



อำนาจศาลปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล

ณัฐพล จำปาศรี

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2552

**THE JURISDICTION OF ADMINISTRATIVE COURT :  
ACTE DE GOUVERNEMENT OF ACCOUNTABILITY**



**NATAPON JAMPASRI**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements**

**for the Degree of Master of Laws**

**Department of Law**

**Graduate School, Dhurakij Pundit University**

เลขทะเบียน.....0214297.....

วันลงทะเบียน..... - 7 ส.ค. 2554

เลขเรียกหนังสือ..... 349.0664

กบ 3112

[ 2552 ]

22

**2009**



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วย ความกรุณาและอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากท่าน ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ให้ความเมตตา รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งช่วยชี้แนะให้ความรู้ คำแนะนำตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์จวบจนสำเร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง ที่ให้ความเมตตา กรุณาแก่ผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ ดร.วิระ โลจายะ ที่กรุณา รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรชัย เลื่อนฉวี และท่านอาจารย์ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ ที่กรุณา รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุกท่านได้กรุณา สละเวลาอันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณา ให้ความรู้ คำแนะนำในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์นี้ ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ และอาจารย์สศุติ สินไชย ที่ได้ให้ความเมตตา กรุณาและชี้แนะผู้เขียนมาโดยตลอด

ผู้เขียนขอขอบคุณในความช่วยเหลือและกำลังใจสำคัญจาก คุณสาวตรี ภูไชยแสง, คุณประทีป ศิริดำรง, คุณเศรษฐ์ศิริ จันทร์เพ็ญ, คุณมณฑิรา ศรีทอง, คุณสาโรจน์ คมคาย, คุณเอกวิทย์ อินทรสมบัติ, คุณวรวรรณ เอกพงษ์พันธุ์ และพี่น้องเพื่อนนักศึกษามหาชนรุ่น 48 ทุกท่านที่คอยเป็นกำลังใจในการเขียนวิทยานิพนธ์จนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญอย่างยิ่งคือคุณย่าสง่า จำปาศรี, คุณปุดังหงษ์ จำปาศรี, คุณพ่อสมชาย จำปาศรี, คุณแม่สมบูรณ์ จำปาศรี, คุณป้าหมวຍ, คุณอาบัติ, คุณอาเล็ก และพี่น้องๆ ครอบครัวของผู้เขียนที่ได้ให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดี ทั้งหมดให้กับบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนถึงผู้แต่หนังสือตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณัฐพล จำปาศรี

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ผ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ฉ
กิตติกรรมประกาศ.....	ช
บทที่	
<b>1. บทนำ.....</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	9
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
<b>2. ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....</b>	<b>10</b>
2.1 หลักนิติรัฐในฐานะเป็นรากฐานทางความคิดของการกระทำของรัฐบาล.....	11
2.1.1 ความหมายและองค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติรัฐ.....	12
2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ.....	15
2.1.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ.....	16
2.1.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ.....	17
2.1.2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง.....	19
1) สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง....	21
2) ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง.....	24
2.2 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักการกระทำของรัฐบาล.....	24
2.2.1 ความเป็นมาของแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....	25
2.2.1.1 ความเป็นมาในเชิงประวัติศาสตร์ของแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำ	
ของรัฐบาล.....	25
2.2.1.2 ความเป็นมาในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....	33
1) แนวคิดปฏิเสธหลักการกระทำของรัฐบาล.....	34
2) แนวคิดที่มีการยอมรับการกระทำของรัฐบาล.....	37

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....	39
2.2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลในต่างประเทศ.....	39
1) ประเทศฝรั่งเศส.....	39
2) ประเทศเยอรมัน.....	46
3) ประเทศอังกฤษ.....	51
4) ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	63
2.2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย.....	68
2.3 ความหมายและประเภทของการกระทำของรัฐบาล.....	74
2.3.1 ความหมายและองค์ประกอบของการกระทำของรัฐบาล.....	74
2.3.2 ประเภทของการกระทำของรัฐบาล.....	78
3. อำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....	81
3.1 เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง.....	83
3.2 อำนาจของศาลปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ.....	91
3.2.1 อำนาจของศาลปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	92
3.2.1.1 คดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง.....	93
1) การกระทำของรัฐบาล.....	93
2) การกระทำของรัฐสภา.....	95
3) การกระทำของศาลยุติธรรม.....	95
3.2.1.2 ขอบเขตของการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	97
1) การกระทำที่ไม่ถูกควบคุม.....	97
2) วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดี แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	103
3.2.2 อำนาจศาลปกครองตามกฎหมายเยอรมัน.....	107
3.2.2.1 เจ็อนไซทั่วไปของคดีปกครอง.....	110
3.2.2.2 เขตอำนาจตามโครงสร้างองค์กรของศาลปกครอง.....	113
3.2.2.3 คดีที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง.....	114

## สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3.2.2.3 คดีที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง.....	114
3.2.2.4 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง.....	114
3.2.2.5 ข้อเปรียบเทียบเขตอำนาจศาลปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน .....	116
<b>3.3 เขตอำนาจของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย</b>	
พุทธศักราช 2550.....	118
3.3.1 เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญ	
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	118
3.3.2 การกระทำของรัฐบาลกับอำนาจในการตรวจสอบของศาลปกครอง .....	124
3.3.2.1 การกระทำของรัฐบาลที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบ	
ของศาลปกครอง.....	127
1) กฎ .....	130
2) คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น .....	141
3.3.2.2 การกระทำของรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบ	
ของศาลปกครอง.....	146
<b>4. ปัญหาขอบเขตอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล.....</b>	<b>148</b>
4.1 ปัญหาแนวคำพิพากษาของศาลไทยกับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล .....	149
4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเห็นของนักวิชาการ (นักกฎหมายมหาชน)	
ในการอธิบายเรื่องการกระทำของรัฐบาล .....	167
4.3 ปัญหาว่าด้วยเหตุผลในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล โดยศาลปกครอง .....	207
<b>5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....</b>	<b>213</b>
5.1 บทสรุป.....	213
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	223
<b>บรรณานุกรม .....</b>	<b>225</b>
<b>ประวัติผู้เขียน .....</b>	<b>231</b>

หัวข้อวิทยานิพนธ์	อำนาจศาลปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีการตรวจสอบการกระทำ ของรัฐบาล
ชื่อผู้เขียน	ณัฐพล จำปาศรี
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2552

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครอง โดยจะทำการศึกษาเปรียบเทียบกับอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลของกฎหมายประเทศฝรั่งเศสกับประเทศเยอรมัน เพื่อให้ทราบมาตรการทางกฎหมายที่ศาลนำมาปรับใช้บังคับกับหลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล โดยศาลปกครองว่ามีความสอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศหรือไม่ เพียงใด และเพื่อค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม ในการนำมาใช้แก้ไขและปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรม ถูกต้องชัดเจนตามหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักการตรวจสอบใช้อำนาจตามกฎหมาย บนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมของประชาชน ความโปร่งใส การคำนึงถึงผลกระทบอย่างรอบด้านทั้งในเชิงเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมของประเทศเป็นหลัก

ผลการศึกษาพบว่า แม้กฎหมายจะวางหลักความชอบด้วยกฎหมายและการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินกิจการงานของรัฐฝ่ายบริหารไว้ แต่ก็มิได้หมายความว่า จะปราศจากปัญหาการใช้อำนาจของรัฐเกินขอบเขตจากที่กฎหมายกำหนด การละเลยต่อหน้าที่ รูปแบบระเบียบขั้นตอนตามกฎหมาย การกระทำที่ขาดเจตนาอันบริสุทธิ์สุจริตผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งก่อให้เกิดการดำเนินกิจการของรัฐฝ่ายบริหารขาดความโปร่งใส และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนอันมีอยู่และคงไว้ซึ่งสิทธิหน้าที่ในการครอบครองปกป้องรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมล้ำค่าอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติรวมกัน ตลอดทั้งสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพและสิทธิต่างๆตามกฎหมายกำหนด จากเหตุและผลแห่งการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งของคนในสังคมหมู่ มากและลุกลามไปเป็นความขัดแย้งระหว่างประเทศ อันเป็นผลกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคมและประเทศชาติอันกว้าง ซึ่งหากปล่อยปละละเลยให้รัฐกระทำการใช้อำนาจตาม



อำเภอใจโดยไม่เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย ปราศจากการควบคุมตรวจสอบแล้ว การกระทำของ รัฐก็เท่ากับว่าเป็นการกระทำที่อยู่เหนือการเคารพของกฎหมายนั่นเอง อีกทั้งในปัจจุบันประเทศไทย ยังไม่ได้มีการกำหนดอำนาจการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลไว้โดยชัดเจน ดังนั้นการพิจารณา กรณีที่เป็นการกระทำทางปกครองที่แทรกซ้อนอยู่ในการกระทำของรัฐบาลของการกระทำนั้นๆ นับเป็นปัญหาที่น่าสนใจและเป็นข้อถกเถียงในทางวิชาการของนักกฎหมายมหาชนซึ่งส่งผลกระทบต่อองค์กรตุลาการศาลยุติธรรมในการพิจารณาความเป็นธรรมทางกฎหมายอันเป็นกลไก สำคัญของการพัฒนาระบบกฎหมายภายในประเทศต่อไปในอนาคต และเพื่อให้เป็นไปตาม เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ที่จะต้องมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาล ให้กว้างขวางในการคุ้มครองการใช้อำนาจจากฝ่ายบริหารให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วย กฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอัน เป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ที่ไม่เป็นธรรมหรือมีลักษณะเป็นการสร้างระเบียบขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับ ประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมาย กำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ซึ่งการกระทำเหล่านี้เป็นการใช้ อำนาจโดยบิดผันหรือฝ่าฝืนผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้

ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการควบคุม ตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล ดังนั้น ควรมีการยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร(เดิม)โดยแก้ไขเพิ่มเติม(ใหม่)ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการกำหนดมาตรการที่สำคัญเกี่ยวกับอำนาจการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาล ปกครองเพิ่มเติมในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลของการใช้อำนาจทางนโยบายอันเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ทางรัฐสภาและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันผลความเสียหายของ ประเทศชาติบ้านเมืองจากการกระทำของฝ่ายปกครองในอดีตที่ใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง จึงต้อง กำหนดอำนาจการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยให้ อำนาจแก่องค์กรที่มีความยุติธรรม เทียงธรรม เชื่อถือได้แก่บุคคลทั่วไปและเป็นที่ยอมรับของ

สาธารณชนทุกหมู่เหล่าสามารถ เข้ามาตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยบัญญัติอย่างชัดเจนไว้  
ดังนี้

“พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่  
ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกิน  
สมควร หรือการกระทำที่กระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนอันคงไว้ซึ่ง  
สิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมล้ำค่าอัน  
เป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติหรืออันจะเป็นประโยชน์ต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม และ  
ประเทศชาติโดยรวม”

Thesis Title	The Jurisdiction of Administrative Court : Acte de Gouvernement of Accountability
Author	Natapon Jampasri
Thesis Advisor	Professor Dr.Phaisith Phipattanakul
Department	Law
Academic Year	2009

### ABSTRACT

This thesis is aimed at studying on legal problems in connection with reviewing of government's action by administrative court by comparing with jurisdiction of administrative court covering the same matter in France and Germany in order to understand legal measures applied by the court and the underlying principles of public laws relating to reviewing government's action by administrative court; especially whether and to what extent they are in line with those applied in such two foreign jurisdictions. This thesis also focuses on seeking for proper legal measures for amending and improving the existing legislations being in force in Thailand in order to establish justice, equity and clearness according to the principle of separation of powers and inspection of the exercise of power based on public participation, transparency, comprehensive consideration of the potential effect on economic, social and environment of the nation.

The findings from the study indicate that although the laws are safeguarded with the principle of legality of administrative action and inspection of the exercise of state powers through the operation of the executive function, it does not necessarily imply that there is without the problems of undue exercise of power by the state, and neglect of duties, regulations and procedures provided by laws. Such has made the state operation lack of transparency and affected the rights and lawful benefits of the public in reserving the right and duty to occupy and preserve the boundary, territory, and national cultural heritage sites including the right to career which may lead to conflict of people in the society and of international level affecting national socio-economic stability. If the state is allowed to act arbitrarily without regulatory laws and review, such will be seen as an act above the law. In addition, at a present time, Thailand has not clearly

defined the extent of power for reviewing the Government's act with respect to administrative actions which go between the Government's acts and hence bring about a lot of debates among public law scholars and practitioners and ultimately affect adjudicating function of judicial body which is one of significant mechanisms for the development of Thai legal system in the future. Also, it is to be in compliance with an intention of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) and the Act on the Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E.2542 (1999) which entrust the administrative court with the power to adjudicate dispute between government agencies, public agencies and officials arisen out of exercising administrative power which may be done without authorization, non-compliance with pattern and process, by abusing of power or in violation of applicable laws and hence need reviewing power to inspect legality of action.

The author has therefore proposed the relevant solution for these legal problems by repealing the existing Section 9 (2) of the Act on the Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E.2542 (1999) which provides that "the case involving a dispute in relation to an administrative agency or State official neglecting official duties required by the law to be performed or performing such duties with unreasonable delay" and superseding with the new provision to cover necessary measures for inspection of the exercise of powers through the Government's act by the administrative court regarding, especially, exercising of power in policy matter with respect to relationship with the parliament and international community. This is intended to provide safeguard for any possible damage to the interest of the country in the future and required to clearly stipulate in the Act on the Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure B.E.2542 (1999) Section 9 Paragraph two as follows:

"the case involving a dispute in relation to an administrative agency or State official neglecting official duties required by the law to be performed or performing such duties with unreasonable delay or any act affecting rights or lawful benefits of the public in reserving the right and duty to occupy and preserve the boundary, territory, and national cultural heritage sites or to be of benefit to overall socio-economic and national security"

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ถึงแม้ประเทศไทยจะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยมากกว่า 70 ปีแล้ว แต่ตลอดระยะเวลาของการเป็นประชาธิปไตยที่ผ่านมานั้น ได้มีการเบียดแทรกของระบอบเผด็จการเป็นระยะๆ และบางครั้งดำรงอยู่ต่อเนื่องเป็นเวลานาน แต่ในที่สุดกระแสประชาธิปไตยของโลกได้เข้าสู่ประเทศไทยทำให้ประชาชนตระหนักและเรียกร้องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองมากขึ้น รวมถึงพยายามผลักดันให้เกิดประชาธิปไตยเต็มรูปในที่สุด จึงเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองของไทย การเรียกร้องของประชาชนในทางการเมือง กระบวนการต่างๆ ของการกำหนดนโยบายของรัฐและอื่นๆ ถูกตรวจสอบทบทวนจนในที่สุดได้นำมาสู่การปฏิรูปทางการเมืองที่ประเทศไทยได้มีระบบการเมืองการปกครองที่จัดว่าเป็นประชาธิปไตยมากขึ้น<sup>1</sup>

ประเทศไทยได้เริ่มมีการนำรูปแบบการเมืองการปกครองระบอบประชาธิปไตยมาใช้ อย่างจริงจังเต็มรูปแบบนับตั้งแต่วันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 โดยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวสิ้นเกล้ารัชกาลที่ 7 ได้เสด็จออกประทับพระที่นั่งพุดตานกาญจนสิงหาสน์ภายใต้ฉัตรพญามหาเศวตฉัตร ณ พระที่นั่งอนันตสมาคม ซึ่งโปรดเกล้าให้จัดเป็นที่ประชุมรัฐสภาได้ทรงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชทานเป็นกฎหมายสูงสุด เพื่อเป็นหลักในการปกครองประเทศ ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญ “ฉบับแรกอันเป็นฉบับถาวร” ให้แก่ปวงชนชาวไทย เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พุทธศักราช 2475 ซึ่งมีพระราชดำรัสในวันพระราชทานรัฐธรรมนูญดังนี้ “ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจอันเป็นของข้าพเจ้าอยู่แต่เดิมให้แก่ราษฎรโดยทั่วไป แต่ข้าพเจ้าไม่ยินยอมยกอำนาจทั้งหลายของข้าพเจ้าให้แก่ผู้ใด คณะใด โดยเฉพาะเพื่อใช้อำนาจนั้นโดยสิทธิขาดและโดยไม่ฟังเสียงอันแท้จริงของประชาราษฎร”<sup>2</sup>

<sup>1</sup> สถาบันพระปกเกล้า. (2549). เรื่องการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ : มุมมองเชิงเปรียบเทียบ. หน้า 1.

<sup>2</sup> ไทยโพสต์. (2547). พระราชดำรัสในวันพระราชทานรัฐธรรมนูญ : ข้าพเจ้ามีความเต็มใจที่จะสละอำนาจ... สืบค้นเมื่อ 1 พ.ย. 2551, จาก <http://www.thaipost.net/>

ปัจจุบันประเทศไทยใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติวางหลักเกณฑ์และแนวทางกรอบนโยบายบริหารประเทศ โดยผ่านผู้ใช้อำนาจในทางการเมืองการปกครองบริหารประเทศ ซึ่งรู้จักกันดีในนามของคณะรัฐมนตรี(ครม.) โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้นำของฝ่ายบริหารในการเสนอแนวทางในการพัฒนาปฏิรูประบบการเมืองการปกครองของประเทศชาติบ้านเมืองให้ไปในทิศทางที่ถูกต้องและมีเสถียรภาพมากขึ้น ซึ่งมีรัฐมนตรีประจำแต่ละกระทรวงเป็นผู้ประสานงานนโยบายรัฐบาลให้เป็นรูปธรรมตามแนวนโยบายของรัฐบาล ทั้งนี้คณะรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจะต้องนำเสนอกรอบแนวนโยบายมติคณะรัฐมนตรีผ่านกระบวนการทางรัฐสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบ ดังนั้นย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะในการบริหารประเทศชาติให้เกิดความเจริญรุ่งเรืองและสงบสุขเรียบร้อยมั่นคงได้นั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการกำหนดเป้าหมายแนวนโยบาย วัตถุประสงค์ และวิธีปฏิบัติไว้อย่างชัดเจน เป็นแบบแผน เพื่อเสถียรภาพในการจัดสรรการบริหารจัดการได้อย่างถูกต้องเหมาะสมกับการพัฒนาประเทศชาติบ้านเมืองให้ไปในทิศทางที่เกิดประสิทธิภาพสูงสุด

ภายใต้การปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยนี้ หลักการกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจการงานของรัฐนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการถ่วงดุลและการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย มิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้นในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจอ้างอ้าง ซึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตยนี้ได้มีการแบ่งแยกออกเป็นสามฝ่ายด้วยกันคือฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งเรียกหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือหลักการแห่งดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรนี้ว่า หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ซึ่งเป็นหลักการในการควบคุมการถ่วงดุลการใช้อำนาจในการใช้อำนาจของทั้งสามฝ่ายไม่ให้ใช้อำนาจหน้าที่ของตนได้อย่างเกินขอบเขตนอกเหนือกรอบบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ใช้อำนาจไว้ จากบทบาทของหลักความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจให้เป็นไปตามหลักดังกล่าวข้างต้น หากพิจารณาจากมุมมองของรัฐ แสดงว่าการดำเนินงานของรัฐฝ่ายบริหารนั้นเรียกชื่อหลักประกันในความมีอิสระระดับหนึ่งในการดำเนินงานทำให้การควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐฝ่ายบริหารมีการผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายจนนำไปสู่การยอมรับทฤษฎีหนึ่งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่เรียกว่า *Théorie des actes de gouvernement* ซึ่งถือว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะทฤษฎีดังกล่าวถือว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็น *acte de gouvernement* เป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกฟ้องต่อศาลได้ ซึ่งมีได้หมายความว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็น *acte de gouvernement* จะปลอดจากการควบคุมตรวจสอบเลย กล่าวคือ การกระทำ

ดังกล่าวอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่นได้อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา

แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องให้ยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำหรือการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำด้วยลักษณะของการกระทำที่ไม่สามารถถูกฟ้องต่อศาลได้หรือศาลไม่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ทำให้ปัจจุบันได้มีคำถามเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำถามระหว่างการมีอิสระระดับหนึ่งในการดำเนินงานของรัฐฝ่ายบริหารกับช่องว่างของหลักความชอบด้วยกฎหมาย une lacune dans la légalité เพราะการดำเนินของรัฐที่แม้จะเรียกว่าการกระทำของรัฐบาล แต่เมื่อเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การไม่ให้ศาลทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบก็เท่ากับปล่อยให้รัฐกระทำอยู่เหนือการเคารพต่อกฎหมายนั่นเอง ด้วยเหตุผลนี้จึงทำให้ข้อสังเกตว่าทฤษฎีว่าด้วย acte de gouvernement เป็นการทำให้กลับคืนชีพขึ้นมาซึ่งแนวความคิดเก่าแก่ที่ว่าด้วย raison d'Etat หรือ เหตุผลของรัฐ<sup>3</sup>ที่รัฐมองผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างกว้างเป็นหลักแล้วศาลสามารถที่จะวางหลักกฎหมายที่ถูกต้องสอดคล้องกับการวางระเบียบการบริหารราชการที่ตีความเหมาะสมกับเหตุการณ์ในปัจจุบันให้อยู่ในความคิดที่ถูกต้องได้

ปัญหาดังกล่าวทำให้มีความจำเป็นที่ต้องอธิบายว่าหลักการกระทำของรัฐบาลมีความหมายขอบเขตของลักษณะของการกระทำเป็นอย่างไร เพื่อเป็นการจำกัดไม่ให้รัฐดำเนินการใดๆ อยู่เหนือขอบเขตอำนาจของกฎหมาย อีกทั้งในการปฏิบัติตามรูปแบบระเบียบขั้นตอนของกฎหมายได้โดยง่าย

ปัจจุบันประเทศไทยก็อาจจะกล่าวได้ว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการกระทำที่มีการถกเถียงในทางวิชาการไม่น้อยว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลทำนองเดียวกับในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการลงนามในแถลงการณ์ร่วมเกี่ยวกับการขอขึ้นทะเบียนมรดกโลกของเขาพระวิหารซึ่งได้มีการนำไปฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองจนนำมาซึ่งการถกเถียงทาง

<sup>3</sup> André de LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA et Yves GAUDEMET, Droit administratif, manuel, 15 éd., Paris, L.G.D.J., 1995, p.95. แนวความคิดเรื่อง (raison d'Etat) เป็นแนวความคิดที่เสนอโดยมาคิแควลลี (Machiavelli) ว่ารัฐมีความหมายในตัวของมันเอง การรักษาอำนาจรัฐให้คงอยู่จึงมีคุณค่าไม่ว่าจะทำด้วยวิธีการใดๆ และสมยศ เชื้อไทย. (2549). หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น. หน้า 86-87 (อ้างถึงใน เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล., 2551: 8)

วิชาการอย่างกว้างขวางทั้งที่คิดที่กล่าวถึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็น acte de gouvernement มิได้มีการกล่าวถึงเป็นคดีแรกในกรณีของแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว<sup>4</sup>

การพิจารณาหลักเกณฑ์การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีมีด้วยกันอยู่สองสถานะ คือสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารและสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่ม คือ ทำงานร่วมกันในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ในขณะที่สถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้น นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคล คือ ต่างคนต่างก็มีกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบและทำงานดังกล่าวไปตามอำนาจหน้าที่ของตนที่มีอยู่ตามกฎหมายดังกล่าวแล้วข้างต้น การทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะต้องปฏิบัติตามได้บทกฎหมายในรัฐธรรมนูญที่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนการตามกฎหมาย ดังนั้นการปฏิบัติงานของฝ่ายบริหารจะต้องมีมติของคณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการต่อไป โดยมีมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลักๆ คือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ เช่น เจ้าหน้าที่กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดในการบริการประโยชน์แก่ประชาชนตามหน้าที่ปกติที่ต้องปฏิบัติเป็นประจำ มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่งคือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย กล่าวคือ กรณีที่เจ้าหน้าที่ได้บริการประโยชน์แก่ประชาชนตามแนวนโยบายของรัฐที่รัฐได้มอบหมายให้ต้องปฏิบัติกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการมอบหมายให้กระทำเพิ่มเติมขึ้นมาจากหน้าที่ประจำ มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจึงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ข้อบังคับ หรือกฎหมายแต่อย่างใด และมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์ ดังนั้นมติคณะรัฐมนตรีทั้งสองประเภทมีสถานะที่แตกต่างกัน กล่าวคือมติคณะรัฐมนตรีประเภทแรก ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ ซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำนั้น โดยทั่วไปแล้ว คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้นผลที่เกิด

<sup>4</sup> ศาลปกครองไทยได้เคยมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ในเรื่องการกระทำของรัฐบาล ในช่วงที่ผ่านมามีหลายคดีได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549, 36/2549, 45/2549 และ 178/2550 (อ้างถึงใน เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2551: 9)



จากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็นการกระทำทางปกครอง (acte administratif) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในขณะที่คณะรัฐมนตรีประเภทหลังซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภาหรือองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ

การกระทำใดจะเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่นั้นอาจพิจารณาได้จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำสั่งของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยไว้ เช่น

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภา ซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”<sup>5</sup>

2. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กรณีเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นที่ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) พิจารณาแล้วเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนคำขอในข้อที่ (4) ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 ผู้ถูกฟ้องที่ 3 และบุคคลอื่นนั้น คำขอดังกล่าวมิใช่คำขอที่ศาลจะออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ<sup>6</sup> ดังนั้นจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศ ถือเป็นกรกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” สรุปได้ว่าในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาล

<sup>5</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549.

<sup>6</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550.

ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่น พระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็น การออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าว กำหนดบรรลุถึงได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำใน ฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจ พิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3. คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 คดีปราสาทพระวิหารที่ศาลปกครองเห็นว่าการ ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาล กัมพูชาในเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกต่อคณะรัฐมนตรีและการที่ คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวง ต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศและ คณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ดังที่ปรากฏในตอนหนึ่งของ คำสั่งสรุปความได้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจ บริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการ แผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา ซึ่งนอกจากศาลปกครองกลางจะรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาแล้วยังมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือ วิธีคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในคราวเดียวกันด้วย<sup>7</sup>

ดังนั้นจากคำสั่งและคำพิพากษาดังกล่าวเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน ของคณะรัฐมนตรีหลายฉบับก็ไม่พบว่ามี การแยกการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทาง ปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่ได้ บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (2) ถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือ โดยความ เห็นชอบคณะรัฐมนตรี ก็ไม่มีการแยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำ

<sup>7</sup> คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551.

โคบังที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง ที่มีการนำมติคณะรัฐมนตรีหลายประเภทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครอง

ในเวลาต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ในฐานะเลขานุการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “ในระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d’Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว”<sup>8</sup> ประเด็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล จึงเป็นปัญหาที่ควรนำมาพิจารณา

จากกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่ศาลปกครองมองการกระทำเป็นหลัก โดยมองว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา

ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 นั้น ศาลปกครองกลางมององค์กรเป็นหลัก โดยมองว่าการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เพราะฉะนั้นคำสั่งศาลปกครองทั้งสองคำสั่งมีความแตกต่างกันหรือไม่ เป็นการพิจารณาในการใช้มาตรฐานเดียวกันหรือไม่ ในแง่ของแนวความคิด ทฤษฎีและเหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณาซึ่งส่งผลให้คำสั่งทั้งสองออกมาไม่สอดคล้องกันจะทำให้ระบบการแบ่งแยกอำนาจทั้งสามที่ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุด

ดังนั้น การกระทำของรัฐบาล ควรต้องมีความหมาย ลักษณะขอบเขตของการกระทำเป็นอย่างไร หากมีการกระทำทางปกครองแทรกอยู่ในการกระทำของรัฐบาลหรือมีการกระทำทางปกครองบางส่วนเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองจะมีอำนาจวินิจฉัยได้หรือไม่ นอกจากนี้ หากมีการกระทำอื่นๆที่เกี่ยวข้องนำไปสู่การกระทำที่เป็นการกระทำของรัฐบาลเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่สมบูรณ์ในตัวเองที่ถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้หรือที่ภาษาฝรั่งเศส เรียกการกระทำนี้ว่า acte detachable การกระทำดังกล่าวนี้จะมีได้หรือไม่ หากเป็นการกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะฉะนั้นหากพิจารณาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครองแล้ว จะเป็นได้หรือไม่ที่จะเป็นวิธีการหนึ่งในการเยียวยาแก้ไขช่องว่างทางกฎหมายในการคุ้มครองและรักษาผลประโยชน์ของประชาชน สังคม และ

<sup>8</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2541). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2551, จาก

ประเทศชาติอันกว้างในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพความมั่งคั่งของอารยธรรมล้ำค่าทางชุมชน เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อมของประเทศชาติเป็นสำคัญ อีกทั้งอาจเป็นแนวทางการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายในการวินิจฉัยพิจารณาคดีต่อไปในอนาคต

## 1.1 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.1.1 เพื่อศึกษาถึงแนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล
- 1.1.2 เพื่อศึกษาถึงอำนาจศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบกระทำของรัฐบาล
- 1.1.3 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย
- 1.1.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย

## 1.2 สมมติฐานของการศึกษา

ศาลปกครองเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยบรรดาคดีในเรื่องนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองที่เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐ ได้ก่อนนิติสัมพันธ์ต่อกันเองหรือกับเอกชนในการบริหารกิจการของรัฐหรือใช้อำนาจเกินขอบเขตที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่เป็นไปตามวิธีการรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ส่วนการตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายบริหารนั้น ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการดำเนินกิจการตามนโยบายของรัฐบาลและมีศาลปกครองเป็นฝ่ายควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐให้เป็นไปตามวิธีการรูปแบบขั้นตอนซึ่งเป็นหลักการถ่วงดุลและการแบ่งแยกอำนาจหรือดุลยภาพแห่งองค์กร โดยยึดหลักความชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากเกิดประเด็นปัญหาในคำวินิจฉัยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 นั้นไม่สอดคล้องกัน ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในเรื่องอำนาจในการพิจารณาคดีว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ และการกระทำของรัฐบาลนั้นควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบพิจารณาวินิจฉัยของหน่วยงานใด ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาหรือไม่ ซึ่งอาจพิจารณาได้จากหลักในคำพิพากษาของศาลในอดีตที่ได้เคยวินิจฉัยไว้หลักกฎหมายภายในของประเทศเป็นหลัก โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และหลักกฎหมายของต่างประเทศรวมถึงแนวความคิดทฤษฎีต่างๆที่เกี่ยวข้อง เพื่อลดช่องว่างในทางกฎหมายในการเยียวยาแก้ไขปัญหาเรื่องความชอบด้วย

กฎหมายของอำนาจการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลให้ถูกต้องชัดเจน เหมาะสม เพื่อเป็นบรรทัดฐานในการแก้ไขปัญหาข้อโต้แย้งในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลต่อไปในอนาคต

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ การกระทำของรัฐบาลในต่างประเทศกับประเทศไทย ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาล ในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล บทความ งานวิจัย และสื่อข้อมูลวิชาการทางอินเทอร์เน็ต เพื่อหามาตรการที่เหมาะสมในการพิจารณาอำนาจของศาลในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย ได้อย่างถูกต้อง

#### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Legal Research) ทั้งข้อมูลที่ได้จากภายในประเทศ และข้อมูลจากต่างประเทศ แนวคำพิพากษาของศาลไทยและศาลต่างประเทศ บทความของผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายของไทยและต่างประเทศ ข้อมูลสารสนเทศจากอินเทอร์เน็ต บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ และอื่นๆ

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวความคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงอำนาจศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับ การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย

## บทที่ 2

### ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

ภายใต้การปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข นั้นย่อมไม่อาจปฏิเสธหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยใช้หลักธรรมาภิบาลได้ หลักการปกครองนี้เป็นหลักการปกครองที่ต้องอาศัยคุณธรรมหรือธรรมะมาใช้ในการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีให้เป็นไปในทิศทางที่ถูกต้องโดยสงบสุขเรียบร้อยเกี่ยวกับการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อจรรโลงใจเกื้อหนุนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ภาครัฐให้เกิดความซื่อสัตย์สุจริต ยุติธรรมการดำเนินการกิจของรัฐบาลนี้จำเป็นต้องใช้กฎหมายและบุคคลกรของรัฐเป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนภารกิจนโยบายของรัฐให้สำเร็จลุล่วงลงได้ ดังนั้นการกระทำของรัฐบาล จึงเป็นส่วนสำคัญที่จะต้องพิจารณาทั้งในข้อกฎหมายและรูปแบบขั้นตอนการปฏิบัติว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งถ้าการกระทำนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือผิดเงื่อนไขรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจหรือใช้อำนาจเกินขอบเขตผลก็จะก่อให้เกิดความไม่ชอบธรรมผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมายไปด้วย กล่าวอีกนัย การกระทำของรัฐบาลจึงเป็นอำนาจหนึ่งที่กฎหมายให้อำนาจในการดำเนินกิจการงานของรัฐโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายนอก ซึ่งเป็นข้อบกพร่องที่เป็นช่องว่างทางกฎหมายในการตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา แต่เมื่อเกิดปัญหาข้อเท็จจริงและในทางกฎหมายของการควบคุมตรวจสอบที่มีการเอื้อประโยชน์ทางการเมืองแก่กลุ่มนักการเมืองบางกลุ่ม ทำให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมือง สูญเสียทรัพยากรธรรมชาติ แหล่งอารยธรรมล้ำค่าทางชุมชนและเศรษฐกิจ ประชาชนส่วนกว้างถูกรอนสิทธิเสรีภาพอันมีอยู่ ซึ่งทำให้ประเทศชาติเสียประโยชน์จากผลการกระทำเหล่านี้ อันเป็นปัญหาช่องว่างในทางกฎหมายในทางการเมือง ดังนั้นการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองแต่ฝ่ายเดียวเพียงพอหรือไม่ หากศาลจะสามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ เพื่อเป็นการสังเคราะห์ป้องกันการใช้อำนาจเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนในทางการเมือง อีกทั้งเป็นการเยียวยาแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางปฏิบัติและเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางคดีในการพิจารณาคดีต่อไปในอนาคตอย่างถูกต้องให้การปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปในทิศทางที่ถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและเพื่อประโยชน์ของมหาชนและประเทศชาติต่อไป

## 2.1 หลักนิติรัฐในฐานะเป็นรากฐานทางความคิดของการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) นี้ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ และของประเทศไทย ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักนิติธรรม” (The Rule of Law) หรือ “หลักการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นหลัก” (Gouvernement of Law) ตามหลักนี้ฝ่ายปกครองกระทำใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามอำเภอใจไม่ได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า “ประโยชน์มหาชน” (Public Interest) ก็ตามแต่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หลักการพื้นฐานของการกระทำของรัฐบาลในทางกฎหมายปกครองนั้นเป็นเรื่องที่ยอมรับหลักการในทางนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับและการใช้อำนาจรัฐต้องตรวจสอบได้ ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงมีสาระสำคัญอยู่สามประการ ดังนี้

ประการแรกหลักการแบ่งแยกอำนาจในนิติรัฐนั้นมีหลักการอยู่ว่าทุกคนไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกัน รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หลักนิติรัฐนี้ก่อให้เกิดผลตามมา คือ จะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ต้องมีการควบคุมการออกกฎหมายของรัฐสภาต้องมีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภทให้ใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องมีการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องมีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการโดยจะต้องมีกลไกการตรวจสอบต่อกันเกิดความรับผิดชอบ (accountability) ต่อกันแล้วจะต้องรับผิดชอบต่อองค์กรอื่นมีความรับผิดชอบต่อประชาชน (public accountability)<sup>1</sup>

ประการที่สองหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์สองประการคือต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้

<sup>1</sup> คณิต ณ นคร. (2552, เมษายน ). “โครงการเสวนาวิชาการเรื่องนิติรัฐกับระบอบประชาธิปไตย: ทางรอดหรือทางเลือก.” เอกสารประกอบการเสวนา. หน้า 2.

ประการที่สามหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองโดยองค์การตุลาการ เมื่อใดที่องค์การของรัฐฝ่ายปกครองได้กระทำการในทางปกครองไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือก่อความเสียหาย ละเมิดต่อเอกชน ซึ่งเอกชนเห็นว่าเป็นการกระทำของทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนนั้นย่อมมีอำนาจที่จะขอให้ศาล(ศาลปกครอง) วินิจฉัยว่าการกระทำทางปกครองนั้นชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสามารถที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอน การกระทำทางปกครองที่มีชอบนั้นได้ และให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ด้วย

ดังนั้น หลักนิติรัฐ (Legal State) เป็นหลักที่รัฐจะยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐจะจำกัดอำนาจของตนเอง โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐตราขึ้น อำนาจรัฐนั้นจะถูกจำกัดตามกฎหมายแห่งกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเอง รัฐจึงต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายกำหนดให้ ซึ่งรัฐจะกระทำการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำการภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้กฎหมายควบคุมให้เกิดความศักดิ์สิทธิ์ยุติธรรมขึ้นในบ้านเมือง ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญในการปกครองที่ฝ่ายปกครองทุกภาคส่วนราชการต่างๆจะต้องปฏิบัติโดยสุจริตยุติธรรมอย่างเคร่งครัด

### 2.1.1 ความหมายและองค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติรัฐ

#### 1) ความหมายของหลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่ารัฐตามรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ยอมเป็นนิติรัฐ ถือเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเองหรือยอมใช้บังคับ<sup>2</sup>

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทยได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่า รัฐซึ่งยอมรับและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้นรัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองอย่างเคร่งครัด<sup>3</sup>

รองศาสตราจารย์โกสิน พลกุล ได้ให้ความหมายของหลักนิติรัฐไว้ว่า รัฐที่ในทางความสัมพันธ์กับประชาชนและเพื่อการให้หลักประกันแก่สถานะของบุคคลแล้วอยู่ภายใต้ระบอบแห่งกฎหมาย ระบอบแห่งกฎหมายนี้จะผูกการกระทำของรัฐไว้ด้วยกฎหมายต่างๆ กล่าวอีกนัยหนึ่ง

<sup>2</sup> หยุด แสงอุทัย. (2538). หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 123.

<sup>3</sup> สมยศ เชื้อไทย. (2536). หลักกฎหมายมหาชน. หน้า 154.



ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนรัฐไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดอื่นใด นอกเหนือไปจากข้อจำกัดตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐนั้นได้สร้างขึ้น<sup>4</sup>

ดังนั้น นิติรัฐเป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประการแรกการกำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สอง การกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดรวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ จำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมาย ลักษณะเด่นชัดที่สุดของนิติรัฐคือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดการกระทำต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจปกครอง ดังนั้นในนิติรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเมิด ไม่ปฏิบัติตามบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ซึ่งคือหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งให้อำนาจแก่ประชาชนที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้<sup>5</sup>

จากนิยามดังกล่าวข้างต้นสามารถอธิบายได้ 4 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 รัฐดังกล่าวต้องยอมรับนับถือการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรทั้งหลาย เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบโดยองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดองค์กรเดียว และโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้ รัฐสภาที่จะมีอำนาจในการตรากฎหมาย ฝ่ายบริหารต้องกระทำการตามกฎหมายที่รัฐสภาดำเนิน และหากมีข้อพิพาทศาลก็จะเป็นผู้วินิจฉัยข้อพิพาทนั้นตามกฎหมายที่รัฐสภาดำเนิน ซึ่งจะทำให้หลักการเคารพต่อกฎหมายขององค์กรทั้งหลายของรัฐเป็นไปได้อย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพมากกว่าการที่จะให้อำนาจทั้งหมดอยู่ที่องค์กรใดเพียงองค์กรเดียว

ประการที่ 2 ในรัฐนั้นเมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับผู้ใต้ปกครองฝ่ายปกครองจะกระทำการอันเป็นการขัดแย้งหรือละเมิดไม่กระทำการตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่ได้ ฝ่ายปกครองจะต้องเคารพกฎหมายอย่างจริงจัง

ประการที่ 3 ในนิติรัฐที่พัฒนาสมบูรณ์แล้ว ฝ่ายปกครองจะสามารถวางข้อกำหนดหรือมีคำสั่งใดๆ ต่อผู้ใต้ปกครองได้ก็โดยอาศัยกฎหมายในรูปพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่รวมของผู้แทนปวงชนเท่านั้น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะใช้วิธีการใดๆ ในการดำเนินการทางปกครองได้ก็เฉพาะแต่วิธีที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนเท่านั้นหรืออย่างน้อย

<sup>4</sup> โภคิน พลกุล. (2541). หลักกฎหมายปกครองของไทย. หน้า 78.

<sup>5</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย. หน้า 13.

ที่สุดก็โดยปริยาย หากไปใช้วิธีการที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้แล้วถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ดังนั้นนิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ผู้ได้ปกครองโดยให้อำนาจผู้ได้ปกครองที่จะฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อศาล เพื่อขอให้ยกเลิก แก้ไข หรือเลิกบังคับใช้การกระทำทางปกครองที่ละเมิดสิทธิของเขา

ประการที่ 4 นิติรัฐได้รับการคิดขึ้นเพื่อประโยชน์ของประเทศและเพื่อวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนให้พ้นจากการกระทำตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง การที่นิติรัฐจะเกิดขึ้นจึงเป็นความจำเป็นอย่างยิ่งที่ประชาชนจะต้องมีอาวุธ อันได้แก่ สิทธิในการดำเนินการทางศาลต่อการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ถูกต้องและทำให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตน<sup>6</sup>

2) องค์ประกอบพื้นฐานของหลักนิติรัฐประกอบด้วยหลักพื้นฐาน 3 ประการคือ

ประการที่ 1 หลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

หลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดในแต่ละบุคคล ซึ่งไม่อาจให้บุคคลอื่นมาพรากไปได้ ทั้งยังเป็นสิทธิซึ่งไม่ได้มอบให้ ซึ่งเป็นสิทธิของมนุษย์แต่ละคนโดยตัวของเขาเอง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1) สิทธิในฐานะที่เป็นมนุษย์ ได้แก่ สิทธิในชีวิตร่างกาย สิทธิในครอบครัว สิทธิในการติดต่อสื่อสาร สิทธิในการประกอบอาชีพ

(2) สิทธิในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐ ราษฎร หรือปัจเจกชนแต่ละคนจะต้องมีส่วนร่วมสร้างเจตนารมณ์ของรัฐ แต่การที่จะรักษาสิทธิเสรีภาพเช่นนี้ได้ต้องอาศัยหลักการปกครองที่มีลักษณะคุ้มครองไม่ให้รัฐหรือองค์กรของรัฐกระทำการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพนี้

ประการที่ 2 หลักการว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจที่จะต้องกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ<sup>7</sup>

หลักการว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ เป็นเรื่องว่าด้วยวิธีการจัดการปกครอง โดยให้อำนาจสูงสุดต่างๆ ในรัฐจะต้องมีการกระจายให้องค์กรต่างๆ เป็นผู้ใช้ โดยไม่รวมอำนาจสูงสุดไว้กับองค์กรหนึ่งเพียงองค์กรเดียวขององค์กรต่างๆ เหล่านี้เมื่อมีอำนาจตามที่ได้จัดสรรแล้วสามารถที่จะใช้อำนาจตามที่ได้มานั้นเป็นกลไกของรัฐทั้งในหน้าที่ของตน โดยตรงและทั้งในหน้าที่ที่ต้องตรวจสอบขององค์กรสูงสุดอื่นๆ ที่เรียกว่า ทำหน้าที่ถ่วงดุลอำนาจองค์กรอื่นๆ

ประการที่ 3 ต้องมีองค์กรควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

หลักต้องมืองค์กรควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการแบ่งลำดับศักดิ์แห่งกฎหมายแล้ว ก็ต้องมีองค์กรควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งก็คือศาลรัฐธรรมนูญ(ควบคุม

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 15.

<sup>7</sup> อุคม รัฐอมฤต. (2539). คำบรรยายวิชากฎหมายมหาชน. หน้า 39.

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย) และศาลปกครอง(ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง)<sup>8</sup>

จากที่กล่าวมาข้างต้น อาจสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้ายอยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎร การแบ่งแยกอำนาจ และการควบคุมการใช้อำนาจออกจากการกระทำของรัฐ ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการทางปกครองภายในขอบเขตของกฎหมาย โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำการเช่นว่านี้ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

### 2.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ

หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ *principe de legalite* หรือ *juridicite* เดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนว่าต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะถือว่ารัฐและพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจในแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ตลอดจนข้าราชการที่กระทำการแทนพระองค์นั้นเป็นองค์อธิปัตย์ จึงไม่อยู่ภายใต้กฎหมายที่ทรงออกเอง ต่อมาเมื่อการเมืองการปกครองเปลี่ยนแปลงเป็นประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรงนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายในระยะเริ่มแรกนี้ ยังไม่มีการเน้นให้องค์กฤษฎีบัญญัติโดยเฉพาะรัฐสภาต้องกระทำการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเห็นว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชนเจ้าของอำนาจสูงสุดเองแล้วย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสียเองประการหนึ่งกับเห็นว่าสิ่งที่รัฐสภาตราออกมาแก่พระราชบัญญัตินั้น เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้ว และไม่น่าที่จะขัดรัฐธรรมนูญเพราะการที่องค์กรผู้แทนประชาชนได้ออกพระราชบัญญัติมาเท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่าพระราชบัญญัตินั้น ไม่ขัดรัฐธรรมนูญเป็นประการที่สอง ดังนั้นในบางประเทศจึงไม่มีองค์กรและกลไกควบคุมพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเลย เช่นในฝรั่งเศสก่อนปี 1958 ดังนั้นในปลายศตวรรษที่ 18 และศตวรรษที่ 19 หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมุ่งเน้นควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นหลัก แต่ต่อมาเมื่อการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาออกไม่เพียงพอแล้ว รัฐธรรมนูญก็เกิดขึ้นในคดี *Marbury v. Madison* ในปี 1803 โดย จอห์น มาร์แชล ได้ใช้ตรรกะง่ายๆ แต่มีพลังว่า ถ้ารัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดาแล้วก็ต้องใช้รัฐธรรมนูญในกรณีกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้ประเทศทั้งหลายในยุโรป โดยเฉพาะในปี 1920 ออสเตรียเป็น

<sup>8</sup> พรชัย เลื่อนฉวี. (2547, 10 มิถุนายน). เอกสารคำบรรยายรายวิชาการรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง 1. หน้า 14.

ประเทศแรกที่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญและต่อมาศาลรัฐธรรมนูญก็ได้แพร่หลายไปทั่วยุโรปและทั่วโลก โดยเฉพาะเยอรมัน อิตาลี และฝรั่งเศส ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในระบบของคณาภิบาลหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ดังนั้นในศตวรรษที่ 20 จึงถือว่าไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นในรัฐจะต้องเคารพกฎหมาย โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญด้วย และการกระทำใดๆ ขัดรัฐธรรมนูญก็จะต้องถูกศาลซึ่งอาจเป็นศาลรัฐธรรมนูญ พิพากษาว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ดังปรากฏตัวอย่างในกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 วรรคสาม บัญญัติว่า อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการในฐานะกฎหมายที่มีผลบังคับได้โดยตรงต่อองค์กรเหล่านั้น การที่รัฐธรรมนูญเป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายเหนือกฎหมายอื่นจะเป็นหลักที่มีประสิทธิผลจริงก็เมื่อศาลสามารถควบคุมมิให้การกระทำใดๆ ขัดรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 20 นี้เอง

ในปัจจุบันนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายได้ขยายขึ้นไปเป็นหลักสากลระหว่างประเทศไปแล้ว ดังจะเห็นได้จากที่คณะกรรมการนักนิติศาสตร์ระหว่างประเทศ (International Commission of Jurists) ของ UNESCO ได้ให้ความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายในสังคมเสรีว่าหมายถึง “หลักสถาบันและกระบวนการทั้งหลายซึ่งอาจไม่เหมือนกันแต่มีจุดร่วมกัน...อันมีสาระสำคัญเพื่อคุ้มครองปัจเจกชนต่อรัฐบาลที่อาจใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพื่อให้เขาสามารถมีเกียรติศักดิ์ความเป็นมนุษย์ได้เต็มเปี่ยม” จากพัฒนาการที่กล่าวมานี้ทำให้เราเห็นได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายค่อยขยายจากการบังคับต่อเอกชนไปสู่การบังคับต่อองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายปกครอง รัฐสภา ศาล และองค์กรอื่น และเป็นหลักสากลไปแล้ว นอกจากนั้นก็ยิ่งขยายจากหลักความชอบด้วยกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นมาเป็นความชอบด้วยกฎหมายทุกประเภทจึงเห็นได้ว่าพัฒนาการดังกล่าวเป็นไปในทางเพิ่มความสำคัญของหลักนี้ขึ้นเรื่อยๆ

### 2.1.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ(รัฐสภา) หมายความว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใดๆ จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายขัดกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญไม่ได้ ในนิติรัฐนั้น รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนที่สำคัญไว้ ซึ่งมีผลทำให้องค์กรของรัฐทุกองค์กร<sup>9</sup> โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้โดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

<sup>9</sup> กฎหมายพื้นฐานเยอรมัน มาตรา 1 วรรคสาม กำหนดว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้ผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยเป็นกฎหมายที่บังคับใช้โดยตรง” (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 26)

พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 บัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมายและการตีความกฎหมายทั้งปวง<sup>10</sup> และถึงแม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ก็ตาม แต่ฝ่ายนิติบัญญัติ(รัฐสภา)ก็ไม่อาจออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้นหรือฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมิได้<sup>11</sup> ดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”<sup>12</sup> กล่าวคือ เป็นการตรากฎหมายใช้บังคับทั่วไปไม่ใช่ใช้กับกรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งต้องมีระบบการควบคุมมิให้การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ(รัฐสภา)ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>13</sup>

#### 2.1.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ

ศาลเป็นองค์กรหนึ่งของรัฐซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 “การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และใน

<sup>10</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 27 “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ โดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง”

<sup>11</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2539). สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา คู่มือการศึกษากฎหมายปกครอง : หัวข้อ ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย. หน้า 97.

<sup>12</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 29 (1) “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

<sup>13</sup> หยุด แสงอุทัย. (2538). หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. หน้า 115-117.

พระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”<sup>14</sup>รัฐที่ปกครองโดยกฎหมายหรือที่เรียกว่านิติรัฐศาลหรือองค์กรตุลาการจะต้องมีอิสระในการพิจารณาตัดสินคดีโดยไม่ตกอยู่ในอำนาจอิทธิพลครอบงำขององค์กรอื่นของรัฐไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหารความเป็นอิสระของศาลผู้พิพากษา ตุลาการ จึงนับว่าเป็นหัวใจสำคัญตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสอง “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”<sup>15</sup> ดังนั้นการที่รัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระของศาลจึงมีความหมายเป็นสองส่วนคือส่วนที่หนึ่งเป็นการวางหลักประกันความเป็นอิสระของศาลและผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่หมายถึงหลักความเป็นอิสระจากการแทรกแซงขององค์กรอื่นไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรฝ่ายบริหาร ส่วนที่สองหมายถึง ความเป็นอิสระที่จะไม่ถูกแทรกแซงโดยศาลหรือผู้พิพากษาคู่กันกล่าวคือผู้พิพากษา ตุลาการแต่ละท่านต่างมีดุลพินิจอย่างอิสระไม่ถูกการ โยกย้ายแทรกแซงดังที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสาม “การ โยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการ โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้น จะกระทำมิได้...”<sup>16</sup>

อย่างไรก็ตามถึงแม้ศาลจะมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม แต่ศาลและผู้พิพากษาก็ต้องเคารพและยึดหลักความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาคดีด้วย ทั้งนี้หลักความชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาคดีประกอบด้วยหลักการที่สำคัญๆ ใน 2 ระดับ คือระดับแรก การพิจารณาคดีของศาลจะต้องชอบด้วยวิธีพิจารณาในหลักการที่สำคัญ เช่น ศาลต้องพิจารณาคดีโดยเปิดเผย การพิจารณาคดีลับเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง ระดับที่สองศาลสูงจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลล่างจึงทำให้ต้องตัดสินใจให้อยู่ภายในขอบของกฎหมาย ถ้าคำพิพากษาไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องถูกกลับหรือถูกลบหรือถูกแก้ไขโดยศาลสูง ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีการจำกัดในการอุทธรณ์ฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายและเป็นระบบที่ศาลทั่วโลกใช้กันอยู่เพื่อที่จะรักษาความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลที่สูงกว่า ด้วยเหตุนี้ในระบบกฎหมายต่างๆจึงต้องมีกลไกคอยตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการให้ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>14</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 197 “ การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญตามกฎหมายและในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 197 วรรคสอง “ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 197 วรรคสาม “การ โยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้น จะกระทำมิได้...”

เช่นเดียวกับการกระทำขององค์กรอื่นๆ กลไกที่ว่านี้อาจมีหลายระดับหลายวิธี<sup>17</sup> เช่น การมีศาลสามชั้นและให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาศาลล่าง การให้มีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าคำพิพากษาศาลสูงสุดชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นในเยอรมัน

### 2.1.2.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองจะกระทำการใดจะต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น หลักนี้เป็นหลักนิติรัฐ ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนไม่ได้ เนื่องจากในประเทศเสรีนิยมนั้นถือหลักว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพ การจำกัดเสรีภาพเป็นข้อยกเว้นและการจำกัดเสรีภาพทำได้วิธีเดียวคือต้องมีกฎหมายมาจำกัดเสรีภาพ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนี้ ผู้อธิบายได้ดีที่สุดคนหนึ่ง คือ การ์เร่ เดอ มัลแบร์ (R. Carre da Malberg) ซึ่งแสดงให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง “รัฐตำรวจ” กับ “นิติรัฐ” ซึ่งฝ่ายปกครองต้องกระทำการตามกฎหมายว่า “ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอย่างไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการรัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่าวัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้นจะทำอย่างไรก็ได้ตรงกันข้ามกับ นิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชนและเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชนโดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎหมายที่กำหนด การกระทำของรัฐบาลต่อปัจเจกชนในสองนัยคือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกันนั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะประการเด่นที่สุดของนิติรัฐก็คือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นออกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นกระทำการใดๆต่อปัจเจกชน หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประเภทแรกเมื่อฝ่ายปกครองไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชนฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอื่นได้ไม่ ประการที่สองคือในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้นฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้นนิติ

<sup>17</sup> หยุด แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 118-119.

รัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนอยู่ได้ปกครองว่าเมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้  
ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำหรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิก  
ใช้การกระทำนั้นๆของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้นระบบนิติรัฐที่สร้างขึ้นเพื่อ  
ประโยชน์ของพลเมืองและมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจ  
ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อจะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้อง  
ดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย หลักที่ว่า  
การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย อาจแยกพิจารณาในรายละเอียดได้ 2 ประการคือ

1) การกระทำของฝ่ายปกครองต้องมีกฎหมายให้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิธี  
ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 39 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและ  
การยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วยและเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้อง  
ประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่ใช้อ้างอิง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

การที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้มีการอ้างอิงกฎหมายก็เนื่องจากให้  
ความสำคัญแก่รากฐานของอำนาจ โดยกฎหมายอาจจะกำหนด

- (1) ระบุตัวผู้มีอำนาจหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ
- (2) ระบุเนื้อหาหรือเรื่องที่ผู้นั้นมีอำนาจ
- (3) ระบุสถานที่ที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีอำนาจ
- (4) ระบุกำหนดระยะเวลาที่มีอำนาจในการทำนิติกรรมทางปกครองหรือ

คำสั่งทางปกครอง

ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการกระทบกระเทือนถึง  
สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ได้

2) แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจ การใช้อำนาจฝ่ายปกครองก็ต้องทำภายในขอบเขต  
และตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้จะกระทำนอกเหนือขอบเขตหรือกระบวนการที่ไม่  
ถูกต้องไม่ได้ซึ่งก็คือฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ คือ กฎหมายเป็น  
เหมือนกรอบที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการอยู่ภายในกรอบเท่านั้นฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจนอก  
กรอบที่กำหนดไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ ถ้าหากฝ่ายปกครองใช้อำนาจนอก  
กรอบที่กฎหมายกำหนดย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อกฎหมาย การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่าย  
ปกครองแบ่งได้ 4 ประการ คือ



(1) การกระทำทางกายภาพ เป็นการเคลื่อนไหวร่างกาย เช่น การที่เจ้าหน้าที่เข้าไปรื้ออาคารที่สร้างผิดพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร

(2) การทำนิติกรรมทางปกครองหรือการออกคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยาม คำสั่งทางปกครองไว้ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับหรือมีผลกระทบต่อสถานะภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งอนุญาต การอนุมัติการวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการจดทะเบียนแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”

(3) การออกกฎหรือข้อบังคับ การออกกฎข้อบังคับได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ของบุคคลเหมือนกับนิติบุคคลเฉพาะรายเฉพาะเรื่อง แต่การออกกฎก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลเป็นการทั่วไป ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามของกฎไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป

(4) สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่ฝ่ายปกครองได้สมัครใจเข้าทำสัญญากับเอกชน ตัวอย่างเช่น สัญญาสัมปทานทางควนระยะที่สองระหว่างกรมทางพิเศษแห่งประเทศไทยกับบริษัททางควนกรุงเทพ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางกายภาพ การทำนิติกรรมทางปกครอง การออกกฎหรือการทำสัญญาทางปกครองต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายทั้งสิ้น

#### 1) สาระสำคัญของหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง มี 3 ประการคือ<sup>18</sup>

ประการที่ 1 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะขอบเขตของการกระทำทางปกครอง

ถ้าพิเคราะห์ในแง่นี้ บรรดา กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ ไม่ว่าจะศักดิ์สูงเพียงใด อาทิ รัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติ และไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ออกเอง ทั้งหมดรวมกันนี้ย่อมเป็นขอบเขตจำกัดมิให้นิติกรรมทางปกครอง<sup>19</sup>หรือการกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองเกินขอบอำนาจ เมื่อพิเคราะห์ในแง่นี้ ผล

<sup>18</sup> Jeon Marie Auby. Droit public. T 1. (paris : Economica.1985). p.193-199 (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>19</sup> นิติกรรมทางปกครอง คือ การแสดงเจตนาออกสู่ภายนอกของฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวที่ก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือรั้งรับซึ่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล เช่น การออกกฎกระทรวง การออกคำสั่ง หรือ แก้ไขคำสั่ง การอนุมัติ อนุญาต ฯลฯ.

ของหลักนี้เป็นผลทาง “ปฏิเสธ” มิให้ทั้งนิติกรรมทางปกครองและการกระทำทางกายภาพเกินขอบเขตที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายทั้งหมดวางไว้

ดังนั้นนิติกรรมทางปกครอง ทุกประเภทไม่ว่าจะมีผลเป็นการทั่วไป เช่น กฎเกณฑ์หรือระเบียบทั้งหลาย หรือนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเฉพาะเรื่องเฉพาะรายจะต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่า จะออกนอกขอบเขตกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่ามิได้ เช่น กฎกระทรวงจะออกเกินขอบเขตพระราชบัญญัติไม่ได้ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานครจะขัดกับกฎกระทรวง ไม่ได้ ฯลฯ

นอกจากนั้น แม้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้นสามารถออกกฎเกณฑ์ได้เองเมื่อออกกฎเกณฑ์นั้นแล้ว ตนเองก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์นั้นด้วย จนกว่าตนเองจะได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎเกณฑ์นั้นด้วยรูปแบบและกระบวนการเดียวที่ออกกฎเกณฑ์นั้นๆ หากตนเองฝ่าฝืนโดยการออกนิติกรรมทางปกครองเฉพาะรายหรือกระทำการทางกายภาพขัดกฎเกณฑ์ที่ตนเองออกไม่ได้ มิฉะนั้นจะถือว่าไม่ชอบ<sup>20</sup> ยิ่งกว่านั้นฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจออกกฎเกณฑ์บางประเภทที่มีศักดิ์เท่ากันเพื่อบังคับใช้กฎเกณฑ์อีกกฎเกณฑ์หนึ่งก็ยังมีหน้าที่ต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่เป็นที่มาของกฎเกณฑ์ที่บังคับใช้ การออกกฎเกณฑ์บังคับใช้ให้ขัดแย้งหรือเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์หลักจะทำให้ไม่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>21</sup> ยิ่งกว่านั้นแม้ฝ่ายปกครองที่มีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาเองก็ต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจออก การฝ่าฝืนก็เป็นการไม่ชอบ<sup>22</sup> ทั้งนี้เว้นแต่ผู้บังคับบัญชาจะออกกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่ามายกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม

ประการที่ 2 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะรากฐานของการกระทำทางปกครอง

หลักข้อนี้ต่างจากหลักข้อแรกตรงที่หลักข้อแรกห้ามฝ่ายปกครองทำนอกขอบเขตหรือต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย แต่หลักข้อนี้บังคับให้การทำนิติกรรมทางปกครองต้องได้รับอำนาจมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งหมายความว่าสิ่งที่ฝ่ายปกครองจะออกนิติกรรมทางปกครอง

<sup>20</sup> คดี C.E. 28 เมษายน 1948 , คดี Tracou, R.179 ซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินว่าเมื่อรัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นตรวจสอบกรณีที่มีผู้ได้บังคับบัญชาจะต้องรับโทษบางประการแล้ว รัฐมนตรีหาอาจยกเว้นไม่ส่งกรณีบางกรณีไปให้คณะกรรมการพิจารณาได้ไม่ การยกเว้นของคณะรัฐมนตรีจึงมิชอบด้วยกฎหมายและคดี C.E. 2 พฤศจิกายน 1960 คดี Ville de Midi-bel-abblls, R. 928 ซึ่งตัดสินว่านายกเทศมนตรีออกเทศบัญญัติห้ามจอดรถต่อมาไปใช้อำนาจอนุญาตให้บุคคลบางคนจอดรถได้ เป็นการฝ่าฝืนเทศบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

<sup>21</sup> C.E. ที่ประชุมใหญ่, 19 พฤษภาคม 1983. คดี Club sportif de la feve, R.204 ซึ่งสภาแห่งรัฐโดยมติที่ประชุมใหญ่ตัดสินว่าการออกรัฐกฤษฎีกา (decret) ก่อตั้งแหล่งอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งออกตามรัฐกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขการก่อตั้งแหล่งอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติจะขัดหรือแย้งต่อรัฐกฤษฎีกาฉบับหลังมิได้.

<sup>22</sup> C.E. 3 กรกฎาคม 1931 คดี Ville de Clamart, S.1932 .3.1 ซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินว่ารัฐมนตรีซึ่งมีอำนาจอนุญาตให้ข้าราชการเทศบาลเกษียณอายุนั้นต้องเคารพเทศบัญญัติที่กำหนดอายุที่จะเกษียณไว้.

จะต้องมีอำนาจ คือ ต้องเป็นบุคคลที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระบุให้มีอำนาจเรื่องที่จะมีอำนาจทำ สถานที่ตลอดจนเวลาที่มีอำนาจกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่จะให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองนี้ ถ้าจะกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎรจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนหรือปวงชนเองเป็นผู้ตราขึ้น

ประการที่ 3 ความชอบด้วยกฎหมายในฐานะกระบวนการที่ต้อง

นิติกรรมทางปกครองก็ดี การกระทำทางกายภาพของฝ่ายปกครองก็ดี นอกจากจะต้องทำโดยมีอำนาจที่มอบมาจากกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายและต้องไม่เกินขอบเขตแห่งกฎหมายแล้วฝ่ายปกครองต้องเคารพกระบวนการขั้นตอน<sup>23</sup>ที่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายวางไว้เช่น

(1) การประกาศหรือแจ้งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายให้คนทั่วไปหรือคนที่จะถูกกระทบทราบตามที่กฎหมายกำหนดมิเช่นนั้นจะใช้บังคับกฎเกณฑ์นั้นกับบุคคลทั่วไปไม่ได้<sup>24</sup>

(2) ฝ่ายปกครองต้องแจ้งเหตุผล<sup>25</sup>ให้เอกชนผู้ถูกปฏิเสธหรือเสื่อมสิทธิทราบเหตุผลที่ปฏิเสธหรือทำให้เข้าเสื่อมสิทธินั้น

(3) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องออกกฎเกณฑ์ลำดับรองเพื่อให้การใช้บังคับกฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์สูงกว่ามีผลเมื่อมีพระราชบัญญัติกำหนดให้ดำเนินการบางอย่างฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ทำการทุกประการที่จำเป็นให้พระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับได้ เช่น ต้องออกกฎกระทรวง มอบหมายงานให้เจ้าหน้าที่และจัดหางบประมาณมาดำเนินการการละเลยไม่ทำตามหน้าที่ก็ดี ทำล่าช้าเกินสมควรก็ดี ฝ่ายปกครองอาจต้องรับผิดชอบหากเกิดความเสียหายเกิดขึ้นแก่บุคคล<sup>26</sup>เพราะถือว่าฝ่ายปกครองฝ่าฝืนไม่บังคับตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

(4) ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องยกเลิกหรือเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำที่ขัดกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย หากฝ่ายปกครองทราบถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ละเว้นไม่ยกเลิกหรือเพิกถอนถือว่าเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>23</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริการประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2532

<sup>24</sup> ฎีกาที่ 325/2498 ,433/2514,1748/2514,313/2518 ,923/2519,588/25123 และ 1333/2523

<sup>25</sup> ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริการประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2532 ข้อ 20

<sup>26</sup> C.E. 13 กรกฎาคม 1962 คดี Kevers Pascalis,R.p475 ซึ่งสภาแห่งรัฐตัดสินว่าการที่ปฏิเสธไม่ออกกฎข้อบังคับให้พระราชบัญญัติมีผลใช้ได้เป็นการมิชอบด้วยกฎหมาย และ ในคดี C.E.27 พฤศจิกายน 1964 คดี Dame Renart,R.p590 ศาลวินิจฉัยว่าการออกกฎข้อบังคับล่าช้ากว่าปกติมาก (เพียงใดเป็นการ “ล่าช้าตามปกติ” ศาลเป็นผู้กำหนด ) เป็นความผิดและทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบ

(5) ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องดำเนินการมิให้เอกชนฝ่าฝืนกฎหมายด้วยการที่เอกชนฝ่าฝืนกฎหมายและฝ่ายปกครองทราบแล้วยังไม่ปล่อยปละละเลยให้ละเมิดกฎหมายหรือการควบคุมไม่ให้มีการละเมิดต่อกฎหมายหละหลวมไม่พอเพียงถือว่าเป็นความผิดของฝ่ายปกครอง

นอกจากนี้ถ้ากฎหมายกำหนดเงื่อนไขขั้นตอนอื่นไว้ เช่น การให้ฝ่ายปกครองต้องรับฟังประชาพิจารณ์(Public hearing) ให้ต้องปรึกษากับองค์กรอื่นก็ดี เหล่านี้ฝ่ายปกครองก็ต้องเคารพเช่นกัน

## 2) ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง

แม้จะมีหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายปกครองของประเทศทั้งหลายก็มักมีข้อยกเว้นหลักดังกล่าวอยู่บ้าง ซึ่งอาจแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี<sup>27</sup>

(1) การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) หลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง แต่เป็นการรับผิดชอบทางการเมืองโดยการตรวจสอบผ่านรัฐสภา เช่น การที่รัฐบาลดำเนินนโยบายผิดพลาดรัฐบาลต้องรับผิดชอบในทางการเมือง

(2) สถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน (circonstances exceptionnelles) หลักเรื่องสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินถือว่าเหตุผลความจำเป็นในการที่จะอยู่รอดเพื่อเอกราชเหตุผลเพื่อความปลอดภัยสาธารณะหรือเพื่อความสงบสุขของสังคมย่อมอยู่เหนือหลักความชอบด้วยกฎหมาย

## 2.2 แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับหลักการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะผ่อนคลายนความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจำกัดการใช้อำนาจการตรวจสอบจากองค์กรอื่น โดยเฉพาะหน่วยงานของศาล แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลจึงเป็นแนวความคิดที่อธิบายการกระทำของรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ที่ปราศจากการตรวจสอบโดยศาลแต่อาจถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรทางการเมือง ซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถึงแม้ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยของบ้านเมือง ดังนั้นการกระทำของรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้นของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีนิติกรรมทางปกครองที่แทรกอยู่ในการกระทำที่เป็นการกระทำของรัฐบาลศาลปกครองย่อมมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยตรวจสอบความถูกต้องได้ ดังนั้นจึงมีการนำหลักการเรื่องเหตุผลของรัฐบาลอธิบายว่าความจำเป็นของการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยองค์กรศาลนั้นเป็นสิ่งที่

<sup>27</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.

จำเป็นเพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของมหาชน โดยพิจารณาถึงความมีอยู่ขององค์กร สภาพที่มีอยู่ รวมไปถึงการกระทำหรือการปฏิบัติกิจการนั้นๆ ว่าวัตถุประสงค์ของรัฐอันแท้จริงนั้นเป็นอย่างไรเพื่อรักษาผลประโยชน์สูงสุดของบ้านเมือง

### 2.2.1 ความเป็นมาของแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลนี้เป็นที่ยอมรับกันมาช้านานในหลายประเทศแล้วว่า ในทางกฎหมายบัญญัติ การตัดสินใจในปัญหาการบริหารประเทศที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกิจการในทางระหว่างประเทศ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเป็นการกระทำที่ลักษณะในทางการเมืองสูงมาก และในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ การกระทำในลักษณะดังกล่าวในหลายกรณี จะปลอดจากการตรวจสอบในทางตุลาการ ทั้งนี้เนื่องมาจากสภาพอันซับซ้อนในทางการเมืองของการกระทำนั้นเอง แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นในประเทศฝรั่งเศสก่อนในนามของ “acte de gouvernement” ต่อมาประเทศเยอรมนีได้รับเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ และเรียกการกระทำดังกล่าวว่า “Regierungsakt” ในประเทศอังกฤษ การกระทำในลักษณะทำนองเดียวกัน เป็นที่รู้จักกันในชื่อของ “act of state” หรือ “prerogative” ส่วนในสหรัฐอเมริกา การกระทำในลักษณะเช่นนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ “political question” ซึ่งศาลจะไม่นำเกณฑ์ทางกฎหมายไปควบคุมตรวจสอบ แม้แต่ประเทศในเอเชียก็รับรู้หลักการดังกล่าวนี้ เช่น ญี่ปุ่นในคดี Sunagawa มีข้อสังเกตว่าแม้ขอบเขตของการกระทำในลักษณะเช่นนี้จะแตกต่างกันออกไปบ้างในแต่ละประเทศ อีกทั้งวิธีการในการให้เหตุผลที่ในที่สุดแล้วคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะเช่นนี้ ศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ในทางตุลาการอาจมีความแตกต่างกัน แต่ผลแห่งคดีจะไม่แตกต่างกันมีการเรียกที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศต่างๆ ทั้งในยุโรปและอเมริกา<sup>28</sup>

#### 2.2.1.1 ความเป็นมาในเชิงประวัติศาสตร์ของแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

หลักการที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลได้วิวัฒนาการมาเป็นเวลานานเริ่มจากในศตวรรษที่ 18 ซึ่งแนวความคิดเดิมเห็นว่า ฝ่ายปกครองจะต้องตอบคำถามต่อหน้าศาลในทุกๆ การกระทำที่ฝ่ายปกครองได้กระทำนั้นเป็นเรื่องที่ไม่จำเป็นเสมอไป โดยศาลปกครองได้พยายามวางหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายถึงการกระทำบางอย่างที่ศาลไม่อาจเข้าควบคุมการกระทำในเรื่องนั้นๆ ได้ โดยถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ ในอดีตการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลตั้งอยู่บนพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูง การกระทำนี้แสดงออกด้วยคำอธิบายว่า เป็นเรื่อง

<sup>28</sup> วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง. สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2551, จาก <http://Pub-law Net> : เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย.

