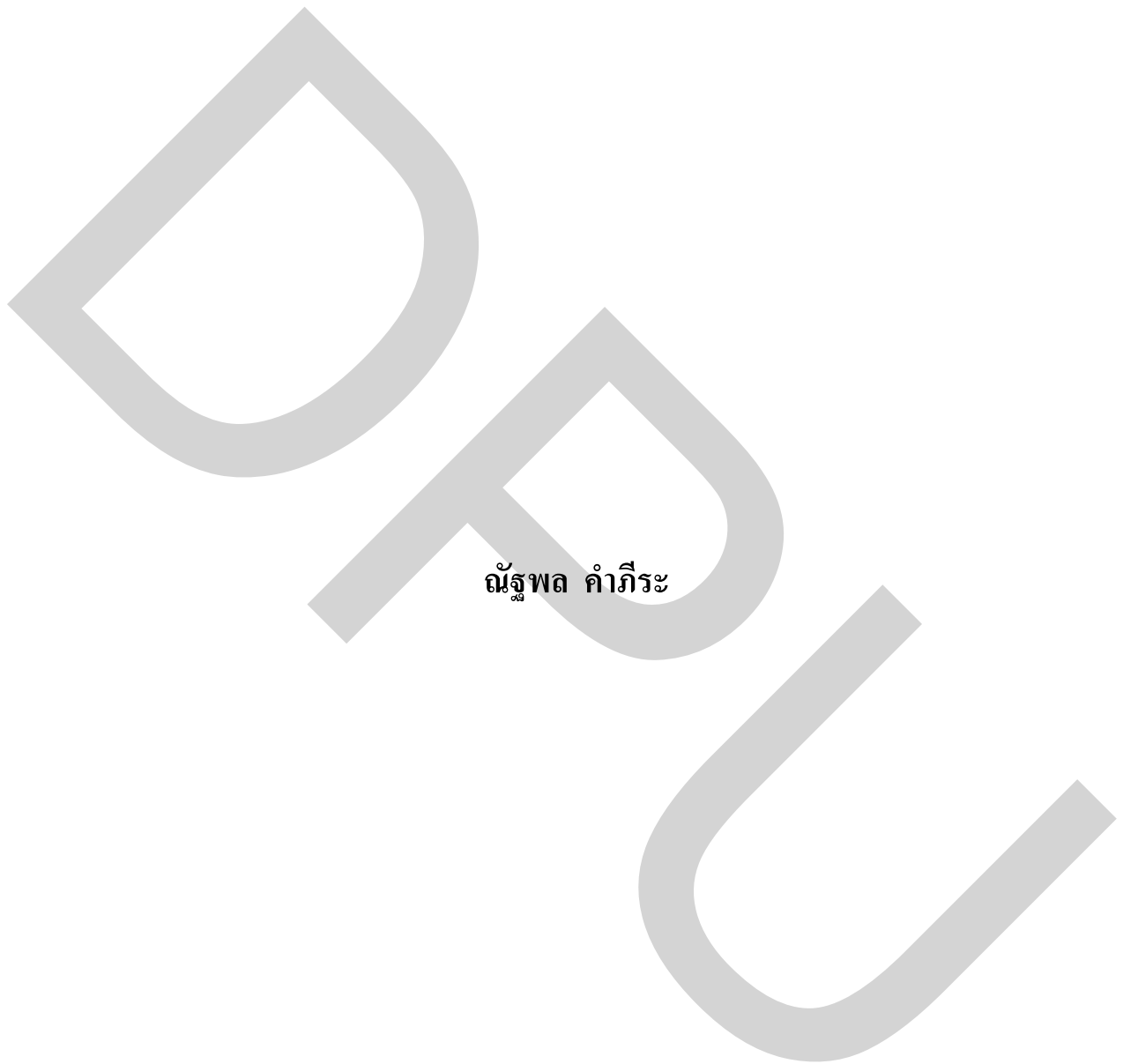


การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง



ณัฐพล คำภีระ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

พ.ศ. 2554

**ACT OF GOVERNMENT : CASE STUDY OF DECISIONS OF
ADMINISTRATIVE COURT**



NATTAPON KAMPEERA

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2011

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยเพราะความกรุณาและอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่งจาก ท่านศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒนกุล ที่ได้ให้ความเมตตาต่อผู้เขียนรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่ายิ่งช่วยให้ความรู้ และคำชี้แนะ ตั้งแต่ผู้เขียนได้เริ่มทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จวบจนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงที่ได้ ให้ความเมตตาต่อตัวผู้เขียนตลอดมา

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร. พีรพันธุ์ พาลุสุข ที่ได้ให้ความกรุณา รับ เป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. วีระ โลจายะ และรองศาสตราจารย์ ดร. กมลชัย รัตนสกววงศ์ ที่กรุณา รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งอาจารย์ทุกๆ ท่านได้ให้ ความสละเวลาอันมีค่ายิ่งทำการตรวจพิจารณา และให้คำปรึกษา พร้อมให้ความรู้ คำแนะนำแก่ในการ ปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอกราบขอบคุณเพื่อนๆ และพี่ๆ นักศึกษามหาชน รุ่น 49 ทุกท่านที่ช่วยเหลือและ คอยเป็นกำลังใจ ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในการเขียนวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนสำเร็จลุล่วงไปด้วยดี

สุดท้ายนี้ เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งของผู้เขียน คือ คุณพ่อจรรยา คำภีระ คุณแม่พวงพิศ คำภีระ และพี่ๆ น้องๆ ครอบครัวของผู้เขียนที่คอยให้กำลังใจ และสนับสนุนผู้เขียนเสมอมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีคุณค่าและประโยชน์ต่อการศึกษา ผู้เขียนขอมอบความดีทั้งหมด ให้กับบิดา มารดา และท่านอาจารย์ทุกท่าน ตลอดไปถึงผู้แต่งหนังสือทุกเล่มที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิง ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากมีความผิดพลาดหรือข้อบกพร่องอันเกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียน ขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ณัฐพล คำภีระ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	5
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	5
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
2. แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐาน.....	7
2.1 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตย.....	7
2.1.1 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบประธานาธิบดี.....	8
2.1.2 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบกึ่งประธานาธิบดี.....	9
2.1.3 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบรัฐสภา.....	10
2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกับ องค์กรฝ่ายบริหาร ตามรัฐธรรมนูญของไทย.....	11
2.2 องค์กรฝ่ายบริหาร (Executive Organ).....	12
2.2.1 องค์กรประกอบฝ่ายบริหาร.....	12
1) รัฐบาล (Government).....	12
2) ฝ่ายปกครอง (Administrative).....	13
2.2.2 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร.....	14
1) อำนาจหน้าที่ของรัฐบาล.....	14
2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง.....	15
2.3 การกระทำทางปกครอง.....	16
2.3.1 ปฏิบัติการทางปกครอง.....	18

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.3.2	19
1) กฎ	21
2) คำสั่งทางปกครอง	22
2.3.3	23
2.3.4	26
2.3.5	33
1) ขอบเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญ	33
2) ขอบเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542	33
2.4	34
2.4.1	34
2.4.2	38
1) องค์กรผู้กระทำ	38
2) ที่มาของอำนาจ	39
3) ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ	39
2.5	41
2.5.1	41
1) การกระทำที่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ	42
2) การกระทำที่มีที่มาจากพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด	43
2.5.2	44
1) การกระทำที่มีเนื้อหาเป็นงานนโยบาย	44
2) การกระทำที่มีเนื้อหาเป็นงานประจำ	46
2.6	48
2.6.1	49
2.6.2	50

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. การกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายต่างประเทศ.....	53
3.1 การกระทำทางรัฐบาลประเทศฝรั่งเศส.....	53
3.2 การกระทำทางรัฐบาลประเทศอังกฤษ.....	70
3.3 การกระทำทางรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา.....	86
4. การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง.....	99
4.1 คดีฟ้องคณะรัฐมนตรีว่าการตราพระราชกฤษฎีกา.....	99
4.2 คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa.....	108
4.3 คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดย ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา (กรณีเขาพระวิหาร).....	116
4.4 ความเห็นของนักวิชาการกฎหมายมหาชนในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล.....	130
5. บทสรุป.....	160
5.1 สรุป.....	160
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	169
บรรณานุกรม.....	170
ประวัติผู้เขียน.....	175

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง
ชื่อผู้เขียน	ณัฐพล คำภีระ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2554

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงการกระทำทางรัฐบาล โดยศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ในคดีฟ้องคณะรัฐมนตรีว่าการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) และคดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้ทราบว่าหลักทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นอย่างไร และเพื่อที่ทราบถึงการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเทศไทย

ผลการศึกษาพบว่า การกระทำทางรัฐบาล (Act of government) คือแนวคิดที่เกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของศาลในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครองในการดำเนินงานบางอย่าง รัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่และจะขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้นหรือขอให้ชดใช้ค่าเสียหายไม่ได้ ผลในทางกฎหมายตามแนวความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล คือการกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ในความควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้ “การกระทำทางรัฐบาล” ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือการควบคุมทางศาลโดยสิ้นเชิง

ถ้าหากระบบกฎหมายต้องการที่จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่องๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองเท่านั้น

แต่เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้ยกขึ้นมาศึกษาแล้ว จะเห็นได้ว่าในคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) กับคดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา (กรณีเขาพระวิหาร) นั้นจะมีความแตกต่างกันคือ

ในคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) ศาลปกครองมองที่การกระทำเป็นหลัก โดยศาลปกครองมองว่าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ คดีนี้จึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แต่คำสั่งศาลปกครองคดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา (กรณีเขาพระวิหาร) ศาลปกครองมองที่องค์การพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

สรุปจากคำพิพากษาที่ยกขึ้นมาศึกษา ในคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) กับคดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา (กรณีเขาพระวิหาร) มีข้อเท็จจริงและองค์ประกอบของคดีคล้ายเคียงกัน แต่กลับมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในแง่ของ แนวคิดทฤษฎีและเหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งก็ส่งผลทำให้คำสั่งของศาลปกครองทั้ง 2 คดี ออกมาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน จึงทำให้เกิดความสับสนในเรื่องการควบคุมตรวจสอบการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ดังนั้น จากคำพิพากษาของศาลปกครองยังไม่สามารถที่จะสรุปได้ว่าควรจะยึดตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีใดเป็นบรรทัดฐานในการที่จะใช้ในการพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองในเรื่องที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลควรที่จะต้องพิจารณาคดีโดยยึดในหลักการกระทำทางรัฐบาล โดยเคร่งครัด โดยจะต้องพิจารณาทุกองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาลประกอบกัน เพื่อที่จะทำให้หลักทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

Thesis Title	Act of Government: Case Study of Decisions of Administrative Court
Author	Nattapon Kampeera
Advisor	Professor Dr. Phaisit Phiphattanakul
Degree	Law
Academic Year	2011

ABSTRACT

This thesis is aimed at investigating the act of government based on decisions rendered by the administrative court in certain cases including a case lodged against the Council of Ministers with respect to the invalid issuance of dissolution decree of the House of Representatives, a case relating to the resolution of the Council of Minister to give approval to the Prime Minister and related persons to sign in JTEPPA with Japan, a case relating to exercising of power by the Thai Foreign Affairs Minister to sign in the Thai-Cambodian Joint Communiqué. Comparative study was also done by exploring the principle of the act of government adopted in France, England and USA in order to gain theoretical knowledge about the act of government and the control and review of the act defined as the act of government in Thailand.

From the study, it was found that the act of government is the concept of limiting judicial power in controlling the act of the administrative which in turn creates legal consequence that the government is not subject to the judicial review by the administrative court for its certain acts which the government is not required to be liable for and any individual cannot refer such matter to the court although damage has occurred. In particular, an individual is not able to bring an action against the government by claiming that such act is *ultra vires* or to ask the court to revoke such act or pay compensation for any damages. On the other hand, the legal consequence of such act is that it shall be subject to political control by organization and political process e.g. the parliament may pass a vote of no-confidence in the government or such government may be heavily criticized by mass media. The “Act of Government” is therefore seen as the act out of the scope of judicial review.

If the legal system intends to put in place such a control and review on the act of the same nature, it shall be clearly stated in the constitution and the constitution court shall have the power to review such act under the conditions set out by the constitution. For any matter not stated in the constitution, the act of government may not be legally reviewed but rather by political control.

With respect to the decisions of the administrative court in concern, it indicated that there was a difference between the case relating to the resolution of the Council of Minister to give approval to the Prime Minister and related persons to sign in JTEPPA with Japan and the case relating to exercising of power by the Thai Foreign Affairs Minister to sign in the Thai-Cambodian Joint Communiqué (Preah Vihear case).

In respect of the case relating to the resolution of the Council of Minister to give approval to the Prime Minister and related persons to sign in JTEPPA with Japan, the Administrative Court primarily focused on the act and viewed that the Council of Ministers exercised its administrative power provided under the constitution, this case is not subject to the jurisdiction of the administrative court.

However, for the case relating to exercising of power by the Thai Foreign Affairs Minister to sign in the Thai-Cambodian Joint Communiqué (Preah Vihear case), the administrative court focus on the organization in concern and viewed that the Minister of Foreign Affair and the Council of Ministers are the state official pursuant to Section 3 of the Act for the Establishment of and Procedure for Administrative Court B.E.2542, such act by the Council of Ministers was judicially reviewable.

From the two decisions of the administrative court in the case relating to the resolution of the Council of Minister to give approval to the Prime Minister and related persons to sign in JTEPPA with Japan and the case relating to exercising of power by the Thai Foreign Affairs Minister to sign in the Thai-Cambodian Joint Communiqué (Preah Vihear case), although they had relatively similar fact and components, it turned out that obvious difference in concept, theory and reason were applied to the two cases which consequently caused difference in the decisions of the court. Such may lead to confusion as the control and review of the act that may be viewed as the act of government.

From the decisions of the administrative court raised in this study, it is still not able to conclude that which approach should be followed as a reference for determining the act of government. However, in terms of adjudication by the administrative court with respect to the act of government, the court should strictly adhere to the principle of the act of government by taking into account all components of the act of government in order to allow this jurisprudence to be continually developed in the same direction.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ตามทฤษฎีกฎหมายปกครอง องค์กรฝ่ายบริหาร (Executive Organ) แบ่งออกได้เป็น รัฐบาล (Government) และองค์กรฝ่ายปกครอง (Administrative)

รัฐบาล (Government) การมีรัฐบาลโดยทั่วไปก็เพื่อการคงอยู่ของรัฐ เพื่อการจัดระเบียบภายในรัฐและเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวมของรัฐและประชาชน การมีรัฐบาลก็เพื่อเป็นจักรกลหรือสิ่งประดิษฐ์ของรัฐที่จะขาดเสียไม่ได้ เพราะรัฐบาลเป็นองค์กรหรือสถาบันเมืองที่มีความสำคัญที่รัฐจะใช้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐและของประชาชน การที่รัฐจะเป็นองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐที่ทำหน้าที่ต่างๆ ได้ รัฐบาลจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเพียงพอต่อการที่จะทำหน้าที่ของตน และสามารถใช้ดุลพินิจของตนภายในขอบเขตอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลจะต้องมีอำนาจบังคับมีสิทธิที่จะใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเชื่อฟังปฏิบัติตาม

เมื่อรัฐบาลจะต้องมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ในการพิจารณาถึงความหมายนักรัฐศาสตร์ มักเสนอหรือพิจารณาความหมายของ “รัฐบาล” ว่าหมายถึงกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจ เพื่อดำเนินการปกครองประเทศ (โดยการยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งประเภทผู้ใช้อำนาจบริหารได้ดังนี้ คือ 1) ประมุขของรัฐ 2) หัวหน้าฝ่ายบริหาร 3) คณะรัฐมนตรี 4) รัฐมนตรี

ฝ่ายปกครอง (Administrative) คือ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นการบริหารราชการแผ่นดิน หมายความว่าหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น¹ ทั้งหมด ตามความหมายดังนี้ ฝ่ายปกครองจึงมีความหมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองส่วนกลางทั้งหมด รวมไปถึง จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน อันเป็นราชการส่วนภูมิภาค ตลอดจนเทศบาล สุขาภิบาล องค์กรบริหารส่วนจังหวัด องค์กรบริหารส่วนตำบล อันเป็นราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐเหล่านี้มีหน้าที่ดำเนินการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็น

¹ ประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 34.

ส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น “ฝ่ายปกครอง” จึงหมายความรวมถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีอำนาจใช้อำนาจบริหาร ตามพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534²

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้ใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร การกระทำการทางบริหารเป็นการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ และฝ่ายบริหารได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ รัฐบาลส่วนหนึ่งกับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง การแบ่งฝ่ายบริหารออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครองนี้ก็เป็นที่ไปตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนั้นอำนาจหน้าที่ขององค์ของรัฐฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนดังกล่าว จึงแตกต่างกันตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) อำนาจหน้าที่ของรัฐบาล

โดยรวมแล้วรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภา³ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้นได้จำแนกออกเป็น 2 ส่วนคือ

(1) อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่คณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกันอย่างหนึ่ง⁴

(2) อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง อันเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน เป็นผู้ใช้ในการบริหารงานของกระทรวง ทบวง ที่เป็นผู้บังคับบัญชา⁵

อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลทั้งสองนี้ เป็นเรื่องยากมากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ ดังต่อไปนี้⁶

² กฎหมายฉบับนี้ น่าจะใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายบริหาร พ.ศ. 2534 มากกว่าที่จะชอบด้วยเหตุผลของกฎหมายปกครอง เพราะเป็นเรื่องของการจัดระเบียบราชการของ “ฝ่ายปกครอง” โดยแท้ อ้างถึงในประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 35-36.

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 212 อันที่จริงรัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี และความหมายของรัฐบาลนั้น มีทั้งความหมายอย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ อย่างกว้างนั้นหมายความถึงคณะรัฐมนตรี รวมถึงพระมหากษัตริย์ และอย่างแคบ หมายถึง เฉพาะคณะรัฐมนตรี.

⁴ คือคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันในนโยบาย ทัวไปของคณะรัฐมนตรี.

⁵ ในส่วนนี้รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในหน้าที่ของตน.

⁶ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 31-33.

อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล เป็นอำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ โดยรัฐบาลต้องดำเนินนโยบายเพื่อการดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ ความมั่นคงของประเทศ ตามนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และตามนโยบายของพรรคที่เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล นอกจากนี้รัฐบาลจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศด้วย รวมทั้งดำเนินการติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เพื่อการบริหารราชการของประเทศด้วย ดังนั้นกิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ก็จะทำให้เฉพาะรัฐบาลเท่านั้น

อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน ต้องปฏิบัติเป็นปกติธุระ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในการปฏิบัติมากมาย เป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นต้องเข้าร่วมกับ ข้าราชการ และพนักงานในกระทรวง ทบวงต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง ทบวงนั้น เป็นเรื่องซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่ต้องวินิจฉัยทุกเรื่องไป เว้นแต่เป็นเรื่องที่สำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลรัฐมนตรีต้องเสนอขอความเห็นจากคณะรัฐมนตรีคนอื่นก่อน ปฏิบัติดังนั้นกิจการที่รัฐบาลปฏิบัติในฐานะฝ่ายปกครอง รัฐบาลจึงมอบหมาย กระทรวง ทบวง ต่างๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทนโดยตลอด ซึ่งได้แก่กิจการต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกระทรวง ทบวง ต่างๆ นั้นเอง เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การคมนาคมขนส่ง การสื่อสาร การศึกษา การสาธารณสุข การคลัง เป็นต้น หรือรัฐบาลจะมอบให้ราชการส่วนท้องถิ่นไปจัดทำก็ได้ เช่น อำนาจหน้าที่ในการบริหารส่วนท้องถิ่นให้แก่เทศบาล เป็นต้น

2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน โดยปฏิบัติตามกฎหมายนโยบาย และมติของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง โดยจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การดำเนินการทางเศรษฐกิจและทางสังคม เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต แม้ว่าฝ่ายปกครองจะจัดทำบริการสาธารณะหลายประเภท แต่ฝ่ายปกครองก็มีได้จัดทำกิจกรรมทุกอย่างเองหมด แต่จะจัดทำเฉพาะกิจการใหญ่ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเท่านั้น

เนื่องจากฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นคนกลางระหว่างประชาชนกับรัฐบาล อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงถูกกำหนดจากทั้งเบื้องบนและเบื้องล่าง โดยทางเบื้องบนฝ่ายปกครองจะรุกล้ำเข้าไปในอำนาจของรัฐบาลไม่ได้ กิจการใดพาดพิงถึงเอกภาพทางการเมือง หรือประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียสำคัญของประเทศชาติ ย่อมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ส่วนเบื้องล่าง ฝ่ายปกครอง

ยอมถูกจำกัด โดยกิจการที่เอกชนทำอยู่ ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำทุกอย่างเพื่อเป็นไปตามความต้องการส่วนตัวเอกชน เพราะความต้องการส่วนตัวของเอกชนมีมากเกินไปที่จะตอบสนองได้หมด และส่วนใหญ่เอกชนก็เป็นผู้จัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองอยู่แล้ว

การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารนั้น จะต้องละเว้นไม่กระทำการใดๆ ที่กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจเอาไว้ เพื่อที่จะเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากจะกระทำรुक้าสิทธิเสรีภาพของประชาชน จะกระทำได้เฉพาะขอบเขตที่กฎหมายกำหนดอำนาจให้กระทำได้นั้น ดังนั้นการกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลจะเป็นผู้ตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ในการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น ยังมีการกระทำการกระทำหนึ่งๆ ที่เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะเป็นข้อยกเว้นของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งศาลจะไม่สามารถที่จะเข้าไปควบคุมการกระทำนี้ได้

“การกระทำทางรัฐบาล”⁷ (Act of government) การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจำกัดการใช้อำนาจตรวจสอบจากองค์กรอื่นๆ โดยเฉพาะหน่วยงานของศาล แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็น แนวความคิดที่ ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล แต่อาจถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรทางการเมือง ตามหลักการดูแลและถ่วงอำนาจ ซึ่งจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถึงแม้ว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยของบ้านเมือง ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้น ของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตัวแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง จึงไม่สมควรที่จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

เหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตัวแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือ ประเด็นทางการเมืองซึ่งจะมีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองนั้นสามารถตัดสินเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น หลักนี้มีสำคัญมากเพราะ

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2551, จาก

ถ้าศาลปกครองสามารถ “สั่ง” ฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่องก็เท่ากับศาลปกครองนั้นลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น “ศาลเป็นรัฐบาล” (Government of Judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา⁸

แต่ในปัจจุบันการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยยังมีข้อโต้แย้งทางวิชาการและทางสังคมกันอย่างกว้างขวาง ว่าการกระทำทางรัฐบาลควรจะต้องมีความหมายและขอบเขตกว้างเพียงใด และควรที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรตุลาการคือ ศาลปกครองหรือไม่ เนื่องจากการศึกษาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลมากนัก เพื่อประโยชน์ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในอนาคต จึงเห็นว่าสมควรที่จะศึกษาแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล เพื่อเป็นประโยชน์ในการที่จะทำความเข้าใจเรื่องการกระทำทางรัฐบาล ต่อไปในอนาคต

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance)
- 1.2.2 เพื่อศึกษาถึงหลักการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)
- 1.2.3 เพื่อศึกษาถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล
- 1.2.4 เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล
- 1.2.5 เพื่อศึกษาถึงมาตรการที่เหมาะสมที่ใช้ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

การกระทำใดของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นการควบคุมทางการเมืองตามหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) จะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ ของศาลปกครอง

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ผู้เขียนมุ่งที่จะศึกษา ในแนวความคิด หลักเกณฑ์ ในเรื่องการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) และการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) และศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). บทวิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา. สืบค้นเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2551, จาก <http://www.pub-law.net>.

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาค้นคว้านี้เป็นแบบการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาจากหนังสือ บทความ เอกสาร รายงานวิจัย รายงานการประชุม ทั้งข้อมูลที่ได้จากภายในประเทศและข้อมูลจากต่างประเทศ และจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance)
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงหลักการกระทำทางรัฐบาล (Act of government)
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาและแนวทางแก้ไขปัญหาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล
- 1.6.5 ทำให้ทราบถึงมาตรการที่เหมาะสมที่ใช้ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีพื้นฐาน

2.1 การถ่วงดุลในการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย (Check and balance)

ในรัฐที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย มักจะมีการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ รัฐธรรมนูญของรัฐต่างๆ จึงกำหนด สถาบันการเมืองหรือองค์กรขึ้นมารับการใช้อำนาจอริปไตยดังกล่าว และเกิดหลักการแบ่งแยก อำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งมุ่งประสงค์ให้แบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตย ไม่ให้ไปรวมอยู่ที่ องค์กรใด องค์กรหนึ่ง ปฏิกฎณัติทิมมนุษย์และพลเมืองฝรั่งเศส (ฉบับวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1779) ข้อ 16 ได้กล่าวไว้ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริง และไม่มีการแบ่ง แยกอำนาจโดย ชัดแจ้ง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ”¹ ซึ่งก็เป็นที่ไปตามความมุ่งหมายของ มองเตสกีเออ (Montesquieu) ที่ได้เสนอให้มีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ² โดยให้อยู่ในสถานะเสมอกัน และให้ผู้ใช้อำนาจ ทั้งสาม แยกออกจากกัน โดยให้อำนาจหนึ่งสามารถที่จะยับยั้งอีกอำนาจหนึ่งได้ (Le pouvoir arête le pouvoir) และสามารถทำให้เกิดการสมดุลได้ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางการเมืองของ ประชาชน (Liberte Politique)

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากพิจารณาอย่างเข้มงวด จะสามารถมองเห็นความสัมพันธ์ ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเป็น 6 ทาง กล่าวคือ อำนาจบริหารต้อง ไม่ก้าวก่ายอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจนิติบัญญัติต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายบริหาร อำนาจบริหารต้องไม่ก้าวก่าย ฝ่ายตุลาการ อำนาจตุลาการต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายบริหาร อำนาจนิติบัญญัติต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายตุลาการ อำนาจตุลาการต้องไม่ก้าวก่ายฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ในอำนาจนั้นก็มีความสัมพันธ์กันหลายวิธีการ ตามที่รัฐธรรมนูญจะกำหนดไว้ ซึ่งจะเป็นสิ่งบ่งบอกให้ทราบว่า การถ่วงดุลระหว่างอำนาจดังกล่าวมี ความเข้มข้นมากเพียงใด ยังมีการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาดเพียงใด

¹ หยุด แสงอุทัย. (2551). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2551. หน้า 1377.

² หนังสือ The Spirit of Law ค.ศ. 1748 ของ มองเตสกีเออมีความเห็นว่าในทุกประเทศมีอำนาจอยู่ 3 ชนิด ได้แก่ อำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจในการบริหารกิจการต่างประเทศ อำนาจในการบริหารทาง การเมืองภายใน อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 136.

การถ่วงดุลอำนาจก็จะน้อยลงเพียงนั้น วัตถุประสงค์ของการถ่วงดุลอำนาจจึงเป็นไปเพื่อมิให้อำนาจใดมีอำนาจเหนือกว่าอีกอำนาจหนึ่งนั่นเอง แต่การที่จะหวังให้อำนาจทั้ง 3 มีความสมดุลหรือมีน้ำหนักเท่าเทียมกันนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ยาก สิ่งที่รัฐต่างๆ สามารถที่จะกระทำได้อีกก็คือการบัญญัติให้มีการใช้อำนาจอธิปไตยให้เข้าสู่จุดดุลยภาพให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ในรัฐธรรมนูญนั่นเอง

โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ มุ่งประสงค์ให้แบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อมิให้อำนาจไปรวมอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจนิติบัญญัติกระทำการทางนิติบัญญัติให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจกระทำการทางบริหารและให้ศาลเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจตุลาการ โดยองค์กรทั้งหลายจะใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายในลักษณะถ่วงดุลกัน ความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลกัน ระหว่างองค์กรใช้อำนาจทั้งสาม จะเป็นไปอย่างใกล้ชิดเพียงใด ก็จะขึ้นอยู่กับรูปแบบของการปกครองหรือรูปแบบของรัฐบาลในแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกอำนาจไม่ได้หมายความว่าจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาด คือองค์กรใช้อำนาจ ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกันเลย เพราะการแบ่งแยกอำนาจโดยเด็ดขาดย่อมทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหารประเทศ เพราะหากไม่ทราบว่ามีฝ่ายบริหารต้องการให้ออกกฎหมายอะไรในการบริหารประเทศ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกกฎหมายได้อย่างไร นอกจากนี้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ก็ไม่จำเป็นต้องให้องค์กรใช้อำนาจทั้งสามมีอำนาจเท่าเทียมกันเพราะในความเป็นจริง อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งได้ แต่เพื่อที่จะให้อำนาจทั้งสามเป็นไปเพื่อประโยชน์ของมหาชน รัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยทั้งหลาย จึงต้องกำหนดความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจทั้งสามอำนาจให้องค์กรหลักต่างๆ ให้เป็นไปตามลักษณะการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน มีข้อพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญของรัฐประชาธิปไตยทั้งหลายจะบัญญัติให้แยกองค์กรใช้อำนาจประชาธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และบริหาร ซึ่งรวมเรียกว่า “การใช้อำนาจประชาธิปไตยทางการเมือง” อย่างเคร่งครัด³ โดยมอบหมายให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาในอรรถคดีเท่านั้น ไม่อาจร่วมใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรือทางบริหารกับองค์กรอื่นได้

2.1.1 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบประธานาธิบดี

ในระบบประธานาธิบดีมีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยอย่างเคร่งครัดคือ รัฐธรรมนูญกำหนดมอบหมายให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และ

³ วรพจน์ วิศรุดพิชญ์. (2537). “ศาลปกครองกับหลักแบ่งแยกอำนาจ.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3. หน้า 273.

มอบหมายให้ประธานาธิบดีซึ่งได้รับเลือกตั้งจากประชาชนเช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยโดยกระทำการทางบริหาร ทั้งนี้โดยเปิดโอกาสให้องค์กรทั้งสองเข้าไปร่วมใช้อำนาจกับอีกองค์กรหนึ่งน้อยมาก อีกทั้งยังมีข้อห้ามไม่ให้ประธานาธิบดีไม่ให้แต่งตั้งรัฐมนตรีจากสมาชิกรัฐสภาเพื่อช่วยเหลือตนในการบริหารราชการแผ่นดินด้วย⁴ ในระบบนี้สภาจึงไม่มีอำนาจควบคุมการทำงานของรัฐบาลและรัฐบาลไม่สามารถยุบสภาได้

อย่างไรก็ตามแม้ประธานาธิบดีจะต้องบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน⁵ แต่ก็มีมาตรการที่ผู้ใช้อำนาจแต่ละฝ่ายจะคอยช่วยเหนี่ยวรั้งซึ่งกันและกันได้เรียกว่า การดุลและคานอำนาจ โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารถ่วงดุลกันเอง กล่าวคือฝ่ายนิติบัญญัติถ่วงดุลฝ่ายบริหาร โดยการให้ความเห็นชอบต่อกิจการบางอย่างของฝ่ายบริหาร เช่น ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาวุฒิสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการที่ฝ่ายบริหารจะแต่งตั้งทูต ผู้พิพากษา รัฐมนตรี ตลอดจนการให้สัตยาบันต่างๆ นอกจากนี้ในแง่ของการควบคุมฝ่ายบริหารฝ่ายนิติบัญญัติ อาจตรากฎหมาย หรืออนุวัติ หรือไม่อนุวัติในงบประมาณแผ่นดินที่ฝ่ายบริหารขอมา และในบางกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดก็อาจถอดถอนประธานาธิบดีได้ และในทางกลับกันฝ่ายบริหารก็ถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติ โดยการยับยั้ง (Veto) ร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว เพราะรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนามประกาศใช้กฎหมายของฝ่ายรัฐสภา ในฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐ

2.1.2 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบกึ่งประธานาธิบดี

ในระบบกึ่งประธานาธิบดี ซึ่งผสมผสานระบบรัฐสภากับระบบประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีจะเป็นประมุขของรัฐ เป็นผู้แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและร่วมบริหารราชการแผ่นดินร่วมกับรัฐมนตรี กล่าวคือประธานาธิบดีเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี⁶ และเป็นผู้กำหนดนโยบายต่างประเทศ รวมทั้งนโยบายการเมืองทั่วไป นอกจากนี้ประธานาธิบดียังเป็นอนุญาโตตุลาการระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีอีกด้วย

⁴ หยุค แสงอุทัย. (2511). คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511. หน้า 577.

⁵ ประธานาธิบดีในระบบประธานาธิบดี ต้องทำหน้าที่เป็นทั้งประมุขของรัฐและ ประมุขของฝ่ายบริหาร เสมือนว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีในคราวเดียวกัน.

⁶ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 9 บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ เป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี” อ้างใน เศษชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2516). รัฐธรรมนูญนานาชาติ. หน้า 6.

รัฐบาลในระบบกึ่งประธานาธิบดีจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา⁷ โดยมีเงื่อนไขและวิธีการคือ ในการแถลงผลงานและนโยบายทั่วไป ภายหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือเป็นที่ตกลงในคณะรัฐมนตรีแล้ว นายกรัฐมนตรีจะต้องแถลงต่อสภาว่า รัฐบาลขอให้รัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจในเรื่องแผนงานและนโยบายทั่วไป (หากคณะรัฐมนตรีลงมติเช่นนั้น) และสภาผู้แทนอาจลงมติไม่ไว้วางใจแก่รัฐสภา โดยการเสนอญัตติเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลหรือในการพิจารณาร่างกฎหมาย เมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติที่ประชุมอย่างไร ก็ให้นายกรัฐมนตรีเสนอให้สภาผู้แทนลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลในร่างกฎหมายนั้น (ทั้งฉบับหรือเพียงบางส่วน)⁸ หากสภาผู้แทนราษฎรไม่ไว้วางใจหรือไม่เห็นชอบกับแผนงานหรือนโยบายทั่วไปของรัฐบาลนายกรัฐมนตรีต้องยื่นใบลาออกจากตำแหน่งของคณะรัฐมนตรี ต่อประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ⁹ ในขณะเดียวกันประธานาธิบดีก็อาจจะประกาศยุบสภาแทนได้ ภายหลังจากที่ได้หารือกับนายกรัฐมนตรีและประธานทั้งสองสภาแล้ว นอกจากนี้เรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาลกับรัฐสภา ตามที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติไว้ในหมวด 5 ที่น่าสนใจคือรัฐสภามีอำนาจอนุมัติร่างกฎหมาย¹⁰ ส่วนการประกาศใช้กฎหมายเป็นอำนาจของประธานาธิบดี โดยสิทธิการเสนอร่างกฎหมายเป็นของนายกรัฐมนตรีและสมาชิกรัฐสภา สมาชิกรัฐสภาและรัฐบาลมีสิทธิเสนอแปรญัตติร่างกฎหมายได้¹¹ ที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรี เข้าร่วมประชุมของทั้งสองสภาและต้องรับฟังคำร้องขอของสมาชิกด้วย

2.1.3 การถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยในระบบรัฐสภา

ระบบรัฐสภามีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและบริหารเช่นเดียวกับระบบประธานาธิบดี แต่ลักษณะการแบ่งแยกไม่เคร่งครัดเท่าระบบประธานาธิบดี โดยรัฐธรรมนูญมอบหมายให้รัฐสภาเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ และมอบหมายให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจกระทำการทางบริหาร ทั้งนี้รัฐธรรมนูญเปิดโอกาสให้รัฐสภาเข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารกับคณะรัฐมนตรีได้ ในขณะเดียวกันก็เปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรี

⁷ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. (สาธารณรัฐที่ 5). มาตรา 20. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548).

คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 21.

⁸ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 49. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 78.

⁹ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 38. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 69.

¹⁰ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 34. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 67.

¹¹ รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (สาธารณรัฐที่ 5) มาตรา 44. อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958. หน้า 73.

