือขององค์กรใหม่ไม่มีที่สิ้นสุด

กลุ่มประเทศประมวลกฎหมายได้กำหนดคุณสมบัติของนักกฎหมายไว้สำหรับคดีแต่ละประเภท และคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยประสานประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัวของเอกชน โดยการจัดระบบถ่วงดุลและจำกัดการใช้อำนาจของนักกฎหมาย ด้วยการให้นักกฎหมายคุมนักกฎหมายในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครอง (หมายเหตุ :- เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกลไกของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ของประเทศภาคพื้นยุโรป กับกลไกของ ศาลปกครองในร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ..... ของประเทศไทย ซึ่งกำลังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในขณะนี้ อาจกล่าวได้ว่า ศาลปกครองของประเทศไทยที่กำลังจะจัดตั้งขึ้นตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มีได้มีปัจจัย (element) ของระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) แต่อย่างใด ทั้งนี้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากด้านระบบคุณสมบัติของผู้พิพากษาศาลปกครอง ระบบวิธีพิจารณา และระบบการจัดหน่วยบริหาร สิ่งเดียวที่เหมือนกันก็คงได้แก่ ชื่อ ที่กฎหมายกำหนด

ให้เรียกว่า “ศาลปกครอง”)

คนไข้คนหนึ่ง ไปหาแพทย์ ถ้าคนไข้ไปหาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางประสาท การรักษาโรคของคนไข้ก็มักจะรักษาในทางประสาท ถ้าคนไข้ไปหาแพทย์ทั่วไป (ทางยา) ก็คงจะรักษาทางยา และถ้าไปหาแพทย์แผนโบราณ ก็คงรักษาทางสมุนไพร

การใช้ดุลพินิจของแพทย์หรือหมอในการวินิจฉัยโรคและกำหนดวิธีการรักษาย่อมขึ้นอยู่กับคุณสมบัติพื้นฐาน ความรอบรู้ และความสุจริตใจของแพทย์หรือหมอนั้นเองฉันใดก็ฉันนั้น ดุลพินิจของนักกฎหมายก็เช่นเดียวกัน

### (3.3) “หลักกฎหมายปกครอง” ของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป เกิดขึ้นได้อย่างไร

หลักกฎหมายปกครองของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปเป็น case law ที่เกิดจากคำวินิจฉัยของสถาบันทางกฎหมายที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์ในทางบริหารและมีวิธีพิจารณาที่มีระบบตรวจสอบดุลพินิจของผู้พิพากษา

แนวทางวิเคราะห์คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐโดยนักกฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป แตกต่างกับแนวทางวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาโดยนักกฎหมายมหาชนของสหรัฐอเมริกา

Schubert (โปรดดูบทความเรื่อง “กฎหมายมหาชนและรัฐศาสตร์ ฯลฯ” ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้) ได้แยก **ประเภทนักกฎหมาย** ที่ทำการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลออกเป็น 3 ประเภท คือ นักวิเคราะห์แบบดั้งเดิม ซึ่งวิเคราะห์โดยอาศัยเหตุผลทางอักษรศาสตร์ (traditional) นักวิเคราะห์ตามแบบแผน ซึ่งวิเคราะห์โดยผลกระทบบที่สัมพันธ์กับการเมือง (conventional) และนักวิเคราะห์พฤติกรรมตามคุณสมบัติของผู้พิพากษา (behavioral) และนอกจากนั้น ยังมีนักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอีกจำนวนหนึ่งซึ่งไม่ยอมจัดตนเองให้เข้าอยู่ในประเภทใดประเภทหนึ่งดังกล่าวข้างต้น

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้จัดให้ตัวเองเป็นนักวิเคราะห์ตามแบบแผนคือวิเคราะห์ถึง **ความสัมพันธ์ของคำพิพากษากับการเมือง** เป็นจำนวนมากที่สุด คือ เป็นจำนวนถึง 21 คนในจำนวนทั้งหมด 51 คน หรือเป็น 41% ของนักกฎหมายที่วิเคราะห์คำพิพากษาทั้งหมด และในจำนวน 51 คนนี้ ยังมีนักกฎหมายอีกถึง 10 คนที่ไม่ยอมจัดตนเองให้เข้าอยู่ในกลุ่มใด ถ้าจะหาเหตุผลกันว่า เพราะเหตุใดนักกฎหมายจำนวนสิบคนนี้จึงไม่จัดประเภทให้แก่ตนเอง เหตุผลที่อาจอธิบายได้ง่าย ๆ ก็คือ บุคคลดังกล่าวเห็นว่าการวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล (สหรัฐอเมริกา) จำต้องมีความเกี่ยวเนื่องกันทั้ง 3 ประเภท จะแยกเป็นประเภทใดประเภทหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ เพราะการวิเคราะห์คำพิพากษาที่มีผลกระทบทางการเมือง ย่อมจะต้องวิเคราะห์ไปถึงพฤติกรรม