เหตุผลทางการเมืองหรือปัญหาทางการเมือง ดังในคดี Laffitte<sup>29</sup> ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่า “การเรียกร้องของนายลัฟฟิตต์ถือว่าเป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายรัฐบาล” ดังนั้นศาลจึงไม่อาจรับฟ้องในคดีนี้ได้และในคดี Duc d’aumale<sup>30</sup> โดยศาลพิจารณา “การกระทำที่เป็นการกระทำในทางการเมืองนั้น โดยธรรมชาติของการกระทำนี้ไม่สามารถที่จะยื่นฟ้องต่อศาลเป็นคดีในสภาแห่งรัฐได้” ดังนั้นเราอาจกล่าวได้ว่า การกระทำใดเป็นเรื่องทางการเมืองชั้นสูงหรือมีพื้นฐานในทางการเมืองหรือการกระทำนั้นมีมูลเหตุในทางการเมือง แล้วจะเป็นการกระทำของรัฐบาล จากกรณีนี้นับว่าเป็นเรื่องที่ย้อนรอยอย่างมากที่จะอธิบายความหมายของการกระทำของรัฐบาล เพราะการกระทำในทุกๆ การกระทำของรัฐบาล อาจกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมืองได้ทั้งสิ้น โดยมีผลให้การกระทำนั้นไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้เลย ในภายหลังหลักการพิจารณาเรื่องพื้นฐานในทางการเมืองได้ถูกกลับหลักโดย สภาแห่งรัฐในคดีเจ้าชายนโปเลียน<sup>31</sup> ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าในปีค.ศ. 1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต(Napoleon-Joseph Bonaparte) ซึ่งเป็นญาติของพระองค์ให้เป็นนายพล ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศส ในสมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 3 นี้ ได้แพ้สงครามต่อประเทศรัสเซียและต้องล้มเลิกสาธารณรัฐที่ 2 ของประเทศฝรั่งเศสในปีค.ศ.1870 ได้มีการจัดพิมพ์ทำเนียบทหาร โดยเป็นรายชื่อนทหารที่รับราชการของกองทัพบกประจำปี ที่ตีพิมพ์ขึ้นในปี ค.ศ.1873 แต่ไม่ปรากฏรายชื่อของเจ้าชายนโปเลียน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายพลเจ้าชายนโปเลียน จึงมีหนังสือถามไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมว่า การที่หนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อของเขานั้น เนื่องจากความพลั้งเผลอหรือเป็นการกระทำโดยเจตนา รัฐมนตรีก็ตอบว่าการที่ไม่พิมพ์ชื่อดังกล่าวเป็นไปตามคำแนะนำของตนเองเพราะเมื่อพิจารณาจากกฎหมายแล้ว การแต่งตั้งเจ้าชายให้เป็นนายพลนั้นไม่ชอบเนื่องจากเป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบบการปกครองที่ปัจจุบันได้เลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผล ดังนั้นเจ้าชายจึงยื่นฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐ ซึ่งรัฐมนตรีได้ต่อสู้ว่าสภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจพิจารณาเนื่องจากมาตรการดังกล่าว เป็นเรื่องทางการเมือง ดังนั้นจึงเป็นการกระทำของรัฐบาล แต่สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดีและได้พิพากษาว่า “...จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่ถ้าเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยรัฐบาลหรือผู้แทนของรัฐบาลโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือที่ได้กระทำลงโดยมีเหตุผลทางการเมือง (Interet politique) แล้วจะมีผลให้การกระทำดังกล่าวมีลักษณะพิเศษไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล...”

<sup>29</sup> C.E., Laffitte., 1 พฤษภาคม ค.ศ.1822 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 12)

<sup>30</sup> C.E., Duc d’aumale., 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1867 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 12)

<sup>31</sup> C.E., Prince Napoléon., 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1875 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 12)

คดีนี้นับว่ามีความสำคัญมากเพราะเป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามจะอธิบายว่ามีใช่หรือไม่ว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป และคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้ในคดี Marquigny<sup>32</sup> ที่ตัดสินโดยศาลระดับความขัดแย้ง โดยวางหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกับคดีของเจ้าชายนโปเลียนว่า “เหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าการกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบโดยศาล” ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าการกระทำของรัฐบาล ที่มีพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูงหรือมูลเหตุในทางการเมืองได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาในคดีดังกล่าว เพราะว่าเหตุผลในทางการเมืองเพียงอย่างเดียวไม่น่าอาจสรุปได้ว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล

ต่อมาได้มีการพัฒนาของกฎหมายมากขึ้นหลัก Raison d'Etat ก็ได้ถูกควบคุมจำกัดลง เนื่องจากในอดีตหลักเหตุผลของรัฐนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลในทางการเมืองหรือการกระทำที่มีมูลเหตุทางการเมืองโดยปกติแล้วการกระทำของรัฐบาลอาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำที่มีเหตุผลทางการเมืองหรือเหตุผลของรัฐได้แทบทั้งสิ้น ทำให้การกระทำนั้นไม่อาจตรวจสอบได้ซึ่งต่อมาได้มีคดี Prince Napoléon (19 février 1875) ที่จำกัดหลักว่าด้วย Raison d'Etat ให้แคบลงเพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบได้ คดีนี้เป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยพยายามอธิบายว่ามีใช่หรือไม่ว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วก็จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป ซึ่งหลักนี้เป็นที่รู้จักกันดีว่าคือหลักการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) หมายถึง การกระทำบางอย่างของรัฐที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้ เป็นลักษณะพิเศษแตกต่างจากการกระทำทางปกครอง การกระทำนี้ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ต่อมาของการพัฒนาเรื่องหลักการกระทำของรัฐบาลได้พยายามที่จะอธิบายแนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยอธิบายตามนำแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลระดับความขัดแย้งในอดีต ซึ่งได้เคยตัดสินไว้ นำมาวินิจฉัยและอธิบายเพื่อที่จะกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่า การกระทำในลักษณะอย่างไรที่เป็นการกระทำของรัฐบาล โดยในคำพิพากษาของศาลนั้นมักจะอ้างว่าการกระทำนั้นๆ เป็นเรื่องโดยธรรมชาติของการกระทำที่ไม่สามารถนำมาตรวจสอบด้วยวิธีทางศาลได้ หรือในบางคดีศาลก็อธิบายว่าการกระทำนั้นๆ ไม่สามารถควบคุมโดยศาลได้ด้วยเหตุผลของธรรมชาติในเรื่องนั้นๆ นั้นเอง ซึ่งหมายความว่าศาลมิได้ชี้ชัดเจนลงไปว่าในเรื่องนั้นๆ เป็นเรื่องทางการเมืองหรือมิใช่เรื่องทางการเมืองแล้ว ในทางปฏิบัติศาลก็มีได้มีวิธีการโดยตรงใดๆ ในการพิจารณาถึงเรื่องที่ว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำของ

<sup>32</sup> T.C., Marquigny., 5 พฤศจิกายน ค.ศ.1880 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 12)

รัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามที่จะอธิบายว่าเป็นธรรมชาติของการกระทำนั้นๆที่เป็นข้อยกเว้นที่ศาลไม่อาจเข้าควบคุมในการกระทำในเรื่องนั้นๆได้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ศาลนั่นเองที่จะเป็นผู้สร้างและกำหนดว่าการกระทำในเรื่องใดเป็นการกระทำของรัฐบาล การพิจารณาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ จึงไม่อาจหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวได้ ทั้งนี้อาจพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครอง และศาลระดับความขัดแย้งได้ดังนี้ คือ

1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

คำว่ารัฐบาลในที่นี้รวมถึงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้ คือ

(1) การกระทำนั้นเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ กล่าวคือ เป็นการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือการเข้ามาดำเนินการในเรื่องนิติบัญญัติ เช่น การปฏิเสธที่จะยื่นร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้รัฐสภา<sup>33</sup> การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมาย<sup>34</sup> การตัดสินใจของรัฐบาลในการถอนร่างกฎหมาย<sup>35</sup> การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะดำเนินการในเรื่องนี้ เพื่อจะให้มีการดำเนินการรับร่างพระราชบัญญัติได้เร็วขึ้นความล่าช้าในการจัดให้มีการโหวตในร่างกฎหมาย<sup>36</sup> การที่กล่าวหาว่าพระราชบัญญัติที่มีกฤษฎีกาประกาศใช้นั้นมีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา<sup>37</sup> เป็นต้น

(2) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาล ที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของสภา คำสั่งการของรัฐบาลในกรณีนี้ เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศในเรื่องเกี่ยวกับดินแดนของประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการให้สัตยาบันต่อสัญญา หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือการที่รัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมองค์กรดูแลการเลือกตั้งของรัฐสภา ดังในคดี Hirschowitz

(3) การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง การที่รัฐบาลออกกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง<sup>38</sup>

<sup>33</sup> C.E., Rouche., 18 กรกฎาคม ค.ศ.1930. (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 15)

<sup>34</sup> C.E., Prevest., 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1888. (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 15)

<sup>35</sup> C.E., Compagnie Marseillaise Navigation a Vapeur, 19 มกราคม ค.ศ.1934 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 16)

<sup>36</sup> C.E., Societe l'Alfa, 25 มกราคม ค.ศ.1947 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 16)

<sup>37</sup> C.E., Desrumeaux, 3 พฤศจิกายน ค.ศ.1933 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 16)

<sup>38</sup> C.E., Maître, 6 สิงหาคม ค.ศ.1962 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 16)



(4) การสั่งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจหรือการดำเนินการบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจในออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อจะนำร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ

ข้อสังเกตในการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ตามมาตรา 16 นี้ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 มาตรา 16 บัญญัติว่า“หากสถาบันต่างๆแห่งสาธารณรัฐเอกราชของชาติบูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ ถูกคุกคามอย่างร้ายแรงกะทันหันและการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญต้องชะงักลงให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจที่จะใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นตามสถานการณ์ เมื่อได้รับคำปรึกษาเป็นทางการจากนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสอง(ของรัฐสภา)และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว...” (เป็นบทบัญญัติซึ่งพอเทียบเคียงได้กับมาตรา 200 ของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2521 หรือ ตามมาตรา 27 ของธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534) ซึ่งในคดี Rubin de Servens et Autres ที่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยคดีนี้ในภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว ประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจตามมาตรา 16 ดังกล่าวในปี ค.ศ.1961 ตอนฤดูใบไม้ผลิได้มีการพยายามทำรัฐประหารขึ้นที่เมือง ALGER ประเทศอัลจีเรีย ซึ่งขณะนั้นยังเป็นเมืองขึ้นของประเทศฝรั่งเศสอยู่เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ.1961 นายพลเดอโกล ประธานาธิบดีฝรั่งเศสจึงมีคำสั่งให้ใช้ มาตรา 16 ดังกล่าว และได้มีการใช้มาตรการต่างๆ ปรามปรามผู้ที่พยายามทำรัฐประหาร ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ.1961 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ มีหน้าที่พิจารณาพิพากษาความผิดต่อความมั่นคงของประเทศและความผิดต่อวินัยของกองทัพพร้อมทั้งกำหนดวิธีพิจารณาของศาลดังกล่าวนายRubin de Servens และพวก ซึ่งถูกศาลทหารดังกล่าวพิพากษาลงโทษได้ยกข้อต่อสู้ขึ้น3ประการ คือ ประการแรกคำสั่งของประธานาธิบดีไม่ชอบ เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา16 ประการที่สองเป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายอาญาทั่วไป ประการที่สามคำสั่งดังกล่าวขัดกับหลักที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ศาลฎีกา(Cour de cassation)ได้วินิจฉัยในบางประเด็นโดยวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 16 และศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวในคดีนี้ศาลปกครอง(Conseil d'Etat)ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณา คำสั่งดังกล่าวและฐานะทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว “...ประธานาธิบดีแห่งรัฐได้มีคำสั่งให้ใช้ มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1961 คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล

ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของ Conseil d'Etat ที่พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย และควบคุมระยะเวลา การใช้คำสั่งดังกล่าวมีผลให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีแห่งรัฐ ที่จะใช้มาตรการต่างๆที่จำเป็นแก่ สถานการณ์... โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อำนาจนิติบัญญัติในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 และ อำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Pouvoir réglementaire) ในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 37

อย่างไรก็ดี ได้มีคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงเรื่องดังกล่าวในคดี Canal, Robin, Godot<sup>39</sup> กล่าวคือ ในช่วงนั้นฝรั่งเศสมีปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยอันเนื่องมาจากสงครามใน อัลจีเรีย รัฐบาลได้แถลงถึงมาตรการที่จะดำเนินการแก้ไขให้ประชาชนทราบเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 หลังจากนั้นก็นำเอามาตรการดังกล่าว จัดทำเป็นร่างกฎหมายและให้ประชาชนแสดง ประชามติ (Referendum) และมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 13 เมษายน 1962 ในมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่จะกำหนดมาตรการในทางนิติ บัญญัติ (Legislation) หรือในการออกข้อบังคับทางปกครอง เพื่อให้การเป็นไปตามแถลงการณ์ของ รัฐบาลในรูปของพระราชกำหนดหรือกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีและอาศัยอำนาจโดย มาตรา 2 ข้างต้น ประธานาธิบดีจึงได้ตราพระราชกำหนด ลงวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ.1962 จัดตั้งศาล ทหารขึ้นเป็นเขตอำนาจศาลทหารพิเศษแทนศาลทหารเดิมที่ตั้งขึ้น โดยอาศัยอำนาจพิเศษของ ประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 มาตรา 16 โดยผู้ต้องหา คือ นาย Canal ได้ถูกศาลทหาร ตัดสินลงโทษประหารชีวิต นาย Canal จึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐว่าพระราชกำหนดนั้นเป็นการกระทำ ทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายและขอให้เพิกถอน สภาแห่งรัฐได้ตัดสินเพิกถอนพระราช กำหนดดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า ประการแรก พระราชกำหนดดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจควบคุม ประการที่สองไม่มีสถานการณ์พิเศษอะไรมาแสดงให้เห็นถึง ความจำเป็นต้องมีศาลเช่นนั้น ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลดังกล่าวไม่ว่ากรณีใดๆ ดังนี้จะเห็นได้ว่าในคดี Rubin เป็นการ ใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญที่จะใช้มาตรการต่างๆให้เกิดความสงบเรียบร้อยกลับเข้าสู่ สภาพปกติ แต่ในคดี Canal สภาแห่งรัฐเห็นว่า พระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตาม พระราชบัญญัติที่ผ่านการลงประชามติมีลักษณะไม่ต่างไปจากพระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัย อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำในทางปกครองจนกว่าจะมี พระราชบัญญัติอนุมัติเห็นชอบพระราชกำหนดนี้อีกครั้งหนึ่ง ฉะนั้นในคดีของ Canal จึงต้องตัดสิน ว่าพระราชกำหนดตามพระราชบัญญัติวันที่ 13 เมษายน ค.ศ.1962 เป็นการกระทำในทางปกครอง

<sup>39</sup> C.E., Canal, Robin, Godot 19 ตุลาคม ค.ศ.1962 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 19)

เช่นกัน มิฉะนั้นพระราชกำหนดดังกล่าวก็จะหลุดพ้นจากการควบคุมทั้งปวง ดังนี้อ้างกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิ่งซึ่งสภาแห่งรัฐยอมรับว่า ไม่อยู่ในอำนาจควบคุมของตนมีเพียง 3 ประการคือ

ก. พระราชบัญญัติ

ข. มาตรการที่โดยปกติอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติ แต่ใช้โดยประธานาธิบดีด้วยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16

ค. มาตรการทางนิติบัญญัติในรูปของพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญมาตรา 92 ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันต่างๆตามรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นภายใน 4 เดือน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลหรือองค์กรต่างประเทศ กล่าวคือ เป็นการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือองค์กรต่างประเทศ ซึ่งเป็นเงื่อนไขในทางนโยบายในส่วนของเนื้อหาการตกลงทางการเมือง การปกครองระหว่างประเทศที่ศาลไม่มีอำนาจแทรกแซงควบคุมตรวจสอบ เช่น การเจรจาและการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การประกาศสงคราม เป็นต้น แต่ถึงอย่างไรเมื่อมีข้อพิพาทที่เป็นปัญหาขึ้นสู่ศาล แนวคำพิพากษาของศาลนี้ไม่ได้ชี้ชัดลงไปว่าที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลหรือเหตุผลอย่างไร แต่อธิบายว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำในเรื่องนั้นๆ ได้นั่นเอง อาทิเช่น

(1) การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ<sup>40</sup> การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส<sup>41</sup> หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ<sup>42</sup>

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน<sup>43</sup>

(3) การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการของกิจการในรัฐต่างประเทศ เช่น คำสั่งหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่ให้สถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นไปรบกวนการกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ<sup>44</sup>

<sup>40</sup> C.E., Dame cramencel., 2 มีนาคม ค.ศ.1966 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 21)

<sup>41</sup> C.E., Amado., 8 เมษายน ค.ศ.1972 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 21)

<sup>42</sup> C.E., Corbier., 1 มิถุนายน ค.ศ. 1943, C.E., Lavingne., 26 ตุลาคม ค.ศ.1973 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 21)

<sup>43</sup> C.E., Geny., 9 มกราคม ค.ศ.1952 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 22)

<sup>44</sup> T.C., Radio diffusion francaise., 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ.1950 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 22)

(4) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่างๆ<sup>45</sup> การที่ศาลปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การให้สัตยาบันต่อสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล<sup>46</sup> การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา<sup>47</sup> การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ<sup>48</sup>

การที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกได้ต่างหากจากความสัมพันธ์ในทางการทูตหรือในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งได้แก่ มาตรการต่างๆ ที่เป็นการกระทำโดยอิสระที่แยกออกจากต้นกำเนิดหรือแยกจากผลในทางระหว่างประเทศได้ กรณีการที่กงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศได้สั่งให้ชาวฝรั่งเศสคนหนึ่งออกจากประเทศดังกล่าว ในฐานะที่เป็นบุคคลไม่พึงปรารถนา ซึ่งคำสั่งของกงสุลนี้สามารถแยกออกได้จากกิจการอื่นๆ ของกงสุลที่มีฐานะทางการทูตได้ ดังนั้นจึงสามารถร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐได้และกรณีพระราชกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยศาลถือเป็นการกระทำในทางปกครอง และศาลจะควบคุมว่าพฤติการณ์ของผู้ร้ายข้ามแดนมาปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้องซึ่งหมายความว่า ศาลจะเข้าควบคุมฝ่ายบริหารในกรณีนี้นั้นเอง อนึ่งมีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาทั้งหลายที่ได้กระทำขึ้นภายหลังปีค.ศ.1946 เป็นต้นมานั้นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้ถือว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง โดยศาลจะถือว่าผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ในกรณีที่มีการละเมิดสนธิสัญญาซึ่งเท่ากับว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง

### 3) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม (Les faits de guerre)

การกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ ในอดีตศาลมักถือว่าเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล และกรณีที่รัฐบาลออกมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะปฏิเสธไม่ให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรูในระหว่างการสงคราม<sup>49</sup> อย่างไรก็ตามในบางคดีสภาแห่งรัฐไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล โดยตรง เพียงแต่อธิบายว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้

<sup>45</sup> C.E.,General Oramat., 5 มีนาคม ค.ศ.1926 ,C.E.,Moraly., 31 มกราคม ค.ศ.1969 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 12)

<sup>46</sup> C.E.,Momon., 22 พฤศจิกายน ค.ศ.1933 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 22)

<sup>47</sup> C.E.,Societe., 1 มิถุนายน ค.ศ.1933 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 22)

<sup>48</sup> C.E.,Dame Perret., 6 มกราคม ค.ศ.1961 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 22)

<sup>49</sup> C.E.,Panisse., 5 มีนาคม ค.ศ.1926. และ C.E.,Sohr., 22 มีนาคม ค.ศ.1949 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 23)

ฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตนและค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะฟ้องให้รับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อได้มีพระราชบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อให้สิทธิเรียกร้องในการชดเชยค่าเสียหายในการสงครามได้ เช่นในคดีที่เรือพาณิชย์ของอิตาลีได้ถูกเรือรบของฝรั่งเศสหยุดและตรวจค้นในทะเลหลวงในระหว่างสงครามอัลจีเรีย ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าสภาวะดังกล่าวเทียบได้กับสภาวะสงครามและจะเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนไม่ได้ ในปัจจุบันนี้ศาลได้พยายามตรวจสอบในเรื่องเหล่านี้มากขึ้นโดยมิใช่ว่าศาลจะไม่รับฟ้องในทุกกรณี แต่ศาลจะพิจารณาในเนื้อหาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นมีผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่หรือว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับมาตรการทางการทหารหรือไม่ ซึ่งถ้าไม่มีเนื้อหาในการกระทำเช่นว่านั้นศาลก็จะเข้ามาควบคุม

#### 4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

อำนาจในการให้อภัยโทษ หรือลดโทษให้แก่ักโทษก็ดี ได้มีคำพิพากษาของศาลปกครองในคดี Combet ที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะตรวจสอบถึงการให้อภัยโทษแก่นักโทษของประธานาธิบดีว่าจะเป็นการเหมาะสมถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ มิใช่การใช้อำนาจในทางบริหารแต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนั้นศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบการให้อภัยโทษ ของประธานาธิบดีได้เพราะเป็นเรื่องการกระทำผสมเนื่องจากการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง<sup>50</sup>

#### 2.2.1.2 ความเป็นมาในเชิงทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลระดับความขัดแย้งจะเห็นได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่ศาลปฏิเสธที่จะควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ไม่อาจที่จะอธิบายลักษณะของการกระทำว่า การกระทำอย่างไรที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้หรือไม่อาจที่จะหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาอธิบายได้อย่างชัดเจน จากเหตุผลในแนวการวินิจฉัยของศาล เพราะศาลจะวินิจฉัยโดยให้เหตุผลแห่งความเหมาะสมในแต่ละกรณีๆ ไป ซึ่งจากการที่ไม่อาจอธิบายความหมายได้อย่างชัดเจนนี้ ทำให้นักทฤษฎีกฎหมายพวกหนึ่งจึงพยายามอธิบายว่าในความเป็นจริงแล้วหลักที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนั้น ไม่มีอยู่จริงการที่ศาลไม่อาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องต่าง ๆ นั้นไม่ได้ จากแนวคำพิพากษาของศาลนั้นเป็นเรื่องที่สามารถอธิบายได้โดยเหตุผลอื่นๆ แต่ไม่ใช่เพราะเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาล ในขณะที่นักทฤษฎีกฎหมาย

<sup>50</sup> โภคิน พลกุล. (2532, กรกฎาคม). “คดีปกครองในฝรั่งเศส.” เอกสารการสัมมนาทางวิชาการเรื่องการจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง(คณะกรรมการการปกครองสภาผู้แทนราษฎร). หน้า 30 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 25)

อีกพวกหนึ่งพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์และอธิบายเป็นลักษณะของการกระทำของรัฐบาลที่มีลักษณะของการกระทำของรัฐบาลที่ศาลไม่สามารถวินิจฉัยได้ จึงทำให้แนวความคิดนี้เป็นที่ยอมรับว่าการกระทำบางอย่างศาลก็ไม่อาจควบคุมตรวจสอบได้เพราะเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง ดังนั้นจึงเกิดทฤษฎีแนวความคิดที่ยอมรับและปฏิเสธในหลักของการกระทำของรัฐบาล

### 1) แนวความคิดปฏิเสธหลักการกระทำของรัฐบาล

ในเรื่องของการปฏิเสธการกระทำของรัฐบาลมีปรากฏอยู่ในความคิดเห็นของนักทฤษฎีกฎหมายอยู่หลายท่านและในคำพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลระงับความขัดแย้งซึ่งยังไม่ชัดเจนมากในการตัดสินวินิจฉัยคดีเพราะในบางคดีศาลก็มีได้ใช้คำว่ากระทำของรัฐบาลเพียงแต่อธิบายในทำนองที่ว่าเรื่องนั้นๆ ศาลไม่อาจเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำได้ ดังนั้นมีนักทฤษฎีที่เห็นด้วยกับแนวความคิดนี้ นำโดยวิรัลลี (Virally)<sup>51</sup> ซึ่งเขาได้กล่าวไว้ว่าไม่มีการกระทำของรัฐบาลอยู่จริง โดยที่ให้เกิดผลว่าในความรู้สึกของคนทั่วไป การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะอะไรจึงไม่ควรนำขึ้นสู่ การพิจารณาของศาลปกครอง การกระทำของรัฐบาลนั้นสามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลในทุกๆกรณีเช่นอาจจะเป็นเหตุผลในเรื่องของหลักความคุ้มกันทางศาล เหตุผลในเรื่องมูลเหตุในทางการเมือง โดยเหตุผลต่าง ๆ นั้นอาจเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสาธารณะต่างๆ หรือความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นเรื่องการกระทำในทางศาล ซึ่งศาลปกครองไม่อาจเข้าควบคุมได้อยู่แล้ว ดังนั้นการกระทำของรัฐบาลจึงไม่มีอยู่จริงในความคิดของเขา โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้ คือ

#### (1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้น นักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามที่จะอธิบายว่าโดยส่วนใหญ่ของการกระทำของรัฐบาลไม่สามารถตรวจสอบโดยศาลได้ เพราะเหตุผลว่า การกระทำเหล่านี้กระทบต่อความสัมพันธ์ขององค์กรสาธารณะต่างๆ เช่น การเสนอร่างกฎหมายของรัฐบาลต่อสภา การเปิดประชุมสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การกำหนดวันเลือกตั้ง ดังนั้นที่ศาลไม่ควบคุมเพราะไม่ใช่เรื่องการกระทำของรัฐบาลแต่เป็นความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นเรื่องของการควบคุมทางรัฐสภานั้นก็คือการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองก็ปฏิเสธที่จะขยายความไปถึงการกระทำที่เกี่ยวกับการเตรียมการให้มีการลงประชามติ ซึ่งศาลถือว่าไม่ได้กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ และดังนั้นศาลจึงมีอำนาจตรวจสอบได้

<sup>51</sup> Virally, (1952). "L'introuvable act de gouvernement, R.D.P. pp317 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล , 2538 : 26)

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศ

ในเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้ศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้เพราะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่เพราะเป็นหลักในเรื่องการกระทำของรัฐบาล ซึ่งศาลปกครองจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ก็ต่อเมื่อเป็นเรื่องของกฎหมายภายใน เนื่องจากในอดีตการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการลงนามในสนธิสัญญา การตีความในสนธิสัญญาการนำสนธิสัญญามาบังคับใช้ การกระทำเหล่านี้ถือว่าเกี่ยวข้องกับโดยตรงกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า “สนธิสัญญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย สนธิสัญญานั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ” โดยที่ศาลมิได้อธิบายชี้ให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐบาลได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาได้ถูกกลับหลักโดยศาลปกครองได้ขยายหลักความรับผิดในทางแพ่งโดยปราศจากความผิด(The Principle of liability without fault) ไปใช้บังคับในคดีที่มีผลต่อเนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ<sup>52</sup> และนอกจากการกระทำที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศแล้ว การกระทำอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ ศาลก็วินิจฉัยในทำนองที่ว่าศาลไม่อาจเข้าควบคุมได้นั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันศาลพยายามจำกัดการกระทำต่างๆเหล่านี้ให้แคบลงเพื่อที่ศาลจะเข้าควบคุมได้ในกรณีที่ศาลพบว่ามีการผิดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย เมื่อเกิดเหตุการณ์นั้นๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยศาลปรับใช้ “หลักความเสมอภาคเพื่อรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายของรัฐอย่างเท่าเทียมกันและเป็นกรณีที่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าในกรณีเช่นนั้นจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลผู้เสียหายในกรณีดังกล่าว” ซึ่งคำอธิบายเหล่านี้ก็มีใช้ว่าจะถูกต้องทั้งหมดเพราะมีการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอันมากที่ไม่เกี่ยวกับนโยบายทั่วไปของรัฐบาลและที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ดังในคดี Colrat และในคดี Decerf

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม

การกระทำที่เกี่ยวกับการสงครามนี้ มีความพยายามที่จะอธิบายว่าที่มีอาจฟ้องร้องต่อศาลปกครองได้นั้น มิใช่เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลเป็นแต่เพียงว่าการสงครามนั้น ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าต้องการที่จะชดใช้ให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะออกกฎหมายให้มีการชดใช้ความเสียหายนั้น แต่ถ้าไม่มีการออกกฎหมายมารองรับก็แสดงว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ประสงค์ให้มีการชดใช้ซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติ

<sup>52</sup> C.E., Guyot., 30 มีนาคม ค.ศ.1966 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 28)

โดยเฉพาะ ดังนั้นศาลจึงไม่สามารถพิจารณาคดีให้มีการชดใช้ค่าเสียหายได้ ถ้าไม่มีกฎหมายให้ชดใช้ค่าเสียหายในเรื่องนี้ แต่ว่ามีใช้เหตุผลเพราะเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาล

#### (4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

กรณีเกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีนี้ นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้ อธิบายว่ามีใช้เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริงซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง การกระทำประเภทนี้ฝรั่งเศส เรียกว่า คำสั่งเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล “Les acts d’execution des decision juridictionnelles”<sup>53</sup> โดยศาลปกครองไม่อาจเข้าควบคุมในกรณีเช่นนี้ได้ เพราะโดยหลักแล้วศาลปกครองจะควบคุมได้เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำในฐานะของการใช้อำนาจบริหารเท่านั้น ศาลปกครองไม่สามารถเข้าควบคุมการกระทำในการใช้อำนาจตุลาการได้ เช่น ศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะไปทบทวนคำพิพากษา หรือคำสั่งในทางตัดสินนี้ซึ่งขาดคดีของศาลยุติธรรมได้ ดังนั้นการให้อภัยโทษซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริงนี้ ศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมได้นั่นเองและในคำพิพากษาของศาลก็เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ศาลมิได้มีคำวินิจฉัยว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลโดยตรง แต่อธิบายเพียงว่าเป็นเรื่องที่ประธานาธิบดีของรัฐใช้อำนาจในทางตุลาการมิได้ใช้อำนาจในทางบริหาร ดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลได้

จากแนวคิดที่ได้กล่าวถึงข้างต้นจะเห็นได้ว่า เป็นแนวคิดที่ไม่ยอมรับว่ามี การกระทำของรัฐบาลมีอยู่จริง เพราะเหตุว่าการกระทำต่างๆเหล่านี้เป็นเรื่องที่ไม่สามารถควบคุมการกระทำนั้นๆ โดยศาลได้อยู่แล้ว แต่เพราะเป็นการควบคุมโดยอำนาจอื่นๆ เช่น การควบคุมจากรัฐสภาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การควบคุมโดยกฎหมายระหว่างประเทศ ในกรณีที่เป็น การกระทำในทางต่างประเทศหรือการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการให้อภัยโทษ ก็อธิบายได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ซึ่งศาลปกครองไม่อาจควบคุมได้ แต่อย่างไรก็ตามการพิจารณาในรายละเอียดแล้วคำอธิบายข้างต้นก็ไม่สามารถอธิบายได้อย่างถูกต้องได้อย่างครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารในหลายๆประการและไม่สามารถอธิบายอย่างเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายได้อย่างชัดเจน ดังที่ชาวیتالได้กล่าวไว้ว่าการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นยังมีกิจกรรมหรือเรื่องบางเรื่องที่สามารถแยกตัวออกจากเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือเรื่องในทางการทูตได้ซึ่งถือว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลได้ ดังนั้นนักทฤษฎีกฎหมายส่วนใหญ่จึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่า การกระทำของรัฐบาลนั้นไม่มีอยู่จริง

<sup>53</sup> โกลิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 39 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 29)



## 2) แนวความคิดที่มีการยอมรับหลักการกระทำของรัฐบาล

นักกฎหมายยังคงมีความเห็นว่าหลักการกระทำของรัฐบาลนั้นมีอยู่และมีความจำเป็นที่จะคงหลักการนี้ไว้ด้วยเหตุผลของความจำเป็นบางประการที่กระทำนั้นๆ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยใช้พิจารณาในทางนิติศาสตร์จากการพิจารณาคดีของศาลได้ ดังนั้นนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงพยายามจะอธิบายถึงหลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำลักษณะอย่างไรเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยการนำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมาพิจารณาถึงหลักการกระทำของรัฐบาลอาจพิจารณาได้ดังนี้คือ

(1) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลในอดีต เป็นการอธิบายเหตุผลของการกระทำของรัฐบาลในทางทฤษฎีที่มีเหตุผล ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้

### ก. ทฤษฎีเหตุผลในทางการเมือง (Le mobile politique)

ทฤษฎีเหตุผลในทางการเมือง ซึ่งถือเป็นแนวคิดดั้งเดิม ตั้งแต่ในศตวรรษที่ 18 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งทฤษฎีนี้อธิบายความหมายของการกระทำของรัฐบาลว่าเป็นเรื่องของเหตุผลในทางการเมืองชั้นสูงหรือการกระทำนั้น โดยธรรมชาติเป็นเรื่องทางการเมือง ดังเช่นในคดี Laffitte และในคดี Duc d'aumale จากการอธิบายถึงการกระทำของรัฐบาลที่มีของการวิเคราะห์ข้างต้น ทำให้การกระทำลักษณะเช่นนี้ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในทางดุลพินิจหรือเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งในแนวคิดของคูเอ็ที่พยายามจะอธิบายถึงทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล โดยตั้งคำถามสองประการคือ ประการแรกในทางความคิดทางทฤษฎีอย่างมีเหตุผลแล้ว มีความจำเป็นหรือไม่ที่เราจะต้องกำหนดให้การกระทำบางอย่างนี้ปลอดจากการควบคุมในทางศาล ประการที่สองในทางปฏิบัติแล้วทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลนี้มีประโยชน์หรือไม่ที่จะให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับทางการเมืองที่สำคัญๆ มีความจำเป็นหรือความชอบธรรมที่จะอยู่นอกการควบคุมจากอำนาจตุลาการซึ่งคูเอ็เองก็สรุปเห็นว่ามี ความจำเป็นทั้งสองประการทั้งแนวคิดในทางทฤษฎีที่จะกำหนดให้การกระทำลักษณะนี้หลุดพ้นจากการควบคุมโดยองค์กรศาล

การอธิบายการกระทำของรัฐบาลโดยเหตุผลทางการเมืองชั้นสูงหรือการกระทำที่มีพื้นฐานทางการเมือง เป็นการอธิบายซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่น่าสนใจอย่างมากเพราะการกระทำในทุกๆ การกระทำของรัฐบาลอาจกล่าวอ้างได้ว่า เป็นเรื่องของการกระทำในทางการเมืองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้เลย ต่อมาหลักการพิจารณาในเรื่องพื้นฐานในทางการเมืองหรือมูลเหตุในทางการเมืองนี้จึงได้ถูกยกเลิกโดยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ เช่นในคดีเจ้าชายนโปเลียนที่อธิบายว่า ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลมิใช่ว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมืองแล้ว จะถือว่าเป็นเรื่อง การกระทำของรัฐบาลเสมอไป หรือว่าเหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครองนั้น เป็น

เหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าการกระทำทางปกครองนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ไม่จำเป็นจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาล

ข. หลักความคุ้มกันในทางศาล (La immunité juridictionnelle)

ภายหลังจากการที่ได้มีการยกเลิกทฤษฎีมูลเหตุในทางการเมือง เนื่องจากเหตุผลดังกล่าวมาแล้วข้างต้นและเนื่องจากในทางปฏิบัติศาลมิได้มีวิธีการโดยตรงใดๆ ในการวัดแล้วพิจารณาถึงเรื่องที่ว่า การกระทำใดที่มีธรรมชาติของเรื่องเป็นการกระทำทางปกครอง หรือเรื่องใดที่มีธรรมชาติของการกระทำเป็นเรื่องทางการเมืองและโดยทั่วไปกลับมีการยอมรับว่า เรื่องใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐบาล ดังที่ชาวอิตาลีได้กล่าวไว้ว่า ศาลนั่นเองที่ เป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นการกระทำของรัฐบาล นักทฤษฎีกฎหมายบางท่านก็อธิบายว่าการกระทำของรัฐบาลก็คือการอธิบายถึงหลักความคุ้มกันนี้เอง โดยหลักความคุ้มกันนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยเหตุผลที่จำเป็นของ หลักเหตุผลของรัฐซึ่งเขา เห็นว่ามีความจำเป็นในบางเรื่องของรัฐที่มีอยู่ตลอดเวลาในตัวของมันเอง ซึ่งไม่สามารถที่จะบังคับ ให้รัฐแสดงออกมาได้อย่างเป็นรูปธรรมว่า เรื่องนั้นๆมีอยู่อย่างไร ดังนั้นการกระทำของรัฐบาล ก็คือ การกระทำที่อยู่ภายใต้ความจำเป็นในเรื่องนั่นเองดังที่โอริยูได้วิจารณ์ในท้ายคำวินิจฉัยคดีว่า “การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใด อย่างหนึ่งซึ่งถ้ามิได้มีการ ดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์ เหล่านี้เกิดขึ้นนั้นก็ถือเป็นการเกิดหลักการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง”โดยที่โอริยู<sup>54</sup>ได้อธิบายต่อไปว่า รัฐบาลมีความจำเป็นโดยตลอดเวลาที่จะต้องรักษาพื้นที่หรืออำนาจบางส่วนของตนเองไว้ไม่ว่าด้วย วิธีทางใดที่จะให้ตัวเองปลอดภัยจากการควบคุมโดยองค์กรอื่น ซึ่งพื้นที่หรืออำนาจหน้าที่ในเรื่อง การกระทำของรัฐบาลนี้ก็คือหลักความคุ้มกันนี้เองและได้มีนักกฎหมายที่พยายาม อธิบายเรื่องการกระทำของรัฐบาลว่ามีพัฒนาการจากเรื่องความคุ้มกันนี้เองโดย โกร (Gros)<sup>55</sup>ได้อธิบายจากแนวคิดที่ว่าในสมัยที่ฝรั่งเศสยังมีพระมหากษัตริย์สมัยราชวงศ์บูบอง (ในสมัย นั้นศาลปกครองยังมีลักษณะเป็น Justice Retenue) ซึ่งพระองค์ไม่มีความไว้วางใจในศาลปกครอง (Conseil d'Etat) จึงทรงออกพระราชกำหนดนี้ทำให้ระบบ Justice retenue เข้มแข็งยิ่งขึ้นโดยพระ ราชกำหนดสองฉบับนี้ อนุญาตให้พระมหากษัตริย์ราชวงศ์บูบองสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งของ ศาลปกครองได้ ซึ่งหมายความว่า ถ้าการกระทำบางอย่างที่ไม่อยากให้อยู่ภายใต้การควบคุมจากศาล

<sup>54</sup> Chalvidan, (1982 : 6). “Doctrines et acte de gouvernement.” A.J.D.A. (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนา กุล, 2538 : 33)

<sup>55</sup> Gros. (1932). Survanche de la raison d'Etat. P.5 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนา กุล, 2538 : 33)

แล้ว กษัตริย์ก็สามารถมีคำสั่งเช่นนั้นได้และอำนาจดังกล่าวนี้คงอยู่มาจนถึงปี ค.ศ.1830 แต่ว่ายังคงมีเรื่องการลงนามในกฎหมายของพระมหากษัตริย์ ซึ่งชี้ให้เห็นว่ากษัตริย์ยังมีอำนาจในการยับยั้งกฎหมายและอาจถือได้ว่า เรื่องนี้ก็คือการเกิดหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง

## 2.2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลนี้นับเป็นทฤษฎีที่ประเทศพัฒนาแล้วสากลในโลกต่างมีข้อระเบียบกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนในการปฏิบัติที่เหมือนกัน กล่าวคือเป็นทฤษฎีที่ต่างก็ถือว่าเป็นกฎเหล็กที่จำกัดขอบเขตอำนาจของศาลไม่ให้ก้าวก่ายในทางการเมืองซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำในทางนโยบายของรัฐสภาหรือในทางระหว่างประเทศของรัฐบาลที่เป็นข้อเงื่อนไขที่ปราศจากการตรวจสอบในทางศาลปกครอง แต่ทั้งนี้จะตรวจสอบได้ในทางรัฐสภาที่ต้องปฏิบัติตามระเบียบกฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดวิธีการขั้นตอนในการใช้อำนาจกระทำที่เป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาลในเรื่องนั้นๆ

### 2.2.2.1 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลในต่างประเทศ

#### 1) ประเทศฝรั่งเศส

##### (1) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลในปัจจุบัน

ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลที่ผ่านมาในอดีตที่ได้ผ่านมาแล้วนั้น มีนักทฤษฎีหลายคนพยายามอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของการกระทำของรัฐบาลในบางทีก็อธิบายว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางการเมืองหรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มกันในทางศาลซึ่งแนวคิดของซาปูและชาวาคาลนั้นเห็นแตกต่างจากเรื่องนี้ซึ่งเขาไม่เห็นด้วยกับ โอริยูและนักทฤษฎีที่พยายามอธิบายโดยเอาผลมาเป็นเหตุโดยดูจากว่าการกระทำใดที่ศาลไม่คุ้มครองการกระทำนั้นก็คือการกระทำของรัฐบาลโดยซาปู เห็นว่าการพูดถึงเรื่องทางการเมืองนั้นไม่เป็นการอธิบายในเรื่องของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายการกระทำของรัฐบาล ก็คือ การกระทำที่ศาลไม่ควบคุมตรวจสอบนั้น ซาปูก็อธิบายว่าเป็นเรื่องปลายเหตุไม่ใช่การพูดถึงองค์ประกอบทางกฎหมาย แต่เป็นการพูดถึงผลของการเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยซาปู พยายามหาหลักเกณฑ์ในการแยกว่าการกระทำอย่างไรคือการกระทำของรัฐบาล โดยพยายามแยกแยะหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย กล่าวคือ การแยกแยะในการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารในฐานะทางฝ่ายปกครองกับอีกฐานะหนึ่งก็คือการกระทำในฐานะเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยอธิบายว่า การกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง จะมีใช้การกระทำของรัฐบาลและทั้งนี้ซาปู ได้อธิบายโต้แย้งการใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำนั้นคือการกระทำของรัฐบาลเป็นประการหนึ่งและประการที่สองหลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่เป็นเรื่อง

ทางการเมืองแล้วถือเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งชาปุกก็ไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้เช่นกัน โดยเขาได้อธิบายดังนี้<sup>56</sup>

ก. หลักความคุ้มกันทางศาล (La immunité juridictionnelle)

การกระทำใดๆที่ศาลไม่เข้าควบคุมถือเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยใช้หลักความคุ้มกันในทางศาลนั้น ซึ่งชาปุกไม่เห็นด้วยกับหลักนี้โดยมีเหตุโต้แย้งอยู่ 3 ประการก็คือ ประการที่ 1 หลักความคุ้มกันทางศาลมิได้สามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกได้ เพราะความคุ้มกันทางศาลนี้ไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้นแต่เป็นเหตุที่จะไม่สามารถแบ่งแยกหาหลักเกณฑ์ได้ว่าการกระทำนั้นๆ ศาลจะไม่ควบคุม เนื่องจากมีความคุ้มกันในทางศาล มิใช่ว่าเมื่อการกระทำใดได้รับความคุ้มกันในทางศาลแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไปไม่

ประการที่ 2 ปัญหาที่เผชิญอยู่นั้นมิใช่ว่าปัญหานี้จะพิจารณาเพื่อจะรู้ว่า การกระทำใดในเวลาใดเวลาหนึ่ง จะได้รับความคุ้มกันในทางศาลแต่เป็นปัญหาที่เราอยากว่าการกระทำนั้น โดยสิทธิและโดยสภาพของการกระทำแล้วจำเป็นจะต้องอยู่ภายใต้ระบบคุ้มกันในทางศาลหรือไม่ และนอกจากนี้ก็เพื่อที่จะแสดงว่ามีการกระทำอย่างอื่นอีกหรือไม่ที่ได้รับความคุ้มกัน หรือไม่ได้รับความคุ้มกันในทางศาล

ประการที่ 3 ความคุ้มกันในทางศาล ไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใด เพราะหลักความคุ้มกันนั้นมีความหมายที่กว้างขวางมาก และเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการที่จำเป็นอันเป็นเหตุผลของรัฐ และมีการกระทำเป็นจำนวนมากที่อยู่ภายใต้หลักความคุ้มกันนี้ การที่เราอาศัยหลักเกณฑ์นี้มาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำของรัฐบาล จึงไม่สามารถทำให้เราแยกแยะการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำอย่างอื่นได้

ข. หลักเหตุผลทางการเมือง

การกระทำของรัฐบาลกับทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาคดีต่างๆที่เกิดขึ้นที่ศาลไม่เข้าควบคุมการกระทำของรัฐบาล โดยอ้างว่าเป็นเรื่องทางการเมืองชั้นสูง ชาปุกก็อธิบายว่า อาจจะเป็นไปได้ว่าการที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมนั้นอาจเป็นเพราะ

ประการที่ 1 ศาลพยายามจำกัดตัวเองในการควบคุมฝ่ายปกครอง เพราะศาลอาจเล็งเห็นว่า ถ้าศาลเข้าควบคุมฝ่ายปกครองในทุกๆเรื่องแล้วผลที่ตามมาอาจทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความรู้สึกขัดแย้งไม่ยอมรับ และจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่ยอมอยู่ภายใต้การควบคุมจาก

<sup>56</sup> Chapus. (1958). "L'acte de gouvernement monster ou victime." Recueil Dalloz . p8 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 35)

ศาล เพราะฉะนั้นวิถีทางที่ดีที่สุดก็คือศาลควรจะจำกัดตัวเอง โดยในบางเรื่องศาลจะเข้าควบคุมอย่างมาก แต่ในขณะที่เดียวกันในบางเรื่องศาลก็จะไม่คุม เพื่อที่จะพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าเผชิญหน้ากับฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล เพื่อที่จะได้มีอิสระในการเข้าไปควบคุมในเรื่องอื่นๆมากยิ่งขึ้น

ประการที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองชั้นสูงนั้นเป็นเรื่องที่ศาลก็ไม่อยากที่จะเข้าไปควบคุมและถึงอย่างไรก็ตามที่การกระทำนั้นๆศาลก็ไม่สามารถควบคุมหรือบังคับให้เป็นผลอยู่แล้ว ดังนั้นศาลจึงไม่ควบคุมเสียดีกว่า

ดังนั้น ชาวไปได้อธิบายถึงการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องทางการเมืองหลักความคุ้มกันมาอธิบายนั้น มิใช่เป็นเรื่องทางกฎหมายเลยกลายเป็นเรื่องการพูดคุยกันไปอย่างเล่นๆไปเรื่อยๆโดยมิได้คิดอะไรให้เป็นเรื่องจริงจังขึ้นมาได้แต่มิได้เป็นการนำเรื่องของเหตุผลในทางกฎหมายมาวิเคราะห์ที่จะลึกลงไป เพราะโดยท้ายที่สุด ถ้าการกระทำใดที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมการกระทำนั้นก็กลายเป็นเรื่องทางการเมือง ดังนั้นจึงควรหาหลักเกณฑ์ที่ดี เพื่อที่จะอธิบายได้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำของรัฐบาล หรือการกระทำใดเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง

## (2) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้ทฤษฎีกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งจึงพยายามที่จะอธิบายถึงความหมายของการกระทำของรัฐบาลโดยพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบของกฎหมายและพยายามหาบทบัญญัติของกฎหมายที่จะอธิบายถึงการกระทำของรัฐบาลนักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายโดยพิจารณาที่ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะในพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองต่างๆว่ามีบทบัญญัติที่พูดถึงการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยการเร่ เดอ มานแบร์ (Carré de malbert) ได้พิจารณาจากบทบัญญัตินี้

ก. กฎหมายลำดับรอง(décret)ที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครอง ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ.1852 ที่มีบทบัญญัติว่า“เราควรจะรวมศูนย์อำนาจการกระทำของรัฐบาล แต่เราควรการกระจายอำนาจทางปกครอง” ซึ่งหมายถึงว่ากฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งแยกลักษณะของการกระทำทางปกครองออกจากลักษณะของการการกระทำของรัฐบาล ซึ่งเท่ากับว่ามียอมรับว่ามีลักษณะของการกระทำหรือกิจกรรมของรัฐบาลที่แยกออกจากการกระทำหรือกิจกรรมทางปกครองได้นั่นเอง

ข. นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ.1872 ซึ่งอยู่ในมาตรา 26 โดยเป็นการลอกเลียนแบบมาจากพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ.1849 ในมาตรา 47 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐมนตรีมีสิทธิที่จะประกาศต่อหน้าศาลระดับความขัดแย้งว่ากิจการที่อยู่ในความดูแลของศาลระดับความขัดแย้งนั้น โดยรัฐมนตรีสามารถที่จะมีคำสั่งว่าคดีนั้นๆ มิใช่คดี

ปกครอง แต่เป็นการกระทำของรัฐบาล” แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามีรัฐมนตรีคนใดใช้สิทธิ เช่นว่านั่นทั้งนี้คงเป็นเพราะศาลระงับความขัดแย้งได้พยายามหลีกเลี่ยงโดยปริยายอยู่แล้วในการที่จะไปควบคุมการกระทำที่ตนเห็นว่ามีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยสรุปแล้ว การ์เร่ เดอ มานแบร์ จึงอธิบายว่าการกระทำของรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากมีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ในเรื่องนี้

(3) ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลกับหลักการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาล กับหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้ได้อธิบายถึงการกระทำของรัฐบาลโดยพิจารณาพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐบาล โดยการแบ่งแยกระหว่างหน้าที่หรือกิจกรรมของรัฐบาลกับหน้าที่ หรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง โดยถ้าจะสืบสาวถึงพัฒนาการในเรื่องนี้ก็อาจพิจารณาได้จากนักคิดในสมัย จอห์น ล็อก ที่ได้แยกอำนาจระหว่าง Federative กับอำนาจของ Executive ออกจากกันและนักคิดคนต่อมาที่พูดถึงเรื่องนี่คือ ลาแฟร์รีเยร์ (Laferriere) ที่เป็นนักกฎหมายปกครองที่ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของฝรั่งเศส โดยเขาได้กล่าวไว้ว่า การปกครอง คือ การปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นประจำวันและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองในเมืองหลวงหรือในระดับท้องถิ่น หรือประชาชนกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่รัฐบาลเป็นเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามเรื่องของสังคมในทางการเมืองทั้งหมดและเป็นเรื่องของการดูแลเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญและเป็นเรื่องของการทำให้อำนาจทางสาธารณะที่สำคัญกล่าว คือ อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารให้ดำเนินไปได้ด้วยดีและเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในต่างประเทศ

นอกจากนี้ยังมีนักทฤษฎีอีกท่านหนึ่งที่อธิบายถึงการกระทำของรัฐบาลว่าเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลออกจากหน้าที่ของฝ่ายปกครองโดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกการกระทำของรัฐบาลกับการกระทำทางปกครองที่ดีที่สุดก็คือโดยพิจารณาจากกิจกรรมนั้น เป็นกิจกรรมของรัฐบาลหรือกิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง (L'activite gouvernementale vs. l'activite administrative) โดยซาปู อธิบายว่าในอดีตเรามีการแบ่งแยกระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครองโดยพิจารณาถึงลักษณะในเนื้อหาของงานของศาลยุติธรรม ซึ่งก็คือการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ในขณะที่เดียวกันเราก็พิจารณาเนื้อหาของงานของศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาคดีทางปกครอง ดังนั้นคดีที่อยู่นอกอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองก็ไม่อาจพิจารณาคดีได้ เช่นเดียวกันถ้ามิใช่คดีแพ่ง หรือคดีอาญา ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจพิจารณาคดีได้เช่นกัน ดังนั้นถ้าเราพิจารณาเรื่องการกระทำของรัฐบาล เราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง

กับการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์ประกอบในเรื่องขอเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยพิจารณาดังนี้คือ

#### ก. การพิจารณาในแง่ขององค์กร

ซาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์ประกอบในเรื่องขอเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยพิจารณาดังนี้

1. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็มีใช้การกระทำของรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองในทางศาลแต่ไม่มีได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำของรัฐบาล
2. การกระทำของรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส เท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล
3. ในกรณีการกระทำผสมกล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลเช่นเดียวกัน

#### ข. การพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำของรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาถึงองค์การดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้กระทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำหรือกิจกรรมที่ได้กระทำของฝ่ายบริหาร โดยรัฐบาลนั้นทั้งนี้เพราะรัฐบาลอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังจะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจมีการกระทำทางปกครองไปพร้อมๆ กับการกระทำในทางตุลาการก็ได้ องค์กรหนึ่งอาจจะมีสองฐานะไปพร้อมๆกันก็ได้ ดังนั้นในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการไปพร้อมๆกันก็ได้ โดยซาปูอธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการกระทำในทางปกครองกับการกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึง จะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐบาลหรือกิจกรรมของรัฐบาลออกเป็นการกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งนั่นก็คือหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง เช่น การกระทำที่เกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติในเวลาปกติหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติในเวลาสงครามหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีและกฎหมายลำดับรองต่างๆที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมืองดังในคดี Gombert, Rouche, Tixcier, Dame Marguerite Durand

ในฝรั่งเศสการกระทำของรัฐบาลนั้นเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจการควบคุมของอำนาจตุลาการ (Le controle Jurisdictional) ทั้งขอบเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งการกระทำของรัฐบาลนี้เป็นปัญหาในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากหลักการกระทำของรัฐบาลมาจากคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และคำพิพากษาของศาลระงับความขัดแย้งหรือศาลชี้ขาดข้อพิพาท (Le Tribunal des Conflits) ซึ่งเป็นปัญหาที่ศาลปฏิเสธไม่รับพิจารณาว่าไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจในกรณีที่เป็น “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งในฝรั่งเศสเรียกการกระทำของรัฐบาลว่า “การกระทำจริงๆของรัฐบาล” เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารส่วนการกระทำของรัฐบาล มีความหมายเป็นพิเศษแตกต่างออกไป

(4) ทฤษฎีการกระทำที่แบ่งแยกได้ หรือ (Théorie de l'acte detachable)

หลักนี้ได้พัฒนามาจากการกระทำทางปกครองที่แยกออกจากรูปแบบการกระทำทางปกครองอื่นได้ (théorie des actes détachables) เพราะเป็นที่ยอมรับกันว่า การกระทำทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาลสามารถแยกและแตกออกจากการกระทำของรัฐบาลสามารถตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลได้ (soumise au contrôle du juge) แนวคำพิพากษานี้พัฒนาขึ้นมา มากในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยศาลได้วินิจฉัยว่าการกระทำที่เป็นมาตรการที่โน้มไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องภายใน (l'ordre interne) ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่โน้มไปในกิจการระหว่างประเทศ (l'ordre international) ซึ่งเป็นเรื่องในทางการเมืองระหว่างประเทศที่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง (actes administratifs) เลข<sup>57</sup> การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้นี้ได้รับการยอมรับมากขึ้นๆ และบัดนี้การกระทำเหล่านี้ อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองได้ ได้แก่ การฟ้องการตัดสินใจของประธานาธิบดีในการให้สัตยาบันการทำอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งไม่ได้หมายรวมถึงการฟ้องตัวอนุสัญญา (les decision de ratification des convention internationaux qui ne se confondent pas avec les convention elles-mêmes)<sup>58</sup> หรือการฟ้องเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการให้สัตยาบัน

<sup>57</sup> (B. Genevois, concl. Sur CE, sect, 22 déc. 1978, Co Thanh Nghia, Rec. CE 523) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. “Jurisclasseur. (Version ,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation.” (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>58</sup> (CE, 5 fév. 1926, C araco, Rec. CE 125) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. “Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation.” (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)



ในสนธิสัญญา<sup>59</sup> หรือการฟ้องคดีหรือการตัดสินใจให้ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารแก่รัฐต่างประเทศ<sup>60</sup> การฟ้องคดีตัดสินใจหรือคำสั่งให้ส่งบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน(decisions d'extradition)<sup>61</sup> หรือแม้กระทั่งการฟ้องการปฏิเสธไม่ส่งผู้ร้ายข้ามแดน<sup>62</sup> หรือการฟ้องคดีหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับการเคลื่อนกำลังทหารต่างประเทศฝรั่งเศส<sup>63</sup> การฟ้องคดีตัดสินใจห้ามการส่งสินค้าออก<sup>64</sup> หรือการฟ้องคดีตัดสินใจของหน้าที่กงสุลในเรื่องการมอบเอกสารทางกงสุล<sup>65</sup> สภาแห่งรัฐสามารถควบคุมการกระทำบางส่วนที่แยกออกมาจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เนื่องจากการกระทำของรัฐบาลนั้น สภาแห่งรัฐไม่อาจตรวจสอบได้ แต่เมื่อใช้ทฤษฎีการกระทำที่แบ่งแยกได้ ทำให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นได้โดยมีกฎหมายภายในรับรอง ดังนั้นเมื่อสภาแห่งรัฐได้พิจารณาเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกได้ต่างหากจากความสัมพันธ์ในทางการทูตหรือในเรื่องสนธิสัญญาระหว่างประเทศ อันได้แก่มาตรการต่างๆที่เมื่อ

<sup>59</sup> (CE ass., 18 déc. 1998 , SAAL du parc du activités de Blotzheim,AJDA 1999, 180) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>60</sup> (CE, 22 déc. 1978), Co Thanh Nghia, AJDA avr.1979 p.36 อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>61</sup> (CE, ass., 15 oct. 1993, Aylor, Rec.CE 283) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>62</sup> (CE., ass., 15 oct. 1993, Royaume-uni, Rec.CE 267 ; 14 déc. 1994 Gvt.suisse, Rec.CE 549) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>63</sup> (CE, 13 juil. 1967, Rec.CE 308) อ้างถึงใน Auby prof. (1999,22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version ,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>64</sup> (CE, 19 fév. 1988, Stê Robatel SLPI, Rec.CE 74) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

<sup>65</sup> (CE,ass, 29 sept.1995,assoc.Greenpeace France,Rec.CE 347) อ้างถึงใน Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำที่เป็นอิสระแยกออกจากต้นกำเนิดหรือแยกออกจากผลในทางระหว่างประเทศได้ สภาแห่งรัฐก็จะเข้าตรวจสอบเพื่อให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย

## 2) ประเทศเยอรมัน

การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายปกครองมีรูปแบบที่สำคัญคือ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายปกครองเพื่อให้เจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับบรรลุวัตถุประสงค์ได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยปราศจากอคติและไม่บิดเบือนการใช้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ของตน การกระทำนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมายในทางส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือผู้ทำสัญญาทางปกครองย่อมไม่มีความรับผิดชอบเป็นความรับผิดในทางกฎหมายปกครองคือเรื่องวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการแต่ละประเภทความรับผิดในทางกฎหมายแพ่ง คือ เรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดในทางอาญา<sup>66</sup>

### (1) แนวความคิดของการกระทำของฝ่ายปกครอง

แนวความคิดของการกระทำของฝ่ายปกครองนี้เป็นความคิดในเรื่องของการพิจารณาหลักนิติรัฐ ในฐานะที่เป็นวิญญูณที่อยู่เบื้องหลังของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในลักษณะที่ผลักดันให้เป็นรูปธรรมมีแก่นสารในการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ(die Staatliche Willkur) ซึ่งเป็นหลักในกฎหมายปกครองในเรื่องของการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ความคิดในเรื่องการประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชนและการที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่างๆ คือ ประชาชนอย่างเสมอหน้าล้วนแต่เป็นมาตรการที่ควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ ความคิดในเรื่องศักดิ์ศรีของความ เป็นมนุษย์เป็นความคิดที่เสริมหลักนิติรัฐและเป็นวิญญูณที่อยู่เบื้องหลังเช่นกัน ในระยะหลังได้มีการนำแนวความคิดเรื่องประชาธิปไตยและเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนมาพิจารณาประกอบกับกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย

ก. อำเภอใจของการใช้อำนาจรัฐและการใช้อำนาจรัฐอย่างบิดเบือนเป็นแก่นสารของปัญหา “อำนาจรัฐทุกประเภทรวมทั้งอำนาจของฝ่ายปกครองตัวอำนาจนั้นมีแนวโน้มที่จะพยายามให้หลุดพ้นไปจากเงื่อนไขข้อผูกมัดใดๆของการใช้อำนาจเท่าที่จะเป็นไปได้ แม้ประมวลกฎหมายเยอรมัน มาตรา 226 ก็ยังบัญญัติ ไว้ว่าการใช้สิทธิของตนที่มีวัตถุประสงค์ให้เกิดความ

<sup>66</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2548). “การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง.” คู่มือปริญญานิเทศน์ศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 23, 3. หน้า 23.

เสียหายแก่ผู้อื่นนั้นย่อมกระทำไม่ได้ซึ่ง K.A.Bettermann เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวมิใช่จะเจาะจงใช้เฉพาะเรื่องในทางแพ่งเท่านั้นแต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่นำไปใช้ในกฎหมายมหาชนได้ด้วย”

อำเภอใจ คือ พฤติกรรมอย่างหนึ่งที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขัดแย้งกับหลักกฎหมายต่างๆ โดยสิ้นเชิงหน้าที่สำคัญที่สุดอย่างหนึ่งของนิติรัฐก็คือการจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจและการใช้อำนาจอย่างบิดเบือนมาตั้งแต่อดีต ปัจจุบันและคงจะต้องเกิดมีขึ้นต่อไปในอนาคตในจิตใจได้สำนึกของประชาชนจะเข้าใจว่าการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจนั้นคือการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จนั้น ฝ่ายปกครองมีอิสระในการกระทำการต่างๆ กล่าวคือไม่มีกฎหมายมากำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจและไม่มีข้อห้ามใดๆ ว่าผู้วินิจฉัยสั่งการทางปกครองใดๆ จะต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้นกฎเกณฑ์ต่างๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้นจะเป็นเพียงคำสั่งให้ปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาแต่ไม่ใช่ตัวบทกฎหมาย การปฏิบัติฝรั่งเศสทำให้อิทธิพลความคิดเรื่องเสรีภาพ เสมอภาค มาเรียกร้องให้มีการจำกัดขอบเขตของอำเภอใจที่ใดไม่มีกฎหมายบัญญัติในเรื่องใด การกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องนั้นๆ มักถูกมองว่าเป็นการกระทำตามอำเภอใจ ขจัดอำเภอใจของรัฐ รวมทั้งป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ เพื่อให้การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการวินิจฉัยสั่งการตามภาวะวิสัยและชอบด้วยกฎหมาย การวินิจฉัยสั่งการตามอำเภอใจจะต้องทดแทนด้วยกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตามตัวบทกฎหมาย จะต้องตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกอย่าง เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจได้เลย การใช้อำนาจก้าวล้ำไปกระทบกระเทือนกรรมสิทธิ์ของประชาชน ในช่วงระยะเวลาสมัยนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมมาในสมัยของรัฐที่พวกขุนนางเป็นใหญ่ของศตวรรษที่ 18 เจ้าผู้ครองนครจะใช้อำนาจก้าวล้ำไปกระทบกระเทือนกรรมสิทธิ์ของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อเป็นเรื่องความจำเป็นของรัฐเพื่อประโยชน์ของสาธารณชน การปกครองด้วยอำนาจรัฐจะต้องผูกพันกับกฎหรือหลักเกณฑ์ที่เป็นภาวะวิสัยหลักการแบ่งแยกอำนาจเริ่มจะแทรกซึมไปในจิตใจได้สำนึกของประชาชนอย่างกว้างขวาง และความคิดในเรื่องนิติรัฐก็เริ่มแผ่ขยายขอบเขตมากขึ้น โดยพยายามสร้างมาตรการต่างๆ มาควบคุมฝ่ายปกครอง การพยายามให้ได้มาซึ่งศาลปกครองในศตวรรษที่ 19 เป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ เพราะศาลปกครองมีความมุ่งหมายที่จะตรวจสอบทบทวนการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ ในทางปฏิบัติศาลปกครองจะควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองและฝ่ายปกครองและผลของการกระทำของฝ่ายปกครองและจะตรวจสอบถึงวิธีการพิจารณาว่าขั้นตอนที่มาของการวินิจฉัยสั่งการนั้นตามหลักการพิสูจน์ความจริงโดยรัฐ ศาลจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นหลักในการพิจารณา เมื่อศาลตรวจสอบขั้นตอนที่มาของการวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งจะแผ่ด้วยวิญญูณของการจัด

อำเภอใจของฝ่ายปกครองและรักษาไว้ซึ่งความยุติธรรม ศาลปกครองจะตรวจสอบสอบสวนทวนการกระทำทางปกครองภายใต้ความนึกคิด ทำนองเดียวกับวิธีพิจารณาในชั้นศาล หากเห็นว่าไม่ชอบก็ยกเลิกการกระทำทางปกครองนั้นเสีย เช่นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่คำนึงถึงหลักกฎหมาย วิธีพิจารณาเรื่องความไม่มีส่วนได้เสียและการรับฟังคู่ความ เป็นต้น

#### ข. มาตรการในการจัดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ

ในนิติรัฐ ความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย การประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และการที่ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการต่างๆต่อประชาชนอย่างเสมอภาค คือมาตรการในการจัดการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ<sup>67</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเป็นระเบียบทางกฎหมายในนิติรัฐจะบังเกิดขึ้นเมื่อปราศจากอันตรายอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจ โดยมีหลักประกันว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย มีการประกันสิทธิทางศาลให้กับประชาชน และยึดหลักความเสมอภาค

1. หลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย มีหลักสำคัญมีอยู่สองประการของหลักการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จะต้องชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้แก่ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย และในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ กล่าวคือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ในขอบเขตของตัวบท ช่วงต้นของการเกิดความคิดเกี่ยวกับหลักทั่วไปในวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวจนถึงในช่วงกึ่งศตวรรษหลังของศตวรรษที่ 19 ก็ยังอาจกล่าวได้ว่าในเรื่องนี้ก็ยังมิช่องว่างของกฎหมายอยู่ศาลพยายามจะอุดช่องว่างของกฎหมายในเรื่องนี้ด้วยการหาหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้หรือด้วยการเทียบเคียงจากหลักกฎหมายทั่วไปของวิธีพิจารณาความของศาลการพยายามสร้างความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะเป็นการเทียบเคียงกฎหมายมากกว่าการเทียบเคียงตัวบทบัญญัติจนพัฒนาเป็นหลักกฎหมายตามกฎหมายจารีตประเพณี(บรรทัดฐานตามคำพิพากษา) และนับแต่นั้นมาหลักทั่วไปในวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็เป็นเพียงช่องว่างทางตัวบทบัญญัติ จนถึงเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 1976

2. ความคิดเกี่ยวกับประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในฐานะมาตรการในการจัดการใช้อำนาจตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง โครงสร้างของการประกันสิทธิให้แก่

<sup>67</sup> กมลชัย รัตนสภาวะวงศ์. (2544). หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. หน้า113 – 116.