เข้าไปร่วมใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติ กับทางรัฐสภาได้ด้วยกับคณะรัฐมนตรี ดังนั้นจึงมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน โดยคณะรัฐมนตรีทั้งคณะและรัฐมนตรีแต่ละคนจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา และอยู่ในตำแหน่งได้นานเท่าที่รัฐสภาไว้วางใจเท่านั้น เมื่อรัฐสภามีมติไม่ไว้วางใจ รัฐมนตรีทั้งคณะ หรือแต่ละคน แล้วแต่กรณีต้องออกจากตำแหน่ง แต่ในขณะที่เดียวกันฝ่ายบริหารก็มีสิทธิแนะนำและยินยอมให้ประมุขของรัฐ (ซึ่งอาจเป็นประธานาธิบดีหรือกษัตริย์ก็ได้ซึ่งจะไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา) ยุบสภาเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนจะครบอายุของสภาได้

การถ่วงดุลอำนาจการใช้อำนาจอธิปไตยในระบบรัฐสภานั้น เห็นได้ชัดเจนกว่าระบบประธานาธิบดีและระบบกึ่งประธานาธิบดี เพราะฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจร่วมกันอย่างใกล้ชิด เช่น การเข้าไปใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจยับยั้งกฎหมายซึ่งรัฐสภาเห็นชอบแล้วได้ พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น ส่วนทางด้านฝ่ายนิติบัญญัติก็มีการเข้าร่วมใช้อำนาจบริหารกับทางฝ่ายบริหาร เช่น รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการประกาศสงคราม รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญา รัฐสภาสามารถยื่นอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลได้ เป็นต้น

2.1.4 ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกับองค์กรฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญของไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้สถาปนาการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขก็ได้บัญญัติกำหนดการใช้อำนาจอธิปไตย โดยวางอยู่บนพื้นฐานการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 3 ที่ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขใช้อำนาจนั้นทางสภา คณะรัฐมนตรี และศาลตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” การแบ่งแยกรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ถวายคำแนะนำและยินยอมให้กับพระมหากษัตริย์ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยตราพระราชบัญญัติ (มาตรา 92) ออกจากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ถวายคำแนะนำและยินยอมให้กับพระมหากษัตริย์ ทรงใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 201 มาตรา 212 มาตรา 231) เป็นไปอย่างไม่เคร่งครัด โดยรัฐธรรมนูญให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร และมอบหมายให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหลักในการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหาร แต่ในขณะที่เดียวกันก็เปิดโอกาสให้ทั้งสององค์กรสามารถเข้าไปร่วมใช้อำนาจของอีกองค์กรหนึ่งได้ด้วย เช่น คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างพระราชบัญญัติ (มาตรา 169) คณะรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำและยินยอมให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติ (มาตรา 218) รัฐสภามีอำนาจ

พิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน (มาตรา 180) รัฐมนตรีมีสิทธิเข้าประชุมและแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นในที่ประชุมสภา แต่ไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (มาตรา 210) นายกรัฐมนตรีมีสิทธิขอให้รัฐสภาเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อฟังความเห็นของสมาชิกผู้แทนราษฎรและสมาชิกผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ในกรณีที่มีปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยรัฐสภาจะลงมติปัญหาที่อภิปรายไม่ได้ (มาตรา 213) สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าสามในห้าของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อขออภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริง หรือชี้แจงปัญหาในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยไม่มีการลงมติ (มาตรา 187)

ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรี มีอำนาจถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ สมาชิกผู้แทนราษฎร จำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของสมาชิกผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี (มาตรา 185) หรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ซึ่งมีผลว่าหากคณะรัฐมนตรีไม่ไว้วางใจมากกว่าครึ่งหนึ่งของสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้น ต้องพ้นจากตำแหน่ง ขณะเดียวกันรัฐธรรมนูญก็ให้อำนาจพระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา เพื่อเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี ส่วนศาลซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางตุลาการ ได้แยกออกจากฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอย่างเด็ดขาดดังจะเห็นได้ในมาตรา 233 ที่บัญญัติว่า “การพิจารณาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล” ซึ่งแสดงว่าศาลผูกขาดการใช้อำนาจอธิปไตยในการพิจารณาอรรถคดีแต่ผู้เดียว รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีไม่มีโอกาสเข้าไปร่วมใช้อำนาจนี้ได้

2.2 องค์กรฝ่ายบริหาร

2.2.1 องค์กรประกอบฝ่ายบริหาร

ในทางวิชาของกฎหมายปกครอง มีการแยกองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ ออกได้เป็น 2 ประเภทใหญ่ก็คือ

1) รัฐบาล (Government)

การมีรัฐบาลโดยทั่วไปก็เพื่อการคงอยู่ของรัฐ เพื่อการจัดระเบียบภายในรัฐและเพื่อประโยชน์สุขของส่วนรวมของรัฐและประชาชนการมีรัฐบาลก็เพื่อเป็นจักรกลหรือสิ่งประดิษฐ์ของรัฐที่จะขาดเสียไม่ได้ เพราะรัฐบาลเป็นองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่มีความสำคัญ ที่รัฐจะใช้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของรัฐและของประชาชน การที่รัฐจะเป็นองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐที่ทำหน้าที่ต่างๆ ได้ รัฐบาลจะต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเพียงพอต่อการที่จะทำหน้าที่ของตน และ

สามารถใช้ดุลพินิจของตนภายในขอบเขตอำนาจที่ได้มีการกำหนดไว้ เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลจะต้องมีอำนาจบังคับมีสิทธิที่จะใช้กำลังเพื่อบังคับให้มีการเชื่อฟังปฏิบัติตาม

เมื่อรัฐบาลจะต้องมีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว ในการพิจารณาถึงความหมายนักรัฐศาสตร์ มักเสนอหรือพิจารณาความหมายของ “รัฐบาล” ว่าหมายถึงกลุ่มบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจ เพื่อดำเนินการปกครองประเทศ (โดยการยินยอมของฝ่ายนิติบัญญัติ) ซึ่งทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญ อาจแบ่งประเภทผู้ใช้อำนาจบริหารได้ดังนี้ คือ 1) ประมุขของรัฐ 2) หัวหน้าฝ่ายบริหาร 3) คณะรัฐมนตรี 4) รัฐมนตรี

2) ฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครอง (Administrative) ฝ่ายปกครอง คือ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่รัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นการบริหารราชการแผ่นดิน หมายความว่า ถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค ราชการบริหารส่วนท้องถิ่น¹² ทั้งหมด ตามความหมายดังนี้ ฝ่ายปกครองจึงความหมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของส่วนราชการ ที่เป็นกระทรวง ทบวง กรม และทบวงการเมืองส่วนกลางทั้งหมด รวมไปถึง จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน อันเป็นราชการส่วนภูมิภาค ตลอดจนเทศบาล สุขาภิบาล องค์กร บริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานเหล่านี้ล้วนเป็นองค์กรหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ขององค์กรรัฐเหล่านี้มีหน้าที่ดำเนินการทางปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ดังนั้น “ฝ่ายปกครอง” จึงหมายความว่ารวมถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดที่มีอำนาจใช้อำนาจบริหาร

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534¹³ ได้จัดระเบียบราชการบริหารออกเป็น ราชการส่วนกลาง ประกอบด้วยสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวงซึ่งมีฐานะเท่ากระทรวง ทบวง ซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง¹⁴ และกรม หรือส่วนราชการอื่นที่มีฐานะเท่ากรม ซึ่งสังกัดหรือไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง ราชการส่วนภูมิภาคประกอบด้วย จังหวัด อำเภอ และราชการส่วนท้องถิ่นประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล เทศบาล สุขาภิบาล และราชการส่วนท้องถิ่นอื่นที่กฎหมายกำหนด

¹² ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 34.

¹³ กฎหมายฉบับนี้ น่าจะใช้ชื่อว่าพระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายบริหาร พ.ศ. 2534 มากกว่า จึงจะชอบด้วยเหตุผลของกฎหมายปกครอง เพราะเป็นเรื่องของการจัดระเบียบราชการฝ่ายปกครอง โดยแท้ อ้างถึงใน ประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายกฎหมายปกครอง. หน้า 35-36.

¹⁴ ปัจจุบันไม่มีทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง ในลักษณะเช่นนี้ (เดิมเคยมีทบวงของมหาวิทยาลัยของรัฐ ที่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี).

2.2.2 อำนาจหน้าที่ฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ฝ่ายบริหารย่อมเป็นองค์กรหลักที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการกระทำการทางบริหาร การกระทำการทางบริหารเป็นการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้ และฝ่ายบริหารได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วนคือ รัฐบาลส่วนหนึ่ง กับฝ่ายปกครองอีกส่วนหนึ่ง การแบ่งฝ่ายบริหารออกเป็นรัฐบาลและฝ่ายปกครองนี้ก็เป็นไปตามหลักกฎหมายปกครอง ดังนั้น อำนาจหน้าที่ ขององค์ของรัฐฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนดังกล่าว จึงแตกต่างกันตามเจตนารมณ์ของกฎหมายปกครองกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1) อำนาจหน้าที่ของรัฐบาล โดยรวมแล้วรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ และนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภา¹⁵ อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้นได้ จำแนกออกเป็น 2 ส่วนคือ

(1) อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล อันเป็นอำนาจหน้าที่ที่คณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกัน อย่างหนึ่ง¹⁶

(2) อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง อันเป็นอำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีแต่ละคน เป็นผู้ใช้ในการบริหารงานของกระทรวง ทบวง ที่เป็นผู้บังคับบัญชา¹⁷

อำนาจหน้าที่ของรัฐบาลทั้งสองนี้ เป็นเรื่องยากมากที่จะแยกออกจากกันได้ อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ ดังต่อไปนี้¹⁸

อำนาจหน้าที่ในฐานะของรัฐบาล เป็นอำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดนโยบายในการบริหาร ประเทศ โดยรัฐบาลต้องดำเนินนโยบายเพื่อการดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ ความมั่นคงของ ประเทศ ตามนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และตามนโยบายของพรรคที่เป็นแกนนำในการจัดตั้งรัฐบาล นอกจากนี้รัฐบาลจะต้องดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศด้วย รวมทั้งดำเนินการติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา เพื่อการบริหาร ราชการของประเทศด้วย ดังนั้นกิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ก็จะทำให้เฉพาะรัฐบาล เท่านั้น

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 212 อันที่จริงรัฐธรรมนูญกำหนดให้การ บริหารราชการแผ่นดิน เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี และความหมายของรัฐบาลนั้น มีทั้งความหมาย อย่างกว้างและความหมายอย่างแคบ อย่างกว้างนั้นหมายความว่าถึงคณะรัฐมนตรี รวมถึงพระมหากษัตริย์ และอย่าง แคบ หมายถึง เฉพาะคณะรัฐมนตรี.

¹⁶ คือคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันในนโยบาย ทั่วไปของคณะรัฐมนตรี.

¹⁷ ในส่วนนี้รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่า รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน.

¹⁸ ประยูร กาญจนกุล. เล่มเดิม. หน้า 31-33.

อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจหน้าที่ ซึ่งนายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีแต่ละคน ต้องปฏิบัติเป็นปกติธุระ เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย และตามนโยบายที่รัฐบาล กำหนดไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในการปฏิบัติมากมาย เป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นต้องเข้าร่วมกับ ข้าราชการ และพนักงานในกระทรวง ทบวงต่างๆ ในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง ทบวงนั้น เป็นเรื่องซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่ต้องวินิจฉัยทุกเรื่อง ไป เว้นแต่ เป็นเรื่องที่สำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาล รัฐมนตรีต้องเสนอขอ ความเห็นจากคณะ รัฐมนตรีคนอื่นก่อนปฏิบัติ ดังนั้นกิจการที่รัฐบาลปฏิบัติในฐานะฝ่ายปกครอง รัฐบาลจึงมอบหมาย กระทรวง ทบวง ต่างๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทน โดยตลอด ซึ่งได้แก่กิจการต่างๆ ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของ กระทรวง ทบวง ต่างๆ นั้นเอง เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การป้องกันประเทศ การคมนาคมขนส่ง การสื่อสาร การศึกษา การสาธารณสุข การคลัง เป็นต้น หรือรัฐบาลจะมอบให้ ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ไปจัดทำก็ได้ เช่น อำนาจหน้าที่ในการบริหารส่วนท้องถิ่น ให้แก่เทศบาล เป็นต้น

2) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

ฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการ ส่วนรวมของประชาชน โดยปฏิบัติตามกฎหมาย นโยบาย และมติของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นฝ่าย ปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง โดย จัดทำบริการสาธารณะต่างๆ เช่น การรักษาความเรียบร้อยภายในประเทศ การดำเนินการทางเศรษฐกิจ และทางสังคม เพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิต แม้ว่าฝ่ายปกครองจะ จัดทำบริการสาธารณะหลายประเภท แต่ฝ่ายปกครองก็ได้จัดทำกิจกรรมทุกอย่างเองทั้งหมด แต่จะ จัดทำเฉพาะกิจการใหญ่ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนเท่านั้น

เนื่องจากฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นคนกลางระหว่างประชาชนกับรัฐบาล อำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองจึงถูกกำหนดจากทั้งเบื้องบน และเบื้องล่าง โดยทางเบื้องบนฝ่ายปกครอง จะรुक้าเข้าไปในอำนาจของรัฐบาลไม่ได้ กิจการใดพาดพิงถึงเอกภาพทางการเมือง หรือประโยชน์ ส่วนได้ส่วนเสียสำคัญของประเทศชาติ ย่อมอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ส่วนเบื้องล่าง ฝ่าย ปกครองย่อมถูกจำกัดโดยกิจการที่เอกชนทำอยู่ ฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องทำทุกอย่างเพื่อเป็นไปตาม ความต้องการส่วนตัวเอกชน เพราะความต้องการส่วนตัวของเอกชนมีมากเกินไปที่จะตอบสนองได้ หมด และส่วนใหญ่เอกชนก็เป็นผู้จัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตนเองอยู่แล้ว

โดยสรุปแล้ว องค์กรฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารมี องค์ประกอบหลักใหญ่สองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่งเรียกว่ารัฐบาล กับอีกส่วนหนึ่งที่เรียกว่าฝ่ายปกครอง ส่วนที่เรียกว่ารัฐบาลนั้น สำหรับประเทศไทยนั้นซึ่งมีรัฐบาลในระบบรัฐสภาได้แบ่งออกเป็น ส่วนที่หนึ่ง

คือพระมหากษัตริย์ ซึ่งจะคงอยู่ตลอดจนกว่าจะสิ้นพระชนม์หรือสละราชสมบัติ กับส่วนที่ไม่ประจำคือ คณะรัฐมนตรีประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าและรัฐมนตรีอื่นตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญ กำหนด ส่วนนี้มีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามวิถีทางการเมืองของระบบประชาธิปไตย ส่วนฝ่ายปกครองนั้น ได้แก่ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ทั้งที่สังกัด ราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น รัฐบาลนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายบริหารประเทศตามที่รัฐธรรมนูญ มอบหมาย และต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา นอกจากนี้ยังมีการดำเนินงานต่างๆ อันมี ลักษณะในทางปกครองด้วย ส่วนฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายหรือนโยบายรัฐบาล

2.3 การกระทำทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “การกระทำทางปกครอง” เอาไว้ว่า¹⁹ เป็นผลผลิตของการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย ขององค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง คือ องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งอยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีท่านใดท่านหนึ่ง

ถ้าองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวกระทำการ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ องค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวก็กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองและผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ก็คือ “การกระทำทางปกครอง”

แต่ถ้าการกระทำขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว มิใช่ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวก็ไม่ใช่ “การกระทำทางปกครอง” แต่เป็นเพียงการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เช่น การที่เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูลพิมพ์หนังสือราชการ การที่พนักงานรัฐวิสาหกิจส่งใบแจ้งหนี้ค่าบริการของรัฐวิสาหกิจไปยังผู้ใช้บริการ การที่พนักงานขับรถของส่วนราชการขับรถไปส่งหนังสือราชการ เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง

¹⁹ วราภรณ์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 1-12.

แต่ก็มีข้อยกเว้น คือ การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจของรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหาร องค์กรรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชน ก็ได้

1) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ ตามกฎหมายขององค์กรฝ่ายบริหาร

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์²⁰ อธิบายว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจกระทำการได้ใน 2 ฐานะคือในฐานะรัฐบาล และในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองโดยขึ้นอยู่กับว่าใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายใด

ถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และผลผลิตของการใช้อำนาจนั้นก็จะเป็น การกระทำทางรัฐบาล

แต่ถ้าองค์กรของฝ่ายบริหารกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ ผลผลิตการใช้อำนาจดังกล่าว ก็คือ การกระทำทางปกครอง

2) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระและหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์²¹ อธิบายว่าในกรณีที่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดขององค์กรอิสระหรือหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง

3) การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ อธิบายว่า องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น รัฐสภา ประธานสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา ไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอีกด้วย เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันปราบปรามการฟอกเงิน ผลผลิตของการใช้อำนาจของรัฐตามพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ก็คือ การกระทำทางปกครอง

²⁰ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 7-9.

²¹ แหล่งเดิม.

4) การกระทำทางปกครองเป็นผลผลิตการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรเอกชน
รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ อธิบายว่า องค์กรเอกชนบางองค์กร เช่น
สภา ทนายความ ได้รับมอบอำนาจให้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติแทนรัฐในบางเรื่อง เช่น การจด
ทะเบียน และออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ ซึ่งก็ถือได้ว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง” เช่นกัน
ประเภทของการกระทำทางปกครอง²²

รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า²³ “การกระทำทางปกครอง” นั้นในทาง
กฎหมายสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ ในลักษณะที่เป็นนิติกรรม (Juristic Act) กับในลักษณะ
ที่เป็นปฏิบัติ (Real Act)

“การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นนิติกรรมนั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาของเจ้าหน้าที่
ฝ่ายปกครอง ที่มุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลหรือนายหนึ่งเป็นการกระทำที่องค์กรของรัฐฝ่าย
ปกครองมุ่งที่จะก่อตั้งความสัมพันธ์ทางสิทธิและหน้าที่ระหว่างองค์กรรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของฝ่าย
ปกครองกับเอกชน

ส่วน “การกระทำทางปกครอง” ที่เป็นปฏิบัติการนั้นเป็นการกระทำที่ใช้กำลังทาง
กายภาพเข้าดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามสิทธิและหน้าที่ เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้รถยนต์ที่
จอดไว้ในที่ห้ามจอด การรื้อสิ่งปลูกสร้างในकुคลองสาธารณะที่ปลูกสร้างผิดกฎหมาย หรือการใช้
กำลังเข้าจับกุมผู้กระทำความผิดกฎหมาย เป็นต้น ถือเป็นการกระทำที่เป็นปฏิบัติการทางปกครอง มิใช่
การกระทำที่เป็นนิติกรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ อธิบายว่า²⁴ “การกระทำทางปกครอง” นั้น
อาจจะจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภทคือ “นิติกรรมทางปกครอง” และ “ปฏิบัติการทางปกครอง”

2.3.1 ปฏิบัติการทางปกครอง

ปฏิบัติการทางปกครอง หมายถึงการกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของ
รัฐหรือเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจแทนรัฐ โดยการกระทำนั้นไม่ใช่ “นิติกรรมทาง
ปกครอง” กล่าวคือการกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของนิติกรรมทางปกครองนั่นเอง

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติ
กรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยร้ายแรง แจ้ง
ข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ไขข้อกล่าวหา

²² ชาลชัช แสงวงศ์. (2551). คำอธิบายกฎหมายปกครอง. หน้า 278.

²³ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3.
หน้า 61-62.

²⁴ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 13.

หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกบังคับมาใช้ก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมเข้ารีตถอนอาคารก่อสร้าง โดยฝ่าฝืนกฎหมาย หลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของ²⁵ อาคาร รีตถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกับบุคคลอื่นก็ได้เช่นกัน เช่น “ปฏิบัติการทางปกครอง” ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใดเสียหายย่อมเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำการนั้นจำต้องรับผิดชอบใช้ ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบนั้นมิได้เกิดจากการแสดงเจตนาขององค์กรดังกล่าว แต่เป็นผลบังคับทางกฎหมาย

2.3.2 นิติกรรมทางปกครอง

รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย อธิบายว่า “นิติกรรมทางปกครอง” นั้นมีความหมายอย่างกว้าง อย่างกลาง อย่างแคบ

ในความหมายอย่างกว้าง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทั้งหมดโดยรวมทั้งนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวและนิติกรรมทางปกครองสองฝ่ายคือสัญญาทางปกครองด้วย

ในความหมายอย่างกลาง “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง โดยความหมายรวมถึงกฎหมายลำดับรองด้วย แต่ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง

ในความหมายอย่างแคบ “นิติกรรมทางปกครอง” หมายถึง การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะเฉพาะเท่านั้น โดยไม่หมายความรวมถึงนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปด้วย

สำหรับนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้น หมายถึง นิติกรรมที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองสามารถแสดงเจตนากำหนดหน้าที่ให้เอกชนได้ฝ่ายเดียว โดยที่เอกชนไม่จำเป็นต้องยินยอม ซึ่งต่างจากนิติกรรมฝ่ายเดียวทางแพ่งไม่สามารถกำหนดหน้าที่ให้บุคคลอื่นโดยที่เขาไม่ยินยอม ทั้งนี้เพราะว่าในกฎหมายแพ่งนั้น เอกชนมีฐานะเท่าเทียมกัน แต่ในทางกฎหมายมหาชน รัฐและองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐย่อมมีฐานะเหนือกว่าเอกชนเพราะมีหน้าที่คุ้มครองผลประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม ส่วนเอกชนนั้นกระทำการต่างๆ เพื่อประโยชน์

²⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3. หน้า 62-71.

ส่วนตัว จึงมีฐานะที่ต่ำกว่าด้วยเหตุนี้ นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวส่วนใหญ่จึงอยู่ในลักษณะเป็นการสั่งการหรือคำสั่งให้เอกชนกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือนัยหนึ่งก็คือ การกำหนดหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์ประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจหน้าที่ จะใช้กำลังทางกายภาพ เข้าบังคับการให้เป็นไปตามนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวของตนได้โดยไม่ต้องไปขออำนาจศาล แต่ทั้งนี้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งหรือเป็นกรณีฉุกเฉินอย่างยิ่งเท่านั้น

นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวนั้นปรากฏใน 2 ลักษณะ

1) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีลักษณะทั่วไปและเป็นนามธรรม เช่นเดียวกับกฎหมาย เป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับความประพฤติของบุคคลที่มีลักษณะทั่วไป และเป็นนามธรรม เฉพาะตัวบุคคล ซึ่งที่จริงก็คือลำดับรองที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้ออกนั่นเอง

2) นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว ที่มีลักษณะเฉพาะและเป็นรูปธรรมซึ่งเป็นข้อกำหนดสำหรับบุคคลเฉพาะเจาะจง สามารถทราบได้ว่า เป็นใครและเป็นข้อกำหนดเฉพาะที่เป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องเฉพาะราย

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ นิติกรรมทางปกครองไว้ว่า²⁶ หมายถึง การกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับเช่นพระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพียงแต่ฝ่ายเดียวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะหนึ่งว่าตนประสงค์จะให้เกิดผลทางกฎหมายเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างองค์กรดังกล่าวกับบุคคลนั้นหรือคณะบุคคลนั้น โดยที่บุคคลนั้นไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

ลักษณะของนิติกรรมทางปกครอง รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์ อธิบายว่า²⁷ “นิติกรรมทางปกครอง” มีลักษณะสำคัญอยู่ 4 ประการประกอบกันดังนี้

(1) เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับเช่น พระราชบัญญัติแทนและในนามขององค์กรดังกล่าวเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏต่อบุคคล หนึ่งหรือคณะหนึ่ง

(2) เจตนาที่องค์กรดังกล่าวแสดงให้ปรากฏต่อบุคคลหนึ่งหรือคณะหนึ่ง ต้องเป็นเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น ดังนั้นจึงไม่รวมถึงการที่องค์กรดังกล่าวประกาศความตั้งใจว่าจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเพียงแต่ ขอความร่วมมือหรือเตือนให้บุคคลหรือคณะบุคคลกระทำการหรือละเว้นกระทำการ อย่างหนึ่งอย่างใด

²⁶ วรพจน์ วิสฺรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 13.

²⁷ แหล่งเดิม. หน้า 14.

(3) ผลทางกฎหมายที่องค์กรดังกล่าวประสงค์จะให้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของตนนั้น คือการสร้างนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายหรือนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลสองฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจ หรือมีสิทธิเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่ง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลย่อมมีผลในการเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหน้าที่ของบุคคลที่เป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น เช่น การที่ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งแต่งตั้งหรือเลื่อนชั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา หรือการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารออกใบอนุญาตให้บุคคลก่อสร้างอาคาร ย่อมมีผลเป็นการให้สิทธิหรือหน้าที่แก่บุคคลดังกล่าว

(4) นิติกรรมดังกล่าวข้างต้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นโดยเจตนาที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชนแสดงออกมาเพียงฝ่ายเดียว โดยที่บุคคล คณะบุคคลซึ่งเป็นคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ดังกล่าวไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอม

สำหรับในประเทศไทยนั้น รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ เห็นว่า นิติกรรมทางปกครอง นั้นเป็น นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น โดยอธิบายต่อไปว่าในความหมายอย่างกว้างของนิติกรรมทางปกครอง แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะมีความหมายดังนี้

1) กฎ

“กฎ” นั้นมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้คำนิยามของกฎไว้ว่า พระราชกฤษฎีกา ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ให้คำนิยามของกฎไว้เช่นเดียวกัน

จากคำนิยามข้างต้นจะเห็นว่าคำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ส่วนข้อความที่ว่า “พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ” เป็นเพียงบทบัญญัติหรือเป็นข้อกำหนดในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับหรือในเอกสารอื่นๆ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ดังนั้นกฎ จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ²⁸ คือ

²⁸ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 15.

(1) บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภทเช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ดังนั้นจึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ในบังคับให้กระทำการ ห้ามกระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

(2) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นทางการเป็นนามธรรม เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการได้ทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขีรถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการกรม กองต้องแต่งเครื่องแบบข้าราชการมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น

2) คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครอง นั้นมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ไว้ดังนี้คือ

“คำสั่งทางปกครอง”หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า จากนิยามข้างต้น ข้อความที่เป็นการให้คำนิยามของ “คำสั่งทางปกครอง” ก็คือข้อความที่ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร” ส่วนข้อความถัดไปที่ว่า “การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน” นั้นเป็นเพียงการให้ตัวอย่างของคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้เข้าใจง่ายขึ้นเท่านั้นเอง

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายต่อไปว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ไม่ว่าจะ เป็น กฎ หรือคำสั่งทางปกครองต่างก็เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ทั้งสิ้น มีข้อแตกต่างกันอยู่ที่กฎ นั้นมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นมีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้ยกตัวอย่าง ที่แสดงให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง กฎ และคำสั่งทางปกครอง ไว้อย่างชัดเจน สรุปได้ดังนี้

สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ใช้อำนาจตามกฎหมาย คือพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ออกข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยการศึกษาชั้นปริญญาตรี วางกฎเกณฑ์ว่า ในแต่ละภาคการศึกษา นักศึกษาจะต้องลงทะเบียนลักษณะวิชาไม่น้อยกว่า 9 หน่วยกิต และไม่เกิน 22 หน่วยกิต เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้กรณีใดเป็นเฉพาะ ซึ่งจะแตกต่างจากการที่อธิการบดีมหาวิทยาลัยอัสัยอำนาจตามข้อบังคับมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ว่าด้วยนักศึกษา ออกคำสั่งให้ถอนชื่อนักศึกษาที่ทุจริตในการสอบไล่ออกจากทะเบียนนักศึกษา คำสั่งเช่นนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสถานภาพหรือสิทธิหน้าที่ของบุคคล โดยมุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ คือนักศึกษาที่ทุจริต การใช้อำนาจตามกฎหมายในลักษณะนี้เป็น“คำสั่งทางปกครอง”

การพิจารณาว่า นิติกรรมทางปกครองใด จะเป็น กฎ หรือ คำสั่งทางปกครองนั้น ต้องพิจารณาว่า นิติกรรมทางปกครองนั้นขาดลักษณะข้อหนึ่งข้อใด หรือทั้งสองข้อของกฎ หรือไม่ กล่าวคือ ขาดลักษณะของการกำหนดข้อความที่มีผลเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะด้วยหรือไม่ หากนิติกรรมทางปกครองใด มีลักษณะข้อหนึ่งข้อใดของกฎ ก็ยังไม่ถือว่าเป็นกฎ แต่เป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร อัสัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ออกคำสั่งห้ามไม่ให้ผู้ใดเข้าไปหรือใช้ส่วนใดของอาคารใดอาคารหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง คำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการกำหนดข้อห้ามแก่บุคคลทั่วไป แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับกรณีของอาคารดังกล่าวเป็นการเฉพาะ คำสั่งดังกล่าวจึงมีลักษณะข้อหนึ่งของกฎ แต่ขาดลักษณะข้อหนึ่งของกฎจึงไม่ใช่กฎ แต่เป็น “คำสั่งทางปกครอง”

2.3.3 สัญญาทางปกครอง

สัญญาทางปกครองได้แก่ คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรค 1 (4)²⁹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็น

²⁹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้

สัญญาทางปกครองนั้นแตกต่างจากลักษณะของการกระทำทางปกครองประเภทอื่น กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองมักจะเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียว เช่นการออกใบอนุญาต การเพิกถอนใบอนุญาต ซึ่งเป็นการออกคำสั่งทางปกครอง แต่การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยความสมัครใจของกลุ่มสัญญา ลักษณะของกลุ่มพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ได้แก่ ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความสัญญา การเลิกสัญญา รวมทั้งตลอด การเรียกค่าเสียหาย อันเกิดจากการปฏิบัติผิดสัญญา ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรค 1 (4) บัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพียงแต่ให้คำนิยามคำว่า สัญญาทางปกครอง หมายความว่า ความรวมถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นผู้กระทำแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่จัดทำให้บริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสาธารณูปโภคหรือแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยที่การให้ความหมายของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นเพียงการให้ความหมายอย่างไม่ครอบคลุม ผู้ตรากฎหมายมุ่งหมายที่จะให้ศาลปกครองไปพัฒนาขอบเขตของ “สัญญาทางปกครอง” ให้ครอบคลุม

คุณพินิจ โดยมีขอบ

2. คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

3. คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

4. คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5. คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

6. คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

2. การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

3. คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทาง

ปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษอื่น.

ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 112/2544 ได้กำหนดลักษณะของสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้³⁰

- 1) คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นผู้กระทำแทนรัฐ
- 2) วัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นต้องมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังนี้
 - (1) สัญญาสัมปทาน
 - (2) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ
 - (3) สัญญาที่จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค
 - (4) สัญญาที่แสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ
 - (5) สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามาดำเนินงานหรือเข้าร่วมดำเนินการสาธารณะโดยตรง

3) สัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงออกถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจทางปกครองหรือกิจการทางปกครอง ซึ่งคือการบริการสาธารณะบรรลุผล ดังนั้นหากสัญญาใดคู่สัญญาได้กระทำด้วยความสมัครใจบนพื้นฐานแห่งความเสมอภาคและไม่ได้มีลักษณะ เช่นที่กล่าวมาข้างต้น สัญญานั้นเป็นสัญญาแพ่ง

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่มีลักษณะของสัญญาทางปกครอง³¹

(1) สัญญาที่เข้าลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ก. สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ

- สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงต่อเติมอาคารที่ใช้เป็นพิพิธภัณฑสถานของ กรมธนารักษ์ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 162/2546)
- สัญญาจ้างซ่อมแซมอาคารของกรมสรรพาวุธ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 308/2546)
- สัญญาจ้างเหมาปรับปรุงระบบประปา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 199/2545)

ข. สัญญาให้มีสิ่งสาธารณูปโภค

- สัญญาก่อสร้างอาคารสถานีอนามัย (คำวินิจฉัยชี้ขาดเจ้าหน้าที่ระหว่างศาลที่ 10/2545)

³⁰ มานิตย์ จุมปา. (2546). คู่มือกฎหมายปกครอง. หน้า 356.

³¹ ข้อสรุปประเด็นปัญหาเกี่ยวกับพัสดุและสัญญาทางปกครอง สรุปรวบรวมโดยสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. หน้า 13.

- สัญญาก่อสร้างอาคารสำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 443/2545)

(2) สัญญาทางปกครองตามสภาพสัญญา

ก. สัญญาที่มีข้อกำหนดว่าด้วยเอกสิทธิของรัฐที่ไม่ปรากฏในสัญญาแพ่ง

- สัญญาลาศึกษาต่อ(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 127/2544) โดยมีข้อกำหนดในการให้สิทธิและอำนาจเด็ดขาดในการบอกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวได้หรือเรียกตัวผู้ฟ้องคดีกลับจากต่างประเทศก่อนครบไม่ว่ากรณีใด หรือกรณีผู้ฟ้องคดีประพฤติผิดสัญญาต้องชดใช้เงินแก่กระทรวงกลาโหมและยินยอมให้ทางราชการเรียกตัวกลับหรือปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการได้

- สัญญาก่อสร้างหอพักข้าราชการของโรงพยาบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2544) ข้อกำหนดลักษณะพิเศษในกรณีนี้ได้แก่ ข้อกำหนดที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวบอกเลิกสัญญาได้โดยที่ผู้รับจ้างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนไม่ได้ผิดสัญญาในสาระสำคัญหรือข้อกำหนดที่ให้อำนาจแก่ผู้ว่าจ้างที่จะสั่งให้ผู้รับจ้าง ทำงานพิเศษเพิ่มเติมได้ หรือไม่เคยมีระบุไว้ในสัญญาจ้าง อีกทั้งสัญญานี้มีลักษณะพิเศษเพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผลที่ไม่พบในสัญญาแพ่งทั่วไป

ข. สัญญาให้ผลิตอุปกรณ์สำหรับหน่วยงานทางปกครอง (กองทัพ) ใช้เป็นเครื่องมือในการดำเนินบริการสาธารณะตามอำนาจหน้าที่ให้บรรลุผล

- สัญญาก่อสร้างหลักเทียบเรือกองทัพเรือ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 21/2546)

- สัญญาสร้างเรือตรวจการของกองทัพเรือ

2.3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครอง³² ที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทั้งหลายต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นจะมีผลในทางปฏิบัติก็ต่อเมื่อมีการกำหนดให้มีการตรวจสอบควบคุมการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการ

³² ตำรากฎหมายปกครองของประเทศในสกุลกฎหมายคอมมอนลอว์ กฎหมายปกครองมีการกิจหรือมีเป้าหมายในการควบคุมอำนาจทางปกครองให้ผูกพันอยู่กับกฎหมายและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนจากการบิดเบือนการใช้อำนาจดังกล่าว อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ (2546). **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. หน้า 19.

กระทำทางปกครอง³³ ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ³⁴ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” ประการหนึ่ง และหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อีกประการหนึ่ง

1) หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย”

หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีลักษณะคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายกฎหมายต้องปฏิบัติ กล่าวก็จะเป็นกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการการปกครองเพื่อให้มีชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้น ไม่กระทำการดังกล่าวให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับกันอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจาก “หลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย” เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันใดที่มันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใดๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อบังคับใช้ในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้เององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใดๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้ บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้

คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้จะมีความหมายกว้าง หรือแคบเพียงใดนั้นอาจจะเป็นประเด็นในการอภิปรายได้ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถึงผลผูกพันทั่วไปของกฎเกณฑ์อันมีลักษณะเป็นนามธรรมและอาจมีผลบังคับใช้ทั่วไปประกอบกับลำดับของกฎหมายแล้ว เราอาจสรุปได้ว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมและมีผลบังคับใช้ทั่วไป (กฎหมายลำดับรองหรือที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการปกครองเรียกว่า “กฎ”)

³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 276.

³⁴ คำว่านิติรัฐไม่มีปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรง แต่หลักการย่อยๆ ของหลักนิติรัฐปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตราต่างๆ เช่น หลักการแบ่งแยกอำนาจปรากฏในรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 หลักการประกันสิทธิพื้นฐาน ปรากฏในรัฐธรรมนูญ หมวด 3 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 27 หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลฎีกาปรากฏในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น. อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2546). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. หน้า 20.

ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติรวมตลอดถึงกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้ เช่น รัฐมนตรีไม่อาจตรากฎกระทรวงให้ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 30 ได้³⁵ หากมาตรการทางกฎหมายนั้นเป็นมาตรการที่เป็น รูปธรรมมีผลเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถออกคำสั่งทางปกครองให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองทั้งหลายทั้งปวงที่ตนเองตราขึ้นบังคับตลอดจนกฎหมายประเพณีทางปกครองและหลักกฎหมายทั่วไปได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะออกคำสั่งเก็บภาษีเกินกว่าอัตราที่ปรากฏในประมวลรัษฎากรไม่ได้ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ในกรณีที่มีวัตถุประสงค์เป็นเรื่องการฟ้องโต้แย้ง กฎ คำว่า “กฎหมาย” ที่ปรากฏในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542³⁶ ย่อมหมายถึง กฎเกณฑ์ทั้งปวงทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีลำดับชั้นในทางกฎหมายสูงกว่ากฎ และเป็นมาตรในการตรวจสอบว่าองค์กรฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกกฎโดยถูกต้องหรือไม่ ไม่ว่าจะป็นรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ กฎหมายประเพณี (กฎหมายที่มีค่าสูงกว่ากฎ) และหลักกฎหมายทั่วไป แต่ถ้าวัตถุแห่งคดีเป็นเรื่องการฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง คำว่า “กฎหมาย” ในพระราชบัญญัติดังกล่าวนอกจากจะหมายถึงกฎเกณฑ์ทั้งปวงที่มีค่าบังคับสูงกว่ากฎดังที่กล่าวมาแล้ว ยังหมายถึง “กฎ” (พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยองค์การปกครองตนเองและองค์การมหาชน ฯลฯ) อีกด้วยเพราะเราจะใช้กฎเป็นมาตรในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเช่นกัน

ถึงแม้ว่าหลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย” จะกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายก็ตาม แต่หลักการดังกล่าวมิได้มีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมาหาองค์กรฝ่ายปกครองกระทำการขัดกฎหมาย การกำหนดผลในทาง

³⁵ โดยเหตุที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 องค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นองค์กรของรัฐย่อมต้องผูกพันต่อสิทธิในความเสมอภาคโดยตรง ทั้งนี้ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทยมาตรา 30.

³⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งดังต่อไปนี้

(1) คดีที่พิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยมีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือ โดยไม่ถูกต้องรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต

กฎหมายดังกล่าวถือเป็นเรื่องนิติบัญญัติต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน อย่างไรก็ตามเป็นที่เห็นประจักษ์ชัดอยู่ในตัวว่าหากระบบกฎหมายต้องการให้หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายมีผลบังคับแล้ว ระบบกฎหมายนั้นๆ จะต้องกำหนดผลร้ายที่จะเกิดขึ้นหากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักการดังกล่าวไว้ด้วย ในทางวิชาการและในทางระบบกฎหมายไทย การกระทำทางปกครองที่ขัดต่อกฎหมายอาจเกิดผลในทางกฎหมายได้แตกต่างกันได้หลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะหรือไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายตามที่ผู้กระทำการดังกล่าวต้องการ หรือการกระทำทางปกครองนั้นมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลังได้ เป็นต้น

2) หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ”

“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” กำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองนั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกเรื่องแต่เพียงให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” เรียกเรื่ององค์กรฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งแสดงออกโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องมีกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบ รัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 2 และ 3 นั้น ต้องถือว่ารัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องต่างๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎรทั้งนี้ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ ด้วยเหตุผลเช่นนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภาจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจหาได้ไม่

แม้คำว่า “นิติรัฐ” จะไม่ปรากฏให้เห็นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แต่หากพิจารณามาตรา 29 ให้ดีแล้ว จะพบว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างชัดเจนยิ่งกว่าฉบับใดๆ ก่อนหน้านี้นี้ หลักนิติรัฐเรียกร้องให้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมาย ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ทั้งนี้เพื่อที่ประชาชนจะคาดหมายได้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใดๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดกฎเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ใน

กรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมายหรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้ประชาชนรู้ล่วงหน้าแล้วนั้น

ในที่สุดแล้วเราอาจให้เหตุผลสำหรับการยอมรับหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ได้จากหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งปรากฏในรัฐธรรมนูญเช่นกัน หากพิจารณารัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมวด ที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว จะพบว่ารัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพต่างๆ ของประชาชนเป็นหลัก ทั้งนี้โดยให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั่นภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจให้ไว้

มีข้อสังเกต โดยหลักแล้ว กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่างๆ ได้นั้นจะต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่³⁷ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวดำรงอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองกฎหมายประเพณีนั้นหรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

3) ข้อพิจารณาบางประการที่เกี่ยวกับ “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”

เมื่อพิจารณาหลักการย่อยทั้งสองหลัก “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” แล้วจะพบว่า หลัก “การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายนั้น” เป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ทั้งสิ้น องค์กรหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายไม่ได้ไม่ว่าในกรณีใดก็ตาม ส่วนหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” อาจเป็นที่ถกเถียงโต้แย้งและมีมติแตกต่างกันได้ว่าหลักการนี้จะต้องใช้บังคับโดยไม่มีข้อยกเว้นหรือไม่

หากวิเคราะห์หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ประกอบกับเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้ หากไม่

³⁷ ตัวอย่างกรณีองค์กรฝ่ายปกครองอ้างประเพณีปฏิบัติวินิจฉัยสั่งการโดยไม่มีเหตุผลในทางกฎหมายรองรับ อ้างถึงในคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร 35/2544 ซึ่งเป็นกรณีที่หน่วยงานอ้างประเพณีปฏิบัติปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ร้องขอ โดยไม่ได้พิจารณาหลักเกณฑ์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 การปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย.