ที่เป็นผลมาจากคุณสมบัติของผู้พิพากษา และยังคงพิจารณาไปถึงวิธีการให้เหตุผลในทางอักษรรศาสตร์ของผู้พิพากษาด้วย

การที่นักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้วิเคราะห์คำพิพากษาของศาล (สหรัฐอเมริกา) หนักไปในทางการเมือง ก็เพราะอิทธิพลของการจัดองค์กรของสถาบันทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดองค์กรของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานั้นเอง ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกามีอำนาจอย่างกว้างขวางทั้งในทางการเมือง การบริหาร การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งยังมีอำนาจในการชี้ขาดว่าการตรากฎหมายของสหรัฐหรือมลรัฐใดขัดต่อบทแห่งรัฐธรรมนูญอีกด้วย แต่การจัดองค์กรของสถาบันทางกฎหมายของกลุ่มประเทศประมวลกฎหมายแตกต่างกับสหรัฐอเมริกา ประเทศกลุ่มประมวลกฎหมายได้แยกสถาบันทางกฎหมายที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหาร (สภาแห่งรัฐ) ออกจากสถาบันทางกฎหมายที่มีอำนาจหน้าที่ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ) ดังนั้น การวิเคราะห์คำพิพากษาของสถาบันทางกฎหมายของกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรปจึงกระทำได้แน่ชัดในแต่ละสาขากฎหมาย และนักวิชาการสามารถทำการประเมินผลงานของนักกฎหมายที่ทำงานอยู่ในสถาบันทางกฎหมายนั้น ๆ ได้ค่อนข้างแน่นอน และประเทศประมวลกฎหมายก็จะมีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของวิชากฎหมายปกครองเหมือนกับของสหรัฐอเมริกาอีกด้วย (โปรดดูบทความเรื่อง “การสอนกฎหมายปกครอง : ความพิศวงของผู้ที่ยังไม่รู้” โดย P.L. Strauss)

การวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐของยุโรป จะเป็นการวิเคราะห์ในด้านผลกระทบที่คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมีต่อระบบบริหาร (administration oriented) และนักกฎหมาย (ผู้พิพากษา) ในสภาแห่งรัฐของกลุ่มประเทศประมวลกฎหมายก็ใช้บังคับกฎหมายโดยอาศัยเจตนารมณ์ของกฎหมายในแนวดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน สภาแห่งรัฐได้ประสบความสำเร็จในการสร้างหลักกฎหมายปกครองได้เป็นจำนวนมาก ซึ่งมีทั้ง หลักกฎหมายในด้านการคุ้มครองการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและ หลักกฎหมาย ในด้านการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของเอกชน นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐหรือสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของยุโรปยังสามารถพัฒนา “หลักกฎหมายปกครอง” ให้มีลักษณะเป็นพลวัต (dynamic) ที่มีความสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดในด้านบทบาทและอำนาจหน้าที่ของรัฐได้อีกด้วย

สิ่งที่น่าประหลาดใจอีกประการหนึ่ง ก็คือ ความสำเร็จของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองของประเทศภาคพื้นยุโรป ที่สามารถ แยกความรับผิดชอบงานด้านการเมือง ในระดับนโยบายออกจากความรับผิดชอบในงานประจำได้ และสามารถวางกฎเกณฑ์การใช้อำนาจของข้าราชการการเมืองให้แยกออกจากการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการประจำได้ด้วยการวางทฤษฎีทางกฎหมาย-

ปกครองบางทฤษฎี เช่น ทฤษฎี Act du Gouvernement เป็นต้น (หมายเหตุ :- ทฤษฎีเหล่านี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้ศึกษาและนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพของการบริหาร ของประเทศไทยต่อไป อันที่จริงข้อวิจารณ์ของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในกรณีตัวอย่าง ของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (เรื่องรัฐมนตรี - ก.อ. - อัยการ) ที่นำลงใน วารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ ก็ได้เปิดแนวทางไว้สำหรับทฤษฎีเหล่านี้ไว้แล้ว)