ประชาชน : การประกันสิทธิในเชิงป้องกันและในเชิงแก้ไขการประกันสิทธิในเชิงแก้ไขที่อยู่ในส่วนของการใช้อำนาจตุลาการ หมายถึง การควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาล ภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้วินิจฉัยสั่งการไปแล้ว การประกันสิทธิในเชิงแก้ไขที่อยู่ในส่วนของการใช้อำนาจบริหารในชั้นของการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง การประกันสิทธิในเชิงแก้ไขทั้งสองส่วนนี้มีหน้าที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การประกันสิทธิในเชิงแก้ไขที่อยู่ในอำนาจบริหารนั้น จะควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายและเนื้อหาของการใช้ดุลพินิจด้วย แต่การประกันสิทธิในเชิงแก้ไขที่อยู่ในอำนาจตุลาการนั้นจะควบคุมตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการวินิจฉัยสั่งการเท่านั้นเพราะศาลปกครองมีหน้าที่ตรวจสอบในเรื่องทางกฎหมาย ซึ่งไม่รวมถึงการใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย การพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ ก่อนที่จะเริ่มเกิดแนวความคิดเรื่องนิติรัฐ จะมีช่องว่างในการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำนวนมากในกลางศตวรรษที่ 19 ยอมรับกันว่าการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสาขากฎหมายมหาชนเป็น หลักสำคัญ และจำเป็นในนิติรัฐ การพยายามที่จะจัดตั้งศาลปกครองก็จะชูความคิดเรื่องการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในฐานะที่ศาลปกครองจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง เป็นที่ยอมรับกัน ในครั้งนั้นว่าเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้วก็จะเป็นการให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนอย่างเพียงพอ การประกันสิทธิเสรีภาพให้แก่ปัจเจกชนถือว่าเป็นวัตถุประสงค์ของรัฐด้วย O.Baehr และ O.v.Gierke มีความเห็นว่า รัฐในนิติรัฐก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปมิใช่อยู่เหนือกฎหมาย ส่วน R.v.Gneist เห็นว่าการจัดตั้งศาลปกครองที่มีความเป็นอิสระจากอำนาจบริหารนั้นเป็นการทำนิติรัฐให้เป็นจริงเพราะประชาชนสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลได้ ความคิดในเรื่องศาลปกครองได้ปรากฏในบทบัญญัติ มาตรา 182 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ฉบับฟรังเฟิร์ต (Paulskirchenverfassung) ลงวันที่ 27 ธันวาคม 1848 และมาตรา 3 ของพระธรรมนูญศาลแห่งมลรัฐโอเดนบวร์ก ลงวันที่ 29 สิงหาคม 1857 แต่วิธีพิจารณาความในศาลปกครองจะเป็นอย่างไรนั้น ยังไม่ได้มีการบัญญัติไว้แต่อย่างใดและในสามทศวรรษสุดท้ายของศตวรรษที่ 19 ศาลปกครองต่างๆ ในเยอรมันพยายามหาโอกาสจัดนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายและให้ฝ่ายปกครองกระทำการมิให้ขัดต่อกฎหมายภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

#### ค. ช่องว่างของการประกันสิทธิในเชิงแก้ไข มีดังนี้

1. กรณีที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้ จุดอ่อนของการประกันสิทธิในเชิงแก้ไขโดยศาลอยู่ที่การตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจด้วยและในการตีความหรือการปรับบทถ้อยคำของบทบัญญัติทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งศาลจะสำรวจไม่ก้าวไปทบทวนการตีความหรือการปรับบทที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอีกการ

ประกันสิทธิทางศาลต่อการกระทำของฝ่ายปกครองหรือฝ่ายบริหาร มิใช่เป็นเพียงหนทางเดียวหรือวิธีทางที่ดีที่สุดหรือเหมาะสมที่สุดในการควบคุมฝ่ายปกครองและในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนกฎหมายในยุคหลังนี้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ผู้มีความรู้พิเศษเฉพาะด้าน นอกเหนือจากนักกฎหมายเป็นผู้ประเมินความหมายของบทบัญญัติในกรณีเฉพาะด้าน โดยการที่ฝ่ายปกครองออกกฎหมายลำดับรองกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนในการมอบอำนาจนิติบัญญัติตามมาตรา 80 แห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธ์รัฐในประเด็นของกรณีศาลไม่อาจตรวจสอบได้ดังกล่าวนี้ M.Bullinger ได้หยิบยกขึ้นมาชี้ให้เห็นว่า ในเรื่องที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยอาศัยความรู้พิเศษเฉพาะด้านทางเทคนิคหรือการวางแผนพัฒนาประเทศหรือการกระทำที่เป็นไปตามนโยบายที่ฝ่ายบริหารกำหนดไว้มากเท่าใดก็จะเป็นการโอนอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลไปมากเท่านั้นโดยปริยาย ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากรณีดังกล่าวศาลจะมีส่วนร่วมในการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองความมีส่วนร่วมดังกล่าวไม่อาจปรับกับหลักกฎหมายที่ว่า “ความยินยอมไม่ก่อให้เกิดความเสียหาย”(Volunt non fit injuria) ศาลปกครองจะต้องยอมรับว่ากรณีความหรือปรับบทของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้พิเศษเฉพาะด้านเป็นการยุติ

## 2. การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง

การที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตามกฎหมายไม่เพียงแต่ทำให้ฝ่ายปกครองมีความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ยังสัมพันธ์กับฝ่ายตุลาการด้วย ฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือไม่ฝ่ายปกครองจึงอยู่ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรผู้ตรากฎหมายและศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรผู้ควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย แต่การควบคุมของฝ่ายตุลาการโดยศาลปกครองนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง “ไม่มีศาลโดยไม่มีผู้ฟ้องร้อง” อำนาจควบคุมของศาลปกครองนี้อาจส่งผลก่อนล่วงหน้าบ้างฝ่ายปกครองใช้กฎหมายในเชิงบริหารจะต้องกระทำการให้ชอบด้วยกฎหมาย(rechtmässig)และชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือนโยบายของกฎหมายนั้น(zweckmässig) ศาลปกครองใช้กฎหมายทำนองฝ่ายปกครองแต่ควบคุมตรวจสอบถึงความถูกต้องในการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเฉพาะในเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย(Rechtmässigkeit) สำหรับเรื่องความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือนโยบาย

ของกฎหมายนั้น(Zweckmassigkeit)เป็นเรื่องของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะเท่านั้นศาลปกครองจะไม่วินิจฉัยถึงเนื้อหาในเรื่องนี้<sup>68</sup>

### 3) ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษหลักการกระทำของรัฐบาล (Act of state) ของประเทศอังกฤษนั้นสามารถที่จะอธิบายเทียบเคียงได้กับหลักที่ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาล หรือรัฐต่างประเทศ การดำเนินการทางการทูต เป็นต้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารเหล่านี้ไม่อาจที่จะถูกควบคุมตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจนั้นๆ จากศาลได้ เช่นเดียวกับหลักการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง

#### (1) แนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายและการปกครอง

โดยหลักการกระทำของรัฐบาลของประเทศอังกฤษ มีพื้นฐานเกิดจากการมีการวิวัฒนาการมาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์(Royal Prerogative) และศาลอังกฤษได้ตัดสินใจหลักการนี้เพื่อจำกัดตัวเองในการใช้อำนาจควบคุมฝ่ายบริหารในกิจการเหล่านี้ตั้งนี้ก่อนที่จะได้ทำการศึกษาดังกล่าวถึงหลักการกระทำของรัฐบาล ซึ่งจำเป็นต้องกล่าวถึงแนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายและการปกครองของอังกฤษในปัจจุบันเสียก่อนซึ่งถือเป็นพัฒนาการเริ่มต้นของหลักการกระทำของรัฐบาลนั่นเอง

#### ก. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative)

ในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นี้เป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันหลักทุกสถาบันของระบบการปกครองอังกฤษเรื่อยมาสถาบันหลักที่ก่อตั้งขึ้นมาโดยพระราชอำนาจก็คือ สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน (Curia Regis) ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ผ่านองค์กรแห่งนี้ทั้งสิ้นต่อมาคณะกรรมการต่างๆ ขององค์กรนี้ก็เริ่มแยกทำงานเป็นเอกเทศ เช่นในส่วนการขอความยินยอมในการเก็บภาษีอากร การตรากฎหมาย ก็เป็นอำนาจของสภา (Parliament) ที่จะยินยอมหรือเห็นชอบตามที่พระมหากษัตริย์ทรงร้องขอ ด้วยเหตุนี้ การเรียกประชุมรัฐสภา การเปิดปิดประชุมรัฐสภาและการยุบสภาฯ จึงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ มาแต่โบราณกาลเรื่อยมาตราบเท่าทุกวันนี้<sup>69</sup> การไม่ไว้ใจอำนาจบริหารที่มีมากเกินไปโดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์อังกฤษ ตลอดระยะเวลาอันยาวนานนั้น

<sup>68</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. หน้า 3-4.

<sup>69</sup> สุวีร์ ศรีพุทธานุกุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 43.

พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารทรงพยายามจะขยายพระราชอำนาจ แต่ไม่เคยทรงประสบความสำเร็จด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายและระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษจึงไม่ยอมรับให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมาก จึงเกิดหลักที่ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นจะมีอยู่ (exist) และมีขอบเขต(ambit)เฉพาะที่คอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลยุติธรรมรับรองเท่านั้น ไม่ใช่อำนาจตามพระราชหฤทัยประการหนึ่งและถือกันว่าถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดหรือยกเลิกพระราชอำนาจดังกล่าว โดยขัดแย้งก็ย่อมกระทำได้ตามหลักอำนาจธิปไตยของรัฐสภา(Sovereign of Parliament) อีกประการหนึ่ง ดังนั้นไดซี (Dicey) จึงให้คำนิยามไว้ว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงเป็นเพียงสิ่งที่เหลืออยู่ของอำนาจดุลพินิจหรืออำเภอใจ” กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เหลืออยู่จากการที่ศาลยุติธรรมและรัฐสภายอมรับให้มีอยู่<sup>70</sup> ถึงแม้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จะเป็นสิ่งที่ “เหลืออยู่” ก็ตาม แต่หากศาลและรัฐสภาไม่ได้กำหนดขอบเขตและวิธีใช้พระราชอำนาจไว้เป็นพิเศษพระราชอำนาจนั้นๆ ก็เป็นดุลพินิจเด็ด(Absolute discretions หรือ Dicey เรียกว่า อำนาจตามอำเภอใจ หรือ Arbitrary นั้นเอง) กล่าวคือ ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุม การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเลย พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษใช้อยู่ในสามขอบเขตที่สำคัญ คือ พระราชอำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนิติบัญญัติและบริหารเช่น พระราชอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี พระราชอำนาจเรียกประชุมสภา เปิดประชุมสภา ปิดประชุมสภา และยุบสภาและพระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธย ในร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว เหล่านี้ จะเห็นได้ว่าเป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่โบราณพระราชอำนาจเกี่ยวกับการต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร และการปกครองอาณานิคม ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดเรื่องการกระทำของรัฐ(Act of state) ในหลักกฎหมายอังกฤษในเวลา ต่อมาพระราชอำนาจในทางปกครองรวมถึงเอกสิทธิ์ และความคุ้มกันที่คอมมอนลอว์ให้ไว้กับพระมหากษัตริย์และข้าราชการทั้งหมด (Crown’s servant) เช่น หลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) ซึ่งห้ามฟ้องร้องพระมหากษัตริย์หรือหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงถูกผูกพันโดยกฎหมายของรัฐสภา เว้นแต่กฎหมายนั้นมิบัพัญญูชัดแจ้ง” (The Crown is not bound by statute save by express words or necessart implication) นอกจากนั้นคอมมอนลอว์ยังยอมรับอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎอัยการศึก(Martial law) และเฉพาะ

<sup>70</sup> De Smith. (1978). *Constitutional and Administrative Law*. p.113-116 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 44)



ส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการ(Civil servants) ซึ่งตามหลักคอมมอนลอว์ถือว่าขึ้นตรงต่อราชบัลลังก์ เพราะเป็นผู้รับใช้ราชบัลลังก์(Crown's servants)

อย่างไรก็ดีแต่ในทางปฏิบัติในความเป็นจริง พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ถูกจำกัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the constitution) ซึ่งเป็นหลักที่หัวใจของธรรมเนียมปฏิบัติโดยหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจก็เฉพาะโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐมนตรียุโรปหรือสภาของเมืองโดยตรงต่อรัฐสภาเท่านั้น”

#### ข. หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา

ถึงแม้ว่ากฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษจะพัฒนามาน้อยมากในทางด้านทฤษฎีเมื่อเทียบกับฝรั่งเศส แต่ปรากฏการณ์ในทางการปกครองหรือทางการเมืองนั้น อังกฤษก็ได้มีระยะเวลาในการพัฒนาการไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าประเทศอื่นๆในยุโรป ในสมัยเดิมนั้นอังกฤษมีการปกครองประเทศโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขเช่นเดียวกันกับในสมัยปัจจุบัน พระมหากษัตริย์ทรงมีอำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ เรียกได้ว่ากษัตริย์ในสมัยนั้นยังมีอำนาจเด็ดขาดในการปกครองแม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วจะมีสภาที่ปรึกษาของกษัตริย์ เช่น สภาวิตัน (Witan) หรือสภาแมกนัมคอนซิลลิัม (Magnum Concilium) คอยให้คำปรึกษาแก่กษัตริย์ของอังกฤษ แต่คำแนะนำของสภาที่ปรึกษานั้นกษัตริย์จะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าในขณะที่กษัตริย์องค์ใดเข้มแข็งก็ไม่ค่อยจะฟังหรือเชื่อคำแนะนำของสภาต่อมากความเด็ดขาด (Absolute) ของพระมหากษัตริย์ของอังกฤษก็ค่อยๆลดน้อยลง เนื่องจากการพยายามจำกัดอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์โดยบรรดาขุนนางและพระหลายครั้ง เช่น การบังคับให้พระเจ้าจอห์นเซ็นเอกสารสำคัญที่เรียกว่า แมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ในปี ค.ศ.1215 เนื่องจากพระเจ้าจอห์นกดขี่ประชาชนโดยวิธีการเรียกเก็บเงินกับราษฎรมากขึ้น ถ้าผู้ใดขัดขวางหรือไม่เห็นด้วยก็ใช้วิธีการรุนแรงบังคับในแมกนาคาร์ตา ผู้กษัตริย์เคารพต่อสิทธิของราษฎร โดยรับรองว่าจะไม่จับกุมหรือลงโทษราษฎรจนกว่าจะมีคำตัดสินของผู้พิพากษาว่ามีความผิดตามกฎหมายของประเทศและการเก็บภาษีอากรจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา นอกจากนั้นยังได้จัดตั้งบารอน 25 คนเพื่อคอยควบคุมกษัตริย์ปฏิบัติตามสัญญาอีกด้วย หรือการที่บังคับให้พระเจ้าชาร์ลที่ 1 เซ็นเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า The Petition of Right ในปี ค.ศ.1628 :ซึ่งมีข้อความคล้ายคลึงกับแมกนาคาร์ตา คือห้ามเก็บภาษีโดยมิได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ห้ามใช้กฏอัยการศึกในยามปกติ ห้ามจำคุกบุคคลโดยไม่มีเหตุอันชอบธรรม และห้ามใช้กำลังทหารกับราษฎร การที่รัฐสภาบังคับให้พระเจ้าเจมส์ ที่ 2 ออกจากราชบัลลังก์และเชิญพระนางแมรีกับเจ้าชายวิลเลียมขึ้นครองราชย์แทน โดยให้พระนางลงพระปรมาภิไธยในเอกสารที่เรียกว่า The Bill of Rights 1689 ซึ่งเป็นข้อยุติการขัดแย้งระหว่างกษัตริย์กับ

รัฐสภาที่ดำเนินมาเป็นเวลานาน เอกสารฉบับนี้ระบุว่า การออกกฎหมายบังคับราษฎรเป็นอำนาจของรัฐสภา กษัตริย์จะขึ้นภาษีหรือบังคับเก็บภาษีโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาไม่ได้ รัฐสภาจะต้องได้รับการประกันว่าจะมีการประชุมกันสม่ำเสมอ และรับรองเสรีภาพของประชาชน

เมื่อมีการตรากฎหมาย The Act of Settlement 1700 อันเป็นการทำให้อำนาจของรัฐสภาเหนือกษัตริย์ปรากฏชัดขึ้นกฎหมายนี้ตราเพื่อเปลี่ยนแปลงระเบียบการสืบราชสันตติวงศ์ของอังกฤษ ดังที่เราพิจารณาตั้งแต่ต้นแล้วว่า แต่เดิมพระมหากษัตริย์ของอังกฤษมีอำนาจเด็ดขาด พระมหากษัตริย์เป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง พระมหากษัตริย์มีอำนาจออกคำสั่งหรือใช้กำลังบังคับแก่เอกชนหากฝ่าฝืนคำสั่ง อันถือได้ว่าเป็นกฎหมายก็เพราะว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย ครั้นกษัตริย์ของอังกฤษค่อยๆ ถูกลดอำนาจลงอำนาจต่างๆ ในการกระทำ เช่นนั้นก็มาตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภาไป ทั้งต่อมาพระมหากษัตริย์ก็มิได้ทรงมีอำนาจในทางปกครองในฐานะฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองอีกต่อไป พระมหากษัตริย์กลายเป็นสัญลักษณ์ของประเทศไป และอยู่ภายใต้หลักว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) เพราะกฎหมายกำหนดให้เป็นเช่นนั้น เช่น การให้มีบุคคลลงนามสนองพระบรมราชโองการ เป็นต้น

หลักที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Sovereignty of Parliament) เองก็เกิดขึ้นภายหลัง ค.ศ. 1688 ตามหลักนี้ถือว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนย่อมมีอำนาจสูงสุดในการตราหรือไม่ตรากฎหมายใดหรือไม่ก็ได้และเมื่อตรากฎหมายแล้ว ไม่มีศาลใดอาจตัดสินหรือกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะที่เป็นเช่นนั้นก็เพราะอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายสูงสุดอย่างในประเทศอื่นๆ จึงไม่มีสิ่งใดจำกัดอำนาจของรัฐสภาได้

ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในอังกฤษนั้นหากไม่มีคอมมอนลอว์รองรับอำนาจหรือไม่มีอำนาจซึ่งมีฐานะพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ข้าราชการของอังกฤษจะไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิเสรีภาพประชาชนได้เลยเว้นแต่จะมีพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างใดก็มักจะเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสภาเพื่อขออำนาจและเมื่อรัฐสภาตราพระราชบัญญัติก็มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่ากฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจ (Delegated legislation) กำหนดการทั้งหลายที่จำเป็นได้ในรูปพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยความเห็นชอบของสภาองมนตรีที่เรียกสั้นๆ ว่า พระราชกฤษฎีกาในสภาองมนตรี (Order in council) บ้าง ออกเป็นกฎกระทรวง (Order) หรือแนวทาง (Scheme) แล้วแต่จะเรียก แต่สิ่งทั้งหมดนี้เรียกรวมๆ กันว่า Statutory instruments)

### ค. การจำกัดและการควบคุมอำนาจบริหาร

อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาอังกฤษนั้นในทางทฤษฎีไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใดและอำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นอำนาจของราชบัลลังก์ (The Crown) รัฐมนตรีกระทรวง ทบวง กรม รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองท้องถิ่นนั้น ถ้าไม่มีคอมมอนลอว์รับรองไว้แล้วก็ต้องได้รับอำนาจจากรัฐสภาทั้งสิ้นจึงจะดำเนินการได้โดยเฉพาะในส่วนของที่กระตบสิทธิเสรีภาพประชาชน ทั้งนี้ตามหลักอำนาจธิปไตยของรัฐสภา ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นจึงเป็นกฎหมายแม่บท (Primary legislation) ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจฝ่ายบริหารและศาลก็จะควบคุมพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ ส่วนกฎหมายที่รัฐสภามอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราขึ้นเพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติจึงถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรอง (Subordinate หรือ secondary legislation) ที่ได้รับมอบอำนาจมาจาก (Delegated legislation) ซึ่งศาลสามารถควบคุมกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ไม่ให้ออกเกินอำนาจ (Ultra vires) ที่กฎหมายแม่บทมอบมาให้ได้ นอกจากนี้หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาแต่เดิมก็อาจใช้พระราชอำนาจนี้ออกกฎหมายลำดับรองได้เช่นกัน แต่กฎหมายนั้นจะขัดกับคอมมอนลอว์และพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นไม่ได้ หากเกินอำนาจศาลก็อาจควบคุมได้

### ง. การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาลยุติธรรม

ประเทศอังกฤษมีประวัติศาสตร์ที่เข้มแข็งกับการก่อตั้งศาลพิเศษและใช้กฎหมายพิเศษ ดังนั้นจึงปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะให้มีศาลปกครองขึ้นอย่างในประเทศยุโรป และปฏิเสธที่จะใช้หลักกฎหมายพิเศษด้วย คดีที่เอกชนฟ้องร้องข้าราชการหรือฝ่ายปกครองจึงต้องขึ้นศาลยุติธรรมและใช้กฎหมายธรรมดาบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนเหมือนกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชน ด้วยเหตุนี้ไคซี จึงได้อธิบายการจำกัดอำนาจบริหารโดยกฎหมายธรรมดาและศาลยุติธรรมในหนังสือของเขาชื่อ An introduction to the study of the law of constitution เกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The rule of law) ไว้ว่า หลักนิติธรรมซึ่งเป็นหัวใจของระบบกฎหมายและศาลอังกฤษนั้นประกอบด้วยหลักการใหญ่สามหลัก คือ ประการแรกทุกคนไม่ว่าจะเป็นเอกชนข้าราชการ หรือรัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของแผ่นดินเสมอเหมือนกัน ประการที่สองรัฐธรรมนูญอังกฤษมีที่มาจากกฎหมายธรรมดาของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบมาแล้วในอดีต และประการสุดท้ายเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นทุกคนไม่ว่าจะเป็นประชาชน รัฐมนตรี ข้าราชการก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรมเสมอและศาลยุติธรรมก็ใช้กฎหมายธรรมดาของแผ่นดินอันได้แก่คอมมอนลอว์และพระราชบัญญัติของรัฐสภาตัดสินเหมือนกัน

กฎหมายปกครองของอังกฤษ มิได้แยกตัวออกมาเป็นสาขากฎหมายต่างหากจากระบบกฎหมายทั่วประเทศ ซึ่งต่างกับในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป เช่น ฝรั่งเศสซึ่งมี

ระบบกฎหมายปกครองแยกไว้สำหรับบังคับใช้กับปัญหาด้านปกครองโดยเฉพาะ นอกจากนี้ อังกฤษยังไม่มืองค์กรหรือวิธีการเฉพาะสำหรับควบคุมหรือตรวจสอบฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไป เหมือนอย่างในฝรั่งเศส ซึ่งประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำหรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองเกือบทุกรูปแบบสามารถร้องขอและรับการเยียวยาได้จากศาลปกครองชั้นต้น(Tribunal administrative) และศาลปกครองชั้นสูง(Conseil d'Etat) อย่างไรก็ตามกฎหมายปกครองของอังกฤษได้พยายามที่จะจัดประเภทความเดือดร้อนของประชาชนที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองไว้ให้ชัดเจนว่า ความเดือดร้อนประเภทใดบ้างที่ควรได้รับการเยียวยาและมีวิธีการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาอย่างไร ซึ่งผู้ได้รับความเดือดร้อนอาจจะต้องไปดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม(The ordinary courts of law)

จ. อุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองต่อศาล ตามที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้สิทธิไว้(Statutory Appeals)ปกติแล้วการกระทำหรือการเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลเสมอแต่จะเป็นการกระทำตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ แต่อย่างไรก็ตามได้มีข้อยกเว้นจากเขตอำนาจศาลอีกประการหนึ่ง ซึ่งศาลอังกฤษได้ตัดสินใจว่าการกระทำลักษณะหนึ่งที่ศาลไม่อาจเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารได้ ซึ่งนั่นก็คือหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ(Act of state) นั่นเอง อันได้แก่ การกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ<sup>71</sup> เช่นการประกาศสงคราม และการทำสัญญาสงบศึก การทำสนธิสัญญา การสร้างความสัมพันธ์ทางการทูต การรับรองรัฐและรัฐบาล<sup>72</sup> เป็นต้น ดังนั้นการกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อาจนำขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลอังกฤษได้

## (2) แนวความคิดเรื่องการกระทำของรัฐ

เมื่อการกระทำนั้นถือว่าเป็นการกระทำของรัฐแล้ว ศาลอังกฤษจะไม่เข้าไปวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม และแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่เป็นละเมิดหรือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามเราไม่อาจจะหาคำจำกัดความของคำว่ากระทำของรัฐได้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ แต่เวลานี้ปกติจะใช้กับการกระทำใดๆที่กระทำโดยพระมหากษัตริย์รวมทั้งการกระทำของข้าราชการที่รับใช้พระองค์และทำหน้าที่แทนพระองค์ หรืออาจเรียกโดยรวมได้ว่าราชการส่วนกลาง ซึ่งที่สำคัญที่จะต้อง

<sup>71</sup> Nedjati. (1980, North-Holland: Publishing Company). Zaim M. and J.E. Trici. English and Continental System of Administrative Law. p 79 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 53)

<sup>72</sup> P.Van Dijk. (1980, Sijthoff & Noordhoff). Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of and interest to sue (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 53)

อธิปไตยและอ้างถึงก็คือการกระทำของราชการส่วนกลาง ในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการต่างประเทศ ซึ่งเป็นกรณีที่มีใช้พระราชอำนาจหรือสมบูรณาญาสิทธิราชของพระมหากษัตริย์แต่เป็นการกระทำที่ศาลอังกฤษเรียกว่าการกระทำของรัฐ ซึ่ง Warrington L.J. ได้กล่าวว่า “Prerogative คือ การอธิปไตยถึงอำนาจและหน้าที่ของพระมหากษัตริย์ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับคนที่อยู่ภายใต้การปกครองของพระองค์และมิอาจใช้สิทธินี้ของพระองค์ที่เกี่ยวกับบุคคลที่ขาดความภักดีต่อพระองค์”

อย่างไรก็ตามคำกล่าวนี้มีได้ถูกต้องนัก เพราะความแตกต่างมิใช่อุบัติที่สิทธิและอำนาจของราชการส่วนกลางหรือฝ่ายบริหารแต่อยู่ที่อำนาจในการตัดสิน(Jurisdiction)ของศาลอังกฤษ เมื่อฝ่ายบริหารอ้างสิทธิที่จะกระทำตามสิทธิ และพระราชอำนาจของพระองค์ ศาลจะต้องพิจารณาว่าอำนาจที่อ้างถึงเพื่อทำหน้าที่นั้น คือ พระราชอำนาจของกษัตริย์หรือไม่ ศาลไม่สามารถที่สอบถามความถูกต้องแน่นอน ของหลักการกระทำของรัฐ ได้ เมื่อใดที่ศาลพิจารณาว่าได้มีการกระทำของรัฐแล้ว ศาลจะไม่ควบคุม การกระทำนั้น เพราะศาลจะถือว่าการกระทำของราชการส่วนกลาง หรือฝ่ายบริหารนั้น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย เป็นความจริงที่ว่าฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำที่บัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศแต่ข้อผูกพันดังกล่าว สามารถบังคับให้ปฏิบัติได้โดยอาศัยวิธีการทูตเท่านั้นตามที่คณะกรรมการตุลาการของสภาองคมนตรี (Judicial Committee of the Privy Council) ได้กล่าวไว้ว่า“การติดต่อสัมพันธ์ระหว่างบรรดารัฐที่มีอิสระทั้งหลายมีกฎหมายอื่นๆที่ควบคุมอยู่มากกว่ากฎหมายที่ออกโดยศาลภายในเพราะศาลมิได้มีวิธีการที่จะมาวินิจฉัยว่าจะไร้อุบัติหรือผิดและไม่สามารถมีอำนาจควบคุมบังคับการตัดสินใจใดๆได้” การอธิปไตยความหมายของการกระทำของรัฐ อาจแยกพิจารณาในกรอบความคิดหลักแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ กรณีที่หนึ่งการกระทำของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ และกรณีที่สองการกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน คดีต่างๆที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวกับการกระทำ ที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น โดยปกติแล้วเกิดจากความพยายามของปัจเจกชนหรือเอกชนที่จะให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีผลกระทบทางอ้อมจากการกระทำของฝ่ายบริหารในขณะที่คดีต่างๆของหลักการ การกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชนทั่วไปเกิดจากความพยายามที่จะให้ได้รับความช่วยเหลือเยียวยาจากผลกระทบที่เกิดขึ้น โดยตรงจากการกระทำของฝ่ายบริหารและจะเห็นได้ว่าในกรณีนี้ก่อให้เกิดความสับสนในการใช้ การตีความของหลักการกระทำของรัฐอยู่มาก

#### ก. การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ

ในการอธิปไตยความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่สัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม และการสงบศึก รวมทั้งการทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่นการรับและการส่ง

คณะทูตานุทูตต่างๆ และการให้การยอมรับรัฐบาลต่างประเทศ<sup>73</sup> การกระทำทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นเป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจของศาลอังกฤษในความหมายที่ว่า ไม่มีใครตั้งคำถามใดๆ ได้ เพราะเป็นเรื่องที่มีใช่เรื่องของอำนาจตุลาการหรือไม่อาจใช้ความยุติธรรมมาตัดสินได้หรือเป็นสิ่งที่ประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้มีการบังคับซึ่งสิทธิใดๆ จากอำนาจตุลาการได้

#### 1. การประกาศสงครามและการสงบศึก

การประกาศสงครามและการสงบศึก ทำให้มีผลกระทบต่อธุรกิจการค้าขายของพลเมืองตลอดจนสิทธิตามสัญญากับบุคคลที่กลายสถานภาพเป็นบุคคลที่มีลักษณะเป็นข้าศึกศัตรูซึ่งถือเป็นหลักการกระทำของรัฐลักษณะหนึ่งโดย Lord Coleridge C.J. ได้อธิบายว่า “การทำสงครามและการสร้างสันติภาพหรือการสงบศึกนั้นเป็นการกระทำขั้นสูงสุดของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์”<sup>74</sup> (the highest act of the prerogative of the crown ) การเปลี่ยนแปลงสถานภาพของประเทศให้กลายเป็นรัฐข้าศึกศัตรูนี้ ศาลต้องยอมรับการตัดสินใจของฝ่ายบริหารงาน โดยกระทรวงการต่างประเทศ (Foreign secretary) ว่าสถานการณ์ และเหตุผลประการใดที่ฝ่ายบริหารจะต้องประกาศสงครามหรือจะสงบศึกกับประเทศอื่นๆ หรือไม่ ดังเช่นในคดี In R.V. Bottrill, exp. Kuechenmeister

#### 2. การรับรองความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ

ในการยอมรับอำนาจอธิปไตย หรือการยอมรับรัฐ หรือการรับรองรัฐบาลต่างประเทศนั้น อาจกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนอันเนื่องมาจากความคุ้มกันจากอำนาจศาล ดังในคดี Duff Development Co. V. Government of Kelantan ซึ่ง Lord Summer ได้กล่าวอธิบายไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจ (Prerogative) ของฝ่ายบริหาร ที่จะให้การรับรองการยอมรับหรือไม่ยอมรับกับรัฐอธิปไตยต่างประเทศหรือตัวผู้นำของรัฐต่างประเทศ ซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาไตร่ตรองสถานภาพของอำนาจรัฐต่างประเทศ ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ในการให้การติดต่อความสัมพันธ์ร่วมมือระหว่างกัน ซึ่งการยอมรับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อผลในทางกฎหมายของศาลอังกฤษ และสิ่งที่พิสูจน์ให้เห็นถึงการยอมรับที่ชัดเจนที่สุดก็คือถ้อยแถลงของฝ่ายบริหารที่ลงพระปรมาภิไธยโดยพระมหากษัตริย์นั่นเอง<sup>75</sup>

การพิจารณาไตร่ตรองทำนองเดียวกันนี้สามารถนำไปใช้กับการรับรองตัวแทนคณะทูตานุทูตของประเทศต่างๆ ซึ่งก่อให้เกิดเอกสิทธิคุ้มกันทางการทูต ดังเช่นใน

<sup>73</sup> Philips O.Hood and Jackson Paul. (1978, London : Sweet&Maxwell) **Constitution and Administrative Law.** p279 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 56)

<sup>74</sup> Rustomjee V.R. (1876). 2 Q.B.D. 69,73 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 57)

<sup>75</sup> Keir. Op.cit. p.157 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 58)

คดี Engelke V. Musmann<sup>76</sup> การตัดสินของศาลอังกฤษใน กรณีดังกล่าวแล้วนั้นแสดงให้เห็นสิ่งที่ศาลยอมรับถึงการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่สามารถเข้าขัดขวางหรือเข้าควบคุมในการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวได้ ดังที่ Lord Wilberforce ได้กล่าวว่า “เป็นหลักการที่ฝ่ายตุลาการยอมรับอย่างชัดเจนในเรื่องที่มีส่วนกระทบต่ออธิปไตยของสหราชอาณาจักร โดยศาลจะต้องรับผิดชอบต่อนโยบายที่รัฐบาลของสมเด็จพระราชินีอังกฤษ ได้ประกาศ...และดังนั้นศาลจึงควรต้องพูดเป็นเสียงเดียวกับฝ่ายบริหาร”<sup>77</sup>

### 3. การจัดทำสนธิสัญญา

การทำสนธิสัญญาหรือการบังคับตามสนธิสัญญาซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่าเป็นเรื่องของหลักการกระทำของรัฐบาลกรณีหนึ่ง ดังเช่นในคดี Salaman v. Secretary of State for India ซึ่งได้มีการส่งคำฟ้องบังคับตามข้อตกลงระหว่าง The secretary of state for India กับ มหาราชแคว้นปัญจาบซึ่ง Fletcher Moulton L.J. ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำของรัฐ (act of state) เป็นการกระทำของการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereign power) และดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่สามารถถูกท้าทายหรือเข้ามาควบคุม หรือเข้ามาเกี่ยวข้องกับโดยศาลภายในได้ จึงเห็นได้ว่าศาลจะต้องยอมรับการกระทำของรัฐ โดยปราศจากข้อคำถามใดๆ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าเรื่องใดเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่อย่างไรและควรจะมีขอบเขตมากน้อยเพียงไรได้

### 4. การผนวกดินแดน

การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร หรือการเข้าผนวกดินแดนประเทศอื่นๆ นั้นคู่ได้จาก คดี West Rand Central Gold Mining Co. V. The King โดยการผนวกดินแดนนี้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะพิจารณาสีทธิและข้อผูกพันใดที่รัฐบาลเดิมได้กระทำไว้ เช่น การยกเลิกสัมปทานที่รัฐบาลปกครองดินแดนรัฐบาลก่อนได้ทำกับปัจเจกชน แม้ว่าปัจเจกชนนั้นจะเป็นผู้อยู่ได้ปกครองของอังกฤษ (British subject) ก็ตาม และในคดี Cook V. Sprigg ซึ่งมีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันและคดีนี้สภาองคมนตรี (Privy Council) ได้วินิจฉัยไว้ว่า “การปฏิเสธการยอมรับสัมปทานสามารถอ้างการจำกัดอำนาจศาลได้โดยอาศัยแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การผนวกดินแดนเป็นหลักการกระทำของรัฐ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในคดีนี้วินิจฉัยโดยมิได้พิจารณาเกี่ยวกับบุคคลผู้อยู่ภายใต้ปกครองของอังกฤษ แม้ว่าจะไปกระทบผลประโยชน์ของพวกเขาก็ตาม

<sup>76</sup> (1928). A.C.433 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 58)

<sup>77</sup> Hood. Op.cit. p.281 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 58)

### ข. การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของกษัตริย์ ที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชน มีหลักของเรื่องการกระทำของรัฐเป็นหลักการป้องกันปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหายที่จะฟ้องร้อง โดยใช้อำนาจตุลาการให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้างว่ามันเป็นเรื่อง non-jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบจากศาลซึ่งอาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

#### 1. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวนอกอาณาเขตแดนอังกฤษ

ในคดี *Buron V. Denman*<sup>78</sup> โดยจำเลยเป็นผู้บังคับการเรือที่มีสถานียังคับการบนชายฝั่งแอฟริกา ซึ่งจำเลยได้รับคำสั่งให้ทำการปราบปรามการค้าทาส ผู้บังคับการถูกร้องขอจากผู้ว่าการรัฐของ *Sierre Leone* ให้ปลดปล่อยทาสสองคนซึ่งเป็นบุคคลภายใต้บังคับของอังกฤษที่ถูกกักขังให้เป็นทาสที่ *Gallines* ซึ่งผู้บังคับการก็ได้ทำตามที่ร้องขอภายหลังจากนั้นผู้บังคับการได้กระทำการนอกเหนือคำสั่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากราชการส่วนกลางได้เข้าโจมตีอาคารของนายทาสชาวสเปนคนหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจการค้าทาสอยู่ และทำการปลดปล่อยทาสไป นายทาสผู้นี้จึงนำคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของรัฐที่ไม่มีผู้ใดจะฟ้องร้องต่อศาลได้ เพราะการกระทำของผู้บังคับการได้กระทำตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายบริหารซึ่งทั้งนี้แม้การกระทำนั้นจะเกินอำนาจที่ได้รับมอบหมาย แต่ศาลก็อธิบายว่าในกรณีนี้หลักการกระทำของรัฐนำมาใช้ได้ เพราะการกระทำนั้นต่อมาภายหลังก็ได้รับการยอมรับจากฝ่ายบริหารนั่นเอง กรณีนี้ถ้าพิจารณาผิวเผินแล้ว น่าจะมาจากหลัก *The King can do no wrong* แต่ทำไมไม่ต้องนักเพราะว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารต่อคนต่างด้าวนอกราชอาณาจักร ดังนั้นไม่ใช่อำนาจศาลภายในที่จะวินิจฉัยว่าถูกหรือผิดเป็นเรื่องทางการทูตที่จะตกลงกันระหว่างรัฐหรือจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือจากการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างกัน

อย่างไรก็ตามไม่ใช่ฝ่ายบริหารจะอ้างการกระทำของรัฐเพื่อปกป้องการกระทำจากอำนาจตุลาการเพียงฝ่ายเดียว ศาลจะต้องมาพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินว่าสิ่งที่ฝ่ายบริหารได้กระทำลงไป จะใช้หลักการกระทำของรัฐหรือไม่ ดังนั้นการที่ผู้ว่าการรัฐจําไม่ได้บุกรุกเข้ารับกุม และยึดเรือของโจทก์ไปไม่เป็นการเพียงพอที่ผู้ว่าการจะอ้างว่าได้กระทำไป เพราะเข้าใจว่าทำลงไปในฐานะผู้ว่าการรัฐ และมีหน้าที่ที่จะกระทำได้ และถือว่าเป็นการกระทำของรัฐหาได้ไม่ ซึ่งเขาจะต้องแสดงให้เห็นว่าทำไปโดยไม่เกินกว่าเหตุภายในขอบเขตหน้าที่ของตนหรือไม่ก็เป็นนโยบายที่ทำตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ดังเช่นในคดี *Musgrave V. Pulido* และกรณีทำนองเดียวกันในคดี *Nissan V. Attorney-General*

<sup>78</sup> (1848). 2 EX. 167 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยอุทธานกุล, 2538 : 60)



## 2. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูในประเทศอังกฤษ

การกระทำของรัฐถูกนำมาอ้างถึงในกรณีเมื่อเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรู ดังในคดี In R.V.Bottrill.exp.Kuechenmeister<sup>79</sup> ซึ่งโจทก์เป็นชาวเยอรมันอาศัยอยู่ในอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ.1928 โดยที่มิได้เปลี่ยนสัญชาติมาเป็นคนอังกฤษ และต่อมาเขาถูกกักกันในอยู่ในเขตที่กำหนดโดยกระทรวงมหาดไทย (The home secretary) ในช่วงระหว่างสงครามกับเยอรมัน ซึ่งเขาได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลออกหมายเรียกเจ้าหน้าที่กระทรวงมหาดไทยมาไต่ถามว่าเป็นการคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่สำเร็จเพราะศาลปฏิเสธ โดยวินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายบริหารกักกันคุมตัวบุคคลต่างด้าวที่เป็นศัตรูเป็นการกระทำที่เป็นการกระทำของรัฐ ศาลจึงไม่อาจรับวินิจฉัยได้ อีกประการหนึ่งหลักการทำนองเดียวกันนี้ก็นำไปใช้กับการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูเช่นกัน ดังในคดี Netz V. Chuterede ซึ่งโจทก์ได้ถูกกระทรวงมหาดไทยเนรเทศออกจากประเทศ ในระหว่างที่อังกฤษทำสงครามกับเยอรมัน

## 3. กรณีที่ไม่อาจใช้หลักการกระทำของรัฐ

การกระทำของรัฐจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่กระทำต่อพลเมืองอังกฤษหรือพลเมืองของประเทศเครือจักรภพหรือคนในบังคับของอังกฤษ ดังในคดี Walker V. Baird<sup>80</sup> ซึ่งผู้บังคับการเรือรบอังกฤษ ได้เข้ายึดโรงงานกึ่งมังกรของคนอังกฤษ (ตามที่กฎหมายให้อยู่ในขณะนั้น) ในเกาะ New Foundlend ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าผู้บังคับการเรือทำตามคำสั่งของฝ่ายบริหาร เพื่อปฏิบัติตามสนธิสัญญากับฝรั่งเศสนั้น ไม่อาจจะอ้างการกระทำของรัฐมาใช้ในกรณีนี้ได้ ในทำนองเดียวกันนี้สภาขุนนาง (House of lords) ยังวินิจฉัยให้รวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารต่อชาวต่างด้าวที่เป็นพันธมิตรและอยู่ในอาณาเขตแดนอังกฤษในคดี Johnstone V. Pedlar โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าพลเมืองชาวสหรัฐที่อาศัยอยู่ในเมือง Dublin (ขณะนั้นอยู่ในปกครองของอังกฤษ) มีสิทธิที่จะฟ้องร้องคณะตำรวจที่ทำการจับกุมตัวและเข้าตรวจค้นตัวเขาว่ามีการกระทำโดยไม่ชอบได้ซึ่งฝ่ายบริหารไม่อาจอ้างการกระทำของรัฐมาให้ความคุ้มครองจากอำนาจศาลในกรณีนี้ได้

ดังนั้นถ้าพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำของรัฐอาจจะนำมาอ้างได้เมื่อเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่กระทำต่อผู้ที่มีได้จงรักภักดีต่อพระองค์ และจะอ้างการกระทำของรัฐไม่ได้ต่อบุคคลผู้อยู่ในบังคับของพระองค์ (British subject) รวมทั้งบุคคลที่เป็นพันธมิตรกับประเทศอังกฤษดังที่ Lord Denning M.R.<sup>81</sup> ได้กล่าวอธิบายว่า แนวคิดพื้นฐานของการ

<sup>79</sup> (1947). K.B.41(C.A.) (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 62)

<sup>80</sup> (1892). A.C. 491. (P.C.) (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 63)

<sup>81</sup> (1921). 2 A.C. 262 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 2538 : 63)

กระทำของรัฐได้รับการแยกแยะและอธิบายรายละเอียดไม่ค่อยชัดเจนนัก อาจกล่าวได้ว่าไม่มีการกล่าวอ้างการกระทำของรัฐระหว่างการกระทำของฝ่ายบริหารกับบุคคลที่มีความจงรักภักดีต่อพระองค์ที่การกระทำนั้นได้กระทำภายในราชอาณาจักรของราชินีอังกฤษ (Her Majesty's dominions) ดังเช่นในคดี Walker V. Baird และ คดี Johnsione V. Pedlar ที่กล่าวถึงข้างต้นกล่าวโดยสรุป การกระทำของรัฐ หรือ act of state ในแนวคิดของอังกฤษนั้นเป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษโดยตรง ในส่วนที่เป็นกิจการเกี่ยวกับการต่างประเทศ ทั้งนี้แนวคิดนี้ยังให้ความคุ้มครองรวมถึงหน่วยราชการ (The Crown) ซึ่งหมายถึงข้าราชการที่ทำหน้าที่รับใช้พระองค์ และหน้าที่แทนพระองค์ซึ่งการกระทำของรัฐอาจพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการหนึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายราชการใช้อำนาจเกี่ยวกับนโยบายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจในสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การสงบศึก การทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดน การยกดินแดนให้รัฐอื่น การยอมรับรัฐ หรือการให้การยอมรับรัฐบาลต่างประเทศ การกระทำต่างๆเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่าที่ศาลมีอาจใช้อำนาจตุลาการมาควบคุมตรวจสอบได้ เพราะ

1. เป็นเรื่องการกระทำของอำนาจอธิปไตย (Act of sovereign power) ดังนั้นอำนาจในการกระทำนี้จึงมีอาจที่จะถูกท้าทาย บังคับ หรือเข้ามาเกี่ยวข้องกับโดยศาลได้เพราะการกระทำของรัฐมิใช่ลักษณะของกฎหมายที่ศาลเข้าควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการนั้นๆ ได้ แต่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย

2. การกระทำของรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นเนื่องจาก การกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ ที่อาจจะกระทบต่ออธิปไตยของสหราชอาณาจักร โดยศาลจะต้องรับผิดชอบก่อนนโยบายที่รัฐบาลในสมเด็จพระราชินีอังกฤษได้ประกาศ หรืออาจกล่าวได้ว่า “ศาลต้องยอมรับในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารนั่นเอง”

ประการที่สองการใช้หลักการกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชนนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การกระทำของรัฐจะนำมาใช้กับกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำ การต่างๆภายในอำนาจหน้าที่และกระทำต่อบุคคลที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของอังกฤษ โดยการกระทำ การนั้นได้กระทำภายนอกอาณาเขตแดนของอังกฤษ แม้การกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดต่อปัจเจกชนก็ตาม (คดี Buron V. Denman) ก็อาจนำมาอ้างเพื่อให้ปลดจากการควบคุมโดยศาลอังกฤษ ได้แต่ ทั้งนี้ การกระทำนั้นต้องกระทำไปโดยไม่เกินกว่าเหตุ และภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน หรือ ไม่ก็เป็นเรื่องนโยบายที่ได้รับมอบจากฝ่ายบริหาร (คดี Musgrave V. Pulido และคดี Nissan V. Attorney-General) การกระทำของรัฐจะใช้อ้างกรณีที่เป็นกรกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้กระทำการ

ภายในประเทศอังกฤษได้เฉพาะกรณีที่ได้กระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูเท่านั้น (คดี In R. V. Bottrill, exp. Kuechenmeister) ดังนี้หลักการกระทำของรัฐของอังกฤษ ในกรณีนี้จึงมีข้อนำสังเกต คือการกระทำของรัฐตั้งอยู่บนพื้นฐานในการพิจารณาที่ตัวบุคคลผู้ถูกฝ่ายบริหารกระทำการต่อบุคคลผู้นั้นเป็นบุคคลผู้อยู่ในบังคับของอังกฤษ รวมทั้งบุคคลที่มีสัญชาติเป็นพันธมิตรกับอังกฤษ ด้วย ดังในคดี Walker V. Baird และคดี Johntone V. Pedlar

#### 4) ประเทศสหรัฐอเมริกา

##### (1) หลักปัญหาทางการเมือง(Political Questions)

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศสก็ดีหรือ การควบคุมในประเทศอังกฤษก็ดี ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในตอนต้นซึ่งเราจะพบว่าการควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนี้จะมีข้อจำกัดจากอำนาจศาลที่ไม่สามารถที่จะตรวจสอบการกระทำบางอย่างได้ ดังที่ฝรั่งเศสเรียกว่า การกระทำของรัฐ(Act of state) กับหลักพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) แต่ในสหรัฐอเมริกาแล้ว การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่พอเทียบเคียงกับการกระทำ ดังที่กล่าวข้างต้นได้นั้น ศาลสหรัฐได้เรียกการกระทำนี้ว่า “ปัญหาทางการเมือง” (Political Questions) ซึ่งศาลจะไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบการกระทำนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะและโดยเหตุผลในประการต่างๆดังจะได้ทำการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

หนึ่งในสหรัฐอเมริกามีการกระทำอีกลักษณะหนึ่งซึ่งเรียกว่าการกระทำของรัฐ โดยมีหลักทฤษฎีที่ว่าทฤษฎีการกระทำของรัฐ(Act of state Doctrine)ซึ่งศาลสหรัฐได้จำกัดอำนาจของตนเองในการเข้าวินิจฉัยตรวจสอบการกระทำของรัฐต่างประเทศที่ได้กระทำการนั้น ภายในอาณาเขตดินแดนของตนเองว่าการกระทำนั้นจะเป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือการกระทำนั้นจะเป็นเรื่องที่ถูกหรือผิดอย่างไรเนื่องจากศาลพิจารณาเห็นว่าอำนาจในการวินิจฉัยและดำเนินการเรื่องนี้ควรปล่อยให้เป็นการแก้ไขปัญหของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะเท่านั้น เพราะเป็นเรื่องของการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ทางการต่างประเทศ ที่ศาลไม่สมควรจะก้าวล่วงไปวินิจฉัยการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศนั้น

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ ใช้หลักการพื้นฐานของโครงสร้างองค์กรของชาติที่สามารถคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกันอย่างเหมาะสมที่สุด หลักการการแบ่งแยกอำนาจตามความเข้าใจของสหรัฐอเมริกานั้น มีหลักสำคัญในการแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ออกไว้ในหน่วยงานต่างจากกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุล และคานอำนาจซึ่งกันและกันและรัฐธรรมนูญแห่งประเทศ

สหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติรับรองในเรื่องนี้โดยแยกองค์กรณีบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ออกจากกันโดยสิ้นเชิงโดยใน

มาตรา 1 บัญญัติให้ อำนาจนิตบัญญัติแก่สภา

มาตรา 2 บัญญัติให้ อำนาจบริหารแก่รัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มอบอำนาจเด็ดขาดให้แก่ประธานาธิบดี ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล

มาตรา 3 บัญญัติให้ จัดตั้งศาลสูงสุด และได้มอบให้มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลด้วย<sup>82</sup>

ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และทำหน้าที่ประมุขของฝ่ายบริหารเสมือนหนึ่งว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งพระมหากษัตริย์ และนายกรัฐมนตรีในขณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้การบริหาร ประธานาธิบดีย่อมรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชนเพราะได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน สำหรับรัฐมนตรี(Secretary) นั้นประธานาธิบดีแต่งตั้งเป็นเสมือนที่ปรึกษาของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะเรียกมาหารือ หรือมอบหมายการใด หรือไม่ก็สุดแต่ประธานาธิบดี รัฐมนตรีทั้งหลายรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานาธิบดีเท่านั้น ในจำต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาไม่ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหาร ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุข นั่นถือหลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐสภาไม่อาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ของประธานาธิบดีโดยตรงโดยการตั้งกระทู้ถามหรืออภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดี และในทางกลับกันประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในการปกครองแบบนี้จะมีการคานและดุล(Check and balance)กัน โดยรัฐสภาอาจออกกฎหมายหรืออนุมัติหรือไม่อนุมัติงบประมาณแผ่นดินที่ประธานาธิบดีขอมาและในบางกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดร้ายแรงบางประเภทก็อาจถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ได้ ในทำนองกลับกัน กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาแล้วนั้นอาจไม่ได้รับการลงนามโดยประธานาธิบดี(Veto) ได้เช่นกัน<sup>83</sup>

## (2) การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาล

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือในหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อป้องกันมิให้อำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่ง ศาลมีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวโดยวิธีการถ่วงและดุลอำนาจ องค์กรใด

<sup>82</sup> วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2538, มีนาคม). ประสบการณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองประชาชน จากการกระทำผิดพลาดของรัฐบาล แปลจากบทความ "How the People are Protected from their Government's Errant Conduct :The United States Experience ของ Hon. Judge cliffor Wallace." บทบัณฑิตย์, 51. หน้า 234.

<sup>83</sup> วิชญ์ เครื่องงาม. (2527). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน เล่มที่ 1 หน่วยที่ 1-7. หน้า 169.

หลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญมิได้แต่รัฐธรรมนูญ บัญญัติแบ่งแยกอำนาจและมอบให้แก่องค์กรต่างๆไว้ ซึ่งศาลมีภาระหน้าที่ในอันที่จะป้องกันมิให้องค์กรใดเปลี่ยนแปลงขอบอำนาจที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ไว้ หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เองที่เป็นรากฐานแห่งเหตุผลในการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบอำนาจนี้ให้แก่ศาลโดยชัดแจ้ง แต่เนื่องจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบอำนาจนี้ให้แก่ศาลโดยชัดแจ้ง แต่เนื่องจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญประกอบหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะเห็นได้ว่า มีเหตุผลเป็นอย่างมากที่ศาลจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนี้ ในขณะที่ศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการจัดทำงบประมาณแผ่นดินและดูแลอำนาจทางการเมือง เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตามลำดับ เพื่อที่จะคงไว้ซึ่งอำนาจแห่งฝ่ายตุลาการในอันที่จะถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารไว้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องมีอำนาจที่จะชี้ขาดว่ากฎหมายหรือการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากปราศจากอำนาจชี้ขาดดังกล่าวนี้แล้ว อำนาจตุลาการจะไม่สามารถถ่วงดุลและ คานอำนาจของอีกฝ่ายได้เลย และศาลจะต้องปกป้องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไว้ให้พ้นจากอำนาจของเสียงข้างมากด้วย ศาลจะสามารถเข้ามาตรวจสอบและควบคุมฝ่ายบริหารได้ เมื่อข้อพิพาทมาสู่ศาลขออำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีข้อพิพาทที่จะมาสู่ศาลนั้น จะเป็นเรื่องที่กำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ สิ่งที่ต้องพึงระลึกคือศาลจะไม่ให้ความเห็นหรือกำหนดนโยบายของชาติ แต่จะเพียงเข้ามาตัดสินเมื่อมีการกล่าวอ้างโต้แย้งโดยประชาชนว่ารัฐบาล ได้กระทำการละเมิดต่อสิทธิของพวกเขา ซึ่งอาจเป็นการโต้แย้งในอำนาจดำเนินการตามกฎหมายของรัฐบาล ทั้งนี้อาจเป็นการโต้แย้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือเป็นการโต้แย้งว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรืออีกนัยหนึ่งคือการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญหรืออาจกล่าวได้ว่าศาลซึ่งนำโดยศาลฎีกาสหรัฐเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ<sup>84</sup>

พัฒนาการของกฎหมายปกครองที่นำมาซึ่งการเผชิญหน้าระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร คือ การพัฒนาในช่วงสมัยของประธานาธิบดีรูสเวลต์velt สมัยดังกล่าวอยู่ในยุคเศรษฐกิจตกต่ำสุดขีดหรือที่เรียกว่าGreat Depression ภาวะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าตลาดเสรีที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุมไม่สามารถได้รับความไว้วางใจ ให้เสนอต่อความต้องการทางสังคม และเศรษฐกิจของประเทศได้ ประธานาธิบดีรูสเวลต์ได้นำมาตรการที่เรียกว่า New Deal มาใช้ผลก็คือรัฐเข้ามามีบทบาทควบคุมธุรกิจต่างๆอย่างไม่เคยมีมาก่อนสังคมค้าขายเสรีแบบนายทุนดังเช่นสหรัฐอเมริกามุ่งหมายของมาตรการดังกล่าวก็คือเพื่อนำประเทศไปสู่ความเป็นประเทศ

<sup>84</sup> วิชัย วิวิตเสวี. (2533, กรกฎาคม-สิงหาคม). “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวความคิดของระบบแองคกอลอเมริกัน.” *คูลพาท*, 37, หน้า 53-55.

รัฐสวัสดิการ เหตุผลพื้นฐานของมาตรการนี้ก็คือ “เพื่อปกป้องระบบนายทุนจากตัวของระบบนายทุนเอง” กล่าวคือเพื่อแก้ไขความล้มเหลวอย่างเห็นได้ชัดของตลาดที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุม อันจะเป็นการหลีกเลี่ยง การเข้ามาแทนที่ของทางเลือกของนักสังคมนิยมที่ให้รัฐเข้าเป็นเจ้าของกิจการและธุรกิจโดยตรง รัฐสภาได้ขานรับข้อเรียกร้องของประธานาธิบดีและเห็นกันว่าเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้แล้วในเวลานั้น กฎหมายจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองหลายฉบับ ได้ออกโดยรัฐสภา เพื่อเป็นเครื่องมือในการนำนโยบายดังกล่าวมาสู่การปฏิบัติ เหตุผลในการนำระบบนี้ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองมาแทนที่ระบบเดิมของผู้สนับสนุนนโยบายของประธานาธิบดีรูสเวลต์ก็คือ ความเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญอย่างอาชีพ (Expert professionalism) ขององค์กรฝ่ายปกครอง ผู้สนับสนุน ดังกล่าวให้เหตุผลว่าการก้าวกายเศรษฐกิจของประเทศเป็นที่จะต้องมีการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรู้ของผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจแบบผสมและมีการบริหารงานแบบใช้ดุลพินิจที่เทียบได้กับที่พึงได้โดยผู้ประกอบธุรกิจ และระเบียบแบบแผนและขั้นตอนที่เป็นทางการต่างๆ จำต้องให้น้อยที่สุด แต่สำหรับผู้ที่ไม่เห็นด้วย การให้อำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลัก Due process ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรง คือ ฝ่ายตุลาการศาลฎีกาสหรัฐฯ ได้ชี้ขาดว่ากฎหมายหลายฉบับที่จัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ และตกเป็น โหมะ คำตัดสินของศาลก่อให้เกิดการ โจมตีอย่างหนักฝ่ายสนับสนุนนโยบายของประธานาธิบดี โจมตีว่า คำตัดสินของศาลขัดต่อความประสงค์ของประชาชนและขัดขวางการก้าวกายเศรษฐกิจของประเทศ ประธานาธิบดีรูสเวลต์ ถึงกับเสนอ โครงการจัดรูปแบบของคณะในศาลฎีกาสหรัฐฯ ใหม่ โดยการขยายจำนวนผู้พิพากษา แต่ก่อนที่โครงการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จได้มีการเปลี่ยนแปลงในศาลและประธานาธิบดีรูสเวลต์ ได้มี โอกาสแต่งตั้งผู้พิพากษาหลายคนซึ่งมีผู้สนับสนุนมาตรการ New Deal หลังจากนั้นไม่นานศาลฎีกาก็ยอมรับกฎหมายดังกล่าว นับว่าเป็นความสำเร็จของผู้สนับสนุนกระบวนการทางปกครองซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้รับการยอมรับจากศาล

#### ก. การกระทำทางปกครองที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบ

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองคือ The United States District Courts ซึ่งมีเขตอำนาจทั่วไปในคดีข้อพิพาทเรื่องปัญหาเกี่ยวกับสหรัฐ (Federal questions) หรือปัญหาที่ต้องวินิจฉัยปัญหาที่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมายของสหรัฐ การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลมี 2 ประเภท ได้แก่ การตรวจสอบตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Statutory review) กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้อำนาจศาลในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรปกครองบางองค์กร โดยเฉพาะและตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาในระดับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (Administrative Procedure Act) หรือเรียกชื่อย่อว่า APA ซึ่งบัญญัติให้วิธีพิจารณาคดีปกครองในคดีดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับ

นั้นและเป็นข้อพิพาทที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่บังคับบัญชาไปตามกฎหมาย(Order of Enforcement)หรือ ขอให้ศาลประกาศสิทธิหรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคุณหรือขอให้ศาลมีคำสั่งให้องค์กรปกครองหรือเจ้าหน้าที่กระทำการหรือเว้นกระทำการหรือขอให้ศาลมีคำพิพากษายกเลิกถอนการกระทำทางปกครอง

การตรวจสอบตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรกล่าวคือ คุณยื่นคำฟ้องตั้งสิทธิตามเขตอำนาจทั่วไปของศาล ตามกฎหมาย APA ซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ใช้วิธีพิจารณาของคดีสามัญ ทั้งนี้เพราะการกระทำทางปกครองขององค์กรปกครองทุกประเภทต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาล เช่น คำขอให้ศาลแสดงสิทธิ หรือ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคุณ ผู้มีส่วนได้เสียอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทหรือคำขอให้ศาลออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางหรือขององค์กรปกครองอันมีต่อโจทก์ เพราะหน้าที่ดังกล่าวได้ถูกเจ้าหน้าที่ละเมิด

#### ข. การกระทำทางปกครองที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

ข้อจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาในระดับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง PAP มาตรา 701 (A) (2) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กฎหมายหลายฉบับที่ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่ก็มีปัญหาถกเถียงกัน ในทางศาลอยู่ว่าศาลจะเข้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นๆ ได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 701 (A) (2) ดังกล่าวได้บัญญัติว่าห้ามมิให้มีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองหากว่าการกระทำนั้นกฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะ ซึ่งก็จะมีปัญหาต่อไปว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองซึ่งทำโดยไม่ชอบปราศจากเหตุผลนั้นจะสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้หรือไม่ คดีซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ใต้อำนาจตรวจสอบจากศาล

การกระทำที่เป็นเรื่องของปัญหาทางการเมือง(Political Question) การกระทำที่เป็นเรื่องของ ปัญหาทางการเมืองหรือที่ศาลสูงของสหรัฐเรียกว่า Political Question ซึ่งทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นก็มีพื้นฐานแนวคิดที่ใช้อย่างกว้างขวางแตกต่างกันไปและเป็นเรื่องที่ยากในการจะชี้ชัดลงไปในการให้ความหมายที่เป็นบทนิยามถึงเรื่องนี้ได้แต่ที่ความเห็นตรงกันก็คือ การ ได้ถึงถึงประเด็นที่ว่าเป็นการไม่เหมาะสมที่จะให้เรื่องนี้อยู่ในอำนาจการตรวจสอบจากศาลซึ่งเป็นเรื่องธรรมชาติของเรื่อง โดยเฉพาะ ซึ่งพบได้จากการเปรียบเทียบถึงทฤษฎีการกระทำของรัฐ หรือทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลหรือบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักการ โดยตรงของนโยบายของรัฐ โดยเนื้อหาของเรื่องจะครอบคลุมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ทางสภาพสังคม และเศรษฐกิจ พรรคการเมืองและการเลือกตั้ง

### 2.2.2.2 ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลในประเทศไทย

ทฤษฎีว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรบริหาร การใช้อำนาจของรัฐเพื่อให้บรรล่วัตถุประสงค์ของรัฐจะปรากฏออกมาในรูปของการกระทำในลักษณะต่างๆ โดยผ่านทางองค์กรของรัฐ การใช้อำนาจของรัฐนั้น ถ้าพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรบริหารและโดยองค์กรตุลาการ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารสามารถแยกได้เป็น 2 ฐานะ คือ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหารในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาล (Gouvernement) และเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative Organs) สำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองนั้น เป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่าบรรดา “องค์กร” หรือ “เจ้าหน้าที่” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” แต่ในขณะที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการได้สองฐานะด้วยกัน กล่าวคือ บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” บางกรณีกระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลและกรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง พิจารณาจาก 3 ทฤษฎี คือ

1) ทฤษฎีที่หนึ่งเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งแบ่งเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ การกระทำทางการเมือง ซึ่งเป็นการตัดสินใจเลือกทิศทางการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น การวางแผนการบริหารประเทศ การรักษาความมั่นคงแห่งรัฐ การรักษาประเพณี วัฒนธรรมของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งถือว่ากระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล ประเภทที่สอง คือ การกระทำที่เป็นงานประจำ ซึ่งเป็นการดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน หรือการนำแนวนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินมาปฏิบัติให้เกิดผลเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม ทฤษฎีนี้มีข้อบกพร่อง คือ การจำแนกการกระทำของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน เป็นสองประเภทดังกล่าว มีลักษณะค่อนข้างสัมพัทธ์ (relative) เพราะการกระทำในบางกรณีไม่อาจวินิจฉัยลงไปได้อย่างแน่ชัดว่าเป็นการกระทำในทางการเมืองหรือเป็นการกระทำเป็นงานประจำต้องอาศัยการพิจารณาประกอบกับภาวะเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองในแต่ละช่วงเวลา



2) ทฤษฎีที่สองเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ประเภทแรก คือ อำนาจดุลพินิจ (discretionary power) ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในอันที่จะวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะกระทำการหรือไม่ อย่างไร ประเภทที่สอง คือ อำนาจผูกพัน (bound power) ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยบัญญัติไว้เป็นการล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างนั้นอย่างนี้ หากมีการกระทำโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจให้ถือว่ากระทำการในฐานะรัฐบาล แต่กระทำการโดยอาศัยอำนาจผูกพัน ให้ถือว่ากระทำการในฐานะ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” แต่ทฤษฎีนี้ก็มีข้อบกพร่องที่อำนาจดุลพินิจนั้นปกติแล้วไม่สามารถมิได้ครบสมบูรณ์ เพราะต้องอาศัยฐานแห่งกฎหมายมารองรับอำนาจเสมอจะกระทำการใช้ดุลพินิจอย่างไรโดยขัดต่อกฎหมายมิได้ ขณะเดียวกันอำนาจผูกพันนั้นก็มิได้อยู่ทุกขั้นตอนของการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐเสมอไป ปัจจุบันจึงใช้อำนาจแบบผสม

3) ทฤษฎีที่สามเสนอให้พิจารณาจากกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน กล่าวคือ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้นอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนแต่เป็นอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น อย่างไรก็ตามอำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็หาได้มีแหล่งที่มา (source) จากกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันไม่ อำนาจกระทำการบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ในลำดับชั้นเดียวกับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ดังนั้นในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง”

การกระทำของรัฐบาลเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจเพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูงหรือนโยบายทั่วไปหรืออีกนัยหนึ่งเป็นกิจการงานที่มีลักษณะเป็นไปในทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบในทางการเมืองร่วมกันต่อรัฐสภา และการพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบสามประการ คือ องค์กรผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจกระทำการ และลักษณะของการกระทำควบคู่กันไป โดยต้องพิจารณาจากองค์ผู้กระทำเป็นลำดับแรก หากเป็นการกระทำโดยองค์กรรัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี) ก็ต้อง

พิจารณาในลำดับถัดมาว่าเป็นเรื่องของการกระทำโดยอาศัยอำนาจรัฐธรรมนูญหรือเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ถ้าเข้าลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เพราะเมื่อรัฐบาลตัดสินใจกระทำการลงแล้ว ต้องพร้อมที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองคือรัฐสภาการกระทำของรัฐบาลในกฎหมายไทย โดยเฉพาะตามรัฐธรรมนูญ จำแนกประเภทลักษณะการกระทำของรัฐบาล ได้ 9 ประการดังนี้

ประการที่ 1 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ ได้แก่ การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การแต่งตั้งและการให้รองมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง และการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์<sup>85</sup>

ประการที่ 2 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งและการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี และการแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหาร และฝ่ายพลเรือนตำแหน่ง ปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่าพ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี<sup>86</sup>

ประการที่ 3 การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึก และการประกาศสงคราม<sup>87</sup>

ประการที่ 4 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทย และการรับทูตของต่างประเทศ การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ<sup>88</sup>

ประการที่ 5 การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทาน และเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์<sup>89</sup>

ประการที่ 6 การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ<sup>90</sup>

<sup>85</sup> สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 254.

<sup>86</sup> แหล่งเดิม. หน้า 276.

<sup>87</sup> แหล่งเดิม. หน้า 298.

<sup>88</sup> แหล่งเดิม. หน้า 304.

<sup>89</sup> แหล่งเดิม. หน้า 309.

<sup>90</sup> แหล่งเดิม. หน้า 319.

ประการที่ 7 การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุมรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา และการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา<sup>91</sup>

ประการที่ 8 การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ บทกฎหมาย พระราชหัตถเลขา และพระบรมราชโองการใด ๆ อันเกี่ยวกับราชการแผ่นดิน<sup>92</sup>

ประการที่ 9 การกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี เหล่านี้เป็นการกระทำที่ไม่ถูกควบคุมในประเทศไทย<sup>93</sup>

ในประเทศไทยมีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา และกฎหมายบางฉบับ โดยเฉพาะพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาพ.ศ.2522 ได้วางแนวทางจำกัดอำนาจศาลและคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะพิจารณาเรื่องบางเรื่องที่เป็นกรกระทำขององค์กรทางการเมืองไว้ เช่น กรณีการยุบสภานั้น มีคำพิพากษาที่ 103/2521 วินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องว่าคณะรัฐมนตรีกับพวกยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยไม่มีผลบังคับขอให้รัฐบาลชุดก่อนรับดำเนินงานต่อไป เมื่อใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 แล้วก็ไม่มีผลประโยชน์ที่จะพิจารณาฎีกาโจทก์ต่อไป ศาลฎีกาจำหน่ายคดีได้ สำหรับกรณีที่ศาลฎีกาวางหลักการไม่เข้าไปควบคุมการกระทำบางอย่างของนายกรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจ<sup>94</sup> กล่าวคือการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 17 เกี่ยวกับการออกมติคณะรัฐมนตรีในการสั่งการหรือกระทำการใด ๆ อันเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ตามรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ศาลฎีกาพิพากษาว่ารัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรเป็นกฎหมายสูงสุดบทกฎหมายใดที่ขัดกับรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรย่อมจะนำมาใช้บังคับมิได้คำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร จึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ใดจะอ้างว่าคำสั่งดังกล่าวขัดต่อกฎหมายนั้นย่อมฟังไม่ได้...(คำพิพากษาฎีกาที่ 1792/2512, คำพิพากษาฎีกาที่ 1785/2513, คำพิพากษาฎีกาที่ 2291/2519, คำพิพากษาฎีกาที่ 860/2525 และคำพิพากษาฎีกาที่ 1640/253)

<sup>91</sup> แหล่งเดิม. หน้า 327.

<sup>92</sup> แหล่งเดิม. หน้า 371.

<sup>93</sup> แหล่งเดิม. หน้า 380.

<sup>94</sup> คำพิพากษาที่ 103/2521.

การกระทำของรัฐบาลได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยคือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ในส่วนของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งตามมาตรา 20 (1) บัญญัติห้ามไม่ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาไว้พิจารณา<sup>95</sup> และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยวางหลักตามคำวินิจฉัยที่ 20/2528 ว่าเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาเป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปพิจารณาทบทวนได้เพราะเป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้หรือเป็นเรื่องความถูกต้องตามกฎหมาย แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบในเรื่องนั้นต่อรัฐสภาโดยตรงซึ่งการควบคุมความถูกต้องในเรื่องดังกล่าว ต้องอยู่ในกลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น และที่ คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว

ดังนั้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20(1) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่อาจจะร้องทุกข์ได้โดยมีหลักการและแนวความคิดว่า หลักกฎหมายปกครองต้องเป็นหลักกฎหมายที่แยก “งานนโยบาย” ออกจาก “งานประจำ” ได้โดยงานนโยบายนั้นไม่อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพราะงานนโยบายเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาซึ่งมีกลไกและการควบคุมเป็นพิเศษแตกต่างออกไป<sup>96</sup>

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรงและการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศ ดังนี้

#### ก. การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (1) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ซึ่งการไม่นำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับรัฐสภานั้น<sup>97</sup>ย่อมมีเหตุผลที่ชัดเจนตาม

<sup>95</sup> พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522. ในส่วนของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งตามมาตรา 20 (1).

<sup>96</sup> วารสารพระธรรมนุญ. (2548). “99 ปี กรมพระธรรมนุญ.” วารสารพระธรรมนุญ เล่มที่ 48 ฉบับ. หน้า 156-162 (อ้างอิงโดย พงษ์ธร สัตย์เจริญ, 2551 : 2)

<sup>97</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (1) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี

หลักกฎหมายปกครองที่ถือว่ารัฐสภาคือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการนิติบัญญัติกรณีจึงยอมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้สำหรับคณะรัฐมนตรีที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนองเดียวกันว่ามีใช้การใช้อำนาจทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้ แต่การยกเว้นรัฐสภาในที่นี้ย่อมมิได้หมายถึงการยกเว้นการบังคับใช้ต่อองค์กรภายในองค์กรรัฐสภาทั้งหมดซึ่งอาจจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองด้วยดังเช่นการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งอยู่ในข่ายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติด้วยและในการทำนองเดียวกันตรรกะดังกล่าวนี้ก็อาจนำมาใช้ต่อกรณีของคณะรัฐมนตรีได้ด้วยเพราะงานของคณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่งมีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้นมิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมืองแต่อย่างใด แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4 (1) ใช้ถ้อยคำที่ระบุถึงองค์กรคณะรัฐมนตรีโดยเฉพาะดังนั้นการกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรีทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

ข. การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (3)

บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรงซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เพราะการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาลและไม่อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไปตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้ จึงต้องบัญญัติยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับการกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย<sup>98</sup>

ค. การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ. 2539 มาตรา 4 (6)

บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรงและเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้ ตัวอย่างของข้อยกเว้น

<sup>98</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (3) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง ซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

มิให้นำกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสรีที่ 838/2541) มีข้อหาหรือว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่ โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 47 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ของคณะรัฐมนตรีไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

### 2.3 ความหมายและประเภทของการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาล(acte de gouvernement) อาจนิยามได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง(acte politique) เพื่อให้เห็นว่ามี ความหมายตรงข้ามกับการกระทำทางปกครอง(actes administratifs) แม้การกระทำของรัฐบาลจะเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย(pouvoir fégalitaire)ก็ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองรวมทั้งศาลอื่นๆทั้งหมด อย่างไรก็ตามวิวัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลในการจำกัดขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลสะท้อนให้เห็นถึงความก้าวหน้าของหลักนิติรัฐ(I'état de droit) โดยเราได้จำกัดขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลที่เดิมทีเคยมีความหมายกว้างว่าเป็นการกระทำที่มีจุดประสงค์ทางการเมือง(mobile politique) มาสู่ความหมายที่แคบลงในปี 1875 โดยจำกัดองค์ประกอบของการกระทำของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางการเมือง(relations diplomatiques)หรือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางการทูต(relations diplomatiques)<sup>99</sup>

#### 2.3.1 ความหมายและองค์ประกอบของการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลมีความหมายที่ไม่ชัดเจนทั้งทางทฤษฎีและเนื้อหาของการกระทำในเรื่องนี้ได้มีนักกฎหมายหลายคนพยายามที่จะหาคำจำกัดความและให้ความหมายคำอธิบายของเรื่องการกระทำของรัฐบาลอยู่หลายท่านซึ่งอาจอธิบายความหมายได้หลายอย่างหลายประการแตกต่างกันออกไป การกระทำในทางนโยบายในทางทฤษฎีเรียกว่า acte de gouvernement หรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล ซึ่งพัฒนามาจากหลักว่าด้วยเหตุผลของรัฐ หรือ raison d'Etat หลัก acte de gouvernement หรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลอันหมายถึงการกระทำ

<sup>99</sup> Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version ,2/2008). Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation." (อ้างถึงใน โดย ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 2)

บางอย่างของรัฐที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้เป็นลักษณะพิเศษแตกต่างจากการกระทำทางปกครอง การกระทำนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ความหมายของการกระทำของรัฐบาล ศาสตราจารย์ดูเอ้ (Duez) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำของรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมจากอำนาจศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลพินิจ หรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม<sup>100</sup>” เพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองในปัจจุบันย่อมต้องมีการกระทำหรือกิจการบางอย่างที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาจากความมั่นคงและเพื่อความดำรงอยู่ของสังคมนั้น ซึ่งการกระทำหรือกิจการเหล่านี้ไม่ควรต้องถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากถือว่าเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรที่จะมีการควบคุมหรือเรียกร้องต่อศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมก็ตาม แต่ถึงอย่างไรก็ตามในการอธิบายความหมายของการกระทำของรัฐบาลนั้นได้มีการกล่าวถึงที่ไม่สอดคล้องต้องกันว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรที่เป็นการกระทำของรัฐบาลซึ่งมีนักกฎหมายมหาชนหลายท่านได้พยายามที่จะอธิบายโดยนำทฤษฎีและเนื้อหาในการกระทำของรัฐบาลมาพิจารณาโดยอธิบายให้คำนิยามถึงการกระทำของรัฐบาลไว้หลายท่าน เช่น

ศาสตราจารย์โอริยู (Hauriou) ได้วิจารณ์ในท้ายคำวินิจฉัยของคดีโวกเดอว์เรกับฟารอง (Vaudelet vs. Farand) ว่า “การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้นนั้นก็คือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลซึ่งการกระทำชนิดนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้”<sup>101</sup>

ปีแอร์ อองรี ชาลวิดัล (Pierre Henri Chalvidan) กล่าวว่า “การกระทำของรัฐบาลนั้นศาลนั่นเองที่ เป็นผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำเช่นใดที่เป็นการกระทำของรัฐบาล”<sup>102</sup>

กาเร่ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malbert) อธิบายว่า “การกระทำของรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากการที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Positive Law) บัญญัติไว้ในเรื่องนั้นๆ”

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปุส์ (Rene Chapus) อธิบายว่า “การกระทำของรัฐบาล คือ การกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”<sup>103</sup>

<sup>100</sup> Pierr Henri Chalvidan. (1982, 20 Janvier). “Doctrin et acte de gouvernement.” *A.J.D.A.* :4 (อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยทชนากุล, 2538 : 10)

<sup>101</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11.