มีกฎหมายให้อำนาจสิทธิที่กล่าวถึงนี้ไม่ได้หมายความเฉพาะสิทธิต่างๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงสิทธิที่ราษฎรได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย กรณีที่กล่าวมานี้จะไม่มีปัญหาใดๆ สำหรับการบังคับใช้หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” แต่หากเป็นกรณีที่ต้องคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำการอันเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล แต่การกระทำในลักษณะที่ส่งเสริมสนับสนุนให้บุคคลนั้นใช้สิทธิของตนได้อย่างเต็มที่ หรือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการในลักษณะที่เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ราษฎร กรณีดังนี้ยังจำเป็นที่จะต้องมีฐานกฎหมายรองรับหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งจำเป็นที่รัฐสภาจะต้องตรากฎหมายกำหนดคกฏเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการหรือไม่ ปัญหานี้ยังเป็นปัญหาที่หาข้อยุติที่แน่นอนในทางวิชาการไม่ได้ แม้ในต่างประเทศการยึดถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก็มีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป สำหรับระบบกฎหมายไทย เมื่อพิจารณาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว หลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ย่อมมีความหมายดังนี้³⁸

(1) มาตรการใดๆ ขององค์เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระก้ำวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎร จำเป็นที่จะต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลเข้าไปรับราชการทหาร เป็นต้น

(2) มาตรการใดๆ ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ราษฎร และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ราษฎรนั้นจะต้องกระทำโดยมีรากฐานความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากกำหนดคกฏเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุน การอนุญาตให้กู้ยืมเงิน ไปใช้ในการทำเกษตรกรรม จะต้องมีกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น อย่างไรก็ตาม หากมาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งให้ประโยชน์แก่เอกชน รายใดรายหนึ่งหรือหลายรายเป็นมาตรการที่เห็นได้ชัดว่ากระทบกับหลักสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนรายอื่นแล้วจำเป็นที่จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำการดังกล่าวแก่ฝ่ายปกครองโดยชัดแจ้งเสมอ มิฉะนั้นแล้วการกระทำของฝ่ายปกครองอาจขัดต่อหลักรัฐธรรมนูญได้

³⁸ ออสเตรีย เป็นตัวอย่างประเทศที่ถือหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ก่อนข้างเคร่งครัด (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย มาตรา 18 บัญญัติว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”)

4) ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

แม้จะมีหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายปกครองขอประเทศทั้งหลายนั้นก็มักจะมีหลักข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวอยู่บ้าง ซึ่งจะสามารถแยกพิจารณาได้³⁹ กรณีคือ

(1) การกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

การกระทำทางรัฐบาล หมายความว่า การกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารซึ่งฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนก็ไม่อาจจะนำฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองก็ตาม ทั้งนี้เพราะการกระทำของฝ่ายบริหารมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการกระทำทางปกครองทั่วไป ผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจฟ้องต่อรัฐได้⁴⁰

(2) สถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในสถานการณ์สงครามหรือสถานการณ์ฉุกเฉินฝ่ายบริหารสามารถที่จะออกได้โดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้⁴¹ คือพระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติก็ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญให้ไว้ใน 2 กรณี คือ

กรณีแรก ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

กรณีที่สอง ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร หรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน

เมื่อได้ตราพระราชกำหนดแล้ว ระหว่างที่ยังไม่ได้นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาก็ต้องถือว่าพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นนิติกรรมทางปกครอง⁴² ที่ฝ่ายปกครองตราขึ้น จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาว่าพระราชกำหนดดังกล่าวจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่⁴³ อย่างไรก็ตาม เมื่อได้นำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา และรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว พระราชกำหนดนั้นก็มิผลเป็นพระราชบัญญัติ แต่ชื่อก็ยังเป็นพระราชกำหนดไม่เปลี่ยนเป็นพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ดี ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในยามไม่ปกตินี้ เป็นแต่เพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องผ่อนคลาย หลัก “การกระทำในทางปกครองต้องชอบ

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย.” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. หน้า 132-144.

⁴⁰ ประชुर กาญจนกุล. (2524). กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ. หน้า 31.

⁴¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 218-220.

⁴² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี). หน้า 82.

⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 219.

ด้วยกฎหมาย” ไม่ได้หมายความว่า จะต้องดใช้หลักการกระทำทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายโดยสิ้นเชิง หากเป็นเพียงว่าการจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองน้อยกว่าในยามปกติ ซึ่งฝ่ายปกครองจะมีอำนาจมากขึ้น แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติงานให้เกินขอบเขตแห่งอำนาจที่ขยายออกไปมิฉะนั้นอาจจะถูกฟ้องร้องต่อศาลได้ ถ้าเป็นการกระทำที่เกินขอบเขตหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย

2.3.5 ขอบเขตการตรวจสอบอำนาจการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง

1) ขอบเขตอำนาจตามรัฐธรรมนูญ⁴⁴

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 246 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลด้วย ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเกิดมาจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย

2) ขอบเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอันใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองคดีที่มี

⁴⁴ กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. (2551, มกราคม-เมษายน). “เขตอำนาจศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.” วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 8, ฉบับที่ 1. หน้า 47-65.

กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

- (1) คดีพิพาทที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองประกาศกำหนด
- (2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความชอบของคณะรัฐมนตรี
- (3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
- (4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2.4 การกระทำทางรัฐบาล (Act of government)

2.4.1 คำนียามของการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาล มีการเรียกแตกต่างกันออกไปในประเทศต่างๆ ทั้งในทวีปอเมริกาและทวีปยุโรป เช่น ในฝรั่งเศสเรียกว่า Acte de government อังกฤษเรียกว่า Act of state ในสหรัฐอเมริกาเรียกว่า Political Question ในเยอรมันเรียกว่า Regierungsakt และในญี่ปุ่นเรียกว่า Tochikoi⁴⁵

การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นโดยการกระทำของมนุษย์ (Act of man) ดังนั้นจึงต้องมีการเปรียบเทียบกับกระทำที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากมนุษย์ ซึ่งจะเรียกว่าการกระทำที่พ้นวิสัย หรือการกระทำที่นอกเหนือธรรมชาติที่เรียกว่า (Act of god) ซึ่งหนังสือพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Mozley and Whitely ได้ให้ความหมายไว้ว่า คือเหตุการณ์ผิดปกติ หรือเหตุการณ์ที่ไม่เคยมีมาก่อน และเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหวางหรือต้านทานได้ เช่น พายุ หรือสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างทันทีทันใด และนำความหายนะมาสู่มนุษย์⁴⁶ ส่วนพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Black ให้คำอธิบายว่า (Act of god) หมายถึง การกระทำซึ่งเป็นเหตุให้เกิดกำลังทางธรรมชาติ โดยไม่มีการแทรกแซงโดยมนุษย์เลย เมื่อเกิดสิ่งที่ไม่คาดฝันขึ้น ก็มักจะพูดกันว่าเป็นการกระทำที่มองไม่เห็นหรือ (Act of god) สิ่งเหล่านี้มักจะเกิดจากพลังธรรมชาติโดยตรง อย่างทันทีทันใด เป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจควบคุมหรือบังคับได้ หรือ

⁴⁵ Kisaburo yokota. (1968). Political question and jurisdiction review: a comparison The constitution of japan its first twenty year 1947-1967. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 59.

⁴⁶ E.R. Hardy ivamy. (1988). Mozley and Whitely's law dictionary. p. 8. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 60.

แม้แต่จะป้องกันหรือหลบหลีก หรือจะได้รับความช่วยเหลือจากผู้อื่น สิ่งที่เกิดขึ้นดังกล่าวเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจต้านทานได้ เช่น ไฟฟ้า พายุ คลื่นในทะเล พายุหมุน แผ่นดินไหว⁴⁷

แนวความคิดเรื่อง Act of god เป็นแนวความคิดในกฎหมายอังกฤษ ซึ่งเป็นหลักในกฎหมายแพ่ง ตรงกับแนวความคิดเรื่องเหตุสุดวิสัยของไทยที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 หลักทั่วไปมาตรา 8 ที่ว่าคำว่า “เหตุสุดวิสัย” หมายความว่าเหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ตี จะให้ผลพิบัติก็ตี ไม่มีใครจะอาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคลจะต้องประสบหรือใกล้จะต้องประสบเหตุนั้น จะได้จัดการระมัดระวังตามสมควร อันพึงคาดหมายได้จากบุคคลนั้นในฐานะเช่นนั้น ซึ่งเทียบเคียงได้กับความคิดที่มีที่มาจากกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งหมายถึงอุปสรรคที่ทำให้การชำระหนี้ตกเป็นเป็นพ้นวิสัย เป็นอุปสรรคที่ไม่อาจคาดคิด และไม่อาจป้องกันขัดขวางโดยสรุปคือ แนวความคิดเรื่องสุดวิสัยของไทย ซึ่งมีผลทำให้การชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย มีที่มาและเทียบเคียงได้กับแนวความคิดเรื่อง Act of god ของอังกฤษ ซึ่งเน้นหนักในเรื่องภัยธรรมชาติเป็นแนวคิดที่ชี้ให้เห็นว่าเรื่องของภัยธรรมชาตินั้นเป็นสิ่งที่มนุษย์ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้⁴⁸

แต่การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำของมนุษย์ (Act of man) พจนานุกรมของศัพท์กฎหมาย Mozley and Whitely ได้ให้ความหมายของการกระทำทางรัฐบาลไว้ว่า หมายถึง การกระทำที่ ได้รับมอบหมายจากอำนาจอธิปไตยของรัฐ ซึ่งไม่อาจถูกโต้แย้งหรือคัดค้านใดๆ ในศาล เช่น การกระทำตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) ส่วนพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายของ Black ก็ได้อธิบายในความหมายเดียวกัน โดยขยายเพิ่มเติมว่า เป็นการกระทำของอำนาจอธิปไตยของรัฐ หรือที่อำนาจอธิปไตยมอบหมายให้กระทำภายในขอบเขตจำกัด⁴⁹

ในขณะเดียวกันพจนานุกรมของศัพท์กฎหมายทั้งสองเล่มดังกล่าวก็ได้ อธิบายถึงความหมายของ Royal Prerogative ว่าเป็นอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ที่มีอยู่เหนือบุคคลอื่นๆ ทุกคนเป็นความชอบธรรมที่เป็นอิสระ ทั้งจากกฎหมายและศาล⁵⁰

⁴⁷ H.C. Black, Black's law dictionary. (1992). p. 8. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 60.

⁴⁸ ศิริกร พึ่งนิติ. (2527). ผลบังคับกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพ้นวิสัย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขาย. หน้า 45-46.

⁴⁹ H.C. Black, op. cit., footnote 3. p. 33. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 61.

⁵⁰ H.N. Mozley, op. cit., footnote p. 353., and H.C. Black, op. cit., footnote. p. 1330. 61 อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 61.

การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ในความหมายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งถือว่าเป็นต้นตำรับของแนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องนี้ได้มีนักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสให้ความเห็นหรือคำอธิบายไว้แตกต่างกัน ดังนี้ เช่น

ศาสตราจารย์ ดูเอ้ (Duez) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำทางรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมจากอำนาจศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม”⁵¹ เพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองในปัจจุบัน ย่อมต้องมีการกระทำหรือกิจกรรมบางอย่างที่มีความสำคัญยิ่งเมื่อพิจารณาจากความมั่นคงและเพื่อความดำรงอยู่ของสังคม ซึ่งการกระทำหรือกิจการเหล่านี้ไม่ควรต้องถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากถือว่าเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรที่จะมีการควบคุม หรือเรียกร้องต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมก็ตาม⁵²

ศาสตราจารย์ โอริยู (Horiou) ได้วิจารณ์ในท้ายคดี โวเดอร์เร กับฟารอง ว่า “การกระทำทางรัฐบาลคือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ” เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้น จะเป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่า บรรดา “องค์กร” หรือ “เจ้าหน้าที่” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งการกระทำเช่นนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องต่อศาลได้

ปีแอร์ อองรี ชาวิดาน (Pierre Henri Chavidan) กล่าวว่า “การกระทำทางรัฐบาลนั้นศาลเป็นผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำใดที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล”

กาเร้ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malbert) “อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากการที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น”

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปู (Rene Chapus) อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาล คือการกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”⁵³

⁵¹ Pierre Henri Chavidan. (1982). “Doctrine et acte de gouvernement.” A.J.D.A. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

⁵² อมร จันทสมบุรณ์ แปลจาก Brown & J.F. Garner, French Administrative Law. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

⁵³ Rene Chapus. (1958). “L’acte de gouvernement.” Recueil Dalloz. p. 5-10. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 11.

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาลหมายถึงการกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็ตาม⁵⁴

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “ในระบอบรัฐสภาแห่งรัฐ จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ แต่จะไม่สามารถตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีได้ในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย ทั้งนี้เพราะว่าสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีทางระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้แนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ ซึ่งได้กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ได้มีความเห็นในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง” โดยในคำสั่งได้ อธิบายถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออก กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง⁵⁵

⁵⁴ ประยูร กาญจนกุล. แหล่งเดิม. หน้า 26.

⁵⁵ วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2547). ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครอง. หน้า 17.

2.4.2 องค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาล

การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

1) องค์การผู้กระทำ

การกระทำทางรัฐบาล (Act of government) จะเป็นการกระทำของรัฐ ที่ได้กระทำโดยองค์การฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า รัฐบาล

สำหรับประเทศไทยมีรัฐบาลในระบบรัฐสภา ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นประกอบกัน คณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน โดยรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา ในขณะที่พระมหากษัตริย์มีอำนาจกระทำการต่างๆ ในทางบริหาร โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี และมีพระราชอำนาจต่างๆ ที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินต้องมีรัฐมนตรีเป็นผู้รับสนองพระราชโองการ อันหมายความว่ารัฐมนตรีผู้นั้นเป็นผู้รับผิดชอบทางการเมืองแทนพระมหากษัตริย์ในการกระทำนั้นๆ ส่วนการกระทำอื่นๆ ก็ต้องมีผู้ลงนามพระราชโองการในทุกๆ เรื่อง โดยเฉพาะพระมหากษัตริย์ไม่ต้องทรงไม่รับผิดชอบใดๆ อันไปเป็นตามหลัก “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดไม่ได้” (The King can do no wrong) ดังนั้นรัฐบาลในระบบรัฐสภาจะประกอบด้วย 4 ส่วนดังนี้

ส่วนที่หนึ่ง ได้แก่ พระมหากษัตริย์ ในฐานะประมุขของประเทศและประมุขของฝ่ายบริหาร ทรงใช้อำนาจบริหารโดยผ่านคณะทางคณะรัฐมนตรี และถือว่าเป็นส่วนประจำ และจะทรงอยู่ในตำแหน่งพระมหากษัตริย์ไปตลอดจนสิ้นพระชนม์ชีพ หรือจนกว่าจะสละราชสมบัติ โดยจะมีผู้มาดำรงตำแหน่งด้วยการสืบราชสมบัติ ตามกฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ สืบต่อไปโดยไม่มีสิ้นสุด

ส่วนที่สอง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลที่มาจากพรรคการเมืองของสภาผู้แทนราษฎร และโดยการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ จะอยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

ส่วนที่สาม คณะรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม การกระทำต่างๆ ตามอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ กำหนด โดยจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาจะอยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

ส่วนที่สี่ รัฐมนตรี (แต่ละคน) การกระทำต่างๆ โดยรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในหน้าที่ของตน และมาจากการคัดเลือกของนายกรัฐมนตรี และโดยการแต่งตั้งของพระมหากษัตริย์ อยู่ในตำแหน่งตามวาระ หรือตราบเท่าที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้ดำรงตำแหน่งอยู่ หรือตราบเท่าที่รัฐสภามีความไว้วางใจในการทำหน้าที่บริหารประเทศ

2) ที่มาของอำนาจ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล สามารถที่จะกระทำการโดยอาศัยกฎหมายได้ 2 ระดับ คือจากอำนาจรัฐธรรมนูญ และอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ

ถ้าหากพระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ การกระทำนี้ก็จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเท่าพระราชบัญญัติ การกระทำนี้ย่อมเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หรือเป็นฝ่ายปกครอง และการกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นการกระทำขององค์กรรัฐบาล ที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่ได้รับความอำนาจจากรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ตัวอย่างเช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญให้อำนาจพระมหากษัตริย์ยุบสภาได้แต่พระมหากษัตริย์จะใช้พระราชอำนาจโดยลำพังพระองค์เองไม่ได้ ตามหลักจะต้องใช้ร่วมกับคณะรัฐมนตรีและมีรัฐมนตรีคนหนึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่โดยที่เรื่องนี้เป็นเรื่องของการใช้พระราชอำนาจที่เป็นกลางของประมุขของรัฐ และเป็นประเพณีปฏิบัติของรัฐธรรมนูญไทย ที่นายกแต่ผู้เดียวเป็นผู้ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการใช้อำนาจนี้ ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล

การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดสมัยประชุมวิสามัญรัฐสภา การขยายเวลาสมัยประชุมวิสามัญรัฐสภา หรือการปิดประชุมรัฐสภา การกระทำเหล่านี้ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล

การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ โดยประเทศไทยอาจทำสนธิสัญญาหรือข้อตกลงใดๆ ในลักษณะดังกล่าวได้ กรณีนี้ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ

การประกาศสงคราม การประกาศใช้และเลิกใช้กฏอัยการศึก ก็อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาล จึงเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจขององค์กรรัฐบาลผู้มีอำนาจโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ

3) ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ

องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลนั้นสามารถที่จะกระทำการได้ใน 2 ลักษณะถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)⁵⁶ หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่า

⁵⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. น 17.

องค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การกระทำทางรัฐบาล”

และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

ตัวอย่างเช่น ปัญหาเกี่ยวกับแผนการพัฒนาคน ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 (พ.ศ.2540-2544) หรือปัญหาที่ว่า จะพัฒนาประสิทธิภาพและลดค่าใช้จ่ายภาครัฐ ด้วยการลดบุคลากรภาครัฐ และใช้เครื่องมือเทคโนโลยีที่ทันสมัยแทน (เช่น การใช้เครื่องคอมพิวเตอร์) หรือโองานที่ไม่มีความสำคัญให้ภาคเอกชนจัดทำแทน ซึ่งอะไรดีไปกว่ากันเป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

การใช้งบประมาณแผ่นดินในช่วงเกิดวิกฤติเศรษฐกิจ จะใช้ไปในทางการสร้างงาน เพื่อช่วยเหลือคนตกงานให้มีงานทำ หรือจะใช้ไปในการสาธารณสุขเพื่อส่งเสริมคุณภาพชีวิตของประชาชนให้ดีขึ้น เป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

การกระทำทางรัฐบาล จึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจเพื่อเลือกตัดสินใจ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูงหรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่ง เป็นกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นไปในทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบในทางการเมืองร่วมกันต่อรัฐสภา

การจะพิจารณาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาจากองค์ประกอบทั้งสามประกอบกัน⁵⁷ โดยจะต้องพิจารณาองค์กรผู้กระทำเป็นอันดับแรก หากเป็นการกระทำที่กระทำโดยรัฐบาล ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า ได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ก็ไปพิจารณาต่อว่า เนื้อหาของการกระทำนั้นเป็นเป็นการกระทำในเชิงนโยบายหรือมีลักษณะเป็นงานประจำ ถ้ามีลักษณะเป็นงานนโยบายหรือเรื่องทางการเมือง ก็จะถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁵⁷ แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2551). “ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551.” สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2551, จาก

2.5 ความแตกต่างระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำฝ่ายปกครอง

ในทางวิชาการกฎหมายปกครอง เมื่อแยกองค์กรฝ่ายบริหาร (Executive Organ) ออกเป็นรัฐบาล และฝ่ายปกครองแล้ว มีหลักว่า การกระทำของรัฐที่ท่าลงโดยองค์กรบริหารประเภทที่เรียกว่า รัฐบาล เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล⁵⁸ ซึ่งในทางฝรั่งเศส เรียกว่า (Act of government) ส่วนการกระทำของรัฐบาลที่ท่าลงโดยองค์กรบริหารที่เรียกว่า องค์กรฝ่ายปกครอง ก็เรียกว่าเป็น การกระทำทางปกครอง (Administrative Action) หรือนิติกรรมทางปกครอง

มีประเด็นพิจารณาว่า องค์กรบริหารที่เรียกว่า องค์กรฝ่ายปกครองมีอะไรบ้าง รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เห็นว่า บรรดาองค์กรทั้งหลายที่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา หรืออำนาจกำกับดูแลของรัฐมนตรีนใดคนหนึ่งหรือบรรดาองค์กร ที่เรียกว่าองค์กรปกครองอิสระ ถือเป็นองค์กรปกครองเสมอ เพราะฉะนั้น การกระทำขององค์กรเหล่านี้ จึงเป็นการกระทำทางปกครองทั้งสิ้น “ไม่มีกรณีที่จะพิจารณาเป็นอย่างอื่น”⁵⁹ แต่องค์กรบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งประกอบด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีต่างๆ นั้น มีอำนาจหน้าที่ใน 2 สถานะ คือ อำนาจหน้าที่ในฐานะที่ในฐานะรัฐบาล และอำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง จึงสามารถกระทำได้ใน 2 สถานะ คือ ทั้งในฐานะที่เป็นรัฐบาล และในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และมีแบบของการกระทำได้ 2 แบบ หรือ 2 ประเภท บางทีก็เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” บางทีก็เป็น “การกระทำทางปกครอง” ปัญหาจึงมีว่า เมื่อไรจึงจะเรียกการกระทำขององค์กรบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเมื่อไรจึงจะเรียกการกระทำขององค์กรบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ปัญหานี้เป็นปัญหาใหญ่ที่นักกฎหมายมหาชนยังมีความคิดเห็นไม่ตรงกัน เพราะต่างคนต่างมีหรืออ้างทฤษฎีของตนที่แตกต่างกัน แต่มีทฤษฎีที่สำคัญและแพร่หลายมาก 2 ทฤษฎี⁶⁰ ทฤษฎีที่หนึ่งเสนอให้พิจารณาจากกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจ และทฤษฎีที่สองเสนอให้พิจารณาจากพิจารณาจากเนื้อหาของการกระทำ

2.5.1 ความแตกต่างระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ในแง่ที่มาของอำนาจ

การพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ในแง่ที่มาของอำนาจ เป็นการพิจารณาจากทฤษฎี ที่เริ่มต้นจากการตั้งข้อสังเกตว่า ในรัฐเสรีประชาธิปไตย

⁵⁸ หรือจะเรียกว่า “นิติกรรมของรัฐบาล” อย่างที่ ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เรียกขานไว้ เพื่อให้สอดคล้องกับการที่เรียกการกระทำทางปกครองว่านิติกรรมทางปกครอง ก็จะดูเข้าที่ดี อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 42-49.

⁵⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 16.

⁶⁰ แหล่งเดิม.

ซึ่งปกครองตามหลักนิติธรรม (The Rule of law) หรือหลักนิติรัฐ (Legal State) องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ จะต้องละเว้นไม่กระทำการใดๆ ถ้าองค์กรฝ่ายบริหารกระทำการใดลงไปการกระทำนั้นก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เพราะฉะนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะกระทำการอย่างใดได้ จะต้องมิกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น

ความคิดในเรื่อง นิติรัฐ (Legal State) เป็นความคิดของ ประชาชนที่ฝักใฝ่ในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิบัพัญญัติในประการสำคัญถึง เสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย เสรีภาพในทรัพย์สิน เสรีภาพในการทำสัญญา และ เสรีภาพในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีฐานะเป็นกรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่าการกระทำที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่างๆ ของราษฎรได้ มีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้น⁶¹ การที่รัฐบาลจะจำกัดสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรเท่านั้น เพราะตามหลักนิติรัฐถือว่า ความจริงราษฎรมีสิทธิและเสรีภาพอยู่ก่อนแล้วอย่างกว้างขวาง ไร้ขอบเขต หากรัฐจะมากล้ากลายสิทธิ และเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีขอบเขตเฉพาะ เท่าที่มีกฎหมายกำหนดให้รัฐทำได้เท่านั้น การกระทำต่างๆ ในทางการบริหารหรือการปกครอง จะใช้ได้ก็ต่อเมื่อ ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

กฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ มีได้ 2 ระดับ คือ อาจเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรืออาจเป็นพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด ก็ได้ ความแตกต่างระหว่างการทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่ที่มาของอำนาจ จึงพิจารณาที่ระดับของกฎหมายนี้เอง

1) อำนาจกระทำที่มาจากรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดรูปแบบการปกครองประเทศ กำหนดองค์กรผู้ใช้ อำนาจอธิปไตย และองค์กรหรือสถาบันทางการเมืองที่สำคัญหลักๆ ของประเทศ ดังนั้น การกำหนดองค์กร ผู้ใช้อำนาจบริหาร เพื่อกระทำการต่างๆ ในทางบริหาร จึงเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ชัดเจนว่า องค์กรใดมีอำนาจกระทำการใดบ้าง เช่น พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ อำนาจของคณะรัฐมนตรี อำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือ อำนาจของรัฐมนตรี หากรัฐธรรมนูญ มิได้บัญญัติให้อำนาจไว้ องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ก็ไม่อาจกระทำการใดๆ ได้

ดังนั้น เมื่อองค์กรบริหารที่ประกอบกันขึ้นมาเป็นรัฐบาล ไม่ว่าจะ เป็น พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรี ได้กระทำการใดๆ ลงไปโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าองค์กรเหล่านี้ กระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และเรียกการกระทำเหล่านี้ว่า เป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁶¹ หยุต แสงอุทัย. (2509). คำบรรยายหลักธรรมนูญทั่วไป. หน้า 93.

ตัวอย่างเช่น การประกาศสงคราม การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือ องค์การระหว่างประเทศ เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล จัดอยู่ในประเภท การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ

มีข้อสังเกตว่า การให้อำนาจการกระทำ ของรัฐธรรมนูญแก่องค์กรบริหาร ในฐานะ รัฐบาล รัฐธรรมนูญได้กำหนดวิธีการและเงื่อนไขไว้ด้วยทั้งโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย เช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวัน⁶² การประกาศสงครามต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา การประกาศใช้ และเลิกใช้กฎอัยการศึก ต้องเป็นไปตามลักษณะและวิธีการที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วย กฎอัยการศึก เป็นต้น

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ องค์กรฝ่ายปกครอง ไม่มีทางที่จะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้เลย เพราะบรรดาศักดิ์องค์กรฝ่ายปกครองทั้งหลายล้วนอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของรัฐมนตรีทั้งสิ้น จะมีก็แต่เพียงพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเท่านั้น ที่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้

2) อำนาจการกระทำที่มาจากพระราชบัญญัติหรือ พระราชกำหนด

สำหรับองค์กรฝ่ายบริหาร ที่เรียกว่ารัฐบาล ซึ่งประกอบด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนนั้น อาจกระทำการ โดย อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด ฉบับใด ฉบับหนึ่ง และถือว่าองค์กรเหล่านี้ เป็นองค์กรที่กระทำการในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง และเรียกการกระทำต่างๆ เหล่านี้ว่า เป็นการกระทำทางปกครอง เช่น พระมหากษัตริย์ทรงสถาปนาสมเด็จพระสังฆราช ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกฤษฎีกา โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด ที่เป็นกฎหมายแม่บท คณะรัฐมนตรีกระทำการต่างๆ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด⁶³ นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีแต่ละคน กระทำการต่างๆ โดยอาศัยตามพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด⁶⁴ ทั้งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินพ.ศ. 2534 อันเป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการจัดระเบียบอำนาจหน้าที่ของราชการฝ่ายบริหาร และพระราชกำหนดอื่นๆ ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี กระทำการต่างๆ เช่นนี้ ล้วนแต่เป็นการกระทำทางปกครองทั้งสิ้น

⁶² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, มาตรา 116.

⁶³ สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 42-49.

⁶⁴ แหล่งเดิม.

ส่วนองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค หรือราชการส่วนท้องถิ่น ล้วนแต่เป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดทั้งสิ้น

มีข้อพิจารณาที่ว่า อำนาจการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในระดับกระทรวง หรือทบวงนั้น มีกรอบกำหนดไว้อย่างกว้างๆ ตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม ส่วนอำนาจในทางปฏิบัติ นอกเหนือจากกรอบอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม จะเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ ซึ่งมีการตราขึ้นบังคับใช้ใหม่ หรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเดิมให้ทันสมัยอยู่เสมอตามยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยกฎหมายพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดแต่ละฉบับจะระบุภารกิจเฉพาะด้าน รวมทั้งรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดนั้นๆไว้ด้วย

2.5.2 ความแตกต่างระหว่างการกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครองในแง่เนื้อหา

การพิจารณาถึงความแตกต่างทางด้านเนื้อหา ระหว่างการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ตามทฤษฎีเสนอให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำ กล่าวคือ ให้อำนาจองค์กรบริหารการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) หรืองานนโยบาย หรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำ (Routine) ดังนั้นตามหลักที่วางนี้ มีผลสรุปว่า องค์กรบริหารที่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการเมืองหรือเป็นงานในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรนั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตรงกันข้าม ถ้าองค์กรฝ่ายบริหารการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการ ในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครอง ทฤษฎีนี้ดูจะเรียบง่าย แต่ในความเรียบง่ายก็มีความยุ่งยากแฝงอยู่ นั่นคือการกระทำที่มีลักษณะ เนื้อหาเป็นงานนโยบายหรือเป็นการเมือง กับการกระทำที่มีลักษณะเนื้อหาเป็นประจำนั้น มีความแตกต่างกันอย่างไร มีหลักเกณฑ์หรือสิ่งใดเป็นเครื่องชี้วัดถึงความแตกต่างนั้น เป็นเรื่องที่จะต้องศึกษากันต่อไป

1) การกระทำที่เนื้อหาที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย

นโยบาย คือ แนวทางกว้างๆ ที่ใช้เป็นเครื่องมือนำทางสำหรับการกระทำต่างๆ ที่จะช่วยนำไปสู่ผลสำเร็จตามเป้าหมาย นโยบายกว้างๆ ที่จัดทำขึ้นนั้น ทุกกรณีจะเป็นความพยายามที่จะระบุขอบเขตเรื่องราวต่างๆ เอาไว้ เพื่อใช้เป็นแนวทางสำหรับการตัดสินใจต่างๆ ที่จะต้องกระทำในอนาคต⁶⁵

⁶⁵ รัชชัช สันติวงษ์. (2543). องค์กรและการบริหาร. หน้า 174.

การกระทำทางการเมืองหรือการกระทำเชิงนโยบาย เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางบริหารตามระบบรัฐสภา ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา เนื่องจากนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและมาจากความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนรัฐมนตรีก็ประกอบด้วยผู้แทนของพรรคการเมืองที่ร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งประกอบกันเป็นคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินแล้ว ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและบทกฎหมาย โดยรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา ในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี

คำว่า “นโยบายทั่วไป” ไม่มีคำนิยาม ใด ๆ แต่ตามที่เข้าใจกันก็คือ เป็นโครงการหรือวิธีการซึ่งคณะรัฐมนตรีชุดหนึ่งมีอยู่ และได้จัดแถลงไว้ต่อรัฐสภาตลอดจนการปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายนั้น ทำให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีมีความคิดเห็นหรือทำที่บางอย่างต่อปัญหาที่จะเกิดขึ้นเช่นนั้นด้วย ดังนั้น รัฐมนตรีทุกคนจึงต้องรับผิดชอบร่วมกันในส่วนที่เรียกว่า “นโยบายทั่วไป” ความรับผิดชอบนี้ความรับผิดชอบทางการเมืองเท่านั้น⁶⁶ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า นโยบายทั่วไป ได้แก่ ข้อความที่คณะรัฐมนตรีเสนอไว้ต่อสภานิติบัญญัติ หรือเรื่องที่ได้มีการพิจารณาปรึกษาลงมติกันในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

นโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีนั้น หมายถึง นโยบายที่สำคัญของประเทศ เช่น การป้องกันประเทศ การคลัง การต่างประเทศ การศึกษา ซึ่งจะต้องถือเป็นนโยบายหลัก (Main Policy) ของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ โดยไม่รวมถึงรายละเอียดปลีกย่อยของนโยบายนั้นๆ ยกตัวอย่างเช่น ปัญหาเกี่ยวกับแผนการศึกษาของชาติ และปัญหาที่ว่าประเทศควรจะทำบำรุงกรมสามัญศึกษาหรือกรมอาชีวศึกษามากกว่ากัน จะต้องให้มีโรงเรียนกี่แห่ง ราษฎรเป็นจำนวนเท่าใด เป็นปัญหาเกี่ยวกับนโยบายทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา⁶⁷

การกระทำที่เนื้อหา มีลักษณะ เป็นงานนโยบายหรือมีลักษณะเป็นการเมือง มีความหมายในทางการตัดสินใจเลือกในทางนโยบายเพื่อนำไปสู่การปฏิบัติ จากทางเลือกที่มีอยู่หลายๆ ทาง ตามแนวนโยบายที่กำหนดไว้ เช่น การตัดสินใจเลือกที่จะให้ความสำคัญต่อการศึกษาของชาติ หรือจะให้ความสำคัญต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนก่อน เพราะฉะนั้น การบริหารที่มีลักษณะทางการเมือง จึงใช้วิธีตัดสินใจในเรื่องที่เกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน และการกระทำในทางนโยบายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามนโยบายของพรรคการเมืองที่เข้ามาร่วมกันจัดตั้งรัฐบาล ซึ่งเมื่อได้กระทำไปแล้ว ต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภา โดยมีวิธีการตรวจสอบการกระทำตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

⁶⁶ มนูญ บริสุทธี. (2521). คณะรัฐมนตรี. หน้า 74-75.

⁶⁷ หยุต แสงอุทัย. (2495). หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป. หน้า 274.

ยกตัวอย่าง เช่น นโยบายด้านการเมืองและการบริหารที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนการดำเนินงานของรัฐสภา รัฐบาลชุดต่างๆ ที่ผ่านมาได้มีการเขียนหรือกำหนดไว้ในคำแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ไว้แตกต่างกัน คือ “สนับสนุนกิจการของรัฐสภา ให้เอื้ออำนวยต่อการที่สมาชิกรัฐสภาจะทำหน้าที่ของตนอย่างมีประสิทธิภาพ”⁶⁸ “สนับสนุนองค์กรรัฐสภา ให้สามารถทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติและตรวจสอบฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ”⁶⁹ หรือ “ส่งเสริมสนับสนุนรัฐสภาและพรรคการเมืองให้เป็นสถาบันที่มีความเข้มแข็ง และเป็นທີ່เลื่อมใสศรัทธาของประชาชน”⁷⁰ แต่พอมาถึงรัฐบาลชุด นายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี (ครั้งที่ 2) ในคราวแถลงนโยบายต่อรัฐสภา เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2540 ก็ได้กำหนดนโยบายในเรื่องดังกล่าวไว้อีกแต่ประการใด แสดงให้เห็นว่า นโยบายในเรื่องเดียวกัน มีการเปลี่ยนแปลงได้ บางครั้งอาจกำหนดไว้ บางครั้งก็ไม่กำหนด สุดแต่ว่ารัฐบาลแต่ละคณะที่เข้าบริหารประเทศจะคิดเห็นต่อเรื่องนั้นๆ อย่างไร

องค์กรบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล (พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี) ที่การกระทำในลักษณะเป็นการเมือง หรือเป็นในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะรัฐบาล และการกระทำขององค์กรเหล่านี้ก็คือการกระทำทางรัฐบาล ส่วนองค์กรฝ่ายปกครอง จะไม่มีการกระทำที่มีลักษณะเป็นนโยบาย หรือการกระทำทางการเมืองแต่อย่างใด

2) การกระทำที่มีเนื้อหา มีลักษณะเป็นงานประจำ

งานประจำ คือ กิจการที่ต้องประพฤติปฏิบัติเป็นประจำ ตามระเบียบ กฎหมาย มติ คณะรัฐมนตรี ซึ่งได้กำหนดแนวทางหรือวิธีการให้ต้องปฏิบัติ หรือต้องดำเนินการไว้แล้ว เช่น การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการประจำปี เป็นต้น จะเห็นได้ว่า งานประจ่านั้นไม่ว่าใคร เมื่อมาอยู่ในตำแหน่งใด ซึ่งกฎหมายให้อำนาจหน้าที่ว่าอย่างไร ก็ต้องปฏิบัติจัดทำไปตามอำนาจหน้าที่นั้นๆ ด้วยกันทั้งนั้น เช่น ในเรื่องของการเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการระดับสูง (ระดับ 11) ในกระทรวงใดๆ ซึ่งเป็นไปตามอำนาจของรัฐมนตรี⁷¹ ไม่ว่าใครมาเป็นรัฐมนตรี ไม่ว่า

⁶⁸ คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายชวน หลีกภัย นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภา วันพุธที่ 21 ตุลาคม 2535 ข้อ 1.

⁶⁹ แถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี นายบรรหาร ศิลปอาชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภาวันพุธที่ 26 ธันวาคม 2538 ข้อ 1.1.3.