หลักกฎหมายปกครอง ก็คือ “หลักการบริหาร” ในวิชาการบริหารนั่นเอง แต่สถาบันฝ่าย กฎหมายปกครองได้ทำให้ “หลักการบริหาร” ซึ่งเป็นนามธรรม (abstract) ให้กลายเป็น “หลัก กฎหมาย” ในลักษณะที่เป็นระเบียบแบบแผนในทางราชการที่เป็นรูปธรรมและเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถยึดถือปฏิบัติได้ และนอกจากนั้น หลักกฎหมายปกครองยังเป็นหลักกฎหมายที่สนับสนุน ได้ด้วยหลักตรรกวิทยา (logic) อีกด้วย

หลักกฎหมายปกครองเป็น “ผลผลิต” ของการจัดรูปองค์กร (O&M) ที่มีความเหมาะสม กับลักษณะงานและความรับผิดชอบในระบบงานทางบริหาร

#### (4) บทสรุป

วิชาการบริหาร (administrative science) กับกฎหมายปกครองมีความสัมพันธ์กันอย่าง ใกล้ชิด และเป็นวิชาที่คู่เคียงซึ่งกันและกัน เหมือน ๆ กับวิชารัฐศาสตร์ย่อมมีความสัมพันธ์กับวิชา กฎหมายรัฐธรรมนูญ และวิชาการคลังย่อมมีความสัมพันธ์กับวิชาการกฎหมายการคลัง และอาญา- วิทยามีความสัมพันธ์กับกฎหมายอาญา ฯลฯ

ปัญหาของประเทศไทยมีอยู่ 2 ประการ คือ

ปัญหาประการแรก เป็นปัญหาของนักกฎหมายเองว่า นักกฎหมายของเราจะสามารถพัฒนา วิชากฎหมายสาขาต่าง ๆ ให้ทันกับความก้าวหน้าของวิชาอื่นที่คู่เคียงกับวิชากฎหมายเหล่านี้ได้ทันทั่วทั้ง ที่หรือไม่ หากเราพัฒนาการสอนวิชากฎหมายไม่ทัน นักกฎหมายและสถาบันทางกฎหมายของเราก็ จะเป็นเครื่องถ่วงของสังคม

ปัญหาที่ทำให้การพัฒนาวิชากฎหมายของประเทศไทยล้มเหลว มิใช่มีอยู่แต่เฉพาะเรื่อง การติดตามและประเมินผลกระทบที่เกิดจากคำวินิจฉัยทางกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลเท่านั้น แต่ยังมีปัญหาไปถึงการจัดองค์กรใหม่ ๆ ตามกฎหมายที่กำลังจะตราขึ้นด้วย

การทำงานของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง (คณะกรรมการกฤษฎีกา) จะมีความสำเร็จ พอที่จะป้อน case law พร้อมทั้งแสดงการใช้หลักปรัชญาของกฎหมายมหาชนเพื่อให้วงการศึกษ ทางนิติศาสตร์นำไปใช้ประโยชน์ ได้ทันเวลาหรือไม่ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเอง

จะสร้าง “นักกฎหมายมหาชน” ได้พอเพียงหรือไม่ ปัญหาเหล่านี้ ยังเป็นปัญหาที่หาคำตอบไม่ได้ (เว้นแต่ผู้ที่เกี่ยวข้อง จะต้องเริ่มเข้าใจในปัญหาที่แท้จริงเสียก่อน)

ปัญหาประการที่สอง เป็นปัญหาของนักบริหารและนักจัดองค์กร (O&M) นักบริหารและนักจัดองค์กรจะมองเห็นความสำคัญของการจัดกระบวนการยุติธรรมสาขาต่าง ๆ หรือไม่ หรือว่าเมื่อนักบริหารหรือนักจัดองค์กร (O&M) ไม่สามารถประเมินผล คำวินิจฉัยทางกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลได้ ก็จะปล่อยปัญหาทิ้งไว้โดยไม่แตะต้อง และคิดเสียว่าเป็น “อำนาจตุลาการ” ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (ตามแนวความคิดของสหรัฐอเมริกา ในสมัยศตวรรษที่ 18)

**ตราบไค** ที่การทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐยังต้องมีการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจ และมีความจำเป็นต้อง “ตีความ” กฎหมาย กฎ ระเบียบและข้อบังคับของทางราชการอยู่ทุก ๆ ขณะในการปฏิบัติหน้าที่ และสั่งการหรือพิพากษาไปตามความเข้าใจของตน