<sup>102</sup> แหล่งเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล อธิบายว่าการกระทำของรัฐบาล ว่าหมายถึงการกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็ตาม<sup>104</sup>

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “ในระบบสภาแห่งรัฐ(Conseil d'Etat)จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ นักกฎหมายมหาชนแถวหน้าของประเทศไทย อดีตอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งปัจจุบันเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในเรื่องดังกล่าวด้วย ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” โดยในคำสั่งดังกล่าวได้ “อธิบาย” ถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำของรัฐบาล” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่าในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่

<sup>103</sup> René Chapus. (1958). “L’ acte de gouvernement.” *Recueil Dalloz* : 5-10 (อ้างถึงใน สุวีร์ ศรียุทธนากุล, 2538 : 11)

<sup>104</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2523). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 26 (อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์, 2541 : 63)



คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง<sup>105</sup>

โดยหลักเมื่อกล่าวถึงความหมายของการกระทำทางปกครองแล้วสิ่งที่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งหลักเกณฑ์พิจารณามี 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีแรกเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร กระทำการที่มีลักษณะเป็นการเมือง(Political Action) ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาลและการกระทำขององค์กรเหล่านี้ก็คือ การกระทำของรัฐบาลแต่ถ้าเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำหรือที่เรียกว่า “Routine หรือ Affaire courante” ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำเหล่านี้ก็เป็นการกระทำทางปกครอง ทฤษฎีที่สองเสนอที่เป็นแหล่งที่มาแห่งอำนาจการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทฤษฎีนี้เริ่มต้นจากการตั้งข้อสังเกตว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งปกครองตามหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้กระทำการดังกล่าวไปกระทำนั้นย่อม ไม่มีผลในทางกฎหมายอย่างใดๆ ซึ่งกฎหมายที่ให้องค์กรรัฐฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ นั้นมีได้ 2 ระดับ คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดก็ได้ ถ้าหากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำเหล่านี้จึงเป็นการกระทำของรัฐบาลแต่ถ้าองค์กรใดใช้อำนาจทางฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง ถือว่า องค์กรเหล่านั้นเป็นองค์กรที่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำต่างๆ เป็นการกระทำทางปกครอง<sup>106</sup>

การกระทำของรัฐบาลอาจนิยาม ได้ว่าเป็นการกระทำในทางการเมือง (act politique) เพื่อให้เห็นว่ามีความหมายตรงข้ามกับการกระทำทางปกครอง (actes administratifs) แม้การกระทำของรัฐบาลจะเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย (pouvoir réglementaire) ก็ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง รวมทั้งศาลอื่นๆ ทั้งหมด

องค์ประกอบของการกระทำของรัฐบาลอาจพิจารณาได้ว่า การกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

<sup>105</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2547). ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครอง. หน้า 17.

<sup>106</sup> แหล่งเดิม. หน้า 19.

1. องค์กร กล่าวคือพิจารณาจากองค์กรหรือผู้กระทำการว่าเป็นหน่วยงานองค์กรของฝ่ายปกครองของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่(เจ้าหน้าที่ของรัฐ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีหรือหน่วยงานของรัฐ)หรือไม่

2. ที่มาของอำนาจ กล่าวคือ พิจารณาว่าที่มาของอำนาจในการกระทำที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ มีอำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการ ใดๆหรือไม่ ตามที่มีกฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นกรณีการดำเนินการที่มีผลในทางความสัมพันธ์นโยบายที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา รัฐบาลกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์กรระหว่างประเทศ การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม หรือ อำนาจการให้อภัยโทษ เป็นต้น

3. ลักษณะของการกระทำ กล่าวคือ ลักษณะของการกระทำของรัฐบาลมีผลโดยตรงในลักษณะเป็นเนื้อแท้ของการกระทำในทางนโยบายของรัฐที่เป็นการกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา รัฐบาลกับรัฐต่างประเทศหรือองค์กรระหว่างประเทศ การกระทำที่เกี่ยวกับสงครามหรืออำนาจการให้อภัยโทษ เป็นต้น

2.3.2 ประเภทของการกระทำของรัฐบาล หลักในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ที่กำหนดว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือ โดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือ โดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...

จากการพิจารณาลักษณะกฎหมายตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะเห็นว่า การกระทำของนายบพดล ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ในอำนาจตรวจสอบควบคุมของศาลปกครองไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางนโยบายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เรียกว่าการกระทำของรัฐบาลอันเป็นการกระทำที่ศาลปกครองไม่มีเขตอำนาจในการตรวจสอบ ซึ่งการกระทำในทางนโยบายเหล่านี้ในทางทฤษฎีเรียกว่า การกระทำของรัฐบาล ซึ่งพัฒนามาจากหลักด้วยเหตุผลของรัฐเป็นหลักเริ่มแรกที่ใช้ในกรณีถือว่ารัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการบริหารประเทศ การกระทำของรัฐดังกล่าวเป็นเรื่องนโยบายที่ไม่อาจโต้แย้งได้ สถานะแห่งรัฐหรือศาลปกครองไม่อาจเข้าควบคุมได้เนื่องจากมีมูลเหตุทางการเมืองหลักนี้ได้ออกกำเนิดขึ้นในยุคสงคราม 30ปีของฝรั่งเศสซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาของกฎหมาย

มากขึ้นในหลัก Raison d'Etat ก็ได้ถูกควบคุมจำกัดลง เนื่องจากในอดีตหลักเหตุผลของรัฐนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลในทางการเมืองหรือการกระทำที่มีมูลเหตุทางการเมือง โดยปกติแล้วการกระทำของรัฐบาลอาจอ้างได้ไว้เป็นการกระทำที่มีเหตุผลทางการเมืองหรือเหตุผลของรัฐได้แทบทั้งสิ้น ทำให้การกระทำนั้นไม่อาจตรวจสอบได้ซึ่งต่อมาได้มีคดี Prine Napoléon(19 février 1875) ที่จำกัดหลักว่าด้วย Raison d'Etat ให้แคบลงเพื่อให้ศาลสามารถตรวจสอบได้ คดีนี้เป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามอธิบายว่ามีใจว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐเสมอไป<sup>107</sup> ต่อมาได้มีการพัฒนาหลักการกระทำของรัฐตามแนวคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐและศาลชั่งกันซึ่งแยกได้เป็นกลุ่มดังนี้คือ

1. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล
2. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศหรือองค์ระหว่างประเทศ
3. การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม
4. การให้อภัยโทษ<sup>108</sup>

จากแนวคำพิพากษาจึงทำให้สภาแห่งรัฐสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่แทรกอยู่ในการกระทำของรัฐบาลได้โดยแยกออกเป็น 2 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรกเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยแท้ คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่น การประกาศใช้พระราชบัญญัติ การประกาศใช้ประชามติ การยุบสภาการปฏิเสศไม่แก้ไขรัฐธรรมนูญของนายกรัฐมนตรี การปฏิเสศหรือเพิกถอนร่างกฎหมายของนายกรัฐมนตรี การแต่งตั้งสมาชิกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดี การกระทำที่เกี่ยวกับการสงคราม เช่น คดี C.E.,Panisse., 5 mars 1926 หรือคดีเรือพาณิชย์อิตาลี ได้ถูกเรือรบของฝรั่งเศสหยุดและตรวจค้นในทะเลหลวง ในระหว่างสงครามอัลจีเรีย ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า สภาวะดังกล่าวเทียบได้กับสภาวะสงครามและจะเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนไม่ได้(C.E.,Société Ignzio Messina 30 mars 1966) การให้อภัยโทษ เช่น คดี Combert เป็นต้น<sup>109</sup>

<sup>107</sup> สุวีร์ ตรียุทธนากุล. การกระทำของรัฐบาล. หน้า 13 (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ., 2551 : 2)

<sup>108</sup> แหล่งเดิม. หน้า 3.

<sup>109</sup> แหล่งเดิม.

ประเภทที่สองเป็นการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การให้สัตยาบันและการลงนามในสนธิสัญญาข้อตกลงระหว่างประเทศ (C.E., 5 février 1926 Dame Caraco) การยื่นยันหรือการปฏิเสธความคุ้มกันทางการทูตในต่างประเทศ (C.E., 254 mars 1988 Soc.Sapvin) ซึ่งการกระทำของรัฐบาลเหล่านั้นสามารถแยกการกระทำออกมาได้เป็นการกระทำที่อยู่ในกฎหมายภายในหรือเป็นเรื่องภายในและการกระทำที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ดังนั้นการกระทำที่แยกออกมาได้นี้อาจเรียกได้ว่าเป็นข้อยกเว้นของหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนั้นเป็นการกระทำที่มาจากกฎหมายภายใน ที่มีกฎหมายภายในรองรับ เป็นการกระทำทางปกครองและการกระทำที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ ต้องใช้กฎหมายระหว่างประเทศ

หลักนี้ทำให้เกิดทฤษฎีการกระทำที่แบ่งแยกได้หรือ *Theorie de l'acte detachable* เพื่อที่สภาแห่งรัฐสามารถควบคุมการกระทำบางส่วนที่แยกออกมาจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ เนื่องจากการกระทำของรัฐบาลนั้น สภาแห่งรัฐไม่อาจตรวจสอบได้ แต่เมื่อใช้ทฤษฎีการกระทำที่แบ่งแยกได้ทำให้สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้นได้โดยมีกฎหมายภายในรองรับ เช่นคดี *Goldshmidt*<sup>110</sup> คดีการฟ้องการตัดสินใจหรือคำสั่งให้เป็นบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดน<sup>111</sup> คดีเกี่ยวกับใบขับขี่<sup>112</sup> คดี *Commune d'Auboue* 13 juillet 1967, คดี *Radiodiffusion francais* 2 fevrier 1950 ซึ่งสถานีวิทยุ Andorre ได้ใช้ความถี่ของรัฐต่างชาติ ซึ่งต้องห้ามตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ได้ลงนามไว้กับฝรั่งเศส รัฐบาลฝรั่งเศสได้ออกคำสั่งให้ *Directeur General* ของสถานีวิทยุกระจายเสียงฝรั่งเศสจะส่งคลื่นรบกวน การกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศคือสถานี *Radio Andorre* หรือคดี *Epoux Deltel* 16 decembre 1956 อันเป็นคดีเกี่ยวกับการให้ประโยชน์แก่ชาวฝรั่งเศสในยูโกสลาเวีย<sup>113</sup> เป็นต้น

ดังนั้นเมื่อสภาแห่งรัฐเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกได้ต่างหากจากความสัมพันธ์ในทางการทูต หรือในทางสนธิสัญญาระหว่างประเทศอันได้แก่ มาตรการต่างๆ ที่เมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นอิสระแยกออกจากต้นกำเนิดหรือแยกออกจากผลในทางระหว่างประเทศได้สภาแห่งรัฐก็จะเข้าไปตรวจสอบเพื่อให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย

<sup>110</sup> (C.E., 29 juin 1924) (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 4)

<sup>111</sup> (CE, ass., 15 octobre 1993 Mme. Aylor) (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 4)

<sup>112</sup> (CE, Sect., 22 decembre 1978 Vo Thanh Nghia) (อ้างถึงใน ประสาท พงษ์สุวรรณ, 2551 : 4)

<sup>113</sup> แหล่งเดิม.

### บทที่ 3

#### อำนาจศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

ระบบกฎหมายปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย(Liberal and Democratic State) ทั้งหลายวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญสองหลักด้วยกันคือ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย(Principle of the Legality of Administrative Action) และหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ(Principle of Judicial Review of the Legality of Administrative Action) หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำการที่มีลักษณะดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายจึงเป็นแหล่งที่มาและข้อจำกัดของอำนาจกระทำต่างๆขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองและการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับให้การต่างๆเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น ส่วนหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ หมายความว่า เอกชนคนใดที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทางปกครองซึ่งตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้ถอนการกระทำทางปกครองนั้นหรือขอให้ไม่ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับแก่กรณีของตนหรือขอให้บังคับให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนแล้วแต่กรณี

ตามกฎหมายไทยปัจจุบันองค์กรตุลาการหรือศาลที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้แก่ศาลยุติธรรมซึ่งทำหน้าที่พิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาด้วย ทั้งนี้โดยปัญหาว่าการกระทำทางปกครองอันใดอันหนึ่งชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายจะเป็นปัญหาซึ่งศาลยุติธรรมจะต้องวินิจฉัยชี้ขาดในเบื้องต้น<sup>1</sup> ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ได้บัญญัติในเรื่องเขตอำนาจของการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ไว้ “มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

<sup>1</sup> วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” วารสารนิติศาสตร์, 24, 3. หน้า 569-571.

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...”<sup>2</sup>

ซึ่งในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลหรือตุลาการ ก็จะต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด นอกจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วก็จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาพิจารณาประกอบโดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการทั่วไป กล่าวคือในการปฏิบัติราชการในทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายใดๆเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมความเป็นธรรมหรือมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นได้

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 บัญญัติว่า มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ฯลฯ..”

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 บัญญัติว่า

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในกรณีเองในหลักการของกฎหมายในการพิจารณาเขตอำนาจศาลปกครองและการปฏิบัติราชการในทางปกครองจะต้องเป็นไปตามหลักที่ประกันความบริสุทธิ์ยุติธรรมในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะในเรื่องของการกระทำของรัฐบาล

### 3.1 เหตุผลและความจำเป็นที่ต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

ปัญหาสำคัญที่เป็นจุดร่วมของหลักนิติรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน คือ การป้องกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามอำเภอใจ ซึ่งธรรมชาติของอำนาจทุกอย่างรวมทั้งการใช้อำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครองมีแนวโน้มไปสู่ความอิสระในการใช้อำนาจ โดยไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของผู้ใด แต่ในทางตรงกันข้ามกับธรรมชาติของอำนาจมีหลักกฎหมายทั่วไปว่าการใช้สิทธิที่มีแต่ผลไปกระทบกระเทือนสิทธิของผู้อื่นเป็นสิทธิที่มีขอบ คำว่า อำเภอใจในที่นี้หมายความว่า การกระทำที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือขัดต่อกฎหมายหน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งของนิติรัฐ คือ พยายามกำจัดอำเภอใจให้ออกไปจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองโดยกำหนดอำนาจและการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนในตัวของกฎหมายและตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล เกิดหลักกฎหมายปกครองว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายพร้อมกันกับหลักการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิของประชาชน แม้กฎหมายจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่บริหารของตนตามที่กฎหมายให้อำนาจและต้องระมัดระวังให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย

ดังนั้นในการพัฒนาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองถือเป็นกลไกปกติในการควบคุมการกระทำนั้นให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เรียกว่าเป็นการควบคุมกฎหมายระดับรัฐบัญญัติให้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ดี การฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่กลไกอย่างเดียวในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายตามปกติที่จริงยังมีกลไกอีกหลายอย่างนอกเหนือจากการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจจะจัดได้ว่าเป็นวิธีการควบคุมความชอบ

มาตรา 3 “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการ ไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้”

ด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง อย่างเช่น การร้องเรียนภายในของฝ่ายปกครอง การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งหรือเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของคำสั่ง การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมหรือแม้กระทั่งการฟ้องคดีเพื่อไม่ให้นำเอกกฎหมายบางฉบับมาใช้กับกรณีบางกรณีที่เรียกว่า *exception d'illégalité* อาจกล่าวได้ว่าคดีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เป็นคดีที่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ยื่นคำฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จริงเรื่องของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่ประวัติศาสตร์ได้มีวิวัฒนาการในการเพิ่มประสิทธิภาพของการควบคุมที่ต่อมาเป็นกระบวนการทางศาลนี้มาเป็นระยะๆ

วิวัฒนาการหรือความก้าวหน้าของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่ง พัฒนาเป็น 2 รูปแบบด้วยกันคือรูปแบบที่หนึ่งการเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์ประกอบบางประการของคำสั่งทางปกครอง นั่นคือมูลเหตุจูงใจของการออกคำสั่งนั้นกล่าวอีกนัยหนึ่งคือมูลเหตุจูงใจของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นข้อกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการกระทำในเรื่องนั้นๆ ตัวอย่างเช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ผู้บังคับบัญชาลงต่อข้าราชการ ในการที่จะลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการนั้น พื้นฐานหรือมูลเหตุจูงใจของการมีคำสั่งลงโทษคือต้องมีการทำความผิดวินัย สำหรับรูปแบบที่สอง คือ การควบคุมตัวการกระทำทางปกครองนั่นเอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยไปควบคุมที่เหตุผลเป็นการควบคุมที่มีมาแต่เดิม อาจจะสามารถได้ว่า ตั้งแต่ ค.ศ.1916 มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในคดีที่ชื่อว่า *Camino* เป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นในเรื่องเหตุผลโดยดูที่การมีอยู่หรือการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุของการออกคำสั่ง ต่อมาในปี ค.ศ.1922 มีอีกคดีหนึ่งมีชื่อว่าคดี *Trépont* คดีนี้เป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยเหตุที่คำสั่งนั้นมีข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องและไม่มียุติประกอบตามกฎหมายอยู่ คือ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอ้างเพื่อที่จะให้ผู้ว่าราชการจังหวัดท่านหนึ่งพ้นจากตำแหน่ง โดยอ้างว่าเป็นไปตามคำขอของผู้ว่าราชการจังหวัดท่านนั้น ปรากฏว่าคำขอที่ไม่มี กฎหมายที่จะให้อำนาจในการสั่งเช่นนั้นก็ไม่เป็นอันนี้ก็เป็น การตรวจสอบที่เหตุผลของการออกคำสั่ง นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1914 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส ได้วินิจฉัยในคดี *Gomei* ก็ได้พัฒนาหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครองขึ้นมาอีกหลักหนึ่ง คือ หลักการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงว่าฝ่ายปกครองนั้นปรับข้อเท็จจริงถูกต้องหรือไม่ ที่เรียกว่า *La qualification juridique des faits* หรือการปรับข้อเท็จจริงเป็นการ ไปดูเนื้อหาข้อเท็จจริงนั้นว่าตรงตามที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะออกคำสั่งเช่นนั้นหรือไม่ ดังนั้นในการตรวจสอบในทางศาลปกครองจะตรวจสอบ 2 ประการ คือ



ประการแรก เป็นการตรวจสอบความดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงว่ามีอยู่หรือไม่ คือ ดูว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างขึ้นจริงหรือไม่ อันนี้เป็นการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นเข้าข่ายเป็นความผิดวินัยหรือไม่ คือ การเอาข้อกฎหมายมาปรับว่าเข้าข่ายทางกฎหมายหรือไม่กล่าว คือ เป็นการตรวจสอบการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงและการควบคุมการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง<sup>4</sup>

ในการดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่แยกเป็น 2 ประเด็น จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงถูกต้องหรือไม่จะต้องใช้ในกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงที่จะใช้ข้อกฎหมายนี้ของฝ่ายปกครองไว้ด้วย คือ ศาลจะตรวจสอบข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขตามกฎหมายนั้นว่ามีเพียงพอที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายกำหนดเงื่อนไขข้อเท็จจริงเอาไว้ก็ตาม แต่ถ้าเงื่อนไขข้อเท็จจริงนั้นมีลักษณะในทางเทคนิคสูง ศาลจะไม่เข้าตรวจสอบการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง เช่น ในเรื่องของผลิตภัณฑ์ทางเภสัชกรรม ศาลจะไม่เข้าตรวจสอบเพื่อควบคุมการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงเอาไว้ก็ตาม ในทางตรงกันข้าม ศาลจะไม่เข้าตรวจสอบการปรับใช้ข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดมูลเหตุจูงใจหรือเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงสำหรับการใช้อำนาจไว้ซึ่งส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่นเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลและการใช้สิทธิเสรีภาพ แต่ศาลอาจจะกำหนดเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงในคดีนั้นขึ้นมาเองเลยว่า ก่อนจะใช้อำนาจนั้นได้จะต้องปรากฏเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงอย่างหนึ่งอย่างใดเสียก่อน ในการที่ศาลใช้อำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงเอาไว้ แต่ศาลไปริเริ่มกำหนดเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจนั้น ถือได้ว่าเป็นการที่ศาลใช้อำนาจในการสร้างกฎหมาย ดังนั้นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองมี 2 หลัก หลักแรก คือ ตรวจสอบการมีอยู่หรือการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างในคดี กับอีกหลักหนึ่งซึ่งเป็นหลักที่พัฒนาต่อมา คือ การตรวจสอบเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับเพื่อจะใช้อำนาจนั้น เรียกว่าการปรับใช้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง

ต่อมาศาลปกครองของฝรั่งเศสได้สร้างหลักในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาอีกหลักหนึ่งโดยพัฒนาหลักมาจากคดีเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพหรือเกี่ยวข้องกับการใช้มาตรการในทางตำรวจทางปกครองหลักที่ว่าคือ หลักการควบคุมความเหมาะสมโดยศาลจะ

<sup>4</sup> มีอง-โกลิต เวเนเซีย. (2546, มกราคม-เมษายน). "พัฒนาการของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย." วารสารวิชาการศาลปกครอง, 3, 1. หน้า 3-5.

ตรวจสอบว่ามาตรการหรือคำสั่งที่ฝ่ายปกครองออกไปเหมาะสมหรือตรงกับมูลเหตุหรือสาเหตุที่อ้างหรือไม่

ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง เมื่อพัฒนามาถึงขั้นนี้แล้ว สามารถตรวจสอบได้ถึง 3 ระดับ คือ ตรวจสอบการมีอยู่หรือดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้าง ตรวจสอบการปรับข้อกำหนดเข้ากับข้อเท็จจริงนั้น และตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงมีมูลเหตุเพียงพอหรือไม่ ตรวจสอบว่ามาตรการที่ใช้หรือคำสั่งที่ออกมานั้น สมควรหรือไม่ หนักหรือเกินส่วนกับเหตุผลที่อ้างหรือไม่ การตรวจสอบทั้ง 3 กรณี ในฝรั่งเศสเขาเรียกกันว่าเป็นการตรวจสอบตามปกติ(Contrôle normal) การตรวจสอบปกติที่เรียนให้ฟังไปเมื่อสักครู่นี้ แตกต่างจากการตรวจสอบอีกประเภทหนึ่ง ที่เรียกว่าการตรวจสอบแบบจำกัด(Contrôle restraint)ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบที่ 2 จุดเท่านั้นคือ ตรวจสอบที่การดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงกับตรวจสอบที่มูลเหตุจงใจว่ามูลเหตุจงใจนั้นชอบหรือไม่ ชอบ สมเหตุสมผลหรือไม่ แต่จะไม่ตรวจสอบที่การปรับข้อกำหนดเข้ากับข้อเท็จจริงในการที่ศาลไปตรวจสอบเหตุผลของคำสั่งทางปกครองหรือมูลเหตุจงใจในการออกคำสั่งทางปกครอง มันมีจุดอ่อนอยู่ 2 ประการ ประการหนึ่งเป็นจุดอ่อนอันเนื่องมาจากระบบของการตรวจสอบแบบจำกัด และจุดอ่อนอีกประการหนึ่งเกิดขึ้นได้ทั้งจากการตรวจสอบในลักษณะทั่วไปหรือการตรวจสอบปกติ และการตรวจสอบแบบจำกัดทำให้ศาลไม่ลงไปดูการปรับใช้ข้อกำหนดกับข้อเท็จจริง นอกจากนั้น ศาลยังไม่ไปดูความมีสัดส่วนระหว่างเนื้อหาของคำสั่งกับเหตุผลของคำสั่งว่าเหมาะสมหรือไม่ มากเกินไป น้อยเกินไปหรือไม่<sup>5</sup>

เพื่อแก้ปัญหาจุดอ่อนตรงนี้ ในระยะต่อมาศาลได้พัฒนาหลักที่เรียกกันว่า การตรวจสอบความผิดพลาดชัดเจนในการใช้วิจารณญาณในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง(erreur manifeste d'appréciation) คือ เป็นหลักที่ศาลเอาเข้ามาแทนการที่ไม่ไปตรวจสอบการปรับข้อกำหนดเข้ากับข้อเท็จจริง โดยสร้างหลักขึ้นมาเพื่อตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองนั้นวินิจฉัยพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ ในกรณีการตรวจสอบแล้วพบว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยผิดพลาด การจะนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งนั้นจะต้องเป็นการวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจน อย่างไม่หลง การใช้หลักการวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครองมาเป็นเหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เริ่มต้นก็ใช้ในการตรวจสอบคดีหรือการกระทำในบางเรื่องเท่านั้น คือมีขอบเขตจำกัด แต่มีแนวโน้มขยายขอบเขตมากขึ้น ตัวอย่างเช่นในคดีเกี่ยวกับข้าราชการหรือเกี่ยวกับวินัย ในคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับเรื่องที่มีคำสั่งลงโทษทางวินัย สมมติว่าฟ้องว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นมิชอบ เบื้องต้นในสมัยก่อนศาลก็จะดูว่ามีการกระทำที่กล่าวอ้างหรือไม่อันนี้เป็นการดู

<sup>5</sup> แหล่งเดิม. หน้า 6.

ที่ข้อเท็จจริงว่ามีอยู่จริงตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ และประการที่สองก็จะดูว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างเข้า  
 ข่ายตามกฎหมายที่เป็นความผิดทางวินัยหรือไม่ นี่เป็นการให้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ศาลใน  
 สมัยก่อนจะตรวจสอบอยู่เพียงว่ามีข้อเท็จจริงไหม ข้อเท็จจริงเป็นความผิดวินัยไหม ศาลจะไม่ไป  
 ตรวจสอบถึงขั้นว่าคำสั่งลงโทษนั้นหนักเกินไปไหมกับเหตุผลที่อ้าง แต่หลังจากที่ได้มีการพัฒนา  
 หลักที่เรียกกันว่า หลักการใช้วิจารณ์ญาณผิดพลาดอย่างชัดเจนขึ้นมา ศาลจะไปดูว่า ถ้าสมมติว่า  
 คำสั่งลงโทษนั้นหนักเกินไปจนเห็นได้ชัด อันนี้ก็จะป็นเหตุหนึ่งที่ศาลหยิบยกขึ้นมาเพื่อเพิกถอน  
 คำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นได้ ต่อมาศาลปกครองได้พัฒนาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ  
 การกระทำฝ่ายปกครองอีกหลักหนึ่งในระยะถัดมา คือ หลักการประเมินความคุ้มค่าหรือผลดี-  
 ผลเสีย (bilan coût-avantage) คำสั่งนั้นเมื่อเทียบกับเหตุหรือข้ออ้างแล้ว สมเหตุสมผลกันหรือไม่ ซึ่ง  
 หลักในเรื่องนี้จะทำให้ศาลสามารถตรวจสอบหรือชั่งน้ำหนักความสมเหตุสมผลของคำสั่งและเหตุ  
 ที่ยกขึ้นอ้างได้ หลักในเรื่องนี้เกิดขึ้นจากคดีเวินคีนอสังหาริมทรัพย์ หลักในเรื่องการชั่งน้ำหนัก  
 ผลดี-ผลเสีย ที่เกิดขึ้นในคดีเวินคีนอสังหาริมทรัพย์ ในที่สุดก็นำมาสู่การที่ศาลพัฒนาหลักเรื่องนี้  
 ขึ้นมา โดยการที่ศาลชั่งน้ำหนักว่าในการดำเนินการ ไปให้สิ้นสุด โครงการ สมมติเวินคีนเพื่อสร้าง  
 ถนน จะมีประโยชน์สุดท้ายของการก่อสร้างถนน เอาประโยชน์อันนั้นมาชั่งดูกับเงินที่จะต้องลง  
 รวมทั้งความเดือดร้อนเสียหายของราษฎรที่ได้รับผลกระทบจากโครงการนั้น ชั่งดูแล้ว อันไหน  
 มากกว่ากัน ถ้าแม้ว่าโครงการนั้นมีประโยชน์ก็จริง แต่ที่ใช้เงินมหาศาล แล้วก็ทำความเสียหาย  
 ให้กับราษฎรอย่างเกินสมควร ก็จะเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลหยิบยกขึ้นมาเพื่อที่จะเพิกถอนคำสั่งหรือ  
 โครงการนั้นได้ หลักในเรื่องการชั่งน้ำหนักผลดี-ผลเสียเป็นหลักในเรื่องของการตรวจสอบการ  
 วินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เริ่มต้นจากคดีปกครองประเภทใดประเภท  
 หนึ่ง อย่างการชั่งน้ำหนักข้อดีข้อเสีย การนี้เป็นการที่ศาลหยิบยกเอาองค์ประกอบด้านหนึ่งของการ  
 กระทำของฝ่ายปกครองมาตรวจสอบ ด้านนั้นคือด้านเหตุผลของคำสั่ง เหตุผลของข้อเท็จจริง การ  
 ปรับใช้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง การตรวจสอบ การวินิจฉัยผิดพลาดหรือไม่ผิดพลาดอย่างชัด  
 แจ้งของฝ่ายปกครอง การชั่งน้ำหนักต่างๆ นอกจากนั้นยังมีองค์ประกอบอีกด้านหนึ่งของการ  
 กระทำของฝ่ายปกครองซึ่งศาลจะหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย  
 ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเดิมที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองบาง  
 ประเภทได้รับการคุ้มครองไม่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล การกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การ  
 ควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองอย่างเช่น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่งกับการ  
 กระทำของรัฐบาลอีกประการหนึ่ง<sup>6</sup>

<sup>6</sup> แหล่งเดิม. หน้า 8.

มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เป็นคำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองในการปฏิบัติงานภายในของฝ่ายปกครองให้ดำเนินการไปด้วยดี ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อย และเป็นเรื่องที่ศาลไม่เข้าไปดูแลตรวจสอบ ตัวอย่าง มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง เช่นการลงโทษทางวินัยทหาร หรือวินัยภายในโรงเรียน หรือการกำหนดเวลาปิดเปิดภายในของโรงเรียน จะเห็นได้ว่า มาตรการต่างๆเหล่านี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการทำงานภายในของฝ่ายปกครองเอง เรื่องเหล่านี้ ไม่ว่าจะ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลเป็นการเฉพาะหรือเกี่ยวข้องกับเรื่องบางเรื่องเป็นการเฉพาะหรือมีลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องการจัดการของฝ่ายปกครองต่างๆ ถือว่าเป็นเรื่องที่เล็กน้อยเกินกว่าที่จะนำมาสู่การควบคุมของศาล อย่างไรก็ตามในบางคดีก็ยืนยันว่ามีอำนาจที่จะตรวจสอบในบางเรื่องได้ เช่น กรณีที่วัตถุแห่งเรื่องหรือเนื้อเรื่องของมาตรการในเรื่องนั้นก้าวพ้นมาจากเรื่องภายในของฝ่ายปกครอง หรือเช่นกรณีที่มาตรการภายในนั้นๆ มากระทบถึงสิทธิของข้าราชการ เช่น สมมติว่านักเรียนถูกครูลงโทษ แม้ครูจะเป็นข้าราชการ การลงโทษหรือคำสั่งลงโทษนักเรียนไม่ใช่เรื่องที่จะมาฟ้องศาลปกครองได้ การลงโทษในโรงเรียนนั้นเป็น มาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ที่ไม่อยู่ในข่ายที่จะฟ้องร้อง แต่ถ้าการลงโทษนั้นถึงขั้นไล่เด็กออกหรือถึงขั้นเป็นการลงโทษไม่ให้เรียนเลื่อนชั้นขึ้นไปในชั้นที่สูงขึ้น อันนี้อาจจะนำมาฟ้องยังศาลปกครองได้ จึงอาจจะกล่าวได้ว่า มาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถฟ้องยังศาลปกครองได้ จำนวนค่อยๆลดลงไปมาก ตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1995 ต่อมาเมื่อวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปมีผลกระทบในทางสังคมมากยิ่งขึ้น อย่างเช่น ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 มีปัญหากระทบกระทั่งกันในเรื่องของศาสนา สมัยก่อนถ้าโรงเรียนออกระเบียบห้ามแขวนเครื่องหมายในทางศาสนา เพราะ โรงเรียนถือหลักความเป็นกลางทางศาสนา กล่าวคือ โรงเรียนจะต้องแยกออกจากเรื่องภายใน แต่ในระยะหลังตั้งแต่ปี ค.ศ.1989 มีการฟ้องร้องศาลปกครองก็จะไม่รับ เนื่องจากเป็นเรื่องภายใน แต่ในระยะหลังตั้งแต่ปี ค.ศ.1989 มีการฟ้องว่าโรงเรียนออกระเบียบห้ามแต่งชุดตามศาสนา ที่สำคัญคือศาสนาอิสลาม คือห้ามโพกผ้า ใส่ชุดฮิญาบ ศาลปกครองได้มีท่าทีที่จะรับคดีอย่างนี้มาพิจารณาพิพากษามากยิ่งขึ้น โดยอ้างว่าแม้จะเป็นระเบียบภายใน แต่ก็เป็นการกระทบสิทธิของนักเรียน แต่ในปี ค.ศ.1995 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ได้การกลับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสอย่างครั้งสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการลงโทษเรื่องวินัยทหาร หรือเรื่องของการลงโทษผู้ที่ถูกจองจำอยู่ในคุก ซึ่งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1995 ถือว่าเป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองที่ศาลปกครองจะไม่รับไว้พิจารณา ในปี ค.ศ.1995 มีคดีสำคัญคดีหนึ่งชื่อคดี Ttadouin เป็นคดีที่ทหารเรือคนหนึ่งปฏิเสธไม่ยอมรับคำสั่ง คือ ตัวเองจีเมาดิมเหล่ามาตอนจะขึ้นเรือมีการตรวจสอบระดับแอลกอฮอล์ในเลือด เมื่อไม่ยอมรับคำสั่งนั้นก็ต้องถูกลงโทษฐานปฏิเสธไม่ยอมให้ตรวจสอบแอลกอฮอล์ในเลือด จึงได้นำคำสั่งลงโทษนี้มาฟ้องศาลปกครอง ศาลปกครองรับไว้พิจารณา ซึ่งการรับไว้พิจารณานั้นเป็นการ

กลับแนวคำวินิจฉัยเดิมอย่างสำคัญ แม้ว่าต่อมาในคดีนั้นศาลจะพิพากษายกฟ้องก็ตามในปีเดียวกันก็มีอีกคดีหนึ่งชื่อคดีMarie คดีนี้เป็นคดีที่มีการลงโทษมีคำสั่งที่มีผลกระทบบก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ถูกจองจำผู้หนึ่ง คือ กรณีคำสั่งไม่ให้ผู้ที่ถูกจำคุกคนหนึ่งไปรักษาฟัน กรณีนี้นอกจากศาลจะรับไว้พิจารณาแล้ว ศาลยังพิพากษาลงไปในเนื้อหาแห่งคดีด้วย กรณีที่ศาลปกครองไม่ตรวจการกระทำที่ถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญน้อย คือ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจึงไม่รับไว้พิจารณา ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล นั่นคือการกระทำที่เรียกว่าการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการเพิกถอนหรือในเรื่องของความรับผิดชอบ ในทางกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส การกระทำของรัฐบาลจัดจำแนกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ กลุ่มแรกคือการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับรัฐสภาทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กลุ่มที่สองคือการกระทำของรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งสองประเภททั้งสองกลุ่มที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง อาจกล่าวได้ว่าในระยะหลังๆขอบเขตของทั้งสองประเภทรุ่นนั้นค่อยๆแคบลงๆ

ในกลุ่มแรกเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ศาลปกครองสูงสุดไม่รับไว้พิจารณา เช่น การกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของฝ่ายบริหารในการจัดทำกฎหมาย เช่น ฝ่ายรัฐบาลปฏิเสธไม่ยอมส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังสภา เป็นต้น มาฟ้องศาลปกครองไม่ได้หรือการที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษที่ให้ประธานาธิบดีใช้อำนาจทั้งทางบริหารและทางนิติบัญญัติได้โดยตรงถือว่าอยู่ในประเภทนี้ด้วย<sup>7</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกลุ่มที่หนึ่งที่เป็นการกระทำของรัฐบาล แม้จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล แต่ในระยะหลังๆ ในบางกรณีศาลปกครองก็จะพิจารณาว่าถ้าการกระทำบางอย่างสามารถแยกออกได้จากการกระทำที่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติแล้วจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลและเป็นเรื่องที่จะฟ้องต่อศาลปกครองได้ เช่น กฤษฎีกาของนายกรัฐมนตรีที่แต่งตั้งสมาชิกสภาให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่ากฤษฎีกาดังกล่าวแยกออกมาได้จากการกระทำของรัฐบาลและเป็นสิ่งที่นำไปฟ้องต่อศาลปกครองได้

ในกลุ่มที่สองที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลแต่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลคือการกระทำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

<sup>7</sup> แหล่งเดิม. หน้า 10.

ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นหรือเกี่ยวข้องกับองค์การต่างประเทศอื่น เช่น การให้ความคุ้มครองในทางการทูตกับบุคคลหรือกับทรัพย์สินของรัฐฝรั่งเศสในต่างประเทศหรือการกำหนดเขตความปลอดภัย เช่น ในระหว่างที่มีการทดสอบระเบิดนิวเคลียร์ เป็นต้น อย่างนี้ถือว่าเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐต่างประเทศไม่ได้อยู่ภายใต้ศาลปกครองหรืออีกตัวอย่างหนึ่ง คือ คำสั่งของประธานาธิบดีประเทศชิริค(Chirac) ที่ให้ทดลองระเบิดนิวเคลียร์ มีการนำเอาคำสั่งนี้มาฟ้องศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณาเพราะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลและตัวอย่างสุดท้ายคำสั่งหรือการตัดสินใจของรัฐบาลฝรั่งเศสในการที่จะส่งทหารไปร่วมรบในยูโกสลาเวียก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

การกระทำของรัฐบาลในกลุ่มที่สองนี้ก็เช่นเดียวกับการกระทำของรัฐบาลในกลุ่มแรก ซึ่งเริ่มต้นไม่อยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลแต่ละระดับๆ ศาลก็จะพิจารณาข้อพิจารณาหรือหลักในการพิจารณาเพื่อหิบบกบางเรื่องบางประเด็นขึ้นมาตรวจสอบได้

ตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพยายามที่จะแยกแยะบางเรื่องว่าเป็นเรื่องที่สามารถแยกออกได้จากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น การกระทำนั้นก็อยู่ในข่ายที่จะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นในปี ค.ศ. 1937 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสรับที่จะตรวจสอบกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในปัจจุบันนี้ถือว่าการกระทำของรัฐบาลฝรั่งเศสถือว่าไม่ใช่การกระทำของรัฐบาลเพราะฉะนั้นจึงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้และในท้ายที่สุดคำสั่งปฏิเสธของรัฐบาลฝรั่งเศสต่อคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐบาลต่างประเทศศาลปกครองยอมรับว่าเป็นเรื่องที่ตนมีอำนาจที่จะรับไว้พิจารณาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้จะเห็นได้ว่าแนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาลจะค่อยๆ แคลงจะเปิดช่องทางให้ศาลปกครองมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้มากขึ้น

ดังนั้นสรุปได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองขยายการควบคุม ขยายอำนาจการควบคุมมาเรื่อยๆ ด้วยการเข้าควบคุมเหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจของการออกคำสั่งและการกระทำบางอย่างไม่ว่าจะเป็นมาตรการภายในหรือการกระทำของรัฐบาลซึ่งเป็นเรื่องที่เคยไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล ศาลก็ขยายขอบเขตอำนาจเข้าไปควบคุมเรื่องเหล่านี้มากขึ้นจะเห็นได้ว่าเรื่องมาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็มีขอบเขตเล็กลงไป เรื่องของการกระทำของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้ค่อยๆ ถูกตีกรอบให้เล็กลงเพื่อให้ศาลเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าศาลจะขยายเขตอำนาจในการพิจารณาคดีประเภทดังกล่าวแต่ในแง่เนื้อหาแล้ว ศาลก็มักจะตัดสินยกคำฟ้องเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการเพิ่ม

ประสิทธิภาพในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้น เพิ่มอำนาจศาลปกครองมากยิ่งขึ้น เพราะการเปลี่ยนแปลงในเรื่องบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะการพัฒนาบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีสภาพบังคับต่อฝ่ายปกครอง ตั้งแต่ปี ค.ศ.1944 สิ่งที่เราเรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้น มีลักษณะหลากหลายมากในประเทศฝรั่งเศส เช่น หลักความเสมอภาคไม่ว่าจะเป็นความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ความเสมอภาคต่อภาระในส่วนรวม หลักความเสมอภาคในการเสียภาษี เป็นต้น อาจจะกล่าวได้ว่าปัจจุบันนี้ไม่มีคดีใดเลยที่เมื่อฟ้องต่อศาลปกครองแล้วจะ ไม่มีการอ้างว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นกระทบต่อ หลักความเสมอภาคหรือหลักคำสั่งของฝ่ายปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง หลักที่จะต้องฟังความทุกฝ่าย หลักความเป็นกลาง เป็นต้น จากแหล่งที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ฝรั่งเศสยังมีวิวัฒนาการอย่างสำคัญของแหล่งที่มาของความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งหมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในทุกระดับ รัฐบัญญัติ รัฐกฤษฎีกา กฎ ระเบียบทั้งหลาย รวมไปถึงบรรดากฎหมายระหว่างประเทศและโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประชาคมยุโรป ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือกฎหมายของสหภาพยุโรปในระยะหลังๆ คดีที่ฟ้องยังศาลปกครองส่วนใหญ่จะหยิบยกประเด็นที่ว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งหรือเป็นการกระทำที่กระทบถึงหลักความเสมอภาค เป็นข้ออ้างเกือบทุกคดีและการกระทำที่ไม่เคารพมาตรา 6 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน<sup>8</sup>

### 3.2 อำนาจศาลปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

ระบบกฎหมายของต่างประเทศในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองของประเทศต่าง ๆ นั้น ประเทศต่างๆ ได้พยายามที่จะสร้างเกาะแนวแห่งความยุติธรรมขึ้นให้อำนาจศาลปกครองไว้อย่างกว้างขวางและชัดเจนให้มากที่สุด เพื่อเป็นการใช้ถ่วงดุลอำนาจที่มักจะมีมากขึ้นในสังคมในปัจจุบันของฝ่ายการเมืองดังที่ประเทศที่พัฒนาแล้ว ในทางปฏิบัติยิ่งศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาเข้าถึงอรรถคดีกระบวนการพิจารณาตรวจสอบ ถ่วงดุลอำนาจมากเท่าไร ความเป็นธรรมก็ย่อมมีอยู่มากขึ้นเท่านั้น ปัจจุบันยอมไม่อาจปฏิเสธปัญหาทางการเมืองได้ในทุกประเทศจากการใช้อำนาจของรัฐผ่านองค์กร ตัวแทนของรัฐ เช่นองค์กรทางการเมือง หน่วยงานทางการเมือง นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น ได้ใช้อำนาจที่รัฐมอบให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมิชอบ อีกทั้งในการใช้อำนาจดังกล่าวขาดความโปร่งใสอันนำไปสู่การกระทำของรัฐในทางคอร์รัปชันในทุกสังคมการเมืองทั่วทุกประเทศ ดังนั้นอำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบ

<sup>8</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11-13.

การกระทำของรัฐนั้นย่อมมีมากขึ้นตามไปด้วยในการดูแลควบคุม ตรวจสอบแก้ไข เยียวยา ในทางปกครองให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย และอีกหน้าที่หนึ่งของศาลปกครองก็คือ การพัฒนาคุณภาพความเป็นอยู่ของประชาชน ไปแนวทางหนึ่งด้วย ดังนั้นการดำรงอยู่ของอำนาจทางปกครองของศาลปกครองนั้นจึงเป็นการบ่งชี้ถึงศักยภาพของกฎหมายและความเป็นอยู่ของบ้านเมืองประเทศนั้นๆ ทั้งในเรื่องความกินดีอยู่ดีของประชาชน สภาพทางเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม วัฒนธรรม และความมั่นคงของประเทศชาตินั้นได้ด้วย

### 3.2.1 อำนาจศาลปกครองตามกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบของฝรั่งเศสแบ่งคดีปกครองออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ คือ

- 1) คดีฟ้องเพิกถอนกฎ คำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครอง (le recours pour excès de pouvoir)
- 2) คดีฟ้องขอให้ศาลใช้อำนาจเต็ม (le recours de plein contentieux) คำขอท้ายฟ้องจะทำให้สามารถแยกประเภทคดีได้ตามแต่ละประเภทคดี ดังนี้

(1) อำนาจในการยกเลิกเพิกถอน ตุลาการต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎ คำสั่ง หรือนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งตุลาการปกครองอาจพิพากษาให้ยกเลิกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวที่เห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ (pouvoir d'annulation)

(2) คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม คดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม อำนาจในการให้อำนาจเต็มของตุลาการ (pouvoir de plein contentieux) ในคดีขอให้ศาลใช้อำนาจเต็ม ตุลาการต้องพิจารณาด้วยบทกฎหมายและบริบทของคดีเป็นเรื่องราวไป ซึ่งในคดีประเภทนี้ตุลาการอาจพิพากษาให้ชดใช้เงินหรือให้ทำคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งอำนาจของตุลาการในการสั่งคดีประเภทนี้มีหลากหลายขึ้นอยู่กับแต่ละประเภทคดี การแยกประเภทคดีเป็นสองประเภทเช่นนี้ทำให้เห็นได้ชัดว่ากระบวนการพิจารณาคดีแต่ละประเภทแตกต่างกันไปดังนี้ คือ คดีขอให้ศาลใช้อำนาจเต็ม (plein contentieux) สามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้และเสนอขึ้นไปสภาแห่งรัฐเมื่อมีประเด็นที่ต้องอุทธรณ์ ขณะที่คดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือนิติกรรมทางปกครอง (excès de pouvoir) นั้น สามารถอุทธรณ์ได้ทันทีที่สภาแห่งรัฐ อย่างไรก็ตาม รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 1992 ได้กำหนดให้มีการค่อยๆ เปลี่ยนแปลงกระบวนการพิจารณาที่ให้คดีฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ในคดีที่ฟ้องคำสั่งทางปกครองของบุคคลเป็นการเฉพาะ สามารถอุทธรณ์ได้ที่ศาลอุทธรณ์ เพราะการอุทธรณ์ไปที่สภาแห่งรัฐนี้จำกัดอยู่ที่การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่เป็นกฎ

(3) อำนาจในการออกคำสั่งบังคับ กำหนดค่าปรับ และอำนาจเสริมของตุลาการศาลปกครอง ไม่ว่าจะเป็นคดีที่ขอให้ยกเลิกเพิกถอนหรือคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม ตุลาการศาลปกครองจะไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับกับฝ่ายปกครองและไม่มีอำนาจกำหนดค่าปรับด้วย ซึ่งเป็นหนึ่งในหลัก



กฎหมายปกครองทั่วไปที่ห้ามศาลออกคำสั่งกับฝ่ายปกครอง ทั้งนี้โดยยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจ (la separation des pouvoirs) และจะไม่ปฏิบัติตัวเป็นฝ่ายปกครองเสียเองในการเพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองโดยไม่สั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่กระทำการ แต่ต่อมาได้มีการออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1980 อนุญาตให้สภาแห่งรัฐสามารถกำหนดค่าปรับได้เป็นบางคดีหรือคดีที่มีการปฏิเสธการบังคับตามคำพิพากษาเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการสั่งให้ชดใช้ค่าเสียหายและอำนาจในการตีความซึ่งสำคัญมาก

(4) กระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป และต้องส่งประเด็นเกี่ยวกับค่าเสียหายไปยังศาลสหภาพยุโรป และอนุวัติใช้กฎหมายสหภาพยุโรปด้วย<sup>9</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสกฎหมายปกครองได้กำหนดเขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ทั้งในเรื่องการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งและการกระทำทางปกครอง คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง และอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งได้มีกฎหมายและแนวคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาแบ่งแยกในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส ซึ่งอาจพิจารณาแบ่งแยกได้ดังนี้

### 3.2.1.1 คดีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

#### 1) การกระทำของรัฐบาล

สำหรับการกระทำที่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ได้แก่ การให้ความเห็นของฝ่ายปกครองหรือคณะกรรมการชุดหนึ่งการให้คำแนะนำหรือการให้ข้อมูลแก่ประชาชน กรณีเช่นนี้จะไม่เห็นได้ว่าไม่ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในทางกฎหมายของประชาชน จึงไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ยังมีการกระทำอื่นๆที่ไม่สามารถฟ้องคดีได้ เช่นบางกรณีมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีระดับสูงเกินไปและบางกรณีเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นเรื่องเล็กน้อยเกินไป คือ

(1) กรณีคำสั่งที่มีระดับสูงเกินไป ได้แก่ การกระทำของรัฐบาล (les actes de gouvernement หรือ act of government) โดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงคำสั่งในลักษณะระดับสูงดังกล่าวในปัจจุบันมีบทบาทค่อนข้างน้อย เพราะทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลนั้นได้ถูกจำกัดขอบเขตลง โดยจะเห็นได้ว่าแม้กระทั่งรัฐทฤษฎีที่ออกโดยนายกรัฐมนตรีหรือโดยประธานาธิบดีของฝรั่งเศสนั้นในปัจจุบันก็ฟ้องโต้แย้งขอให้เพิกถอนต่อศาลปกครองได้

<sup>9</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบรวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8. หน้า 72-73.

ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือการควบคุมทางศาล (le controle juridictionnel) แยกพิจารณาในปัจจุบันมี 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา ตัวอย่างเช่น กรณีที่ประธานาธิบดีมีรัฐกฤษฎีกาให้ยุบสภากรณีเช่นนี้จะขอให้เพิกถอนไม่ได้ นอกจากนี้ยังมีกรณีอื่นๆอีกได้แก่

ก. การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง

ข. การมีส่วนร่วมในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ฯลฯ

ค. การประกาศใช้รัฐบัญญัติ เช่น การกล่าวหาว่ารัฐบัญญัติที่มีรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้นั้นมีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

ง. การกระทำของประธานาธิบดี เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ.1958 หรือการเสนอร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ

กรณีที่ 2 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่ การกระทำทางทูต แนวคำพิพากษาไม่ได้ชี้ชัดว่าที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องทฤษฎีว่าด้วย การกระทำของรัฐบาล แต่ค่อนข้างถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณาพอสรุปประเภทของคำพิพากษาได้ดังนี้<sup>10</sup>

ก. การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่างๆ

ข. การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ

ค. การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน

ง. การกระทำเกี่ยวกับสงคราม (les faits de guerre) โดยสภาแห่งรัฐ ได้ถือเอาความหมายเกี่ยวกับสงครามว่าหมายถึงการปฏิบัติการทางทหาร (les operations militaires)

<sup>10</sup> โภคิน พลกุล. คำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 37-38.

(2) กรณีคำสั่งที่เป็นเรื่องเล็กน้อยๆที่ไม่เป็นที่ยอมรับให้ฟ้องคดีได้เพราะเกรงว่าคดีจะสิ้นศาล เช่น ในคดีเกี่ยวกับการศึกษาในกรณีที่ทางราชการปฏิเสธไม่เลื่อนชั้นของนักเรียนให้สูงขึ้น กรณีเช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่าสามารถฟ้องขอให้เพิกถอนต่อศาลปกครองได้แต่ในอีกตัวอย่างหนึ่งถ้านักเรียนให้เปลี่ยนอาจารย์ เปลี่ยนครูประจำชั้น กรณีนี้ถ้ายอมให้มาฟ้องคดีต่อศาลก็จะทำให้ปัญหาคดีสิ้นศาล เกี่ยวกับเรื่องการทำเล็กน้อยๆทั้งหลายนี้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็น มาตรการภายในฝ่ายปกครอง

## 2) การกระทำของรัฐสภา

การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาหรือข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐสภา (les actes parlementaires หรือ parliamentary act) โดยหลักการแล้วถือว่าการดำเนินงานในรัฐสภา และการจัดหน่วยธุรการและการปฏิบัติหน้าที่ของสภานิติบัญญัติไม่อาจฟ้องต่อศาลได้ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง แต่มีข้อยกเว้นตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 1985 (la loi organique du 17 novembre 1985) ว่าด้วยการกระทำทางรัฐสภา โดยถือว่า รัฐ<sup>11</sup>ต้องรับผิดชอบในความเสียหายทุกประเภทที่เกิดจาก การบริการสาธารณะทางสภา หมายถึง กิจกรรมในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติที่กระทำโดยบุคคลากรทางปกครองของสภา ส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภาหรือการกระทำทางสภาโดยหลักจะถือว่าเป็นข้อยกเว้นหลักกฎหมายที่ว่า การกระทำในทางกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลอันเป็นหลักทั่วไป การกระทำทางสภานี้ไม่มีกฎหมายใดนิยามไว้ว่าหมายความว่าอย่างไร จึงต้องอาศัยจากคำพิพากษาซึ่งอาจอธิบายได้ว่าการกระทำที่วัตถุประสงค์แห่งการกระทำเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ทางรัฐธรรมนูญของสภา โดยไม่คำนึงถึงว่าจะเป็นองค์กรใด และพิจารณาจากรูปแบบของการกระทำเป็นองค์กรหรือสถาบันที่มีลักษณะทางรัฐสภาหรือไม่ กล่าวคือ องค์กรหรือสถาบันดังกล่าวได้ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติและมีสถานะพิเศษบางประการตามระบบรัฐสภาหรือไม่ เช่น มีเอกสิทธิและความคุ้มกัน เป็นต้น เช่น การแก้ไขรัฐธรรมนูญ การวางข้อบังคับการประชุม มติ วาระการประชุม การแต่งตั้ง ฯลฯ จึงเป็นการกระทำของสภา

## 3) การกระทำของศาลยุติธรรม

การกระทำของศาลยุติธรรมมีหลักอยู่ว่าการบริหารงานของศาลยุติธรรมนั้นมี 2 ลักษณะ คือ การดำเนินการของบริการสาธารณะทางยุติธรรม (le fonctionnement du service judiciaire) หมายถึง การกระทำที่เกี่ยวกับการตัดสินข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองฝรั่งเศส แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบของหน่วยธุรการของศาลยุติธรรมแล้วจะอยู่ในเขต

<sup>11</sup> ในฝรั่งเศสถือว่ารัฐ เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน .

อำนาจของศาลปกครอง เช่นการร้องเรียนการเลือกตั้งของผู้แทนของผู้พิพากษาเพื่อไปดำรงตำแหน่งกรรมการใน (Conseil superieur de la Magistrature) ฐานะผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่า การหยุดดำเนินงานของศาล การยุบเลิกศาล ตลอดจนวิธีการเกี่ยวกับสถานะของผู้พิพากษาเช่นการบรรจุแต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนชั้น การลงโทษทางวินัย กรณีคดีที่ถือว่าเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมในคดีบางประเภทโดยกฎหมาย จารีตประเพณี ถือว่าอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมโดยเฉพาะซึ่งได้แก่ คดีเกี่ยวกับสถานะของบุคคล คดีเกี่ยวกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์และคดีเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล เป็นต้น

(1) คดีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

ก. คดีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองที่ไม่ใช่เรื่องสัญญาเช่น ความเสียหายที่เกิดจากการชุมนุมก่อความไม่สงบ ความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ผิดกฎหมายของกระบวนการสาธารณะในกระบวนการยุติธรรม

ข. คดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมืองและทางปกครองเช่น คดีเกี่ยวกับผู้เลือกตั้ง

ค. คดีเกี่ยวกับภาษีทางอ้อม ได้แก่ ภาษีสรรพสามิต อากรแสตมป์ ภาษี โภคภัณฑ์

(2) คดีที่จารีตประเพณีสงวนไว้ให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

ก. คดีเกี่ยวกับสภาพของบุคคล เช่น การเกิด การสมรส การตาย ภูมิลำเนา สัญชาติ เป็นต้น

ข. คดีเกี่ยวกับเสรีภาพของเอกชน เช่น การละเมิดใดๆต่อเสรีภาพในชีวิต ร่างกายของบุคคล

ค. คดีเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สิน เช่น เรื่องการเกณฑ์ทรัพย์สินเพื่อนำไปใช้ประโยชน์สาธารณะในกรณีจำเป็น การเวนคืนเพื่อการใช้ประโยชน์สาธารณะ เรื่องเกี่ยวกับสิทธิบัตร ลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า

ง. คดีที่เกี่ยวกับการยึดครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของปัจเจกชน หรือที่เรียกว่า ออมพริส(L'compris) เช่น เรื่องเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่อสังหาริมทรัพย์ของเอกชน เรื่องการแบ่งแยกการครอบครองไปจากเอกชน เช่นการรื้อถอนอสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในสภาพทรุดโทรม

จ. การกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรงของฝ่ายปกครอง

(3) คดีที่พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการกระทำทางคดีธรรมดา

ก. ประเด็นการตีความการกระทำทางปกครองในศาลยุติธรรม

ข. ประเด็นการยกหลักความไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาเป็นข้อแก้ตัวในศาลยุติธรรม

### 3.2.1.2 ขอบเขตของการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส

#### 1) การกระทำที่ไม่ถูกควบคุม

ประเทศฝรั่งเศสในสาธารณรัฐที่ 5 นั้น<sup>12</sup> ระบบการเมืองถูกควบคุมโดยกฎหมาย แม้แต่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐก็ไม่สามารถหลุดพ้นจากการควบคุมได้ มีหลายองค์การที่เข้ามามีบทบาทในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ก่อนหน้าที่จะเข้าสู่สาธารณรัฐที่ 5 ศาลปกครองสูงสุด(Conseil d'Etat) ได้เคยเข้าไปตรวจสอบ “การกระทำ”<sup>13</sup> ของประธานาธิบดีมาแล้ว ดังตัวอย่างที่ปรากฏอยู่ในการพิจารณาคดี Labonne<sup>14</sup> ที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับตำรวจของประธานาธิบดี

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเป็นสถาบันที่ได้รับความไว้วางใจจากประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ ดังนั้นจึงสมควร

<sup>12</sup> สาธารณรัฐที่ 5 เริ่มต้นเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ.1958. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>13</sup> คำว่า “การกระทำ” หมายถึง บรรดา การกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งมิได้หมายความเฉพาะการออก “กฤษฎีกา” (decrets) เท่านั้น แต่หมายความรวมถึงมาตรการต่างๆที่ประธานาธิบดีได้ใช้เพื่อการปฏิบัติหน้าที่อ้างอิงถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>14</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Labonne ลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ.1919 มีรายละเอียดสรุปได้ว่า เดิมการจัดระบบการจรรทางบกโดยรถยนต์อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ต่อมาเมื่อวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ.1899 ก็ได้มีการออกกฤษฎีกาเกี่ยวกับการจรร โดยกำหนดให้มีการออก “ใบรับรองความสามารถในการขับขี่รถยนต์” ขึ้นนอกจากนี้ กฤษฎีกาดังกล่าวยังให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของจังหวัดและเกิดขึ้นเมื่อนาย Labonne ซึ่งถูกเจ้าหน้าที่จังหวัดสั่งเพิกถอนใบรับรองดังกล่าว ได้ยื่นฟ้องศาลปกครองว่ากฤษฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากออกโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจ แต่อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองได้พิพากษายกฟ้องคดีดังกล่าวเนื่องจากไม่ปรากฏว่า กฤษฎีกาได้ออกโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจ โดยศาลปกครองได้ให้ความเห็นว่า...ประมุขของรัฐมีอำนาจของตนเอง แม้ว่าจะไม่มีการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติ...อ้างอิงถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

ที่จะมีความเป็นอิสระในการทำงานมากกว่าองค์กรอื่นๆ แต่อย่างไรก็ตาม ได้มีการสร้างระบบตรวจสอบการทำงานของประธานาธิบดีเอาไว้โดยรัฐธรรมนูญได้วางกลไกในการตรวจสอบทางการเมืองสำหรับประธานาธิบดีไว้ในมาตรา 67<sup>15</sup> และมาตรา 68<sup>16</sup> ของหมวด 9 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยให้ศาลอาญาชั้นสูง (le haute cour de justice) ทำหน้าที่พิจารณาเฉพาะความผิดกรณีที่ประธานาธิบดีทรยศต่อประเทศชาติอย่างร้ายแรง (haute trahison) เท่านั้น ส่วนการดำเนินการอื่นๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งประธานาธิบดี ประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดชอบ<sup>17</sup>

บทบัญญัติในมาตรา 19<sup>18</sup> แห่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดีจะต้องมีการลงนามร่วม (contresign) โดยนายกรัฐมนตรีหรือโดยรัฐมนตรีผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในเรื่องนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตามในมาตราเดียวกันก็ได้กำหนดยกเว้นไม่ต้องมีการลงนามร่วมกับประธานาธิบดีในบางกรณี เช่น

กรณี การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือการให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อมีการลาออกตามมาตรา 8<sup>19</sup>

กรณี การประกาศกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติตามมาตรา 11<sup>20</sup>

กรณี การประกาศยุบสภาตามมาตรา 12<sup>21</sup>

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 67 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 68 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>17</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2540). ระบบการพิจารณา ความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส. หน้า 105-133.

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 9 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 8 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 11 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

กรณี การใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดี ตามมาตรา 16<sup>22</sup>

กรณี การส่งสาส์นชี้แจงประเด็นต่างๆ ไปยังรัฐสภา ตามมาตรา 18<sup>23</sup>

กรณี การร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาว่ามติหรือข้อผูกพันระหว่างประเทศขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 14<sup>24</sup>

กรณี การแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน 3 คน และการแต่งตั้งประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 56<sup>25</sup>

กรณี การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายตามมาตรา 61<sup>26</sup>

การกระทำทั้งหลายที่กำหนดไว้ในมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญเหล่านี้ ประธานาธิบดีลงนามแต่เพียงผู้เดียว เพื่อประกาศใช้กฎหมายหรือเพื่อการดำเนินการดังกล่าว สำหรับกรณีที่การกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้มีการลงนามร่วมกัน แม้ว่าจะต้องมีการลงนามร่วมกันเพื่อประกาศใช้ แต่การกระทำดังกล่าวก็ยังคงเป็นการกระทำของประธานาธิบดี การลงนามร่วมเป็นรูปแบบ มิใช่เป็นการใช้อำนาจ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้

<sup>21</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 12 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 16 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 18 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 14 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>25</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 56 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>26</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 61 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

เคยวินิจฉัยไว้แล้ว<sup>27</sup> และนอกจากนี้เมื่อเกิดปัญหาขึ้นในชั้นศาล ศาลก็จะต้องตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของประธานาธิบดีหรือไม่ ส่วนองค์กรที่จะสามารถตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีได้นั้นในปัจจุบันพบว่า มีสององค์กรด้วยกัน คือ ศาลปกครอง (Conseil d'Etat) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel)

การกระทำที่ไม่ถูกควบคุม การใช้อำนาจของประธานาธิบดีในหลายๆกรณี ก่อให้เกิดพัฒนาการด้านการควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดีโดยองค์กรศาล ได้เคยมีการนำ การกระทำของประธานาธิบดีไปฟ้องยังศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการ ใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง (autorite administrative) นอกจากศาลปกครองแล้ว คณะตุลาการ รัฐธรรมนูญเองก็ยังมีโอกาสที่จะพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจเฉพาะ (propres pouvoirs) ของ ประธานาธิบดี การกระทำที่ไม่อาจถูกควบคุมโดยศาลปกครอง อาจกล่าวได้ว่าศาลปกครองไม่มี อำนาจในการพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีได้เนื่องจากการกระทำของประธานาธิบดีส่วน ใหญ่แล้วจะมีลักษณะผสมกล่าวคือ ไม่ใช่เฉพาะแต่เป็นการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่จะมี ลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลด้วย ซึ่งทำให้การกระทำของประธานาธิบดีไม่อยู่ภายใต้การ ตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งนี้เนื่องจากในรัฐฝรั่งเศสได้ยึดถือหลักที่ว่า การกระทำใดๆของ ผู้บริหารประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมุขของรัฐจะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล แต่อย่างไรก็ ตามในปัจจุบัน ขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลซึ่งแต่เดิมกว้างมากก็ได้ลดลงเหลือเฉพาะที่ เป็นการกระทำของรัฐบาลก็แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐและ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐนั้น การกระทำ บางอย่างของประธานาธิบดีที่กำหนดให้ต้องมีการร่วมลงนามโดยฝ่ายบริหารก็เพื่อถ่ายโอนความ รับผิดชอบทางการเมืองไปยังรัฐบาลการกระทำเหล่านี้ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับการประกาศใช้ บังคับกฎหมายด้วยการออกกฤษฎีกาประกาศใช้บังคับกฎหมาย (decret de promulgation des lois) หรืออาจเป็นการให้อภัยโทษตามมาตรา 17 แห่งรัฐธรรมนูญการออกรัฐกฤษฎีกาแต่งตั้งคณะทำงาน แก่ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึงกรณีที่ไม่ต้องมีการลงนามร่วมกับนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีอื่น อันได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือการให้นายกรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งเมื่อ มีการลาออก การประกาศกำหนดให้มีการออกเสียงประชามติ รัฐกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การ

<sup>27</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดี Chambre de commerce d'Orleans ลงวันที่ 12 กรกฎาคม ค.ศ. 1957 ได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งว่า “การลงนามร่วม (contresign) เป็นเรื่องของรูปแบบ ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจ..”



ใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ การส่งสาส์นชี้แจงประเด็นต่างๆ ไปยังรัฐสภา การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมาย เป็นต้น

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น ศาลปกครองปฏิเสธที่จะพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีที่ไม่ได้กระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสหรือการกระทำของประธานาธิบดีที่เกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศการกระทำของรัฐบาลทั้งหลายเหล่านี้ อยู่ในอำนาจการควบคุมของรัฐสภาหรือประชาชนการกระทำที่ไม่อาจถูกควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องเก่าที่เกิดขึ้นเมื่อครั้งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันประกาศใช้บังคับในเดือนตุลาคม ค.ศ.1958 กล่าวคือ มีการกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาล มาตรา 92 ให้ฝ่ายบริหารสามารถออกรัฐกำหนด(ordonnance) ที่มีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติได้ เพื่อกำหนดมาตรการทางด้านนิติบัญญัติที่จำเป็นสำหรับจัดตั้งสถาบันการเมืองและการดำเนินการต่างๆของอำนาจรัฐตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วรัฐกำหนดเหล่านั้นถูกดำเนินการโดยคณะรัฐมนตรีภายใต้การสั่งการของประธานาธิบดีในขณะนั้นคือ นายพล Charles de Gaulle แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้กฎหมายประเภทกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญต้องถูกตรวจสอบโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้ก็ตาม แต่รัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ได้ดำเนินการออกโดยมาตรา 92 ดังกล่าวก็หลุดพ้นจากการตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมาตรา 92 กำหนดให้รัฐกำหนดนั้นมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐบัญญัติ จึงไม่จำเป็นต้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้บังคับ ดังนั้นการออกรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวของฝ่ายบริหารจึงไม่อาจถูกควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ<sup>28</sup>

การกระทำที่อยู่ภายใต้การควบคุมสามารถแยกพิจารณาได้สองกรณี คือการควบคุมโดยศาลปกครองและการควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การควบคุมโดยศาลปกครอง ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองการกระทำของประธานาธิบดีจะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง โดยศาลปกครองจะมีอำนาจในการควบคุมการกระทำบางอย่างของประธานาธิบดีที่มีได้ร่วมลงนามโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี อันได้แก่การกระทำหรือการสั่งการที่มีผลเป็นการเข้าไปเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายหรือกฎระเบียบต่างๆของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้รัฐกำหนด ซึ่งออกตามความในมาตรา 38 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มาตรา 92 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

13 แห่งรัฐธรรมนูญก็อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองด้วยตราบทที่รัฐสภายังมิได้ให้สัตยาบัน ทั้งนี้เนื่องจากศาลปกครองถือว่าเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร

การควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อให้ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบการทำงานของรัฐสภาก็ตาม แต่ในบางกรณีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็อาจเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องในการตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีได้ ทั้งนี้เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจหน้าที่อื่นแก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ด้วย เช่น อำนาจหน้าที่ในการดูแลตรวจสอบความถูกต้องของการออกเสียงประชามติหรือพิจารณาชี้ขาดเกี่ยวกับความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เป็นต้น กรณีตัวอย่างกรณีหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการเข้าไปควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ประธานาธิบดีได้ออกกฤษฎีกาในเดือนมิถุนายน ค.ศ.1981 เพื่อกำหนดวันให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไปออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีการนำกฤษฎีกาดังกล่าวไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอน แต่ศาลปกครองก็ได้ยกคำร้องโดยกล่าวว่า เนื่องจากกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามมาตรา 59 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้นผู้ร้องจึงได้ร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว ซึ่งต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาและมีคำวินิจฉัยในที่สุดว่ากฤษฎีกาดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการเลือกตั้ง

อย่างไรก็ตาม การดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวก็เป็นที่ยกข้อวิพากษ์วิจารณ์ไปทั่วว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลอันเป็นหน้าที่ของรัฐสภา<sup>29</sup>

<sup>29</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดี Delmas ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ.1981 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

## 2) วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ฝรั่งเศส

ในระบบการพิจารณาคดีปกครองนั้น เมื่อเกิดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองก็เป็นหน้าที่ของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย แต่ถ้าหากการกระทำทางปกครองดังกล่าว เป็นการกระทำของประธานาธิบดีจะเป็นหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองที่จะทำหน้าที่เป็นผู้วินิจฉัย เรื่องดังกล่าวในประเทศฝรั่งเศส มอบให้ศาลปกครองเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของประธานาธิบดีโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการพิจารณาคดีปกครองประเภทเดียวกับที่พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองอื่น

ประธานาธิบดีสามารถทำได้ในสองลักษณะคือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายนอกของการกระทำและการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายในของการกระทำ

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายนอกของการกระทำ (le controle de légalité externe)

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายนอกของการกระทำ หมายความว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่มีได้มีต่อการกระทำของประธานาธิบดีแต่เป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการทำให้เกิดการกระทำนั้น โดยสามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณี คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวผู้กระทำ และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากกระบวนการจัดทำ

ก. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวผู้กระทำในบรรดาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายนอกของการกระทำนั้น การควบคุมการกระทำที่ท่าลงโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) นับได้ว่าเป็นเรื่องเก่าแก่เรื่องหนึ่งของระบบพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส กล่าวคือ เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นทุกยุคทุกสมัย โดยเจ้าหน้าที่ผู้กระทำการต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ออกคำสั่งได้ทำสิ่งเหล่านั้นลงไปทั้งที่ตนไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งเรื่องดังกล่าวศาลปกครองก็จะตรวจสอบและหากเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้กระทำไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการดังกล่าว ศาลปกครองก็จะสั่งการให้มีการเพิกถอนการกระทำนั้นเสียหลักดังกล่าวสามารถนำมาใช้กับการกระทำของประธานาธิบดีที่ได้กระทำลงไปในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองโดยการกระทำของประธานาธิบดีอาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากประธานาธิบดีเข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ หรือเข้าไปแทรกแซงในกิจการที่เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองอื่น มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดหลายกรณี

ได้วินิจฉัยถึงเรื่องการแบ่งอำนาจในการบริหารงานระหว่างประธานาธิบดีกับนายกรัฐมนตรี แต่ในที่นี้จะขอยกมาเป็นตัวอย่างนำเสนอเพียงตัวอย่างเดียว คือ เรื่องอำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ แม้อำนาจของประธานาธิบดีในการตรากฎฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหาร (décrets réglementaires) จะมีได้บัญญัติไว้ชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เนื่องจากมาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทำหน้าที่เป็นประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรี ดังนั้นกฎฎีกาต่างๆที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าให้ทำโดยคณะรัฐมนตรีจึงต้องลงนามโดยประธานาธิบดี แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติมีกฎฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารบางฉบับที่มีได้ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี แต่ประธานาธิบดีได้ลงนามประกาศใช้ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากประธานาธิบดีทาลงโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) เพราะเรื่องดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลที่จะดำเนินการ กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดก็ได้วินิจฉัยโดยวางบรรทัดฐานเอาไว้ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประธานาธิบดีในการลงนามในกฎฎีกาที่มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายบริหารจะหมดไปหากนายกรัฐมนตรีลงนามร่วม (contreseign) ในกฎฎีกานั้น<sup>30</sup> โดยศาลปกครองเห็นว่าการลงนามร่วมของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายเพียงพอที่จะทำให้กฎฎีกาฉบับนั้นมีผลสมบูรณ์ในแง่ของตัวผู้กระทำ

ข. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากกระบวนการจัดทำ ผู้พิพากษาศาลปกครองสามารถที่จะตรวจสอบการกระทำที่ไม่ทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด (vice de procédure) ของประธานาธิบดีในการจัดทำคำสั่ง กฎ ระเบียบต่างๆที่อยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีที่จะจัดทำได้หรือไม่ ทั้งนี้เนื่องจากการไม่กระทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดเป็นปัญหาที่กระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองต่างๆที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วโดยเรื่องดังกล่าว เกิดขึ้นเนื่องจากนาย Fessard de Foucault เอกอัครราชทูตฝรั่งเศสประจำ Kazakhstan ได้รับโทรเลขจากกระทรวงการต่างประเทศในวันที่ 14 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 แจ้งว่า คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ.1994 แต่งตั้งนาย Alain Ricard ไปเป็นเอกอัครราชทูตแทนตน ดังนั้นนาย

<sup>30</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Sicard et autres ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ.1962/1981 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

Fessard de Foucault จึงได้ฟ้องศาลปกครองสูงสุดขอให้เพิกถอนกฤษฎีกาของประธานาธิบดี<sup>31</sup> ที่ให้ตนพ้นจากตำแหน่งเอกอัครราชทูต เนื่องจากไม่ทำตามมาตรา 65 แห่งกฎหมายลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ.1905 ที่กำหนดให้ต้องแจ้งให้ผู้ที่จะถูกให้พ้นจากตำแหน่งทราบล่วงหน้าก่อนซึ่งเรื่องดังกล่าวถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกระบวนการจัดทำคำสั่งที่กฎหมายกำหนด

ก. ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำ การกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น คำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือแม้กระทั่งกฤษฎีกาต่างก็มีรูปแบบ (forme) ในการจัดทำซึ่งศาลปกครองให้ความสำคัญกับเรื่องดังกล่าวพอสมควร เช่น คำสั่งจะต้องมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในกรณีที่เป็นการกระทำของประธานาธิบดีนั้นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำจะมุ่งเน้นไปที่การลงนามร่วม (contresign) ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 แห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องต้องลงนามร่วมในการกระทำเหล่านั้น ซึ่งหากการกระทำใดๆ ของประธานาธิบดีที่ต้องมีการลงนามร่วมขาดการลงนามร่วม ศาลปกครองก็จะไม่ถือว่าเป็นเรื่องที่ประธานาธิบดีลงนามโดยปราศจากอำนาจ (incompétence) แต่จะถือเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำ (la forme de l'acte)<sup>32</sup>

(2) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากภายในของการกระทำ (le controle de la légalité interne) การกระทำต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นคำสั่ง กฎ ระเบียบ หรือกฤษฎีกา อาจไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากภายในของการกระทำนั้นได้หากการกระทำเหล่านั้นทำไปโดยขัดต่อกฎหมายหรือใช้อำนาจโดยบิดผัน

ก. การฝ่าฝืนกฎหมาย ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐสามารถกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) ได้เนื่องจากไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในขณะที่กระทำการบางอย่าง เช่น การออกกฤษฎีกา คำสั่ง กฎหรือระเบียบต่างๆ เป็นต้น ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย เนื่องจากประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำต่างๆฝ่ายเดียว เช่น การออกคำสั่งหรือการวางกฎเกณฑ์ต่างๆ ดังนั้น

<sup>31</sup> มาตรา 13 วรรคสาม แห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งเอกอัครราชทูต1981 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). "วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส." สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

<sup>32</sup> คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดี Lemaresquier ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1963 1981 อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). "วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส." สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

ประธานาธิบดีจึงต้องเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายในการจัดทำกฎหมาย รัฐกำหนดหรือคำสั่งต่างๆตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆไว้ให้อำนาจไว้ เท่าที่ผ่านมาสากลปกครองมีโอกาสดำเนินการพิจารณาการกระทำต่างๆของประธานาธิบดีหลายครั้ง เช่น เมื่อครั้งที่นายพล Charles de Gaulle ได้มีคำสั่งตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ จัดตั้งศาลทหารพิเศษขึ้นมาเพื่อพิจารณาพิพากษาความผิดต่อความมั่นคงของประเทศ ต่อมาสากลทหารพิเศษได้ลงโทษ Rubin de Servens และพวกนาย Rubin de Servens จึงได้ฟ้องศาลปกครองโดยอ้างว่าคำสั่งของประธานาธิบดีฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญรวมทั้งมีการละเมิดต่อหลักกฎหมายอาญาทั่วไป และขัดต่อหลักที่ว่ากฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ซึ่งต่อมาสากลปกครองสูงสุดได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวแล้วเห็นว่า ... ประธานาธิบดีได้มีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ คำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายได้... และนอกจากนี้ เนื้อหาของคำสั่งดังกล่าวยังมีสาระเป็นการจัดตั้งศาลและกำหนดวิธีพิจารณาคดีอาญาในศาลที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่ อันเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะต้องตราเป็นรัฐบัญญัติ ดังนั้นคำสั่งดังกล่าวจึงมีสาระเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อันมีสถานะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งยกคำฟ้องดังกล่าวเสีย

ข. การใช้อำนาจโดยบิดผัน การใช้อำนาจโดยบิดผันหรือการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด (détournement de pouvoir) เป็นเรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่งซึ่งศาลปกครองมีประสบการณ์อย่างมากในการพิจารณาวินิจฉัยโดยศาลปกครองจะพิจารณาจาก “มูลเหตุจงใจ” ที่ทำให้เกิดการกระทำต่างๆที่นำมาฟ้องต่อศาลปกครองว่าเป็นมูลเหตุที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของประธานาธิบดีนั้นอาจเกิดกรณีใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดได้ โดยหากมีการนำเรื่องเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ศาลปกครองก็จะดูว่าการกระทำของประธานาธิบดีเกิดจากมูลเหตุจงใจทางการเมืองหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเกิดจากมูลเหตุจงใจทางการเมือง ศาลปกครองก็จะไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องดังกล่าวเนื่องจากถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (acte de gouvernement) แต่ถ้าหากการกระทำดังกล่าวไม่ได้เกิดจากมูลเหตุจงใจทางการเมืองและเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหาร การกระทำดังกล่าวก็จะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (acte administratif) ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ดังตัวอย่างที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีหนึ่ง คือ ในปี ค.ศ.1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งญาติของตนคือเจ้าชายนโปเลียนโจเซฟ โบนาปาร์ต ขึ้นเป็นนายพล ต่อมาเมื่อยุคของจักรพรรดินโปเลียนสิ้นสุดลง

กระทรวงกลาโหมได้พิมพ์ทำเนียบรายชื่อทหารจีนโดยมีการระบุชื่อนายพลต่างๆยกเว้นชื่อเจ้าชายนโปเลียน ต่อมาเจ้าชายได้มีหนังสือสอบถามไปยังกระทรวงกลาโหมถึงการที่ไม่ปรากฏชื่อของตนในทำเนียบทหารว่าเป็นเพราะการผิดพลาดหรือเป็นเพราะเจตนา ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมได้ตอบเจ้าชายว่า การแต่งตั้งเจ้าชายเป็นนายพลไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขพิเศษของระบอบการปกครองที่ได้ยกเลิกไปแล้วจึงทำให้การแต่งตั้งไม่เป็นผล เจ้าชายจึงฟ้องต่อศาลปกครองขอให้พิจารณาว่าการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมเป็นการใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมือง มีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งฟ้องเรื่องดังกล่าว ดังนั้นการกระทำของรัฐบาลในกฎหมายฝรั่งเศสในฝรั่งเศสนั้นศาลปกครองและศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่ยอมควบคุมสิ่งที่เรียกกันว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งได้แก่การกระทำที่เป็นลักษณะการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภาและการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

### 3.2.2 อำนาจศาลปกครองตามกฎหมายเยอรมัน

ในเยอรมันตุลาการมีอำนาจในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทแรกเป็นประเภทที่มีความสำคัญที่สุดคือประเภทที่มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ตามอัตตะวิสัยโดยการเพิกถอนนิติกรรมหรือคำสั่งที่ถูกร้องขอให้เพิกถอนการที่วัตถุประสงค์ในการเพิกถอนเป็นไปเพื่อปกป้องสิทธิหรือประโยชน์ในทางอัตตะวิสัยดังกล่าว ผู้พิพากษาจึงต้องจำกัดการทำนิติกรรมของกลุ่มกรณีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประเภทที่สองที่ตุลาการใช้อำนาจเพิกถอนคือคดีการควบคุมโดยตรงของกฎ ข้อบังคับ ซึ่งอนุญาตให้ตุลาการประกาศความเป็นโมฆะของบรรทัดฐานที่เป็นกฎ ข้อบังคับ ที่ไม่มีในทางนิติบัญญัติการควบคุมนี้สามารถใช้ได้ในกฎของท้องถิ่นบางประเภทในด้านผังเมือง เช่นเดียวกับกฎของ Laender ที่มีเงื่อนไขว่า Land ที่เกี่ยวข้องจะต้องเสนอกระบวนการควบคุมนี้ในสิทธิของตน ตุลาการมีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่ในกรณีนี้ต้องรอการพิจารณาพิพากษาไว้และต้องส่งประเด็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ตุลาการยังมีอำนาจในคดีที่ร้องขอให้มิตินิติกรรมทางปกครองจากฝ่ายปกครองตุลาการเยอรมันไม่สามารถที่จะทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองหรือออกนิติกรรมหรือคำสั่งทางปกครองด้วยตัวเองได้ แต่ในบางกรณีตุลาการสามารถที่จะเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธของฝ่ายปกครอง และบังคับให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองใหม่ด้วยเหตุผลที่มีคำสั่งนั้น และแจ้งให้ฝ่ายปกครองออกนิติกรรมหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกขอโดยผู้ฟ้องคดีหรืออำนาจผูกพันในบางกรณี

กฎหมายปกครองเยอรมันยังมีคดีย่อยที่เรียกว่า recours subsidiaire ในคดีขอให้เพิกถอนนิติกรรมหรือคำสั่งทางปกครอง และที่อยู่เหนือจากคดีที่มีอำนาจเต็มซึ่งเป็นคดีที่ได้แย้งความมีอยู่หรือความไม่มีอยู่ในความเกี่ยวพันทางกฎหมายซึ่งคู่กรณีตกลงกันไม่ได้ เช่น สัญชาติ ,สถานะของข้าราชการ เป็นต้น

ตุลาการยังมีอำนาจในคดีที่ร้องขอการชดใช้ค่าเสียหายหรือการระงับไม่ออกคำสั่งทางปกครองตุลาการใช้อำนาจเต็มในคดีที่ถูกจำกัดด้วยองค์ประกอบที่ไม่กำหนดขอบเขตบางประการโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาจากฝ่ายปกครองด้วยการจ่ายเป็นจำนวนเงิน การกระทำความผิดโดยทั่วไปแล้วอยู่ในอำนาจของศาลแพ่งคดีประเภทเดียวกันนี้ ในบางกรณีอนุญาตให้ตุลาการสั่งห้ามฝ่ายปกครองทำคำสั่งที่ไม่กำหนดขอบเขตที่สุดแล้วตุลาการใช้อำนาจเสริมนี้อนุญาตในบางกรณีให้แก่ใจคำสั่งทางปกครองหรือให้ได้มาซึ่งการเยียวยาตามหลักการแล้วต้องเป็นศาลแพ่งที่มีเขตอำนาจในคดีที่มีการชดใช้ค่าเสียหายและคดีที่เป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองมีเขตอำนาจในคดีที่เป็นกรณีพิเศษเฉพาะทาง

อำนาจเสริมโดยทั่วไป ในคดียกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองจะไม่นับรวมถึงอำนาจเสริมของผู้พิพากษา อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีตุลาการสามารถแก้ไขนิติกรรมหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุฟ้องคดีเมื่อตุลาการได้กำหนดค่าเสียหายเป็นเงินหรือมีเจตนาให้มีการรับรองสถานะหรือความเกี่ยวพันทางกฎหมาย

ในกรณีการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมหรือคำสั่งทางปกครองที่ได้มีผลบังคับ ไปแล้วตุลาการศาลปกครองสามารถพิจารณาได้ว่าด้วยวิธีการใดที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้คู่กรณีกลับคืนสู่สถานะเดิม ตุลาการไม่อาจออกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองโดยทำหน้าที่แทนฝ่ายปกครองไปในการกระทำความผิดได้ โดยหลักแล้วจะเป็นศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีประเภทการชดใช้ค่าเสียหาย เช่น ในกรณีที่รัฐอยู่ในฐานะที่เท่ากับบุคคลธรรมดา ในกรณีของความรับผิดชอบของรัฐในข้อเท็จจริงอยู่ในคำสั่งทางปกครองที่ใช้โดยกฎหมายปกครอง ในกรณีเรียกค่าเสียหายของบุคคลธรรมดาในกรณีคดีเวนคืนเพื่อใช้ประโยชน์สาธารณะ เป็นต้น ได้มีร่างกฎหมายกำหนดว่าจะไม่มีวิถีทางกฎหมายมากนักที่เอื้อให้ศาลมีอำนาจพิจารณาตัดสินให้มีได้ทั้งการเยียวยาหรือการคงไว้ซึ่งสถานะเดิมที่นำมาซึ่งการตัดสินความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งนั้น

ความรับผิดชอบของรัฐอันเป็นผลมาจากสัญญาทางปกครองอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่นเดียวกับกรณีความรับผิดชอบของรัฐที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับข้าราชการคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสามารถถือปฏิบัติบังคับรัฐได้โดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ศาลสามารถแต่งตั้งฝ่ายปกครองที่มีเขตอำนาจเพื่อปฏิบัติการได้ตามคำสั่งศาลในกรณีที่ไม่มีกรปฏิบัติของฝ่ายปกครอง



การใช้อำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เกี่ยวกับการบังคับทางวัตถุ หรือโดยการใช้กำลังก็สามารถนำมาใช้ได้ คำพิพากษาของศาลปกครองไม่ปรากฏบ่อยนักที่ใช้มาตรการบังคับกับฝ่ายปกครองที่มักจะปฏิบัติให้สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองอยู่แล้ว การส่งประเด็นไปยังกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลปกครองเยอรมันสามารถนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ แต่ต้องเป็นกฎหมายที่สถานะติบัญญัติได้รับรองให้นำมาใช้ได้ในระบบกฎหมายภายใน เช่น อนุสัญญาว่าด้วยผู้ลี้ภัยหรือผู้พลัดถิ่นและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เป็นต้น และตามมาตรา 177 วรรคหนึ่ง ของสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป กำหนดให้เขตอำนาจศาลภายในต้องส่งประเด็นเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายยุโรปไปให้ศาลยุติธรรมแห่งประชาคมยุโรปเป็นต้นผู้พิพากษา ก่อน ศาลมีเขตอำนาจตัดสินคดี คำนี้ถึงคำสั่งของประชาคมยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนด้วย กฎหมายทั่วไปของกฎหมายมหาชนระหว่างประเทศให้นำกฎหมายระหว่างประเทศและเป็นที่มาโดยตรงของกฎหมายและข้อบังคับสำหรับประชาชน<sup>33</sup>

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้ตราประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง (Administrative Courts Code หรือ ภาษาเยอรมันคือ Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) ซึ่งได้เริ่มบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 21 มกราคม ค.ศ. 1960 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี ค.ศ. 1997) ตามมาตรา 40(1) VwGO ได้กำหนดเรื่องที่จะฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลปกครองได้ สำหรับเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองของเยอรมันนั้นอาจแบ่งการพิจารณาเงื่อนไขต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

1) เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลของเยอรมันตามมาตรา 18 ถึงมาตรา 20 ของพระราชธรรมบัญญัติศาลยุติธรรม (GVG)

มาตรา 18 ถึงมาตรา 20 ของพระราชธรรมบัญญัติศาลยุติธรรมนั้นให้นำมาใช้กับเขตอำนาจศาลปกครองด้วย เรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตราดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลของเยอรมันและโดยเฉพาะอย่างยิ่งเขตอำนาจศาลของเยอรมันนั้นไม่รวมถึงบุคคลซึ่งได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายระหว่างประเทศ บุคคลเหล่านี้ได้แก่บุคคลของรัฐต่างประเทศ ตัวแทนของรัฐต่างประเทศในการเข้าร่วมประชุมระหว่างประเทศ เจ้าหน้าที่ทางการทูต เรื่องของรัฐต่างประเทศ กองกำลังของรัฐต่างประเทศ ซึ่งมีสิทธิเหนือเขตดินแดนเยอรมัน องค์การระหว่างประเทศ

<sup>33</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ รวบรวมงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8. หน้า 64-65.

2) เรื่องที่ฟ้องจะต้องเป็นเรื่องที่อาจใช้สิทธิทางศาลปกครองได้ (Zulaessigkeit des Verwaltungsrechtswegs) ตามมาตรา 40 (1)<sup>34</sup> VwGO

### 3.2.2.1 เงื่อนไขทั่วไปของคดีปกครอง (die verwaltungsgerichtliche Generalklausel)

เงื่อนไขทั่วไปของคดีปกครองนั้นได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา 40(1)<sup>35</sup> VwGO ดังนี้

(1) “การใช้สิทธิทางศาลปกครองจะกระทำได้ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีที่เป็นการฟ้องคดีทางกฎหมายมหาชนทั้งหมดซึ่งมิใช่ข้อพิพาททางกฎหมายรัฐธรรมนูญ และข้อพิพาทดังกล่าวกฎหมายสหพันธ์มิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

ถ้าพิจารณาบทนิยามศัพท์ทางกฎหมายของมาตรา 40 (1) VwGO ก็จะคล้ายคลึงกับเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองของไทย ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งการจะฟ้องคดีปกครองได้จะต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9(1) – (6) เท่านั้นซึ่งมิได้กำหนดไว้อย่างกว้าง จึงเป็นปัญหาต้องหาความหมายของคำว่า “ข้อพิพาททางกฎหมายมหาชน” ควรจะเป็นในเรื่องใดได้บ้าง ข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนสามารถเกิดขึ้นได้โดยเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญได้ แต่ก็เป็นเรื่องของศาลรัฐธรรมนูญ มิใช่เรื่องของศาลปกครองหรือคดีปกครอง เป็นเรื่องของคดีรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงข้อพิพาทเจ้าหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขทั่วไปของมาตรา 40 (1) VwGO นั้นเป็นการกำหนดอำนาจศาลปกครองอย่างกว้าง โดยการกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาอย่างกว้างนั้นมีข้อพิจารณา ดังนี้

<sup>34</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2542, มิถุนายน). “เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองเยอรมัน.” วารสารนิติศาสตร์, 29, 2. หน้า 280-282.

<sup>35</sup> Section 40 “Right of Access to Administrative Courts.”

(1) Access to administrative courts is accorded in all public law disputes which are not of a constitutional nature to the extent that such disputes are not expressly assigned to some other court under Federal law. Public law disputes within the sphere of Land law may also be assigned to other courts under Land law. อ้างถึงใน วิรัช วงษ์ทอง. (2545). หลักการและขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง: ศึกษาเฉพาะกรณี เขตอำนาจศาลปกครอง. หน้า122.

ก. บทบัญญัติของมาตรา 19<sup>36</sup>วรรค4 ของกฎหมายพื้นฐาน(Grundgesetz)ซึ่งได้บัญญัติรับรองเกี่ยวกับหลักประกันในทางศาล อันเป็นพื้นฐานของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) โดยมาตรา 40 (1) VwGO ได้ยืนยันหลักการคุ้มครองปัจเจกบุคคลโดยทั่วไปต่อการกระทำทางมหาชน หลักตามมาตรา 40 (1) VwGO เท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักอำนาจฟ้องที่ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน(das Enumerationsprinzip) การยกเลิกหลักดังกล่าว นั้น หมายความว่า การคุ้มครองสิทธิปัจเจกบุคคลนั้น มิได้ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการกระทำของรัฐ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งมิได้ขึ้นอยู่กับว่าการกระทำนั้นเป็นนิติกรรมทางปกครองหรือไม่) ดังนั้นการกระทำของรัฐที่อาจฟ้องร้องได้นั้น จึงหมายความรวมถึงการกระทำของรัฐทุกประเภท

ข. มาตรา 40 (1) VwGO นั้นถือว่าเป็นบทกฎหมายเฉพาะของมาตรา 13<sup>37</sup> ของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม(GVG) ที่ถือว่ามาตรา40(1)VwGO นั้น เป็นบทบัญญัติพิเศษซึ่งทำให้มีลักษณะของอำนาจศาลปกครองที่กำหนดไว้ในมาตรา 95 ของกฎหมายพื้นฐานนั้นเป็นรูปธรรม

ค. มาตรา40 (1)VwGO ได้กำหนดขอบเขตของอำนาจศาลปกครองแยกออกจากเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้กำหนดให้คดีที่จะฟ้องต่อศาลปกครองจะต้องไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และแยกเขตอำนาจศาลออกจากเขตอำนาจศาลปกครองพิเศษ เช่น ศาลภาษี ศาลสังคม เป็นต้น<sup>38</sup>

(2) ข้อพิพาทที่ฟ้องยังศาลปกครองได้มีเงื่อนไขในการพิจารณาได้ดังนี้

ก. ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน

ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน หมายถึง ข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน (ยกเว้นข้อพิพาทตามกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความ) ดังนั้น ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน คือ ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีลักษณะตรงกันข้ามกับข้อพิพาทตามกฎหมายเอกชน

ข. ข้อพิพาทนั้นจะต้องไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ตามมาตรา 40 (1) VwGO ได้เปิดโอกาสให้มีการใช้สิทธิทางศาลเฉพาะสำหรับข้อพิพาทที่ไม่ใช่ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเพราะมาตรา 13 แห่งกฎหมายว่าด้วย

<sup>36</sup> มาตรา 19 วรรคสี่ GG “หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชนบุคคลนั้นอาจใช้สิทธิทางศาลได้ หากไม่มีศาลที่มีอำนาจพิจารณาในเรื่องนั้น กรณีนี้ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรมได้” (อ้างถึงใน วิชัย วงษ์ทอง, 2545 : 124)

<sup>37</sup> มาตรา 13 GVG “พิพาทในทางแพ่งในทางอาญานั้นให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม” (อ้างถึงใน วิชัย วงษ์ทอง, 2545 : 124)

<sup>38</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 281.

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์(Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht)ได้กำหนดให้ข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ดังนั้นในมาตรา 40 (1) VwGO จึงได้กำหนดว่าอำนาจศาลปกครองนั้นไม่รวมถึงข้อพิพาทดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามมิได้หมายความว่าประชาชนไม่อาจจะกล่าวอ้างสิทธิขั้นพื้นฐานต่อศาลปกครองได้ ในบางกรณีเป็นเรื่องยากที่จะวินิจฉัยว่ากรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานระหว่างรัฐและประชาชนนั้นจะมีความหมายในเรื่องดังกล่าวเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายรัฐธรรมนูญในความหมายของมาตรา 40 VwGO หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้มาตรา 90 แห่งกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้บัญญัติให้ข้อพิพาทนั้นจะต้องดำเนินการในศาลที่มีเขตอำนาจจนถึงที่สุดก่อนจึงอาจร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญได้

(3) ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนนั้นมิได้กำหนดให้อยู่ในเขตของศาลอื่น ข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชนในบางกรณีอาจจะถูกกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลอื่นได้ ซึ่งอาจจะกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมหรืออำนาจของศาลปกครองเฉพาะด้านอื่นๆ เช่น ศาลภาษี ศาลสังคม เป็นต้น<sup>39</sup>

(4) เงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศาล(Zustaendigkeit des angerufenen Gerichts)

เงื่อนไขเรื่องเขตอำนาจศาลนั้นอาจพิจารณาออกเป็นเขตอำนาจศาลในแง่ของเนื้อหาของข้อพิพาท(die sachliche Zustaendigkeit)และเขตอำนาจศาลในแง่ทางพื้นที่(die oertliche Zustaendigkeit) เขตอำนาจศาลพิจารณาในแง่เนื้อหาของข้อพิพาทนั้นเป็นการแบ่งประเภทคดีในการฟ้องศาลใดเช่นการฟ้องเรื่องดังต่อไปนี้ให้ฟ้องศาลปกครองชั้นสูง

ก. การร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรอง (Normkontroll)( มาตรา 47 VwGO)

ข. การวินิจฉัยคำร้องของรัฐบาลแห่งมลรัฐในการปิดสมาคม (มาตรา 48 VwGO)

ค. การวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ในกรณีที่มลรัฐนั้นกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นสูง

ส่วนอำนาจพิจารณาในแง่พื้นที่นั้น อาจแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ก. ฟ้องศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่(มาตรา 52 ข้อ 1 VwGO)

<sup>39</sup> แหล่งเดิม. หน้า 281-282.

ข. ในกรณีฟ้องนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือในกรณีที่ฟ้องอันเกี่ยวเนื่องมาจากความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน ในกรณีให้ฟ้องยังศาลอื่นเป็นที่ตั้งของหน่วยงานของผู้ฟ้อง (มาตรา 52 ข้อ 4 VwGO)

ค. ในกรณีที่ฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งออกโดยเจ้าหน้าที่ของสหพันธรัฐ หรือนิติบุคคลของสหพันธรัฐ ให้ฟ้องยังศาลที่หน่วยงานของสหพันธรัฐนั้นๆ ตั้งอยู่ (มาตรา 52 ข้อ 2 VwGO)<sup>40</sup>

ง. ในกรณีที่ฟ้องโต้แย้งนิติกรรมทางปกครองในกรณีอื่นๆ ให้ฟ้องยังเขตอำนาจศาลที่มีการออกนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว ในกรณีที่นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหลายองค์กรร่วมกัน ในกรณีนี้ให้ฟ้องยังศาลที่ผู้ฟ้องมีภูมิลำเนา (มาตรา 52 ข้อ 3 VwGO)

จ. ในกรณีของการฟ้องเพื่อพิสูจน์สิทธิ(Feststellungsklage) และกรณีการฟ้องเพื่อให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการ(Leistungsklage) กรณีนี้ให้ฟ้องยังที่ตั้งของหน่วยงานที่ถูกฟ้อง(มาตรา 52 ข้อ 5 VwGO)

ฉ. กรณีสุดท้ายเป็นกรณีที่มีการฟ้องคดีใดคดีหนึ่งยังศาลปกครองแล้ว ศาลที่รับฟ้องนั้นเห็นว่า เรื่องที่ฟ้องนั้นตนไม่มีอำนาจในการพิจารณาในกรณีนี้ให้ศาลที่รับฟ้องนั้นกำหนดว่า ศาลปกครองใดเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ในกรณีนี้ให้ศาลปกครองนั้น ผู้กฟ้องตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่รับเรื่องดังกล่าวถึงแม้ว่าศาลนั้นจะวินิจฉัยผิดก็ตาม เป็นไปตามมาตรา 83 VwGO และมาตรา 17a และมาตรา 17b GVG อันเป็นการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งในเรื่องเขตอำนาจศาล<sup>41</sup>

### 3.2.2.2 เขตอำนาจตามโครงสร้างองค์กรของศาลปกครอง

หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง ตามมาตรา 5, 9 และ 10 VwGO แล้ว ศาลปกครองเยอรมันแบ่งออกเป็น 3 ชั้นศาลด้วยกันแต่ละชั้นศาลแบ่งผู้พิจารณาพิพากษาออกเป็นองค์คณะมีจำนวนแตกต่างกันในแต่ละชั้นศาล<sup>42</sup> คือ

#### (1) ศาลปกครองชั้นต้น(Verwaltungsgericht)

<sup>40</sup> แหล่งเดิม. หน้า 284.

<sup>41</sup> แหล่งเดิม. หน้า 285.

<sup>42</sup> บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2531). “คดีปกครองเยอรมัน.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า 176. และกมลชัย รัตนสกววงศ์. (2531). “ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า 188-189 (อ้างถึงใน วิชัย วงษ์ทอง, 2545 : 126)

พิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง โดยแบ่งออกเป็นองค์คณะ องค์คณะหนึ่งประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน และผู้พิพากษากิตติมศักดิ์หรือสมทบอีก 2 คน ตามมาตรา 5(3)VwGO จะมีทนายความในชั้นตอนนี้หรือไม่ก็ได้<sup>43</sup>

(2) ศาลปกครองสูงสุด (Oberverwaltungsgericht) บางมลรัฐ เรียกว่า Verwaltungsgerichtshof

พิจารณาพิพากษาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น องค์คณะประกอบด้วยผู้พิพากษาอาชีพ 3 คน แต่จะมีข้อยกเว้น คือ แต่ละรัฐอาจจะออกกฎหมายกำหนดให้มีองค์คณะเป็น 5 คน โดยมผู้พิพากษากิตติมศักดิ์หรือสมทบเพิ่มขึ้นมา 2 คน ตามมาตรา 9 (3) VwGO ไม่บังคับให้ต้องมีทนายความ

(3) ศาลปกครองสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht)

พิจารณาพิพากษาฎีกาคัดค้านคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นสูง ในกรณีพิเศษอาจเป็นคำพิพากษาของปกครองชั้นต้นที่ฎีกาข้ามชั้นตอนอุทธรณ์ (Sprungrevision) และยังเป็นศาลเริ่มต้นพิจารณาคดีพิพาททางปกครองระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐ<sup>44</sup>

### 3.2.2.3 คดีที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เป็นคดีที่มีลักษณะคดีเกี่ยวกับคดีที่เกี่ยวกับค่าเสียหายในการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์, คดีที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ราชการ ไปละเมิดผู้อื่น, คดีที่เกี่ยวกับการผูกขาดและลิขสิทธิ์, คดีที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาล, คดีที่เกี่ยวกับการเก็บภาษีอากร, คดีที่เกี่ยวกับการประกันการประกันสังคมและคดีที่เกี่ยวกับคดีแรงงาน เป็นต้น

### 3.2.2.4 การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

กฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแยกการควบคุมตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นสองประการ ได้แก่ การควบคุมความถูกต้องตามกฎหมายหรือความชอบด้วยกฎหมายภาษาเยอรมันใช้คำว่า Rechtmassigkeitskontrolle จะควบคุมวิธีการใช้หรือขอบเขตของการใช้ดุลพินิจเท่านั้น และการควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายภาษาเยอรมันใช้คำว่า Zweckmassigkeitskontrolle จะควบคุมเนื้อหาของวัตถุประสงค์ว่าดุลพินิจ

<sup>43</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2531). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. หน้า 188-189.

<sup>44</sup> วิชัย วงษ์ทอง. (2545). หลักการและขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีเขตอำนาจศาลปกครอง. หน้า 127.

ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองชอบด้วยเนื้อหาของวัตถุประสงค์อย่างน้อยเพียงใด เช่น ในมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ใจความว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการได้ตามดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น และอยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ”<sup>45</sup>

การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้นมุ่งที่การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่บกพร่องและเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำกัดอยู่ที่การควบคุมความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น<sup>46</sup> และศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาให้เป็นผลเสียแก่โจทก์มากกว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตนว่าทำไมจึงวินิจฉัยเช่นนั้น จึงเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตนว่าทำไมจึงวินิจฉัยเช่นนั้น จึงเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจทุกครั้ง มิฉะนั้นนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวย่อมบกพร่องในเรื่องวิธีบัญญัติ<sup>47</sup>

เหตุผลทางวิชาการที่มีให้ศาลปกครองก้าวเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของดุลพินิจว่าชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างน้อยเพียงใด

ก. ประเด็นเรื่องความมั่นคงทางกฎหมาย (Rechtssicherheit) เป็นผู้บริหารกฎหมายปกครองและเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้

<sup>45</sup> มาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความในชั้นเจ้าหน้าที่ของมลรัฐ Baden-Wurttemberg (Landesverwaltungsverfahrensgesetz 1977).

<sup>46</sup> มาตรา 113 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง 1960 (Verwaltungsgerichtsordnung) ; สำหรับการควบคุมตรวจสอบของผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นขั้นตอนของการอุทธรณ์ภายในอำนาจบริหาร แม้จะเป็นการประกันสิทธิให้แก่ประชาชนในลักษณะแก้ไข (repressiver Rechtsschutz, vgl. K. Raltanasakalwong, Die Entstehung der allgemeinen Grundgesetze, des deutschen Verwaltungsgutzsverfahrensrechtes, Freiburger Diss 1985., S.70-71) เช่นเดียวกับการประกันสิทธิทางศาลก็ตาม แต่ผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครองซึ่งใช้อำนาจบริหารสามารถควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ชั้นต้นได้ทั้งความถูกต้องตามกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย(มาตรา 68 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความชอบของศาลปกครอง 1960) นอกจากนี้ความเห็นส่วนใหญ่ยังเห็นว่าหลักการตรวจสอบทั้งสองอย่างนี้ ซึ่งมาจากแนวความคิดของหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Gesetzmassigkeit der Verwaltung) อยู่เหนือกว่าข้อห้ามมิให้บทวนเรื่องเป็นผลเสียยิ่งกว่าแก่ผู้อุทธรณ์ ดังนั้นข้อห้าม reformation in peius จึงไม่นำมาใช้ในการวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้บังคับบัญชาฝ่ายปกครอง

<sup>47</sup> มาตรา 39 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz).

ดุลพินิจ หากให้ศาลปกครองมาเป็นผู้วางแนวบริหารกฎหมายอีกครั้งย่อมเป็นการกระทบต่อความมั่นคงทางกฎหมาย เพราะศาลปกครองจะนำเอาดุลพินิจของตนมาแทนดุลพินิจของฝ่ายปกครอง สำหรับคดีที่มาสู่ศาลจะทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในการบริหารกฎหมาย

ข. ศาลปกครองผู้ใช้อำนาจตุลาการนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของการแบ่งหน้าที่กันทำคือควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นมิใช่กระทำการทุกสิ่งในฐานะผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ฝ่ายตุลาการชอบที่จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองกระทำการถูกต้องตามแบบระเบียบทางกฎหมายหรือไม่ และในกรณีจำเป็นอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองพิจารณาวินิจฉัยใหม่อีกครั้ง

ดังนั้นหลักการควบคุมดุลพินิจฝ่ายปกครองโดยศาล นี้เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ปัจจุบันนี้สหพันธ์รัฐได้ตราเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง 1960 ว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการตามดุลพินิจศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบว่านิติกรรมทางปกครองหรือการปฏิเสธที่จะออกนิติกรรมทางปกครองหรือการไม่กระทำความดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่เกินไปกว่าหรือนอกไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือได้ใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น<sup>48</sup>

### 3.2.2.5 ข้อพิจารณาเปรียบเทียบเขตอำนาจศาลปกครองของฝรั่งเศสและเยอรมัน

ในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครองภายในประเทศและประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันและจะมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน เว้นแต่จะมีหลักการแตกต่างกันไปตามสภาวะแวดล้อมประวัตติความเป็นมา และสภาพสังคมแต่ละประเทศ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังนี้ คือ

(1) ศาลปกครองในทั้งสองประเทศมีความเข้าใจตรงกันว่าคดีปกครองเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน

(2) ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสนั้นมีเขตอำนาจครอบคลุมการกระทำของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การกระทำของนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน อันได้แก่ รัฐ ซึ่งหมายความทั้งราชการส่วนกลาง (กระทรวง ทบวง กรม) และส่วนภูมิภาค นอกเหนือจากรัฐแล้วนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนอื่นๆ อันได้แก่เทศบาล จังหวัด และดินแดนโพ้นทะเล และองค์กรมหาชน เช่น รัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัย ฯลฯ นอกจากนี้ยังครอบคลุมกฎหมายเอกชน ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตรง ส่วนศาลปกครองของประเทศสหพันธ์รัฐเยอรมันมีเขต

<sup>48</sup> กมลชัย รัตนสกาววงศ์. ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. หน้า15-17.



อำนาจครอบคลุมเฉพาะคำสั่ง คำวินิจฉัย หรือมาตรการที่ออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ครอบคลุมส่วนราชการที่รับผิดชอบและปฏิบัติกิจการงานปกครองของอำนาจบริหาร องค์กรของรัฐ และส่วนราชการที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งยังรวมถึงการใช้อำนาจปกครองขององค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ ตลอดจนองค์กรปกครองตนเองและคณะกรรมการต่างๆที่ใช้อำนาจรัฐด้วย กล่าวคือศาลปกครองของทั้งสองประเทศจะมีเขตอำนาจครอบคลุมองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองในขอบเขตที่เหมือนกัน กล่าวคือ นอกจากหน่วยงานของรัฐแล้วยังครอบคลุมถึงเอกชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งโดยตรง

(3) เขตอำนาจศาลปกครองทั้งสองประเทศโดยส่วนใหญ่แล้วจะมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน กล่าวคือ ข้อพิพาททางปกครอง ผู้กระทบสิทธิก็สามารถนำมาฟ้องเป็นคดีปกครองต่อศาลปกครองได้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น

(4) คดีที่ไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองทั้งสองประเทศก็คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ นอกจากการกระทำอื่นๆ ที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง เช่น การกระทำของรัฐบาล การกระทำทางสภา หรือนิติกรรมทางนิติบัญญัติ นิติกรรมทางตุลาการ เป็นต้น แต่ในฝรั่งเศสจะมีคดีปกครองที่เป็น ข้อยกเว้นกว่าประเทศเยอรมัน เช่น คดีเกี่ยวกับการยึดครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนคดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่บกพร่องอย่างร้ายแรงของฝ่ายปกครอง (voic de fait)

(5) ศาลปกครองประเทศฝรั่งเศสเปิดโอกาสให้มีการนำเสนอคดีปกครองได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากคำฟ้องไม่ได้ยึดรูปแบบเคร่งครัดซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ถูกกระทบสิทธิสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ที่เป็นผลให้มีจำนวนคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมาก

ส่วนศาลปกครองของประเทศสหพันธรัฐเยอรมันจะมีการกำหนดลักษณะของคำฟ้องออกเป็นประเภทต่างๆ<sup>49</sup> อย่างชัดเจนเพื่อเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสะดวกรวดเร็วในการพิจารณา เนื่องจากคดีปกครองมีอยู่มากมายหลายประเภท โดยแต่ละประเภทมีวัตถุประสงค์หรือผลบังคับคดีแตกต่างกันไป ทำให้วิธีพิจารณาคดีแตกต่างกันไป

(6) ศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคำฟ้องขอให้เพิกถอน นิติกรรมทางปกครอง ควบคู่ไปกับคำฟ้องขอให้ชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากนิติกรรมทาง

<sup>49</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ. (2539). หลักกฎหมายปกครอง. หน้า 278-279 (อ้างถึงใน วิชัย วงษ์ทอง, 2545 : 126)

ปกครองด้วย รวมทั้งค่าเสียหายที่เกิดจากละเมิดหรือผิดสัญญาทางปกครองด้วย ส่วนศาลปกครองประเทศสหพันธรัฐเยอรมัน การฟ้องใช้คดีใช้ค่าเสียหายดังกล่าวจะอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

### 3.3 เขตอำนาจของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดในเรื่องเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองไว้อย่างชัดเจนว่าเรื่องกรณีใดที่สามารถฟ้องร้องคดีไปยังศาลปกครองได้และเรื่องนั้นจะต้องเป็นเรื่องที่มีการกระทบถึงความสัมพันธ์ระหว่างองค์กร หน่วยงาน ผู้ปฏิบัติหรือเจ้าหน้าที่และประชาชนว่าการกระทำนั้นจะต้องอยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งเป็นการให้สิทธิอย่างความเท่าเทียมกันในทางศาลในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างยิ่งยวด

#### 3.3.1 เขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550<sup>50</sup>

ตามหลักของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในเรื่องเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรา 223 ได้บัญญัติเนื้อหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครอง ดังนี้

1) ปรับความหมายของคำว่าหน่วยงานหรือองค์กรที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองให้ชัดเจนขึ้น โดยให้รวมถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐทุกประเภท เพื่อมิให้เกิดปัญหาทำนองเดียวกับปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้ตัดคำว่า “หน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ทำให้เป็นที่มาของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ดังกล่าวนั้นออกและเพิ่มคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เพื่อให้ครบถ้วนและชัดเจนขึ้น ซึ่งเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากในชั้นการ

<sup>50</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 223 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้”

พิจารณาว่ารัฐธรรมนูญนั้นมีความเห็นร่วมกันว่า ในการใช้อำนาจของหน่วยงานหรือองค์กรใดก็ตาม ควรให้มีการตรวจสอบได้ เว้นแต่จะเป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้เป็นอำนาจขององค์กรนั้น โดยเฉพาะและต้องการให้การใช้อำนาจนั้นเป็นเด็ดขาดหรือเป็นที่สุดในตัวเอง<sup>51</sup>

ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า เนื่องจากถ้อยคำตามที่ปรากฏในมาตรา 223 นั้น ใช้คำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไม่ใช่คำว่า “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งคำว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด 11 จะมีความหมายเฉพาะในตัวเอง คือ หมายถึงทั้งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่ 1 และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญในส่วนที่ 2 ด้วย<sup>52</sup> ดังนั้นการกระทำทางปกครองขององค์กรทั้งหลายขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญตามที่ระบุไว้ในหมวด 11 ส่วนที่ 1 และส่วนที่ 2 จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม คำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” นี้เองก็เป็นถ้อยคำที่มีการตั้งข้อสงสัยว่ามีองค์กรอีกหลายองค์กรที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น องค์กรในฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรในฝ่ายบริหาร เป็นต้น ซึ่งก็เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เช่นกัน แต่เมื่อคำนี้ได้ถูกนำไปใช้ในความหมายที่เฉพาะเจาะจงโดยไม่หมายรวมถึงองค์กรเหล่านี้ด้วยแล้ว ความเข้าใจที่สับสนจึงย่อมเกิดขึ้น<sup>53</sup>

2) ปรับปรุงเนื้อหาจากเดิมที่บัญญัติว่า “เรื่อง” ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองนั้นเป็นข้อพิพาท “อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย...” เป็นว่า “เรื่อง” ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองนั้นต้องเป็นข้อพิพาท “เนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนิน

3) เพิ่มเนื้อหาให้รวมถึง “เรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” ด้วย เพื่อรองรับสำหรับบทบัญญัติต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อไปในอนาคตและปรากฏว่าหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้วมีกฎหมายหลาย

<sup>51</sup> กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2551). เขตอำนาจศาลปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หน้า 3.

<sup>52</sup> ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 11 องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 1.คณะกรรมการการเลือกตั้ง 2.ผู้ตรวจการแผ่นดิน 3.คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ 4.คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย 1.องค์กรอัยการ 2.คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ 3.สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

<sup>53</sup> กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. เล่มเดิม. หน้า 7.

ฉบับที่มีบทบัญญัติโดยชัดเจนให้นำข้อพิพาทเหล่านั้นฟ้องต่อศาลปกครองซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

4) เพิ่มเนื้อหาไว้ในวรรคสองของมาตรา 223 เป็นบทยกเว้นว่าเขตอำนาจของศาลปกครองนั้นไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรนั้น

รัฐธรรมนูญได้วางแนวทางที่ว่าเจตนาที่แท้จริงต้องการยกเว้นให้ก็เฉพาะแต่กรณีที่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งให้เป็นอำนาจเด็ดขาดขององค์กรนั้นเท่านั้น โดยเรื่องใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่าให้องค์กรใดมี “อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด” และให้การวินิจฉัยชี้ขาดนั้น “เป็นที่สุด” โดยไม่ได้บัญญัติให้ศาลหรือองค์กรอื่นมีอำนาจทบทวนคำวินิจฉัยดังกล่าวได้ เช่น การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัย ให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งหรือที่เรียกกันว่าการให้ใบเหลือง ใบแดง โดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด<sup>54</sup> กรณีเช่นนี้ย่อมมีความหมายอยู่ในตัวว่าศาลหรือองค์กรอื่นจะตรวจสอบหรือทบทวนคำวินิจฉัยนั้นไม่ได้ แต่หากเป็นการดำเนินการในเรื่องใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นอำนาจของหน่วยงานหรือองค์กรใด แม้จะมีบทบัญญัติอื่นในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้หน่วยงานหรือองค์กรอื่นต้องยึดถือหรือยอมรับตามการดำเนินการนั้นของหน่วยงานหรือองค์กรนั้น แล้วดำเนินการต่อไปตามอำนาจหน้าที่ของตน

<sup>54</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

มาตรา 239 “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด

ในกรณีที่ประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ถ้าคณะกรรมการการเลือกตั้งเห็นว่าควรให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ใด ให้ยื่นคำร้องต่อศาลฎีกาเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลฎีกาได้รับคำร้องของคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้นั้นจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ จนกว่าศาลฎีกาจะมีคำสั่งยกคำร้อง ในกรณีที่ศาลฎีกามีคำสั่งให้มีการเลือกตั้งใดหรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาผู้ใด ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาในเขตเลือกตั้งนั้นสิ้นสุดลง

ในกรณีที่บุคคลตามวรรคสองปฏิบัติหน้าที่ต่อไปไม่ได้ มิให้นำบุคคลดังกล่าวเข้าในจำนวนรวมของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาแล้วแต่กรณี

ให้นำความในวรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นด้วยโดยอนุโลม โดยการยื่นคำร้องต่อศาลตามวรรคสองให้ยื่นต่อศาลอุทธรณ์และให้คำสั่งของศาลอุทธรณ์เป็นที่สุด”

ก็ตาม กรณีเช่นนี้ไม่อยู่ในความหมายของบทบัญญัติมาตรา 223 วรรคสอง ดังกล่าว เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าวแม้จะเป็นการ “ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ” ขององค์กรนั้นก็ตาม แต่การใช้อำนาจนั้นมิได้มีลักษณะเป็น “การวินิจฉัยชี้ขาด” แต่อย่างใด ซึ่งแม้ในชั้นยกร่างจะมีเจตนารมณ์ไปในลักษณะดังกล่าว แต่ก็คงต้องรอฟังความเห็นหรือบรรทัดฐานจากองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงต่อไป

นอกจากบทบัญญัติมาตรา 223 ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลปกครองโดยตรงแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังมีบทบัญญัติที่มีผลเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลปกครองอีก 3 กรณี คือ

1) มาตรา 245 (2)<sup>55</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เพิ่มช่องทางให้ผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอความเห็นต่อศาลปกครองได้ หากผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ก็ให้เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลพิจารณา ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้มีผลกระทบกับเขตอำนาจศาลปกครองโดยตรง เพียงแต่เป็นการเพิ่มช่องทางในการนำคดีไปสู่ศาล และเนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้เองไม่ได้ระบุว่าให้เสนอเรื่องต่อศาลปกครองชั้นใด กรณีนี้จึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือเรื่องประเภทใดบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นใด ก็เป็นไปตามนั้น

<sup>55</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550

มาตรา 245 “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

๑.๓๗

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) (ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

2) มาตรา 257 (3)<sup>56</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้เพิ่มช่องทางให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในการเสนอความเห็นต่อศาลปกครองได้หากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำใดในทางปกครอง กระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ซึ่งบทบัญญัติมาตรานี้ไม่ได้มีผลกระทบกับเขตอำนาจศาลปกครองโดยตรงเช่นกัน เพียงแต่เป็นการเพิ่มช่องทางในการดำเนินคดีไปสู่ศาล และเนื่องจากบทบัญญัติมาตรานี้เองก็ไม่ได้ระบุว่าให้เสนอเรื่องต่อศาลปกครองชั้นใด กรณีนี้จึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คือ เรื่องประเภทใดบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นใด ก็เป็นไปตามนั้น เช่นเดียวกัน<sup>57</sup>

3) มาตรา 253<sup>58</sup> ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้โดยชัดเจนว่า การวินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลัง หากประสงค์จะโต้แย้งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าว ให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยในระหว่างพิจารณากว้างรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการพิจารณาลงไปในรายละเอียดว่าควรให้อยู่ในอำนาจของชั้นศาลใดจึงยังไม่ได้ระบุชั้นศาลไว้ในร่างรัฐธรรมนูญ

<sup>56</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 257 “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

๑.ล๑

(3) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองในกรณีที่เห็นชอบตามที่ผู้ร้องเรียนว่ากฎ คำสั่ง หรือการกระทำใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

<sup>57</sup> กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. เล่มเคม. หน้า 8

<sup>58</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 253 “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้คำปรึกษา แนะนำ และเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน และมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังที่เป็นอิสระ เพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และงบประมาณ และให้คดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในเรื่องดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระและเป็นกลาง”

อย่างไรก็ตาม ต่อมาเมื่อมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ... ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยมาตรา 39<sup>59</sup> บัญญัติให้การอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลัง ให้ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดโดยผ่านคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลัง และมาตรา 40<sup>60</sup> บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดตั้งไม่รับอุทธรณ์ได้หากเห็นว่ามีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ซึ่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในระหว่างพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 141 วรรคหนึ่ง<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

<sup>59</sup> ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ...

มาตรา 39 “การอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัย ให้ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดโดยผ่านคณะกรรมการวินัยที่วินิจฉัยเรื่องนั้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ได้มีคำวินิจฉัย ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าการวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด”

<sup>60</sup> ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน...

มาตรา 40 “ในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำอุทธรณ์ใดมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำอุทธรณ์ใดมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจะตั้งไม่รับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาก็ได้

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดให้เป็นที่สุด”

<sup>61</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 141 “เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ได้รับเรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดแย้งนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้น โดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นนี้ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป”

อนึ่งหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับแล้ว ได้มีกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วอีก 2 ฉบับ ที่บัญญัติไว้โดยชัดเจนให้คดีอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยได้ระบุไว้ชัดเจนว่าให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด คือ

1) มาตรา 22<sup>62</sup> แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 บัญญัติให้คดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ดำเนินการตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ให้ฟ้องคดีตรงต่อศาลปกครองสูงสุด

2) มาตรา 116<sup>63</sup> วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติให้ผู้อุทธรณ์ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด

### 3.3.2 การกระทำของรัฐบาลกับอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

ในเรื่องทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลหรือacte de Gouvernement นี้เป็นแนวความคิดจากนักทฤษฎีทางกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่อ้างเพื่อจำกัดอำนาจของศาลปกครองในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริการใดเป็นการกระทำของรัฐบาลแล้ว ย่อมไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ศาลปกครองหรือแม้กระทั่งศาลยุติธรรมย่อมไม่มีอำนาจรับพิจารณาคดีที่เอกชนฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำดังกล่าว ซึ่งแต่เดิมในทางปฏิบัติฝ่ายบริหารจะอ้างว่าเป็นการสั่งการ โดยเหตุผลทางการเมือง(mobile politique) เพื่อแสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าว

<sup>62</sup> พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2550

มาตรา 22 “การฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ดำเนินการตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งและมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด”

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

มาตรา 116 เมื่อ ก.พ.ค. พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค.

ผู้บังคับบัญชาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการจงใจละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น”



ไม่ย่อในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งต่อมาศาลปกครองได้ปฏิเสธทฤษฎีเหตุผลทางการเมือง และ  
ได้จำกัดขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร<sup>64</sup>

ประเภทคดีที่จะมาสู่ศาลปกครองและอำนาจศาลปกครอง

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองตามบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา  
223<sup>65</sup> มาตรา 218<sup>66</sup> มาตรา 60<sup>67</sup> มาตรา 244<sup>68</sup> และมาตรา 245<sup>69</sup> และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล

<sup>64</sup> ฤทัย หงส์ศิริ. (2539, เม.ย.-มิ.ย.). “นิติกรรมทางปกครอง : ความหมายและขอบเขต.” ดุลพาห. 43,  
2. หน้า 125.

<sup>65</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 223 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของ  
รัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือ  
หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ  
หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนิน  
กิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตาม  
รัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่  
รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจ  
โดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น

ให้ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้นและจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้”

<sup>66</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 218 “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือ  
กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น”

<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 60 “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วน  
ท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของ  
ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น”

<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 244 “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

(ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ  
พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ มาตรา 9<sup>70</sup> มาตรา 11 และมาตรา 42<sup>71</sup> โดยจะแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองและการดำเนินการในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจศาล

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรมไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(ค) การตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

(ง) กรณีอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

(2) ดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 279 วรรคสาม และมาตรา 280

(3) ติดตาม ประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ รวมตลอดถึงข้อพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่เหมาะสม

(4) รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาทุกปี ทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วยการใช้อำนาจหน้าที่ตาม (1) (ก) (ข) และ(ค) ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินดำเนินการเมื่อมีการร้องเรียน เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าการกระทำดังกล่าวมีผลกระทบต่อความเสียหายของประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจพิจารณาและสอบสวนโดยมิมีการร้องเรียนได้”

<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 245 “ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้ เมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของบุคคลใดตามมาตรา 244(1)(ก) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง และให้ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

<sup>70</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9

“ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนือ

อำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

### 3.3.2.1 การกระทำของรัฐบาลที่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

ศาลเป็นองค์กรที่มีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นองค์กรเดียวที่ได้รับความไว้วางใจได้ที่สุดที่จะให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนได้การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครอง ถือว่าเป็นอำนาจในการที่ศาลปกครองเข้าไปควบคุมโดยวิธีการภายนอกอย่างหนึ่ง โดยเป็นการเยียวยาผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนในการกระทำของรัฐ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542

หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอน โดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเรื่องดังต่อไปนี้ ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น”

<sup>71</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9

มาตรา 42 “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด”

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ...<sup>72</sup> กล่าวได้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจในการตรวจสอบเหตุการณ์กระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำในทางปกครองคือ

1. การกระทำโดยไม่มีอำนาจ เช่น การกระทำที่ไม่ได้เป็นองค์กร หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ทางปกครองที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ในเรื่องนั้นๆ
2. เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เช่น เป็นหน่วยงาน หรือเป็นเจ้าหน้าที่ในทางปกครองกระทำการไปนอกเหนืออำนาจหน้าที่ของตน
3. การกระทำไม่ถูกต้องตามรูปแบบ และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เช่น การกระทำที่เป็นการละเลยในระเบียบ รูปแบบ ขั้นตอน ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำ

<sup>72</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 บัญญัติว่า

มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ฯลฯ”..

4. การกระทำไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ เช่น การกระทำผิดตามแบบพิธีที่ระบุไว้ตามกฎหมายที่ให้องค์กร หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติในสาระสำคัญของเรื่องนั้นๆ

5. การกระทำโดยไม่สุจริต เช่น การกระทำที่ขาดเจตนาอันบริสุทธิ์ในการดำเนินการตามหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามระเบียบในเรื่องนั้นๆ กล่าวคือใช้เหตุผลส่วนตัวในการดำเนินการ หรือการกลั่นแกล้งโดยใช้อำนาจหน้าที่ของตน

6. การกระทำอันมีลักษณะเลือกปฏิบัติ เช่น การกระทำที่ขาดภาวะวิสัยทั่วไปในการปฏิบัติตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งอันเป็นการทั่วไปไม่ปฏิบัติตามหลักแห่งความเสมอภาค

7. การกระทำที่สร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เช่น การกระทำที่เป็นการสร้างภาระในขั้นตอนเกินความจำเป็นให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดอันเกิดการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมิชอบด้วยกฎหมาย

8. การกระทำที่สร้างภาระเกินสมควรเช่น การกระทำที่เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็นตามสมควรให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดอันเกิดการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันมิชอบด้วยกฎหมาย

9. การกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ เช่น เป็นการกระทำโดยใช้ดุลพินิจส่วนตัวโดยมิชอบในการปฏิบัติตามกฎหมาย

10. การกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือผิดวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น การไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมาย อันเป็นการฝ่าฝืนต่อความถูกต้องตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้ว คณะรัฐมนตรีจะถูกตรวจสอบการใช้อำนาจ โดยศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 11(2) ส่วนการกระทำของคณะรัฐมนตรีที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองชั้นต้นหรือไม่นั้น ปัจจุบันยังไม่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองว่ามี การกระทำใดของคณะรัฐมนตรีที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองสำหรับการใช้อำนาจตามกฎหมายของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีอาจถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลปกครองชั้นต้น หากการกระทำนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9

ดังนั้นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีคือผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐนั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 42<sup>73</sup> ตัวอย่างของการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีโดยศาลปกครองสูงสุด เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.5/2549 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีการะหว่างผู้ฟ้องคดี(มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ที่1 และผู้ฟ้องคดีที่2-11)กับผู้ถูกฟ้องคดี(นายกรัฐมนตรี ที่ 1 สำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 2 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน ที่ 3 กระทรวงพลังงาน ที่ 4 และคณะรัฐมนตรี ที่ 5) โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การดำเนินการในขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในการเปลี่ยนทุนของกิจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทได้เสียไปทั้งหมดหรือไม่มีผลตามกฎหมาย ย่อมมีผลทำให้การดำเนินการต่อมา รวมทั้งมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ที่มีมติอนุมัติเปลี่ยนทุนของกิจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นและจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) รวมทั้งการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) พ.ศ.2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด(มหาชน) พ.ศ.2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ.2548 ตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

(1) กฎ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองและอำนาจประการหนึ่งของศาลปกครองตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คือ อำนาจเพิกถอนกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยก่อนมีการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ แต่ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจในการเพิกถอนกฎ ดังนั้นนับตั้งแต่มีการ

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 42 บัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีค่าบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 172 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

จัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยจึงได้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนกฎต่างๆ จำนวนมาก

ก. ความหมาย “กฎ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ได้ให้คำนิยามไว้เหมือนกัน คือ กฎ หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ กล่าวอีกนัย เป็นการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครองอันมีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่ประชาชนทุกหมู่เหล่า อันเป็นเรื่องที่แตกต่างไปจากคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายหรือที่มีผลเฉพาะกลุ่มบุคคล อย่างไรก็ตาม ยังมีการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ดูก็ก้ำกึ่งระหว่างกฎและคำสั่งเฉพาะราย เช่น ประกาศกำหนดแผนการใช้ประโยชน์ในที่ดิน นอกจากนี้การกระทำหรือคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะทั่วไปหรือเป็นกฎนั้น มักก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคล แต่ก็มีกรกระทำหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไปบางประเภทที่มีได้มีก่อให้เกิดผล เช่นนั้น อาทิเช่น เป็นการกระทำหรือคำสั่งทางปกครองที่มีได้มีการสั่งการใดๆ เช่นความเห็นมาตรการภายในหนังสือเวียน หรือ คำแนะนำแนวปฏิบัติในกรณีต่างๆ<sup>74</sup>

ดังนั้นโดยหลักแล้ว ถ้ากฎฉบับหนึ่งอาจถูกโต้แย้งเป็นคดีเพิกถอนการกระทำทางปกครองอันเกินอำนาจได้ ในทางกลับกัน การกระทำหรือคำสั่งที่เป็นแต่เพียงการตีความอธิบายความคำสั่งหรือกฎหมาย ก็จะอยู่นอกเหนือหลักเกณฑ์ดังกล่าวมา จะมีเพียงหนังสือเวียนที่มีการสั่งการประกอบอยู่ด้วยเท่านั้นที่อาจถูกโต้แย้งได้ นอกจากนี้ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎระเบียบต่างๆ ถือว่าเป็นที่สุดแล้ว ก็ยังอาจถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาโดยศาล หากมีคำฟ้องโต้แย้งกฎระเบียบนั้นๆ โดยตรงหรือจากการหยิบยกขึ้นมาในคดีเดิมที่มีการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายอันเป็นคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎระเบียบที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเหล่านั้นในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือในเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ การกระทำหรือคำสั่งที่ออกมาจากองค์กรเหล่านี้ ไม่อาจถูกโต้แย้งเป็นคดีปกครองได้ โดยถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล อยู่นอกกรอบอำนาจของศาลปกครอง แต่หากสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสมีการพิจารณาถึงการกระทำที่แยกส่วนออกได้จากการกระทำทางปกครองหนึ่งๆ ด้วยเหตุนี้ แม้เป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่หากปรากฏว่ามีการกระทำหรือคำสั่งใดที่ประกอบอยู่และสามารถแยกออกจากกันได้

<sup>74</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ “รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8”. หน้า 24.

โดยเข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองแล้ว ก็สามารถโต้แย้งการกระทำหรือคำสั่งเหล่านั้นต่อศาลปกครองได้

กฎในกฎหมายดังกล่าวนี้จึงหมายถึงหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาลงมา<sup>75</sup> ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของกฎนั้นในขั้นตอนการร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามร่างเดิมซึ่งคณะรัฐมนตรีเสนอนิยามว่ากฎไม่มีถ้อยคำว่าพระราชกฤษฎีกา ด้วย แต่ได้มีการเพิ่มคำว่า พระราชกฤษฎีกา ในการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎร<sup>76</sup> โดยที่ประชุมเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และในการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญวุฒิสภา<sup>77</sup> ได้มีการพิจารณากันอย่างกว้างขวางในประเด็นว่ากฎควรหมายความถึงพระราชกฤษฎีกาด้วยหรือไม่ ซึ่งในที่สุดมติให้กฎ หมายความว่าพระราชกฤษฎีกาด้วย โดยให้เหตุผลซึ่งพอสรุปได้ 2 ประการ คือ ประการแรก เห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ประการที่สอง เห็นว่าในทางกฎหมายปกครองได้มีการพยายามที่จะให้มีศัพท์กลางๆ ที่ หมายถึง rule ซึ่งหมายถึงสิ่งที่ออกเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไป นอกจากนี้ที่ประชุมเห็นว่าในปัจจุบันการออกกฎโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติต่างๆ โดยที่ประชุมได้มีความเห็นแตกต่างกันในกรณีพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่า ควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งมีความหมายเป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ไม่ควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ด้วยเหตุผล 3 ประการ คือ

<sup>75</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ “รวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมัชชาศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8.” หน้า 25.

<sup>76</sup> รายงานการประชุมกรรมการวิสามัญสภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 2 วันที่ 30 กรกฎาคม 2541. อ้างถึงใน จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 37-38.

<sup>77</sup> รายงานการประชุมกรรมการวิสามัญวุฒิสภา ครั้งที่ 2 วันที่ 17 มีนาคม 2542 อ้างถึงใน จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 37-38.



1. กรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าพระราชกฤษฎีกาขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกฤษฎีกามีบทบัญญัติเกินไปจากขอบเขตที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เห็นได้จากถ้อยคำว่า บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวหมายถึงพระราชกฤษฎีกาคำด้วย

2. รัฐธรรมนูญกำหนดให้กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่า กฎขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดรัฐธรรมนูญให้เสนอเรื่องต่อศาลปกครอง

3. กรณีไม่จำเป็นต้องให้คำนิยามคำว่า กฎ ไว้ให้เหมือนกับคำนิยามของ กฎ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เพราะในพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นเรื่องของการทำงานของเจ้าหน้าที่ แต่นิยามของกฎในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นเรื่องการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลยุติธรรม

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญควรอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยมีเหตุผล 2 ประการ คือ

1. การนำเรื่องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นสามารถกระทำได้เพียง 3 วิธี คือ วิธีที่ 1 กรณีสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา เสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย วิธีที่สอง กรณีองค์กรในรัฐธรรมนูญเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่และวิธีการที่สาม การเสนอโดยผ่านศาลต่างๆ ดังนั้นกรณีพระราชกฤษฎีกาขัดต่อรัฐธรรมนูญจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยตรงไม่ได้ ต้องเสนอโดยผ่านศาลใดศาลหนึ่งมาก่อน ซึ่งกรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาควรจะหมายถึงศาลปกครอง

2. คำว่า กฎ หมายความถึง พระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะซึ่งพระราชกฤษฎีกาที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

จากความเห็นของกรรมาธิการวิสามัญวุฒิสภาฝ่ายแรก กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น ในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยที่ 4/2542 ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายซึ่งออก โดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และได้มีคำวินิจฉัยทำนองเดียวกันนี้อีกหลายเรื่อง เช่น คำวินิจฉัยที่ 12-35/2542, 38-40/2542, 41/2542, 42-

43/2542, 14-15/2543, 26/2544 ดังนั้นกรณีพระราชกฤษฎีกาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยได้ เพราะพระราชกฤษฎีกาไม่ได้เป็นกฎที่ออกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ในประเด็นเกี่ยวกับความหมายของกฎ มีคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยว่าเรื่องที่น่ามาฟ้องเป็นกฎหรือไม่ ตัวอย่างเช่น มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องมีสภาพเป็นกฎ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 118/2544 หนังสือกระทรวงการคลังซึ่งแจ้งเวียนให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและส่วนราชการทราบเพื่อถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านราชการ(ฉบับที่6)พ.ศ.2541 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ(ฉบับที่7)พ.ศ.2541 มีลักษณะเป็นกฎที่มีได้ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ เป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเพื่อให้ทุกส่วนราชการยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการ ดังนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนจากหนังสือเวียนซึ่งมีลักษณะเป็นกฎ ผู้ฟ้องจึงมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องยื่นอุทธรณ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ก่อน คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546 มติคณะรัฐมนตรีที่ให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐพิจารณาการขอเลขหมายโทรศัพท์ใหม่ของ ทศท. เป็นลำดับแรกวันแต่ ทศท. ไม่อาจให้บริการได้ในระยะเวลาอันสั้น โดยมีเงื่อนไขให้ ทศท. ให้ส่วนลดและยกเว้นค่าบริการสำหรับโทรศัพท์พื้นฐานมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปกับหน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐรวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องปฏิบัติตามหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามย่อมมีความรับผิดชอบตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546 มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพงานอื่นกับทางราชการที่มีผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา มีลักษณะเป็นกฎ และมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องถือปฏิบัติตามที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำบังคับให้การสื่อสารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คืนเงินค่าปรับพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการละเลยไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องไม่มีสภาพเป็นกฎ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2546 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.21/2546 มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ถือว่าปฏิบัติการนับอายุ

ของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเพียงการอธิบาย บทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตาม มิได้มีสภาพเป็นกฎที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับไว้ พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) ประกอบมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.14/2546 มติ คณะรัฐมนตรีเรื่องห้ามส่งผู้มีชีวิตและหนังสือที่ยังไม่ได้แปรรูปออกนอกราชอาณาจักรนั้น มิได้มี ลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานหรือบุคคลภายในองค์กรบริหาร แต่ มีลักษณะเป็นการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการส่งออกผู้มีชีวิตทุกชนิด รวมทั้งทุกชนิดที่ยังไม่แปร รูปออกไปจำหน่ายต่างประเทศ ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวนี้ยังไม่มีผลทางกฎหมาย โดยตรงไปสู่ภายนอกเพราะเมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติเช่นนี้แล้ว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ จะต้องรับไปดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีเรื่องดังกล่าวจึงไม่มีสภาพ เป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เป็นแต่เพียงนโยบายของฝ่ายบริหาร ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิใช่กฎที่ออกโดยความ เห็นชอบของคณะรัฐมนตรี การฟ้องขอให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา พิจารณาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประกาศรับสมัครและประกาศรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นกรรมการ กิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ ไม่มีลักษณะเป็นกฎ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.12/2547 ประกาศ เรื่องรับสมัครหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกที่สมควรได้รับเสนอรายชื่อเป็นกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ พ.ศ.2546 และประกาศ เรื่อง บุคคลที่สมควร ได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติเป็นเพียงการแจ้งคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับการคัดเลือก กรรมการสรรหากรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ และการคัดเลือกที่สมควร ได้รับการเสนอ รายชื่อเป็นกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ เพื่อให้บุคคลที่ประสงค์จะคัดเลือกและได้รับการ คัดเลือกเป็นกรรมการดังกล่าวทราบเท่านั้น มิได้มีผลบังคับกับบุคคลโดยทั่วไป จึงมิใช่กฎตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงไม่อยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ข. เขตอำนาจศาล เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วจะเห็นว่า การ ฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎต่อศาลปกครองไทยนั้น นอกจากสามารถฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ของกฎ เพื่อขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎแล้ว ศาลปกครองยังมีอำนาจพิจารณา พิจารณาคดีละเมิดที่เกิดจากกฎได้ด้วย และการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบธรรมด้วยกฎหมายของกฎ

นั้นมีทั้งที่เป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด จึงอาจสรุปกรณีที่สามารถยื่นฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎต่อศาลปกครองได้ดังนี้

1. อำนาจศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ การฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ(ยกเว้น พระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี) ตามมาตรา 9วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 , การฟ้องคดีละเมิดจากกฎ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

2. อำนาจศาลปกครองสูงสุด ได้แก่การฟ้องเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ดังนั้น การฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง หากนำคดีดังกล่าวไปยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นต้นไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ เพราะเป็นอำนาจของศาลปกครองสูงสุดตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งในชั้นร่างกฎหมายมาตรา 11(2)มีการแก้ไขเพิ่มเติมอย่างมากในชั้นกรรมาธิการวิสามัญวุฒิสภา<sup>78</sup> กล่าวคือ ร่างเดิมที่ผ่านสภาผู้แทนราษฎรนั้นกำหนดให้คดีปกครองที่เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาหรือกฎหรือคำสั่งที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุดแต่คณะกรรมาธิการวิสามัญวุฒิสภาเห็นว่าในการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมีการออกคำสั่งมากมายตั้งแต่เรื่องเล็กน้อยถึงเรื่องสำคัญมาก ซึ่งไม่จำเป็นต้องฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดทั้งหมดควรจำกัดเฉพาะเรื่องสำคัญเท่านั้น จึงมีมติให้แก้ไขเป็นว่าเฉพาะพระราชกฤษฎีกาและกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเท่านั้นที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด และควรที่จะตรวจสอบเฉพาะประเด็นความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเจตนารมณ์ประการหนึ่งในการบัญญัติเช่นนั้น เนื่องจากเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาและกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเป็นกฎที่มีความสำคัญมากและสมควรได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีที่รวดเร็วกว่ากฎอื่นๆ

<sup>78</sup> รายงานการประชุมกรรมาธิการวิสามัญวุฒิสภา ครั้งที่ 2 วันที่ 17 มีนาคม 2542 อ้างถึงใน จตุภรณ์ แก้วคุ้มภัย. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 43.