⁷⁰ คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ นายกรัฐมนตรีแถลงต่อรัฐสภาวันพุธที่ 11 ธันวาคม 2539 ข้อ 1.4

⁷¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 มาตรา 73 การเลื่อนขั้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญ ให้ดำเนินการตามมาตรา 72 และให้ผู้มีอำนาจสั่ง บรรจุตามมาตรา 52 (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) แล้วแต่กรณี เป็นผู้สั่งเลื่อน

บุคคลนั้นจะสังกัดพรรคการเมืองใด เมื่อมาเป็นรัฐมนตรีแล้ว ก็ต้องกระทำไปตามอำนาจหน้าที่นั้น เหมือนๆ กัน ไม่อาจเป็นอย่างอื่นไปได้

จากการศึกษาของ สุวิมล สัจวงษ์ ในเรื่องสถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี เห็นว่า

การแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองนั้นยังมีปัญหาเพราะในประเทศไทยมีการกระทำหลายอย่างหลายประการของรัฐหรือของรัฐบาลที่ถือได้ว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ตามแนวความคิดและทฤษฎีเรื่องการกระทำทางรัฐบาล (ในประเทศฝรั่งเศส) แต่ทั้งนี้ในประเทศไทย มิได้มีการศึกษาและแยกแยะการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำของฝ่ายปกครองแต่อย่างใด คงมีแต่ความเข้าใจกันโดยทั่วไปว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรีคือการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องทั้งหมด

เนื่องจากทฤษฎีกฎหมายปกครองว่าด้วยการแยกงานประจำออกจากงานนโยบายยังมิได้รับการพัฒนาให้เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนั้น การแยกการสั่งการของคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี จึงมิได้มีการแยกให้เห็นอย่างเด่นชัดว่า มติคณะรัฐมนตรี เรื่องใดมีลักษณะเป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรี เรื่องใดมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นเรื่องงานนโยบายดังกล่าว เป็นอำนาจดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีโดยตรงที่จะพิจารณาให้มี มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายดังกล่าว เป็นเรื่องของความเหมาะสมทางการบริหาร โดยแท้ ไม่อาจถูกควบคุมโดยหลักความชอบด้วยกฎหมายได้⁷²

ปัญหาอยู่ที่ว่า จะแยกงานประจำออกจากงานนโยบาย หรืองานที่มีลักษณะเป็นการเมืองได้อย่างไร เพราะในการกระทำอันเดียวกัน ในสถานการณ์อย่างหนึ่งเราอาจมองว่าเป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับเรื่องของนโยบาย เป็นเรื่องของการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ในอีกสถานการณ์หนึ่ง

การเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญในราชการบริหารส่วนภูมิภาคให้ผู้ว่าราชการจังหวัด แจงข้อเท็จจริงและความเห็นเกี่ยวกับการควรเลื่อนหรือไม่ควรเลื่อนไปยังอธิบดีผู้บังคับบัญชาเพื่อประกอบการพิจารณา

สำหรับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการพลเรือนสามัญตำแหน่งตั้งแต่ ระดับ 7 ลงมาในราชการบริหารส่วน ภูมิภาค ซึ่งมีหัวหน้าส่วนราชการประจำจังหวัด คณะรัฐมนตรีจะมอบหมายให้ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้บังคับบัญชาสั่งเลื่อน ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ. ตามมาตรา 72 ก็ได้

ประกอบมาตรา 52 (1) การบรรจุและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ 11 ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัด นำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา อนุมัติ เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง

⁷² สุวิมล สัจวงษ์. (2535). สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. หน้า 81-82.

มันอาจเป็นเรื่องของงานประจำที่ต้องปฏิบัติจัดทำเป็นปกติ เช่น ในการซื้อเรือดำน้ำมาประจำ การกองทัพเรือราคาเป็นพันล้านบาท ถ้าเป็นในยามที่เศรษฐกิจของประเทศกำลังเฟื่องฟู มีการส่งสินค้าออกเป็นจำนวนมาก ประเทศมีดุลการค้าได้เปรียบจำนวนมาก ฐานะของดุลบัญชีเดินสะพัดเกินดุลสูง เงินคงคลังมีมาก ในยามที่ประเทศมีเงินเหลือใช้ เช่นนี้ การตัดสินใจซื้อเรือดำน้ำ เพื่อเสริมสมรรถภาพให้กับกองทัพเรือ ก็เป็นเรื่องธรรมดา ไม่ว่าพรรคการเมืองใดมาเป็นคณะรัฐมนตรี หรือตัวแทนของพรรคการเมืองใดมาเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ก็ต้องตัดสินใจในทันทีในยามที่กองทัพเรือขาดแคลนอาวุธเช่นนี้ แต่ถ้าสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปในทางตรงข้าม โดยประเทศประสบภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ดุลการค้าขาดดุล ดุลบัญชีเดินสะพัดขาดดุล เงินคงคลังมีน้อย แต่ประเทศมีความต้องการใช้เงินในทุกๆ ด้าน การใช้งบประมาณแผ่นดินไปทุ่มเทด้านใดด้านหนึ่ง จึงต้องพิจารณาถึงความจำเป็น เป็นอย่างมาก ถ้าหากรัฐบาลตัดสินใจใช้งบประมาณจำนวนเป็นพันล้านเพื่อซื้อเรือดำน้ำให้กับกองทัพเรือตามที่กระทรวงกลาโหมเสนอ ก็หมายความว่ารัฐบาลตัดสินใจโดยให้ความสำคัญกับการรักษาความมั่นคงของประเทศมากกว่า การพัฒนาคน เพราะงบประมาณแผ่นดินที่จะนำไปใช้ในการพัฒนาด้าน การปฏิรูปการศึกษาของชาติ การพัฒนาเศรษฐกิจ การพัฒนาสังคม และด้านอื่นๆ ของประเทศต้องลดลง หรือหดหายไป เท่ากับที่ใช้ไปในการซื้อเรือดำน้ำนั้น

ในความไม่แน่นอนของการแยก “งานประจำ” ออกจาก “งานนโยบาย” นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ข้อดีคือ ทำให้ศาลปกครองซึ่งมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) สามารถใช้ดุลพินิจเลือกได้ว่า การกระทำอย่างใดของพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ที่ศาลไม่คุมไม่อยากจะตรวจสอบ ศาลก็จะบอกว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้ เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเมือง (Political Action) หรือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Act of government) ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบ เพราะศาลปกครองมีเขตอำนาจเพียงการควบคุม การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ถ้าเมื่อไหร่ศาลจะคุม ศาลก็จะบอกว่าการกระทำของพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี อย่างนั้น อย่างนี้เป็นงานประจำ โดยไม่ได้พิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำว่าแท้จริงแล้วมี “ธรรมชาติ” เป็นงานเช่นไรกันแน่ เช่นนี้ก็จะกลายเป็นข้อเสียตกอยู่แก่ราษฎร ที่ถูกระทบสัทธาจากการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารของรัฐ เพราะราษฎรจะไม่มี ความสนใจในนิติฐานะของตนว่าเมื่อตนถูกระทบสัทธาแล้วการกระทำเช่นไรขององค์กรเหล่านั้นศาลจะคุม และการกระทำเช่นไรศาลจะไม่ควบคุม

2.6 การกระทำทางรัฐบาลที่บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย

แนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลได้มีการนำมาบัญญัติปรับใช้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทย อยู่ 2 ฉบับ คือพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ใน

มาตรา 20 ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งจะปรากฏในมาตรา 4 ในส่วนของกรายกเว้นว่ามีให้กฎหมายนี้ใช้บังคับกับเรื่องราวบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรใดบ้าง ซึ่งจะมีเนื้อหา ดังนี้

2.6.1 พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล ได้มีการนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยเป็นครั้งแรก คือ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ในส่วนที่ว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งตามมาตรา 20 (1) บัญญัติห้ามไม่ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาไว้พิจารณา และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยวางหลักตามคำวินิจฉัยที่ 20/2528 ว่า เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปพิจารณาทบทวนได้ เพราะเป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ หรือเป็นเรื่อง “ความถูกต้องตามกฎหมาย” แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบในเรื่องนั้นต่อรัฐสภาโดยตรง ซึ่งการควบคุมความถูกต้องในเรื่องดังกล่าว ต้องอยู่ในกลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น

ซึ่งเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 จะพบว่าบทบัญญัติของมาตรา 20 ห้ามมิให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะต่างๆ 7 ลักษณะ คือ

- 1) เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา
- 2) เรื่องที่คณะรัฐมนตรี หรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว
- 3) เรื่องที่มีการฟ้องร้องกันอยู่ในศาล หรือศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว
- 4) เรื่องที่ยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบชั้นตอนตามที่

กฎหมายกำหนดไว้

- 5) เรื่องที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยเด็ดขาดแล้ว
- 6) เรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ละทิ้งการร้องทุกข์
- 7) เรื่องที่ขาดอายุความร้องทุกข์

กรณีที่เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่กรณีตาม 20 (1) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้เคยวางไว้ ดังนี้คือ

เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา “ลักษณะ” ที่กล่าวนี้เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการ ที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้ามา พิจารณาทบทวนได้เพราะ (1) เป็นเรื่อง “ความเหมาะสมในการบริหาร” ที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำกับให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ หรือ (2) เป็นเรื่อง “ความถูกต้องทางกฎหมาย” แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา ซึ่งการควบคุมความถูกต้องดังกล่าว ต้องอยู่ใน

กลไกการควบคุมทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ทั้งนี้เพราะกรณีดังกล่าวนี้ กฎหมายประสงค์ให้รัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบในทางการเมือง มิใช่ตรวจสอบในทางกฎหมาย

2.6.2 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁷³

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐมาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี การพิจารณาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง และการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ดังนี้

1) การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (1) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี ซึ่งการไม่นำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับรัฐสภานั้นย่อมมีเหตุผลที่ชัดเจนตามหลักกฎหมายปกครองที่ถือว่า “รัฐสภา” คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการนิติบัญญัติ กรณีนี้จึงย่อมมิใช่การดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ สำหรับ “คณะรัฐมนตรี” ที่ดำเนินการในทางการเมืองก็ย่อมมีคำอธิบายได้ในทำนองเดียวกันว่ามิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามความมุ่งหมายของกฎหมายนี้ แต่การยกเว้นรัฐสภาในที่นี้ย่อมมิได้หมายถึงการยกเว้นการบังคับใช้ต่อองค์กรภายในของรัฐสภาทั้งหมดซึ่งอาจจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองด้วยดังเช่นการลงโทษทางวินัยแก่

⁷³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

- (1) รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี
 - (2) องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ
 - (3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง
 - (4) การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาคดีการบังคับคดี และการวางทรัพย์
 - (5) การพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และการสั่งการตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา
 - (6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ
 - (7) การดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ทางยุทธการร่วมกับทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ
 - (8) การดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
 - (9) การดำเนินกิจการขององค์กรทางศาสนา
- การยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้มาใช้บังคับแก่การดำเนินกิจการใดหรือกับหน่วยงานใดนอกจากที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง ให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกาตามข้อเสนอของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง.

เจ้าหน้าที่รัฐสภาซึ่งอยู่ในข่ายของการออกคำสั่งทางปกครองโดยปกติด้วย และในทำนองเดียวกัน ตรรกะดังกล่าวนี้ก็อาจนำมาใช้ต่อกรณีของคณะรัฐมนตรีได้ด้วย เพราะงานของคณะรัฐมนตรีส่วนหนึ่ง มีสภาพเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเท่านั้น มิใช่การตัดสินใจในทางนโยบายหรือในทางการเมือง แต่อย่างใด แต่โดยที่บทบัญญัติมาตรา 4 (1) ใช้ถ้อยคำที่ระบุถึงองค์กร “คณะรัฐมนตรี” โดยเฉพาะ ดังนั้นการกำหนดวิธีปฏิบัติราชการของฝ่ายปกครอง จึงไม่สามารถนำมาใช้บังคับต่อคณะรัฐมนตรี ทั้งหมดไม่ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีลักษณะเป็นงานทางปกครองหรืองานที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายของรัฐบาล

2) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (3) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง ซึ่งการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองในเรื่องนโยบายย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมืองตามแนวที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพราะการกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำในทางการเมืองของรัฐบาล และไม่อาจนำเอามาตรการการควบคุมที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ทางปกครองไปตรวจสอบการกระทำในทางการเมืองเหล่านี้ จึงต้องบัญญัติยกเว้นมิให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับการกระทำที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย

3) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 (6) บัญญัติมิให้ใช้บังคับพระราชบัญญัตินี้แก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างของข้อยกเว้นมิให้นำกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 838/2541) มีข้อหาหรือว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 47⁷⁴ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติฯ ของคณะรัฐมนตรี

⁷⁴ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 มาตรา 47 ในกรณีที่โครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 46 เป็นโครงการหรือ

ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เพราะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 4

(1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กิจการของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือโครงการร่วมกับเอกชน ซึ่งต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามระเบียบปฏิบัติของทางราชการ ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้น จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม ตั้งแต่ในระยะทำการศึกษาความเหมาะสมของโครงการเสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เพื่อเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่เสนอตามวรรคหนึ่ง คณะรัฐมนตรีอาจขอให้บุคคลหรือสถาบันใด ซึ่งเป็นผู้ชำนาญการหรือเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมทำการศึกษาและเสนอรายงานหรือความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

สำหรับ โครงการหรือกิจการของส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 46 ซึ่งไม่จำเป็นต้องเสนอขอรับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ให้ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจ ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบโครงการหรือกิจการนั้นจัดทำรายงาน.

บทที่ 3

การกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายต่างประเทศ

3.1 การกระทำทางรัฐบาลประเทศฝรั่งเศส

หลักเบื้องต้นของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ถือว่าการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นการคุ้มครองป้องกันประชาชนจากการใช้อำนาจในทางปกครองของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ยังมีการกระทำของรัฐอยู่อย่างหนึ่งที่เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ที่มีอายุการตรวจสอบโดยองค์กรใดๆ ของรัฐ

1) ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล

(1) ความหมายทางทฤษฎีในอดีต

การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) เป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจจากการควบคุมของฝ่ายตุลาการ ทั้งจากศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นปัญหาใหญ่ที่ยุ้งยากที่สุดเรื่องหนึ่งในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส⁵ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil D'Etat) ได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ขึ้นโดยในเบื้องต้นแรกได้มีคำพิพากษาถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในทางการเมือง เป็นการกระทำทางรัฐบาล⁶ โดยพิจารณาจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับนโยบายชั้นสูง หรือเกี่ยวกับความปลอดภัยของสาธารณะ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายต่างประเทศ หรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา หรือที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติ ซึ่งถือว่าการกระทำในลักษณะต่างๆ เหล่านี้เป็นดุลพินิจของรัฐบาล ซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจตุลาการ การที่ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวได้นี้เอง จึงได้มีการตรากฎหมายลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือให้กับศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่กำลังขึ้นสู่ศาลปกครองรัฐมนตรีสามารถทำคำคัดค้านยื่นต่อศาลคดีขัดกันสิ่งมิให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคดีนั้นได้⁸ นักวิชาการจึงได้มีการตีความว่า สิทธิร้องไปยังศาลคดีขัดกัน ตามมาตรา 26 ของกฎหมายลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872

⁵ Bernard Schwartz. (1954). **French Administrative Law and the common-law.** p. 160.

⁶ สุวีรี ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำทางรัฐบาล. หน้า 8.

⁷ คำวินิจฉัยของ Conseil d'Etat วันที่ 9 พฤษภาคม 1867 คดี duc d' aumale. อ้างถึงใน โกลิน พลกุล. (2528). เอกสารบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองฝรั่งเศส. หน้า 35.

⁸ Bernard Schwartz. (1954). **French Administrative Law and the common-law.** p. 154.

เป็นปัญหาเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลได้

นักวิชาการอีกพวกหนึ่งได้อธิบายถึง ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำผสม” (L’Acte mixte) นั่นคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง⁹ ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของอำนาจบริหารแต่ฝ่ายเดียว แต่คำอธิบายนี้ก็ไม่มีสมบูรณ์¹⁰ เช่น กรณีการกักขังโทษแก่นักโทษของประธานาธิบดี

การที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้การกระทำทางรัฐบาลไม่ต้องตรวจสอบโดยศาล โดยไม่ได้ให้คำนิยามใดๆ เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไว้ด้วย ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่า การกระทำเช่นไรที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้จึงเกิดช่องว่างขึ้นในกฎหมาย ซึ่งจะต้องวินิจฉัยกันเป็นเรื่องๆ ไปว่าการกระทำอย่างใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล

แรกเริ่มเดิมทีถือกันว่า การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำที่แสดงออกถึง “วัตถุประสงค์ทางการเมือง” เช่น การกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม การกระทำเพื่อต่อต้านศัตรู ทั้งจากภายนอกประเทศและในประเทศ แต่การถือหลักเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดกรณีต่างๆ ขึ้นมากมาย ที่จะสามารถจัดได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเป็นเรื่องที่ยังถกเถียงกันอยู่มาก หากการกระทำดังกล่าวมีปัญหาในเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และด้วยสาเหตุนี้เองที่ทำให้ศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศส ได้หันไปพิจารณาเกี่ยวกับ “ธรรมชาติ” ของการกระทำนั้นๆ แทนโดยยังถือหลักว่า การกระทำทางรัฐบาลไม่ถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งยิ่งทำให้ผู้พิพากษาของฝรั่งเศสไม่สามารถสรุปหรือวินิจฉัยได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล¹¹

ในภายหลังหลักการพิจารณาเรื่องพื้นฐานในทางการเมืองได้ถูกกลับหลักโดยสภาแห่งรัฐในคดีเจ้าชายนโปเลียน¹² ซึ่งมีข้อเท็จจริง ในปี ค.ศ. 1853 จักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชายนโปเลียน โบนาปาร์ต ซึ่งเป็นญาติของพระองค์ให้เป็นนายพล ภายหลังจากที่ประเทศฝรั่งเศส ในสมัยพระเจ้านโปเลียนที่ 3 นี้ได้แพ้สงครามต่อประเทศรัสเซีย และต้องล้มเลิกสาธารณรัฐ

⁹ คำวินิจฉัยของ Conseil d’Etat วันที่ 9 พฤษภาคม 1867 คดี duc d’ aumale. อ้างถึงใน โภคิน พลกุล. (2528). เอกสารบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2 : คดีปกครองฝรั่งเศส. หน้า 35.

¹⁰ สุวิมล สังขพันธ์. (2535). สถานะและผลทางกฎหมายของคณะรัฐมนตรี. หน้า 76.

¹¹ Bernard Schwartz. (1954). *French Administrative Law and the common-law*. p. 161.

¹² C.E. Prince Napoleon. (19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875). อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรีสุทธิชนกุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 12.

ที่ 2 ของประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1870 ได้มีการจัดพิมพ์ ทำเนียบทหาร โดยเป็นรายชื่อทหารที่รับราชการของกองทัพบกประจำปี ที่จัดพิมพ์ขึ้นในปี ค.ศ. 1873 แต่ไม่ปรากฏรายชื่อของเจ้าชายนโปเลียนซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายพล เจ้าชายนโปเลียนจึงมีหนังสือถามไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมว่า การทำหนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อของเขานั้น เนื่องจากความพลั้งเผลอ หรือเป็นการกระทำโดยเจตนา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ก็ตอบว่าการที่ไม่พิมพ์ชื่อดังกล่าวเป็นการแนะนำของตนเอง เพราะเมื่อพิจารณาแล้ว การแต่งตั้งเจ้าชายให้เป็นนายพลนั้น ไม่ชอบเนื่องจาก “เป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบบการปกครองที่ปัจจุบันได้เลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผล” ดังนั้นเจ้าชายจึงยื่นฟ้องคดีต่อสภาแห่งรัฐ ซึ่งรัฐมนตรีได้ต่อสู้ว่า สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจพิจารณาเนื่องจากมาตรการดังกล่าว เป็นเรื่องทางการเมือง ดังนั้นจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดี และได้พิพากษาคดีว่า “จากที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ใช่ว่าถ้าเป็นการกระทำที่ได้กระทำโดยรัฐบาล หรือผู้แทนของรัฐบาล โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี หรือที่ได้กระทำลง โดยมีเหตุผลทางการเมือง (Interet Politique)¹³ แล้วจะมีผลให้การกระทำดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล”

คดีนี้มีความสำคัญมากเพราะว่าเป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามจะอธิบายว่า มิใช่ว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป และคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้ในคดี *marquigny* ที่ตัดสินโดยศาลระงับความขัดแย้ง โดยวางหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกับคดีของเจ้าชาย นโปเลียนว่า “เหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่า การกระทำนั้น ไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบโดยศาล” ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าการกระทำทางรัฐบาล ที่มีพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูง หรือมูลเหตุในทางการเมืองได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาในคดีดังกล่าว เพราะว่าเหตุผลในทางการเมืองเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่อาจสรุปได้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

โดยสรุป ความหมายของการกระทำทางรัฐบาลในอดีตมีวิวัฒนาการมาจากความคิดที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องของการแสดงออกถึงวัตถุประสงค์ทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นนโยบายสาธารณะ นโยบายด้านต่างประเทศ หรือนโยบายชั้นสูงของรัฐบาล รวมถึงการกระทำที่เกี่ยวข้องกับคนต่างชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ เหล่านี้ล้วนยากต่อการระบุชี้ชัดลงไปว่า การกระทำเช่นไรเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะกฎหมายไม่ได้มีคำนิยามเอาไว้ การกระทำทางรัฐบาลหมายความว่าอย่างไร มีขอบเขตแค่ไหน ก็จะมีแค่หลักการที่ยึดถือต่อกันมาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ และกฎหมายฉบับวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ที่ให้สิทธิ

¹³ L.Naville Brown & J.F Gardner. (1983). **French Administrative Law**. p. 100.

แก่รัฐมนตรีในอันที่จะคัดค้านการพิจารณาคดีที่ตนเห็นว่าน่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ในศาลปกครองสูงสุด โดยให้ศาลคดีขัดกันชี้ขาดได้ ซึ่งกรณีทำนองนี้ก็ไม่ค่อยมีเกิดขึ้นเท่าไร จนเมื่อมีกรณีเข้าชายนโปเลียนเกิดขึ้น จึงเกิดหลักใหม่ว่า การจะดูว่าเรื่องใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ ให้ดูจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นกรณีๆ ไป

2) ความหมายทางทฤษฎีในปัจจุบัน

เพราะกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้นิยามความหมายของการกระทำทางรัฐบาลไว้ และปล่อยให้แนวคิดในเรื่องนี้มีวิวัฒนาการไปเองตามกาลเวลา นักคิดนักวิชาการนิติศาสตร์ จึงได้พยายามอธิบายความหมายของการกระทำทางรัฐบาลไปต่างๆ กัน ตามแต่เหตุผลที่ตนเห็นว่าถูกต้องหรือเหมาะสม แต่สิ่งหนึ่งซึ่งทุกคนยังเห็นคล้อยต้องกันก็คือ หลักการที่ว่า การกระทำใดหากเข้าลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ไม่สมควรที่จะถูกควบคุมหรือตรวจสอบโดยอำนาจตุลาการ ดังเช่น ศาสตราจารย์ ดูเอ้ (Duez) ที่ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำทางรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมจากอำนาจศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องคุณพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม”¹⁴ เพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองในปัจจุบัน ย่อมต้องมีกรกระทำหรือกิจกรรมบางอย่างที่มีความสำคัญยิ่ง เมื่อพิจารณาจากความมั่นคงและเพื่อความดำรงอยู่ของสังคม ซึ่งการกระทำหรือกิจการเหล่านี้ไม่ควรต้องถูกจำกัดโดยข้อพิจารณาทางนิติศาสตร์ เนื่องจากถือว่าเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรที่จะมีการควบคุม หรือเรียกร้องต่อศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมก็ตาม¹⁵ แต่ถึงอย่างไรก็ตามในการอธิบายความหมายของการกระทำทางรัฐบาลนั้น ได้มีการกล่าวถึงที่ไม่สอดคล้องต้องกันว่าการกระทำในลักษณะอย่างไร ที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งมีนักกฎหมายมหาชนหลายท่านได้พยายามที่จะอธิบาย และให้คำนิยามของการกระทำทางรัฐบาลไว้หลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ โอริยู (Horiou) ได้วิจารณ์ในท้ายคดี โวเดอร์เร กับฟารอง ว่า “การกระทำทางรัฐบาลคือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการ เช่นว่านั้นแล้วจะมีผลกระทบร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ” เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้น จะเป็นที่ยอมรับกันเป็นที่ยุติว่า บรรดา “องค์กร” หรือ “เจ้าหน้าที่” ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งการกระทำเช่นนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องต่อศาลได้

ปีแอร์ อองรี ชาวิดัล (Pierre Henri Chavidan) กล่าวว่า “การกระทำทางรัฐบาลนั้นศาลเป็นผู้สร้างและกำหนดว่า เรื่องใดหรือการกระทำใดที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล”

¹⁴ Pierre Henri Chavidan. (1982). “Doctrine et acte de gouvernement.” A.J.D.A. อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยูทรานุกูล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

¹⁵ อมร จันทรมบูรณ์ แปลจาก Brown & J.F. Garner, French Administrative Law. อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยูทรานุกูล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 33.

กาเร่ เดอ มาลแบร์ (Carre de Malbert) “อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากการที่มีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น”

ศาสตราจารย์เลอเน่ ชาปู (Rene Chapus) อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาล คือการกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งต่างจากการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองอันเป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”¹⁶

ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสในอดีตที่ผ่านมาแล้วนั้น นักทฤษฎีหลายคนพยายามอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของการกระทำทางรัฐบาล ในบางทีก็อธิบายว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางการเมือง หรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มครองทางศาล ซึ่งแนวคิดของชาปู และชาวิดาล นั้นเห็นความแตกต่างจากเรื่องนี้ซึ่งเขาไม่เห็นด้วยกับโอยูริ และนักทฤษฎีที่จะพยายามอธิบายโดยเอาผลมาเป็นเหตุ โดยดูจากการกระทำใดที่ศาลคุ้มครองไม่ถึงการกระทำนั้น คือ การกระทำทางรัฐบาล โดยชาปู เห็นว่าการพูดถึงเรื่องทางการเมืองนั้นไม่เป็นการในเรื่องของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลก็คือ การกระทำที่ศาลไม่ควบคุมตรวจสอบนั้น ชาปู ก็อธิบายว่าเป็นเรื่องปลายเหตุ ไม่ใช่การพูดถึงองค์ประกอบทางกฎหมาย แต่เป็นการพูดถึงผลของการเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยชาปู พยายามหาหลักเกณฑ์ ในทางกฎหมาย กล่าวคือ การแยกแยะในการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง กับอีกฐานะคือการกระทำเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยอธิบายว่า การกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง จะมีใช้การการกระทำทางรัฐบาล และทั้งนี้ชาปู ได้อธิบายข้อโต้แย้งการใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำนั้นคือการกระทำทางรัฐบาลประการหนึ่ง และประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วถือว่าเป็นเรื่องทางการเมืองแล้วถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งชาปูก็ไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้เช่นกัน โดยเขาอธิบายดังนี้¹⁷

(1) หลักความคุ้มกันทางศาล (L'immunité juridictionnelle)

การกระทำใดๆ ที่ศาลไม่เข้าควบคุม ถือเป็น การกระทำทางรัฐบาล โดยใช้หลักความคุ้มกันทางศาลนั้น ซึ่งชาปูไม่เห็นด้วยกับหลักนี้ โดยมีเหตุโต้แย้งอยู่ 3 ประการก็คือ

ประการที่ 1 หลักความคุ้มกันทางศาลมิสามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกได้ เพราะความกันทางศาลนี้ ไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้น แต่เป็นเหตุที่จะไม่สามารถแบ่งแยกหา

¹⁶ Rene Chapus. (1958). “L’acte de gouvernement monstre ou victime” *Recueil Dalloz*. pp. 5-10 อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยธนากุล. (2538). *การกระทำของรัฐบาล*. หน้า 32.

¹⁷ Chapus. (1958). “l’acte de gouvernement monstre ou victim.” *Recueil Dalloz*. p. 8. อ้างใน สุวีร์ ตริยธนากุล. (2538). *การกระทำของรัฐบาล*. หน้า 35.

หลักเกณฑ์ได้ว่าการกระทำนั้นๆ ศาลจะไม่ควบคุม เนื่องจากมีความคุ้มกันทางศาล มิใช่ว่าการกระทำใดได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป

ประการที่ 2 ปัญหาที่เผชิญอยู่นั้น มิใช่ว่าปัญหานี้จะพิจารณาเพื่อจะรู้ว่าการกระทำใดในเวลาใดเวลาหนึ่ง จะได้รับความคุ้มกันทางศาล แต่เป็นปัญหาที่เราอยากทราบว่า การกระทำนั้นโดยสิทธิและโดยสภาพของการกระทำแล้วจะเป็นจะต้องอยู่ภายใต้ระบบคุ้มกันทางศาลหรือไม่ และนอกจากนี้เพื่อที่จะแสดงว่ามีการกระทำอย่างอื่นอีกหรือไม่ที่ได้รับความคุ้มกันทางศาล

ประการที่ 3 ความคุ้มกันในทางศาล ไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใดเพราะหลักความคุ้มกันทางศาลนั้นมีความหมายที่กว้างมาก และเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการที่จำเป็นอันเป็นเหตุผลของรัฐ และมีการกระทำเป็นจำนวนมากที่อยู่ภายใต้หลักความคุ้มกันนี้ การที่เราอาศัยหลักเกณฑ์นี้มาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล จึงไม่สามารถทำให้เราแยกแยะการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำอย่างอื่นได้

(2) หลักเหตุผลทางการเมือง

การกระทำทางรัฐบาลกับทฤษฎีมูลเหตุในทางการเมือง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมการกระทำทางรัฐบาล¹⁸ โดยอ้างว่าเป็นเรื่องทางการเมืองชั้นสูง ชาปู ก็อธิบายว่า อาจจะเป็นไปได้ว่าการที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมนั้นอาจเป็นเพราะ

ประการที่ 1 ศาลพยายามจำกัดตัวเองในการควบคุมฝ่ายปกครองเพราะศาลอาจเล็งเห็นว่า ถ้าศาลเข้าไปควบคุมฝ่ายปกครองในทุกๆ เรื่องแล้วผลที่ตามมาอาจทำให้ ฝ่ายปกครองเกิดความรู้สึกขัดแย้งไม่ยอมรับ และจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่ยอมอยู่ภายใต้การควบคุมจากศาล เพราะ ฉะนั้นวิถีทางที่ดีที่สุดก็คือศาลควรจำกัดตัวเอง โดยในบางเรื่องศาลจะเข้ามาควบคุมทุกอย่าง แต่ในขณะที่เดียวกันในบางเรื่องก็จะไม่ควบคุม เพื่อพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล เพื่อที่จะได้มีอิสระในการเข้าไปควบคุมเรื่องอื่นๆ มากยิ่งขึ้น

ประการที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองชั้นสูงนั้นเป็นเรื่องที่ศาลก็ไม่อยากที่จะเข้าไปควบคุม และถึงอย่างไรก็ตามที่การกระทำนั้นๆ ศาลก็ไม่สามารถควบคุมหรือบังคับให้เป็นผลอยู่แล้ว ดังนั้นศาลไม่ควบคุมดีกว่า

ดังนั้น ชาปู ได้อธิบายการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องทางการเมือง หลักความคุ้มกันทางศาลมาอธิบายนั้น มิใช่เป็นเรื่องทางกฎหมายเลยกลายเป็นเรื่องพูดคุยกันเล่นๆ ไปเรื่อยๆ โดยมิได้คิดอะไรให้เป็นเรื่องจริงจังขึ้นมาได้ แต่มิได้เป็นการนำเรื่องของเหตุผลในทางกฎหมายมาวิเคราะห์เจาะลึกลงไป เพราะท้ายที่สุดแล้วนั้น ถ้าการกระทำใดที่ศาลไม่เข้าไปควบคุม การกระทำ

¹⁸ P.Duez. (1935). *Les actes de gouvernement*. p.23. อ้างถึงในสาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 139.

นั่นก็กลายเป็นเรื่องทางการเมือง หรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มกันไปซึ่งเท่ากับว่าเป็นเรื่องศาลจะใช้อำนาจโดยอำเภอใจ¹⁹ ที่จะอธิบายว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมือง หรือมิใช่เรื่องทางการเมือง ดังนั้นควรที่จะหาหลักเกณฑ์ที่ดี เพื่อที่จะอธิบายได้ว่าอย่างไร จึงจะถือเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำใดเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง

(3) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลกับหลักการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลกับหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้ ได้อธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐบาล โดยการแบ่งแยกระหว่างหน้าที่หรือกิจกรรมของรัฐบาลกับหน้าที่หรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ลาแฟร์ รีแยร์ เป็นนักกฎหมายปกครองที่ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของฝรั่งเศส โดยเขาได้กล่าวว่า การปกครอง (Administre) คือการปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นประจำวันและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองในเมืองหลวง หรือในระดับท้องถิ่น หรือประชาชนกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่รัฐบาล (Gouvernement) เป็นเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามเรื่องของสังคมในทางการเมืองทั้งหมดและเป็นเรื่องของการทำให้อำนาจในทางสาธารณะที่สำคัญกล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ หรืออำนาจบริหาร ให้เป็นไปได้อย่างดี และเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐบาลต่างประเทศ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

นอกจากนี้ยังมีนักทฤษฎีอีกท่านหนึ่ง ที่อธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาลว่า เป็นการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาล ออกจากฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางปกครองที่ดีที่สุดคือ โดยพิจารณาจากกิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมของรัฐบาลหรือ กิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมฝ่ายปกครอง โดยซาปู อธิบายว่า ในอดีตเรามีการแบ่งแยกระหว่างศาลยุติธรรม ซึ่งก็คือ การพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ในขณะที่เดียวกันเราก็พิจารณาเนื้อหาของงานศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นคดีที่อยู่นอกอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองก็ไม่อาจพิจารณาได้ เช่นเดียวกัน คดีแพ่ง คดีอาญาก็ไม่อาจพิจารณาได้เช่นกัน ดังนั้นถ้าเราพิจารณาเรื่องการกระทำทางรัฐบาล เราก็จะพิจารณาของเนื้อหา ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปู ได้เสนอว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ ในแง่ขององค์การกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาดังนี้คือ

¹⁹ Chapus. (1958). "l'acte de gouvernement monstre ou victim." *Recueil Dalloz*. p. 8. อ้างใน สุวีร์ ตริยูทรานากุล. (2538). *การกระทำของรัฐบาล*. หน้า 37.

ก. การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแต่ไม่มีได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

- องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มีได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

- การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

ข. การพิจารณาในแง่เนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้ว จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้น เพราะรัฐบาลนั้นอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังที่จะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจจะกระทำการทางปกครองไปพร้อมๆกับการกระทำทางตุลาการได้ องค์กรหนึ่งอาจจะมีสองฐานะพร้อมๆกันก็ได้ ดังนั้นในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการพร้อมๆ กัน ไปก็ได้ ซาปู อธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการกระทำในทางปกครองกับการกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึง จะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ หน้าที่ของรัฐบาล ออกเป็นการกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามแนวความคิดนี้จึงอาจได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาปกติ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาสงคราม หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี และกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง

ในฝรั่งเศสการกระทำทางรัฐบาลนั้น เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายในขอบอำนาจการควบคุมของอำนาจตุลาการ ทั้งขอบอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลนี้เป็นปัญหาในคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากหลักการกระทำทางรัฐบาลมาจากคำ

พิพากษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) และคำพิพากษาของศาลระดับความขัดแย้ง หรือชี้ขาดข้อพิพาท (Le tribunal de Conflits) ซึ่งเป็นปัญหาที่ศาลปฏิเสธไม่รับพิจารณาไม่ว่าอยู่ในเขตอำนาจ ในกรณีที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งในฝรั่งเศสเรียกการกระทำทางรัฐบาล “การกระทำจริงๆ ของรัฐบาล” เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารส่วนการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) มีความหมายเป็นพิเศษแตกต่างออกไป

(4) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

ด้วยเหตุดังกล่าวมาแล้วนั้น นักทฤษฎีกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งพยายามที่จะอธิบายถึงความหมายของการกระทำทางรัฐบาล โดยพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบของกฎหมาย และพยายามหาบทบัญญัติของกฎหมายที่จะอธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาล นักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยพิจารณาที่ตัวบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติกฎหมายลำดับรองต่างๆ ว่ามีบทบัญญัติที่พูดถึงการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ โดยกาเร่ เดอ มานแบร์ (carre de malbert)²⁰ ได้พิจารณาจากบทบัญญัติดังนี้

ก. กฎหมายลำดับรอง ที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครอง ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1852 ที่มีบทบัญญัติว่า “เราควรจะรวมศูนย์อำนาจการกระทำของรัฐบาล แต่เราควรที่จะกระจายอำนาจทางปกครอง” ซึ่งหมายถึง กฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งแยกลักษณะของการกระทำทางปกครองออกจากลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเท่ากับว่ามีกรยอมรับว่ามีลักษณะของการกระทำหรือกิจกรรมทางรัฐบาล ที่แยกออกจากการกระทำทางปกครอง

ข. นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 ซึ่งอยู่ในมาตรา 26 โดยเป็นการลอกเลียนแบบมาจากพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1849 ในมาตรา 47 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐมนตรีมีสิทธิที่จะประกาศต่อหน้าศาลระดับความขัดแย้งว่ากิจการที่อยู่ในความดูแลของศาลระดับความขัดแย้งนั้น มิใช่คดีปกครอง แต่เป็นการกระทำทางรัฐบาล” แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามีรัฐมนตรีท่านใดใช้สิทธิเช่นนั้น ทั้งนี้คงเป็นเพราะศาลระดับความขัดแย้งได้พยายามหลีกเลี่ยงโดยปริยายอยู่แล้ว ในการที่จะไปควบคุมที่ตนเห็นว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยสรุปแล้วกาเร่ เดอ มานแบร์ จึงอธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาล สามารถหลุดพ้น จากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากมีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ในเรื่องนี้

(5) ประเภทของการกระทำทางรัฐบาล

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น การกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นเรื่องของวิวัฒนาการทางความคิด ซึ่งนักคิดนักทฤษฎีทางกฎหมายได้พยายามหาทางอธิบายถึงการ

²⁰ Pierre Henri Chavidan. (1982). *Doctrine et acte de gouvernement*. อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยุทธนากุล. (2538). *การกระทำของรัฐบาล*. หน้า 32.