ไม่ว่า นักวิชาการบริหาร นักจัดองค์กร (O&M) หรือนักรัฐศาสตร์ หรือแม้แต่นักกฎหมายของเราเอง จะพยายามจัดองค์กรหรือจัดแบ่งส่วนราชการของประเทศ อย่างไรก็ดีตาม และไม่ว่านักวิเคราะห์โครงการในสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจะวิเคราะห์โครงการใหญ่โตขึ้นสักเพียงใด และไม่ว่าคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการจะปฏิรูปหรือไม่ปฏิรูปกรมตำรวจหรือส่วนราชการใดก็ตาม

แต่ถ้านักวิชาการดังกล่าวยังไม่สามารถวิเคราะห์ “การใช้อำนาจของนักกฎหมาย” ได้ และไม่สามารถประเมินผลคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของสถาบันทางกฎหมายหรือของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นองค์กรในการชี้ขาดกฎหมายได้ (และคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาเหล่านั้นจะถูกนำมาอ้างเป็นข้อจำกัดหรือเป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ)

**ตราบนัน** การปรับปรุงหรือการปฏิรูประบบบริหารราชการแผ่นดิน ก็คงไม่บรรลุผล

การจัดกระบวนการยุติธรรม (ในสาขาต่าง ๆ) เปรียบเสมือนหลังคาหรือส่วนบนสุดของโครงสร้างทางบริหาร ท่านคงจะไม่สามารถปรับปรุงบ้านที่ท่านอยู่อาศัยได้ ถ้าหลังคาบ้านของท่านเองอยู่ในสภาพที่ผุพัง หรือแม้แต่ตัวของท่านเอง ยังไม่มีวิธีการที่จะทำให้ตนเองทราบได้ว่า หลังคาบ้านของท่านอยู่ในสภาพเช่นใด ผุพังหรือไม่

ท่านผู้อ่านจะมีความรู้สึกอย่างไร (?) ถ้าเรา (วารสารกฎหมายปกครอง) จะบอกท่านว่าหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้นำวิชาการบริหารงานบุคคล วิธีการวิเคราะห์งบประมาณ วิธีการวิเคราะห์โครงการ ฯลฯ ของสหรัฐอเมริกา เข้ามาใช้ในการบริหารงานของรัฐ โดยประกอบเข้ากับการจัดสถาบันพื้นฐานทางกฎหมายที่ประเทศฝรั่งเศสมีอยู่แล้ว นักวิชาการของประเทศฝรั่งเศส

บางท่านถึงกับกล่าวอ้างว่า บัดนี้ ประเทศฝรั่งเศสมีการจัดองค์กรและระบบบริหารที่ดีที่สุดสำหรับ รัฐสมัยใหม่

และไม่ว่า ท่านผู้อ่านจะคิดอย่างไรกับปัญหาของประเทศไทย วารสารกฎหมายปกครอง ก็คงจะรับใช้ท่านต่อไป และเรายังมีเรื่องต่าง ๆ อีกมากที่จะเสนอต่อท่านผู้อ่านที่สนใจกับการบริหาร ราชการและการจัดองค์กรของรัฐ

อนึ่ง กองบรรณาธิการใคร่ขอภัยไว้ในที่นี้ด้วย เพราะบทความหลายบทความที่น่าเสนอ ในวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ อาจจะย่อและรวบรัดเกินไป ทั้งนี้ ก็เพราะผู้แปลและผู้รวบรวม ต้องต่างคนต่างรีบเร่งในการทำวารสารฯ นั้นเอง

เล็ก ๆ น้อย ๆ จากคอลัมน์ “การร่างกฎหมาย” ได้แก่ “การทำแท้งเป็นสิทธิของใคร” กับ “หลักการเสนอราคาในการเสียภาษี” ซึ่งในเรื่องหลังนี้ ท่านผู้อ่านคงสังเกตได้ว่า คดีภาษี ของประเทศฝรั่งเศส อยู่ภายใต้กลไกการถ่วงดุลโดยวิธีพิจารณาของระบบสภาแห่งรัฐ (มิใช่วิธี พิพิจารณาของศาลยุติธรรม)

ขอภัยอีกครั้ง สำหรับการล่าช้าของวารสารกฎหมายปกครองเล่มนี้ ซึ่งกองบรรณาธิการ ต้องยอมรับผิดโดยหลีกเลี่ยงมิได้ และไม่ขออ้าง “เหตุผล” ใด ๆ ซ้ำอีก เพราะหวังว่าท่านผู้อ่าน คงทราบดีอยู่แล้วจากวารสารกฎหมายปกครองเล่มก่อน ๆ

ขอขอบคุณ  
กองบรรณาธิการ