เมื่อกฎหมายบัญญัติให้การฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎเป็นอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่ากฎตามฟ้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ศาลปกครองจะต้องพิจารณาก่อนว่า กฎที่ยื่นฟ้องนั้นอยู่ในอำนาจศาลที่จะรับคำฟ้องนั้นหรือไม่ ดังเช่นคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดต่อไปนี้

กฎกระทรวงเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอยู่บนอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด กรณีมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ากฎกระทรวงเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.17/2545 ผู้ฟ้องคดีอ้างว่ากฎกระทรวง ฉบับที่ 414 (พ.ศ.2542)ฯ ซึ่งกำหนดให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีอยู่ในเขตพื้นที่สีเหลืองซึ่งเป็นเขตที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย เป็นกฎกระทรวงที่ออกโดยไม่ถูกต้องตรงกับสภาพข้อเท็จจริงของพื้นที่ สภาพเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งกฎกระทรวงดังกล่าวเป็นกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) ประกอบมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.8-ฟ.10/2546 (ที่ประชุมใหญ่)ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎกระทรวงโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และเนื่องจากการออกกฎกระทรวงจะต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ.2531 ดังนั้นคำฟ้องนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 12/2546 (ที่ประชุมใหญ่) การออกกฎกระทรวงเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง และไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้ต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ก่อนที่รัฐมนตรีจะออกกฎกระทรวงจะต้องส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวไปให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความเห็นชอบและปฏิบัติสืบทอดตลอดมาจึงพอถือได้ว่ามีกฎหมายจารีตประเพณีกำหนดให้การออกกฎกระทรวงหรือกฎอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากฎกระทรวงจะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการออกกฎกระทรวงฯ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นการฟ้องคดีปกครองตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี

ปกครองพ.ศ.2542ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.19/2546 เหตุแห่งการฟ้องคดีเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่ากฎกระทรวง ฉบับที่ 13 (พ.ศ.2542) ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ.2518 ขัดต่อพระราชบัญญัติระเบียบราชการบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ข้อพิพาทในคดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คำฟ้องนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

ค. เจื่อนใจการฟ้องคดี ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ นอกจากศาลปกครองจะพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับอำนาจศาลดังกล่าวแล้ว ศาลต้องพิจารณาประเด็นเจื่อนใจการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อีกด้วยคือ

1. ผู้มีสิทธิฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 42 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมิชข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ในกรณีเกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎนั้นโดยตรง

2. การแก้ไขความเสียหายตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 42 วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าวและได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด ดังนั้นในกรณีการฟ้องขอเพิกถอนกฎ ศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยว่าหากกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎมิได้กำหนดขั้นตอนหรือวิธีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องอุทธรณ์ต่อผู้ออกกฎก่อน

3. ระยะเวลาการฟ้องคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย การฟ้องคดีต่อศาลปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎ ทั้งกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งบัญญัติว่า การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีหรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น การฟ้องคดีเพิกถอนกฎ ผู้ฟ้องคดีจะต้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณีภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับวันรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวว่า คือ วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ว่ากฎที่พิพาทมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี ส่วนการประกาศกฎหมายหรือกฎในราชกิจจานุเบกษาเป็นเพียงพิธีการของประกาศใช้กฎหมายหรือกฎเหล่านั้น ยังไม่มีผลเพียงที่จะถือได้ว่าเป็นวันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี อันเป็นวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนกฎนั้น เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ในวันประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาว่ากฎนั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่หรือผลประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีแล้ว ซึ่งต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป

ดังนั้น กฎเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจการทางปกครอง แต่ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะออกกฎได้ตามอำเภอใจ ซึ่งจากคำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครอง จะเห็นว่ากรณีที่ฝ่ายปกครองจะออกกฎมาใช้บังคับนั้นฝ่ายปกครองต้องพิจารณาว่าใครเป็นผู้มีอำนาจออกกฎได้ตามกฎหมาย กระบวนการออกกฎต้องถูกต้องตามกฎหมายและจะต้องออกกฎให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจด้วย นอกจากนั้นกฎจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร มิฉะนั้นกฎดังกล่าวอาจเป็นกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกฎนั้นๆสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนกฎได้

หลักในการออกกฎหรือข้อบังคับ ก็คือ การออกกฎหรือข้อบังคับจะต้องกระทำภายในกรอบของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ ตัวอย่างรัฐธรรมนูญ บัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาที่ไม่ขัดต่อกฎหมายคำพิพากษาฎีกาที่ 1255/2493 (ประชุมใหญ่) วางหลักไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา จะออกเกินพระราชบัญญัติไม่ได้

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ก็คือ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศไทยได้ออกพระราชบัญญัติว่าการ กักกันคุมตัวและการควบคุมการจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ.2488 ตามพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณากักคุมตัวและการควบคุมการ จัดกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ คณะกรรมการชุดดังกล่าวมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมตัวและจัดการกิจการของบุคคลที่เป็นชนชาติของศัตรูกับสหประชาชาติ(คือ เยอรมัน ญี่ปุ่น) นอกจากพระราชบัญญัตินี้ยังได้ให้อำนาจในการออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการควบคุมและการจัดการและทรัพย์สินต่อมาได้มีการออกพระราช กฤษฎีกา(ฉบับที่2)พ.ศ.2492 มาตรา 3 บัญญัติว่าไม่ให้คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัตินี้ จ่ายเงินที่ได้จากทรัพย์สินที่ควบคุมไว้ยกเว้นแต่ที่เป็นค่าใช้จ่าย ปรากฏว่าคณะกรรมการชุดนี้ได้เข้าไป ยึดและควบคุมทรัพย์สินของห้างหุ้นส่วนบริษัทที่มีคนเยอรมันถือหุ้นใหญ่ บริษัทนี้ได้ทำสัญญา เช่าอาคารกับคนไทยไว้ เมื่อคณะกรรมการเข้าควบคุมบริษัทก็ไม่จ่ายค่าเช่าอาคารให้คนไทยและ ไม่จ่ายค่าซ่อมแซมทรัพย์สินที่เกิดจากการเข้าไปยึด คนไทยก็เลยฟ้องกรรมการ คณะกรรมการยกข้อ ต่อผู้ว่าคณะกรรมการไม่มีอำนาจจ่ายเพราะพระราชกฤษฎีกาให้อำนาจคณะกรรมการเฉพาะเอาเงิน หรือทรัพย์สินที่ควบคุมไว้จ่ายเป็นค่าใช้จ่ายที่จะควบคุมเท่านั้น ไม่ได้ให้อำนาจที่จะเอาไปจ่ายเป็น ค่าเสียหายด้วย ศาลฎีกา วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติให้อำนาจที่จะออกพระราชกฤษฎีกากำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการควบคุมและจัดการทรัพย์สินเท่านั้น ถ้ามีการออกพระราชกฤษฎีกา นอกเหนือไปจากนี้ พระราชกฤษฎีกาก็จะใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้นพระราชกฤษฎีกาฉบับที่ 2 มาตรา 3 ที่กำหนดให้คณะกรรมการจ่ายเงินได้เฉพาะค่าใช้จ่าย เป็นการออกพระราชกฤษฎีกาที่เกินกว่า พระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ พระราชกฤษฎีกาในส่วนนั้นจึงไม่มีผลบังคับใช้ คำพิพากษาฎีกาที่ 5003-5009/2531 มีข้อเท็จจริงว่า คณะรัฐมนตรีได้ออกประกาศกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการ คຸ້ມครองแรงงานตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ว่าด้วยการคຸ້ມครองแรงงาน โดยกำหนดอัตรา ค่าจ้างขั้นต่ำและมีมติของคณะรัฐมนตรีอีกฉบับหนึ่งออกมาว่า รัฐวิสาหกิจใดจะปรับปรุงค่าจ้าง เงินเดือนหรือสวัสดิการให้พนักงานเป็นตัวแทนต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก่อน มีรัฐวิสาหกิจ แห่งหนึ่งอ้างมติคณะรัฐมนตรีว่า ตนเองไม่มีสิทธิที่จะจ่ายเงินเดือน ค่าจ้างหรือสวัสดิการให้กับ พนักงานจนกว่า คณะรัฐมนตรีจะอนุมัติและขณะนี้คณะรัฐมนตรียังไม่อนุมัติจึงไม่จ่ายค่าจ้างขั้นต่ำ พ.ศ. 2515 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องอัตราค่าจ้าง ฉบับที่ 25 พ.ศ.2527 ต่างออกโดยอาศัย อำนาจประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 จึงมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย เมื่อจำเลยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจ และเป็นนายจ้างของโจทก์จ่ายค่าจ้างให้โจทก์น้อยกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำตามกฎหมายย่อมเป็นการ ผ่าฝืนข้อกำหนดของประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว แม้จำเลยจะอ้างมติคณะรัฐมนตรีห้าม รัฐวิสาหกิจทำการปรับปรุงค่าจ้างเงินเดือนหรือสวัสดิการอื่นใดที่อาจคิดเป็นตัวแทนได้ เว้นแต่จะ



ได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวมีผลบังคับภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีมีมติ จำเลยจึงไม่อาจอ้างมติคณะรัฐมนตรีเป็นข้อยกเว้นบทกฎหมาย

(2) คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กฎหมายปกครองมีรูปแบบที่สำคัญ คือ คำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นเครื่องมือของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายปกครองเพื่อให้เจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับบรรลุวัตถุประสงค์ได้ คำสั่งทางปกครองในกฎหมายปกครองโดยเฉพาะในเรื่องการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครองนั้นเป็นเรื่องที่แทรกอยู่ในกฎหมายที่ศาลปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายในการเข้าตรวจสอบการกระทำของรัฐ คำสั่งทางปกครองในกฎหมายปกครอง เป็นเรื่องของบรรดาการกระทำ มาตรการต่างๆ และคำวินิจฉัยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมหาชน ไปกระทบสิทธิหรือโต้แย้งสิทธิของประชาชนผู้รับคำสั่งนั้นหรือสิทธิในความสัมพันธ์พื้นฐานของความเป็นข้าราชการ อาจอยู่ในรูปแบบต่างๆ เช่น คำสั่ง การกระทำ การอนุมัติ การอนุญาต การออกหนังสือรับรอง การวินิจฉัยอุทธรณ์ การใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เช่นการรื้อถอนอาคาร หรือสลายการชุมนุมประทุงที่ฝ่าฝืนกฎหมายและการจัดตั้งสัญญาจรรยาบรรณต่างๆ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพ.ศ.2539 ได้นิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ที่บัญญัติในมาตรา 5 ว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่นการสั่ง การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ

คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย การจัดทำบัญชีแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ โดยอาจเป็นคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลายคนก็ได้ การตรวจสอบควบคุมคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะรายนี้ ก่อนอื่นจะต้องปรากฏว่าเป็นคำสั่งที่มีผลตามกฎหมายเป็นการกระทำฝ่ายเดียวทางปกครองและมีผลกระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่ง อาจเป็นคำสั่งที่มีลักษณะเป็นกฎ ส่วนคำสั่งที่เป็นมาตรการภายในของฝ่ายปกครองหรือมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ก็อาจอยู่ในข่ายที่สามารถฟ้องโต้แย้งได้ กล่าวคือเป็นคำสั่งที่แยกออกได้จากการกระทำใดๆ ตัวอย่างเช่น การเรียกให้เสนอราคา การประกวดราคาในกรณีการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ<sup>79</sup> เป็นต้น

หลักนิติรัฐเรียกร้องให้การออกคำสั่งทางปกครองต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

<sup>79</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบรวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8. หน้า 25.

จะออกคำสั่งทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจหรือมีอำนาจกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย เกณฑ์ในการพิจารณาอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองมีดังนี้

ก. ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกนั้นไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง(Eingriffsverwaltung) จะต้องมิขัดต่อบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดแจ้ง (Vorbehalt des Gesetzes) มิฉะนั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ย่อมไม่มีอำนาจที่จะทำคำสั่งทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นนายกเทศมนตรีเรียกเก็บเงินค่าปลูกและตัดแต่งต้นไม้จากรายกรในเขตเทศบาลที่ตนรับผิดชอบ หลังละ 100 บาท ต่อเดือน โดยไม่มีกฎหมายหรือเทศบัญญัติให้อำนาจ การเรียกเก็บเงินดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. ในกรณีที่คำสั่งปกครองนั้นเป็นการให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน (Leistungsverwaltung) หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะอย่างไร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย (Vorrang des Gesetzes) แต่ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็อาจออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นคุณแก่ประชาชนได้ ทั้งนี้ภายใต้หลักความเสมอภาคและความสมควรแก่เหตุ เช่น การให้ทุนการศึกษาเล่าเรียนแก่นักเรียน นักศึกษา กระทรวงศึกษาธิการอาจขออนุมัติงบประมาณแล้ววางหลักเกณฑ์ในการให้ทุนการศึกษแก่นักเรียนนักศึกษาได้ ภายใต้หลักความเสมอภาคและหลักความสมควรแก่เหตุ แต่ถ้ามีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์ในการให้ทุนการศึกษาดังกล่าวให้ชัดแจ้ง กระทรวงศึกษาธิการก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้นการให้ทุนการศึกษาโดยฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎหมาย ย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย

ค. การใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องอ้างที่มาการใช้อำนาจด้วยว่าอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตราใดแห่งพระราชบัญญัติฉบับใด หรือประกอบกับกฎหมายลำดับรองฉบับใด และจะต้องออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจทางพื้นที่ที่ตนรับผิดชอบดูแล (territorial jurisdiction) มิฉะนั้นคำสั่งทางปกครองจะมีชอบด้วยกฎหมาย<sup>80</sup>

คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง การพิจารณาว่าคดีใดเป็นคดีปกครองอันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ 2

<sup>80</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2548). วารสารกฎหมายการดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง. หน้า 1-4.

หลักเกณฑ์ควบคู่กันไป นั่นคือ กรณีแรกต้องพิจารณาว่าใครเป็นคู่กรณี และกรณีที่สองต้องพิจารณาดังนี้

(1) คู่กรณี อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการที่ 1 คดีระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น คดีที่เอกชนฟ้องขอให้หน่วยงานของรัฐจ่ายค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดหรือบังคับให้ชำระราคาในสัญญาทางปกครอง เป็นต้น

ประการที่ 2 คดีระหว่างหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายหนึ่งกับหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่มีเอกชนเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น คดีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่มีต่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องหน่วยงานของรัฐที่ปฏิเสธไม่อนุญาติให้เบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาล หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการใช้อำนาจควบคุมกำกับของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น เป็นต้น

มีข้อสังเกตที่สำคัญมากเกี่ยวกับความหมายของคำว่าหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3<sup>81</sup> และมาตรา 42<sup>82</sup> ซึ่งในทางกฎหมายปกครองเรามักเรียกรวมๆว่า “ฝ่ายปกครอง” ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 ไม่ได้ใช้ถ้อยคำดังกล่าว แต่ใช้

<sup>81</sup> มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนท้องถิ่น ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

ฯลฯ

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 42 “ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

ในกรณีที่มิใช่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการส่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการส่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

ถ้อยคำว่า “หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล” จนเป็นเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยที่ 24/2543 วันที่ 15 มิถุนายน 2543 เข้าใจไปว่า “ฝ่ายปกครอง” ที่จะอยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองนั้น ต้องเป็นฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในการกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น หากเป็นฝ่ายปกครองอื่น ซึ่งถือเป็นฝ่ายปกครองของรัฐเช่นเดียวกับฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งจะไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ความเข้าใจเช่นนี้น่าจะไม่ถูกต้องและก่อให้เกิดปัญหาต่อไปเป็นอันมาก เพราะกรณีจะกลายเป็นว่าคดีปกครองที่มีคู่กรณีเป็นฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐบาลฯ ต้องขึ้นศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีคู่กรณีเป็นฝ่ายปกครองอื่นจะไปขึ้นศาลไหน ถ้าตีความว่าต้องไปขึ้นศาลยุติธรรม โดยอาศัยรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง จะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 มาตรา 244 และมาตรา 245 หรือไม่ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป นอกจากนี้ความหมายของคำว่า “ผู้เสียหาย” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง ยังแคบกว่าคำว่า “ผู้เสียหาย” ตามมาตรา 42 เพราะตามรัฐธรรมนูญ “ผู้เสียหาย” ต้องเป็นบุคคลผู้ถูกได้แย้งสิทธิเท่านั้น ในขณะที่มาตรา 42 คือ ผู้ใดที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งในกรณีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎ คำสั่ง) ว่า “ผู้เสียหาย” จะกว้างกว่า คือ แค่ประโยชน์ที่เกี่ยวข้องได้รับผลกระทบจากนิติกรรมทางปกครองก็เพียงพอแล้ว

นอกจากนี้ ถ้าคดีปกครองประเภทเดียวกันต้องอยู่ภายใต้ระบบศาลที่ต่างกัน มีนิติวิธีต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบวิธีพิจารณา ก็คงจะเกิดผลประหลาดและสร้างบรรทัดฐานที่ไม่อาจพบเห็นที่ไหนได้ ยิ่งคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลแต่ละระบบต่างกันอีกก็จะยิ่งส่งผลประหลาดและไม่มีทางแก้ไข เพราะไม่เข้าเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดฯ มาตรา 14<sup>83</sup> ที่ต้องเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเดียวกันเท่านั้น ไม่ใช่คดีประเภทเดียวกัน

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542

มาตรา 14 “ถ้ามีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดระหว่างศาลขัดแย้งกันในคดีที่มีข้อเท็จจริงเป็นเรื่องเดียวกัน จนเป็นเหตุให้คู่ความไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่รับความเป็นธรรมหรือมีความขัดแย้งในเรื่องฐานะหรือความสามารถของบุคคลคู่ความ หรือบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงจากคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าว อาจยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการเพื่อขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าวได้ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ออกภายหลังถึงที่สุด

ให้คณะกรรมการพิจารณาคำร้องตามวรรคหนึ่ง โดยคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล แล้วให้กำหนดแนวทางการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลดังกล่าว คำวินิจฉัยของคณะกรรมการให้เป็นที่สิ้นสุด

การตีความว่าฝ่ายปกครองมี 2 ประเภท เป็นการตีความที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการสร้างระบบศาลต่างๆขึ้นมา และขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในมาตรา 218 มาตรา 223 มาตรา 244 และมาตรา 245 และพระราชบัญญัติจัดศาลปกครองฯ มาตรา 9 และมาตรา 42 โดยชัดแจ้ง เพราะเหตุว่า แม้รัฐธรรมนูญ มาตรา 223 จะบัญญัติว่าองค์กรทางปกครองหมายรวมถึงฝ่ายปกครองในบังคับบัญชา ของรัฐบาล แต่ต้องพึงเข้าใจให้สอดคล้องต้องกันทั้งระบบ กล่าวคือ

ประการแรก เป็นการกำหนดขั้นต่ำ คือ พระราชบัญญัติที่กำหนดรายละเอียดต่อมา (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ)สามารถขยายถ้อยคำดังกล่าวให้กว้างขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและระบบที่ควรจะเป็นได้ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดผลประหลาดขึ้นในสังคม

ประการที่สอง เมื่อพิจารณาประกอบรัฐธรรมนูญมาตรา 218 ที่บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น” จะเห็นว่าศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเพราะรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 บัญญัติไว้โดยตรงให้ฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐอยู่ใต้อำนาจของศาลปกครองขณะเดียวกันมาตรา 42 ก็บัญญัติให้ฝ่ายปกครองทั้งหมดไม่ว่าจะอยู่ในบังคับบัญชาของรัฐหรือไม่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครอง จึงเป็นกรณีที่ “กฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 218 ทั้งยังเป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 60 ที่บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการฟ้ององค์กรของรัฐทั้งปวงที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรนั้น ซึ่งถ้อยคำในมาตรา 42 ดังกล่าวจะคล้ายกับรัฐธรรมนูญมาตรา 60 และยังถือได้ว่ามาตรา 42 มาตรา 9 ตลอดจนมาตราอื่นๆที่เกี่ยวข้องในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกตามรัฐธรรมนูญมาตรา 60 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองด้วย หากเข้าใจไปตามที่กล่าวมาทั้งหมดก็จะสอดคล้องกับการตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 ข้างต้น

ประการที่สาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 244 ซึ่งบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และมาตรา 245 ซึ่งบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินฯเสนอบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของบุคคลใดตามมาตรา 244 (1) ที่ตนเห็นว่ามิมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยนั้นจะเห็นว่าบุคคลใดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 244 (1) ก็คือฝ่ายปกครองทั้งหมดไม่จำกัดว่าต้องเป็นฝ่าย

ปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐบาลเท่านั้น เพราะรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำว่า “ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น” ซึ่งสอดคล้องกับสิ่งที่กล่าวมาข้างต้น และกรณีนี้จะไปตีความแยกฝ่ายปกครองออกเป็น 2 ประเภท ก็ไม่ได้

ประการที่สี่ มาตรา 9 วรรคสอง (2) บัญญัติว่า เรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง นั่นก็คือกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ ยกเว้นไม่ให้คดีปกครองที่เกิดจากการดำเนินการทั้งด้านบริหารงานบุคคลและด้านอื่นๆ ของศาลยุติธรรมโดยคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ต้องขึ้นศาลปกครอง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นเพียงกรณีเดียวเท่านั้นและคณะกรรมการตุลาการเองก็มีใช้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้การดำเนินการขององค์การขององค์การบริหารงานบุคคลของหน่วยงานอิสระทั้งหลาย ซึ่งมีได้อยู่ในบังคับบัญชาของรัฐบาล จึงอยู่ในอำนาจศาลปกครอง และหากไปตีความว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองเพราะพิจารณาแต่เพียงรัฐธรรมนูญ มาตรา 223 มาตราเดียว ก็ไม่มีความจำเป็นต้องมีมาตรา 9 วรรคสอง(2) แต่ก็ก็จะก่อให้เกิดผลประหลาดดังที่กล่าวมาแล้ว

คดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองลักษณะคดี แบ่งออกได้ดังนี้ คือคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการและคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่อำนาจศาลปกครอง

### 3.3.3.2 การกระทำของรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง

ภายใต้การตรวจสอบควบคุมโดยศาลแล้ว โดยหลักไม่มีหน่วยงานทางปกครองใครรอดพ้นจากการควบคุม แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นบางประการ เช่น ในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรือหน่วยงานของฝ่ายปกครองที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์กับรัฐสภา กล่าวคือ การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขดำที่ พ.5/2549 คดีหมายเลขแดงที่ พ.3/2549 และการใช้อำนาจที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ตามคำสั่ง

ศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญในเรื่องการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการกระทำของรัฐที่ไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง ซึ่งเป็นข้อยกเว้นในการตรวจสอบเข้าตรวจสอบโดยศาลปกครอง เพราะถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้การกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย รูปแบบ ขั้นตอน วิธีการ เงื่อนไขของกฎหมายแล้วผลการกระทำนั้นแม้จะเป็นการกระทำที่อยู่นอกขอบแดนอำนาจในการตรวจสอบของศาลปกครองก็ตาม ซึ่งทำให้เกิดผลกลับให้การกระทำนั้นอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองได้ เพราะเข้าเงื่อนไขของการกระทำผิดในทางนิติกรรมทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ให้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ แต่การวินิจฉัยในเรื่องการกระทำของรัฐบาลนี้ยังต้องระมัดระวังมิให้คำวินิจฉัยของศาลนั้นไปขัดขวางความยุติธรรมหรือความไม่ชอบธรรมในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง และต้องไม่เข้าไปให้อำนาจเบ็ดเสร็จแทนฝ่ายปกครองเสียเอง ขณะเดียวกันก็ต้องควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจและต้องปกป้องผู้อยู่ใต้ปกครองในทิศทางที่ถูกต้องด้วย<sup>84</sup>

<sup>84</sup> สำนักงานศาลปกครอง. (2550). ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบประมวลรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8. หน้า 9.

## บทที่ 4

### ปัญหาเขตอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล

การพิจารณาอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลนั้นจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีในประเทศไทยนอกจากจะต้องประสบปัญหาทางการเมืองรวมไปถึงปัญหาในด้านความมั่นคงของประเทศแล้วความแตกแยกทางความคิดเห็นทางวิชาการก็ยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องด้วยตลอดจนสิทธิที่พึงมีพึงได้ของประชาชนในการเรียกร้องความมีอยู่ของทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นการสะท้อนให้เห็นถึงอารยธรรมล้ำค่าที่พลเมืองของประเทศมีส่วนร่วมในการปกป้องรักษาทรัพยากรของประเทศชาติให้มิอยู่ต่อไป ปัญหาดังกล่าวไม่สามารถจัดได้ทั่วถึงอีกทั้งเป็นการยากที่จะสร้างความเข้าใจให้เกิดขึ้นภายในระยะเวลาอันสั้นได้เนื่องมาจากปัญหาดังกล่าวยังมีขอบเขตที่จำกัดในการอธิบายถึงหลักเกณฑ์และกลไกเชิงกฎหมายในการแบ่งแยกอำนาจทางการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเครื่องมือในการรับแนวนโยบายมาปฏิบัติในการพัฒนาในการใช้กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งโดยเฉพาะ การกระทำตามหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้กระทำไปในฐานะใดตามกฎหมายใด อีกทั้งในปัจจุบันได้เกิดปัญหาความคลาดเคลื่อนของการอธิบายความหมายของแนวการกระทำของรัฐบาลว่าแท้ที่จริงแล้วการกระทำของรัฐบาลควรเป็นการใช้อำนาจของหน่วยงานใดในการควบคุมตรวจสอบการกระทำนั้นๆ

การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองนั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้บัญญัติขอบเขตอำนาจของการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้ไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมไปถึงข้อโต้แย้งนิติสัมพันธ์กับหน่วยงานอื่นหรือกับประชาชนก็ให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 223 มาตรา 257 (3) และในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ในมาตรา 9 มาตรา 10 และมาตรา 11 โดยบัญญัติเรื่องอำนาจของศาลปกครอง การพิจารณาว่ากรณีใดอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ดังนั้นทำให้ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาอธิบายถึงปัญหาเขตอำนาจของศาลปกครองเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลเพื่อแก้ไข ปัญหาความขัดแย้งของการอธิบายการกระทำของรัฐบาล ซึ่งปัจจุบันได้เกิดกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับความเห็นทางวิชาการและปัญหาของอำนาจการกระทำของรัฐบาลว่าอยู่ภายใต้การตรวจสอบของหน่วยงานใด



#### 4.1 ปัญหาแนวคำพิพากษาของศาลไทยกับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล

ในอดีตการพิจารณาวินิจฉัยคดีก่อนการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลไทยยังไม่ได้นำทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ยกตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 พระยาปริदानฤเบศร์ เป็นโจทก์ฟ้องรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โดยอธิบดีกรมอัยการและพนักงานอัยการประจำกรมอัยการ ผู้ดำเนินคดีแทนจำเลย โดยฟ้องว่าการกระทำของญี่ปุ่น เครื่องบินของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และสหประชาชาติ และการประกาศของรัฐบาลพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ตั้งแต่วันที่ 8 ธันวาคม 2484 ถึงวันที่ 16 สิงหาคม 2488 ซึ่งระหว่างนั้นถูกระเบิดได้ตกถูกเศษสถานบ้านเรือนของโจทก์ ทั้งเครื่องใช้เครื่องประกอบเสียหายเป็นราคาไม่น้อยกว่า 500,000 บาท การกระทำของรัฐบาลพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยตรง และโดยเหตุใกล้ชิดให้อังกฤษและสหรัฐอเมริกา และสหประชาชาติเข้าทำลายทรัพย์สินสมบัติของประชาชนชาวไทย ซึ่งรวมทั้งโจทก์ได้รับความเสียหายโดยไม่ควรและไม่ชอบ การกระทำของรัฐบาลเช่นนั้นเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งรัฐบาลจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น โจทก์ได้มีหนังสือแจ้งไปยังนายกรัฐมนตรีแล้ว ก็ไม่ได้รับตอบ จึงขอให้ศาลบังคับ<sup>1</sup>

ศาลแพ่งวินิจฉัยว่า คู่ความต้องเป็นบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 73 ทบวงการเมืองที่เป็นนิติบุคคลนั้นคือ กระทรวงและกรมในรัฐบาลที่โจทก์ขอให้เรียกรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นจำเลยนั้น รัฐบาลหาใช้นิติบุคคลตามกฎหมายไม่ฟ้องของโจทก์จึงไม่เป็นฟ้องที่จะรับไว้ จึงให้ยกเสีย โจทก์อุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ผู้ที่จะฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาลนั้นจะต้องเป็นบุคคลคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล คำว่า รัฐบาล แม้ในความหมายของรัฐอันเป็นหน่วยแห่งประเทศชาติ หรือหมายถึงคณะบุคคลซึ่งมีหน้าที่ดำเนินนโยบายการปกครองรัฐอยู่ในขณะใดๆ ไม่อาจเป็นนิติบุคคลตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ สำหรับกฎหมายอื่นนั้นไม่ปรากฏว่า ได้มีบทบัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคลที่โจทก์อ้างพระราชบัญญัติพนักงานอัยการ พ.ศ. 2478 มาตรา 19 ซึ่งบัญญัติให้พนักงานอัยการมีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีแพ่งแทนรัฐบาลในศาลทั้งปวงขึ้น สนับสนุนข้อเถียงของโจทก์ว่ารัฐบาลเป็นนิติบุคคลนั้น ศาลฎีกาได้พิเคราะห์แล้วข้อความในพระราชบัญญัติพนักงานอัยการนี้ เห็นได้ชัดว่ามีใช้บทบัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคล หากแต่เป็นเรื่องให้อำนาจพนักงานอัยการที่จะดำเนินคดีแทนใครได้บ้างและเมื่อหลักกฎหมายและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบัญญัติไว้แล้วว่าคู่ความต้องเป็นบุคคลคำว่ารัฐบาลใน

<sup>1</sup> บุญเสริม นาคสาร. (2551, มี.ค.). “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย.” หน้า 8. สืบค้นเมื่อ 21 กรกฎาคม 2552, จาก <http://www.pub-law.net>

พระราชบัญญัติพนักงานอัยการนั้น จึงเป็นที่เห็นได้ว่า หมายถึง บุคคลในรัฐบาลนั่นเองจะแปลว่าเป็นบทบัญญัติที่ทำให้รัฐบาลมีฐานะเป็นนิติบุคคลนั้นหาได้ไม่ อนึ่งรัฐบาลอาจมีความหมายถึงลักษณะการปกครองแห่งรัฐอันเป็นนามธรรมหรือหมายถึงรัฐอันเป็นหน่วยแห่งประเทศชาติหรือคณะบุคคลซึ่งมีหน้าที่ดำเนินนโยบายปกครองรัฐฉะนั้นเมื่อมีกฎหมายในส่วนอาญาบัญญัติวางโทษผู้กระทำความผิดต่อรัฐบาลไว้ การกระทำของบุคคลนั้นๆ ก็ย่อมเป็นความผิดอาญาได้ที่โจทก์เสนอว่าที่เป็นความผิดเพราะรัฐบาลเป็นนิติบุคคลนั้นเห็นได้ว่าไม่ถูกต้อง เพราะปัญหาเรื่องจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ อยู่ที่จะเป็นคู่ความได้หรือไม่เท่านั้น แต่สิ่งที่จะต้องถูกกระทำร้ายในทางอาญานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลและทั้งกฎหมายในส่วนอาญาก็ไม่ทำให้เป็นบุคคลขึ้นได้ เช่น มีกฎหมายส่วนอาญาบัญญัติเป็นความผิดในการประทุษร้ายต่อทรัพย์หรือในการทำอันตรายต่อธงของประเทศทรัพย์หรือธงนั้นกลายเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลขึ้นมาหาได้ไม่ ศาลฎีกาจึงเห็นว่าฎีกาโจทก์ในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ชอบแล้ว

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องนี้เทียบเคียงได้กับการประกาศสงครามซึ่งเป็นการกระทำของรัฐบาลอย่างหนึ่ง เมื่อพิจารณาเรื่องการประกาศสงครามของฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดมิได้วินิจฉัยว่า เป็นการกระทำของรัฐบาลโดยตรง แต่ได้อธิบายว่าฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตน รวมทั้งการชดใช้ค่าเสียหายต่างๆ เว้นแต่ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายพิเศษให้ฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบ ส่วนแนวคำพิพากษาของศาลที่ออกมาในแนวที่ว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เป็นการประกาศสงครามนั้นเป็นเพราะศาลเห็นเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ส่วนแนวคิดเกี่ยวกับการประกาศสงครามของอังกฤษถือเป็นการกระทำของรัฐอย่างหนึ่ง เพราะเป็นการกระทำที่เกิดจากการตัดสินใจในอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ (royal prerogative) ที่เกี่ยวกับด้านกิจการระหว่างประเทศ ซึ่งศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ และเอกชนไม่อาจฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยใดๆ จากฝ่ายบริหารได้ สำหรับประเทศไทยไม่ได้รับเอาแนวคิดเรื่องการประกาศสงคราม และแนวคิดเรื่องการกระทำของรัฐบาลอันเป็นหลักกฎหมายมหาชนตามแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสและประเทศอังกฤษ มาใช้ประกอบกับการดำเนินคดีของศาลยุติธรรมในขณะนั้น ได้ใช้หลักกฎหมายแพ่งในการพิจารณาประเด็นที่วินิจฉัยจึงกลายเป็นเรื่องของสภาพบุคคลของรัฐหรือรัฐบาลซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาลผลจึงออกมาว่าศาลไม่รับฟ้อง คำพิพากษาฎีกาที่ 1785/2513 ถ้อยคำในมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรพุทธศักราช 2502 มาตรา 17 วรรคแรก บัญญัติว่าในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลาย ก่อวินหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักรให้นายกรัฐมนตรี โดยมติของคณะรัฐมนตรีมี

อำนาจสั่งการหรือกระทำการใดๆ ได้และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นคำว่ามีอำนาจสั่งการหรือกระทำการใดๆ ย่อมรวมถึงการสั่งจำคุกด้วย เมื่อนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีมีคำสั่งว่า การกระทำของผู้ร้องที่ร่วมกันมีขายปลอมไว้ขาย และปลอมขายของผู้อื่นเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรให้จำคุกผู้ร้องไว้ นั้นผู้ร้องจะเถียงว่าการกระทำของผู้ร้องไม่ถึงกับเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหาได้ไม่ เพราะเป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีสั่งการไปตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย และไม่มีบทกฎหมายใดให้ศาลมีอำนาจหรือพื้นแก่ไขการใช้ดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีในกรณีเช่นนี้ได้ เว้นแต่มตินั้นเป็นการกระทำนอกเหนือความในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร และการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 17 ดังกล่าว เป็นข้อยกเว้นจึงไม่ขัดต่อมาตรา 5 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติใช้บังคับโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารและศาลใช้อำนาจตุลาการ ทั้งนี้ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ และไม่ขัดต่อมาตรา 20 วรคแรกแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรซึ่งบัญญัติว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเพราะไม่ใช่วินิจฉัยที่ในธรรมนูญนี้ไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดอันจะต้องวินิจฉัยกรณีไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

กรณีคำพิพากษานี้ แสดงให้เห็นว่าศาลจำกัดอำนาจตนเองที่จะวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 17 ดังกล่าวชอบหรือไม่ คล้ายคลึงกับทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศมาก อนึ่งพึงสังเกตต่อไปด้วยว่า การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจตามมาตรา 17 นั้นเป็นอำนาจที่กว้างขวางรวมถึงอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการด้วย ซึ่งการใช้อำนาจเช่นนี้ได้โดยที่ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุม และยังไม่มียกข้อที่ให้การใช้อำนาจนี้ถูกตรวจสอบโดยองค์กรอื่นด้วย ย่อมจะนำไปสู่อำนาจเผด็จการเบ็ดเสร็จในท้ายที่สุด อย่างไรก็ตาม ศาลน่าจะควบคุมว่ามีเหตุตามธรรมนูญการปกครองบัญญัติไว้หรือไม่ประการหนึ่ง และมาตรการที่ออกโดยอาศัยบทมาตรานี้ชอบด้วยหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปหรือไม่

คำพิพากษานี้ที่ 103/2521 โจทก์ฟ้องว่า เมื่อวันที่ 12 มกราคม 2519 ม.ร.ว.คึกฤทธิ์ ปราโมทย์จำเลยที่ 1 หัวหน้ารัฐบาลในขณะนั้น ได้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน 2519 การนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ นั้นมิได้กระทำโดยคณะรัฐมนตรีและมิได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรเป็นการลบล้างพระบรมราชโองการเรียกประชุมสมัชชาวิสามัญแห่งรัฐสภา ลงวันที่ 9

มกราคม 2519 จึงไม่มีผลใช้บังคับและเป็น โฆษณาสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยบรรดา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับการเลือกตั้งต้องเป็นโฆษณาดังกล่าว จำนวนที่ 2 และที่ 3 ซึ่งดำรงตำแหน่ง ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ตลอดจนจำนวนที่ 4 ซึ่งได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีรวมทั้งคณะรัฐมนตรีย่อมตกเป็นโฆษณาขอให้ศาล พิพากษาว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้รับการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2519 และคณะรัฐมนตรีที่จัดตั้งขึ้นเป็น โฆษณาให้จำนวนที่ 2 และที่ 3 หยุดดำเนินกิจการโดย การประกาศสลายสภาภายใน 7 วัน นับแต่วันที่มิคำพิพากษาให้คณะรัฐมนตรีหยุดดำเนินกิจการโดย มอบหมายหน้าที่การงานให้รัฐบาลชุดเดิมซึ่งชอบด้วยกฎหมายรับกลับคืนไป และให้จำนวนที่ 1 รับ มอบหมายหน้าที่การงานคนจากจำนวนที่ 4 กับให้จำนวนใช้คำถาษาธรรมเนียมคำทนายความแทน โจทก์

ศาลชั้นต้นพิจารณาคำฟ้องแล้วเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรและให้ มีการเลือกตั้งใหม่ได้ตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 122 คติของโจทก์ไม่มีมูลจะฟ้องร้อง จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของโจทก์ โจทก์อุทธรณ์ศาลอุทธรณ์ พิพากษายืน โจทก์ฎีกา

ศาลฎีกาเห็นว่า เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้เข้ายึด อำนาจการปกครองประเทศและได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 สิ้นสุดลงให้รัฐสภาและ คณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญและบัดนี้ คณะปฏิวัติได้ยึดอำนาจการปกครอง ประเทศ ตั้งแต่เวลา 18.00 น. ของวันที่ 20 ตุลาคม 2520 เป็นต้นไปแล้วและได้มีประกาศของคณะ ปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ซึ่งประกาศ ณ วันที่ 20 ตุลาคม 2520 ข้อ 1 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง ข้อ 2 ให้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลง พร้อมกับรัฐธรรมนูญและต่อมาเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 ได้มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้ใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดว่าด้วยการ ปกครองประเทศแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงไม่มีประโยชน์ที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไป เพราะ ฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับคดีให้เป็นไปได้ จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจาก สารบบ ความ คำถาษาธรรมเนียมชั้นฎีกาให้เป็นพับ<sup>2</sup>

เรื่องนี้เป็นกรกระทำของรัฐบาลโดยแท้ เพราะหลักการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรอง ไว้ อันเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลแห่งอำนาจ (check and balance) ของระบบรัฐสภา ซึ่งไทยรับแนวคิดความคิดนี้มาจากอังกฤษ ในอังกฤษนั้นการยุบสภาถือเป็นพระราชอำนาจของ

<sup>2</sup> แหล่งเดิม. หน้า 11.

พระมหากษัตริย์ (royal prerogative) และเป็นไปตามหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลทั้งในฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกา เพราะเป็นการดำเนินการที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และโดยที่เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารโดยพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร จึงเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลฎีกาวินิจฉัยคดีนี้โดยถือเอาความมีอยู่ของรัฐธรรมนูญในขณะทีวินิจฉัยคดีนั้นเป็นหลัก มิได้พิจารณาถึงเนื้อหาหรือสาระตั้งแต่แห่งอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ เพราะความเป็นจริงคือ หากไม่มีฐานอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญรับรองหรือให้ไว้ นายกรัฐมนตรีจะนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงยุบสภาไม่ได้ กรณีนี้คำพิพากษาของศาลชั้นต้นจึงจะชอบด้วยเหตุผล กล่าวได้ว่า แนวคำพิพากษาของศาลไทยในอดีตนั้น ยังไม่มีคำพิพากษาของศาลใดที่ปฏิเสธการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล ตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลสำหรับแนวคำพิพากษาของศาลไทยนับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้บังคับแล้วนั้น ศาลได้ใช้ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีตัวอย่างเช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546 เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219 กรณีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักในคดีนี้ที่สำคัญสองประการ คือ ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับรัฐสภา โดยไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 218 วรรคสอง ที่ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ด้วย กรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว ตามคำวินิจฉัยที่ 1/2541 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 2541 ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 219 วรรคหนึ่ง ได้ให้สิทธิสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า พระราชกำหนดไม่เป็นไปตาม มาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น และประการที่สองศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การตรวจสอบพระราชกำหนดที่เกี่ยวกับการดำเนินการในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น กรณีนโยบายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ การตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจโดยการตราพระราชกำหนดจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการประเภทต่างๆ รวมทั้งกิจการโทรคมนาคมจะมีความเหมาะสมหรือไม่ เป็นเรื่องการดำเนินการทางนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคสาม และมาตรา 182 ที่บัญญัติว่าสภาผู้แทนราษฎรและ

วุฒิสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีวิธีการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีไว้หลายประการ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกำหนดและให้รัฐสภาทำหน้าที่ตรวจสอบตามวิธีการดังกล่าวข้างต้น ย่อมเป็นไปตามหลักการคานและถ่วงดุลอำนาจระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา และเป็นไปตามหลักการแบ่งการใช้อำนาจธิปไตยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 บัญญัติไว้ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ มิได้เป็นการยืนยันความถูกต้องเหมาะสมในการดำเนินการทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี โดยการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับแต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขคำที่ พ.5/2549 คดีหมายเลขแดง ที่ พ.3/2549 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี (นายกรัฐมนตรี ที่ 1 สำนักนายกรัฐมนตรี ที่ 2 ประธานกรรมการการเลือกตั้งที่ 3 คณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 4) โดยผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกเป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้ชุมนุมเรียกร้องเพื่อตรวจสอบคุณธรรม จริยธรรม และความประพฤติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง อันเนื่องมาจากการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอ้างเหตุผลในการตราว่าเกิดจากการชุมนุมสาธารณะตั้งข้อเรียกร้องในทางการเมือง ต่อมาการชุมนุมได้ขยายตัวไปในวงกว้างและรุนแรงขึ้น รวมทั้งมีการสื่อเค้าว่าจะมีการเผชิญหน้าจนอาจจะมีการปะทะกับฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยและอาจมีการสอดแทรกกลวยโอกาสจากผู้ที่ไม่ประสงค์ดีจนทำให้ลูกหลานถึงขั้นก่อการจลาจล จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้น เหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อข้อเท็จจริงตามสภาพการณ์ทางสังคม บิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากการชุมนุมโดยสงบและเปิดเผยปราศจากอาวุธของประชาชนเป็นสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปและของผู้ฟ้องคดีทั้งหกที่จะสามารถกระทำได้ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ นอกจากนี้มาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 และข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามข้อ 3 ของแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 เรื่องการยุบสภาผู้แทนราษฎร และการกำหนดวันเลือกตั้ง ระบุว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการการเลือกตั้งแล้ว จึงได้กำหนดให้วันอาทิตย์ที่ 2 เมษายน 2549 เป็นวันเลือกตั้งทั่วไป จากข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการการเลือกตั้งเพียงลำพังเท่านั้น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการ

การเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 อีกทั้งการกำหนดให้มีการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นเวลาเพียง 37 วัน นับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทำให้พรรครัฐบาลได้เปรียบในการเลือกตั้ง จึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนเองมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไปสำหรับแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 มีเนื้อหาที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงในลักษณะเดียวกันกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงเป็นแถลงการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถพึงพาวงศ์กรต่างๆ ในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายได้ จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองหมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้ สำหรับแถลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 เรื่องผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า มีหนังสือร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาว่า การจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งมีปัญหา ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยมีการดำเนินการอันเป็นเหตุแห่งคำร้องรวม 4 ข้อ ดังนี้

ข้อ 1 คณะกรรมการการเลือกตั้งให้ความเห็นในเรื่องการกำหนดระยะเวลาสำหรับการเตรียมการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันนำไปสู่การประกาศกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร โดยไม่เหมาะสมและไม่เที่ยงธรรมขัดกับหลักการเรื่องความเป็นกลางในทางการเมืองของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 136 และขัดกับหลักการเรื่องการควบคุมและดำเนินการจัดให้มีการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 144

ข้อ 2 การจัดหาเลือกตั้งที่ให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งหันหน้าเข้าคูหาลงคะแนนและหันหลังให้คณะกรรมการประจำหน่วยเลือกตั้งและประชาชนผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งกับบุคคลภายนอกที่มาสังเกตการณ์การเลือกตั้งหน้าหน่วยเป็นการละเมิดหลักการเรื่องการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ซึ่งจะต้องดำเนินการโดยใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนน โดยตรงและลับ ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 104 วรรคสาม

ข้อ 3 พรรคการเมืองขนาดใหญ่ที่ส่งผู้สมัครในทุกเขตทั่วประเทศอาจให้ผู้สมัครจากพรรคการเมืองขนาดเล็กหลายพรรคส่งผู้สมัครเข้าแข่งขันในการเลือกตั้งตามที่พรรคการเมืองขนาดใหญ่กำหนดเป็นการละเมิดหลักการของรัฐธรรมนูญที่กำหนดว่าพรรคการเมืองจะส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งได้เพียงคนเดียวในเขตเลือกตั้งหนึ่งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 108 และเป็นการกระทำผิดตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541

ข้อ 4 คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีมติสั่งการ ออกประกาศ และออกคำสั่งในเรื่องต่างๆเกี่ยวกับการเลือกตั้ง การสืบสวนสอบสวน เพื่อวินิจฉัยข้อปัญหาโต้แย้งเกี่ยวกับการเลือกตั้ง โดยไม่มีการประชุมปรึกษาหารือกัน โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งครบถ้วนตามจำนวนที่มีอยู่ และการพิจารณาประกาศรับรองผลการเลือกตั้งมิได้ดำเนินการโดยมติเอกฉันท์ ตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 มาตรา 10 ประกอบกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 (6) และขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรกลุ่มตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 136

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ.2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้



มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ทำให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สองซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น แม้เป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการการเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งและเนื่องจากการจัดการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชนเข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา ดังนั้นหากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ รวมทั้งกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่ยุติซึ่งมีความหมายเพียงเป็นการยุติโดยองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่าเป็นที่ยุติโดยไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจตุลาการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบันมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดวันเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาฯ เฉพาะมาตรา 4 ตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 1 และในการจัดการการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 ตลอดจนการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องและการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับมติในการจัดคูหาเลือกตั้งตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 2 ไม่เป็นการลงคะแนนโดยลับเป็นการเลือกตั้งที่ทำให้เกิดผลของการเลือกตั้งที่ไม่เที่ยงธรรมไม่เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 104 วรรคสาม และมาตรา 144 มาตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการจัดการเลือกตั้งและเมื่อวินิจฉัยว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ย่อมส่งผลให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรับรองผลดังกล่าวทั้งหมดต้องเสียไปด้วย มีผลเป็นการเพิกถอนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามประกาศผลการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งและเมื่อกำหนดระยะเวลาที่จะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ได้ล่วงพ้นหกสิบวันตาม

รัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ไปแล้วและเพื่อให้การเลือกตั้งที่จะมีขึ้นต่อไปมีความเที่ยงธรรม และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจึงให้องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการ กำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องมาจากการยุบสภาผู้แทนราษฎร ดำเนินการให้มีพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการ เลือกตั้งทั่วไปโดยกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบ วันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ต่อไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา) ผู้ฟ้องคดีที่ 1 - 4 เป็นองค์กรพัฒนาเอกชนได้รวมตัวกับประชาชนหลากหลายอาชีพก่อตั้งองค์กรภาคประชาชนโดยใช้ชื่อว่า กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบนโยบายและ กระบวนการเจรจาตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้ากล่าวคือผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ได้มีมติเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2549 ให้ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 1 (กระทรวงการ ต่างประเทศ) ดำเนินการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ซึ่งมีได้ เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของ ประชาชน พ.ศ. 2548 ทำให้ข้อเท็จจริงที่ได้จากการทำประชาพิจารณ์เป็นข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์ ต่อมา คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติ แห่งชาติเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2550 เพื่อเปิดให้มีการอภิปรายโดยไม่ลงมติ ตามมาตรา 12 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 แต่เป็นการอภิปรายที่มีข้อมูล ไม่เพียงพอ และจัดส่งข้อมูลให้สมาชิกรัฐสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อทำความเข้าใจล่วงหน้าก่อนการ อภิปรายเพียง 2 วันเท่านั้น ทำให้สมาชิกรัฐสภานิติบัญญัติแห่งชาติบางคนรวมทั้งองค์กรต่างๆ ทำ หนังสือเสนอสภาพปัญหาให้กับขอให้แก้ไขการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพร้อมทั้งเปิดโอกาส ให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมอย่างแท้จริง และการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย ญี่ปุ่น ในวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 อันเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะคณะรัฐมนตรีต้อง ดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นให้เสร็จสิ้นเสียก่อน และเนื่องจากการลงนามดังกล่าวจะมีผลผูกพัน ระยะยาวต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม ความมั่นคง ทางภูมิปัญญาไทย เศรษฐกิจ สังคม อธิปไตยของชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ไม่อาจ ใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและเปิดโอกาสให้มีการ

ตรวจสอบจากทุกฝ่าย ซึ่งการลงนามในความตกลงดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน หากใช่เป็นเรื่องนโยบายของรัฐบาลไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้(1)ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะและจัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่ (2)ให้มติคณะรัฐมนตรีที่ให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่นเข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้วเป็นโมฆะ (3)ให้มติดคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและบุคคลที่เกี่ยวข้องไปลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น เป็นโมฆะ และมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ระงับการลงนามดังกล่าว และ (4)ให้คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ)และผู้ถูกฟ้องที่ 3 (รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น

ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) พิจารณาแล้วเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนคำขอในข้อที่ (4) ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 ผู้ถูกฟ้องที่ 3 และบุคคลอื่นนั้น คำขอดังกล่าวมิใช่คำขอที่ศาลจะออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าจึงยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าว<sup>3</sup>

ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารของรัฐที่คณะรัฐมนตรีใช้กระทำการต่าง ๆ นั้น อาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็น

<sup>3</sup> แหล่งเดิม. หน้า 17.

เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการดังกล่าว หรือกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

การกระทำของรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551 (กรณีศาลปกครองกลางรับฟ้องคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา) เมื่อศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยสั่งห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบ(ร่าง)แถลงการณ์ร่วม

รัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ประเด็นหลักในแถลงการณ์ดังกล่าว คือ ประเด็นที่ว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจเหนือคดีนี้เนื่องจากการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้เป็น การกระทำของรัฐบาลซึ่งไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางกฎหมายโดยศาลปกครองนอกจากนี้ ในแถลงการณ์ดังกล่าวยังได้อ้างอิงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (คดีความตกลงหุ้นส่วน เศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น JTEPA) ไว้ด้วย คดีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งว่าโดยที่ในการมีมติ เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมถึงตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องดำเนินการลง นามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นนั้น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของ รัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่ใช่ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครอง บรรลุผล กรณีจึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ที่ศาลปกครอง ชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด คำสั่งที่ 547/2551 ลงวันที่ 8 เดือน กันยายน พุทธศักราช 2551 เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วย กฎหมาย(คำร้องอุทธรณ์คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อน การพิพากษา) ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ของศาล ปกครองชั้นต้น(ศาลปกครองกลาง)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนไทยและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ของชาติมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติตามมาตรา 3 ประกอบมาตรา 71 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ผู้ฟ้องคดีที่ 4 มีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดศรีสะเกษ ไกล่ชายแดนประเทศกัมพูชา อันเป็นที่ตั้งปราสาทพระวิหารและมีความผูกพันยึดมั่นในปราสาท พระวิหารซึ่งเป็นมรดกทางอารยธรรมล้ำค่า ผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นสมาชิกวุฒิสภาและเป็นผู้แทนปวงชน ชาวไทย ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการที่ผู้ถูก ฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาล กัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้ายโดย มอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ต่อมาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเพื่อให้ประเทศกัมพูชาเสนอต่อ องค์การยูเนสโกในวันที่ 5 กรกฎาคม 2551 ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้

ข้อหนึ่ง ราชอาณาจักรไทยสนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก ซึ่งเสนอโดยรัฐบาลกัมพูชาตามที่จะได้มีขึ้นในการประชุมสมัยที่ 32 ของคณะกรรมการมรดกโลก (ที่นครควิเบก ประเทศแคนาดา ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 2008) เขตรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ ณ บริเวณ N.1 ในแผนที่ที่แนบท้ายที่จัดทำขึ้น โดยรัฐบาลกัมพูชา แผนที่ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้านทิศตะวันออกและด้านทิศใต้ของปราสาทตามที่ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N.2 ด้วย

ข้อสอง ในบรรยากาศแห่งความปรารถนาดีและประณีประนอมต่อกันราชอาณาจักรกัมพูชาขอรับให้ปราสาทพระวิหารถูกเสนอเพื่อขึ้นทะเบียนในบัญชีมรดกโลกโดยขั้นตอนนี้ยังไม่ให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ตามพื้นที่ด้านทิศเหนือและทิศตะวันตกของปราสาท

ข้อสาม แผนที่แนบท้ายตามที่ระบุไว้ย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้ใช้แทนแผนที่เดิมที่เกี่ยวข้องและรวมถึง “Schema Directeur pour la Zonage de Preah Vihear” และรวมถึงผังหรือแผนแบบอ้างอิงทั้งเก้าที่ระบุถึงเขตพื้นที่สำคัญ (Core Zone) และเขตอื่นๆ (zonage) เขตพื้นที่อื่นของปราสาทพระวิหารที่ปรากฏในคำร้องขอขึ้นทะเบียนของประเทศกัมพูชา

ข้อสี่ ในระหว่างรอผลปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) เพื่อกำหนดอาณาเขตเกี่ยวกับพื้นที่รอบปราสาทด้านทิศเหนือและทิศตะวันตกรอบปราสาทพระวิหารซึ่งระบุโดยเครื่องหมาย N.3 ไว้ในแผนที่ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้มีการจัดเตรียมแผนการจัดการพื้นที่ดังกล่าวโดยวิธีการประสานกันระหว่างรัฐบาลกัมพูชาและรัฐบาลไทยอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ด้านการอนุรักษ์ เพื่อที่จะธำรงไว้ซึ่งคุณค่าที่โดดเด่นเป็นสากลของทรัพย์สินนี้ แผนการจัดการดังกล่าวจะถูกรวมเข้าไว้ในแผนจัดการสุดท้ายสำหรับปราสาทและพื้นที่รอบๆ ปราสาทนั้นซึ่งจะต้องนำเสนอต่อศูนย์กลางมรดกโลกก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2010 เพื่อนำเข้าพิจารณาของคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี ค.ศ. 2010

ข้อห้า การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลกจะเป็นไปโดยไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทยในการกำหนดสันเขตแดนของคณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศ

ข้อหก ราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ขอแสดงความขอบคุณอย่างลึกซึ้งต่อผู้อำนวยการความสะดวกแก่กระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก

ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่ของอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไป

ตามหนังสือสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง การดำเนินการดังกล่าวจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งแถลงการณ์ร่วมมีผลดังนี้

1) แถลงการณ์ร่วมข้อหนึ่งมีผลทำให้ประเทศไทยสละสิทธิในข้อสงวนที่ประเทศไทยจะเรียกร้องเอาปราสาทพระวิหารกลับคืนมาในอนาคต เนื่องจากศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิพากษาเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1962(พ.ศ.2505)ให้ประเทศกัมพูชามีอธิปไตยเหนือซากของปราสาทพระวิหาร แต่ประเทศไทยได้สงวนสิทธิที่มีหรืออาจมีในอนาคต เพื่อเรียกร้องเอาปราสาทพระวิหารกลับคืนมาโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ตัดสินให้ปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชา ซึ่งได้ยื่นหนังสือแถลงการณ์ต่อนายอู๋ถัน เลขาธิการสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ.1962 (พ.ศ.2505) และมีผลเป็นการยอมรับว่าปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวรตลอดไป นอกจากนี้ยังมีผลเป็นการยอมรับพื้นที่กันชนของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวรตลอดไป นอกจากนี้ยังมีผลเป็นการยอมรับพื้นที่กันชน(buffer zone)ทางทิศตะวันออกและทิศใต้ของตัวปราสาทพระวิหารเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชา ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวอยู่นอกเหนือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

2) หากพิจารณาข้อความในแถลงการณ์ร่วมข้อสองโดยรอบคอบ ประเทศกัมพูชาไม่ได้สละสิทธิของความเป็นอำนาจอธิปไตยในพื้นที่กันชน(buffer zone) ทางด้านทิศเหนือและด้านทิศตะวันออกของตัวปราสาทพระวิหาร เพราะเป็นเพียงข้อตกลงเพื่อเสนอปราสาทพระวิหารขึ้นทะเบียนในบัญชีมรดกโลกเท่านั้น

3) แถลงการณ์ร่วมข้อสามมีผลเป็นการเพิ่มน้ำหนักในการยอมรับอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชา การแสดงเจตนาสละสิทธิในบรรดาข้อโต้แย้งต่างๆของประเทศไทยและประเทศไทยก็ต้องยึดถือแผนที่ระบุในย่อหน้าที่ 1 แทน ตามแถลงการณ์ร่วมอย่างมีอรรถาธิบายได้

4) แถลงการณ์ร่วมข้อสี่มีผลให้ประเทศไทยยอมรับอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชาในพื้นที่ N.3 ซึ่งเป็นการยอมรับการขยายอาณาเขตของประเทศกัมพูชานอเหนือไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมีผลทำให้เป็นการยุติการปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ตามพื้นที่ N.3 ไปโดยปริยายและเมื่อประเทศกัมพูชาได้ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารและพื้นที่รอบตัวปราสาทเป็นมรดกโลกแต่ฝ่ายเดียวแล้ว การบริหารจัดการพื้นที่มรดกโลกย่อมเป็นสิทธิของประเทศกัมพูชาแต่ฝ่ายเดียว

5) หากพิจารณาแถลงการณ์ร่วมข้อห้าโดยรอบคอบแล้ว ข้อตกลงในแถลงการณ์ร่วมจะเป็นข้อตกลงที่คณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศต้องปฏิบัติตาม

6) แลงการณั่วมร่วม ข้อหการแสดงควมชอบคุณเป็นมารยาทอันสำคัญที่ต้องแสดงให้ปรากฏอย่างชัดเจน แต่ขณะเดียวกันการระบุชื่อนายโคอิชิโร มัตซึอิระ ผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโก เป็นการแสดงให้ปรากฏต่อคณะกรรมการมรดกโลกและประชาชนโลกด้วยว่ากระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร ในบัญชีมรดกโลกตามความตกลงของแลงการณั่วมร่วมได้กระทำด้วยน้ำในแห่งมิตรภาพและความร่วมมือต่อกันที่ต่างจะถือข้อกำหนดตามแลงการณั่วมร่วมเป็นข้อมูลผูกพันของทั้งสองประเทศอย่างมั่นคงต่อหน้าพยาน

การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าว เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 เป็นการกระทำในลักษณะปกปิดบิดเบือนข้อมูล ข้อเท็จจริง ความหมายแห่งถ้อยคำในสาระสำคัญของแลงการณั่วมร่วมไม่แสดงสถานะของแลงการณั่วมร่วมที่แท้จริงอันจะมีผลต่อกระบวนการขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ทั้งไม่แสดงผลความผูกพัน ความเสียหาย อันจะเกิดแก่ประเทศไทยอย่างชัดเจน โดยมุ่งหวังให้สมเจตนาแห่งตนโดยไม่คำนึงถึงความเสียด้านอาณาเขตดินแดนและอำนาจอธิปไตยของประเทศ โดยเจตนาไม่สุจริตจึงถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญสร้างภาระให้เกิดแก่ประเทศชาติแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและปวงชนชาวไทยทุกคน ดังนั้นมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบร่างแลงการณั่วมร่วม โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายพนพล ปัทมะ) เป็นผู้ลงนามจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายพนพล ปัทมะ) ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยความเห็นชอบตามมติคณะรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีผลให้การลงนามในแลงการณั่วมร่วมไม่ชอบด้วยกฎหมาย กระทำการของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่เจตนาใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 กระทำการทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ยึดถือปฏิบัติตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลเสียด้านอาณาเขตดินแดนของประเทศไทย กระทบกระเทือนต่อพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ และกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและปวงชนชาวไทยทุกคน การฟ้องคดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีเจตนาที่จะปกป้องอาณาเขตดินแดน อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ปกป้องพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ เป็นไปเพื่อประโยชน์ของปวงชนชาวไทยทุกคน อีกทั้งเป็นคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นสามารถออกคำสั่งบังคับได้ตามกฎหมาย จึงฟ้องศาลให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้ (1) เพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายพนพล ปัทมะ) ที่เสนอร่างแลงการณั่วมร่วมดังกล่าวต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อพิจารณาและมิมติเห็นชอบ (2) เพิกถอนมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่มีมติเห็นชอบร่างแลงการณั่วมร่วมดังกล่าวโดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1



(นายนพดล ปัทมะ) เป็นผู้ลงนาม (3) เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 (4) มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) ยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ลงวันที่ 24 มิถุนายน 2551 สรุปได้ว่าการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชนอาจสูญเสียดินแดนประเทศไทยโดยไม่อาจแก้ไขกลับคืนสู่สภาพเดิม ดังนั้นผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจึงขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ก่อน จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้ (1) ให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งระงับการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งการเสนอเรื่องต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และการลงนามในแถลงการณ์ร่วมเป็นอันสิ้นสุดเป็นการชั่วคราว (2) ให้ศาลมีคำสั่งระงับผลมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 วันที่ 17 มิถุนายน 2551 กรณีเห็นชอบแถลงการณ์ร่วม และมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเป็นอันสิ้นสุดเป็นการชั่วคราว (3) ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการใดๆ อันเป็นการแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโกไว้เป็นการชั่วคราว

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีประเด็นต้องพิจารณาว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ พิเคราะห์แล้วเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมไทยกับกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาพร้อมแนบแผนที่แนบท้าย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเห็นชอบกับแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมรวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วยการกระทำของรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็น

การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย ซึ่งการจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนโดยรวมและก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครอง และรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน รวมถึงแหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติให้มีอยู่สืบไปหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศชาติอย่างกว้างขวาง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับมิได้มีการจัดให้ข้อมูลแก่ประชาชนเพื่อสามารถเข้าถึงรายละเอียดของแถลงการณ์ร่วม และหากมีการปฏิบัติตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือไม่ อย่างไรก็ตามทั้งมิได้มีการเสนอเพื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะลงนามในแถลงการณ์ร่วม การกระทำของผู้ถูกฟ้องทั้งสองเป็นการดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส ก่อให้เกิดความสงสัยเคลือบแคลงใจแก่ประชาชนจำนวนมาก ทั้งที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ จึงมีผลกระทบก่อให้เกิดความขัดแย้งของคนในสังคมและระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดแถลงการณ์ร่วม โดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทำให้การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในทางปกครองด้วย ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออก กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้ การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นการกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้<sup>4</sup>

ดังนั้นเกี่ยวกับเรื่องของการกระทำของรัฐบาลตามแนวทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล และแนวคำวินิจฉัยของศาลไทย ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจของรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นข้าราชการทางปกครองเป็นการกระทำอื่นใดในการใช้อำนาจทางปกครองในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่ต้องพิจารณาว่าได้กระทำการ

<sup>4</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (อ้างถึงใน เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2551 : 121-144)

อื่นใดตามกฎหมายใด ฉบับใด เพราะเป็นเจตนาภายในที่ไม่สามารถรู้ได้ว่าขณะกระทำการได้ใช้อำนาจตามกฎหมายใด อีกทั้งเมื่อพิจารณาหลักเจตนารมณ์ของกฎหมาย การวางระเบียบบริหารราชการที่ดี โดยหลักในการปฏิบัติจะต้องมีการให้เหตุผลประกอบการพิจารณาตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย การดำรงอยู่ของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนส่วนรวม การรักษาผลประโยชน์ของชาติสิ่งแวดล้อมความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคมและอำนาจอธิปไตยของชาติเป็นสำคัญ ซึ่งเห็นได้ว่าการนำหลักกฎหมายมาปรับกับเหตุผลและข้อเท็จจริงในคดีมีการให้เหตุผลที่สอดคล้องในการรักษาผลประโยชน์สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยกว้าง และผลประโยชน์ของชาติเป็นสำคัญ เป็นแนวคตินึงที่อยู่ในร่องรอยในความคิดที่ถูกต้อง ดังนั้นจึงเห็นว่า เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการปฏิบัติหน้าที่ราชการในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเห็นว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา อีกทั้งคำสั่งดังกล่าวมิได้ผ่านการพิจารณาตรวจสอบของรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 190 ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนจึงทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่แรก ผิดระเบียบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เพราะฉะนั้นศาลปกครองจึงมีอำนาจในการที่จะพิจารณาคดีได้ ซึ่งเป็นกรณีที่เป็นกรกระทำทางปกครองที่อยู่ในการกระทำของรัฐบาลซึ่งเป็นข้อยกเว้นข้อยกเว้นที่ให้อำนาจศาลปกครองเข้าตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ และเพื่อให้หลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นกลไกที่สมบูรณ์ในการพัฒนาระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยให้ดียิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการนำหลักการในเรื่ององค์กรศาลเป็นองค์กรที่เป็นกลางน่าเชื่อถือ บริสุทธิ์ ยุติธรรม มีอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารในเรื่องการกระทำทางปกครองที่ผิดหลักความด้วยกฎหมายในความถูกต้องและเป็นข้อยกเว้นที่ไม่ให้อำนาจการควบคุมตรวจสอบทางศาลได้นับเป็นช่องว่างทางกฎหมาย ทั้งควรมีหลักกฎหมายที่ชัดเจนและสนับสนุนในการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่ขัดแย้งเจตนารมณ์ของกฎหมาย ขัดต่อความชอบธรรม ซึ่งศาลสามารถสร้างและวางหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการพิจารณาข้อพิพาทตามแนววิถีทางที่ถูกต้องและชอบธรรมได้จึงเป็นกฎหมายที่ถูกต้อง

#### 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความเห็นของนักวิชาการ(นักกฎหมายมหาชน)ในการอธิบายเรื่องการกระทำของรัฐบาล

แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลตามแนวคิดของนักวิชาการที่เป็นนักกฎหมายมหาชน มีการสรุปแนวความคิดทางวิชาการในเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้ดังนี้

1) ศัพท์ทางเทคนิคของกฎหมายมหาชนคือ คำว่า “ acte de gouvernement” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยไม่ตรงกัน กล่าวคือ คณาจารย์ 5 ท่านจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อาจารย์ ดร.