กระทำทางรัฐบาล โดยยึดหลักเกณฑ์และปัจจัยสิ่งแวดล้อมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาอธิบายอย่างเป็นระบบเป็นเหตุเป็นผล แต่ทั้งนี้ทั้งนั้น หมายความว่า เป็นการอธิบายภายหลังจากที่ได้มีการวินิจฉัยโดยศาลในคดีใดคดีหนึ่งแล้วว่า คดีนั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกันหรือเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล จึงมีคำถามว่า การกระทำอย่างไรที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเมื่อประมวลคำพิพากษาของศาล (ศาลปกครองสูงสุด และศาลคดีขัดกัน) แล้วประมวลเป็นกลุ่มๆ ได้ดังนี้

ในคำพิพากษาของศาลเหล่านั้น บางคดีศาลก็ใช้คำว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล บางคดีศาลไม่ได้พูดถึงว่า การกระทำนั้นเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล แต่ก็ได้อธิบายว่าเป็นธรรมชาติของเรื่องนั้นที่ไม่อาจควบคุมโดยศาลได้ และจากการกระทำทั้ง 4 ประเภทดังกล่าว จะเห็นว่าจุดร่วมประการหนึ่ง คือคดีต่างๆ เหล่านั้นไม่อาจนำขึ้นสู่ศาลได้ ซึ่งก็ หมายความว่าวิธีพิจารณาความ โดยทั่วไปไม่อาจใช้บังคับกับกรณีของการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งจะได้นำกล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

คำว่ารัฐบาลในที่นี้รวมถึงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้คือ

- การกระทำนั้นเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติ กล่าวคือ เป็นการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือการเข้ามาดำเนินการในเรื่องนิติบัญญัติ เช่น การปฏิเสธที่จะยื่นร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้รัฐสภา²¹ การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมาย²² การตัดสินใจของรัฐบาลในการถอนร่างกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้เสนอร่างญัตติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา²³ การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะดำเนินการในบางเรื่องเพื่อที่จะให้มีการดำเนินการรับร่างกฎหมายได้เร็วขึ้น พระราชบัญญัติที่มีกฤษฎีกาประกาศใช้เนื้อหาไม่ตรงกับร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา เป็นต้น

- คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาล ที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของสภา คำสั่งการของรัฐบาลในกรณีเช่นนี้ เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศในเรื่องเกี่ยวกับดินแดนของประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญเพื่อจะได้มีการให้สัตยาบันต่อสัญญา

²¹ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Rouche วันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 1930. อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรีชนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 15.

²² แหล่งเดิม.

²³ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Mutuelle Nationale Des Etudaints de France วันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1951. อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรีชนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 16.

หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือการที่รัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมองค์การดูแลการเลือกตั้งของรัฐสภา

- การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งที่รัฐบาลออกกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง การที่รัฐบาลออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้ง²⁴

- การสั่งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจ หรือการดำเนินการบางอย่าง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ ระหว่างองค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ในภาวะฉุกเฉิน²⁵ การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อจะนำร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ

ข้อสังเกตในการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ตามมาตรา 16 นี้ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 มาตรา 16 บัญญัติว่า หากสถาบันต่างๆ แห่งสาธารณรัฐเอกราชของชาติบูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ถูกคุกคามร้ายแรง กะทันหันและการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญต้องชะงักลงให้

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจที่จะใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นตามสถานการณ์ เมื่อได้รับคำปรึกษาเป็นทางการจากนายกรัฐมนตรีของประธานสภาทั้งสอง และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งในคดี Rubin de Servens et Autres ที่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยนี้ในภายหลัง จากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว ประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจมาตรา 16 ดังกล่าวในปี ค.ศ. 1961 ตอนฤดูใบไม้ผลิได้มีการพยายามทำรัฐประหารขึ้นที่ เมือง Alger ประเทศ อัลจีเรีย ซึ่งขณะนั้นยังเป็นเมืองขึ้น ของประเทศฝรั่งเศสอยู่เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1961 นายพลเดอโกล ประธานาธิบดีฝรั่งเศสจึงมีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 ดังกล่าว และได้ มีการใช้มาตรการต่างๆ ปราบปรามผู้ที่พยายามทำรัฐประหาร ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ มีหน้าที่พิจารณาความผิดต่อความมั่นคง ของประเทศและความผิดต่อวินัยของกองทัพ พร้อมทั้งกำหนดวิธีพิจารณาของศาลดังกล่าว Rubin de Servens et Autres และพวก ซึ่งถูกศาลทหารดังกล่าวพิพากษา

²⁴ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Tixcier วันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1951. อ้างถึงใน สุวีฑ์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 17.

²⁵ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Rubin de Servens วันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1962 และคดี brocas วันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1962. อ้างถึงใน สุวีฑ์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 17.

ลงโทษ ได้ยกข้อต่อสู้ขึ้น 3 ประการ คือ ประการแรกคำสั่งของประธานาธิบดีไม่ชอบ เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 16 ประการที่สอง เป็นการละเมิดต่อหลักกฎหมายอาญาทั่วไป ประการที่สาม คำสั่งดังกล่าวขัดกับ หลักที่ว่า กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ศาลฎีกา (Cour de cassation) ได้วินิจฉัยในบางประเด็น โดยวินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ขัดกับมาตรา 16 และศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวในคดีนี้ศาลปกครอง (Conseil d'Etat) ได้วินิจฉัย เกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณา คำสั่งดังกล่าว และฐานะทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว ประธานาธิบดีแห่งรัฐ ได้มีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1961 คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของ Conseil d'Etat ที่พิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย และควบคุมระยะเวลาการใช้คำสั่งดังกล่าวมีผลให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีแห่งรัฐ ที่ใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นแก่สถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อำนาจนิติบัญญัติในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 34 และอำนาจออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (Pouvoir réglementaire) ในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 37

อย่างไรก็ดี ได้มีคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงเรื่องดังกล่าวคือ ในคดี Canal, Robin, Godot²⁶ ในช่วงนั้นฝรั่งเศสมีปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยอันเนื่องมาจากสงครามในแอลจีเรีย รัฐบาลได้แถลงถึงมาตรการที่จะดำเนินการแก้ไขให้ประชาชนทราบ เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 หลังจากนั้นก็นำเอามาตรการดังกล่าว จัดทำเป็นร่างกฎหมาย และให้ประชาชนแสดงประชามติ (Referendum) และมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 13 เมษายน 1962 มาตรา 2 ของกฎหมายฉบับนี้ได้ให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่จะกำหนดมาตรการในทางนิติบัญญัติ (Legislative) หรือในการออกข้อบังคับทางปกครอง เพื่อให้การเป็นไปตามแถลงการณ์ของรัฐบาลในรูปของพระราชกำหนด (Ordonnance) หรือกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณี และอาศัยอำนาจโดยมาตรา 12 ข้างต้น ประธานาธิบดีจึงได้ตราพระราชกำหนด ลงวันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1962 จัดตั้งศาลทหาร (La cour militaire de justice) ขึ้นเป็นเขตอำนาจศาลทหารพิเศษแทนศาลทหาร (Le haut tribunal militaire) เดิม ที่ตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 มาตรา 16 โดยผู้ต้องหาคือ นาย Canal ได้ถูกศาลทหารตัดสินลงโทษนาย Canal จึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐว่าพระราชกำหนดนั้น เป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายและขอให้เพิกถอน สภาแห่งรัฐได้ตัดสินเพิกถอนพระราชกำหนดดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า

²⁶ C.E. Canal Robin, Godot. 19 ตุลาคม ค.ศ. 1962 อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรีวิทยานกุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 19.

ประการแรก พระราชกำหนดดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจเข้าควบคุม

ประการที่สอง ไม่มีสถานการณ์พิเศษอะไรมาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นต้องมีศาลเช่นนั้น ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลดังกล่าวไม่ว่ากรณีใด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดี Robin เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญที่จะใช้มาตรการต่างๆ ให้เกิดความเรียบร้อยกลับเข้าสู่สภาพปกติ แต่ในคดี Canal สภาแห่งรัฐเห็นว่า พระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่ผ่านการลงประชามติ มีลักษณะไม่ต่างไปจากพระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครอง²⁷ จนกว่าจะมีพระราชบัญญัติอนุมัติเห็นชอบพระราชกำหนดนี้อีกครั้งหนึ่ง ฉะนั้นในคดีของ Canal จึงต้องตัดสินว่าพระราชกำหนดตามพระราชบัญญัติวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 1962 เป็นการกระทำที่มุ่งในทางปกครอง ดังนั้นจึงกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิ่งนี้สภาแห่งรัฐยอมรับว่าไม่อยู่ในอำนาจควบคุมของตนมีเพียง 3 ประการ

1. พระราชบัญญัติ
2. มาตรการที่โดยปกติอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติ แต่ใช้โดยประธานาธิบดีด้วยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16
3. มาตรการทางนิติบัญญัติในรูปพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจโดยอาศัยบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญมาตรา 92 ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นภายใน 4 เดือน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

ข. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลหรือองค์กรระหว่างประเทศ

ถือเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่อยู่นอกเหนือเขตอำนาจของศาลปกครอง คือจะเห็นได้ตลอดว่า ศาลปกครองสูงสุด ยังคงปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องของความสมบูรณ์หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เท่าที่ปรากฏ ศาลปกครองสูงสุดจะเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญา ก็เฉพาะกรณีที่เป็นปัญหา เกี่ยวพันไปถึงกฎหมายภายในของฝรั่งเศสเอง อย่างเช่น คดีเกี่ยวกับการเนรเทศคนอเมริกันออกจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับอเมริกา ค.ศ. 1909 ศาลปกครองสูงสุดได้

²⁷ C.E. federation nationale des syndicats de police. (1961). อ้างถึงในสุวิทย์ ตรีวิทยานุกูล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 20.

ยอมรับคำขอให้ถอนคำสั่งของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการใช้อำนาจเกินขอบเขต โดยให้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 ของฝรั่งเศสได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหนือกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาของศาลมิได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งพอจะสรุปประเภทการกระทำดังกล่าวได้ดังนี้

- การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำ หรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่าง ๆ²⁸ การที่ศาลปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล²⁹ การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

การที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกจากความสัมพันธ์ในทางการทูต หรือในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งได้แก่ มาตรการต่างๆ ที่เป็นการกระทำโดยอิสระที่แยกตัวออกจากต้นกำเนิดหรือแยกจากผลในทางระหว่างประเทศได้ในกรณีการที่กงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศคนคนหนึ่งออกจากประเทศดังกล่าวในฐานะที่เป็นบุคคลไม่พึงปรารถนา ซึ่งคำสั่งของกงสุลนี้สามารถแยกออกได้จากกิจกรรมอื่นๆ ของกงสุลที่มีฐานะทางการทูตได้ ดังนั้นจึงสามารถร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐได้ และกรณีพระราชกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยถือศาลเป็นการกระทำในทางปกครอง และศาลจะควบคุมว่าพฤติการณ์ของผู้ร้ายข้ามแดนมาปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไป โดยถูกต้องซึ่งหมายความว่า ศาลจะเข้าควบคุมฝ่ายบริหารในกรณีนั้นเอง อนึ่งมีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง โดยศาลจะถือว่าผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ ในกรณีการละเมิดสนธิสัญญา ซึ่งเท่ากับว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศหนึ่ง

- การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ

²⁸ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี General Oramat วันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 1926 และคดี Moraly วันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1969. อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 22.

²⁹ แหล่งเดิม.

การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือความคุ้มครองไม่เพียงพอ³⁰

- การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน³¹

- การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการของกิจการในต่างประเทศ เช่น คำสั่งในการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่ให้สถานีกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นไปรบกวนการกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ³²

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม (Les faits de guerre)

การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม (les faits de guerre) หมายถึง การปฏิบัติทางทหาร ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากแนวคำพิพากษาดูเหมือนจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุม เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างไร เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้³³

การกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ ในอดีตศาลมักถือว่าเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล และในกรณีที่รัฐบาลออกมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะปฏิเสธไม่ให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรูในระหว่างการสงคราม อย่างไรก็ตาม ในบางคดีสภาแห่งรัฐไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง เพียงอธิบายว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน และค่าเสียหายที่เกิดขึ้น จะฟ้องให้รับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อใดมีพระราชบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อให้สิทธิเรียกร้องในการชดเชยค่าเสียหายในการสงครามได้ เช่น ในคดีที่เรือพาณิชย์ของอิตาลี ได้ถูกเรือรบของฝรั่งเศสหยุดและตรวจค้นในทะเลหลวง ในระหว่างสงครามแอลจีเรีย ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า สถานะดังกล่าวเทียบได้กับสถานะสงคราม และจะเรียกค่าเสียหายทดแทนไม่ได้ ในปัจจุบันศาลนี้ได้พยายามตรวจสอบในเรื่องเหล่านี้มากขึ้น โดยมีศาลจะไม่รับฟ้องในทุกกรณี แต่ศาลจะพิจารณาในเนื้อหาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นๆ มี

³⁰ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Corbin วันที่ 1 มิถุนายน ค.ศ. 1943. และคดี Lavigne วันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1973. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 21.

³¹ C.E. Geny. 9 มกราคม ค.ศ. 1952. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 22.

³² C.E. T.C. Radio diffusion française. 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 22.

³³ สุวิมล สังขพันธุ์. (2535). สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. หน้า 80.

ผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่ หรือว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับมาตรการทาง การทหารหรือไม่ ซึ่งถ้าไม่มีเนื้อหาในการกระทำเช่นนั้น ศาลก็จะเข้ามาควบคุม

ง. การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

อำนาจในการให้อภัยโทษ หรือลดโทษให้แก่นักโทษที่ดี ได้มีคำพิพากษาของ ศาลปกครองในที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะตรวจสอบการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี ว่าจะเป็ นการเหมาะสมถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ ไม่ใช่การใช้อำนาจในทางบริหาร แต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนี้ศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบการให้อภัยโทษ ของประธานาธิบดีได้เพราะเป็นเรื่องการกระทำผสม (L'Acte mixte) เนื่องจากการกระทำของ อำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาล ปกครอง³⁴

ในทุกวันนี้ หลัก “การกระทำทางรัฐบาล” จะมีขอบเขตที่แคบเข้าทุกที อาจ กล่าวได้ว่าเหลือเพียง 2 กรณีเท่านั้น กรณีหนึ่ง เป็นเรื่องของการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา อีกกรณีหนึ่ง เป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐหรือองค์กร ระหว่างประเทศ³⁵ ถึงกระนั้นก็ตาม นักวิชาการกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังคงเห็นว่า แม้ขอบเขตการกระทำ ทางรัฐบาลจะหดแคบลงเพียงใด แต่ในสังคมการเมืองที่มีความซับซ้อนและเต็มไปด้วยกิจกรรมทาง การเมืองต่างๆ มากมายเช่นนี้ย่อมต้องมีการกระทำที่สำคัญ ที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ที่ไม่ควรจะถูกจำกัด โดยกฎหมาย ดังเมื่อไม่นานมานี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาคดีเกี่ยวกับ การกระทำทางรัฐบาล โดยตัดสินว่า การใช้อำนาจดุลพินิจของรัฐมนตรี กระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งสั่ง ให้นักศึกษาชาวอิรักทั้งที่ลงทะเบียนและไม่ลงทะเบียนเรียนในมหาวิทยาลัยต่างๆ ในฝรั่งเศสช่วง เกิดวิกฤตการณ์อ่าวเปอร์เซียไม่ได้รับการปฏิบัติทางด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการสั่งไม่ ชอบ³⁶

เรื่องมีอยู่ว่า เมื่อวันที่ 24 กันยายน ค.ศ. 1990 หลังกาจากอิรักบุกคูเวต ประมาณ 7 สัปดาห์ รัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการฝรั่งเศส ได้มีหนังสือเวียนให้สถานศึกษาต่างๆ ระงับการ ติดต่อกับความร่วมมือทางด้านวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีแก่อิรักทุกรูปแบบ แต่ขั้นตอนต่างๆ ไม่ ต่อเนื่องกัน เพราะไม่ปรากฏว่า มีนักศึกษาอิรักลงทะเบียนเรียนในมหาวิทยาลัยของฝรั่งเศส ในช่วง

³⁴ โภคิน พลกุล. (2532). “คดีปกครองฝรั่งเศส.” เอกสารสัมมนาการทางวิชาการเรื่องการจัดตั้งองค์กร ชีขาดข้อพิพาททางปกครอง. หน้า 30.

³⁵ L.Naville Brown & J.F Gardner. (1983). **French Administrative Law.** p. 103.

³⁶ Roger Errera. (1992). **Recent Decisions of the French Conseil d' Etat public law.** pp. 194-195. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 142.

ปี 1990-1991 หรือแม้ก่อนหน้านี้อาจเคยมีผู้ลงทะเบียนมาแล้ว แต่ทว่าในช่วงปี 1990-1991 ก็ไม่ได้ลงทะเบียนอีก มาตรการดังกล่าวไม่ได้ใช้บังคับกับผู้เข้าเมืองชาวอิรักในฐานะผู้ลี้ภัยอื่นๆ จนกระทั่งวันที่ 18 ตุลาคม ปีเดียวกันก็ได้มีหนังสือเวียนฉบับที่สองออกมาแทนที่ฉบับแรก และได้อนุญาตให้นักศึกษาชาวอิรักลงทะเบียนเรียนในมหาวิทยาลัยของฝรั่งเศสได้ จึงมีสมาคมเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนสองสมาคมยื่นคำร้องต่อศาลปกครองสูงสุด ขอให้เพิกถอนคำสั่งตามหนังสือเวียนฉบับแรก

มีข้อสงสัยกันว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในการสั่งการโดยการออกหนังสือเวียนดังกล่าวของรัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการฝรั่งเศส จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งหนังสือเวียนฉบับนั้นก็มีเนื้อหาใจความที่เป็นการแบ่งแยกเชื้อชาติ ซึ่งถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย เพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้ แต่ก็มีคำถามว่า ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดในกรณีนี้หรือไม่ หรือการออกหนังสือเวียนเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่งที่จะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล ซึ่งตามขอบเขตการพิจารณานั้นถือว่าการกระทำทางรัฐบาลอาจแบ่งได้หลักๆ 2 ประเภทคือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ การยอมรับหลักที่ว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำใดๆ ของรัฐบาล มีผลทำให้การกระทำนั้นๆ หลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาล และถือว่าเป็นข้อจำกัดของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงเหตุผลที่ว่า ทำไมกฎหมายเฉพาะจึงต้องเข้มงวดต่อการกำหนดขอบเขตของความคิดนี้ โดยผ่านทางทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่สามารถเพิกถอนได้ (Acte detachable)

Roger Errera³⁷ เห็นว่า การกระทำทั้งหลายของรัฐบาล เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ หรือองค์กรระหว่างประเทศ ย่อมไม่ใช่เรื่องที่จะต้องตัดสินชี้ขาดกันในด้านความยุติธรรมทางศาล เช่นการเจรจาและการให้สัตยาบันสนธิสัญญา การปฏิเสธที่จะเข้าไปแทรกแซงกิจการของรัฐบาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง เพื่อปกป้องประชาชนชาติอื่นตามที่มีการร้องขอ เป็นต้น แม้แต่การกระทำต่างๆ ของฝรั่งเศสเองดังต่อไปนี้ ก็ถือว่า อาจยกเลิก เพิกถอนได้ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนฝรั่งเศส ซึ่งได้รับความเสียหายภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศเดือนมีนาคม ค.ศ. 1964 อำนาจเกี่ยวกับการก่อสร้างสถานทูตต่างประเทศ (ธันวาคม 1978) อำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการส่งอุปกรณ์นิวเคลียร์ไปยังประเทศปากีสถาน (กุมภาพันธ์ 1988)

มีข้อสงสัยกันว่า โดยสภาพแวดล้อมแล้ว การตัดสินใจของรัฐมนตรีย่อมไม่อาจแบ่งแยกได้ จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

³⁷ Roger Errera. (1992). *Recent Decisions of the French Conseil d' Etat public law.* pp. 194-195.

อ้างอิงใน สารัช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 142.

ดังเช่น คำประกาศของกลุ่มประเทศประชาคมยุโรป เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม ค.ศ. 1990 ที่กล่าวถึงการให้ความช่วยเหลือทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแก่ประเทศอิรัก และที่สำคัญก็คือในวันที่ 18 สิงหาคม นั้นเอง อิรักได้รับการจับกุมชาวยุโรปเป็นตัวประกัน จนกระทั่งวันที่ 22 ตุลาคม ตัวประกันชาวฝรั่งเศสได้รับการปล่อยตัวออกมาจากดินแดนของประเทศอิรัก ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการแห่งรัฐเห็นว่า การพิจารณาตัดสินหรือใช้ดุลพินิจใดๆ ย่อมอาจเพิกถอนได้ จึงกล่าวได้ว่า “ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏว่า หนังสือเวียนฉบับที่ สอง ลงวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1990 และการที่ตัวประกันชาวฝรั่งเศสได้รับการปล่อยตัวออกมาเป็นอิสระ ในวันที่ 22 ตุลาคม ปีเดียวกันนั้น ย่อมไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นโดยบังเอิญ

3.2 ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ

หลักการกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศอังกฤษนั้นสามารถที่จะอธิบายเทียบเคียงได้กับหลักที่ว่าด้วย การกระทำทางรัฐบาลประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่นการประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ การดำเนินการทางการทูต เป็นต้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารเหล่านี้ ไม่อาจที่จะถูกควบคุมตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจนั้นๆ จากศาลได้ เช่นเดียวกับหลักการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

1) แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

โดยหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ มีพื้นฐานเกิดจากการมีวิวัฒนาการมาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) และศาลอังกฤษได้ตัดสินวางหลักการนี้เพื่อจำกัดตัวเองในการใช้อำนาจควบคุมฝ่ายบริหารในกิจการเหล่านี้ ดังนั้นก่อนที่จะได้ทำการศึกษาถึงหลักการกระทำของรัฐ ซึ่งจำเป็นต้องกล่าวถึง แนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายและการปกครองของอังกฤษในเบื้องต้นเสียก่อน ซึ่งถือเป็นพัฒนาการเริ่มต้นของหลักการกระทำของรัฐนั่นเอง

(1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative)

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นี้เป็นจุดเริ่มของสถาบันหลักทุกสถาบันของระบบการปกครองอังกฤษเรื่อยมา สถาบันหลักที่ก่อตั้งมาโดยพระราชอำนาจนี้ก็คือ สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจ นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ผ่านองค์กรแห่งนี้ทั้งสิ้น ต่อมาคณะกรรมการต่างๆ ขององค์กรนี้ก็เริ่มแยกทำงานเป็นเอกเทศเช่นในส่วนของการขอความยินยอมในการเก็บภาษีก็ดี การตรากฎหมายก็ดี ก็เป็นอำนาจของสภา (Parliament) ที่จะยินยอมหรือเห็นชอบตามที่พระมหากษัตริย์ทรงร้องขอ ด้วยเหตุนี้ การเรียกประชุมรัฐสภา การเปิดปิดประชุมรัฐสภา และการยุบสภา จึงจะเป็นอำนาจของพระราชอำนาจของกษัตริย์ มาแต่โบราณ

การเรือยมาตราบททุกวันนี้³⁸ การไม่ไว้วางใจอำนาจบริหารที่มีมากเกินไป โดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์อังกฤษ ตลอดระยะเวลาอันยาวนานนั้นพระมหากษัตริย์อังกฤษซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหาร ทรงพยายามจะขยายพระราชอำนาจ แต่ไม่เคยทรงประสบผลสำเร็จด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายและระบบการเมืองของประเทศอังกฤษ จึงไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากนัก จึงเกิดหลักที่ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นจะมีอยู่ (Exist) และมีขอบเขต (Ambit) เฉพาะที่คอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลยุติธรรมรับรองเท่านั้น ไม่ใช่อำนาจตามพระราชกฤษฎีกาประการหนึ่ง และถือกันว่าถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดหรือยกเลิกพระราชอำนาจดังกล่าวโดยชัดแจ้ง ก็ย่อมจะกระทำได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา อีกประการหนึ่ง ดังนั้น (Dicey) จึงให้คำนิยามไว้ว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงเป็นสิ่งที่เหลืออยู่ของอำนาจดุลพินิจหรืออำเภอใจ” กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เหลืออยู่จากการที่ศาลยุติธรรมและรัฐสภายอมรับให้มีอยู่³⁹ ถึงแม้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จะเป็นสิ่งที่ “เหลืออยู่” ก็ตาม แต่หากศาลและรัฐสภาไม่ได้กำหนดขอบเขตและวิธีใช้พระราชอำนาจไว้เป็นพิเศษ พระราชอำนาจนั้นๆ ก็เป็นดุลพินิจ (Absolute discretion) หรือ เรียกว่า อำนาจตามอำเภอใจนั่นเองกล่าวคือ ศาลจะไม่เข้าไปก้าวก้าว ควบคุมการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเลย พระราชอำนาจดังกล่าวของ พระมหากษัตริย์อังกฤษใช้อยู่ใน 3 ขอบเขตที่สำคัญ คือ พระราชอำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนิติบัญญัติและบริหาร อาทิ พระราชอำนาจแต่งตั้ง และถอดถอนนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี พระราชอำนาจเรียกประชุมสภา เปิดสภา ปิดสภา และยุบสภาและพระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธย ในร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่โบราณพระราชอำนาจที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร และการปกครองอาณานิคม ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดเรื่อง การกระทำของรัฐ (Act of State) ในหลักกฎหมายอังกฤษในเวลาดต่อมา พระราชอำนาจในทางปกครองรวมถึงสิทธิ และความคุ้มกันที่คอมมอนลอว์ให้ไว้กับพระมหากษัตริย์ และข้าราชการทั้งหมด เช่นหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะกระทำผิดไม่ได้” (The King can do no wrong) ซึ่งห้ามฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ หรือหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงผูกพันโดยกฎหมายของรัฐสภาเว้นแต่กฎหมายนั้นมิมีข้อกำหนดชัดแจ้ง” นอกจากนั้นคอมมอนลอว์ยังยอมรับอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎอัยการศึก (Martial law) และเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการซึ่งตามหลักคอมมอนลอว์ ถือว่าขึ้นตรงต่อราชบัลลังก์เพราะเป็นผู้รับใช้ราชบัลลังก์

³⁸ สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2528). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 43.

³⁹ De Smith. (1978). *Constitutional and Administrative law*. pp. 113-116. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2528). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 44.

อย่างไรก็ดีแต่ในทางปฏิบัติในความเป็นจริง พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ถูกจำกัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the constitution) ซึ่งเป็นหลักที่หัวใจของธรรมเนียมปฏิบัติโดยหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจก็เฉพาะเมื่อโดยคำแนะนำและความยินยอมของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางการเมืองโดยตรงต่อสภาเท่านั้น

2) หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament)

หลักอำนาจสูงสุดของนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา (The legislative supremacy of Parliament) มักใช้กันในทางที่หมายถึง อำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Parliamentary Supremacy) หรือ อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา (Parliamentary Sovereignty) คำว่า “อำนาจอธิปไตย” (Sovereignty) เป็นคำที่มีความหมายกว้าง และอาจทำให้เกิดการเข้าใจผิดได้ง่าย โดยเฉพาะเมื่อใช้ในความหมายของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเมื่อได้ใช้ในความหมายทางการเมือง ดังนั้น เมื่อพูดถึงอำนาจอธิปไตย ที่เกี่ยวกับความคิดหรือหลักในกฎหมาย โดยเฉพาะในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงต้องกล่าวให้ชัดเจนว่า อำนาจอธิปไตยเกี่ยวกับการนิติบัญญัติเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐสภา⁴⁰ สำหรับไดซี (Dicey) และนักคิดอื่นๆ ต่างมุ่งที่จะหมายถึงอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา แต่ก็มีหลายคนที่ไม่เห็นด้วย การอภิปรายโต้แย้งกันในเรื่องนี้นับว่าสนใจ แต่ในการกล่าวว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็น (อำนาจ) สูงสุดของการกระทำของรัฐสภา (The legislative supremacy of Parliament) ก็ต้องมีการชี้ชัดลงไปว่าการกระทำของรัฐสภาเป็นสูงสุด (Act of Parliament that are supreme)⁴¹ โดยที่รัฐสภานั้น หมายถึง การที่พระมหากษัตริย์ ทรงกระทำการ โดยผ่านทางสภาสามัญและสภาขุนนาง ตามพระราชบัญญัติรัฐสภา (Parliament Acts 1911-1944) ซึ่งไม่มีข้อจำกัดใดๆ สำหรับการออกกฎหมายผูกมัดอำนาจอื่นทั้งหมดหรือบังคับให้ต้องกระทำการอย่างมีเงื่อนไขต่างๆ ตามอำเภอใจได้ ดังนั้นเมื่อมีการนำหลักการเรื่องนี้ขึ้นพิจารณาในชั้นศาล ย่อมแสดงให้เห็นถึงความไม่บริสุทธิ์ในทางกฎหมายของการก่อตั้ง และสะท้อนให้เห็นถึงความเป็นจริงทางการเมือง และในทางรัฐธรรมนูญว่าศาลได้ยอมรับอำนาจพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนี้ของรัฐสภา⁴² เป็นธรรมดาไปแล้วกับการกล่าวว่า รัฐสภาสามารถกระทำสิ่งใดก็ได้ตามที่รัฐสภามุ่งประสงค์จะกระทำ อันเป็นสิ่งที่เรียก

⁴⁰ Michael J. Allen, Brian Thomson and Bernardette Walsh. (1992). **Cases and Materials on Constitutional & Administrative Law.** p. 41. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 145.

⁴¹ John Marston and Richard Ward. (1993). **Cases and Commentary on Constitutional and Administrative Law.** p. 4. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 147.

⁴² John Marston and Richard Ward. (1993). **Cases and Commentary on Constitutional and Administrative Law.** p. 4. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 147.

ขานกันว่าเป็นสิ่ง “สูงสุด” ในแง่ของกฎหมายอาจเป็นจริงและดูเหมือนจะเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษที่เดียว ถ้าจะมีจำกัดเกี่ยวกับเรื่องนี้ หาใช่ข้อจำกัดด้านกฎหมายไม่ แต่เป็นเรื่องทางออกทางการเมืองมากกว่า⁴³

ถึงแม้ว่ากฎหมายปกครองประเทศอังกฤษจะพัฒนามาน้อยมากในทางด้านทฤษฎีเมื่อเทียบกับฝรั่งเศส แต่ปรากฏการณ์ในการปกครองหรือทางด้านการเมืองนั้น อังกฤษก็มีเวลาในการพัฒนาไม่ยิ่งหย่อนกว่าประเทศอื่นๆ ในยุโรป ในสมัยเดิมนั้นอังกฤษมีการปกครองประเทศโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เช่นเดียวกันกับในสมัยปัจจุบันพระมหากษัตริย์ ทรงมีอำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เรียกได้ว่ากษัตริย์ในสมัยนั้น ยังมีอำนาจเด็ดขาดในการปกครอง แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วจะมีสภาที่ปรึกษาษัตริย์ เช่นสภาวิตัน (Witan) หรือสภาแมกนัมคอนซิลล์มคอยให้คำปรึกษาแก่กษัตริย์ของอังกฤษ แต่คำแนะนำของสภาที่ปรึกษานั้นกษัตริย์จะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าในขณะที่กษัตริย์องค์ใดเข้มแข็งก็ไม่ค่อยฟังหรือ เชื่อคำแนะนำของสภา ต่อมาความเด็ดขาดของกษัตริย์ก็ค่อยลดลง เนื่องมาจากการพยายามจำกัดอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์โดยบรรดาขุนนาง และพระหลายครั้งเช่น

การบังคับให้พระเจ้าจอห์นเซ็นเอกสารสำคัญที่เรียกว่า แมกนาคาร์ตา (Magna carta) ได้สำเร็จ⁴⁴ ในปี ค.ศ. 1215 เนื่องจากพระเจ้าจอห์นกดขี่ข่มเหงประชาชน โดยการเก็บเงินกับราษฎรมากขึ้น ถ้าผู้ใดขัดขวางหรือไม่เห็นด้วยก็ใช้วิธีรุนแรง ในแมกนาคาร์ตา ผู้ก่อกบฏให้กษัตริย์เคารพต่อสิทธิของประชาชน โดยรับรองว่าจะไม่จับกุมหรือลงโทษราษฎรจนกว่าจะมีคำตัดสินของผู้พิพากษาว่ามีความผิดตามกฎหมายของประเทศ และการเก็บภาษีอากรจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภานอกจากนั้นยังได้จัดตั้งบารอน 25 คนเพื่อคอยควบคุมกษัตริย์ปฏิบัติตามสัญญาอีกด้วย

การบังคับให้พระเจ้าชาลส์ที่ 1 เซ็นเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า The Petition of Right ในปี ค.ศ. 1628 ซึ่งมีข้อความคล้ายคลึงกับ แมกนาคาร์ตา คือห้ามเก็บภาษีโดยไม่ได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ห้ามใช้กฏอัยการศึกในยามปกติ ห้ามจำคุกบุคคลโดยไม่มีเหตุอันชอบธรรม การที่รัฐสภาบังคับให้พระเจ้าเจมส์ที่ 2 ออกจากราชบัลลังก์และเชิญพระนางแมรีกับเจ้าชายวิลเลียมครองราชย์แทน โดยให้พระนางลงปรมาภิไธยในเอกสารที่เรียกว่า The Bill of Right 1689 ซึ่งเป็นข้อยุติการขัดแย้งระหว่างกษัตริย์ กับรัฐสภา ที่ดำเนินมาเป็นเวลานาน เอกสารฉบับนี้ระบุว่าการออก

⁴³ D.M.C. Yardley. (1984). **Introduction to British Constitutional Law.** pp. 31-32.

⁴⁴ มีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ การเก็บภาษีจะต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา และการผูกพันให้พระมหากษัตริย์เคารพต่อสิทธิของราษฎร โดยรับรองว่าจะไม่จับกุมหรือลงโทษราษฎร จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ามีความผิดตามกฎหมายของประเทศ อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). **การควบคุมการกระทำของรัฐบาล.** หน้า 148.

กฎหมายบังคับราษฎรเป็นหน้าที่ของรัฐสภา กษัตริย์จะขึ้นภาษีหรือบังคับเก็บภาษีโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาไม่ได้

เมื่อมีการตรากฎหมาย The Act of Settlement 1700 อันเป็นการทำให้อำนาจของรัฐสภาเหนือกษัตริย์ปรากฏชัดขึ้น กฎหมายนี้ตราเพื่อเปลี่ยนแปลงระเบียบการสืบสันตราชวงศ์ของอังกฤษ ดังที่เราพิจารณาตั้งแต่ต้นแล้วว่า แต่เดิมพระมหากษัตริย์ของอังกฤษมีอำนาจเด็ดขาดพระมหากษัตริย์เป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง พระมหากษัตริย์มีอำนาจออกคำสั่ง หรือใช้กำลังบังคับแก่เอกชน หากฝ่าฝืนคำสั่ง อันถือได้ว่าเป็นกฎหมายก็เพราะว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย ครั้นกษัตริย์ของอังกฤษค่อยๆ ถูกลดอำนาจลง อำนาจต่างๆ ในการกระทำเช่นนั้นก็มาตกอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐสภาไป ทั้งต่อมาพระมหากษัตริย์ก็ได้ทรงมีอำนาจในทางปกครองในฐานะฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองอีกต่อไป พระมหากษัตริย์กลายเป็นสัญลักษณ์ในการปกครองประเทศไปและอยู่ภายใต้หลักที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) เพราะกฎหมายกำหนดเช่นนั้น เช่น การให้มีบุคคลลงนามสนองพระบรมโองการ เป็นต้น

หลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา เองก็เกิดขึ้นภายหลัง ค.ศ. 1688 ตามหลักที่ว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนย่อมมีอำนาจสูงสุดในการตรา หรือไม่ตรากฎหมายใด หรือไม่ก็ได้ และเมื่อมีการตรากฎหมายแล้ว ไม่มีศาลใดตัดสินหรือกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศอย่างในประเทศอื่นๆ จึงไม่มีสิ่งใดจำกัดอำนาจของรัฐสภาได้⁴⁵

ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในอังกฤษนั้น หากไม่มีกฎหมายคอมมอนลอว์รองรับอำนาจหรือไม่มีอำนาจซึ่งมีฐานะพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ ข้าราชการอังกฤษจะไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เลย เว้นแต่จะมีพระราช บัญญัติที่ตราโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างใด ก็มักเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสภาเพื่อขออำนาจ และเมื่อรัฐสภาตราพระราชบัญญัติก็มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) หรืออีกชื่อหนึ่งเรียกว่ากฎหมายที่ได้รับมอบอำนาจ (Delegate legislation) กำหนดการทั้งหลายที่จำเป็นได้ในรูปพระราช บัญญัติที่ออกโดยความเห็นชอบของสภาองคมนตรีที่เรียกสั้นๆ ว่า พระราชกฤษฎีกาในสภาองคมนตรี (Order in court)

⁴⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536, มกราคม). “ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ.” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 14, ฉบับที่ 2. หน้า 16-17.

บ้างออกเป็นกฎกระทรวง (Order) หรือแนวทาง (Scheme) แต่สิ่งทั้งหมดนี้เรียกรวมกันว่า (Statutory instrument)⁴⁶

ตามหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภานี้ แสดงให้เห็นถึงการมีอำนาจสิ้นพันหาที่สุดมิได้ของรัฐสภาเพราะรัฐสภาของประเทศอังกฤษนั้น มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาด อย่างยากที่จะหาที่ใดเสมอเหมือนได้ ดังที่ เดอลอร์ม (Delorm) ได้อธิบายสรุปไว้ในทำนองประชดประชันว่า นักกฎหมายอังกฤษพึงระลึกไว้เถิดว่ารัฐสภาอังกฤษมีอำนาจบัลลังก์ได้สารพัดในปฐพี จะมีก็แต่ข้อยกเว้นแต่การเปลี่ยนหญิงให้เป็นชาย หรือการเปลี่ยนชายให้เป็นหญิงเท่านั้น เพราะฉะนั้น รัฐสภาจึงมีอำนาจควบคุมทุกสิ่งทุกอย่าง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายธรรมดาตามบังคับใช้ การร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁴⁷

3) การจำกัดและควบคุมอำนาจบริหาร

อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาอังกฤษนั้น ในทางทฤษฎีไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด และอำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นอำนาจของราชบัลลังก์ (The Crown) รัฐมนตรี กระทรวง กรม รัฐมนตรี และองค์กรปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีคอมมอนลอว์ รับรองไว้แล้วก็ต้องได้รับอำนาจจากรัฐสภาทั้งสิ้นจึงจะดำเนินการได้ โดยเฉพาะในส่วนที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพ ประชาชน ทั้งนี้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติที่รัฐตราขึ้นจึงเป็นกฎหมายแม่บท ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจฝ่ายบริหาร และศาลใดจะควบคุมพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ ส่วนกฎหมายที่รัฐสภามอบให้ฝ่ายบริหารตราขึ้น เพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติ จึงถือว่าเป็นเสมือนกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ที่ได้รับมอบอำนาจจาก (Delegate legislation) ซึ่งศาลสามารถควบคุมกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ไม่ให้ออกเกินอำนาจ ที่กฎหมายแม่บทมอบมาให้ นอกจากนั้น หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาแต่เดิม ก็อาจใช้พระราชอำนาจออกกฎหมายลำดับรองเช่นกัน แต่กฎหมายนั้นจะขัดกับคอมมอนลอว์ เพราะพระราชบัญญัติที่รัฐสภตราขึ้นไม่ได้ หากเกินอำนาจ ศาลก็อาจควบคุม

(1) การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาลยุติธรรม

ประเทศอังกฤษมีประวัติศาสตร์ที่เข้มข้นขึ้นกับการก่อตั้งศาลพิเศษและใช้กฎหมายพิเศษดังนั้นจึงปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะให้มีศาลปกครองขึ้นอย่างในประเทศยุโรป และปฏิเสธที่จะใช้หลักกฎหมายพิเศษด้วย คดีที่เอกชนฟ้องร้องข้าราชการ หรือฝ่ายปกครอง จึงต้องขึ้นศาลยุติธรรม

⁴⁶ รัฐสภาอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมกฎหมายลำดับรอง ซึ่งออกมาในปี ค.ศ. 1946 เรียกว่า Statutory Instruments act 1946.