ฐานันท์ นิพนฐกุล, อาจารย์ธีระ สุธีวรารุณ และอาจารย์ปิยนุตร แสงกนกกุล) และศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ แปลคำนี้ว่าการกระทำทางรัฐบาล แต่ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ แปลว่าการกระทำของรัฐบาล ส่วนศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ให้ความหมายของการกระทำของรัฐบาล ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ กล่าวว่าคำว่า acte de gouvernement ควรแปลว่าการกระทำทางรัฐบาลและถ้าหากจะแปลว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล คำในภาษาฝรั่งเศส ควรใช้คำว่า acte du gouvernement และท่านเห็นว่าคำว่า การกระทำของฝ่ายปกครอง จะต้องแปลว่า acte de l'administration ซึ่งแตกต่างจากท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ที่ให้ความหมายของการกระทำของรัฐบาลที่อธิบายถึงความแตกต่างทางด้านคำที่มีความแตกต่างของความหมายในการแปลที่มีความหมายต่างกันคือ คำว่า acte de gouvernement กับคำว่า acte du มาจาก gouvernement ทั้งสองคำจะมีคำแปลเหมือนกัน คือ ต้องแปลว่าการกระทำของรัฐบาลไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล แต่ความแตกต่างระหว่างสองคำนี้มีเพียงว่า ความหมายของคำว่ารัฐบาล ตามคำแรก จะมีความหมายกว้างกว่าคำว่ารัฐบาล ในคำที่สอง

2) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ กล่าวว่า เรื่องปราสาทพระวิหารได้กลายมาเป็นเรื่องใหญ่ของการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลที่ส่งผลหลายประการตามมาเริ่มจากการที่มีบุคคลกลุ่มหนึ่งไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทย และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทยยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก ต่อมาพรรคประชาธิปัตย์ก็ได้ยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2550 หรือไม่ เช่นเดียวกับสมาชิกวุฒิสภา กลุ่มหนึ่งก็ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นในประเด็นมาตรา 190 เช่นกัน

ในการฟ้องศาลปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาซึ่งต่อมาศาลปกครองกลางก็ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆ ในเรื่องที่ถูกฟ้องคดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งหมายความว่ามติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วม และแถลงการณ์ร่วมที่ลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจึงยังใช้บังคับไม่ได้ จนกว่าศาลปกครองจะมีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว

ในฐานะนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนคนหนึ่งคงจะหลีกเลี่ยงที่จะไม่กล่าวถึงคำสั่งดังกล่าวได้เพราะคำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดประเด็นทางวิชาการที่ดีที่ควรจะได้ทำการศึกษาค้นคว้ากันอย่างละเอียดต่อไปในอนาคต โดยท่านอาจารย์ได้แสดงความคิดเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีที่นำมาฟ้องศาลปกครองเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบโดยท่านอาจารย์ได้กล่าวถึงอำนาจของคณะรัฐมนตรีมีสองสถานะคือสถานะที่เป็นฝ่ายบริหาร และสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มคือทำงานร่วมกันในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรีในขณะที่ในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคลคือต่างคนต่างก็มีกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบและทำงานดังกล่าวไปตามอำนาจหน้าที่ของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย การทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในดำเนินการต่อไป โดยมีมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลักๆ คือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่งคือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน จะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษเช่น ศาลรัฐธรรมนูญ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ข้อบังคับหรือกฎหมายแต่อย่างใดและมีมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์ สรุปก็คือมติคณะรัฐมนตรีทั้งสองประเภทมีสถานะที่แตกต่างกัน มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำนั้น โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น การกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลัง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินโดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา หรือองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ

ในทางทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภท คือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา กับ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศฝรั่งเศส โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึง การกระทำต่างๆของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่นในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่า การปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดที่กล่าวมา ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่า ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่าในฝรั่งเศส ศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่า ตนเองมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัยการกระทำทางปกครอง ส่วนการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของรัฐสภา

กรณีในประเทศไทยเมื่อพิจารณาคูกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคณะรัฐมนตรี หลายฉบับก็ไม่พบว่า มีกฎหมายแยกการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (2) ถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีก็ไม่มีแยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา ด้วยเหตุนี้เองที่มีการนำมติคณะรัฐมนตรีหลายประเภทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองในเวลาต่อมา

แนวความคิดเรื่องการทำทางรัฐบาล ยังเป็นสิ่งที่พูดถึงและศึกษากันน้อยมากเท่าที่ทราบเคยมีการให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้บ้าง เช่นศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่าในระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ ไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว

ต่อมาเมื่อไม่นานมานี้ก็มีการกล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549ว่าการยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้

อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร (การยุบสภา) จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

ซึ่งคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น นับเป็นเอกสารทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งที่ได้อธิบายถึงหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลไว้เป็นอย่างดี ซึ่งท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นของรองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ นักกฎหมายมหาชนแถวหน้าของประเทศไทย อดีตอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งปัจจุบันเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในเรื่องดังกล่าวด้วย คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ได้วินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง โดยในคำสั่งดังกล่าวได้อธิบายถึงการกระทำทางปกครองและการกระทำทางรัฐบาลไว้อย่างละเอียด ซึ่งสรุปความได้ว่าในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่า คณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตามคณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่คณะรัฐมนตรีกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในตอนท้ายได้ย้อนกลับมาพิจารณาถึงคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 (คดีปราสาทพระวิหาร)ว่าในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกต่อคณะรัฐมนตรี และการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯและเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ดังที่ปรากฏในตอนหนึ่งของคำสั่งดังกล่าว ที่สรุปความ

ได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการ ในกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมาย ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและ คณะรัฐมนตรีจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง ดังนั้น เรื่องดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา ซึ่งนอกจากศาล ปกครองกลางจะรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาแล้ว (ศาลปกครองกลาง) ยังมีคำสั่งกำหนดมาตรการ หรือวิธีการคุ้มครองเพื่อการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในคราวเดียวกันด้วย

สรุปท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้กล่าวว่า แนวคิดเกี่ยวกับ การกระทำทางรัฐบาลว่าเมื่อพิจารณาจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณีความตกลง หุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย - ญี่ปุ่น) นั้นศาลปกครอง(สูงสุด)มองการกระทำเป็นหลักโดยมองว่ามติ คณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ใน เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551(กรณี ปราสาทพระวิหาร)นั้น ศาลปกครองกลางมององค์กรเป็นหลัก โดยมองว่าการกระทำของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ของศาลปกครอง

คำสั่งของศาลปกครองทั้ง 2 คำสั่ง คือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับ คำสั่ง ศาลปกครองกลางที่ 984/2551 มีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัดในแง่ของแนวความคิดทฤษฎีและ เหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งก็ส่งผลทำให้คำสั่งทั้ง 2 ออกมาในลักษณะที่ไม่ สอดคล้องกัน และท่านอาจารย์เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลตามที่ปรากฏอยู่ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะการกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้นมีทั้งการกระทำทาง ปกครองอันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติกับการกระทำทางรัฐบาลอันเป็น การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยท่านเห็นว่าหากเราไม่แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการ กระทำทางปกครองและมองว่าคณะรัฐมนตรีไม่ว่าจะใช้อำนาจจากแหล่งใดก็ตามถือว่าเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐและอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองแล้ว ในวัน ข้างหน้า หากมีผู้นำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเข้าสู่การพิจารณา ของศาลปกครองตลอดเวลา รัฐบาลก็คงไม่สามารถทำงานอะไรได้อย่างราบรื่น ซึ่งก็จะส่งผลตามมา อีกมากมายหลายประการ จนทำให้ในที่สุดระบบการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุดและในวันนั้น คณะรัฐมนตรีจะบริหารประเทศต่อไปได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย



สำคัญของประเทศหรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหากศาลปกครองมีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้<sup>5</sup>

3) แกลงการณั้ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ความเห็นของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน 5 ท่าน (รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช , อาจารย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล, อาจารย์ธีระ สุธีวรานุกร และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล)

แยกสาระออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนแรกมี 6 หัวข้อ เป็นสาระเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วย การกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) และส่วนที่สองมี 10 หัวข้อ เป็นความเห็นของคณาจารย์ 5 ท่าน เกี่ยวกับคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/ 2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้ ส่วนแรก ( 6 หัวข้อ) ว่าด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (act of State อังกฤษ Acte de gouvernement ฝรั่งเศส , Regierungsakt เยอรมัน)

(1) ท่านได้แสดงถึงแนวความคิดและความเห็นในทางทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลของท่านคณาจารย์ในเรื่องหลักนิติรัฐเรียกร้องให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยกฎหมายโดยมีองค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ตามมีการกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมืองหรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นต้น วิชานิติศาสตร์เรียกการกระทำลักษณะนี้ว่าการกระทำทางรัฐบาล (Act of State, Acte de gouvernement, Regierungsakt) ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมายก็จะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่องๆ ในรัฐธรรมนูญและมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดกรณีใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันทางการเมืองเท่านั้น

(2) ท่านคณาจารย์ได้กล่าวถึงเหตุผลที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ เพราะโดยปกติทั่วไปแล้ว การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิหรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะแล้วการกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากให้ศาลปกครองเข้ามามีอำนาจ

<sup>5</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551,กรกฎาคม). “บทบรรณาธิการ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ครั้งที่ 190 การกระทำทางรัฐบาล” (อ้างถึงใน เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2551 : 146-153)

ตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น

(3) ท่านคณาจารย์ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ของการกระทำที่จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยกล่าวว่าไม่อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ในทางองค์กรเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชน ดังเช่น คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ซึ่งใช้อำนาจกระทำ การได้ทั้งการกระทำทางปกครองและการกระทำทางรัฐบาลการพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จึงต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจและหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาประกอบการพิจารณาด้วย

(4) โดยในส่วนของหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจต้องพิจารณาจากประเภทของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการกล่าวคือในกรณีที่ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้นย่อมกระทำการในฐานะรัฐบาลใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา ผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลและไม่อยู่ ภายใต้การควบคุมของศาลใดในทางกลับกันในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้น ย่อมกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ.2542หรือเป็นฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครอง และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทาง ปกครองเช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง กฎหรือ คำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

(5) ท่านคณาจารย์ได้ กล่าวถึง ในหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาต้องพิจารณาจาก ลักษณะของการกระทำนั้นๆ ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลอาจแยกได้เป็น2กลุ่มหลักคือกลุ่มแรกได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา การตรา พระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภา การที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบบุคคลดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี เป็นต้น และกลุ่มที่สองคือการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่ในต่างแดน เป็นต้น

(6) โดยกลุ่มที่สอง การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้ ในบางกรณีแม้ว่าการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอาจแยกส่วนออกจากกัน ได้

หลายส่วน และการกระทำส่วนหนึ่งที่แยกออกมา (Actes détachables) ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่จะเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง การกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรงจนอาจกล่าวได้ว่า การกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใดตามเขตชายแดนพม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยในข้อตกลงดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใดถือเป็นการกระทำที่แยกออกออกได้จากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติและหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นคดีอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

(7) ท่านคณาจารย์ได้พูดถึงแนวคำสั่งศาลปกครองของไทยที่ได้วางหลักในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้หลายคดีว่า แม้ว่าศาลปกครองของไทยจะไม่ได้ใช้คำว่ากระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่ศาลปกครองได้นำทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้เพื่อมีคำสั่งไม่รับฟ้อง เช่น คำสั่งไม่รับฟ้องเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549) หรือ มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) เป็นต้น

(8) คณาจารย์มีความเห็นว่า การเสนอแถลงการณ์ร่วมๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะมนตรีที่ก็ดี การที่คณะรัฐมนตรีลงมติเห็นชอบเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมๆ และให้รัฐมนตรีฯ เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมๆ ก็ดี เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(9) ท่านคณาจารย์ได้สรุปว่าผู้ฟ้องคดีทั้ง 9 คนได้ขอให้ศาลปกครองเพิกถอน การกระทำ 3 การกระทำคือ หนึ่งการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ, สองมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และสามารถลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมๆ โดยคณาจารย์ทั้งห้าท่านเห็นว่า การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมๆ เท่านั้น การกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุประสงค์ได้ แต่ศาล

ปกครองกลางกลับมาคำขอทั้ง 2 ประการของผู้ฟ้องคดี มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏให้เห็นในหน้า 12-13 ของคำสั่งศาลปกครองกลาง

(10) ท่านคณาจารย์เห็นว่าในส่วนของ การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุประสงค์ได้นั้น การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครองการกระทำดังกล่าวจึงไม่ได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

(11) ท่านคณาจารย์เห็นว่าศาลปกครองกลางไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเฉพาะ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ๔ กับมติคณะรัฐมนตรี เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าท่านเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่อาจแยกการกระทำ (ทั้งสาม) ออกเป็นส่วนๆ เพื่อพิจารณาได้กล่าวคือ ไม่ถือเป็นการกระทำที่แยกออกได้ฉะนั้นการกระทำดังกล่าวทั้งหมดล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการเดียวกันสืบเนื่องต่อกันไปเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนามไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงนามของรัฐมนตรีฯซึ่งถือว่าแยกออกจากแถลงการณ์ที่มีการลงนามแล้วได้

(12) ท่านคณาจารย์เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีจึงใจฟ้องขั้นตอน ต่างๆก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ทั้งนี้อาจเป็นไปได้ที่ผู้ฟ้องคดีเล็งเห็นแล้วว่า ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหากผู้ฟ้องฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมฯ เพราะกรณีเป็นที่ประจักษ์อยู่แล้วว่าแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำทางรัฐบาล และเห็นได้ชัดว่าวัตถุประสงค์อันแท้จริงของผู้ฟ้องคดีคือ ความต้องการให้เพิกถอนแถลงการณ์ร่วมฯ หรือการทำให้แถลงการณ์ร่วมฯ ใช้ไม่ได้นั่นเอง และการฟ้องให้เพิกถอนการกระทำอันเป็นขั้นตอนก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมฯมีความประหลาดและไม่สมเหตุสมผลในทางกฎหมาย เพราะขั้นตอนก่อนการเกิดแถลงการณ์ เช่น การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นแล้วจึงไม่อาจถูกเพิกถอนได้ การเพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายปกครอง จึงต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้น เช่น เพิกถอนกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง

(13) ท่านคณาจารย์ได้เปรียบเทียบ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 กับ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ว่า มีความแตกต่างกันคือในประเด็นนี้ ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 คดีเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่าง

ประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏเหตุผลว่าโดยที่ในการมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจาตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุลผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

(14) คดีปราสาทพระวิหารตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 นี้ ศาลปกครองกลางหลักเกณฑ์ทาง องค์การพิจารณาเท่านั้น โดยเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองกลาง เห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรี ก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองความข้อนี้คณาจารย์เห็นว่า แหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงและคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลก็คือศาลปกครองย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองโดยองค์คณะ 3 คนกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรีแม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบายหรือเรื่องในทางระหว่างประเทศซึ่ง

คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร คณะจารย์ทั้งห้าเห็นว่า การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นย่อมขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

(15) ตามเหตุผลที่ได้กล่าว คณะจารย์เห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้า (ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อคณะรัฐมนตรี ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศกัมพูชาและยูเนสโก) นั้น ไม่ถือเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และเมื่อคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ด้วยเช่นกัน ส่วนประเด็นที่ว่า แถลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 190 อันจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

(16) คณะจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่าน กล่าวว่า คณะจารย์มีความตระหนักในความสำคัญของหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความห่วงใยในคุณภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ว่าอาจจะเสียไปโดยการที่ศาลปกครองกลางในคดีนี้เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหาร โดยแท้ของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อสภาผู้แทนราษฎรตามวิถีทางในทางประชาธิปไตยอยู่แล้ว อีกทั้งคำสั่งในคดีนี้ยังขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่คณะจารย์ทั้งห้าเห็นว่า สอดคล้องกับหลักนิติรัฐอีกด้วย จึงขอแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีนี้ผ่านแถลงการณ์ฉบับนี้<sup>6</sup>

4) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ราชบัณฑิต สาขารัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเลขาธิการสถาบันพระปกเกล้ามีความเห็นไว้ ดังนี้

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ฐานันท์ นิพนธ์กุล, ชีระ สุธีรวงศ์ และปิยบุตร แสงกนกกุล. (2551, กรกฎาคม). “แถลงการณ์ คณะจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา.” (อ้างถึงใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2551 : 154-162)

ท่านเลขาธิการสถาบันฯ กล่าวว่า เมื่อวันที่ 27 มิถุนายนที่ผ่านมาศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาในคดีที่คุณสุริยะ ใส กตะศิลา และคณะเป็นผู้ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และคณะรัฐมนตรี เพื่อให้ศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบและลงนามร่วมไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร พร้อมทั้งขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว เพื่อให้แถลงการณ์ร่วมสันผลชั่วคราว รวมทั้งห้ามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวสันผลชั่วคราว และให้ผู้ถูกฟ้องแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อองค์การยูเนสโกไว้ชั่วคราว

ซึ่งศาลได้นัดไต่สวนคู่กรณีแล้ววินิจฉัยว่าจึงมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์ จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (มติคณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาและการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

(1) ปฏิบัติและผลของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครองกลาง

คำสั่งนี้ ทำให้ท่านเลขาธิการสถาบันฯ มีความรู้สึกแปลกใจและไม่แน่ใจที่แปลกใจ ก็เพราะเมื่อปีที่แล้วนี้เองศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและคำขอคุ้มครองชั่วคราวในคดีที่มูลนิธิข้าวขวัญและคณะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) โดยศาลปกครองกลางอ้างว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ในฐานะฝ่ายบริหารอันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา...

ซึ่งต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่ง(ของศาลปกครองกลาง)ที่ไม่รับฟ้อง ต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือ(กฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ) ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด อันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ว่าแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญการกระทำใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดสรุปว่าที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้

จำหน่ายคดีออกจาก สารบบความนั้นชอบแล้ว(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550)

ท่านศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ จึงกล่าวว่าที่ไม่แน่ใจก็เพราะว่าตามที่เลขาธิการ ฯ เรียนกฎหมายมหาชนมาและสอนกฎหมายมหาชนอยู่จนทุกวันนี้ ก็สอนอย่างที่ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางตัดสินไว้เมื่อปี 2550 นั้นเองว่าการกระทำของรัฐบาล(act of government)ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาที่ดี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศที่ดี ศาลไม่อาจควบคุมได้และเมื่อศาลปกครองกลางกลับแนวคำพิพากษาของท่าน(ศาลปกครองกลาง)เอง และของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินเมื่อปีที่แล้ว (โดยออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมในกรณีนี้) จึงทำให้เลขาธิการสถาบันฯไม่แน่ใจว่าศาลปกครองไทยจะมีบรรทัดฐานในเรื่องนี้อย่างไร ซึ่งท้ายที่สุดคงต้องรอคำสั่งศาลปกครองสูงสุดว่าจะยึดบรรทัดฐานเดิมหรือจะเปลี่ยนบรรทัดฐาน

ท่านอาจารย์บวรศักดิ์ เห็นว่า ผลของคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวก่อให้เกิดผล ดังนี้

1. กระบวนการต่างประเทศยกเลิกการสัมมนาที่จะจัดขึ้นเพื่อชี้แจงเรื่องนี้ รวมทั้งยกเลิกสมุดปกขาวที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงทั้งหมด และอธิบดีกรมสนธิสัญญาที่รับว่าจะไปอภิปรายเรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร : ปัญหากฎหมายและอธิปไตยของชาติ ซึ่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธรและสถาบันพระปกเกล้าจัดขึ้น ยกเลิกการมาร่วมอภิปราย

2. ในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลกที่คิวเบกระหว่างวันที่ 2-10 กรกฎาคมนี้ กัมพูชาก็คงจะนำเสนอการขึ้นทะเบียนมรดกโลกไปแต่ผู้เดียว

3. ในระหว่างรอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ความน่าเชื่อถือของรัฐบาลไทยในการเจรจาต่อรองกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่กำลังดำเนินการอยู่ก็ดี หรือจะดำเนินการก็ดี จะเหลือเพียงใด เพราะมีความไม่แน่นอนในสถานะของข้อตกลง

(2) หลักกฎหมายมหาชนการกระทำของรัฐบาลและ ตัวอย่างของต่างประเทศ ท่านได้กล่าวในกฎหมายมหาชน ถือว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี มี 2 ฐานะ หรือพูดภาษาชาวบ้าน คือ มีหมวก 2 ใบ

ในฐานะแรก คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นฝ่ายบริหารซึ่งใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ อยู่ได้ด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน และมีอำนาจยุบสภาโดยถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ได้ การควบคุมตรวจสอบการกระทำใน



ฐานะนี้ จึงเป็นการควบคุมทางการเมือง(political accountability)ตามหลักประชาธิปไตย และอยู่ใน บังคับกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กฎหมายปกครอง

ในฐานะที่สอง คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าฝ่าย ปกครองซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินเหมือนกับที่ปลัดกระทรวงอธิบดี ข้าราชการทั้งหลาย ต้องดำเนินการ จะต่างกันก็ตรงที่ข้าราชการประจำเป็นผู้ได้บังคับบัญชา(หรือลูกน้อง)แต่ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี เป็นผู้บังคับบัญชา(หรือหัวหน้าของฝ่ายปกครอง) อัน เป็นเรื่องกฎหมายปกครองการควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะหัวหน้าของฝ่ายปกครองนี้ จึง เป็นการควบคุมโดยกฎหมาย (control of legality) ตามหลักนิติธรรม

ท่านได้อธิบายต่อไปว่าตามหลักกฎหมายมหาชนถือว่า ถ้าคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์กับสภา เช่น เสนอหรือไม่ เสนอกฎหมาย เปิดหรือปิดสมัยประชุม ลงมติไม่ไว้วางใจ ยุบสภา ฯลฯ ก็ดีหรือใช้อำนาจใน ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น สถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต ประกาศสงคราม ลงนามใน สนธิสัญญาให้สัตยาบันสนธิสัญญา การดำเนินการเจรจากับต่างประเทศ ศาลไม่ว่าศาลใดก็จะไม่ เข้าไปควบคุม เพราะมีการควบคุมทางการเมืองตามหลักการประชาธิปไตยและความรับผิดชอบต่อ สภาและต่อประชาชนอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะไปใช้กฎหมาย ปกครองมาควบคุม

ท่านได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับศาลของฝรั่งเศส อังกฤษ สหรัฐอเมริกา อย่างสั้นๆ ดังนี้ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสถือหลักไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลมากกว่า 100 ปี และมีคำ พิพากษากว่า 100 คำพิพากษาเช่นในคดี Tallagrand (CE 29 Nov. 1968) ศาลตัดสินว่าการเสนอ หรือไม่เสนอกฎหมายหรือการถอนร่างกฎหมายเป็นการกระทำของรัฐบาล มาฟ้องศาลไม่ได้ในคดี Desreumrux (CE 3 Nov. 1933) ศาลตัดสินว่าการประกาศกฎหมายมาฟ้องศาลไม่ได้ ในคดี(CE 29 April 1970 Comité des Ch?muns de la Mame) ศาลตัดสินว่า การขอหรือไม่ขอประชามติฟ้องศาล ไม่ได้และในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุด(ของฝรั่งเศส)ตัดสินว่า คดีที่เกิดจาก การเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นการกระทำของรัฐบาลฟ้องศาลไม่ได้ (CE 13 July 1979 Coparex) ฟ้องศาลเพื่อไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญาฟ้องไม่ได้ (CE 5 Feb. 1926 Dame Caracs) การที่รัฐบาลฝรั่งเศสสั่งให้ส่งสัญญาณรบกวนสถานีวิทยุอันดอร์ร์รัฐเล็กๆ ในพรหมแดน ฝรั่งเศสสเปน เป็นการกระทำของรัฐบาลศาลไม่รับฟ้อง(TC 2 Feb. 1950 Soc. Radio de Bollardière) ศาลของประเทศอังกฤษ

คดีแรกในอังกฤษคือคดีคู้กอฟยอร์กฟ้องศาลเพราะเป็นปัญหาการเมือง (political question) (คดี The Duke of Yorkes Claim to the Crown, 5 Rotuli Par 375 (ปี1460) ต่อมา

ทฤษฎีนี้พัฒนามาเป็นการกระทำของรัฐ(act of state) เช่นในคดีที่กองทัพเรืออังกฤษทำลายอาคารชาวสเปนซึ่งเป็นผู้ค้าทาสศาลไม่รับฟ้องเพราะเป็นการกระทำของรัฐ (คดี Buron V. Denman (1848) 2 Ex. (67) ศาลอังกฤษไม่รับฟ้องคดีที่อ้างว่า ผู้ฟ้องควรมีสติธิในเอกสิทธิ์ทางการทูต (immunity) เพราะเป็นการกระทำของรัฐ(Agbor V. Metropolitan Police Commissioner (1969)) W.L.R. 703 ฯลฯ

ศาลของสหรัฐอเมริกา ศาลอเมริกันก็ไม่รับฟ้องดังปรากฏในคดี Colenaan V. Miller (307 U.S. 433 (1934) ประธานศาล Itughes วินิจฉัยว่าในการวินิจฉัยว่าปัญหาใดเป็นปัญหาการเมือง (political question) นั้น ต้องถือว่าเป็นการตัดสินใจโดยองค์กรทางการเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีผลผูกพันศาลรวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนโดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคดี Octjen V. Central Leather Co. 246 U.S. 297 ว่าการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลนั้นรัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองและอะไรก็ตามที่กระทำในการใช้อำนาจการเมืองนี้ย่อมไม่ถูกควบคุมโดยศาล

ดังนั้นสรุปได้ว่าศาลจะไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาล ซึ่งปรากฏในคำราฎหมายปกครองทุกเล่ม แม้แต่ในหนังสือของสำนักงานศาลปกครองในการประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 9 พ.ศ.2550 ที่กรุงเทพฯ เรื่อง “ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีเปรียบเทียบ” เองก็ระบุไว้ชัดในหน้า 219 ว่า โดยทั่วไป แนวคิดเรื่อง การกระทำของรัฐบาล ซึ่งมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกตรวจสอบความชอบธรรมด้วยกฎหมายเป็นที่ยอมรับแม้ว่าขอบเขตจะถูกจำกัดก็ตามในทางปฏิบัติจะมีอยู่ 2 กรณีที่ใช้แนวความคิดดังกล่าวคือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร โดยศาลปกครองสูงสุดของแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการ (ไม่รับพิจารณา) ของตนเอง และศาลไทยก็ถือหลักการนี้มาโดยตลอด เช่น คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ดังกล่าวแล้วหรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งวินิจฉัยชัดเจนว่าการยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลซึ่งศาลไม่ควบคุม

(3) หลักกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับการแยกหน้าที่ของศาล(ผู้ควบคุม)ออกจากหน้าที่ในการบริหารของฝ่ายปกครอง

ได้กล่าวถึงหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญอีกหลักหนึ่งคือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครองไม่มีหน้าที่บริหาร มีเพียงหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะถ้าศาลปกครองสั่งฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่องก็เท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็นศาลเป็นรัฐบาล(government of judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้องศาล(ปกครอง)เองก็ไม่มีความรู้ทางเทคนิคทุกด้านพอที่จะลงไปควบคุมสั่งการได้ทุกเรื่อง ดังนั้นจึงมีหลักกฎหมายว่าศาลจะไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

โดยเฉพาะดุลพินิจเทคนิค (technical discretion) เช่น จะตัดถนนไปทางไหนคือสิ่งใดจะเป็นโบราณสถานโบราณวัตถุหรือไม่ งานวิชาการชิ้นนี้ได้มาตรฐานงานวิชาการที่ดีหรือไม่ ยังเป็นเรื่องการต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็ดี ศาลในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ก็ดีจะไม่ยอมตีความสนธิสัญญาเองโดยไม่ขอความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศและศาลของประเทศเหล่านี้จะไม่คุ้มครองกระทำของรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอันขาด

สรุปความเห็น โดยรวม มีความเห็นว่าไม่อาจเห็นพ้องกับความตอนท้ายของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครองกลางที่ว่าหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิจารณาแล้ว ก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารงานภาครัฐและยังเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยที่ยังคงสงวนสิทธิโต้แย้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเขาพระวิหารไว้เช่นเดิมจึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ การมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลจะมีผลกระทบต่อการบริหารงานภาครัฐ ดังข้อเท็จจริงที่ได้กล่าวแล้วคือ การดำเนินการให้ข้อมูลข้อเท็จจริงของกระทรวงการต่างประเทศ ต้องยุติลง ทั้งไม่ได้หมายความว่า กัมพูชาจะไม่สามารถขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารฝ่ายเดียวได้ เพราะคณะกรรมการมรดกโลกระหว่างประเทศซึ่งมีกรรมการ 21 ประเทศอาจไม่เห็นด้วยเช่นเดียวกับเรา<sup>7</sup>

5) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 984/2552 ถูกต้องหรือไม่ ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร โดยท่านได้อธิบายเริ่มต้นที่ว่า ในขณะนี้ เรื่องที่คนไทยทุกคนทราบดีและเป็นกังวลกันอยู่ทุกคนก็คือประเทศไทยจะสูญเสียดินแดนหรือสูญอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในเขตบริเวณปราสาทหินเขาพระวิหารเพราะการที่ประเทศกัมพูชานำ ปราสาทพระวิหารขึ้นทะเบียนมรดกโลกหรือไม่ และได้มีบุคคลจำนวนหนึ่งได้นำเรื่องนี้ไปฟ้องเป็นคดีในศาลปกครอง(คดีหมายเลขคำที่ 984/2551)เพื่อตรวจสอบว่า การดำเนินการของรัฐบาลปัจจุบันในเรื่องนี้ เป็นไปโดยถูกต้องโปร่งใส เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือไม่ หรือว่า มีวาระซ่อนเร้นโดยผู้มีอำนาจเหนือพรรคการเมืองเจ้าของพรรคการเมืองที่ผูกขาดอำนาจรัฐ ตามรัฐธรรมนูญที่ใช้ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองที่บังคับให้ส.ส.ต้องสังกัดพรรคการเมืองเดียวในโลก ได้นำเอาเรื่องนี้การให้รัฐบาลไทยให้ความเห็นชอบและลงนามในแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทยกับกัมพูชา สนับสนุนให้ประเทศกัมพูชานำ ปราสาทพระวิหาร ขึ้น

<sup>7</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). “บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา.” (อ้างถึงใน เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 2551 : 176-183)

ทะเลเบียนมรดกโลกแต่เพียงฝ่ายเดียวไปต่อรองและแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กับรัฐบาลกัมพูชา เพื่อให้ได้มาซึ่งสัมปทานผูกขาดในกิจการบางกิจการในประเทศกัมพูชา ต่อมาศาลปกครองกลางได้มีคำสั่ง(ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551)ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 (สั่งต่อรัฐบาล)กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องนี้และได้กลายมาเป็นประเด็นที่วงการวิชาการกฎหมายให้ความสนใจและมีนักกฎหมายจำนวนมากออกมาแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล (jueisdiction) ของศาลปกครองว่าศาลปกครองจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีประเภทนี้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่และคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่โดยนายกรัฐมนตรีนคร สุนทรเวช)ได้นำความเห็นของนักวิชาการที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ไปกล่าวอ้างอิงถึงในรายการสนทนาประสาสมัคร ออกรายการ โทรทัศน์และวิทยุ เมื่อเช้าวันที่ 6 กรกฎาคม 2551 นายกรัฐมนตรี(สมัคร สุนทรเวช) ได้กล่าวถึงคดี ปราสาทพระวิหารว่า เรื่องนี้ทางรัฐบาลได้ดูกันมาหมดเรียบร้อยแล้ว โดยได้ถามกระทรวงการต่างประเทศ ถามแม่ทัพนายกองทั้งหลาย และถามเจ้ากรมแผนที่ทหาร และได้กล่าวถึงวงการวิชาการของเราไว้ว่า “...นักวิชาการทางกฎหมายของประเทศไทยบอกว่าคณะรัฐมนตรีปฏิบัติการเกินกว่าที่ศาลสั่ง...สรุปถ้าสงสัยก็ควรจะอยู่ในมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ แล้วให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นคนวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ แต่ศาลปกครองเหมือนกับจะเป็นผู้วินิจฉัยกรณีนี้ได้หรือไม่ แต่ถ้าหากว่าอันนี้ตกลงที่เรียกกันภาษาฝรั่งว่า precedent คือ ตั้งกันว่าเป็นบรรทัดฐานตกลงเอาอย่างนี้นะต่อไปจะต้องเป็นอย่างนี้ เขา(นักวิชาการ)บอกว่าแล้ว(ตกลง)ต่อไป คนเป็นรัฐบาลจะไปทำอะไรกับใคร บริหารบ้านเมืองได้อย่างไรกับประเทศที่ไหนๆ ถ้ามีคนร้องขึ้นศาลใครจะไว้วางใจรัฐบาลไทย (เห็นมั๊ยครับ)...อำนาจตุลาการ เป็นอำนาจ 1 ใน 3 คานกันอยู่...ทั้ง3 นี้ถ่วงดุลกัน อันนี้ถ่วงนี้ๆระบบเขาสร้างเอาไว้แบบนี้ แต่ว่าในเวลาบัดนี้ นักวิชาการบอกว่า ถ้าหากว่ากรณีนี้ ถ้าหากว่าศาลปกครองใช้อำนาจกับรัฐบาลได้อย่างนี้ แล้วต่อไปอำนาจบริหารจะทำอย่างไร เพราะอำนาจบริหาร ติดต่อกับผู้คนทั้งหมดจริงอยู่ครับที่จะถ่วงอำนาจ...”

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ในฐานะที่เป็นนักวิชาการได้ติดตามปัญหากฎหมายมหาชนอยู่อย่างสม่ำเสมอ แต่ไม่ค่อยได้เขียนบทความที่ให้ความเห็นเชิงวิจารณ์ต่อคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลหรือต่อความเห็นในทางกฎหมายของนักวิชาการอื่น เป็นรายกรณี

ซึ่งเมื่ออ่านคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ออกจะประหลาดใจตนเอง ที่ตนเองมีความเห็นไม่ตรงกับท่านอาจารย์ทั้ง 3 ท่าน(หนึ่งคณะกับอีกสองท่าน) เพราะตัวท่านอาจารย์เห็นด้วยกับการที่ศาลปกครองกลางรับเรื่องการฟ้องคดีพาเรื่องเขาพระวิหารไว้พิจารณา และเห็นด้วยกับการที่คำสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งนี้โดยจะยังไม่พิจารณาไปถึงแนวทางการให้เหตุผลของศาลปกครองกลางในคดีนี้ว่า จะตรงหรือไม่ตรงกับหลักกฎหมายหรือ

ทฤษฎีโคของกฎหมายมหาชนของต่างประเทศ แต่อาจารย์ทั้ง 3 ท่านมีความเห็นว่าศาลปกครองกลางไม่ควรรับเรื่องไว้พิจารณาและดังนั้นจึงไม่ควรส่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

อันที่จริง ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ ได้ให้ความสำคัญกับความเห็นหรือข้อวิจารณ์ในทางวิชาการของนักวิชาการที่มีต่อคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลเป็นอย่างมาก เพราะระบบศาลไม่ว่าศาลใดจะพัฒนาไปข้างหน้าได้หรือไม่ย่อมขึ้นอยู่กับความใส่ใจของนักวิชาการในวงการ ต่อคำพิพากษาของศาลและเขียนวิพากษ์วิจารณ์ โดยผู้เขียนเห็นว่าความเห็นคุณภาพของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นผู้เขียนคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยนั้นๆ และแน่นอนว่าความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการที่มีความสมเหตุสมผลและชี้แนะอย่างถูกต้องแต่ในทางกลับกัน ถ้าหากความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการไม่ครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ได้มาตรฐานก็จะเกิดผลในทางตรงกันข้าม คือ ทำให้สังคมเกิดความสับสนและทำให้บรรทัดฐานของคำพิพากษาย่อยหลังได้

ความเห็นของอาจารย์ทั้งสามท่าน (หนึ่งคณะกับอีกสองท่าน) ได้ทำให้เหตุการณ์ทางการเมืองไปไกลกว่าการที่นายกรัฐมนตรี(นายสมัคร สุนทรเวช)ได้นำมาอ้างอิงดังกล่าวข้างต้น เพราะได้ปรากฏเป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์(วันที่ 25 กรกฎาคม)ว่า ส.ส.ของพรรคการเมืองรัฐบาลเตรียมล่ารายชื่อให้วุฒิสภาดูดถอนตุลาการศาลปกครองโดยกล่าวหาว่าศาลปกครองวินิจฉัยคดีเป็น 2 มาตรฐาน หมายเหตุ กระบวนการยื่นถอดถอนตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ ส.ส.ต้องใช้เสียง 1 ใน 4 ของส.ส.ทั้งหมดเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภา ซึ่งเมื่อได้รับเรื่องแล้ว ประธานวุฒิสภาก็จะต้องส่งเรื่องต่อไปให้ ป.ป.ช. ดำเนินการไต่สวนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว และเสนอเรื่องกลับมายังวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอน โดยใช้คะแนนเสียง 3 ใน 5 ของส.ว.ทั้งหมด และพร้อมกันนั้น ป.ป.ช.ก็จะต้องส่งเรื่องไปยังอัยการสูงสุดด้วย เพื่ออัยการสูงสุดจะได้พิจารณาดำเนินการฟ้องคดีอาญา ต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

การประเมินสภาพทางวิชาการของวงการกฎหมายของไทยตามความเห็นของอาจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ โดยท่านได้กล่าวว่าท่านอาจารย์ได้สนใจนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นความเห็นทางกฎหมายของนักกฎหมายของเราเปรียบเทียบกับประเทศที่พัฒนาแล้ว ปัญหาในทางกฎหมายมหาชนเกิดขึ้นเป็นที่ถกเถียงในวงการกฎหมายกันอย่างกว้างขวาง อันเนื่องมาจากที่ศาลปกครองได้มี คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาโดยศาลปกครองกลางได้กำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อยับยั้งการใช้บังคับ คำแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชาที่รัฐบาลได้ไปลงนามร่วมให้ความเห็นชอบและสนับสนุนการขอขึ้นทะเบียนของประเทศกัมพูชาไว้ ซึ่งปรากฏว่ามีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงของเราหลายท่าน ได้แสดงความคิดเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลางดังกล่าว

ดังนั้นจากการพิจารณา สาระในความเห็นของท่านนักกฎหมายทั้งสามท่าน(หนึ่งคนกับสองท่าน) มีความเห็นตรงกันอยู่ 2 ประการ คือ

(1) ประการแรก นักกฎหมายทุกท่านไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ที่รับคำฟ้องคดีพิพาทเรื่องนี้ไว้พิจารณา และไม่เห็นด้วยกับการสั่งใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยนักกฎหมายทั้งสามท่าน ต่างก็อ้างอิงหลักกฎหมายหรือทฤษฎีว่าด้วย acte de gouvernement หรือ act of government และ

(2) ประการที่สองนักกฎหมายทั้งสามท่าน ต่างอ้างคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ว่า เป็นคำวินิจฉัยบรรทัดฐานที่ศาลปกครองควรยึดถือ

ดังนั้น ในการให้ความเห็นในกรณีศึกษา case study เรื่องคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) นี้ไว้ 2 หัวข้อ คือ

หัวข้อแรก เป็นปัญหาว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ซึ่งนักวิชาการทั้ง 3 ท่านเห็นตรงกันว่า เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยว่าด้วย acte de gouvernement หรือ act of state หรือ regierungsakt นั้น ตามความเป็นจริงแล้ว แนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้เป็นไปตามทฤษฎี acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้วตามที่นักกฎหมายทั้งสามท่านเข้าใจหรือไม่

หัวข้อที่สอง เป็นปัญหาข้อกฎหมายในทางวิชาการคือถ้าสมมติว่าข้อเท็จจริงตามที่ เป็นอยู่ในคดีพิพาทเรื่องปราสาทพระวิหารนี้ เกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว เราคิดว่าศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาพิพากษาหรือไม่คือจะเห็นว่าคดีพิพาทนี้เป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ และถ้าศาลปกครองของเขาประเทศที่พัฒนาแล้วรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา เขาจะอธิบายด้วยเหตุผลอย่างไร

หัวข้อที่หนึ่ง ปัญหาเกี่ยวกับการอ้างอิงของนักกฎหมายที่ระบุว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2500(กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น JTEPA) เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล(acte de gouvernement)นั้นถูกต้องหรือไม่

แนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2500 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 มิได้เป็นไปตามทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลแต่อย่างใด

โดยท่านได้อธิบายแยกเป็นข้อย่อย 3 ประการ ดังนี้

ก. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มีสาระ อย่างไร

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2500 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น JTEPA) ระหว่างมูลนิธิข้าวขวัญ ที่ 1 และพวก รวม 5 คน เป็นผู้ฟ้องคดี กับกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1, รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2, รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ (นายพิศาล มาณวพัฒน์) ที่ 3, คณะรัฐมนตรี ที่ 4, นายกรัฐมนตรี ที่ 5 รวม 5 คน เป็นผู้ถูกฟ้องคดี

คดีนี้วินิจฉัยโดย ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ท่าน คือ นายวรพจน์ วิสสุตพิชญ์ เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน, นายอำพล สิงห์โกวินท์ หัวหน้าคณะ, นายวิชัย ชื่นชมพูนุท, นายไพบูลย์ เสียงก้อง, และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เป็นองค์คณะ

สาระของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มีสาระสำคัญอย่างดังนี้

คำขอของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง รวม 4 ข้อ ดังต่อไปนี้ (1) ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (กรณีลงนาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น) เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2548 เป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้ง 5 จัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่ ตามกระบวนการของกฎหมายโดยเคร่งครัด (2) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 คณะรัฐมนตรี) ที่ให้นำเรื่อง ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้วเป็นโมฆะ (3) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) และบุคคลต่างๆ ไปลงนามในความตกลงฯ เป็นโมฆะ และให้ศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาระงับการลงนาม และ (4) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ปลัดกระทรวง) และฯลฯ ที่ร่วมกันกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและพร้อมกันนั้น ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ฯลฯ

การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้ว มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เพราะเห็นว่า กระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศ อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นคำร้องอุทธรณ์ ต่อศาลปกครองสูงสุด

การวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในส่วนที่เป็นการวินิจฉัยของศาล อาจสรุปแนวทางการเขียนได้เป็น 2 ตอน

ตอนแรกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้เริ่มต้นคำวินิจฉัยด้วยการพิจารณาลักษณะของคดีปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี

พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ คดีที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หารกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น สัญญาทางปกครอง กรณีอื่นที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นเป็น หลักการว่า

ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง คือ ออกกฎ กระทำการละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า ฯลฯ แต่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่าง องค์การตามรัฐธรรมนูญกับเอกชนหรือระหว่างองค์การตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่องค์การตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญคือกระทำการละเลยต่อหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า

ตอนที่สอง ต่อมาศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าคณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) เป็นคณะบุคคล ที่รัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารของรัฐของคณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) อาจมีแหล่งที่มาจกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติก็ได้ หรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้

โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าถ้าคณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดีที่4)ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติฯลฯถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯลฯ ย่อมเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาและพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1)(2)หรือ(3) แห่งพ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) ใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4)หาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ.2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญและในกรณีนี้ ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่าง องค์การตามรัฐธรรมนูญกับเอกชน และระหว่างองค์การตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน และจากนั้นศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีปกครองและวินิจฉัยว่าคดีนี้



ไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองและมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ไม่รับฟ้องและจำหน่ายคดี

ข. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นไปตามแนวทางทฤษฎี acte de gouvernement หรือไม่

ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญ และเป็นแนวทางการให้เหตุผลของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในการไม่รับคดีพิพาท(กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น) ไม่ใช่แนวทางที่เป็นเหตุผลของทฤษฎี acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้ว

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าในการที่จะพิจารณาว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่เป็นหลักการ 2 ประการ ดังนี้ คือ

1. หลักประการแรก คือ ต้องพิจารณาว่า องค์กร ที่กระทำการนั้น เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ และ

2. หลักการประการที่สอง คือองค์กร ดังกล่าวใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามกฎหมายอะไร ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯ หรือใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

โดยตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยเป็นหลักการไว้ว่า ถ้าองค์กรนั้น เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว(คณะรัฐมนตรี) หาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ดังนั้นศาลปกครองสูงสุด จึงมิได้ไม่รับฟ้องคดีพิพาทนี้ เพราะเหตุผลว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา หรือเป็นการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพราะศาลปกครองสูงสุด ได้กล่าวถึง การกระทำทั้งสองเพียงเป็นตัวอย่างของการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น (ตามถ้อยคำที่ศาลปกครองสูงสุดกล่าวดังต่อไปนี้ “...แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใดๆไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) หาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ...ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา

พิพากษาของศาลปกครอง” ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุด(คำสั่งที่ 178/2550)จะมีข้อยุติ(กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น)สั่งไม่รับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา แต่เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นกล่าวอ้างมิได้เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายว่าด้วย การกระทำของรัฐบาล แต่เป็นเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดพยายามที่จะวางแนวทางการให้เหตุผลที่เป็นของตนเองขึ้นมาใหม่

ค. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ใช้เป็นบรรทัดฐานได้เพียงใด

ท่านอาจารย์ได้กล่าวว่าท่านมิใช่เป็นคนที่เคร่งครัดในหลักกฎหมายปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วมากนัก เพราะท่านคิดว่าถ้าวงการกฎหมายและศาล(ปกครอง)ของประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถคิดสร้างหลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไป(general principle of law) มาใช้ในการบริหารประเทศของเขานำมาใช้ในการบริหารประเทศมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จในการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้วงการกฎหมายและศาลปกครองของเราน่าจะสามารถคิดสร้างหลักการและหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมกับประเพณีและสภาพการบริหารที่พิถีพิถันของเราใช้ในการบริหารประเทศของเราให้มีประสิทธิภาพได้เช่นเดียวกัน

หลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่วงการกฎหมายและศาลปกครองของเราคิดขึ้นมาใช้เองนั้น จะต้องเป็นหลักปฏิบัติที่สามารถนำมาใช้ได้เป็นอย่างดีเป็นบรรทัดฐานคือสามารถอ้างอิงนำไปใช้ได้กรณีที่เกี่ยวข้องกัน โดยเกิดผลดีต่อการบริหารประเทศได้ในลักษณะเดียวกัน มิใช่ว่ากรณีนี้ใช้ได้ผลดีแต่อีกกรณีหนึ่งด้วยหลักการและเหตุผลอย่างเดียวกันเกิดผลเสีย

ถ้ามาพิจารณาว่า เหตุผลที่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้อธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น) เป็นหลักการไว้ว่า ศาลปกครองย่อมไม่อำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทที่มีการฟ้องร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของ การกระทำขององค์กร ถ้า(1)องค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ(ในที่นี้คือ คณะรัฐมนตรี) และ (2)องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ได้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญและในทางกลับกันก็คือศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เมื่อองค์กรที่ใช้อำนาจนั้น (1) มีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และ(2)การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ(มาตรา3)

ปัญหาว่ามีถ้าให้นำหลักการดังกล่าวนี้มาใช้เป็น บรรทัดฐานจะเกิดผล(ผลดีหรือผลเสีย) ต่อระบบการบริหารของประเทศ อย่างไร ท่านอาจารย์คิดว่าหากนำหลักการดังกล่าวมาใช้เป็นบรรทัดฐานแล้วจะเป็นปัญหาและมีผลเสีย

ประการแรก ปัญหาว่า คำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” มีความหมายเพียงใด ได้แก่องค์กรใดบ้าง ตามรัฐธรรมนูญ มีองค์กรอยู่หลากหลาย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะมี บทบัญญัติอย่างไรในรัฐธรรมนูญของเราในปัจจุบันก็มีทั้งองค์กรที่เป็นสถาบันการเมือง เช่น คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติและมีทั้งองค์กรที่เป็นสถาบันบริหารซึ่งมิใช่สถาบันการเมืองอัน เป็นโครงสร้างสำคัญของระบบบริหารประเทศอยู่หลายประเภท เช่น กกต.(คณะกรรมการการ เลือกตั้ง) , ป.ป.ช. (คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) , คตง.(คณะกรรมการ ตรวจสอบเงินแผ่นดิน) และต่อไปจนถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน , คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ , สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติหรือแม้แต่องค์กรอัยการทั้งนี้โดยยังไม่พูดถึงองค์กรที่เป็น “ศาล” ต่าง ๆ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่อย่างหลากหลายและอาจกระทำการได้ในหลาย ๆ ลักษณะ โดยอาจจะเป็น การกระทำกึ่งตุลาการ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐบาล การกระทำทางปกครอง หรือแม้แต่กระทำการที่การกระทำทางกายภาพ ซึ่ง มิใช่การกระทำนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายก็ได้ และแม้ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพียง องค์กรเดียวก็อาจกระทำกิจกรรมได้ในหลายลักษณะ

ดังนั้น การที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด(ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) ได้นำเอา องค์กรตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาว่า ศาลปกครองจะรับ หรือไม่รับคดีพิพาทไว้พิจารณาพิพากษาจึงไม่อาจอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการและในทาง ตรรกะความสมเหตุสมผลที่แน่ชัดได้ว่า เพราะเหตุใด จึงกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้และการกำหนด เงื่อนไขเช่นนี้จะทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพดีขึ้นอันเป็นจุดหมายของกฎหมายและ ของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร

ประการที่สอง ก็คือการที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด(ตามคำสั่งศาลปกครอง สูงสุดที่ 178/ 2550 ) กำหนดเป็นเงื่อนไขข้อที่สองไว้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ ต่อเมื่อองค์กรดังกล่าว จะต้องใช้อำนาจ ๆ ตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ เช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น

กรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน เราไม่สามารถที่จะอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการและ ในทางตรรกะความสมเหตุสมผลได้ว่าเพราะเหตุใด จึงกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้และการกำหนด เงื่อนไขเช่นนี้ จะทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพดีขึ้นได้อย่างไร

ถ้าพิจารณากันจริง ๆ แล้ว การกระทำของรัฐบาลอาจมิได้เกิดจากการใช้อำนาจ บริหารตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อาจเกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือ

กฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง act de gouvernement ที่เกี่ยวกับความมั่นคงภายในประเทศ(la surete interieure de l'Etat)

ทั้งนี้ ปัญหาในทางปฏิบัติที่อาจเกิดขึ้น ได้ในกรณีที่อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีกำหนดไว้ทั้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติในกรณีเช่นนี้จะถือปฏิบัติอย่างไรและจะตีความอย่างไรซึ่งยากที่จะให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ จึงไม่เห็นด้วยกับนักวิชาการทั้งสามท่าน(หนึ่งคณะ กับสองท่าน) ที่อ้างอิง คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยที่ว่าด้วยหลักกฎหมายหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ ได้ให้ความเห็นของท่านคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์พยายามจะอธิบายทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของศาลปกครองของต่างประเทศไม่ว่าจะเรียกว่าเป็น acte de gouvernement หรือ act of state หรือ regierungsakt ด้วยเหตุผลตามที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทย อธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 มิใช่อธิบาย acte de gouvernement ด้วยเหตุผลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วซึ่งท่านเห็นว่าทำให้การอธิบายทฤษฎี acte de gouvernement ของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ กลายเป็นความเห็นส่วนตัวของคณาจารย์มากกว่าที่จะเป็นความเห็นที่ให้ความรู้ในทางวิชาการ

สรุปให้ท่านผู้อ่านเห็นแล้วในข้อ 1.2 ข้างต้น ว่า เหตุผลของตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เป็นเหตุผลคนละเรื่องคนละราวกับเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศอย่างสิ้นเชิง

คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984 ได้ใช้หลักเกณฑ์ทางองค์การในการพิจารณาการกระทำของรัฐบาลเช่นเดียวกับความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ แล้วก็ค่อนข้างแปลกใจอย่างมากที่พบว่าการสรุปสาระของคำสั่งศาลปกครองกลาง (ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551)โดยท่านคณาจารย์นั้นดูเหมือนว่าคณาจารย์ได้มีเพิ่มเติมข้อความในสาระสำคัญ เกินไปกว่าที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ซึ่งทำให้ต้องย้อนกลับไปตรวจสอบ และอ่านคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำ ที่ 984 / 2551) เพื่อดูว่าตุลาการของศาลปกครองกลางเขียนคำสั่งในคดีนี้ว่าอย่างไร

คณาจารย์ทั้งห้าท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้สรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำ ที่ 984/2551)ไว้โดยกล่าวว่าศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีฯเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีก็คิกรณีทีคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบใน

แถลงการณ์ร่วมฯลฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีฯ และคณะรัฐมนตรีได้กระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง

ข้อสรุปที่เป็นความเห็นของท่านคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ฯ ดังกล่าวตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เทียบกับสาระที่เป็นเหตุผลของศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยเรื่องนี้ที่อยู่ในคำสั่งคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ซึ่งสรุปได้ว่าศาลปกครองกลางอ้างข้อกฎหมายไว้เพียงว่ากระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมาย (ชื่อพรบ.) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดฯ ของกระทรวงต่างประเทศตามกฎหมาย (ชื่อพรบ.) และ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะรัฐมนตรี) มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย (ชื่อพรบ.) และดังนั้นศาลปกครองกลางจึงมีความเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จะเห็นได้ว่าไม่มีข้อความใดในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ที่ระบุว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติตามที่คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้กล่าวไว้

นอกจากนั้นในการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลาง ดังกล่าวดูเหมือนว่า คณาจารย์ทั้งห้าท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ตุลาการศาลปกครองกลาง ได้กล่าวเป็นข้อเท็จจริงต่อไปไว้ว่าเมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีฯ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่สอง (คณะรัฐมนตรี) กรณีขอขึ้นทะเบียนฯ พร้อมแผนที่แนบท้ายโดยไม่สุจริตใช้อำนาจหน้าที่และกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่บิดเบือนข้อเท็จจริงไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วมทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประเทศชาติและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย ... จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลเห็นสมควรมีคำสั่งรับคดีนี้ไว้พิจารณา

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่าไม่อาจทราบได้ว่าเพราะเหตุผลใด ท่านคณาจารย์ทั้งห้าท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงได้สรุปสาระคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำที่ 984 / 2551) ไว้เช่นนั้น ซึ่งตามความเห็นอาจมีการเพิ่มเติมข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ไม่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลางและอาจไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง ดังนั้นการให้ความเห็นในเชิง

วิจารณ์คำสั่งของศาลปกครองกลางของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงอาจเป็นความเห็นที่อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่คณาจารย์ทั้งห้าท่านได้เขียนสรุปไว้เองและทำให้ท่านผู้อ่านความเห็นของท่านคณาจารย์ฯ เข้าใจสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ผิดไปจากความเป็นจริงได้ไม่ว่าท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จะมีเจตนาหรือไม่ ก็ตามโดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในข้อ 9 ได้ให้ความเห็นโดยระบุอ้างถึง คำสั่งของศาลปกครองกลางโดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลางกลับนำคำขอของผู้ฟ้องคดี 2 ประการ คือ คำขอเกี่ยวกับการเสนอร่าง แกลงการณ (acte materiel หรือ realakt) กับ คำขอเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี (acte administratif) มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งศาลปกครองกลางมิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเพียงว่าเป็นคดีที่พิพาทที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (ตามค่านิยมของกฎหมาย) ได้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น

ส่วนประเด็นที่ว่า การกระทำนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะมีผลเป็นอย่างไร จะเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ นั้นศาลปกครองกลางยังมีได้วินิจฉัย ศาลปกครองกลางเพียงแต่ตรวจดูว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีฯ หรือคณะรัฐมนตรี) เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวได้กระทำการที่สมควรจะถูกต้องตรวจสอบจากศาลปกครองตามคำขอของผู้ถูกฟ้อง หรือไม่

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นต่อว่า ในการให้ความเห็นในเชิงวิจารณ์ต่อคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลนั้น ผู้ที่ทำการวิจารณ์จะต้องมีความระมัดระวังอย่างมากเพื่อมิให้มีการผิดพลาดในการอ้างอิงข้อความในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลปกครองกลางและถ้าไม่แน่ใจว่า ถ้อยคำในคำสั่งของศาลปกครองกลางจะมีความหมายอย่างไรและเพื่อที่จะทำให้ความเห็นตรงต่อความเป็นจริงให้มากที่สุด สิ่งแรกที่จะทำก็คือจะคัดลอกข้อความส่วนนั้นของคำสั่งของศาลปกครองกลาง มาให้ท่านผู้อ่านได้รับทราบไว้ก่อน และในการให้ความเห็นก็จะบอกกล่าวกับท่านผู้อ่านว่าถ้อยคำในคำสั่งของศาลปกครองกลางมีว่าอย่างไรและเข้าใจหรือมีความเชื่อตามถ้อยคำนี้ ศาลปกครองกลางน่าจะมีความหมายหรือมีเจตนาอย่างไร ทั้งนี้เพื่อมิให้เข้าใจสาระของคำสั่งศาลปกครองกลางผิดไปจากความเป็นจริงโดยจะไม่เพิ่มข้อความลงในการสรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง

ข้อสังเกตในการพิจารณาแยกสาระในความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ให้ชัดเจนเพราะความเห็นของท่านคณาจารย์ในบางข้อมิได้วิจารณ์หรือวิเคราะห์คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลปกครองอย่างเดียว แต่ท่านคณาจารย์ได้พูดไปถึงคำขอของผู้ที่ฟ้องคดี ที่มี

ความคิดพลาดด้วย คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ ได้กล่าวถึง คำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีไว้ว่าการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ เพราะได้มีการกระทำนั้นๆ เสร็จสิ้นไปแล้วในความเป็นจริง การเพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายปกครอง จึงต้องเป็นกรณีที่เป็นกรณีก่อการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้นซึ่งความเห็นนี้ เป็นความเห็นที่ถูกต้อง

แต่ความเห็นของคณาจารย์ในข้อนี้เป็นการวิจารณ์ผู้ฟ้องคดีในการเขียนคำขอ มิใช่เป็นการให้ความเห็นของคณาจารย์ในคำสั่งของศาลปกครองกลาง สำหรับความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสุมบุรณ์ เห็นว่าความคิดพลาดในการเขียนคำขอของผู้ฟ้องคดีเป็นเรื่องปกติเพราะการที่จะคาดหมายว่า ผู้ฟ้องคดีจะต้องเขียนคำขอมาโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายและตามข้อเท็จจริงคงเป็นไปได้ยาก เนื่องจาก ผู้ฟ้องคดีเขาเดือดร้อนอย่างไร เขาก็ขอมาอย่างนั้น ผู้ฟ้องคดีโดยทั่วไปย่อมมิใช่ผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย และในขณะนี้ผู้ฟ้องคดีส่วนใหญ่ คงยังไม่มีความรู้พอที่จะแยกการกระทำทางกายภาพ (acte materiel หรือ realakt) ออกจากการกระทำที่เป็น“นิติกรรมทางปกครอง (acte administrative)”

ส่วนการที่เราจะสามารถรู้ได้ว่า ตุลาการศาลปกครองของเรามีคุณภาพมากน้อยเพียงใด เราคงต้องรองจนกว่าศาลปกครองจะมีคำวินิจฉัยเป็นข้อยุติในคดีพิพาทในคดีปราสาทพระวิหารการที่เราจะทราบคุณภาพของตุลาการของศาลปกครองกลางได้ ก็คงต้องคอยดูคำวินิจฉัยสั่งการในคำขอของผู้ฟ้องคดีว่าศาลจะสั่งอย่างไร ซึ่งในคดีพิพาทกรณีปราสาทพระวิหารนี้มีคำขอของผู้ฟ้องคดีอยู่ 4 ข้อแต่เท่าที่ปรากฏมาจนถึงขณะนี้ การสั่งการของตุลาการของศาลปกครองกลางยังอยู่ในแนวทางที่ยอมรับได้ เพราะศาลปกครองกลางได้สั่งในมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยใช้ถ้อยคำว่าจะมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง รัฐมนตรีฯและคณะรัฐมนตรี ดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 โดยตุลาการของศาลปกครองกลาง ยังมีได้สั่งเพิกถอนการกระทำในทางข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วตามที่คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ได้กล่าวไว้ แต่อย่างไร

ความเห็นในข้อกฎหมายที่แตกต่างไปจากแนวทางการให้เหตุผลในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 (กรณี JTEPA) และแตกต่างกับท่านนักวิชาการทั้ง 3 ท่าน (หนึ่งคณะ กับ อีกสองท่าน)

ในเบื้องต้น เขตอำนาจของศาลปกครอง ย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในองค์กรที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้นและย่อมไม่ถูกจำกัดว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว จะต้องเป็นการ

กระทำที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่ผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น

หลักเกณฑ์ประการแรก ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายมหาชน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการกระทำการซึ่งตามกฎหมายไทยก็คือจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง กล่าวคือ ตราบใดที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครองก็จะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้นจะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และแม้การมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองนั้นจะเป็นการมอบหมายโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) ที่วินิจฉัยว่ากรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้เข้าหลักเกณฑ์ประการแรกนี้แล้ว และนอกจากนั้นในทางกลับกันจะเห็นได้ว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) ที่มององค์กรเป็นหลัก โดยวินิจฉัยว่าต้องเป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้นน่าจะขัดแย้งกับคำนิยามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยชัดแจ้งและเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตามแนวทฤษฎี *acte de gouvernement* ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งเป็นผลให้เป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดต่อระบบบริหารราชการ

หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวที่จะอยู่หรือไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าศาลปกครองเห็นว่าการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณา ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงว่าหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำงานอยู่ในสังกัดนั้นจะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติฯลฯ หรือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และโดยไม่คำนึงว่า การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวจะเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯลฯ หรือตามรัฐธรรมนูญ

ท่านอาจารย์ได้อธิบายเหตุผลเป็นไปตามที่ตุลาการของศาลปกครองสูงสุด อธิบายอยู่ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) ของไทยมาอธิบายการกระทำที่เป็นการกระทำของรัฐบาลโดยไม่สามารถเรียกการกระทำลักษณะนี้ว่า เป็นการกระทำของรัฐบาล แต่คงจะเปลี่ยนชื่อและเรียกทฤษฎีใหม่นี้ว่าการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมีอยู่อย่างหลากหลายและหลายประเภท และมี



องค์กรตามรัฐธรรมนูญจำนวนมากที่ไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาล ดังนั้นจึงเรียกการกระทำขององค์กรเหล่านี้ว่าเป็น *acte de government* ไม่ได้

การที่นักวิชาการพยายามอธิบาย เพื่อให้ถือว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น) เป็นบรรทัดฐานด้วยการอาศัยอ้างอิงชื่อ และเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วย การกระทำของรัฐบาล ตามมาตรฐานของกฎหมายมหาชนของประเทศที่พัฒนาแล้ว จึงเป็นการสร้างความเข้าใจผิดในทางวิชาการให้แก่คนทั่วไป ดังนั้นเงื่อนไขสองประการ องค์กรที่กระทำการต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดใช้เหตุผลในการสั่งไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท (ในคดี JTEPA) นั้น ได้ทำให้แนวการวินิจฉัยของศาลปกครองไทยออกนอกกรอบของทฤษฎีว่าด้วย *acte de government* ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ว่าขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำโดยมิได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำว่าผู้กระทำจะต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรตามพระราชบัญญัติ

หลักการของทฤษฎีว่าด้วย *acte de government* ของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่พิจารณาลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์จะมีผลดังนี้ คือ ประการแรกเป็นการจำกัดผู้กระทำอยู่ในตัวเพราะองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมาย ที่จะใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลหรือรัฐ มิได้ไม่กึ่งองค์กร และที่เห็นกันอยู่ก็ คือ ประมุขของรัฐ รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) กับสภานิติบัญญัติ และแม้แต่นายกรัฐมนตรี ก็ไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ และถ้าถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ก็สามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วย *act of state* ได้ และประการที่สองโดยนัยกลับกันถ้าองค์กรที่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ ไม่ว่าจะประมุขของรัฐหรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติได้กระทำการอันใดที่การกระทำนั้น ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล การกระทำดังกล่าวก็เป็นการกระทำประเภทอื่นซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการกระทำอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

จากหลักการดังกล่าว การกระทำของรัฐบาลควรจะต้องพิจารณาจากลักษณะ *nature* ของการกระทำ เช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่าคณะรัฐมนตรีที่สามารถกระทำการในสถานะที่เป็นหัวหน้าฝ่ายปกครอง โดยคณะรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารเสมอ และนอกจากนั้นการมีสถานะเป็นฝ่ายปกครองก็จะไม่ถูกจำกัดว่าต้องเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่แต่ละคนจะต้องทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคล คือ ต่างคนต่างมีกระทรวงที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งแนวทางของประเทศที่มีระบบศาลปกครอง ศาลปกครองของต่างประเทศจะมีอำนาจตีความปัญหานี้เอง เมื่อมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นมา กล่าวคือดำเนินไปตามระบบของศาลปกครอง

ต่างประเทศความเข้าใจจะกลับทางกันคือศาลปกครองของแต่ละประเทศจะมีอำนาจตีความ การกระทำของรัฐบาลได้เอง เว้นแต่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลอื่น ซึ่งต่างจากกรณีที่รัฐธรรมนูญถ้าไม่ได้บัญญัติไว้การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลย่อมไม่อาจทำได้ในทางกฎหมาย

ดังนั้นจากการพิจารณาสาระในความเห็นของท่านนักกฎหมายทั้งสามท่าน(หนึ่งคณะกับสองท่าน) มีความเห็นว่าท่านนักกฎหมายทั้งสามท่านมีความเห็นตรงกันอยู่ในสองประการคือ ประการแรก นักกฎหมายทุกท่านไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขคำ ที่ 384 / 2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ที่รับคำฟ้องคดีพิพาทเรื่องนี้ไว้พิจารณา และไม่เห็นด้วยกับการสั่งใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยนักกฎหมายทั้งสามท่าน ต่างก็อ้างอิงหลักกฎหมายหรือทฤษฎีว่าด้วย acte de gouvernement หรือ act of government และประการที่สอง นักกฎหมายทั้งสามท่านต่างอ้างคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ว่าเป็นคำวินิจฉัยบรรทัดฐานที่ศาลปกครองควรยึดถือ ดังนั้นในการให้ความเห็นเรื่อง คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำ ที่ 984 / 2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) นี้ประเด็นมี 2 หัวข้อ คือ หัวข้อแรกเป็นปัญหาว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ซึ่งนักวิชาการทั้ง 3 ท่านเห็นตรงกันว่าเป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยว่าด้วย acte de gouvernement หรือ act of state หรือ regierungsakt นั้น ตามความเป็นจริงแล้ว แนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวได้เป็นไปตามทฤษฎี acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้วตามที่นักกฎหมายทั้งสามท่านเข้าใจหรือไม่ หรือว่าความจริงไม่ใช่เช่นนั้น หัวข้อที่สอง เป็นปัญหาข้อกฎหมายในทางวิชาการ คือ ถ้าสมมติว่าข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏอยู่ในคดีพิพาทเรื่องปราสาทพระวิหารนี้ เกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว เราคิดว่าศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาพิพากษาหรือไม่ก็จะเห็นว่าคดีพิพาทนี้เป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจ (jurisdiction) ของศาลปกครองหรือไม่ และถ้าศาลปกครองของเขาประเทศที่พัฒนาแล้วรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา เขาจะอธิบายด้วยเหตุผลอย่างไร หัวข้อที่ (1) ปัญหาที่ว่า การอ้างอิงของนักกฎหมาย ที่ระบุว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย - ญี่ปุ่น JTEPA ) เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยว่าด้วย การกระทำทางรัฐบาลนั้นถูกต้องหรือไม่

ดังนั้นแนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 มิได้เป็นไปตาม ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลแต่อย่างใด โดยแยกเป็นข้อย่อย 3 ประการ ดังนี้ สาระของคำสั่งศาลปกครอง

สูงสุด ที่ 178 /2550 มีอย่างไร คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นไปตามแนวทางทฤษฎี acte de gouvernement หรือไม่ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ใช้เป็นบรรทัดฐานได้เพียงใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่178/2550 มีสาระอย่างไรตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้เขียนคำสั่ง ที่ 178/2550 นี้ เป็นคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น JTEPA)ระหว่างมูลนิธิข้าวขวัญที่1และพวกรวม 5 คน เป็นผู้ฟ้องคดี กับ กระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1, รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2 ,รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ(นายพิศาล มาฉวพัฒน์)ที่ 3, คณะรัฐมนตรีที่ 4 , นายกรัฐมนตรี ที่ 5 รวม 5 คน เป็นผู้ถูกฟ้องคดี คดีนี้วินิจฉัยโดย ตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ท่าน คือ นายวรพจน์ วิสรุตพิชญ์ เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน , นายอำพล สิงห์ โกวิวิท ห้วนหน้าคณะ , นายวิชัย ชื่นชมพูนุท, นายไพบูลย์ เสียงก้อง , และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เป็นองค์คณะ สาระของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เป็นส่วนที่เกี่ยวกับการบรรยาย คำฟ้องและการอุทธรณ์จากศาลปกครองชั้นต้นเป็นส่วนที่เป็นการวินิจฉัย และเหตุผลของศาลปกครองสูงสุด มีสาระสำคัญที่ควรทราบอย่างย่อๆ ดังนี้คำขอของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งรวม 4 ข้อ ดังต่อไปนี้

(1) ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (กรณีลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น) เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2544 เป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้ง 5 จัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่ ตามกระบวนการของกฎหมายโดยเคร่งครัด

(2) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่ให้นำเรื่อง ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้ว เป็นโมฆะ

(3) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่4 (คณะรัฐมนตรี)ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่5 (นายกรัฐมนตรี) และบุคคลต่างๆ ไปลงนามในความตกลงฯเป็นโมฆะ และให้ศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาระงับการลงนาม และ

(4) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรี)และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3(ปลัดกระทรวง) และ ฯลฯ ที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและพร้อมกันนั้น ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ฯลฯการพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้ว มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เพราะเห็นว่ากระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศ อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9

แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นคำร้องอุทธรณ์ ต่อศาลปกครองสูงสุด

การวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ในส่วนที่เป็นการวินิจฉัยของศาล อาจสรุปแนวทางการเขียนได้ เป็น 2 ตอน ดังนี้

ตอนแรกตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้เริ่มต้นคำวินิจฉัย ด้วยการพิจารณา ลักษณะของคดีปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งได้แก่ คดีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น สัญญาทางปกครอง กรณีอื่นที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นเป็นหลักการว่า ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ หน่วยงานของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตาม กฎหมายซึ่งเป็นอำนาจทางปกครอง คือ ออกกฎ ราชการ ละเลยต่อหน้าที่ทางปกครอง ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า ฯลฯ แต่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กับ เอกชน หรือ ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ คือ ราชการ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า)ตอนที่สองต่อมา ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า คณะรัฐมนตรี(ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) เป็นคณะบุคคลที่รัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองฯ กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารของรัฐของคณะรัฐมนตรีอาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติก็ได้หรือจากรัฐธรรมนูญ ก็ได้โดย ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ ฯลฯ ถือได้ว่า คณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ.2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯลฯ ย่อมเป็นคดีที่อยู่ใน อำนาจพิจารณาและพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ.2542 แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ.2542 ไม่แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตาม

รัฐธรรมนูญและในกรณีนี้ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับเอกชนและระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันและจากนั้นศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีและวินิจฉัยว่า คดีนี้ไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และมีคำสั่งยื่นตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นไม่รับฟ้องและให้จำหน่ายคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เป็นไปตามแนวทางทฤษฎี acte de gouvernement หรือไม่ ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญ และผู้เขียนมีความเห็นว่า แนวทางการให้เหตุผลของตุลาการศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในการไม่รับคดีพิพาท(กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย - ญี่ปุ่น) ไม่ใช่แนวทางที่เป็นเหตุผลของทฤษฎี acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้วพิจารณาความแตกต่าง ดังต่อไปนี้

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่เป็นหลักการ 2 ประการ ดังนี้ คือ