⁴⁷ ปัญญา สุชีวะ. (2530). การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน: ศึกษาเฉพาะกรณี พ.ศ. 2526-2529. หน้า 19.

และใช้กฎหมายธรรมดาไปบังคับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน เหมือนกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ด้วยเหตุนี้ ไคซี จึงได้อธิบายถึงการจำกัดอำนาจบริหารโดยกฎหมายธรรมดาและศาลยุติธรรมในหนังสือของเขาชื่อ An introduction to the study of the law of constitution เกี่ยวกับหลักนิติธรรม (The Rule of law) ไว้ว่า หลักนิติธรรมซึ่งเป็นหัวใจของระบบกฎหมายและศาลอังกฤษนั้นประกอบด้วยหลักการใหญ่ 3 หลักคือ ประการแรก ทุกคนไม่ว่าจะเป็นเอกชนข้าราชการหรือรัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมายธรรมดาของแผ่นดินเสมอเหมือนกัน ประการที่สอง รัฐธรรมนูญอังกฤษมีที่มาจากกฎหมายธรรมดาของแผ่นดินที่ว่านั้น และได้เป็นหลักคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจที่มิชอบ และประการสุดท้าย เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นทุกคน ไม่ว่าจะเป็นประชาชน รัฐมนตรี ข้าราชการก็ต้องขึ้นศาลยุติธรรมเสมอกันและศาลยุติธรรมก็ใช้กฎหมายธรรมดาของแผ่นดินอันได้แก่คอมมอนลอว์และพระราชบัญญัติของรัฐสภาตัดสินเหมือนกัน

กฎหมายปกครองอังกฤษมิได้แยกตัวออกมาเป็นสาขากฎหมายต่างหากจากระบบกฎหมายทั่วประเทศ ซึ่งต่างกับในประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีระบบกฎหมายปกครอง แยกไว้สำหรับบังคับใช้กับปัญหาด้านปกครองโดยเฉพาะนอกจากนี้อังกฤษยังไม่มีองค์กรหรือวิธีการเฉพาะสำหรับควบคุม หรือตรวจสอบฝ่ายปกครองเป็นการทั่วไปเหมือนอย่างฝรั่งเศส ซึ่งประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำหรือการใช้อำนาจโดยมิชอบของฝ่ายปกครองเกือบทุกรูปแบบ สามารถร้องขอรับการเยียวยาได้จากศาลปกครองชั้นต้น และศาลปกครองชั้นสูง อย่างไรก็ตามกฎหมายปกครองของอังกฤษได้พยายามที่จะจัดประเภทความเดือดร้อนของประชาชนที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครองไว้ให้ชัดเจนว่า ความเดือดร้อนประเภทใดบ้างที่ได้รับการเยียวยา และมีวิธีการเพื่อให้ได้รับการเยียวยาอย่างไร ซึ่งผู้ได้รับความเดือดร้อนอาจจะต้องไปดำเนินคดีฟ้องร้องต่อศาลยุติธรรม (The Ordinary court of law)

(2) อุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองต่อศาล ตามที่กฎหมายลายลักษณ์บัญญัติให้สิทธิไว้ (Statutory Appeal)

อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าปกติแล้วการกระทำ หรือควมเห็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลเสมอ เว้นแต่จะเป็นการกระทำตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่อย่างไรก็ตามได้มีข้อยกเว้นจากเขตอำนาจศาลอีกประการหนึ่งที่ศาลอังกฤษได้ตัดสินว่ามีการกระทำลักษณะหนึ่งที่ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำ หรือตัดสินใจของฝ่ายบริหารได้ ซึ่งนั่นก็คือ หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) นั่นเอง อันได้แก่ การกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่นการประกาศสงคราม

และการทำสัญญาสงบศึก การทำสัญญา การรับรองรัฐและรัฐบาล⁴⁸ เป็นต้น ดังนั้นการกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อาจนำขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลอังกฤษได้

4) แนวความคิดเรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State)

การกระทำของรัฐ (Act of State) หมายถึง การกระทำที่ได้รับมอบหมายจากอำนาจสูงสุดของประเทศ ซึ่งไม่อาจโต้แย้งหรือคัดค้านในศาลได้หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึง การกระทำโดยอาศัยอำนาจพิเศษที่ไม่มีในบุคคลธรรมดา⁴⁹ โดยอำนาจพิเศษที่ไม่มีในบุคคลธรรมดานั้น หมายถึง พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) นั่นเอง⁵⁰

หลักการว่าด้วยการกระทำของรัฐ มีความหมายหลายนัย ในความหมายอย่างกว้างที่สุด เป็นการอธิบายถึงการกระทำโดยใช้อำนาจอธิปไตย ในความหมายที่แคบเข้ามาเป็นการอธิบายถึงการกระทำโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ และอย่างแคบที่สุด เป็นการอธิบายในแง่ของการปฏิบัติกร ในแง่นี้เองที่การกระทำของรัฐมีขอบเขตที่แตกต่างไปจากการกระทำโดยอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพราะการกระทำโดยอาศัยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้น สามารถยืนยันได้ในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายและเป็นอำนาจที่ไม่จำกัดหรือมีขอบเขตที่แน่นอน ดังตัวอย่างคดี Nissan v. Attorney General⁵¹ แต่เป็นปัญหาทางศาลที่จะต้องหาทางอธิบายให้ได้ว่า พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษมีขอบเขตแห่งอำนาจที่จะสามารถกระทำการได้เพียงใด ดังนั้นในเรื่องการกระทำของรัฐ จึงกล่าวได้ว่าเป็นเรื่องของการกระทำตามอำนาจซึ่งเป็นไปได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย และศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ดังที่ ลอร์ด เพียร์สัน (Lord Pearson) ได้กล่าวสรุปไว้ในคดี Nissan v. Attorney General ว่า “The court does not come to any decision as to the legality or illegality or the rightness

⁴⁸ Nedjati. (1980). **Zaim M. and J.E Trici. English and Continental System of Administrative Law.** p. 79. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). **การกระทำของรัฐบาล.** หน้า 53.

⁴⁹ E.R.Hardy Ivamy. (1988). **Mozley &Whiteley Law Dictionary.** p. 8. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). **การควบคุมการกระทำของรัฐบาล.** หน้า 151.

⁵⁰ Mozley &Whiteley. (1988). **Law Dictionary** ได้ให้ความหมายของ (Royal Prerogative) ไว้ว่า หมายถึงอำนาจพิเศษที่มีมาก่อน และอยู่เหนืออำนาจอื่นใด เป็นสิทธิพิเศษที่มีเฉพาะแต่ในองค์พระมหากษัตริย์หรือรัฐอยู่ในฐานะที่อยู่เหนือราษฎรทั้งหมด เป็นความชอบที่เป็นอิสระทั้งในทางนิติบัญญัติและทางตุลาการ อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). **การควบคุมการกระทำของรัฐบาล.** หน้า 151.

⁵¹ Nissan v. Attorney-General. (1970). Ac179. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). **การกระทำของรัฐบาล.** หน้า 64.

or wrongness of the act complained of: the decision is that because it was an act of state the court has no jurisdiction to entertain a claim in respect of it.”⁵²

การกระทำของรัฐ ในความหมายอย่างกว้างที่สุดเป็นความหมายที่ศาลออสเตรเลียวางไว้คือ “การกระทำของรัฐหมายถึงการกระทำใดๆ ของรัฐ ที่เป็นการบริหารอำนาจอธิปไตย” ดังนั้นในความหมายนี้ จะครอบคลุมทั้งการกระทำในทางบริหาร การกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางตุลาการ ซึ่งรวมถึง พระราชกฤษฎีกาเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ด้วยไม่ใช่เป็นการใช้ในแง่ความหมายการแฝงเล่ห์อุบายใดๆ

คำจำกัดความของ “การกระทำของรัฐ” (Act of State) ที่รู้จักกันว่ามีความหมายที่ดีที่สุดและเหมาะสมที่สุด คือคำจำกัดความของศาสตราจารย์ E.C.S.Wade ที่ว่า “การกระทำของรัฐ หมายถึงการกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องของนโยบาย ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อสร้างความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ โดยรวมถึงความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ โดยรวมถึงความสัมพันธ์กับในชาตินั้นๆ ด้วย เว้นแต่ คนในชาตินั้นจะอยู่ในอาณัติแห่งความภักดีใน พระมหากษัตริย์ (The Crown) หรือรัฐบาลเป็นการชั่วคราว (Act of state means an act of the executive as a matter of policy Performed in the course of its relations with another state, including relations with the subjects of that state, unless they are temporarily within the allegiance of the crown). คำจำกัดความนี้ได้ถูกรวบรวมไว้ใน Hulsbury’s Law of England และได้รับการยอมรับเมื่อใช้ในการพิจารณาในศาลด้วย”⁵³

จากคำจำกัดความของศาสตราจารย์ E.C.S.Wade ดังกล่าวทำให้เห็นเป็นการกระทำของรัฐเป็นการกระทำในทางนโยบายของฝ่ายบริหารที่กระทำกับต่างประเทศเท่านั้นหรือ ทั้งๆ ขณะเดียวกัน การกระทำของรัฐบาลบางอย่างยังเป็นการกระทำตามพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เช่น การประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ ถ้าถือตามหลักที่ว่า การกระทำของรัฐที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบแล้ว การกระทำของรัฐที่เป็นการดำเนินการทางด้านการต่างประเทศศาลจะสามารถเข้าไป ตรวจสอบการกระทำนั้นได้หรือ แต่ปัญหานี้ก็ได้ข้อยุติว่า ศาลไม่มีความคิดที่จะเข้าไปแทรกแซงการกระทำของรัฐที่เป็นการดำเนินการระหว่างรัฐบาลต่อรัฐบาล⁵⁴

⁵² E.C.S. Wade and A.W. Bradley. (1987). **Constitutional and Administrative Law**. p. 316. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 155.

⁵³ E.C.S. Wade and A.W. Bradley. (1987). **Constitutional and Administrative Law**. p. 316. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 156.

⁵⁴ Brian Thompson. (1997). **Textbook on Constitutional & Administrative Law**. footnote 152. pp. 91-92. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 157.

นอกจากนั้น ยังมีผู้วิจารณ์ว่าคำว่า “การกระทำของรัฐ” (Act of State) มีความหมายกำกวม และอาจตีความได้เป็นสองนัย กล่าวคือ มีความกำกวมเพราะเมื่อใช้ในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศ เรามักจะตีความค่อนข้างเข้มงวด โดยเฉพาะเมื่อใช้ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับดินแดนอาณานิคม ทำให้ห่างไกลกับความหมายของการกระทำตามพระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์อังกฤษ คำอธิบายที่ดีที่สุดจะใช้เป็นคำจำกัดความของการกระทำของรัฐในแง่กฎหมายระหว่างประเทศ ดูเหมือนจะเป็นคำอธิบายของฟูลเลอร์ ซี.เจ (FULLER C.J.) ที่ว่า “รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองทุกรัฐ จะผูกมัดให้ต้องยอมรับความเป็นอิสระของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยอื่นๆ ด้วย และศาลของประเทศใดประเทศหนึ่งไม่อาจนั่งพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) ของประเทศอื่นที่เกิดขึ้นในดินแดนของประเทศตนได้ และที่ว่าอาจตีความได้สองนัย เมื่อนำไปใช้กับกระบวนการพิจารณาความของอังกฤษ จึงมีความหมายได้ทั้งอย่างแคบและอย่างกว้าง ในความหมายอย่างแคบ เป็นไปในทาง “ป้องกัน” (Defend) ว่าการกล่าวอ้างเป็นการกระทำของรัฐ สามารถยกขึ้นมาอ้างได้สำหรับข้าราชการที่อยู่ภายใต้รัฐบาลแห่งอังกฤษ ในลักษณะการกระทำที่เป็นอาญา หรือการละเมิดต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลในรัฐอื่นๆ ว่าการกระทำนั้น กระทำไปภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ หรือได้รับสัตยาบันจากรัฐบาล (The Crown) ในภายหลังก็ได้

ในความหมายอย่างกว้าง รวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเรื่องราวของรัฐ (Matters of State) เช่น การประกาศสงคราม ประกาศเสรีภาพ การผนวกดินแดน การปลดปล่อยดินแดนที่ยึดมาได้ให้เป็นอิสระ ผลสรุปของการทำสนธิสัญญา เป็นต้น ซึ่งไม่อาจเรียกร้องหรือบังคับรัฐบาลอังกฤษโดยการฟ้องร้องในศาลของอังกฤษเองได้⁵⁵ บางครั้งกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักการกระทำของรัฐก็ทำให้เกิดความสับสนต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ทั้งในแง่ของความหมายและการใช้ ซึ่งทำให้เกิดความสับสนต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษ ทั้งในแง่ความหมายและการใช้ ซึ่งทำให้มีการตีความแตกต่างกัน ไปมากมาย โดยเฉพาะหลักที่ว่า การกระทำของรัฐไม่อาจนำมาใช้เพื่อโต้แย้งกับการกระทำของคนในบังคับของอังกฤษคนใดคนหนึ่งได้ หรือยิ่งไปกว่านั้น ก็คือการกล่าวหาว่า ไม่มีการกระทำของรัฐเกิดขึ้นในระหว่างรัฐบาล กับบุคคลในบังคับของอังกฤษ ซึ่งเป็นการจำกัดขอบเขตของความสัมพันธ์ที่ไม่ชัดเจนหรือถูกต้องเสียทีเดียว

⁵⁵ L.L. Kato. (1969). “Act of state in a Protectorate in Retrospect.” **Public Law.** pp. 219-220. อ้างถึงใน สารัช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 158.

หากว่าการกระทำของรัฐนำไปฟ้องร้อง รัฐบาลจะต้องเข้าไปดำเนินการเพื่อแสดงให้เห็นศาลเห็นว่า การกระทำนั้นๆ เกิดจากคำสั่งของรัฐบาลเองดังนั้นคดี *Buron v. Denman* (1948)⁵⁶ ซึ่งทหารเรือนายหนึ่งแห่งราชนาวิกอังกฤษได้ละเมิดคำสั่งเกี่ยวกับการปราบปรามทาส โดยยิงปืนประจำไปยังบ้านของนายทาส และทำการปลดปล่อยทาสออกมา นายทาสได้ฟ้องข้อกล่าวหาว่า นายทหารแห่งราชนาวิกอังกฤษผู้นั้นกระทำละเมิด แต่การกระทำของทหารเรือ ดังกล่าว รัฐบาลอังกฤษได้ออกมาปกป้องว่าการกระทำของรัฐ ศาลจึงไม่รับฟ้อง แต่กระนั้นก็ตาม ศาลก็ยังถือว่าศาลมีความชอบธรรมที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ แต่ก็ไม่มีวิธีใดที่ชัดเจนที่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำเช่นไรเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บางที"การกระทำของรัฐ"เป็นเรื่องที่มีความเป็น "นโยบายชั้นสูง" แฝงอยู่ และเป็นการกระทำที่ฝ่ายบริหารยอมรับเป็นกรณีพิเศษว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ แต่ดูเหมือนว่าหลักดังกล่าวนี้ ไม่อาจนำไปใช้ในดินแดนที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ โดยเฉพาะผู้จงรักภักดีต่อราชบัลลังก์อังกฤษ รวมทั้งมิตรประเทศของอังกฤษ หรือคนชาติอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่ต่อสู้ของอังกฤษ ส่วนการชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐ ถือว่าเป็นส่วนของการเมืองที่จะต้องดำเนินการกันในระดับรัฐบาลต่อรัฐบาล⁵⁷

(1) ประเภทของการกระทำของรัฐ

ดังความหมายของการกระทำของรัฐที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจแยกการกระทำของรัฐออกได้เป็น 2 กรณี คือ การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐบาลต่างประเทศ ประการหนึ่ง กับ การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน

ก. การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐบาลต่างประเทศ

ในการอธิบายความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่ความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม และการสงบศึก รวมทั้งการทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่น และการให้การยอมรับรัฐบาลของต่างประเทศ⁵⁸ การกระทำทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจของศาลอังกฤษ ในความหมายที่ว่า ไม่มีใครตั้งคำถามใดๆ ได้ เพราะเป็นเรื่องที่มีใช่เรื่องของอำนาจตุลาการหรือไม่

⁵⁶ *Buron v. Denman*. (1948). Case. p. 167. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 158.

⁵⁷ Brian Thompson. (1997). **English and Continental System of Administrative Law**. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 158.

⁵⁸ Philips O.Hood and Jackson Paul. (1978). **Constitution and Administrative Law**. p. 279. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 56.

อาจใช้ความยุติธรรมมาตัดสินได้หรือเป็นสิ่งที่ประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้มีการบังคับซึ่งสิทธิใดๆจากอำนาจตุลาการได้

- การประกาศสงครามและการสงบศึก

การประกาศสงครามและการสงบศึก ทำให้มีผลกระทบต่อธุรกิจการค้าขายของพลเมือง ตลอดจนสิทธิตามสัญญากับบุคคลที่กลายสถานภาพเป็นบุคคลที่มีลักษณะเป็นข้าศึกศัตรู ซึ่งถือเป็นหลักการกระทำของรัฐ ลักษณะหนึ่ง โดย Lord Coleridge C.J ได้อธิบายว่า “การทำสงครามและการสร้างสันติภาพหรือการสงบศึกนั้นเป็นการกระทำขั้นสูงสุดของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์”⁵⁹ (The highest act of the prerogative of the crown) การเปลี่ยนแปลงทางสถานภาพของประเทศให้กลายเป็นรัฐข้าศึกศัตรูนั้น ศาลต้องยอมรับการตัดสินใจของฝ่ายบริหารงาน โดยกระทรวงการต่างประเทศ ว่าสถานการณ์และเหตุผลประการใดที่ฝ่ายบริหารจะต้องประกาศสงคราม หรือสงบศึกกับประเทศอื่นๆ ดังเช่นในคดี in R.V Bottrill, exp. Kuechenmeister

- การรับรองความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ

ในการรับรองอำนาจอธิปไตย หรือการยอมรับรัฐหรือการรับรองรัฐบาลต่างประเทศนั้น อาจกระทบต่อสิทธิปัจเจกชนอันเนื่องมาจากความคุ้มกันจากอำนาจศาล ดังในคดี Duff Development Co. V. Government of Kelantan ซึ่ง Lord Sumner ได้กล่าวอธิบายไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจ ของฝ่ายบริหารที่จะให้การรับรองยอมรับ หรือไม่ยอมรับรัฐอธิปไตยต่างประเทศ หรือตัวผู้นำของรัฐต่างประเทศ ซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาไตร่ตรองสถานภาพของอำนาจรัฐต่างประเทศ ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ในการให้การติดต่อความสัมพันธ์ร่วมมือระหว่างกัน ซึ่งการยอมรับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อผลในทางกฎหมายของศาลอังกฤษ และสิ่งที่พิสูจน์ให้เห็นถึงการยอมรับที่ชัดเจนที่สุดก็คือ ถ้อยแถลงของฝ่ายบริหารที่ลงพระปรมาภิไธยโดยกษัตริย์นั่นเอง⁶⁰

การพิจารณาไตร่ตรองทำนองเดียวกันนี้ สามารถนำไปใช้กับการรับรองตัวแทนคณะทูตานุทูตของประเทศต่างๆ ซึ่งก่อให้เกิดเอกสิทธิคุ้มกันทางการทูต ดังเช่นในคดี Engelke V. Musmann การตัดสินของศาลอังกฤษในกรณีดังกล่าวแล้วนั้น แสดงให้เห็นถึงการกระทำของฝ่ายบริหาร ที่ศาลไม่สามารถขัดขวาง หรือเข้าควบคุมในการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวได้ ดังที่ Lord Wilberforce ได้กล่าวว่า “เป็นหลักการที่ฝ่ายตุลาการยอมรับอย่างชัดเจน ในส่วนที่มีส่วนกระทบต่ออธิปไตยของสหราชอาณาจักร โดยศาลจะต้องรับผิดชอบต่อนโยบายที่รัฐบาลของสมเด็จพระราชินีได้ประกาศ ดังนั้น ศาลจึงต้องพูดเป็นเสียงเดียวกับฝ่ายบริหาร”

⁵⁹ Rustomjee V.R. (1876). 2 Q.B.D. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 57.

⁶⁰ Keir. (1971). Case in constitution Law. p.157 อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 58.

- การจัดทำสนธิสัญญา

การทำสนธิสัญญา หรือการบังคับตามสนธิสัญญาซึ่งศาลอังกฤษตัดสินว่าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐกรณีหนึ่ง ดังเช่นในกรณี *Salaman v. Secretary of State for India* ซึ่งการได้มีการส่งคำฟ้องบังคับตามข้อตกลงระหว่าง *The Secretary of State for India* กับมหาราชแคว้นปีนจาบซึ่ง *Fletcher Moulton* ได้กล่าวไว้ว่า “การกระทำของรัฐ” เป็นการกระทำของการใช้อำนาจอธิปไตย และดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่สามารถถูกท้าทาย หรือเข้ามาควบคุม หรือเข้ามาเกี่ยวข้องกับศาลภายใน จึงเห็นได้ว่าศาลจะต้องยอมรับการกระทำของรัฐ โดยปราศจากข้อคำถามใดๆ แต่อย่างไรก็ตามศาลสามารถที่จะพิจารณาได้ว่าเรื่องใดที่เป็น การกระทำของรัฐหรือไม่อย่างไร และควรจะมีขอบเขตมากน้อยเพียงใด

- การผนวกดินแดน

การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร หรือการเข้าผนวกดินแดนประเทศอื่นๆ นั้นดูได้จากคดี *West Rand Central Gold Mining Co. v. The King* โดยการผนวกดินแดนนี้เป็นอำนาจฝ่ายบริหาร ที่จะพิจารณาสีทธิและข้อผูกพันใดๆ ที่รัฐบาลเดิมได้กระทำไว้ เช่นการยกเลิกสัมปทานที่รัฐบาลปกครองดินแดนรัฐบาลก่อนได้ทำกับปัจเจกชน แม้ว่าปัจเจกชนนั้นจะเป็นผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของอังกฤษ ก็ตาม และคดี *Cook v. Spigg* ซึ่งมีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันและคดีนี้สภาองคมนตรีได้วินิจฉัยไว้ว่า “การปฏิเสธการยอมรับสัมปทานสามารถอ้างการจำกัดอำนาจศาลได้โดยอาศัยแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การผนวกดินแดน เป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในคดีนี้วินิจฉัยโดยมิได้พิจารณาเกี่ยวกับบุคคลผู้อยู่ใต้ปกครองของอังกฤษ” แม้ว่าจะไปกระทบผลประโยชน์ของพวกเขาก็ตาม

(2) การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของกษัตริย์ที่เกี่ยวข้องปัจเจกชน มีหลักของเรื่องการกระทำของรัฐ เป็นหลักการป้องกัน ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจตุลาการให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้างว่ามันเป็นเรื่อง *Non-Jurisdiction* เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบจากศาลซึ่งอาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวนอกอาณาเขตอังกฤษ

ในคดี *Buron v. Denman*⁶¹ โดยจำเลยเป็นผู้บังคับการเรือที่มีสถานีนับับการบนชายฝั่งแอฟริกา ซึ่งจำเลยได้รับได้รับคำสั่งให้ทำการปราบปรามการค้าทาส ผู้บังคับการถูกร้องขอจากผู้ว่าการรัฐของ *Sierra Leone* ให้ปลดปล่อยทาส 2 คน ซึ่งเป็นบุคคลภายใต้บังคับของอังกฤษที่ถูกกักขังให้เป็นทาสที่ *Gallines* ซึ่งผู้บังคับการก็ได้ทำตามทีร้องขอภายหลังจากนั้นผู้บังคับการได้

⁶¹ *Buron v. Denman*. (1848). 2 ex. 167. อ้างถึงใน *สาโรช โชติพันธุ์*. (2541). *การควบคุมการกระทำของรัฐบาล*. หน้า 158.

กระทำการนอกเหนือคำสั่ง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากราชการส่วนกลาง ได้เข้าไปโจมตีอาคารของ นายทาสสเปนคนหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจการค้าทาสอยู่ และทำการปลดปล่อยทาสไป นายทาสผู้นี้จึง นำคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของรัฐที่ไม่มีผู้ใดจะฟ้องศาลได้ เพราะการกระทำของผู้ บังคับการนั้นได้กระทำตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายบริหาร ซึ่งทั้งนี้แม้การกระทำนั้นจะเกิน อำนาจที่ได้รับมอบหมาย แต่ศาลก็ได้อธิบายว่าในลักษณะกรณีนี้หลักการกระทำของรัฐนำมาใช้ได้ เพราะการกระทำนั้นต่อมาภายหลังก็ได้รับการยอมรับจากฝ่ายบริหารนั่นเอง กรณีนี้ถ้าผู้พิพากษาเห็นว่า น่าจะมาจากหลัก The King can do no wrong แต่ยังไม่ถูกต้องนัก เพราะว่าการกระทำนี้เป็นการ กระทำของฝ่ายบริหารต่อคนต่างด้าวนอกราชอาณาจักร ดังนั้น ไม่ใช่อำนาจศาลภายในที่จะวินิจฉัย ว่าถูกหรือผิด เป็นเรื่องทางการทูตที่จะตกลงกันระหว่างรัฐหรือจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือ จากการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างกัน

อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่ฝ่ายบริหารจะอ้างการกระทำของรัฐ เพื่อปกป้องการ กระทำจากอำนาจตุลาการเพียงฝ่ายเดียว ศาลจะต้องมาพิจารณาถึงข้อเท็จจริงเพื่อตัดสินว่าสิ่งที่ฝ่าย บริหารได้กระทำลงไป จะใช้หลักการกระทำของรัฐ หรือไม่ ดังนั้นการที่ผู้ว่าจ้างจะอ้างว่าจะได้กระทำ ไปเพราะเข้าใจว่าทำลงไปในฐานะผู้ว่าการรัฐ และมีหน้าที่ที่จะกระทำได้ และถือว่าเป็นการกระทำ ของรัฐหาได้ไม่ ซึ่งเขาจะต้องแสดงใหม่เห็นว่า “ทำไปโดยไม่เกินกว่าเหตุภายในขอบเขตหน้าที่ของ ตน หรือไม่ก็เป็นนโยบายที่ทำตามอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร” ดังเช่นในคดี *Musgrave V. Pulido*

ข. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูในประเทศอังกฤษ

การกระทำของรัฐถูกนำมาอ้างถึงในกรณีเมื่อเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรู ดังในคดีที่ โจทก์เป็นชาวเยอรมันอาศัยอยู่ในอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ. 1928 โดยที่มิได้เปลี่ยนสัญชาติมาเป็นคนอังกฤษ และต่อมาเขาถูกกักกันในเขตที่กำหนดโดยกระทรวง มหาดไทย ในช่วงระหว่างสงครามกับเยอรมัน ซึ่งเขาได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลออกหมายเรียกเจ้าหน้าที่ กระทรวงมหาดไทยมาไต่ถามว่า เป็นการควบคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่สำเร็จเพราะ ศาลปฏิเสธ โดยวินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายบริหารกักกันควบคุมตัวบุคคลต่างด้าวที่เป็นศัตรูเป็นการกระทำที่ เป็นการกระทำของรัฐศาลจึงไม่อาจรับวินิจฉัยได้ อีกประการหนึ่ง หลักการทำนองเดียวกันก็นำไปใช้ กับการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูเช่นกัน ดังในคดี *Netz V. Chuterede*⁶² ซึ่ง โจทก์ได้ถูกกระทรวง มหาดไทยเนรเทศออกจากประเทศ ในระหว่างที่อังกฤษกับสงครามกับเยอรมัน

⁶² *Netz V. Chuterede*. (1946). **Ch.224**. อ้างถึงใน สารานุกรม โขติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำ ของรัฐบาล. หน้า 158.

ค. กรณีที่ไม่อาจใช้หลักการกระทำของรัฐ

กรณีที่ การกระทำของรัฐจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่กระทำต่อพลเมืองอังกฤษ หรือพลเมืองของประเทศเครือจักรภพ หรือคนในบังคับของอังกฤษ ดังในคดี Walker V. Baird⁶³ เป็นผู้บังคับการเรือรบอังกฤษ ได้เข้ายึดโรงงานกึ่งมั่งกรของคนอังกฤษ ในเกาะ New Foundland ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าผู้บังคับการเรือทำตามคำสั่งของฝ่ายบริหารเพื่อปฏิบัติตามสนธิสัญญากับฝรั่งเศสนั้น ไม่อาจจะอ้างการกระทำของรัฐมาใช้ในกรณีนี้ได้ ในทำนองเดียวกันนี้สภาขุนนาง ยังวินิจฉัยให้รวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารต่อชาวต่างชาติที่เป็นพันธมิตร และอยู่ในอาณาเขตแดนอังกฤษในคดี Johnstone V. Pedlar โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าพลเมืองชาวสหรัฐที่อาศัยอยู่ในเมือง ดับลิน มีสิทธิจะฟ้องร้องคณะตำรวจที่ทำการจับกุมตัว และเข้าตรวจค้นตัวเขา ว่ามีการกระทำโดยไม่ชอบได้ ซึ่งฝ่ายบริหารไม่อาจอ้างการกระทำของรัฐมาให้ความคุ้มครองจากอำนาจศาลในกรณีนี้ได้

ดังนั้นถ้าพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำของรัฐอาจนำมาอ้างได้เมื่อเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่กระทำการต่อผู้ที่ไม่จงรักภักดีต่อพระองค์ และจะอ้างการกระทำของรัฐ ไม่ได้ต่อบุคคลผู้อยู่ในบังคับของพระองค์ รวมทั้งบุคคลที่เป็นพันธมิตรกับประเทศอังกฤษ ดังที่ Lord Denning M.R. ได้กล่าวอธิบายไว้ว่า แนวคิดพื้นฐานการกระทำของรัฐ ได้รับการแยกแยะและอธิบายรายละเอียดไม่ค่อยชัดเจนนัก จวบจนไม่นานมานี้ อาจกล่าวได้ว่าไม่มีการกล่าวอ้างการกระทำของรัฐระหว่างการกระทำของฝ่ายบริหารกับบุคคลที่มีความจงรักภักดีต่อพระองค์ ที่การกระทำนั้นได้กระทำภายในราชอาณาจักรของราชินีอังกฤษดังเช่น ที่กล่าวอ้างถึงข้างต้น

กล่าวโดย สรุป การกระทำของรัฐ (Act of State) ในแนวคิดของอังกฤษนั้น เป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรง (Royal Prerogative) ในส่วนที่เป็นกิจการเกี่ยวกับการต่างประเทศ ทั้งนี้แนวคิดยังให้ความคุ้มครองรวมถึงหน่วยราชการ ซึ่งหมายถึงข้าราชการที่ทำหน้าที่รับใช้พระองค์และหน้าที่แทนพระองค์ ซึ่งการกระทำของรัฐอาจพิจารณาได้เป็น 2 ประการคือ

ประการหนึ่ง เป็นเรื่องที่ฝ่ายราชการ ใช้อำนาจเกี่ยวกับนโยบายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจในการสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การสงบศึก การผนวกดินแดน เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ อาจพิจารณาได้ว่า ที่ศาลไม่มีอาจใช้อำนาจตุลาการมาควบคุมตรวจสอบได้เพราะ

⁶³ Walker V. Baird. (1982). A.C. 491. อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 63.

- เป็นเรื่องของกรกระทำของอำนาจอธิปไตย ดังนั้นอำนาจในการกระทำนี้จึงไม่อาจที่จะถูกท้าทาย บังคับหรือเข้ามาตรวจสอบโดยศาลได้ เพราะการกระทำของรัฐมิใช่ลักษณะของกฎหมายที่ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการๆ นั้นได้ แต่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย

- การกระทำของรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นเนื่องจาก การกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ ที่อาจกระทบต่ออธิปไตยของสหราชอาณาจักร โดยศาลจะต้องรับผิดชอบต่อนโยบายที่รัฐบาลในสมเด็จพระราชินีอังกฤษได้ประกาศ หรืออาจกล่าวได้ว่า “ศาลต้องยอมรับในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารนั่นเอง”

ประการที่สอง การใช้หลักการกระทำของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชนนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การกระทำของรัฐ จะนำมาใช้กับกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ ภายในอำนาจหน้าที่ และกระทำต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของอังกฤษ โดยการกระทำนั้นได้กระทำภายนอกราชอาณาจักรดินแดนของอังกฤษ แม้ว่ากรกระทำนั้นจะเป็นการละเมิดต่อปัจเจกชนก็ตาม ก็อาจนำมาอ้างเพื่อให้ปลดปล่อยจากการควบคุมโดยศาลอังกฤษได้แต่ทั้งนี้ การกระทำนั้นต้องไปกระทำโดยไม่เกินกว่าเหตุ และภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน หรือไม่ก็เป็นเรื่องนโยบายที่ได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายบริหาร การกระทำของรัฐจะใช้อ้างในกรณีที่เป็นกรกระทำฝ่ายบริหาร ที่ได้กระทำการภายในประเทศอังกฤษได้ เฉพาะกรณีที่ได้กระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูเท่านั้น ดังนี้หลักการกระทำของรัฐ ของอังกฤษ ในกรณีนี้จึงน่าสังเกตคือ การกระทำของรัฐ ตั้งอยู่บนพื้นฐานในการพิจารณาที่ตัวบุคคลผู้ถูกฝ่ายบริหารกระทำต่อบุคคลผู้นั้นเป็นบุคคลผู้อยู่ในบังคับของอังกฤษ รวมทั้งบุคคลที่มีสัญชาติเป็นพันธมิตรกับอังกฤษด้วย

กล่าวโดยสรุป หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) ตามแนวคิดของอังกฤษ เป็นเรื่องของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ (Royal Prerogative) โดยตรงในตำราเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอังกฤษ มักจะกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับ “การกระทำของรัฐ” แทรกเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษเสมอ โดยสะท้อนให้เห็นว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษนั้นเป็น “อำนาจพิเศษ” ที่มีมานานแล้ว เหตุผลเช่นนี้เพราะแนวความคิดเกี่ยวกับความเป็น “รัฐบาล” ที่มีอำนาจกระทำการต่างๆ ทั้งด้านการต่างประเทศและการยุติธรรม ยังรวมอยู่ที่พระมหากษัตริย์และในปัจจุบัน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้อำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกถ่ายโอนมาเป็นอำนาจของรัฐบาล แต่ก็ยังมีพระราชอำนาจที่เป็นส่วนพระองค์อยู่บ้าง⁶⁴

⁶⁴ Brian Thompson. (1997). *English and Continental System of Administrative Law*. อ้างถึงใน
 ศาโรช โชติพันธุ์. (2541). *การควบคุมการกระทำของรัฐบาล*. หน้า 162.

กิจการทั้งหลายทั้งปวงที่พระมหากษัตริย์หรือราชบัลลังก์แห่งอังกฤษ (The Crown) กระทำไปในนามของอำนาจศักดิ์สิทธิ์ของกษัตริย์นั้นอาจแสดงให้เห็นถึงคุณลักษณะที่เหมือนกับ กระทำของรัฐในความหมายทั่วไปดังเช่น การแสวงหาและยึดครองดินแดนต่างๆ การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาหรือการทำสัญญาสันติภาพ การเข้ายึดทรัพย์สินต่างๆ จากผลของสงครามหรือได้รับชัยชนะจากการสู้รบ รวมถึงการรับรองรัฐและรัฐบาลของต่างประเทศ การรับรองผู้แทนทางการทูตของประเทศต่างๆ และหน้าที่ต่างๆ และหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายเกี่ยวกับการกระทำตามนโยบายเพื่อปฏิบัติการเป็นปฏิปักษ์กับบุคคลที่ไม่มีความจงรักภักดีต่อราชบัลลังก์อังกฤษ

การกระทำทางรัฐบาลในประเทศอังกฤษจึงสรุปลงได้ ว่าเป็นการกระทำใดๆ ที่เกิดจากการใช้อำนาจสูงสุดหรือการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำตามอำนาจที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือเป็นการกระทำที่มีการให้สัตยาบันในภายหลัง เป็นการกระทำที่ไม่อาจตรวจสอบโดยกระบวนการทางกฎหมายว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ว่าจะโดยศาลใดๆ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกโต้แย้งว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ในกฎหมายฉบับใด ที่จะเป็นเหตุให้ศาลไม่อาจเข้าไปพิจารณาคดีซึ่งเอกชนเป็นคู่ความกัน เพราะเป็นความจำเป็นอย่างหนึ่งที่กระบวนการยุติธรรมจะต้องเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่เป็นอำนาจจากต่างประเทศที่มีเอกชนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ตาม หากมีการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ ศาลก็อาจเข้าไปพิจารณาในข้อเท็จจริงได้จากปัจจัยแวดล้อมทั้งหลายว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) เป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ ด้วยเหตุ หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) ของอังกฤษจึงสามารถเทียบเคียงได้ กับหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็น การประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ การดำเนินการทางการทูต เป็นต้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) เหล่านี้ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบถึงสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจจากศาลได้ เช่นเดียว กับหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

3.3 ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอเมริกา

ในขณะที่หลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสและอังกฤษใช้คำที่สื่อความหมายได้ชัดเจนคือ Acte de gouvernement และ Act of State แต่ในสหรัฐอเมริกาได้มีการใช้คำว่าที่สื่อความหมายว่าเป็น “การกระทำ” (Act) อันจะเกี่ยวข้องกับรัฐหรือรัฐบาลแต่อย่างใดไม่ หลักการที่มีนัยความหมายว่าเป็นการกระทำของรัฐหรือรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) ในทำนองเดียวกับฝรั่งเศสและอังกฤษ สหรัฐอเมริกาเรียกว่าเป็น “หลักปัญหาทางการเมือง” ซึ่งจะได้ศึกษาในรายละเอียดในลำดับต่อไป

นักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งได้พยายามทำความเข้าใจกับแนวความคิดของฝรั่งเศสว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล Acte de gouvernement โดยเปรียบเทียบกับหลักว่าด้วย “หลักปัญหาทางการเมือง” (Political Question) และได้พัฒนาขึ้นมาในระบบกฎหมายของเขา⁶⁵

ในปี ค.ศ. 1460 คดีคแห่งยอร์ก ได้นำฎีกาที่ประกาศถึงการเป็นทนายทอนชอบทำที่จะได้ขึ้นครองราชย์ขึ้นฟ้องต่อศาลแต่คณะผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่า ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์ได้ นับแต่นั้นมา ศาลเองก็หลีกเลี่ยงที่จะดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรม ในกรณีที่เห็นว่าเป็นการไม่สมควรที่จะให้อำนาจตุลาการก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา กรณีทำนองนี้เองที่เป็นที่มาของคำที่ศาลอเมริกันเรียกว่า “หลักปัญหาทางการเมือง” (Political Question)

มีผู้ตั้งคำถามว่า แล้วหลักปัญหาทางการเมือง (Political Question) จะเกี่ยวข้องกับเรื่องใดบ้าง มันจะเกี่ยวข้องไปถึงทุกเรื่องที่ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม หรือไม่สะดวกที่จะดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมหรือไม่ปรากฏว่า หัวหน้าคณะผู้พิพากษา ฮิวจ์ (Chief Justice Hughes) ได้ยืนยันเห็นพ้องในกรณีสำคัญ ซึ่งได้มีการยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติต่อกันมาว่า ในการพิจารณาว่าปัญหาเรื่องใดๆ จะเป็นไปตามแนวทางนี้หรือไม่ เป็นเรื่องของความเหมาะสมภายใต้ระบบการให้เหตุผลของศาลเอง ที่จะพิจารณาว่าในที่สุดแล้ว การกระทำขององค์กรทางการเมืองใดเป็นหลักปัญหาทางการเมืองหรือไม่ ทั้งนี้ เพราะไม่มีหลักเกณฑ์ที่น่าพึงพอใจใดๆ ที่จะสามารถนำมาอธิบายได้⁶⁶ แม้จะเป็นการยากที่จะชี้ชัดลงไปต่อการจะให้ความหมายที่เป็นบทนิยามของเรื่องนี้ได้ แต่ที่เห็นตรงกันก็คือ การโต้เถียงถึงประเด็นที่ว่า เป็นการที่ไม่เหมาะสมที่จะให้เรื่องนี้อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาล เพราะเป็นเรื่องธรรมชาติของเรื่องนั้นๆ โดยเฉพาะ⁶⁷ ซึ่งคล้ายๆ กับหลักการกระทำทางรัฐบาลตามแนวของฝรั่งเศส การกระทำของฝ่ายบริหารของสหรัฐอเมริกาซึ่งเกี่ยวข้องกับหลักปัญหาทางการเมือง ย่อมปลอดจากการควบคุมตรวจสอบจากฝ่ายตุลาการทั้งสิ้น การใช้ดุลพินิจต่อประเด็นทางการเมือง ที่กระทำโดยองค์ทางการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ ย่อมผูกมัดถึงผู้พิพากษา เช่นเดียวกับที่ผูกพันต่อเจ้าหน้าที่อื่นๆ ทั้งหลาย รวมทั้งผูกพันต่อประชาชน

⁶⁵ Bernard Schwartz.. (1954). **French Administrative Law and the common-law And common Law World.** p.162.