(1) หลักการประการแรก คือ ต้องพิจารณาว่าองค์กรที่กระทำการนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ

(2) หลักการประการที่สอง คือ องค์กรดังกล่าวใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามกฎหมายอะไรใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯ หรือใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

โดยตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเป็นหลักการไว้ว่าถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวคณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง ฯ ไม่และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุด จึงมิได้ไม่รับฟ้องคดีพิพาทนี้เพราะเหตุผลว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาหรือเป็นการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพราะศาลปกครองสูงสุดได้กล่าวถึงการกระทำทั้งสองเพียงเป็นตัวอย่างของการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ตามถ้อยคำที่ศาลปกครองสูงสุดกล่าวว่า “...แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) หาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่แต่กระทำในฐานะ

ที่เป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ด้วยเหตุนี้ แม้ว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุด ( คำสั่งที่ 178/2550 ) จะมีข้อยุติ(กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น JTEPA ) สั่งไม่รับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา แต่เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นกล่าว มิได้เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (act de gouvernement) แต่เป็นเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด พยายามที่จะวางแนวทางการให้เหตุผลที่เป็นของตนเองขึ้นใหม่ สำหรับปัญหาว่า แนวทางการให้เหตุผล ของตุลาการศาลปกครองสูงสุดนี้ จะให้ผลแตกต่างซึ่งเป็นผลดีหรือผลเสียต่อระบบบริหารราชการของรัฐ เมื่อเปรียบเทียบกับแนวทางการให้เหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล

ในส่วนที่ 3 จากความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ กล่าวว่าในการพิจารณาเปรียบเทียบการให้เหตุผลของตุลาการศาลปกครองของเราระหว่าง คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/ 2550 (กรณี JTEPA ) กับ คำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) เราอาจจะเข้าใจได้ดีขึ้น ถ้าเรานำเอาความเห็นของ ท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ มาพิจารณา ท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เป็นอาจารย์ท่านเดียวในบรรดา นักวิชาการ 3 ท่านที่ได้สรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองทั้งสองฉบับไว้อย่างชัดเจนและตามความเห็นของอาจารย์อมรฯเป็นการสรุปที่ตรงความหมายและตรงไปตรงมา

ส่วนที่วิเคราะห์ สาระของคำสั่งของศาลปกครองทั้งสองฉบับดังกล่าว จะแตกต่างกับความเห็นของอาจารย์อมรฯ อย่างมากท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ให้ความเห็นที่เป็นการวิเคราะห์สรุปโดยขอตั้งเป็นประเด็นในทางวิชาการแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล เพราะเมื่อพิจารณาจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น ศาลปกครอง (สูงสุด)มองการกระทำเป็นหลัก โดยมองว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาในขณะที่คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร)นั้น ศาลปกครองกลางมององค์การเป็นหลักโดยมองว่า การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ที่เห็นว่าในคำสั่งศาลปกครองกลาง (ในคดีหมายเลขคำ) ที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) ศาลปกครองกลางมององค์การเป็นหลักนั้นตรงกับความเห็นของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ที่ท่านมีความเห็นที่แตกต่างออกไป กล่าวคือ

(1) ในกรณี คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) นั้นศาลปกครอง (สูงสุด)มอง องค์กรเป็นหลักมิใช่มองการกระทำเป็นหลักตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดมองว่า ถ้าองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้กระทำและการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญการกระทำขององค์กรนั้นย่อมจะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และ

(2) ในกรณี ศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำ ที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร)นั้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองกลางมองเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการเป็นหลักมิใช่มององค์กรเป็นหลัก ตามความเห็นของท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่าศาลปกครองกลางมองว่า ถ้าผู้กระทำเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองเป็นผู้กระทำ กรณีก็จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไม่ว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะใช้อำนาจตามกฎหมายอะไรคือจะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญก็ได้หรือจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ ก็ให้เหตุผลอธิบายได้ง่าย ๆ คือ การที่ศาลปกครอง (สูงสุด) ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/ 2550 มอง องค์กรเป็นหลัก และการที่ศาลปกครองกลางในคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำ ที่ 984 / 2551 มอง เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการเป็นหลักก็เพราะว่า ถ้อยคำในคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองทั้งสองฉบับเขียนไว้เช่นนั้น และไม่อาจเข้าใจเป็นอย่างอื่นได้

(3) การที่นักกฎหมายไทยของเรา อ้างอิงคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/ 2550 ที่สั่งไม่รับเรื่องกรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย- ญี่ปุ่น JTEP ว่า เป็นบรรทัดฐานในทฤษฎี acte de gouvernement นั้น น่าจะเป็นเพราะว่า นักกฎหมายของเราเข้าใจว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวได้ให้เหตุผลตรงตามหลักกฎหมายว่าด้วย การกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศ ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของ การกระทำเป็นหลัก เพราะเห็นว่าเป็นคำสั่งที่มีข้อยุติที่เหมือนกันคือ สั่งไม่รับเรื่องไว้พิจารณา แต่นักกฎหมายของเรามีได้เฉลียวใจและไม่ได้อ่านตรวจดูว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งไม่รับเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไว้พิจารณานั้น ศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายเหตุผลไว้อย่างไรในการวินิจฉัยคดีของศาลไม่ว่าศาลใด ๆ ศาลหรือผู้พิพากษาอาจยกเหตุผลขึ้นกล่าวได้น่า ๆ ประการปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่ว่า เหตุผลที่ศาลหรือผู้พิพากษายกขึ้นกล่าว reasoning นั้น จะมีความครบถ้วนและมีความสมเหตุสมผลมากน้อยเพียงใด และในกรณีนี้เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดนำมาอธิบายนั้นไม่ตรงกับเหตุผลที่เป็นหลักการตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว

(4) คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ใช้เป็นบรรทัดฐานศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถคิดสร้างหลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไป (general principle of law)

มาใช้ในการบริหารประเทศ จนทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพ และประสบความสำเร็จในการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้ วงการกฎหมายและศาลปกครองของเราก็น่าจะสามารถ คิดสร้างหลักการและหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมกับประเพณีและสภาพการบริหาร มาใช้ในการบริหารประเทศให้มีประสิทธิภาพได้เช่นเดียวกัน หลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่วงการกฎหมายและศาลปกครอง คิดขึ้นมาใช้นั้น จะต้องเป็นหลักปฏิบัติที่สามารถนำมาใช้ได้ อย่างเป็น บรรทัดฐานคือสามารถอ้างอิงนำไปใช้ได้ ในกรณีที่คล้ายคลึงกัน โดยเกิดผลดีต่อการบริหารประเทศได้ในลักษณะเดียวกันมิใช่ว่ากรณีนี้ใช้ได้ผลดีแต่อีกกรณีหนึ่งด้วยหลักการและเหตุผลอย่างเดียวกัน เกิดผลเสีย เมื่อพิจารณาเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น) เป็นหลักการไว้ว่า ศาลปกครองย่อมไม่อำนาจพิจารณาพิพากษาในคดีพิพาทที่มีการฟ้องร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของ การกระทำขององค์กร (1) องค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในที่นี้คือคณะรัฐมนตรี และ (2) องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นได้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญและในทางกลับกันคือศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เมื่อองค์กรที่ใช้อำนาจนั้นมีใช้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง ฯ (มาตรา 3) ปัญหา มีว่า ถ้านำหลักการดังกล่าวนี้มาใช้เป็นบรรทัดฐานจะเกิดผลต่อระบบการบริหารของประเทศอย่างไร

ประการแรก ปัญหาว่า คำว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีความหมายเพียงใด ได้แก่ องค์กรใดบ้าง รัฐธรรมนูญ มีองค์กรอยู่หลากหลาย ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติอย่างไร ในรัฐธรรมนูญของเราในปัจจุบัน ก็มีทั้ง องค์กรที่เป็นสถาบันการเมือง เช่น คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติ และมีทั้งองค์กรที่เป็นสถาบันบริหารซึ่งมิใช่สถาบันการเมือง อันเป็น โครงสร้างสำคัญของระบบบริหารประเทศ อยู่หลายประเภท เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง, คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และต่อไปจนถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน , คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือแม้แต่องค์กรอัยการ ทั้งนี้ โดยยังไม่พูดถึงองค์กรที่เป็นศาลต่างๆ องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีอำนาจหน้าที่อย่างหลากหลายและอาจกระทำการได้ในหลายๆลักษณะ (nature) โดยอาจจะเป็นการกระทำถึงตุลาการ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐบาล การกระทำทางปกครองหรือแม้แต่กระทำที่การกระทำทางกายภาพ ซึ่งไม่ใช่การกระทำหรือนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายก็ได้และแม้ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวก็อาจ



กระทำกิจกรรมได้ในหลายลักษณะ ดังนั้นการที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ) ได้นำเอาองค์การตามรัฐธรรมนูญมาเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาว่า ศาลปกครองจะรับหรือไม่รับคดีพิพาทไว้พิจารณาพิพากษา จึงไม่อาจอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการและในทางตรรกะความสมเหตุสมผลที่แน่ชัดได้ว่า เพราะเหตุใด จึงกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ และการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้จะทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพดีขึ้นอันเป็นจุดหมายของกฎหมายและของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้

ประการที่สองก็คือ การที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550) กำหนดเป็นเงื่อนไขข้อที่สองไว้ว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ต่อเมื่อองค์การดังกล่าวจะต้องใช้อำนาจ ฯ ตามพระราชบัญญัติหรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ เช่นพระราชบัญญัติเท่านั้นกรณีนี้ก็เช่นเดียวกัน เราไม่สามารถที่จะอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการและในทางตรรกะความสมเหตุสมผลได้ว่าเพราะเหตุใด จึงกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้และการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้จะทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพดีขึ้นได้อย่างไร ถ้าพิจารณากันจริงๆ แล้ว การกระทำของรัฐบาล อาจมิได้เกิดจากการใช้อำนาจบริหารตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อาจจะเกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง act de gouvernement ที่เกี่ยวกับความมั่นคงภายในประเทศ (la surete interieure de l'Etat)

ทั้งนี้โดยอำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีกำหนดไว้ทั้งในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ ในกรณีเช่นนี้ จะถือปฏิบัติอย่างไร และจะตีความอย่างไร ซึ่งยากที่จะให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์จึงไม่เห็นด้วยกับนักวิชาการทั้งสามท่าน (หนึ่งคณะ กับสองท่าน) ที่อ้างอิงคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ว่า เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทยที่ ว่าด้วยหลักกฎหมายหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลจากความเห็นของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ห้าท่านนอกเหนือจากความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ดังกล่าวมาแล้วข้างต้นในข้อ 2 ถ้าเรานำเอาความเห็นของคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มาวิเคราะห์ดู เราอาจจะมองเห็นปัญหาจากด้านต่าง ๆ ได้มากขึ้นว่าด้วยทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลของศาลปกครองของต่างประเทศไม่ว่าจะเรียกว่าเป็น acte de gouvernement หรือ act of state หรือ regierungsakt ด้วยเหตุผลตามที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทย อธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 มิใช่อธิบาย acte de gouvernement ด้วยเหตุผลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งทำให้การอธิบายทฤษฎี acte de gouvernement ของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ กลายเป็นความเห็นส่วนตัวของคณาจารย์ มากกว่าที่จะเป็น

ความเห็นที่ให้ความรู้ในทางวิชาการ เหตุผลของตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทยใน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550) เป็นเหตุผลคนละเรื่องคนละราว กับเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศอย่างสิ้นเชิง ความเห็นของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ซึ่งคณาจารย์ ๕ มีความเห็นว่า คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984 /2551) ได้ใช้หลักเกณฑ์ทางองค์การในการพิจารณาการกระทำของรัฐบาล เช่นเดียวกับความเห็นของ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์แล้ว ในการสรุปสาระของคำสั่งศาลปกครองกลาง (ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551) โดยท่านคณาจารย์ได้มีเพิ่มเติมข้อความในสาระสำคัญเกินไปกว่าที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ได้สรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำที่ 984/ 2551) ไว้ โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่า กรณีที่รัฐมนตรีฯ เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีฯ และคณะรัฐมนตรีได้กระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง

ดังนั้น ข้อสรุปที่เป็นความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ฯ ดังกล่าวเทียบ กับสาระที่เป็นเหตุผลของศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยเรื่องนี้ที่อยู่ในคำสั่งคดีหมายเลขคำที่ 984 / 2551 กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายพระราชบัญญัติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงต่างประเทศ ตามกฎหมายพระราชบัญญัติและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะรัฐมนตรี) มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและดังนั้นศาลปกครองกลางจึงมีความเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสอง จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จะเห็นได้ว่าไม่มีข้อความใดในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ที่ระบุว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติตามที่คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้กล่าวไว้ นอกจากนั้นในการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ดูเหมือนว่า คณาจารย์ 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ตุลาการศาลปกครองกลางได้กล่าวเป็นข้อเท็จจริงต่อไปไว้ว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีฯ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่สอง(คณะรัฐมนตรี กรณีขอขึ้นทะเบียนฯ พร้อมแผนที่แนบท้าย โดยไม่สุจริตใช้อำนาจหน้าที่และกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริงไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประเทศชาติและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย ... จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็น

คดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ.2542 ซึ่งศาลเห็นสมควรมีคำสั่งรับคดีนี้ไว้พิจารณา ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้กล่าวต่อไปว่าไม่ ท่านคณาจารย์ 5 ท่านของ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้สรุปสาระคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำ ที่ 984 / 2551) ไว้ไม่ถูกต้อง ซึ่งตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ อาจมีการเพิ่มเติมข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ไม่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลางและอาจไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง ดังนั้นการให้ ความเห็นในเชิงวิจารณ์คำสั่งของศาลปกครองกลาง ของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงอาจเป็น ความเห็นวิจารณ์ที่อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่คณาจารย์ 5 ท่านได้เขียนสรุปไว้เอง โดยระบุอ้างถึง คำสั่งของศาลปกครองกลาง โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลาง นำคำขอของผู้ฟ้องคดี 2 ประการ คือ คำขอเกี่ยวกับการเสนอร่างแถลงการณ์ acte materiel หรือ realakt กับคำขอเกี่ยวกับมติ คณะรัฐมนตรี (acte administratif) มาใช้พิจารณาว่า เป็น การกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ มีความเห็นเกี่ยวกับคำสั่งของศาลปกครองกลาง ว่า ศาลปกครองกลางมิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเพียงว่าเป็นคดีที่พิพาทที่เกี่ยวกับ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่า การกระทำนิติกรรมทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีผลเป็นอย่างไร จะเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่นั้น ศาลปกครองกลางยังมีได้วินิจฉัย ศาลปกครองกลางเพียงแต่ตรวจดูว่าผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี) เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวได้ กระทำการที่สมควรจะถูกรตรวจสอบจากศาลปกครองตามคำขอของผู้ถูกฟ้องหรือไม่

#### 4.3 ปัญหาว่าด้วยเหตุผลในการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครอง

การกระทำของรัฐบาลซึ่งหลักการนี้ได้แบบอย่างของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ ดังเช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ที่ว่า “...ถ้าเป็นนิติกรรมหรือการกระทำที่ได้ทำลงโดยรัฐบาล โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือทำลงโดยเหตุผลทางการเมือง (intercet politique) นั้นจะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะพิเศษไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล...” ซึ่งเรื่องนี้ศาลปกครองไทยก็ได้มีการวางหลักโดยความเห็นของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเหมือนกันเป็นการนำเอา แนวความคิดของต่างประเทศมากำหนดหลักเกณฑ์ทั้งจากประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลว์ และ ซีวิลลว์ คือ

ประการแรก ถ้าการกระทำในทางนโยบาย การที่รัฐบาลมีนโยบายวางแผนพัฒนาประเทศในด้านต่างๆนั้นจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองนโยบายของรัฐจึงนำมาฟ้องศาลไม่ได้หรือไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็ตาม

ประการที่สอง การกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การที่ฝ่ายบริหารไม่เรียกประชุมสภาสมัชชวิสามัญ แม้อีกฝ่ายหนึ่งจะเข้าชื่อกันครบก็ถือว่าไม่อยู่ในอำนาจศาล หรือกรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่นำร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านวุฒิสภาแล้วกราบบังคมทูลภายในเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเช่นนี้จะมาฟ้องศาลว่านายกรัฐมนตรีละเลยหน้าที่ไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลเข้าไปตรวจสอบไม่ได้

ประการที่สาม การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่การกระทำทางการทูต การจัดทำหรือเลิกสัญญา การดำเนินการขององค์กรระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินคดีของศาลโลก การดำเนินการเกี่ยวกับการประกาศสงคราม เป็นต้น

การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลจึงเป็นหน้าที่ของรัฐสภาอันเป็นระบบวิธีควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองของหลายประเทศถือว่าเป็นเรื่องของการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายบริหารไม่ใช่ในฐานะฝ่ายปกครองจึงไม่ใช่การกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตามจากการศึกษาถึงการควบคุมการกระทำทางตุลาการของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทำให้ทราบว่ากรกระทำทั้งหลายของประธานาธิบดีไม่ใช่จะเป็นการกระทำของรัฐบาลเสมอไป บางครั้งก็เป็นเรื่องการกระทำทางปกครองได้เหมือนกันซึ่งก็จะต้องถูกตรวจสอบโดยกำหนดไว้ในกฎหมายโดยศาลปกครองในการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันการพิจารณาคดีปกครองประเภทเดียวกับที่พิจารณาการกระทำของฝ่ายปกครองอื่นๆ

ดังนั้น การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของประธานาธิบดีแห่งรัฐฝรั่งเศสคือ

(1) การควบคุมการกระทำที่กระทำลงโดยปราศจากอำนาจ (incompetence) คือไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการดังกล่าว เป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากตัวผู้กระทำ

(2) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากกระบวนการการจัดทำ คือการกระทำที่ไม่ทำตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนด (vice de procedure) ของประธานาธิบดีในการจัดทำคำสั่ง กฎระเบียบต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจของประธานาธิบดีที่จะจัดทำได้หรือไม่ เป็นปัญหาที่กระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

(3) ความไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากรูปแบบของการกระทำ (forme) เช่น คำสั่งจะต้องมีการลงนามโดยผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

(4) การฝ่าฝืนกฎหมาย (violation de la loi) เช่น ในการออกรัฐกฤษฎีกา คำสั่ง กฎ หรือระเบียบต่างๆ เป็นต้น

(5) การใช้อำนาจโดยบิดเบือน (détournement de pouvoir) คือ การใช้อำนาจผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือการใช้อำนาจหน้าที่ในทางมิชอบ

กรณีศาลปกครองสูงสุดของไทย ได้มีคำพิพากษาคดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1-3 ดำเนินการพิจารณาคัดเลือกผู้แทนและที่ปรึกษาฝ่ายนายจ้างเพื่อเข้าร่วมประชุมใหญ่ประจำปี สมัยที่ 89 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีชอบว่าเป็นการดำเนินการในเรื่องของแรงงานสัมพันธ์ตามกฎหมายภายในแม้ว่าจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีพันธะที่จะต้องปฏิบัติตามด้วยก็ตาม ไม่ใช่ความสัมพันธ์ระหว่างราชอาณาจักรไทยกับองค์การระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หาใช่การใช้อำนาจทางการเมืองแต่อย่างใด

แต่อย่างไรก็ตาม ก็ยังมีลักษณะเรื่องอีกหลายกรณีเหมือนกันที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะเจาะจงอย่างชัดเจนว่าไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ซึ่งโดยลักษณะของเรื่องแล้วการจะนำปัญหามาฟ้องที่ศาลยุติธรรมก็ไม่ได้เหมือนกัน กล่าวคือ

#### ก. การใช้อำนาจตุลาการ

ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตุลาการของศาลใดจะนำมาฟ้องศาลปกครองคงไม่ได้ หรือจะฟ้องศาลอื่นใดก็ไม่ได้ แต่มีหลายกรณีที่ประชาชนนำคำพิพากษาของศาลยุติธรรมมาฟ้องยังศาลปกครอง เดิมทีเดียวศาลปกครองก็ไม่มีแนวทางในการอธิบายแต่ระยะหลังเมื่อมีคดีขึ้นสู่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เรื่องกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ศาลปกครองก็ได้มีการวางหลังอธิบาย เรื่องที่ไม่มีอำนาจของศาลปกครองโดยสภาพในตัวของมันเอง การให้ศาลยุติธรรมมาตรวจสอบคำพิพากษาของศาลยุติธรรม คงทำไม่ได้เพราะเป็นเรื่องการใช้อำนาจตุลาการเป็นลักษณะที่เรียกว่า นิติกรรมทางตุลาการ (acte juridictionnel) นั้น ต้องการความแน่นอนเมื่อมีการวินิจฉัยคดีจนถึงที่สุดแล้วก็ต้องเป็นที่ยุติตามนั้น (res judicata) ดังกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ได้แก่ คำสั่งที่ 101/2544 มีคำวินิจฉัยโดยย่อ ดังนี้ “ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามมาตรา 271 และมาตรา 249 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองวินิจฉัยความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ”

คำสั่งที่ 120/2544 มีคำวินิจฉัยโดยย่อ ดังนี้ “ผู้ฟ้องคดีถูกฟ้องเป็นจำเลยให้รับผิดทางแพ่งตามสัญญาเช่าและขับไล่ออกจากบ้านเช่า และศาล ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นการใช้อำนาจตุลาการ ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายตามมาตรา 249 ของรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยสภาพ เมื่อคดีถึงที่สุดในศาลยุติธรรมแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะนำมาฟ้องต่อศาลปกครองอีกไม่ได้”

#### ข. การใช้อำนาจนิติบัญญัติ

หากพิจารณากันในแง่ขององค์กรแล้วก็ต้องถือว่านิติกรรมทุกอย่างที่กระทำโดยองค์กรนิติบัญญัติเท่านั้นที่เป็น “นิติกรรมทางนิติบัญญัติ” (acte legislative) หรือการกระทำทางสภา คือ ข้อกำหนดทุกอย่างที่รัฐเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่เฉพาะเจาะจงว่าจะบังคับใช้กับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ ข้อกำหนดที่ว่านั้นก็ คือ กฎหมายการที่สภานิติบัญญัติจะออกกฎหมายช้าหรือเร็วหรือจะออกกฎหมายที่มีข้อความเหมาะสมหรือไม่ บกพร่องหรือไม่ ศาลจะเข้าไปตรวจสอบไม่ได้ เว้นแต่การบริหารบุคคลและการบริหารทั่วไปในบริการสาธารณะทางสภา เช่น การเลื่อนชั้น การโยกย้าย การลงโทษทางวินัยของเจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น โดยหลักจะได้แก่ศาลปกครอง

#### ค. มติคณะรัฐมนตรี

ปัจจุบันคณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจและหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน กล่าวคือ จะประชุมร่วมกัน โดยมีมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องต่างๆทั้งในอดีตจนถึงปัจจุบันเป็นจำนวนมาก มติคณะรัฐมนตรีนั้นเกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ พนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่อื่นๆของรัฐเป็นอย่างมาก ซึ่งข้าราชการจะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชาสูงสุดตามหลักเรื่องอำนาจกำกับดูแลเพื่อให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายและตามนโยบายของรัฐแต่มติคณะรัฐมนตรีในเรื่องต่างๆแบ่งออกได้หลายประเภทไม่ว่าจะเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายของประเทศหรือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติหน้าที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตามต่างมีผลกระทบต่อประชาชน ทั้งนี้เนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐทั้งหลายภายในกรอบที่มติคณะรัฐมนตรีกำหนดจะต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนนั่นเอง

ปัญหาของความหมาย สถานะทางกฎหมาย และผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีนั้น ยังมีข้อวิจารณ์กันอยู่ ดังเช่น ความหมายคำว่า มติคณะรัฐมนตรีในประเทศไทยยังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่อาจมีแนวความคิดได้หลายแนวทาง เช่น มติคณะรัฐมนตรีเป็นคำสั่งในทาง

บริหารในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ผูกพันผู้บังคับบัญชาตามระบบการบังคับบัญชาซึ่งมีการลงโทษทางวินัยกำกับอยู่หรือมติดคณะรัฐมนตรี คือ การกระทำการตัดสินใจ การกำหนดนโยบาย ในเรื่องต่างๆ ที่มาจากอำนาจหน้าที่ทั้งที่มีกฎหมายหรือไม่มีกฎหมายกำหนดของคณะรัฐมนตรี ในการบริหารราชการแผ่นดินเรียกว่าอำนาจบริหาร หมายถึง การกำหนดทุกอย่างในการปกครองบ้านเมืองเพื่อให้ประชาชนมีความสุข อยู่ดีกินดี บำรุงส่งเสริมประชาชนในทุกทางดูแลความสงบเรียบร้อย บังคับให้เป็นไปตามกฎหมายตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายของประเทศและเป็นผู้นำทางการเมืองบริหารกิจการทั้งมวลหรือมติดคณะรัฐมนตรี คือการกระทำของรัฐบาลเป็นคำสั่งฝ่ายบริหารเป็นที่สุด

สถานะทางกฎหมายนั้นเมื่อมติดคณะรัฐมนตรีเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินมีอำนาจและหน้าที่มากมายในการกำหนดนโยบายและบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายต่างๆ จำนวนมากมายหลายฉบับ ซึ่งได้ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการอนุมัติ อนุญาตให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง ถอดถอนข้าราชการในระดับสูงหรือผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ ฯลฯ ดังนั้น มติดคณะรัฐมนตรีจึงก่อให้เกิดข้อวิจารณ์อย่างมากว่าฝ่ายบริหารออกกฎหมายขึ้นใช้บังคับในลักษณะเดียวกับกฎหมาย โดยไม่ต้องเสนอต่อรัฐสภา ในขณะที่บางท่านเห็นว่ามติดคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหารในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งต้องเคารพเยี่ยงกฎหมาย กล่าวคือ ผูกพันผู้ได้บังคับบัญชาตามระบบการบังคับซึ่งมีการลงโทษทางวินัยกำกับอยู่ไม่ใช่กฎหมาย โดยแท้ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ามติดคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์มีสภาพบังคับก็เป็นกฎหมายได้ในอีกแง่หนึ่ง

นอกจากนี้แล้ว มติดคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการหรือแนวปฏิบัติภายในซึ่งเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครองจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรจะถือได้หรือไม่ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปและผลทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการฟ้องร้องคณะรัฐมนตรี นิติกรรมทางปกครองที่ออกตามมติดคณะรัฐมนตรีจะถูกนำมาเป็นเหตุฟ้องร้องหรือต่อสู้ในคดีได้หรือไม่ จะฟ้องร้องยังองค์กรใด ในกรณีใด เมื่อใด เป็นต้น

ในเรื่องนี้ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ได้ให้ความเห็นว่าเมื่อคณะรัฐมนตรีได้กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการเอาไว้และกระทรวง ทบวง กรม หน่วยงานของรัฐ ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับ ไปปฏิบัติตาม ก็จะทำให้เกิดแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว และระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการก็จะพัฒนาเป็น หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักกฎหมายปกครองซึ่งจะนำมาใช้ในคดีปกครองที่ฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจในกรณีที่ไม่มีความบัญญัติดังนั้น การเสริมช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัย หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งอาจจะเป็นมติดคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ เป็นหลักเกณฑ์ในการชี้ขาด

คดีปกครองจึงจำเป็นสำหรับการควบคุมฝ่ายบริหาร มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงต้องเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ขัดกับกฎหมายตามหลักการนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายได้เช่นเดียวกัน และผู้ได้รับความเสียหายอาจฟ้องร้องต่อศาลปกครองในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองก็จะดำเนินการไปตามอำนาจหน้าที่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามกฎหมายต่อไป

ในหลักเกณฑ์และเหตุผลที่ผู้เขียนได้ศึกษามาแล้วนั้นผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าโดยหลักเกณฑ์และเหตุผลของประเทศที่พัฒนาแล้วนั้นเป็นเหตุผลที่ดีและควรนำมาใช้ปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศให้มีความสอดคล้องกัน ในทางปฏิบัติและทฤษฎีโดยมองผลประโยชน์ของชาติเป็นหลัก จากหลักในการอธิบายหลักเกณฑ์ของการกระทำของรัฐบาลนั้นแม้จะเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดที่ให้เข้าสู่สภาเป็นผู้ตรวจสอบตามขั้นตอนที่ระบุไว้ แต่จากปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นเห็นได้ว่าการกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจในทางฝ่ายบริหารที่เกินขอบเขต ขาดความชอบธรรมในระเบียบวิธีการขั้นตอนตามกฎหมายและไม่เป็นไปตามกฎหมายทำให้เกิดปัญหาการกระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพ ความมีอยู่ของทรัพยากรธรรมชาติ อารยธรรมล้ำคุณค่าทางสิ่งแวดล้อม รวมไปถึงความรู้สึกของประชาชนท้องถิ่นที่มีผลกระทบต่อความรู้สึกทางจิตใจอันกว้างและอำนาจอธิปไตยของประเทศ ซึ่งส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศไปด้วย

ดังนั้นโดยทฤษฎีเหตุผลของรัฐที่มองผลประโยชน์ของชาติเป็นหลักจึงอาจูเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาในการถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ประเทศไทยควรนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบการกระทำของรัฐ โดยให้อำนาจแก่ศาลปกครองเป็นผู้ตรวจสอบในการกระทำที่มีนิติกรรมทางปกครองแทรกอยู่ในการกระทำของรัฐบาลหรือมีนิติกรรมบางส่วนอยู่ในการกระทำของรัฐบาลนั้น โดยไม่พิจารณาว่าการกระทำนั้นในทางทฤษฎีจะเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ศาลไม่สามารถแทรกแซงในการตรวจสอบได้ก็ตาม แต่มองว่าเมื่อเกิดผลกระทบต่อประชาชนส่วนกว้าง กระทบต่อภาพรวมทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมและความมั่นคงของประเทศแล้วในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะกระทำตามกฎหมายฉบับใดในขณะที่กระทำ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองทั้งสิ้นตามกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองแม้จะเป็นเงื่อนไขในทางกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในทางการเมืองตามกฎหมายที่คตินั้นของประเทศที่พัฒนาแล้วในทางปฏิบัติเป็นการเพิ่มความยุติธรรมให้กว้างขึ้น เข้าถึงมากยิ่งขึ้นไม่จำกัดอำนาจในทางศาลในมุมที่แค่เป็นการสร้างแนวผลิตภัณฑ์ความไม่ยุติธรรมในสังคมให้น้อยลงไป อีกทั้งเป็นการลดปัญหาการใช้อำนาจทางการเมืองที่เกินขอบเขตอีกด้วย



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ภายใต้การปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยนี้ หลักการกระทำของรัฐหรือการใช้ อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินการกิจการงานของรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีการถ่วงดุลและ การตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตยมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ดังนั้นการถ่วงดุลและการควบคุมการใช้อำนาจนั้นในทางปกครองนี้ หลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม เป็นหลักการในการควบคุมการถ่วงดุลการใช้อำนาจของทั้งสามฝ่ายไม่ให้ใช้อำนาจหน้าที่ของตน ได้อย่างเกินขอบเขตนอกเหนือกรอบบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจไว้

จากหลักความชอบด้วยกฎหมายและการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ หากพิจารณา จากมุมมองของรัฐ แสดงว่าการดำเนินงานของรัฐฝ่ายบริหารนั้นเรียกร่องหลักประกันในควมมี อิสรระดับหนึ่งในการทำงานทำให้การควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐฝ่ายบริหารมีการ ผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายจนนำไปสู่การยอมรับทฤษฎีหนึ่งใน ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่เรียกว่า *Théorie des actes de gouvernement* ซึ่งถือว่าเป็น ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะทฤษฎีดังกล่าวถือว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็น การกระทำของรัฐบาล (*acte de gouvernement*) เป็นการกระทำที่ไม่สามารถถูกฟ้องต่อศาลได้ แต่ มิได้หมายความว่ากระทำที่มีลักษณะเป็น *acte de gouvernement* จะปลอดจากการควบคุม ตรวจสอบเลย กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวอาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอื่นได้อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา แต่ถึงอย่างไรไม่ว่าจะเป็นการฟ้อง ให้อัยการหรือฟ้องเอกชนการกระทำหรือการฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำ ด้วย ลักษณะของการกระทำที่ไม่สามารถถูกฟ้องต่อศาลได้หรือศาลไม่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล ทำให้ปัจจุบันได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับการกระทำ ดังกล่าวอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำถามระหว่างการมีอิสรระดับหนึ่งในการดำเนินงานของรัฐ ฝ่ายบริหารกับช่องว่างของหลักความชอบด้วยกฎหมาย (*une lacune dans la légalité*) เพราะการ ดำเนินของรัฐที่แม้จะเรียกว่า *acte de gouvernement* แต่เมื่อเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การไม่ให้ศาลทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบก็เท่ากับปล่อยให้รัฐกระทำการอยู่เหนือการเคารพ ต่อกฎหมายนั่นเอง ด้วยเหตุผลนี้จึงทำให้ข้อสังเกตว่าทฤษฎีว่าด้วย *acte de gouvernement* เป็นการ

ทำให้กลับคืนชีพขึ้นมาซึ่งแนวความคิดเก่าแก่ที่ว่าด้วย *raison d'Etat* หรือเหตุผลของรัฐที่รัฐมองผลประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างกว้างเป็นหลักมากกว่าเหตุผลทางการเมืองและศาลสามารถที่จะวางหลักกฎหมายที่ถูกต้องสอดคล้องกับการวางระเบียบการบริหารราชการที่ดีเหมาะสมกับเหตุการณ์ในปัจจุบันให้อยู่ในความคิดที่ถูกต้องได้

ปัญหาดังกล่าว ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องอธิบายว่าหลักการกระทำของรัฐบาลมีความหมายอย่างไร และที่สำคัญคือมีขอบเขตของลักษณะของการกระทำเป็นอย่างไร เพื่อเป็นการจำกัดไม่ให้รัฐดำเนินการใดๆ อยู่เหนือขอบเขตอำนาจของกฎหมาย การกระทำของรัฐบาล นี้ในระบบกฎหมายของประเทศต่างๆ และของประเทศไทย ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) หรือหลักการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นหลัก (Gouvernement of Law) ตามหลักนี้ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของบุคคลใดบุคคลหนึ่งตามอำเภอใจไม่ได้ แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของผู้อื่น หรือเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนที่เรียกว่า ประโยชน์มหาชน (Public Interest) ก็ตามแต่จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หลักการพื้นฐานของการกระทำของรัฐบาลในทางกฎหมายปกครองนั้นเป็นเรื่องที่ยอมรับหลักการในทางนิติรัฐการใช้อำนาจรัฐต้องมีพื้นฐานทางกฎหมายรองรับ และการใช้อำนาจรัฐต้องตรวจสอบได้ หลักนิติรัฐมีสาระสำคัญอยู่สามประการดังนี้

ประการแรก หลักการแบ่งแยกอำนาจ ในนิติรัฐนั้นมีหลักการอยู่ว่าทุกคนไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ องค์กรของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชนทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อต้องมีกฎหมายให้อำนาจและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หลักนิติรัฐนี้ก่อให้เกิดผลตามมาคือจะต้องมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือต้องมีการควบคุมการออกกฎหมายของรัฐสภาต้องมีการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองทุกประเภทให้ใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องมีการควบคุมการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งต้องมีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดเจนคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยจะต้องมีกลไกการตรวจสอบต่อกันเกิดความรับผิดชอบ (accountability) ต่อกันแล้วจะต้องรับผิดชอบต่อองค์กรอื่นมีความรับผิดชอบต่อประชาชน (public accountability)

ประการที่สอง หลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

นั้นจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์สองประการคือ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ด้วย

ประการที่สาม หลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง โดยองค์กรตุลาการเมื่อใดที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองได้กระทำการในทางปกครองไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือก่อความเสียหาย ละเมิดต่อเอกชนซึ่งเอกชนเห็นว่าเป็นการกระทำของทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนนั้นย่อมมีอำนาจที่จะขอให้ศาล (ศาลปกครอง) วินิจฉัยว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถที่จะขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอน การกระทำทางปกครองที่มีชอบนั้นได้ และให้ชดใช้ค่าเสียหายด้วย

หลักนิติรัฐเป็นหลักที่รัฐจะยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐจะจำกัดอำนาจของตนเอง โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐตราขึ้น อำนาจรัฐนั้นจะถูกจำกัดตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่รัฐตราขึ้นเอง รัฐจึงต้องเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่กฎหมายกำหนดให้ซึ่งรัฐจะกระทำการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้และต้องกระทำภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ดังนั้นก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการใช้กฎหมายควบคุมให้เกิดความยุติธรรมขึ้นในบ้านเมือง ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญในการปกครองที่ฝ่ายปกครองทุกภาคส่วนราชการต่างๆจะต้องปฏิบัติโดยสุจริตยุติธรรมและอย่างเคร่งครัด

การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะผ่อนคลายนความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจำกัดการใช้อำนาจการตรวจสอบจากองค์กรอื่นโดยเฉพาะหน่วยงานของศาล แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลจึงเป็นแนวความคิดที่อธิบายการกระทำของรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล แต่อาจถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรทางการเมือง ซึ่งไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถึงแม้ว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยของบ้านเมือง จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีการนำหลักการเรื่องเหตุผลของรัฐมาอธิบายว่าความจำเป็นของการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยองค์กรศาลนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของมหาชนเป็นหลัก โดยพิจารณาถึงความมีอยู่ขององค์กรสภาพที่มีอยู่ รวมไปถึงการกระทำหรือการปฏิบัติกิจการนั้นๆว่าวัตถุประสงค์ของรัฐนั้นแท้จริงเป็นอย่างไรเพื่อรักษาผลประโยชน์สูงสุดของบ้านเมือง

การกระทำของรัฐบาลนี้เป็นที่ยอมรับกันมาช้านานในหลายประเทศแล้วว่าในทางกฎหมายสารบัญญัตินั้น การตัดสินใจในปัญหาการบริหารประเทศที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกิจการ

ในทางระหว่างประเทศ ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภาเป็นการกระทำที่ลักษณะในทางการเมืองสูงมาก และในทางกฎหมายวิธีสบัญญัติ การกระทำในลักษณะดังกล่าวในหลายกรณี จะปลอดจากการตรวจสอบในทางตุลาการ ทั้งนี้เนื่องมาจากสภาพอันซับซ้อนในทางการเมืองของการกระทำนั่นเอง แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ได้รับการพัฒนาขึ้นในประเทศฝรั่งเศสก่อน ในนามของ “acte de gouvernement” ต่อมาประเทศเยอรมนีได้รับเอาหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้ และเรียกการกระทำดังกล่าวว่า “Regierungsakt” ในประเทศอังกฤษ การกระทำในลักษณะทำนองเดียวกัน เป็นที่รู้จักกันในชื่อของ “act of State” หรือ “prerogative” ส่วนในสหรัฐอเมริกา การกระทำในลักษณะเช่นนี้เป็นเรื่องที่เรียกกันว่า “political question” ซึ่งศาลจะไม่นำเกณฑ์ทางกฎหมายไปควบคุมตรวจสอบ แม้แต่ประเทศในเอเชียก็รับรู้หลักการดังกล่าวนี้ เช่น ญี่ปุ่นในคดี Sunagawa มีข้อสังเกตว่าแม้ขอบเขตของการกระทำในลักษณะเช่นนี้จะแตกต่างกันออกไปบ้างในแต่ละประเทศ อีกทั้งวิธีการในการให้เหตุผลที่สุดในที่สุดแล้วคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับการกระทำในลักษณะเช่นนี้ ศาลไม่อยู่ในฐานะที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ในทางตุลาการอาจมีความแตกต่างกัน แต่ผลแห่งคดีจะไม่แตกต่างกันมีการเรียกที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศต่างๆทั้งในยุโรปและอเมริกา

เหตุผลในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เป็นปัญหาสำคัญที่เป็นจุดร่วมของหลักนิติรัฐและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการป้องกันการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามอำเภอใจ ซึ่งการใช้สิทธิที่มีผลไปกระทบกระเทือนต่อสิทธิของผู้อื่นเป็นสิทธิที่มีชอบด้วยกฎหมาย หน้าที่สำคัญอย่างหนึ่งของนิติรัฐคือพยายามกำจัดอำเภอใจให้ออกไปจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยกำหนดอำนาจและการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้อย่างชัดเจนในตัวบทกฎหมายและตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายโดยอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล เกิดหลักกฎหมายปกครองว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายพร้อมกันกับหลักการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิของประชาชน แม้กฎหมายจะให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ ฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติทางปกครอง ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่บริหารของตนตามที่กฎหมายให้อำนาจและต้องระมัดระวังให้อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย ดังนั้นในการพัฒนาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ถือเป็นกลไกปกติในการควบคุมการกระทำนั้นให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย เป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่เรียกว่าเป็นการควบคุมกฎหมายระดับรัฐบัญญัติให้ชอบด้วยกฎหมาย

วิวัฒนาการหรือความก้าวหน้าของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยการฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งพัฒนาเป็น 2 รูปแบบด้วยกันคือรูปแบบที่หนึ่งเป็นการเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์ประกอบบางประการของคำสั่งทางปกครอง นั่นคือมูลเหตุจูงใจของการออกคำสั่งนั้นกล่าวคือมูลเหตุจูงใจของคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นข้อเท็จจริงหรือเป็นข้อกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของการกระทำในเรื่องนั้นๆ ตัวอย่างเช่น คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ผู้บังคับบัญชาลงต่อข้าราชการ ในการที่จะลงโทษทางวินัยต่อข้าราชการนั้น พื้นฐานหรือมูลเหตุจูงใจของการมีคำสั่งลงโทษ คือ ต้องมีการกระทำความผิดวินัย สำหรับรูปแบบที่สองเป็นการควบคุมตัวการกระทำทางปกครองนั่นเอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองโดยไปควบคุมที่เหตุผลเป็นการควบคุมที่มีมาแต่เดิม อาจจะกล่าวได้ว่าตั้งแต่ ค.ศ.1916 มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในคดีที่ชื่อว่า Camino เป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในประเด็นในเรื่องเหตุผล โดยดูที่การมีอยู่หรือการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุของการออกคำสั่ง ต่อมาในปี ค.ศ.1922 มีอีกคดีหนึ่งมีชื่อว่าคดี Trépont คดีนี้เป็นคดีที่ศาลปกครองสูงสุดสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครอง โดยเหตุที่คำสั่งนั้นมีข้อเท็จจริงที่ไม่ถูกต้องและไม่มีองค์ประกอบตามกฎหมายอยู่ คือ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองอ้างเพื่อที่จะให้ผู้ว่าราชการจังหวัดท่านหนึ่งพ้นจากตำแหน่ง โดยอ้างว่าเป็นไปตามคำขอของผู้ว่าราชการจังหวัดท่านนั้น ปรากฏว่าคำขอก็ไม่มี กฎหมายที่จะให้อำนาจในการสั่งเช่นนั้นก็ไม่มี อันนี้ก็เป็นการตรวจสอบที่เหตุผลของการออกคำสั่ง นับตั้งแต่ปี ค.ศ.1914 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยในคดี Gomet ก็ได้พัฒนาหลักการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของฝ่ายปกครองขึ้นมาอีกหลักหนึ่ง คือหลักการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ว่าฝ่ายปกครองนั้นปรับข้อเท็จจริงถูกต้องหรือไม่ ที่เรียกว่า La qualification juridique des faits หรือการปรับข้อเท็จจริงเป็นการไปดูเนื้อหาข้อเท็จจริงนั้นว่าตรงตามที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองที่จะออกคำสั่งเช่นนั้นหรือไม่ ดังนั้นในการตรวจสอบในทางศาลปกครองจะตรวจสอบ 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการตรวจสอบความดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงว่ามีอยู่หรือไม่ คือดูว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างขึ้นจริงหรือไม่ อันนี้เป็นการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นเข้าข่ายเป็นความผิดวินัยหรือไม่ คือ การเอาข้อกฎหมายมาปรับว่าเข้าข่ายทางกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบการดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงและการควบคุมการปรับข้อกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริง

ในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถตรวจสอบได้ถึง 3 ระดับ คือ ตรวจสอบการมีอยู่หรือดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้าง ตรวจสอบการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงนั้น และตรวจสอบว่าข้อเท็จจริงมีมูลเหตุเพียงพอหรือไม่ ตรวจสอบว่ามาตรการที่ใช้หรือ

คำสั่งที่ออกมานั้นสมควรหรือไม่ หนักหรือเกินส่วนกับเหตุผลที่อ้างหรือไม่ การตรวจสอบทั้ง 3 กรณี ในฝรั่งเศสเขาเรียกกันว่าเป็นการตรวจสอบตามปกติ(Contrôle normal) การตรวจสอบปกติที่เรียนให้ฟังไปเมื่อสักครู่นี้ แตกต่างจากการตรวจสอบอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่าการตรวจสอบแบบจำกัด (Contrôle restraint) ซึ่งจะเป็นการตรวจสอบที่ 2 จุดเท่านั้น คือ ตรวจสอบที่การดำรงอยู่ของข้อเท็จจริงกับตรวจสอบที่มูลเหตุจงใจว่ามูลเหตุจงใจนั้นชอบหรือไม่ชอบ สมเหตุสมผลหรือไม่ แต่จะไม่ตรวจสอบที่การปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในการที่ศาลไปตรวจสอบเหตุผลของคำสั่งทางปกครองหรือมูลเหตุจงใจในการออกคำสั่งทางปกครอง มันมีจุดอ่อนอยู่ 2 ประการ ประการหนึ่งเป็นจุดอ่อนอันเนื่องมาจากระบบของการตรวจสอบแบบจำกัด และจุดอ่อนอีกประการหนึ่งเกิดขึ้นได้ทั้งจากการตรวจสอบในลักษณะทั่วไปหรือการตรวจสอบปกติ และการตรวจสอบแบบจำกัดทำให้ศาลไม่ลงไปดูการปรับใช้ข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริง นอกจากนั้น ศาลยังไม่ไปดูความมีสัดส่วนระหว่างเนื้อหาของคำสั่งกับเหตุผลของคำสั่งว่าเหมาะสมหรือไม่ มากเกินไป น้อยเกินไปหรือไม่

เพื่อแก้ปัญหาคือจุดอ่อนตรงนี้ในระยะต่อมาศาลได้พัฒนาหลักที่เรียกกันว่าการตรวจสอบความผิดพลาดชัดเจนในการใช้วิจารณ์ญาณในการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง (erreur manifeste d'appréciation) คือ เป็นหลักที่ศาลเอาเข้ามาแทนการที่ไม่ไปตรวจสอบการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง โดยสร้างหลักขึ้นมาเพื่อตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองนั้นวินิจฉัยพลาดอย่างชัดเจนหรือไม่ ในกรณีการตรวจสอบแล้วพบว่าฝ่ายปกครองวินิจฉัยผิดพลาด การจะนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งนั้นจะต้องเป็นการวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนอย่างใหญ่หลวง การใช้หลักการวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครองมาเป็นเหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง เริ่มต้นก็ใช้ในการตรวจสอบคดีหรือการกระทำในบางเรื่องเท่านั้น คือมีขอบเขตจำกัด แต่มีแนวโน้มขยายขอบเขตมากขึ้น ตัวอย่างเช่น ในคดีเกี่ยวกับข้าราชการหรือเกี่ยวกับวินัย ในคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับเรื่องที่มีคำสั่งลงโทษทางวินัย สมมติว่าฟ้องว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นมิชอบเบื้องต้นในสมัยก่อนศาลก็จะดูว่ามีการกระทำที่กล่าวอ้างหรือไม่อันนี้เป็นการดูที่ข้อเท็จจริงว่ามีอยู่จริงตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ และประการที่สองก็จะดูว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวอ้างเข้าข่ายตามกฎหมายที่เป็นความผิดทางวินัยหรือไม่ นี่เป็นการให้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ศาลในสมัยก่อนจะตรวจสอบอยู่เพียงว่ามีข้อเท็จจริงไหม ข้อเท็จจริงเป็นความผิดวินัยไหม ศาลจะไม่ไปตรวจสอบถึงขั้นว่าคำสั่งลงโทษนั้นหนักเกินไปไหมกับเหตุผลที่อ้าง แต่หลังจากที่ได้มีการพัฒนาหลักที่เรียกกันว่า หลักการใช้วิจารณ์ญาณผิดพลาดอย่างชัดเจนขึ้นมา ศาลจะไปดูว่า ถ้าสมมติว่าคำสั่งลงโทษนั้นหนักเกินไปจนเห็นได้ชัด อันนี้ก็จะเป็เหตุหนึ่งที่ศาลหยิบยกขึ้นมาเพื่อเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้นได้ ต่อมาศาลปกครองได้พัฒนาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำฝ่าย

ปกครองอีกหลักหนึ่งในระยะถัดมา คือ หลักการประเมินความคุ้มค่าหรือผลดี-ผลเสีย (bilan coût-avantage) คำสั่งนั้นเมื่อเทียบกับเหตุหรือข้ออ้างแล้ว สมเหตุสมผลกันหรือไม่ ซึ่งหลักในเรื่องนี้จะทำให้ศาลสามารถตรวจสอบหรือชี้แจงน้ำหนักความสมเหตุสมผลของคำสั่งและเหตุที่ยกขึ้นอ้างได้ หลักในเรื่องนี้เกิดขึ้นจากคดีเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ หลักในเรื่องการชี้แจงน้ำหนักผลดี-ผลเสีย ที่เกิดขึ้นในคดีเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในที่สุดก็นำมาสู่การที่ศาลพัฒนาหลักเรื่องนี้ขึ้นมา โดยการที่ศาลชี้แจงน้ำหนักว่าในการดำเนินการไปให้สิ้นสุดโครงการ สมมติเวนคืนเพื่อสร้างถนนจะมีประโยชน์สุดท้ายของการก่อสร้างถนน เอาประโยชน์อันนั้นมาชั่งดูกับเงินที่จะต้องลง รวมทั้งความเดือดร้อนเสียหายของราษฎรที่ได้รับผลกระทบจากโครงการนั้นซึ่งดูแล้วอันไหนมากกว่ากัน ถ้าแม้ว่าโครงการนั้นมีประโยชน์ก็จริงแต่ที่ใช้เงินมหาศาลแล้วก็ทำความเสียหายให้กับราษฎรอย่างเกินสมควรก็จะเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลหยิบยกขึ้นมาเพื่อที่จะเพิกถอนคำสั่งหรือโครงการนั้นได้ หลักในเรื่องการชี้แจงน้ำหนักผลดี-ผลเสียเป็นหลักในเรื่องของการตรวจสอบการวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ เริ่มต้นจากคดีปกครองประเภทใดประเภทหนึ่ง อย่างการชี้แจงน้ำหนักข้อดีข้อเสีย การนี้เป็นการที่ศาลหยิบยกเอาองค์ประกอบด้านหนึ่งของการกระทำของฝ่ายปกครองมาตรวจสอบ ด้านนั้น คือ ด้านเหตุผลของคำสั่ง เหตุผลของข้อเท็จจริง การปรับใช้ข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง การตรวจสอบ การวินิจฉัยผิดพลาดหรือไม่ผิดพลาดอย่างชัดเจนของฝ่ายปกครอง การชี้แจงน้ำหนักต่างๆ นอกจากนั้นยังจะมีองค์ประกอบอีกด้านหนึ่งของการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งศาลจะหยิบยกขึ้นมาเป็นเหตุในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเดิมที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองบางประเภทได้รับการคุ้มครองไม่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล การกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองอย่างเช่น มาตรการภายในของฝ่ายปกครองประการหนึ่งกับการกระทำของรัฐบาลอีกประการหนึ่ง

การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการเพิกถอนหรือในเรื่องของความรับผิดชอบ ในทางกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส การกระทำของรัฐบาลจัดจำแนกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ กลุ่มแรกคือการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับรัฐสภา ทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา กลุ่มที่สองคือการกระทำของรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ทั้งสองประเภททั้งสองกลุ่มที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง อาจกล่าวได้ว่าในระยะหลังๆ ขอบเขตของทั้งสองประเภทยานั้นค่อยๆ แคบลงๆ ในกลุ่มแรกเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ศาลปกครองสูงสุดไม่รับไว้พิจารณา เช่น การกระทำในส่วนที่เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของฝ่ายบริหารในการจัดทำกฎหมาย เช่น ฝ่ายรัฐบาลปฏิเสธไม่ยอมส่งร่างพระราชบัญญัติไปยังสภา เป็นต้นมา ฟ้องศาลปกครอง

ไม่ได้ หรือการที่ประธานาธิบดีที่จะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษที่ให้ประธานาธิบดีใช้อำนาจทั้งทางบริหารและทางนิติบัญญัติได้โดยตรงถือว่าอยู่ในประเภทนี้ด้วย

อย่างไรก็ตามในกลุ่มที่หนึ่งที่เป็นการกระทำของรัฐบาล แม้จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล แต่ในระยะหลังๆ ในบางกรณีศาลปกครองก็จะพิจารณาว่าถ้าการกระทำบางอย่างสามารถแยกออกได้จากการกระทำที่ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติแล้วจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลและเป็นเรื่องที่จะฟ้องต่อศาลปกครองได้ เช่น กฎฎีกาของนายกรัฐมนตรีที่แต่งตั้งสมาชิกสภาให้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ศาลปกครองฝรั่งเศสถือว่ากฎฎีกาดังกล่าวแยกออกมาได้จากการกระทำของรัฐบาลและเป็นสิ่งที่นำไปฟ้องต่อศาลปกครองได้

ในกลุ่มที่สองที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลแต่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล คือ การกระทำในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับรัฐอื่นหรือเกี่ยวข้องกับองค์การต่างประเทศอื่นเช่นการให้ความคุ้มครองในทางการทูตกับบุคคลหรือกับทรัพย์สินของรัฐฝรั่งเศสในต่างประเทศหรือการกำหนดเขตความปลอดภัยเช่นในระหว่างที่มีการทดสอบระเบิดนิวเคลียร์ เป็นต้นอย่างนี้ถือว่าเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐต่างประเทศไม่อยู่ภายใต้ศาลปกครอง หรืออีกตัวอย่างหนึ่งคือคำสั่งของประธานาธิบดีประเทศชิลี(Chirac) ที่ให้ทดลองระเบิดนิวเคลียร์ มีการนำเอาคำสั่งนี้มาฟ้องศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณาเพราะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลและตัวอย่างสุดท้ายคำสั่งหรือการตัดสินใจของรัฐบาลฝรั่งเศสในการที่จะส่งทหารไปร่วมรบในยูโกสลาเวียก็ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

การกระทำของรัฐบาลในกลุ่มที่สองนี้ก็เช่นเดียวกับการกระทำของรัฐบาลในกลุ่มแรกซึ่งเริ่มต้นไม่อยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลแต่ระยะหลังๆ ศาลก็จะพิจารณาข้อพิจารณาหรือหลักในการพิจารณาเพื่อหยิบยกบางเรื่องบางประเด็นขึ้นมาตรวจสอบได้

ตั้งแต่ก่อนรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพยายามที่จะแยกแยะบางเรื่องว่าเป็นเรื่องที่สามารถแยกออกได้จากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น การกระทำนั้นก็จะอยู่ในข่ายที่จะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้เช่นในปี ค.ศ. 1937 ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสรับที่จะตรวจสอบกฎฎีกาที่มีเนื้อหาเป็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ในปัจจุบันนี้ถือว่าคำขอของรัฐบาลฝรั่งเศสถือว่าไม่ใช่การกระทำของรัฐบาลเพราะฉะนั้นจึงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้และในท้ายที่สุดคำสั่งปฏิเสธของรัฐบาลฝรั่งเศสต่อคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐบาลต่างประเทศศาลปกครองยอมรับว่าเป็นเรื่องที่ดินมีอำนาจที่จะรับไว้พิจารณาเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ จะเห็นได้ว่า



แนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาลจะค่อยๆ แคลงจะเปิดช่องทางให้ศาลปกครองมีอำนาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้มากขึ้น

ดังนั้นสรุปได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองขยายการควบคุมขยายอำนาจการควบคุมมาเรื่อยๆ ด้วยการเข้าควบคุมเหตุผลหรือมูลเหตุจูงใจของการออกคำสั่งและการกระทำบางอย่างไม่ว่าจะเป็นมาตรการภายในหรือการกระทำของรัฐบาลซึ่งเป็นเรื่องที่แต่เดิมไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล ศาลก็ขยายขอบเขตอำนาจเข้าไปควบคุมเรื่องเหล่านี้มากขึ้นจะเห็นได้ว่าเรื่องมาตรการภายในของฝ่ายปกครองก็มีขอบเขตเล็กลงไป เรื่องของการกระทำของรัฐบาลไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้ค่อยๆ ถูกตีกรอบให้เล็กลงเพื่อให้ศาลเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าศาลจะขยายเขตอำนาจในการพิจารณาคดีประเภทดังกล่าวแต่ในแง่เนื้อหาแล้ว ศาลก็มักจะตัดสินยกคำฟ้องเสียเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเพิ่มขึ้นเพิ่มอำนาจศาลปกครองมากยิ่งขึ้น เพราะการเปลี่ยนแปลงในเรื่องบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะการพัฒนาบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้แก่ หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสร้างขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีสภาพบังคับต่อฝ่ายปกครอง ตั้งแต่ปี ค.ศ.1944 สิ่งที่เราเรียกว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นมีลักษณะหลากหลายมากในประเทศฝรั่งเศส เช่น หลักความเสมอภาคไม่ว่าจะเป็นความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ความเสมอภาคต่อภาระในส่วนรวม หลักความเสมอภาคในการเสียภาษี เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าปัจจุบันนี้ไม่มีคดีใดเลยที่เมื่อฟ้องต่อศาลปกครองแล้วจะไม่มีอาการว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นกระทบต่อหลักความเสมอภาค หรือหลักคำสั่งของฝ่ายปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง หลักที่จะต้องฟังความทุกฝ่าย หลักความเป็นกลาง เป็นต้น จากแหล่งที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้วฝรั่งเศสยังมีวิวัฒนาการอย่างสำคัญของแหล่งที่มาของความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งหมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในทุกระดับ รัฐบัญญัติ รัฐกฤษฎีกา กฎ ระเบียบทั้งหลาย รวมไปถึงบรรดากฎหมายระหว่างประเทศและ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายของประชาคมยุโรปไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือกฎหมายของสหภาพยุโรปในระยะหลังๆ คดีที่ฟ้องยังศาลปกครองส่วนใหญ่จะหยิบยกประเด็นที่ว่าฝ่ายปกครองมีคำสั่งหรือเป็นการกระทำที่กระทบถึงหลักความเสมอภาค เป็นข้ออ้างเกือบทุกคดีและการกระทำที่ไม่เคารพมาตรา 6 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

เนื่องจากในกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลนั้นยังเป็นปัญหาสำหรับการอธิบายในทางวิชาการของระบบกฎหมายไทยว่าการตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้

ดำเนินการนั้นใช้อำนาจตามกฎหมายใดในขณะที่กระทำและควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรหรือหน่วยงานใด แม้องค์กรนั้นจะเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญก็ตาม เช่น กระทรวง รัฐบาล(คณะรัฐมนตรี) รัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นต้น ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติในเรื่องอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองว่ากรณีใดเป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองไว้แล้วนั้น

ในการจำกัดอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลซึ่งศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า “ถ้าจะพิจารณาตามทฤษฎีที่ว่ากระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำของรัฐบาล ก็เท่ากับเป็นข้อยกเว้นของทฤษฎีนี้ ซึ่งนับว่าเป็นช่องโหว่อยู่บ้างเพราะเท่ากับเปิดโอกาสให้รัฐกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักที่ว่ากระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับเป็นการยกเว้นให้ฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการในนามของฝ่ายบริหารไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้ในยามปกติได้ในกรณีจำเป็น ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการจำกัดขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลให้แคบลงทุกที เพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมายและเพื่อจำกัดขอบเขตการกระทำเช่นว่านี้ กฎหมายของประเทศต่างๆ จึงไม่พยายามที่จะให้คำนิยามว่าการกระทำของรัฐบาลคืออะไร และมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งเป็นการให้ความอิสระแก่ศาลที่จะพิจารณาเป็นเรื่องไปตามควรแก่กรณีเพราะถ้ามีคำนิยามไว้แล้วก็อาจจะมีการตีความขยายขอบเขตการกระทำในการปกครองให้กลายเป็นการกระทำของรัฐบาลได้มากขึ้นในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้กำหนดและวางหลักว่าการกระทำอันใดถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล”<sup>1</sup>

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 จะกำหนดกฎหมายที่ควบคุมการใช้อำนาจในทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองแล้ว แต่ก็ยังมีช่องว่างในทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้กลุ่มนักการเมืองหรือฝ่ายบริหารที่แสวงหาประโยชน์ส่วนตนไม่กระทำการตามรูปแบบ ขั้นตอน ตามกฎหมาย ละเลยต่อการปฏิบัติตามหน้าที่ และใช้อำนาจหน้าที่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำบางอย่างของฝ่ายปกครองหรือของรัฐบาลปราศจากการตรวจสอบโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ในประเด็นปัญหาการกระทำของรัฐบาลที่ควรพิจารณา คือ

<sup>1</sup> ประยูร กาญจนกุล. (2542). กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (อ้างถึงใน พงศธร สัตย์เจริญ, 2548 : 6-

1. ปัญหาของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับเรื่องการกระทำของรัฐบาลที่มีนิติกรรมทางปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดแทรกอยู่ในการกระทำของรัฐบาลซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการถูกตรวจสอบทางศาล(ข้อยกเว้นซ้อนข้อยกเว้น) ในทางปฏิบัติศาลปกครองมีอำนาจในการรับพิจารณาวินิจฉัยคดีประเภทนี้หรือไม่
2. ปัญหาข้อโต้แย้งในการถ่วงดุลความถูกต้องในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลในการพิจารณาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมในการตรวจสอบโดยศาลปกครองถูกต้องหรือไม่
3. ปัญหาความชอบธรรมในการตรวจสอบความถูกต้องของวัตถุประสงค์อันแท้จริงของกฎหมาย รูปแบบ ขั้นตอน ของความถูกต้องในเนื้อหา และหลักกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องการกระทำของรัฐบาลในเรื่องนั้นๆ
4. ปัญหาการตีความในข้อสาระสำคัญที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องการกระทำของรัฐบาลอย่างถูกต้องเหมาะสมตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากเหตุผลของการอธิบายการกระทำของรัฐบาลข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการตรวจสอบกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครองนั้นเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา เพราะถ้ามองการกระทำเป็นองค์รวมแล้วการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะกระทำโดยใช้อำนาจตามกฎหมายใด ล้วนเป็นการกระทำที่ต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งในขณะที่กระทำนั้นไม่อาจรู้ได้เลยว่าหน่วยงาน องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ผู้ันได้กระทำไปโดยใช้อำนาจตามกฎหมายใด ฉบับใด แต่ถ้าพิจารณาในสถานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะกระทำอย่างไรก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายและหลักการตรวจสอบทางศาลได้ ดังนั้นในเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลในการตรวจสอบได้นั้น จากการศึกษา ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นในการแก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(2) เพื่อแก้ไขช่องว่างในทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าว อีกทั้งเพื่อเป็นการเยียวยาหลักความชอบด้วยกฎหมายให้ถูกต้องตามวัตถุประสงค์อันแท้จริงของกฎหมายต่อไป ดังนี้

ควรรยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร (เดิม) โดยแก้ไขเพิ่มเติม(ใหม่)ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการกำหนดมาตรการที่สำคัญเกี่ยวกับอำนาจการตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยศาลปกครอง

เพิ่มเติมในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาลของการใช้อำนาจทางนโยบายอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางรัฐสภาและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพื่อป้องกันผลความเสียหายของประเทศชาติบ้านเมืองจากการกระทำของฝ่ายปกครองในอดีตที่ใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้อง จึงต้องกำหนดอำนาจการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับเรื่องการกระทำของรัฐบาลโดยให้อำนาจแก่องค์กรที่มีความยุติธรรม เที่ยงธรรม เชื่อถือได้แก่บุคคลทั่วไป(สาธารณะ) และเป็นที่เคารพของสาธารณะชนเข้ามาตรวจสอบการกระทำดังกล่าว โดยบัญญัติอย่างชัดเจนไว้ ดังนี้

“พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือการกระทำที่กระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนอันคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติหรืออันจะเป็นประโยชน์ต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม และประเทศชาติโดยรวม”

กรม  
การ  
การ  
การ

บรรณานุกรม

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2545). **หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- \_\_\_\_\_. (ม.ป.ป.). **ความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับดุลพินิจฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). **ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย: คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2539). **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (ม.ป.ป.). **ข้อคิดว่าด้วยกรกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- สมยศ เชื้อไทย. (2536). **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สำนักงานศาลปกครอง. (2550). **ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบรวมรายงานผลการประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศครั้งที่ 1 ถึงครั้งที่ 8 พิมพ์ครั้งที่ 1**. กรุงเทพฯ: งานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- \_\_\_\_\_. (2538). **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป พิมพ์ครั้งที่ 9**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2551). **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

#### บทความ

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2548). "การดำเนินความคิดในการวินิจฉัยคำสั่งทางปกครอง." **คู่มือปฐมนิเทศนักศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์**, 23, 3. หน้า 23.

- กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์. (2551). “เขตอำนาจศาลปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.” หน้า 13.
- คณิต ฅ นคร. (เมษายน, 2552). “เอกสารโครงการเสวนาวิชาการเรื่องนิติรัฐกับระบอบประชาธิปไตย: ทางรอดหรือทางเลือก.” เอกสารประกอบการเสวนา. หน้า 2.
- จตุรนต์ แก้วกุ่มภัย. (2548, พฤษภาคม-สิงหาคม). “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองไทย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 5, 2. หน้า 37-38.
- ฉ็อง-โกลัด เวเนเซีย. (2546, มกราคม-เมษายน). “พัฒนาการของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 3, 1. หน้า 3-5.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). “บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา.”  
\_\_\_\_\_. (ม.ป.ป.). “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ.”
- บุญเสริม นาคสาร. (2551, มีนาคม). “ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย.” หน้า 8.
- ประยูร กาญจนกุล. (2540). “ระบบการพิจารณา ความผิดทางอาญาของนักการเมืองระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส.” รวมบทความเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี.
- ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2551, กรกฎาคม). “การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ในฐานะที่เป็นการกระทำของฝ่ายปกครอง(act de l'Administration) ชนิดหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง : หลักและข้อยกเว้น.” หน้า 2.
- โกติน พลกุล. (2541, กันยายน-ธันวาคม). “หลักกฎหมายปกครองของไทย.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, 2, 3.  
\_\_\_\_\_. (2532, กรกฎาคม). “คดีปกครองในฝรั่งเศส.” เอกสารการสัมมนาทางวิชาการเรื่องการจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง (คณะกรรมการการปกครองสภาผู้แทนราษฎร). หน้า 30.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ.” วารสารนิติศาสตร์, 24,3 หน้า 596-597.
- วารสารพระธรรมนูญ. (2548). “99 ปี กรมพระธรรมนูญ.” วารสารพระธรรมนูญ เล่มที่ 48 ฉบับ หน้า 156-162.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2538, มีนาคม). ประสพการณ์แห่งประเทศไทย สหราชอาณาจักรเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองประชาชน จากการกระทำผิดพลาดของรัฐบาล แปลจากบทความ “How the

People are Protected from their Gouvernement's Errant Conduct : The United States Experience ของ Hon. Jude cliffor Wallace.” บทบัญญัติ, 51. หน้า 234.

วิชัย วิวิตเสวี. (2533, กรกฎาคม-สิงหาคม). “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวความคิดของระบบเองไกลอเมริกา.” *คูลพาท*, 37 หน้า 53-55.

สถาบันพระปกเกล้า. (2549 ,พฤศจิกายน ). “เรื่อง การปฏิรูปรัฐธรรมนูญ : มุมมองเชิงเปรียบเทียบ ครั้งที่8.”

### วิทยานิพนธ์

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2531). *องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย.* วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมหาวิทาลัย.

สาโรช โชติพันธุ์. (2541). *การควบคุมการกระทำของรัฐบาล.* วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). *การกระทำของรัฐบาล.* วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

วิชัย วงษ์ทอง. (2545). *หลักการและขั้นตอนเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง : ศึกษาเฉพาะกรณีเขตอำนาจศาลปกครอง.* วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

### เอกสารอื่นๆ

ประยูร กาญจนกุล. (2542). *คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ.*

พรชัย เลื่อนฉวี. (2547, 10 มิถุนายน). *เอกสารคำบรรยายรายวิชารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง 1.* หน้า 14.

วิญญู เครื่องงาม. (2527). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน เล่มที่1 หน่วยที่ 1-7.*

อุดม รัฐอมฤต. (2539). *คำบรรยายวิชากฎหมายมหาชนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ.*



### สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

- คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2551, 2 ก.ค.). แดงการณ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. โดย สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552 จาก <http://Public law Net>.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). “กระบวนการทางตุลาการในการควบคุมการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- \_\_\_\_\_. (2551). “วิธีการควบคุมทางตุลาการต่อการกระทำของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส.” สืบค้นเมื่อ 22 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). แดงการณร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- \_\_\_\_\_. (2551). บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในคดีแแดงการณร่วมไทย-กัมพูชา. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- พงศธร สัตย์เจริญ. (2551). “การกระทำของรัฐบาลในการออกพระราชกำหนด.” สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง. สืบค้นเมื่อ 15 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2541). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2552. จาก <http://Public law Net>.
- \_\_\_\_\_. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551. สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2552. จาก <http://Public law Net>.
- \_\_\_\_\_. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 547/2551(ตอนที่2). สืบค้นเมื่อ 25 กรกฎาคม 2552.. จาก <http://Public law Net>.
- อมร จันทรสมบุญณ์. (2551). คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแแดงการณร่วมไทย-กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร). สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.

\_\_\_\_\_. (2551). คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวกรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร) ตอนที่ 2. สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2552, จาก <http://Public law Net>.

### กฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการบริการประชาชนของหน่วยงานของรัฐ พ.ศ.2532

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522

### ภาษาต่างประเทศ

#### BOOK

Clande Leclereq. *Institutions Politiques et droit constitutionnel* (2 ed.). // paris : Litee.

#### ARTICLES

Auby prof. (1999, 22 October). à l'université de Paris II J-B. "Jurisclasseur. (Version ,2/2008).

Fasc.1001 Contentieux administrative definitions, orientation."

Chapus. (1958). "L'acte de gouvernement monster ou victime." *Recueil Dalloz* . p 8.

Chalvidan. (1982 : 6). "Doctrine et acte de gounernement."

Mauro cappelletti. (Tubingert,1981). "The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analy." in *Festsehrift fur Konrad Zweigert*. pp.412-422

Virally. (1952). "L'introuvable act de gouvernement, R.D.P." pp317.

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

ฉัตรพล จำปาศรี

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต  
ปีการศึกษา 2547ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง  
ปีการศึกษา 2547