⁶⁶ bid.

⁶⁷ Geoffrey Marshall. (1971). “Separate of power and Political Question.” **Constitutional Theory.** pp. 109-113.

1) หลักปัญหาทางการเมือง (Political Question)

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองในประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้ศึกษามาแล้วในตอนต้น ซึ่งเราจะพบว่า การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนี้จะมีข้อจำกัดจากอำนาจศาลที่ไม่สามารถที่จะตรวจสอบการกระทำบางอย่างได้ ดังที่ฝรั่งเศสเรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล แต่ในอเมริกาแล้ว การควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำที่พอเทียบเคียงกับการกระทำดังกล่าวข้างต้นได้นั้น ศาลสหรัฐได้เรียกการกระทำส่วนนี้ว่า “ปัญหาทางการเมือง” (Political Question) ซึ่งศาลจะไม่ก้าวล่วงลงไปตรวจสอบการกระทำนี้ เพราะถือว่าเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ และโดยเหตุผลในประการต่างๆ ดังที่จะได้ทำการศึกษาในรายละเอียดต่อไป

หนึ่งในสหรัฐอเมริกามีการกระทำอีกลักษณะหนึ่งที่เรียกว่า การกระทำของรัฐ โดยมีหลักทฤษฎีที่ว่า “ทฤษฎีการกระทำของรัฐ” ซึ่งศาลสหรัฐได้จำกัดอำนาจของตนเองในการเข้าวินิจฉัยตรวจสอบการกระทำของรัฐต่างประเทศที่ได้กระทำการนั้น ภายในอาณาเขตดินแดนของตนเองว่าการกระทำนั้นจะเป็นการชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำนั้นจะเป็นเรื่องที่ถูกต้องหรือผิดอย่างไร เนื่องจากศาลพิจารณาเห็นว่าอำนาจในการวินิจฉัยและดำเนินการเรื่องนี้ควรปล่อยให้อำนาจที่การแก้ไขของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะเท่านั้น เพราะเป็นเรื่องของการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ทางด้านต่างประเทศ ที่ศาลไม่ควรจะก้าวล่วงไปวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลต่างประเทศนั้น ทฤษฎีการกระทำของรัฐนั้น อาจทำให้สับสนกับ หลักในเรื่องการกระทำของรัฐประเทศอังกฤษได้ เพราะมีการใช้คำๆ เดียวกันแต่ว่าในของเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น เป็นการศึกษาในเรื่องของการควบคุมฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหารของประเทศหรือรัฐบาลนั้นๆ เองที่ศาลไม่อาจจะก้าวล่วงไปควบคุมตรวจสอบได้ แต่ว่ามีใช้เรื่องของการที่ศาลภายในประเทศหนึ่งจะไปมีอำนาจ หรือ ไม่มีอำนาจที่จะไปวินิจฉัยการกระทำของรัฐบาลอีกประเทศหนึ่ง ตามหลักของทฤษฎี การกระทำของรัฐ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต้องทำการศึกษาในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกลักษณะต่างหาก หลักการแบ่งแยกอำนาจกับแนวความคิดพื้นฐานของหลักปัญหาทางการเมือง

ความเข้าใจในระบบโครงสร้างขั้นพื้นฐานในองค์ประกอบของชาติเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะนำไปสู่ความเข้าใจถึงวิธีการและเหตุผลที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารได้ ระบบโครงสร้างของชาตินั้นไม่จำเป็นต้องแบ่งอำนาจอธิปไตย ออกเป็นสามอำนาจแยกต่างหากจากกันเช่น สำหรับในรัฐเผด็จการนั้นอำนาจอธิปไตยจะถูกใช้โดยรัฐบาลเพียงองค์กรเดียว สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ ใช้หลักการพื้นฐานของโครงสร้างองค์กรของชาติ ที่จะสามารถถ่วงและดุลอำนาจซึ่งกันและกันอย่างเหมาะสมที่สุด หลักการแบ่งแยกอำนาจตามความเข้าใจของสหรัฐอเมริกานั้น มีหลักสำคัญในการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คืออำนาจนิติ

บัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ออกไว้ในหน่วยงานต่างจากกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุล และคานอำนาจ ซึ่งกันและกัน และรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้บัญญัติรับรองในเรื่องนี้โดยแยกองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการออกจากกันโดยสิ้นเชิง ใน

มาตรา 1 บัญญัติให้อำนาจ นิติบัญญัติแก่สภา

มาตรา 2 บัญญัติให้อำนาจ บริหารแก่รัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มอบอำนาจเด็ดขาด ให้แก่ประธานาธิบดี ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล

มาตรา 3 บัญญัติให้อำนาจ จัดตั้งศาลสูงสุด และได้มอบให้อำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลด้วย⁶⁸

ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และหน้าที่ประมุขของฝ่ายบริหาร เสมือนว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งพระมหากษัตริย์ และนายกรัฐมนตรี ในขณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้ การบริหาร ประธานาธิบดีย่อมรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน เพราะได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน สำหรับรัฐมนตรี นั้นประธานาธิบดีแต่งตั้ง เป็นเสมือนที่ปรึกษาของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะเรียกมาหารือ หรือมอบหมายการใด หรือไม่กี่สุดจะแล้วแต่ประธานาธิบดี รัฐมนตรีทั้งหลายรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานาธิบดีเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหาร ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขนั้น ถือหลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐสภาไม่อาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ของประธานาธิบดีโดยตรง โดยการตั้งกระทู้ถาม หรืออภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดี และในทางกลับกันประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในการปกครองแบบนี้จะมีการคานและดุล (Check and Balance) กัน โดยรัฐสภาอาจออกกฎหมายหรือ อนุมัติไม่อนุมัติงบประมาณแผ่นดินที่ประธานาธิบดี และในบางกรณี ที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดร้ายแรงบางประเภท ก็อาจถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ได้ในทำนองกลับกัน กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาแล้วนั้นอาจไม่ได้รับการลงนามโดย ประธานาธิบดี (Veto) ได้คู่กัน⁶⁹

2) การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาล

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือในหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อป้องกันมิให้อำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งซึ่งศาลมีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวโดยวิธีการถ่วงและดุลอำนาจ อย่างไรก็ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่า จะต้องแยกองค์กรที่ใช้อำนาจออกไปโดยออกจาก

⁶⁸ วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2528). “ประสบการณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองประชาชน จากการกระทำผิดพลาดของรัฐบาล.” *ดุลพาท*, ปีที่ 41, เล่ม 3. หน้า 234.

⁶⁹ วิชญ์ เครืองาม. (2527). *เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน เล่มที่ 1* (หน่วยที่ 1-7). หน้า 169.

กันโดยเด็ดขาด เพียงแต่รัฐธรรมนูญ บัญญัติแบ่งแยกอำนาจและมอบอำนาจให้แก่องค์กรต่างๆ ไว้ ซึ่งศาลมีภาระหน้าที่ในอันที่จะป้องกันมิให้องค์กรใดเปลี่ยนแปลงขอบอำนาจที่รัฐธรรมนูญ กำหนดให้ไว้ หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เองที่เป็นรากฐานแห่งเหตุผลในการจัดต่อรัฐธรรมนูญ ตามความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบอำนาจให้แก่ศาลโดยชัดแจ้ง แต่เนื่องจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญประกอบหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะเห็นได้ว่า มีเหตุผลเป็นอย่างมากที่ศาลจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนี้ ในขณะที่ศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการจัดทำงบประมาณแผ่นดิน และดูแลอำนาจทางทหาร เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารตามลำดับ เพื่อที่จะคงไว้ซึ่งอำนาจแห่งฝ่ายตุลาการในอันที่จะถ่วงและดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไว้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่ศาลจะต้องมีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมาย หรือ การกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากปราศจากอำนาจชี้ขาดดังกล่าวนี้แล้ว อำนาจตุลาการจะไม่สามารถถ่วงและดุลอำนาจของอีกฝ่ายได้เลย และศาลจะต้องปกป้องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไว้ให้พ้นจากอำนาจของเสียงข้างมากด้วย ศาลจะสามารถเข้ามาตรวจสอบและควบคุมฝ่ายบริหารได้ เมื่อข้อพิพาทมาสู่ศาล ขอบอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีข้อพิพาทที่จะมาสู่ศาลนั้น จะเป็นเรื่องที่กำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ สิ่งที่พึงระลึกคือศาลจะไม่ให้ความเห็นหรือกำหนดนโยบายของชาติ แต่เพียงจะเข้ามาตัดสินเมื่อมีการกล่าวอ้างโต้แย้งโดยประชาชนว่ารัฐบาลได้กระทำละเมิดต่อสิทธิของพวกเขา ซึ่งอาจเป็นการโต้แย้งในอำนาจดำเนินการตามกฎหมายของรัฐบาล ทั้งนี้อาจเป็นการโต้แย้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ เป็นการโต้แย้งว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หรืออีกนัยหนึ่งคือ การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวอ้างได้ว่าศาลซึ่งนำโดยศาลฎีกาสหรัฐ เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ⁷⁰

พัฒนาการของกฎหมายปกครองที่นำมาซึ่งการเผชิญหน้า ระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร คือการพัฒนาการในช่วงสมัยของประธานาธิบดีรูสเวลต์velt สมัยดังกล่าวอยู่ในยุคเศรษฐกิจตกต่ำสุดขีด ภาวะดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าตลาดเสรีที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุมไม่สามารถได้รับความไว้วางใจ ให้สนองตอบต่อความต้องการทางสังคม และเศรษฐกิจของประเทศได้ ประธานาธิบดีรูสเวลต์velt ได้นำมาตรการที่เรียกว่า New Deal มาใช้ ผลก็คือ รัฐเข้ามามีบทบาทควบคุมกิจการต่างๆ อย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนสังคมค้าขายแบบเสรีแบบนายทุน ดังเช่นสหรัฐอเมริกา ความมุ่งหมายของมาตรการดังกล่าวก็คือ เพื่อนำประเทศไปสู่ความเป็นประเทศรัฐสวัสดิการ เหตุผลพื้นฐานมาตรการนี้ก็คือ “เพื่อปกป้องระบบนายทุนจากตัวของระบบนายทุนเอง” กล่าวคือ เพื่อแก้ไขความล้มเหลวอย่างเห็นได้ชัดของตลาดที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุมอันจะเป็นการ

⁷⁰ วิชัย วิวิตเสวี. (2533, กรกฎาคม-สิงหาคม). “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวคิดของระบบเอง โกลอเมริกัน.” นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ปีที่ 37, เล่มที่ 4. หน้า 53-55.

หลีกเลี่ยง การเข้ามาแทนที่ของทางเลือกของนักสังคมนิยมที่ให้รัฐเข้าเป็นเจ้าของกิจการและธุรกิจโดยตรง รัฐสภาได้ขานรับข้อเรียกร้องของประธานาธิบดี และเห็นกันว่าเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เวลานั้น กฎหมายจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองหลายฉบับได้ออกโดยรัฐสภา เพื่อเป็นเครื่องมือในการนำนโยบายดังกล่าวมาสู่การปฏิบัติ เหตุผลในการนำระบบที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองมาแทนที่ระบบเดิมของผู้สนับสนุนนโยบายของประธานาธิบดีรูสเวลต์ คือความเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญอาชีพ (Expert Professionalism) ขององค์กรฝ่ายปกครอง ผู้สนับสนุนดังกล่าวให้เหตุผลว่าการภาวะเศรษฐกิจของประเทศ เป็นที่จะต้องมีการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรู้อย่างผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจแบบผสมและมีการบริหารงานแบบใช้ดุลพินิจที่เทียบได้กับที่พึงได้โดยผู้ประกอบธุรกิจ และระเบียบแบบแผนและขั้นตอนที่เป็นทางการต่างๆ จำต้องให้น้อยที่สุด แต่สำหรับผู้ไม่เห็นด้วย และการให้อำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลัก Due Process ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรงคือ ฝ่ายตุลาการศาลฎีกา สหรัฐ ได้ชี้ขาดว่ากฎหมายหลายฉบับที่จัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ ตัดสินของศาลก่อให้เกิดการโจมตีอย่างหนัก ฝ่ายสนับสนุนนโยบายประธานาธิบดีโจมตีว่า คำตัดสินของศาลขัดต่อความประสงค์ ของประชาชน และขัดขวางการภาวะเศรษฐกิจของประเทศ ประธานาธิบดีรูสเวลต์ถึงกับเสนอ โครงการจัดรูปแบบองค์กรในศาลฎีกาสหรัฐใหม่ โดยการขยายจำนวนผู้พิพากษา แต่ก่อนที่โครงการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จ ได้มีการเปลี่ยนแปลงในศาล และประธานาธิบดีรูสเวลต์ ได้มีโอกาสแต่งตั้งผู้พิพากษาหลายคนซึ่งมีผู้สนับสนุนมาตรการ New Deal หลังจากนั้นไม่นานศาลฎีกาก็ยอมรับกฎหมายดังกล่าว นับว่าเป็นความสำเร็จของผู้สนับสนุนกระบวนการทางปกครองซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้รับการยอมรับจากศาล

(1) การกระทำทางปกครองที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบ

ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง คือ The United State District Court ซึ่งมีเขตอำนาจทั่วไปในคดีข้อพิพาทเรื่องปัญหาเกี่ยวกับสหรัฐ (Federal Question) หรือปัญหาที่ต้องวินิจฉัยปัญหาที่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดตามกฎหมายของสหรัฐ การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลมี 2 ประเภท ได้แก่ การตรวจสอบตามกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรให้อำนาจศาล ในการตรวจสอบ การกระทำขององค์กรปกครองบางองค์กร โดยเฉพาะ และตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาในระดับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งบัญญัติให้วิธีพิจารณาคดีปกครองในคดีดังกล่าวเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับนั้น และเป็นข้อพิพาทที่ขอให้ศาลมีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่บังคับบัญชาไปตามกฎหมาย หรือขอให้ศาลประกาศสิทธิ หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่ความ หรือขอให้ศาลมีคำสั่งให้องค์กรปกครอง หรือเจ้าหน้าที่กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ หรือขอให้ศาลมีพิพากษายกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครอง

การตรวจสอบตามกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร กล่าวคือ คู่ความยื่นคำฟ้องตั้งสิทธิตามเขตอำนาจทั่วไปของศาล ตามกฎหมายซึ่งบัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้โดยเฉพาะให้ใช้วิธีพิจารณาคดีสามัญ ทั้งนี้เพราะการกระทำทางปกครองขององค์กรทางปกครองทุกประเภทต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาล เช่นคำขอให้ศาลแสดงสิทธิ หรือความสัมพันธ์ทางกฎหมายของคู่ความ ผู้มีส่วนได้เสียอันเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรือคำขอให้ศาลออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลาง หรือขององค์กรปกครองอันมีต่อ โจทย์ เพราะหน้าที่ดังกล่าวได้ถูกเจ้าหน้าที่ละเมิด

การกระทำทางปกครองที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

ข้อจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีระดับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 701 (A) (2) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กฎหมายหลายฉบับที่ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่ก็มีปัญหาถกเถียงในทางศาลอยู่ว่า ศาลจะเข้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นๆ ได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 701 (A) (2) ดังกล่าวได้ที่บทบัญญัติว่าห้ามมิให้มีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองหากว่าการกระทำนั้นกฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ⁷¹ ซึ่งก็จะมีปัญหาต่อไปว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งทำโดยมิชอบปราศจากเหตุผลนั้น จะสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้หรือไม่ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ภายใต้อำนาจศาล

การกระทำที่เป็นเรื่องของปัญหาทางการเมือง (Political Question) เป็นการกระทำที่เป็นเรื่อง ซึ่งทั้งสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ มีพื้นฐานแนวคิดที่ใช้อย่างกว้างขวางแตกต่างกันไป และเป็นเรื่องที่ยากจะชี้ชัดลงไป ในการให้ความหมายที่เป็นบทนิยามในเรื่องนี้ได้แต่ให้ความเห็นที่ตรงกันก็คือ การโต้เถียงที่ความเห็นตรงกันคือ การโต้เถียงถึงประเด็นที่ว่าเป็นการไม่เหมาะสมที่จะให้เรื่องนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบจากศาลซึ่งเป็นเรื่องธรรมชาติโดยเฉพาะ ซึ่งพบได้จากการเปรียบเทียบถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล หรือบทบัญญัติที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ของเรื่องที่เกี่ยวข้อง กับหลักการโดยตรงของนโยบายของรัฐ โดยเนื้อหาของเรื่องจะครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ทางสังคม และเศรษฐกิจ พรรคการเมือง และการเลือกตั้ง

⁷¹ วิชัย วิวิตเสวี. (2533, กรกฎาคม-สิงหาคม). “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวคิดของระบบแองโกลอเมริกัน.” นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ปีที่ 37, เล่มที่ 4. หน้า 63.

แนวคิดและวิวัฒนาการของหลักปัญหาทางการเมือง

ข้อถกเถียงในเรื่องหลักปัญหาทางการเมืองนี้ได้เกิดขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1946 ในการวินิจฉัยโดยเสียงข้างมากในคดี *Colegrove V. Green*⁷² ที่ได้ตัดสินในปีเดียวกัน โดยคดีนี้เป็น การฟ้องผู้ว่าการรัฐ และข้าราชการของรัฐอิลลินอยส์เป็นจำเลย ในกรณีการแบ่งเขตเลือกตั้งทำให้ โจทก์ไม่มีสิทธิในการลงคะแนนเสียงในเขตเลือกตั้งดังกล่าว โดยโจทก์อ้างว่าเป็นการจัดแบ่งเขต การเลือกตั้งที่ไม่ถูกต้องตามสัดส่วน ซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิความเท่าเทียมกันที่มีการประกันไว้ ตาม กฎหมายและรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 14 เสียงส่วนใหญ่ของผู้พิพากษาวินิจฉัยว่า การตัดสิน และพิจารณาในเรื่องนี้จะทำให้ศาล “เข้าไปขัดขวาง หรือกระตุ้นความสัมพันธ์ ในระหว่างการ แข่งขันทางการเมืองต่างๆ” และศาลพิจารณาว่าจะเป็นการขัดแย้งต่อระบบการปกครองระบอบ ประชาธิปไตย ที่จะนำตุลาการเข้าไปยุ่งกับการเมืองของประชาชน ซึ่งศาลไม่ควรที่จะเข้าไป แทรกแซงเกี่ยวกับ “แวดวงการเมือง” ซึ่งรัฐธรรมนูญได้มอบหมายการปฏิบัติการตามหน้าที่ ทั้งหลายไว้กับ ความซื่อสัตย์ของฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ และในท้ายที่สุด ก็ขึ้นอยู่กับความ รอบคอบของประชาชนที่จะใช้สิทธิทางการเมือง ของพวกเขาเอง

การอธิบายถึงการแบ่งแยกระหว่างการเข้าไปใน “แวดวงการเมือง” กับการ คุ่มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการประกันไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ในเรื่อง ความเสมอภาคเท่าเทียมกันนั้น เป็นการแบ่งแยกที่อธิบายความค่อนข้างยากได้อย่างเป็นรูปธรรม” คำวินิจฉัยคดีนี้นับว่าเป็นเรื่องที่น่าอันตรายอย่างมากในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ที่จะอธิบายเพียงแค่การกระทำเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นกิจกรรมทางการเมืองซึ่งศาลไม่ควรจะเข้าไป โดยวิธีการทางตุลาการมาแก้ไข เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา

ปัญหาทางการเมืองนี้ได้รับการอธิบายถึงอีกครั้งโดยเป็นคดีขึ้นสู่ศาลในปี ค.ศ. 1962 โดยศาลสูงในคดี *Baker V. Carr*⁷³ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ความไม่เท่าเทียมกันของการแบ่งเขต เลือกตั้งในรัฐเทนเนสซี หากไม่เกี่ยวกับสูตรทางตรรกวิทยา และมีเหตุผลที่ผู้จะไปลงคะแนนเสียง จะได้รับจากการปกป้องโดยกฎหมายที่เท่าเทียมกันแล้ว การแบ่งเขตเลือกตั้งนี้ถือว่าชอบด้วย กฎหมาย คดีแบบนี้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาตัดสินเป็นที่สุดของคดีโดยใช้หลักปัญหา ทางการเมือง โดยศาลได้แยกแยะองค์ประกอบที่จะใช้อธิบายตามหลักเฉพาะกรณี (Case by Case) ออกมาเพื่อพิจารณาว่า เรื่องใดเป็นการเมืองโดยธรรมชาติและ ไม่ต้องดำเนินการตามกระบวนการ

⁷² *Colegrove V. Green*. 328 u.s. 549. (1946). อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของ รัฐบาล. หน้า 77.

⁷³ *Baker V. Carr*. 369 u.s. 186. (1962). อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธ์. (2541). การควบคุมการกระทำ ของรัฐบาลโดยรัฐสภา. หน้า 173.

ยุติธรรม จึงเป็นการเน้นย้ำว่า “ความไม่สามารถที่จะเข้าไปใช้อำนาจตัดสินใจในเรื่องของหลักปัญหาทางการเมือง” ถือเป็นหน้าที่พื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ” คดีนี้ ศาลได้พิจารณาโดยใช้หลักการควบคุมตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีข้อจำกัดในตัวเอง ภายใต้หลักปัญหาทางการเมือง สิ่งที่น่าสังเกตของคดีนี้ก็คือนอกจากนี้ ศาลสูงได้มีการจำกัดหลักปัญหาทางการเมืองโดยตรงไปตรงมาว่าเป็นเรื่องของ “ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการและหน่วยงานทางการเมืองของรัฐบาลกลาง (Federal Government) เท่านั้นหาใช่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับรัฐบาลของมลรัฐต่างๆไม่” ดังนั้นเมื่อนำหลักนี้ไปใช้ในระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ข้อจำกัดที่มีอยู่ในตัวเองจึงไม่ได้จำกัดฝ่ายตุลาการเท่าที่ควรจะเป็นเหมือนกับที่ได้จำกัดต่อรัฐบาล

นอกจากนี้ศาลสูงยังได้อ้างถึงปัญหาทางการเมืองอีกครั้ง ในปี ค.ศ. 1973 คำวินิจฉัยในคดี *Giligan V. Morgan*⁷⁴ ซึ่งเป็นการกระทำของประธานาธิบดี ในการซ่อมรบของกองกำลังรักษาความมั่นคงแห่งชาติและรวมทั้งการกระทำของประธานาธิบดี ในคดี *Goldwater V. Cater*⁷⁵ ปี ค.ศ. 1979 ที่ประธานาธิบดีคาร์เตอร์ ยกเลิกสนธิสัญญากับสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยมีได้รับการยอมรับจากสภาองเกรส สมาชิกสภาได้นำคดีนี้สู่ศาล ซึ่งศาลสูงวินิจฉัยยกฟ้องโดยการอ้างหลักปัญหาทางการเมือง

คดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางทหาร เช่นการกระทำเกี่ยวกับการส่งกำลังทหารไปรบในเวียดนามในสงครามเวียดนาม ซึ่งโดยหลักแล้วการประกาศสงครามต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้ทำการประกาศสงครามกับประเทศเวียดนามเหนือ องค์กรบริหารของอเมริกาก็ได้อ้างต่อองค์กรนิติบัญญัติ ในการขอความร่วมมือ ในการอนุมัติงบประมาณ ว่ามีความจำเป็น ที่จะต้องเพิ่มกำลังรบ เพื่อรักษาเกียรติภูมิ และศักดิ์ศรีของสหรัฐอเมริกา ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความสนับสนุนอย่างเต็มที่ ทั้งๆ ที่มีได้มีการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ ดังนั้นศาลสูงจึงหลีกเลี่ยงที่ไม่วินิจฉัยการกระทำของประธานาธิบดีในกรณีนี้

อย่างไรก็ตาม ในการวิเคราะห์เรื่องที่เป็นปัญหาทางการเมืองได้ให้อำนาจแก่ศาลที่จะพิจารณาว่า กรณีใดเป็นหลักปัญหาทางการเมืองที่ศาลจะเข้าไปควบคุม กรณีเช่นนี้นี้มักจะปรากฏอย่างชัดเจนในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลในการดำเนินการต่างๆ ภายในประเทศเช่นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐบาลกลางจะต้องให้หลักประกันแก่มลรัฐต่างๆ ทุกมลรัฐ

⁷⁴ *Giligan V. Morgan*, 413 u.s. (1973). อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 78.

⁷⁵ *Goldwater V. Cater*, 444 u.s. (1979). อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 78.

สามารถมีรัฐบาลของตนเองได้ จึงเป็นเรื่องที่สภากรองเกรสจะต้องไปกำหนดว่า จะให้รัฐต่าง มี รัฐบาลในรูปแบบใด นอกจากนี้ ในการวิเคราะห์เรื่องที่เป็นหลักปัญหาทางการเมือง ยังต้องพิจารณา ถึงปัญหาที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาล และการกำหนดความสัมพันธ์ที่จะต้องเชื่อมโยงกันระหว่างฝ่าย บริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่นเดียวกับการจัดระบบการบังคับบัญชาและ การคุมกำลังในกองทัพ⁷⁶ ดังคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจกำลังทหาร

หลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ได้มีการนำไปใช้กับกิจการทางด้าน การต่างประเทศอย่างกว้างขวางมากกว่าด้านอื่นใด ดังเช่นการดำเนินการทางด้านความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศของรัฐบาล ได้ถูกกำหนดไว้แล้วโดยรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาว่าเป็นเรื่อง ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยให้เป็นหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองของรัฐบาล และการ กระทำใดๆ โดยอาศัยอำนาจทางการเมืองดังกล่าวนี้ ไม่อยู่ในอำนาจการไต่สวนหรือการใช้ดุลพินิจ ของกระบวนการทางศาล

หลักปัญหาทางการเมืองกับการอธิบายโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำอีกนั้น อีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ปฏิเสธจะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณา จากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁷⁷ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลา การไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็น ส่วนของอำนาจฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจ ที่เป็นสิ่งอ่อนไหว ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบรวม ข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เทียบพร้อมกว่าฝ่ายตุลาการ หรืออาจกล่าวได้ว่าหลัก ปัญหาทางการเมืองก็คือ หลักการแบ่งแยกหน้าที่งานเบื้องต้นจากหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

อีกนัยหนึ่งของเรื่องนี้ก็คือ การโต้เถียงในเรื่องของขอบเขตอำนาจของฝ่าย บริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งอาจจะดูเหมือนว่าเป็นการละเมิดในหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือ อาจกล่าวได้ว่า มีการเผชิญหน้ากันจากการตรวจสอบโดยอำนาจตุลาการ กับอำนาจฝ่ายบริหาร จาก เรื่องปัญหาทางการเมือง โดยยกหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นข้อโต้เถียงกันขึ้นในเรื่องนี้

การอธิบายความหมายของปัญหาทางการเมือง ซึ่งอาจมีพื้นฐานอยู่หลาย ประการ ซึ่งอาจมีพื้นฐานอยู่หลายประการ แต่หลักการที่สำคัญคือ การอ้างอิงถึงหลักการแบ่งแยก

⁷⁶ Bernard Schwartz. (1954). **French Administrative Law and the common-law.** p. 164.

⁷⁷ Dobbs Ferry. (1976). **Max-Plank-institute for Ausländisches Jurisdiction Protection against the Executive German.** pp. 1127-1130. อ้างถึงใน ศาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของ รัฐบาล. หน้า 184.

อำนาจทั้งนี้การพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว อาจจะพิจารณาได้จากหลักการหรือบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ เพราะกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาล อันเป็นความรับผิดชอบโดยตรงตามรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา⁷⁸ เช่นบทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายในการถ่วงดุล การตรวจสอบกับทั้งการประสานงานฝ่ายบริหาร และฝ่ายการเมืองต่างๆ ซึ่งกันและกัน การกระทำที่มีลักษณะที่เป็นปัญหาทางการเมืองที่จะให้อำนาจตุลาการเข้ามาตัดสิน ในเรื่องที่ต้องพิจารณาถึง นโยบายบางประการที่มาตรฐานทางอำนาจตุลาการ มีอยู่ไม่เพียงพอ

ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Political Questions) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ถูกอ้างโดยศาลสูงของสหรัฐ โดยมีรากฐานแนวคิดจากหลายเรื่องด้วยกัน กล่าวคือ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเปรียบเทียบหลักการกระทำของรัฐ ในแนวคิดพื้นฐานของอังกฤษ ซึ่งการอ้างถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ อาจจะไม่ต้องนึก แต่หลักการนี้น่าจะมาจากแนวคิด การกระทำของรัฐมากกว่า กล่าวคือเป็นเรื่อง การกระทำรัฐอธิปไตย “Exercise of Sovereign Power” ซึ่งมาจากเหตุผลที่ว่า การกระทำนี้ ไม่สามารถถูกท้าทายหรือ ถูกควบคุม หรือถูกแทรกแซงโดยศาลภายในได้⁷⁹

ดังนั้น หลักปัญหาทางการเมืองสามารถแยกพิจารณาจากเหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจได้เป็น 2 ประการคือ

ก. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ

- การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลไม่ควรที่จะเข้าไปแทรกแซงเกี่ยวกับเรื่องของ “อำนาจรัฐ” เพราะการพิจารณาในปัญหาเฉพาะเช่นนี้ ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของประชาชนชนผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

- การกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงเช่นในคดี Luther V.Borden⁸⁰ การกระทำที่ถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้แก่

1. ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภา
2. ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอของรัฐบาลว่า แบบวิธีพิจารณาของกฎหมาย

ใดที่ละเมิดหลักประกันของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ

⁷⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2526). การจัดการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนในประเทศแองโกล-อเมริกัน. หน้า 12.

⁷⁹ O. Hood Phillips. And Paul Jackson. (1978). **Constitutional and Administrative Law**. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 188.

⁸⁰ Luther V.Borden. 48 u.s.1. (1849). อ้างถึงใน สุวีร์ ตริยูทชนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 82.

ข. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ

- กรณีเกี่ยวกับนโยบาย การตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทูต การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ

- การจัดทำและยกเลิกสนธิสัญญา การกระทำที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ดังเช่นการกระทำของประธานาธิบดีในการจัดทำสนธิสัญญา หรือการยกเลิกการบังคับใช้ของสนธิสัญญานับใดฉบับหนึ่ง

- การตัดสินใจของประธานาธิบดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสงคราม หรือการยุติสงคราม

4. การกระทำที่เกี่ยวกับอำนาจการใช้กำลังทหาร เช่นการส่งกำลังทหารไปรบในสงครามเวียดนาม หรือการส่งทหารเข้าไปในประเทศนิการะกัว แม้ว่า การกระทำนี้จะไม่ได้อำนาจภายใต้ภาวะการประกาศสงครามก็ตาม

สรุป จากการศึกษาตั้งแต่ต้นไม่ว่าจะเป็นหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) ของอังกฤษ หรือหลักว่าด้วยประเด็นทางการเมือง (Political Question) ของสหรัฐอเมริกา แม้จะมีที่มาไม่เหมือนกัน หรือเรียกชื่อต่างกัน แต่มีหลักการใหญ่ที่มีอยู่ร่วมกันอย่างหนึ่งนั่นคือ การที่ฝ่ายตุลาการหรือศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบหรือควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล ตามหลักเช่นว่านั้น การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส ชื่อที่บอกว่าเป็น “รัฐบาล” (Gouvernement) แต่เนื้อหาที่แท้จริงเป็นเรื่องการกระทำของ “รัฐ” (State) มากกว่า เพราะฝรั่งเศสถือว่า “รัฐ” (State) เป็นนิติบุคคล สามารถกระทำการได้และอาจถูกฟ้องได้ การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หากกระทำตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามที่กฎหมายกำหนด ย่อมผูกพันรัฐเสมอ ซึ่งโดยแท้จริงแล้ว ตามหลักนิติรัฐ (Legal State) การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักการว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) จึงเป็นข้อยกเว้นของหลักดังกล่าว เพราะหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ศาลเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัย “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการกระทำทางปกครอง แต่การกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารอย่างหนึ่ง ไม่อยู่ในข่ายที่จะต้องได้รับการตรวจสอบ “ความชอบด้วยกฎหมาย” จากกระบวนการยุติธรรมของศาล ส่วนความหมายของหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของอังกฤษนั้น มีการผสมผสานกันอยู่ในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) ซึ่งเป็นสถาบันหลักของประเทศอังกฤษที่มีมาแต่โบราณกาล โดยมีอำนาจที่ยังผูกพันและติดอยู่กับสถาบันนี้มาจนปัจจุบัน อำนาจนั้นเมื่อกระทำโดยสถาบันพระมหากษัตริย์ จึงคงความเป็นแบบพิธีและถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลตามความหมายที่กำลังศึกษาอยู่นี้ได้ ประกอบเข้ากับหลักว่าด้วย “การกระทำของรัฐ” (Act of State) ของอังกฤษเอง ที่เป็นเรื่อง

ของการกระทำในนามของราชบัลลังก์ (The Crown) แห่งอังกฤษ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคนในบังคับอังกฤษ และดินแดนที่มีการกระทำว่าเป็นในเขตหรือนอกเขตดินแดนของอังกฤษ รวมทั้งหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของอังกฤษ จึงต้องรวมทั้งสามประการกล่าวเข้าด้วยกัน ในขณะที่สหรัฐอเมริกามีหลัก “ประเด็นทางการเมือง” (Political Question) ที่เรียกชื่อค่อนข้างสื่อความหมายให้เห็นแตกต่างไปจากหลักการที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสและของอังกฤษ ความแตกต่างน่าจะมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power) ที่ค่อนข้างเคร่งครัดของสหรัฐอเมริกา แต่ก็มีจุดร่วมที่ไปกันได้กับการกระทำตามหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลทั้งของฝรั่งเศสและอังกฤษ นั่นคือการกระทำของฝ่ายบริหาร (ประธานาธิบดี) ที่ฝ่ายตุลาการโดยศาลสูงไม่เข้าไปแทรกแซง ตรวจสอบ หรือควบคุม เพราะเห็นว่าการกระทำนั้นๆ เป็นเรื่องของนโยบาย เป็นเรื่องของการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเรียกว่า “ประเด็นทางการเมือง” (Political Question)

เนื้อหาร่วมกันของหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลฝรั่งเศสและหลักการกระทำของรัฐของอังกฤษ และหลักว่าด้วยประเด็นทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ส่วนหนึ่งเน้นหนักไปในเรื่องของการกระทำของรัฐกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์กรระหว่างประเทศ ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา และยกเลิกสัญญา อีกส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของการกระทำของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) กับฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) อันเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเมืองภายในประเทศ ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยสององค์กร ซึ่งต่างกระทำการในลักษณะตรวจสอบและควบคุม ซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นเหตุผลว่า ทำไมองค์กรผู้ใช้อำนาจธิปไตยอีกองค์กรหนึ่ง คือ ศาลหรือฝ่ายตุลาการ จึงไม่ปรารถนาจะเข้าไปตรวจสอบตรงนี้ สำหรับวิธีการของการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามเนื้อหาข้างต้น ส่วนใหญ่จะกระทำโดยผ่านตัวแทนของรัฐ หรือประมุขของรัฐ แล้วแต่กรณีของเนื้อหา หากเป็นเรื่องของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศหรือมีผลสู่ภายนอกประเทศ ย่อมเป็นการกระทำโดยประมุขของรัฐ หากเป็นกิจการภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับระหว่างองค์กรภายในด้วยกันเอง ย่อมเป็นการกระทำของประมุขฝ่ายบริหาร แม้ว่า อังกฤษจะมีรัฐบาลในระบบรัฐสภา มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ฝรั่งเศสจะมีรัฐบาลแบบกึ่งประธานาธิบดีมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร และมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร และสหรัฐอเมริกามีรัฐบาลในระบบประธานาธิบดี มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร แต่ประเทศทั้งสามก็มีหลักการกระทำทางรัฐบาลที่คล้ายคลึงกันได้

บทที่ 4

การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

4.1 คดีฟ้องคณะรัฐมนตรีว่าการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ระหว่างผู้ฟ้องคดี กับผู้ถูกฟ้องคดี (นายกรัฐมนตรีที่ 1 สำนักนายกรัฐมนตรีที่ 2 ประธานกรรมการเลือกตั้งที่ 3 คณะกรรมการเลือกตั้ง ที่ 4) โดยผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้ง 6 เป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้ชุมนุมเรียกร้องเพื่อตรวจสอบความคุณธรรม จริยธรรม และความประพฤติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง อันเนื่องมาจากการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลในการตราว่าเกิดจากการชุมนุมสาธารณะตั้งข้อเรียกร้องในทางการเมือง ต่อมาการชุมนุมได้ขยายตัวไปในวงกว้างและรุนแรงขึ้น รวมทั้งมีการต่อเต้าว่าจะมีการเผชิญหน้าจนอาจจะมีการปะทะกับฝ่ายไม่เห็นด้วย และอาจมีการสอดแทรกฉวยโอกาสจากผู้ที่ไม่ประสงค์ดีจนทำให้ลุกลามถึงขั้นก่อการจลาจล จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้น เหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขัดข้อเท็จจริงตามสภาพการณ์ทางสังคม บิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากการชุมนุม โดนสงบและเปิดเผยโดยปราศจากอาวุธของประชาชน เป็นสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปและของผู้ฟ้องคดีทั้ง 6 ที่จะกระทำการได้ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ นอกจากนี้มาตรานี้ มาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 และข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ตามข้อ 3 ของแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 เรื่องการยุบสภาผู้แทนราษฎร และการกำหนดวันเลือกตั้ง ระบุว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการเลือกตั้งแล้ว จึงได้กำหนดวันเลือกตั้งทั่วไป จากข้อสังเกตดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการเลือกตั้งเพียงลำพังเท่านั้น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 อีกทั้งการกำหนดให้มีการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นเวลาเพียง 37 วัน นับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทำให้พรรค รัฐบาลได้เปรียบในการเลือกตั้งจึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนเอง มิได้ก่อให้เกิด

ประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป สำหรับแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 มีเนื้อหาที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงในลักษณะเดียวกันกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงเป็นแถลงการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถ ฟังพียงคัดค้านต่าง ๆ ในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายได้จึงฟ้องต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹ นั้นจะหมายถึงคดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้นเป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหาร กับ ฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดที่จะทำการพิจารณาพิพากษาได้ สำหรับแถลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจรับฟ้องไว้พิจารณาเช่นเดียวกัน จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ซึ่งเมื่อคู่ควินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ โดยเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาเรื่องพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นต้องพิจารณาดังนี้

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 11.

ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

โดยที่มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ศาลปกครอง มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับ เอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอัน เนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำ หรือการละเว้นการกระทำ ที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และมาตรา 9 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมี อำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐ ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวซ้ำเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการ กระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีกฎหมาย กำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้อง กระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ใน เขตอำนาจศาลปกครองนอกจากนี้ มาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้ศาลปกครอง สูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือ กฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

เห็นได้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของ พระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดิน ตามปกติ

แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่ง ในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติ บัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้

ส่วนกรณีในเรื่องความชอบของแถลงการณ์ของสำนักนายกรัฐมนตรีนั้น จะเห็นได้ว่าแถลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษา จึงไม่มีความจำเป็นต้องวินิจฉัยในข้อหาที่ 2 อีกต่อไป

และส่วนข้อหาที่ 3 เมื่อพิจารณามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

- 1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด
- 2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี
- 3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด
- 4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

จะเห็นว่า การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องในข้อหาที่ 3 ไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกันจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความส่วนที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น เมื่อศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอดังกล่าวแต่อย่างใด

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร โดยให้เหตุผลว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้วางหลักว่า การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีแบ่งได้เป็นที่ประเภท และการใช้อำนาจประเภทใดอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง และการใช้อำนาจประเภทใดไม่อยู่ในอำนาจของศาล

ปกครอง เพียงแต่ให้เหตุผลว่า การยุบสภาผู้แทนราษฎรมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งตรงนี้ถึงแม้ว่าศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่า เป็น การกระทำทางรัฐบาล ตรงๆ แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็จะเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี เรื่องการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร นั่นเอง

การกระทำของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางรัฐบาล สามารถที่จะพิจารณาได้โดยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์องค์กรผู้กระทำ องค์กรหรือผู้กระทำกรคือ คณะรัฐมนตรี เป็นคณะบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารของรัฐ และเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถึงแม้ว่าในคดีนี้ผู้ที่จะกระทำจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จะต้องไปพิจารณาต่อในหลักเกณฑ์ต่อไปคือ

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจคณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุลผล หากคณะรัฐมนตรีกระการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะ เจ้าหน้าที่รัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่จะกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อคดีที่มีการฟ้องเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภานี้ จะเห็นว่าคณะรัฐมนตรีได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หาได้ใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเท่าพระราชบัญญัติไม่

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของกรกระทำ ในเรื่องของเนื้อหาอันนั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของกรกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)² หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การ

² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 17.

กระทำทางรัฐบาล และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำ การอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็น กิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองเพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

ในกรณีการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นว่า มีลักษณะที่เป็นเรื่องทางการเมือง นั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า การตราพระราชบัญญัติยุบสภาของ คณะรัฐมนตรีนี้ เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นการใช้อำนาจใน เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้นเอง

ในเรื่องนี้เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศส มาวิเคราะห์ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่อาจเข้าควบคุมได้จะมีดังนี้คือ

- 1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล และรัฐสภา
- 2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลหรือองค์กร ต่างประเทศ

3) การกระทำที่เกี่ยวกับการสงคราม

4) การให้อภัยโทษ

ซึ่งในคดีนี้เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสมาวิเคราะห์ก็จะเห็นได้ว่าการ กระทำนี้เป็นการกระทำที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา ซึ่งการกระทำ ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล และรัฐสภา (คำว่ารัฐบาลในที่นี้หมายความถึง ประธานาธิบดี แห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย) นั้นสามารถแบ่งเป็นการกระทำดังนี้

1) การกระทำที่เป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจนิติ บัญญัติเช่น การปฏิเสธที่จะยื่นร่างกฎหมายให้รัฐสภา การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย เป็นต้น

2) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาลที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของ รัฐสภาเช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศในเรื่องที่เกี่ยวกับดินแดนของประเทศ

3) การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่นการออกพระราช กฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นต้น

4) การตั้งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจ หรือดำเนินการบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958

ในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล จะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแต่ มิได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปัวได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำใน ลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่ มิได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครอง ทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส เท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทาง รัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศส กับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

(2) การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาล แล้ว จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของ การกระทำนั้น เพราะรัฐบาลนั้นอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังที่จะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจจะกระทำการทางปกครองไปพร้อมๆ กับการกระทำทางตุลาการได้ องค์กรหนึ่ง อาจจะมีสองฐานะพร้อมๆ กันก็ได้ ดังนั้นในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการ พร้อมๆ กัน ไปก็ได้ ซาปัว อธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการกระทำในทางปกครอง กับ การกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึง จะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ หน้าที่ของรัฐบาล ออกเป็นการ

การกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามแนวความคิดนี้จึงอาจได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาปกติ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาสงคราม หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี และกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง

ซึ่งการกระทำในกรณีนี้ เป็นการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส เพราะว่ากรกระทำนี้ได้กระทำขึ้นโดยฝ่ายบริหาร และเนื้อหาของกรกระทำนั้นก็เป็นไปในเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นทำให้คดีนี้ไม่อาจที่จะนำขึ้นสู่การพิจารณาโดยศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองได้เลย

ต่อมาเมื่อนำหลัก การกระทำของรัฐ (Act of State) มาวิเคราะห์การกระทำนี้ ซึ่งการกระทำของรัฐนี้ สามารถที่จะเทียบเคียงได้กับหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส ได้โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่นการประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ การดำเนินการทางการทูต เป็นต้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารเหล่านี้ไม่อาจที่จะถูกควบคุมตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจนั้นๆ จากศาลได้ เช่นเดียวกับหลักการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

แต่ในส่วนของการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา จะไม่ได้อยู่ในหลัก การกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศอังกฤษ แต่เรื่องนี้จะเป็นเรื่องจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of The Constitution) ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นทางปฏิบัติที่กระทำสืบต่อกันมา จนเป็นที่ยอมรับ (Consensus) หรือมีผลผูกพัน (Binding) ซึ่งลักษณะสำคัญประการหนึ่งของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็คือ สภาพบังคับ (Sanction) ของการฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ก็คือ สภาพบังคับทางการเมือง ไม่ใช่สภาพบังคับทางกฎหมายที่ฟ้องร้องกันได้ศาล

ซึ่งในคดีนี้จะไปคล้ายกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษในเรื่องที่ นายกรัฐมนตรีเท่านั้นที่ เป็นผู้ถวายคำแนะนำในการยุบสภา ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 1918

ดังนั้นในคดีนี้เมื่อนำหลักการกระทำของรัฐมาวิเคราะห์ก็จะเห็นได้ว่า การออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาจะไม่ตรงกับหลักการกระทำของรัฐของประเทศอังกฤษ แต่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา กรณีเช่นนี้ในประเทศอังกฤษก็จะไม่สามารถนำเรื่องนี้ขึ้นสู่ศาลเพื่อฟ้องร้องได้ เพราะมีจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the Constitution) ในเรื่องนี้ ศาลจึงจำกัดตนเองที่จะเข้าควบคุมการกระทำในกรณีเช่นนี้

ต่อมาเมื่อนำหลักปัญหาทางการเมือง (Political Questions) ของประเทศสหรัฐ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และหน้าที่ประมุขของฝ่ายบริหารเสมือนว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งพระมหากษัตริย์ และนายกรัฐมนตรี ในขณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้การบริหารของประธานาธิบดีย่อมรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน เพราะได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน สำหรับรัฐมนตรีนั้นประธานาธิบดีแต่งตั้ง เป็นเสมือนที่ปรึกษาของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะเรียกมาหารือ หรือมอบหมายการใด หรือไม่ก็สุดจะแล้วแต่ประธานาธิบดี รัฐมนตรีทั้งหลายรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานาธิบดีเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหาร ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขนั้น ถือหลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐสภาไม่อาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ของประธานาธิบดีโดยตรง โดยการตั้งกระทู้ถาม หรืออภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดี และในทางกลับกันประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในการปกครองแบบนี้ จะมีการคานและดุล (Check and Balance) กัน โดยรัฐสภาอาจออกกฎหมายหรือ อนุมัติไม่อนุมัติงบประมาณแผ่นดินที่ประธานาธิบดี และในบางกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดร้ายแรง บางประเภท ก็อาจถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ได้ในทำนองกลับกัน กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาแล้วนั้นอาจไม่ได้รับการลงนามโดย ประธานาธิบดี (Veto) ได้เช่นกัน³

ซึ่งการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภานี้เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองภายในประเทศ ซึ่งกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเมืองภายในประเทศ จะมีดังนี้

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลไม่ควรที่จะเข้าไปแทรกแซงเกี่ยวกับเรื่องของ “อำนาจรัฐ” เพราะการพิจารณาในปัญหาเฉพาะเช่นนี้ ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของประชาชนผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

ข. การกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงเช่นในคดีนี้ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภา เป็นต้น

ซึ่งเมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกามาพิจารณาเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร แล้วจะเห็นว่าได้ว่าการกระทำนี้จะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับปัญหาภายในประเทศตามทฤษฎีปัญหาทางการเมือง ดังนั้นการกระทำนี้ไม่สามารถที่จะถูกควบคุมโดยทางศาลได้

³ วิษณุ เครืองาม. (2527). เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน เล่มที่ 1 (หน่วยที่ 1-7). หน้า 169.

4.2 คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa)

คดีพิพาทที่เกี่ยวข้องการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีที่ 1-4 เป็นองค์กรพัฒนาเอกชนได้รวมตัวกับประชาชนหลากหลายอาชีพก่อตั้งองค์กรภาคประชาชนโดยใช้ชื่อว่า กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชนมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบนโยบายและกระบวนการเจรจาตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยกับประเทศต่างๆ ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้ง 5 กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ได้มีมติวันที่ 19 ธันวาคม 2549 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กระทรวงการต่างประเทศ) ดำเนินการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งมีได้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 ทำให้ข้อเท็จจริงที่ได้จากการทำประชาพิจารณ์เป็นข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์ ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2550 เพื่อเปิดให้มีการอภิปรายโดยไม่ลงมติ ตามมาตรา 12 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับชั่วคราว 2549 แต่เป็นการอภิปรายที่มีข้อมูลไม่เพียงพอ และการจัดส่งข้อมูลให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อความเข้าใจล่วงหน้าก่อนการอภิปรายเพียง 2 วันเท่านั้น ทำให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติบางคนรวมทั้งองค์กรต่างๆ ทำหนังสือเสนอสภาพปัญหาเกี่ยวกับการขอแก้ไขการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพร้อมทั้งเปิดโอกาสเห็นชอบให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมอย่างแท้จริง และการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ในวันที่ 2-4 เมษายน 2550 อันเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นให้เสร็จสิ้นเสียก่อน และเนื่องจากการลงนามดังกล่าวจะมีผลผูกพันระยะยาวต่อการดำเนินชีวิตของประชาชนกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงทางภูมิปัญญาไทย เศรษฐกิจ สังคม อธิปไตยของชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบจากทุกฝ่าย ซึ่งการลงนามในความตกลงดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน หาใช่เรื่องนโยบายของรัฐบาลไม่ ผู้ฟ้องคดีจึงขอ ให้ศาลมีคำพิพากษาดังนี้ (1) ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะ และจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่ (2) ให้มีมติคณะรัฐมนตรีที่ให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้วเป็นโมฆะ (3) ให้มีมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและบุคคลที่เกี่ยวข้องไปลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นโมฆะ และมีคำสั่งหรือ

คำพิพากษาให้ระงับการลงนามดังกล่าวและ (4) ให้คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องที่ 3 (รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น

ศาลปกครองกลาง พิจารณาแล้วเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนคำขอในข้อที่ 4 ที่ขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 ผู้ถูกฟ้องที่ 3 และบุคคลอื่นนั้น คำขอดังกล่าว ศาลปกครองกลางจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ผู้ฟ้องคดีทั้ง 5 จึงอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549) และประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารที่คณะรัฐมนตรีใช้กระทำการต่างๆ นั้น อาจมีจากแหล่งที่มาจากราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรืออาจมาจากรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับใช้ดังเช่น พระราชบัญญัติกระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจของพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้นเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจึงมีคำสั่งยืนตามศาลปกครองกลาง

ซึ่งคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำสั่งยืนตามศาลชั้นต้น คือไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา โดยมีเหตุผลในการพิจารณาดังนี้ คือ ศาลปกครองสูงสุดมองว่า ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการต่างๆหรือเนื่องมาจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญละเลยต่อหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนั้น ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ในคดีนี้ก็คือ คณะรัฐมนตรีนั้นเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 และประเพณีปกครองของประเทศไทยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารของรัฐ โดยอำนาจบริหารของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้กระทำการต่างๆ นั้น อาจมีแหล่งที่มาจกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การกระทำทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวบรรลุผล ซึ่งจะถือได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจบริหารของรัฐตามที่พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเท่าพระราชบัญญัติกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติล่าช้าเกินสมควรนั้น ย่อมจะเป็นคดีพิพาทที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) และ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญดำเนินการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในเรื่องความสัมพันธ์ของรัฐสภาหรือเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 หาได้กระทำในฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ กระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐล่าช้าเกินสมควร ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลมาวิเคราะห์คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) การที่จะพิจารณาว่าคดีนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาหลายๆ หลักเกณฑ์ประกอบกัน ซึ่งจะเริ่มต้นที่

1) หลักเกณฑ์ในองค์กรผู้กระทำ ในคดีนี้องค์กรหรือผู้กระทำการคือ คณะรัฐมนตรี เป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารของรัฐ และเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถึงแม้ว่าในคดีนี้ผู้ที่กระทำจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาลจะต้องไปพิจารณาต่อในหลักเกณฑ์ต่อไปคือ

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจคณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุลผล หากคณะรัฐมนตรีกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่จะกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อดูในคดีนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีไปลงนามในความตกลงร่วมหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นนั้น คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ มิใช่อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ เมื่อทราบว่าการกระทำที่คณะรัฐมนตรีได้ใช้กระทำนั้นเป็นอำนาจจากที่ใดแล้วก็จะต้องไปพิจารณาหลักเกณฑ์ต่อไปคือ

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของกรกระทำ ในเรื่องของเนื้อหานี้ต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้า

กระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)⁴ หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การกระทำทางรัฐบาล และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ-ไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) นี้เมื่อพิจารณาถึงลักษณะและเนื้อหาของการกระทำแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำนี้มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย

เมื่อพิจารณาทุกหลักเกณฑ์ประกอบกันแล้วการกระทำของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งใช้อำนาจทางบริหารในเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือการลงนามร่วมหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งจะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง แต่จะอยู่ในการควบคุมของรัฐสภา ซึ่งเป็นการควบคุมทางการเมือง ตามหลักการดุลและคานอำนาจ (check and balance) หากใช้เป็นการกระทำทางปกครองโดยทั่วไป ที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การกระทำทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวบรรลุผล ซึ่งจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ ของศาลปกครองตามบทบัญญัติ มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในคดีนี้เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์การกระทำนี้จะเป็นดังนี้คือ การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะเป็นการกระทำที่อยู่ นอกเหนือการควบคุมทางศาล (Le controle Juridictionnel) แยกพิจารณาในปัจจุบันมี 2 กรณีคือ

กรณีที่ 1 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายรัฐสภา เช่น กรณีที่ประธานาธิบดีมีรัฐกฤษฎีกาให้ยุบสภากรณีเช่นนี้จะขอให้เพิกถอนไม่ได้ ยังมีกรณีอื่นอีกได้แก่

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 17.

1) การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกกฎหมายออกกำหนดวันเลือกตั้ง

(1) การมีส่วนร่วมในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย เช่นการเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย เป็นต้น

(2) การประกาศใช้รัฐบัญญัติ เช่นการกล่าวหาว่า รัฐบัญญัติ ที่มีรัฐสภาประกาศใช้นั้นมีเนื้อหาไม่ตรงกับร่าง รัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(3) การกระทำของประธานาธิบดี เช่นการตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 หรือการเสนอร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงมติ

กรณีที่ 2 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปได้แก่ การกระทำทางการทูต แนวคำพิพากษาจะไม่ได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ค่อนข้างถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องรัฐกับรัฐ เช่นการเจรจาทางการทูตต่างๆ การปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การลงนามในสนธิสัญญาต่างๆ การให้สัตยาบันต่อสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

2) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศเช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือให้การคุ้มครองไม่เพียงพอ

3) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลโลก เช่นการปฏิเสธไม่เสนอคดีให้ศาลโลกตัดสิน

4) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม โดยสภาแห่งรัฐได้ถือเอาความหมายเกี่ยวกับสงครามว่าหมายถึงการปฏิบัติการทางทหารในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล จะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแต่ไม่ได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปัวได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์การนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มีได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแล้วแต่ไม่ได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

ข. การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์การที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นเรื่องในทางนโยบาย หรือมีเนื้อหาเป็นงานประจำ

เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสมีพิจารณาเรื่องคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) แล้วก็จะเห็นว่าในคดีนี้จะไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากการที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งจะไม่อยู่ในการควบคุมทางศาล เพราะเป็นเหตุผลว่าเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา ในเรื่องที่มีความสัมพันธ์ในลักษณะนี้

เมื่อเรามาคู การกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งได้อธิบายความหมายการกระทำของรัฐได้ออกเป็นกรอบความคิดหลัก แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดัง คือ

- การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ ในการอธิบายความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่สัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การสงบศึก รวมทั้งการทำสนธิสัญญาต่างๆ การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่น การให้การยอมรับรัฐบาลต่างประเทศ การกระทำทั้งหลายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจของศาลอังกฤษในความหมายที่ว่า ไม่มีใครตั้งคำถามใดๆ ได้ เพราะเป็นเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องของอำนาจฝ่ายตุลาการ หรือไม่อาจใช้อำนาจยุติธรรมมาตัดสินได้ หรือเป็นสิ่งประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้บังคับซึ่งสิทธิใดๆ จากอำนาจตุลาการ

คดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยปกติแล้วจะเกิดจากความพยายามของปัจเจกชน หรือเอกชน ที่จะให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีผลกระทบทางอ้อมของการกระทำ

- การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชน มีหลักของการกระทำของรัฐ เป็นหลักการป้องกัน ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจตุลาการ เพื่อให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้าง Non-Jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบโดยศาล

เมื่อนำหลักการกระทำของรัฐของประเทศอังกฤษ มาวิเคราะห์กับการที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ก็จะทำให้เห็นได้ว่า การกระทำของนายกรัฐมนตรีในการกระทำดังกล่าวนี้จะไม่อยู่ในการควบคุมทางศาล เพราะอยู่ในประเทศอังกฤษนั้น เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการกระทำของรัฐแล้วนั้น ศาลจะไม่เข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบใดๆ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เหตุที่ศาลไม่มีมาตรวจสอบได้เพราะ เป็นเรื่องการกระทำของอำนาจอธิปไตยโดยเฉพาะ และอำนาจในการกระทำนี้จึงไม่อาจที่จะถูกท้าทายได้ หรือเข้ามาเกี่ยวข้องกับศาลได้ เพราะการกระทำของรัฐ ไม่ใช่กฎหมายที่ศาลจะเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้ แต่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้นเมื่อใดก็ตามที่เป็นการกระทำของรัฐแล้วศาลจะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ (Sovereign Power)

ต่อมาเมื่อนำหลัก ปัญหาทางการเมือง (Political Question) มาวิเคราะห์คดีที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น หลักปัญหาทางการเมือง คือการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำนั้นอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณาจากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็นส่วนของอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจที่เป็นสิ่งอ่อนไหวในการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบรวมข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เทียบพร้อมกว่าอำนาจตุลาการ

ซึ่งหลักปัญหาทางการเมืองนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการคือ

(1) กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ ซึ่งได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง และการกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง เช่น การเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

(2) กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับทางการทูต การรับรองรัฐบาลการจัดทำหรือยกเลิกสัญญาต่างๆ การตัดสินใจของประธานาธิบดีในการประกาศสงครามหรือยุติสงคราม

เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา มาวิเคราะห์การกระทำที่นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ก็จะได้เห็นว่า การกระทำนี้เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารไปใช้อำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ คือการไปทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ซึ่งเรื่องนี้จะกลายเป็นเรื่องหลักปัญหาทางการเมือง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจถูกแทรกแซงโดยอำนาจตุลาการได้ เพราะที่สหรัฐอเมริกานั้นจะให้การยอมรับในหลักการแยกอำนาจแบบเด็ดขาด ดังนั้นการกระทำในลักษณะนี้จึงไม่อาจที่จะถูกแทรกแซงโดยอำนาจตุลาการได้ ซึ่งการกระทำในแบบนี้จะต้องควบคุมโดยอำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา และท้ายที่สุดแล้วการกระทำนี้ก็จะถูกควบคุมโดยประชาชนนั่นเอง

4.3 คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

ต่อมาคดียุติคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ศาลปกครองกลาง คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีนั้นได้ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำ 3 การกระทำ ได้แก่ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ จะเห็นได้ว่าการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ นั้นเป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เท่านั้น และการกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและที่สำคัญนั้นยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเอาเป็นวัตถุประสงค์ได้ อย่างไรก็ตามศาลปกครองกลางกลับนำการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล

ปกครอง ดังปรากฏให้เห็นในคำสั่งของคำสั่งศาลปกครองกลาง และในส่วนของ การลงนามของ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งมี ผลทางกฎหมายคู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุประสงค์ได้นั้น จะเห็นได้ว่า การ ลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา เป็นการกระทำที่ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มา จากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครอง การกระทำความดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้เขต อำนาจของศาล

ในคดีนี้เมื่อดูจากคำสั่งศาลปกครองกลางแล้วอาจจะกล่าวกันได้ว่า ศาลปกครองกลางนั้น ไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่พิจารณาเฉพาะการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่าง แถลงการณ์ร่วมฯ ตรงนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าว ไม่สามารถที่จะแยกการกระทำออกเป็นส่วนๆ เพื่อพิจารณาได้ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ถือเป็น “การ กระทำที่สามารถแยกออกได้” จากการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศใน แถลงการณ์ร่วมฯ การกระทำความดังกล่าว ล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการเดียวกัน สืบเนื่องต่อกันไป เป็น ขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนาม ไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงนามซึ่งถือว่าแยกออกจาก แถลงการณ์ที่มีการลงนามแล้วได้

ประเด็นที่เกี่ยวกับอำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดีนั้น ถ้าหากการกระทำของคณะรัฐมนตรีและ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นการกระทำที่สามารถถูกตรวจสอบจากศาลปกครอง ได้ตามคำฟ้องที่ผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวจะมีอำนาจฟ้องได้อย่างไร ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าระบบกฎหมายไทยไม่ได้อนุญาตให้บุคคลใดก็ได้ที่พบเห็นการ กระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถมีอำนาจฟ้องคดีปกครอง กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับ หลักการฟ้องคดีปกครองโดยประชาชนทั่วไป แต่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายหรือ อาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำ ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 42⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542, มาตรา 42

ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมา จากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ

วิธีพิจารณาคดีปกครอง ความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าคืออะไร ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้แต่เพียงผู้เดียว และฟ้องคดีแทนปวงชนชาวไทยได้หรือไม่ หากเป็นเช่นนี้ต่อไปบุคคลใดๆ ก็สามารถนำเรื่องราวการกระทำของฝ่ายบริหารไปฟ้องร้องศาลปกครองก็ได้ใช่หรือไม่ โดยอ้างเพียงแต่ว่าตนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ก็มีอำนาจฟ้องแล้ว ซึ่งมันก็มีแต่จะทำให้เกิดความวุ่นวายขึ้นมาในการบริหารบ้านเมืองของฝ่ายบริหารหรือไม่

เมื่อดูจากคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีนี้ ศาลปกครองได้กล่าวไว้ว่า “พิเคราะห์แล้วจะเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 11⁶ แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20⁷ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตรงจุดนี้ศาลปกครองได้พิจารณาเพียงแค่หลักองค์กรผู้กระทำการเท่านั้นไม่ได้พิจารณาไปถึงเนื้อหาของ การกระทำ ซึ่งตรงจุดนี้ จึงยังไม่สามารถที่จะสรุปได้ว่าคดีนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และในคำฟ้องนั้นผู้ฟ้องคดียังได้อ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีกรณีขอขึ้นทะเบียนพร้อมแผนที่แนบท้ายโดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และ

สัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรืออุกฉกรรจ์ได้แก่นั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายเรื่องใดไว้ โดยเฉพาะ การฟ้องคดีนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วเท่านั้น

⁶ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534, มาตรา 11 กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการ ต่างประเทศ

⁷ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 20 ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 11 กระทรวงหนึ่งมีรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และกำหนดนโยบายของกระทรวงให้สอดคล้องกับนโยบาย ที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกระทรวง และจะให้ มี รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการก็ได้

ในกรณีที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง การสั่งหรือการปฏิบัติราชการของ รัฐมนตรีช่วยว่าการ กระทรวงให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมอบหมาย

ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาส่วนราชการที่เรียกชื่อ อย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมแต่มิได้สังกัดกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะมอบหมายให้ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงปฏิบัติราชการแทนก็ได้

กระทำนอกอำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผล
ความผูกพันที่อาจเกิดจากประชาชาติ และคณะรัฐมนตรีได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูล
อย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย
จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ
การโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรค
หนึ่ง (1)⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ซึ่งตรงนี้เมื่อลองพิจารณาดูแล้วจะ
เห็นได้ว่าเป็นเพียงข้อกล่าวหาที่ผู้ฟ้องคดีนั้นได้อ้างขึ้นเพื่อให้เข้าเงื่อนไขในการที่จะทำให้เข้าการ
ควบคุมของศาลปกครองในเรื่องการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง
แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น ซึ่งประเด็นสำคัญในคดีนี้นั้นไม่ได้อยู่
ตรงที่การกระทำนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการที่จะสามารถยืนยันได้ว่าการกระทำใดชอบด้วย
กฎหมายหรือไม่อย่างไรนั้นจะอยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งขั้นตอนนั้นจะต้องผ่าน
เงื่อนไขในการฟ้องคดีไปก่อน ซึ่งประเด็นสำคัญของคดีนี้อยู่ที่ว่า การกระทำที่เป็นวัตถุแห่งการฟ้อง

⁸ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 9 วรรคหนึ่งบัญญัติ
ว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่
หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับ
การกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้าง
ขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่
กฎหมายกำหนด ให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือ
เจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการ
ละเลยต่อหน้าที่ตามที่ กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับ
ให้บุคคลต้อง กระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง
เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากรศาลทรัพย์สินทาง

ปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

คดีนี้ขึ้นอยู่กับขอบเขตอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองหรือไม่ ถึงการกระทำนี้จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่การกระทำนั้นไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือผู้ฟ้องไม่มีอำนาจที่จะฟ้องคดีได้ ศาลปกครองก็จะไม่รับฟ้องคดีไว้เพื่อที่จะทำการพิจารณาต่อไป

เมื่อได้พิจารณาคดีปราสาทเขาพระวิหารตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 นี้ ศาลปกครองกลางใช้เพียงหลักเกณฑ์ทางองค์การพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ “เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20⁹ แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534” และคณะรัฐมนตรี “มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย” รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี “จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542” ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรี ก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองจะเห็นได้ว่าแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่

⁹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534, มาตรา 20 กระทรวงมหาดไทยมีส่วนราชการ ดังต่อไปนี้

- (1) สำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรี
- (2) สำนักงานปลัดกระทรวง
- (3) กรมการปกครอง
- (4) กรมการผังเมือง
- (5) กรมการพัฒนาชุมชน
- * (6) (ยกเลิก)
- (7) กรมที่ดิน
- (8) กรมโยธาธิการ
- (9) กรมราชทัณฑ์
- (10) สำนักงานเร่งรัดพัฒนาชนบท

*[มาตรา 20 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2537 และ (6) ยกเลิกโดยพระราชกฤษฎีกาโอนกรมตำรวจ กระทรวง มหาดไทย ไปจัดตั้งเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2541 อาศัยอำนาจตามมาตรา 230 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย].

บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลก็คือ ศาลปกครองย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองโดยองค์คณะ 5 คนกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรีแม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบาย หรือเรื่องในทางระหว่างประเทศซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร จะเห็นว่าการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นย่อมขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁰ ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ซึ่งถ้าหากศาลยึดหลักเช่นนี้ก็จะหมายความว่า ต่อไปนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำการ โดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญนั้นสามารถที่ถูกฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดความยุ่งเหยิงต่อระบบของกฎหมายมหาชน และถ้าเป็นเช่นนี้ต่อไปอีก จะไม่สามารถแยกได้ว่าคดีใดเป็นคดีปกครอง คดีใดเป็นคดีรัฐธรรมนูญได้ และศาลปกครองก็สามารถที่จะทำการพิจารณาคดีโดยพิจารณาเพียงแค่องค์การผู้กระทำการ คือ มองว่าถ้าเป็นเจ้าหน้าที่รัฐก็พอแล้ว ไม่ต้องไปสนใจว่าจะมีเนื้อหาของคดีอย่างไร ที่มาของอำนาจเป็นอย่างไร ซึ่งตรงนี้เองจะเป็นสิ่งที่ช่วยแยกแยะว่าเป็นคดีปกครองหรือคดีรัฐธรรมนูญนั่นเอง

ต่อมาวันที่ 8 กันยายน พุทธศักราช 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่ง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) ต่อศาลปกครองสูงสุด คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนไทยและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของชาติ มีหน้าที่ป้องกันประเทศรักษาผลประโยชน์ของชาติตามมาตรา 3 ประกอบมาตรา 71 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้ฟ้องคดีที่ 4 มีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดศรีสะเกษ ใกล้ชายแดนประเทศกัมพูชาอันเป็นที่ตั้งปราสาทพระวิหารและมีความผูกพันยึดมั่นในปราสาทพระวิหารซึ่งเป็นมรดกทางอารยธรรมล้ำค่า ผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นสมาชิกวุฒิสภาและเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายพนพล ปัทมะ) เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ต่อมาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเพื่อให้ประเทศกัมพูชาเสนอต่อองค์การยูเนสโกในวันที่ 5 กรกฎาคม 2551

คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยื่นคำ ร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำบังคับได้ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีเจตนาฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมการฟ้องขอเพิกถอนการกระทำอันเป็น

¹⁰ พรชัย เลื่อนฉวี. (2546). กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง. หน้า 114.

ขั้นตอนก่อนออกแถลงการณ์ร่วมเป็นการฟ้องโดยไม่มีเหตุผล เป็นเพียงขั้นตอนการเตรียมการเพื่อออกคำแถลงการณ์ การเสนอร่างคำแถลงการณ์เป็นการกระทำที่เกิดขึ้นและยุติไปแล้ว ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ การฟ้องคดีจึงเป็นการฟ้องเพื่อแทรกแซงอำนาจในการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายพนพล ปัทมะ) เป็นคำฟ้องที่ศาลไม่อาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่ถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหายตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นการกระทำของรัฐบาล มิใช่กระทำในฐานะเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่มีประเด็นต้องพิจารณาว่า การจัดทำแถลงการณ์ร่วมดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สำหรับขั้นตอนการเสนอแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบโดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามต่อนั้นเป็นกระบวนการอันหนึ่งอันเดียวกันที่ไม่สามารถแยกจากการลงนามแถลงการณ์ร่วม เนื้อหาของแถลงการณ์ร่วมไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด ไม่มีผลต่อการยอมรับหรือมีผลกระทบใดๆ เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศไทยและประเทศกัมพูชา การที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินนโยบายต่างประเทศ ซึ่งเหตุที่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้วโดยหลังจากศาลปกครองได้มีคำสั่งดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือแจ้งระงับผลการใช้แถลงการณ์ร่วมไปยังฝ่ายกัมพูชาและองค์การยูเนสโกทราบ ตามหนังสือกระทรวงต่างประเทศด่วนที่สุด ที่ 1803/505 ลงวันที่ 7 กรกฎาคม 2551 ต่อมา ในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลกสมัยที่ 32 ที่เมืองควิเบก ประเทศแคนาดา ระหว่างวันที่ 2 ถึงวันที่ 10 กรกฎาคม 2551 คณะกรรมการมรดกโลกได้พิจารณาโดยรับรองไว้ในข้อมติอย่างชัดเจนว่า มิให้นำแถลงการณ์ร่วมมาใช้ในการพิจารณา ดังนั้น เหตุที่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวอีกต่อไปจึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น และยกคำร้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ส่วนที่ 2 ว่าด้วยเรื่องการบรรเทาทุกข์ชั่วคราว โดยที่ข้อ 76 วรรคห้า กำหนดให้ประธานศาลปกครองสูงสุดส่งคำร้องให้องค์คณะในศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาคำร้อง โดยให้นำความในข้อ 71 วรรคหนึ่งและวรรคหนึ่งของข้อนี้ มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่องค์กรคณะจะไม่บังคับได้สวนก็ได้จึงเป็นกรณีที่ศาลไม่จำเป็นต้องส่งสำเนาคำขอให้คู่กรณีทำคำชี้แจงแสดงพยานหลักฐานแต่อย่างใด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้ว คดีมีประเด็นต้องพิจารณาว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่พิเคราะห์แล้ว เห็นว่ากระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมไทยกับกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาพร้อมแผนที่แนบท้าย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเห็นชอบกับแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วยการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย ซึ่งการจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนโดยรวมและจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทย อีกทั้งแถลงการณ์ร่วมเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครอง และรักษาไว้ซึ่งอาณาเขตดินแดนรวมถึงแหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติให้มีอยู่สืบต่อไป หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับมิได้มีการจัดให้ข้อมูลแก่ประชาชนเพื่อสามารถเข้าถึงรายละเอียดของแถลงการณ์ร่วม และหากมีการปฏิบัติตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือไม่ อย่างไร รวมทั้งมิได้มีการเสนอเพื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะลงนามในแถลงการณ์ร่วม การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส

ก่อให้เกิดความสงสัยเคลือบแคลงใจแก่ประชาชนเป็นจำนวนมาก ทั้งที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศจึงมีผลกระทบก่อให้เกิดความขัดแย้งของคนในสังคมและระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดทำแถลงการณ์ร่วม โดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 แล้ว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภาและทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นกระทำการอื่นที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ที่กระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในทางปกครองด้วย ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้ การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเป็นการกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าซึ่งเป็นประชาชนคนไทยเป็นเจ้าของอริปไตยและเป็นผู้มีสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฟ้องขอให้ศาลปกครองแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และขอให้ศาลเพิกถอนการจัดทำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว รวมทั้งมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนคนไทย มีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของชาติและปฏิบัติตามกฎหมาย การจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชนโดยรวมการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของชาติ ปกป้องอาณาเขตดินแดน อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งรวมทั้งสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีผลกระทบและก่อให้เกิดผลผูกพันต่อประชาชน ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้อง

คดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ซึ่งการที่จะทราบว่ากรกระทำนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาลนั้น เราต้องนำหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมาพิจารณาประกอบกันดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์องค์การผู้กระทำ เมื่อดูจากองค์การที่ใช้อำนาจในคดีนี้จะเห็นว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3¹¹ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่จะยังสรุปไม่ได้ว่าการกระทำนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

¹¹ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็น กรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงาน อื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทาง ปกครอง

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฏคำสั่ง หรือ มติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท” หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์การและ วิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

“ตุลาการศาลปกครอง” หมายความว่า ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

“ก.ศป.” หมายความว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

“คู่กรณี” หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายความรวมถึงบุคคลหน่วยงานทางปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอดไม่ว่าจะ โดยความสมัครใจเอง หรือ โดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียก เข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนิน กระบวนพิจารณา ให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย

“คำฟ้อง” หมายความว่า การเสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอ หรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยความสมัครใจ หรือถูกบังคับ หรือ โดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจ คณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุลผล หากคณะรัฐมนตรีกระการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่เมื่อดูจากคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ที่ได้ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา นั้นได้รับอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ให้อำนาจ เป็นการใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัติตามที่ผู้ฟ้องได้ฟ้องไม่

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของกรกระทำ ในเรื่องของเนื้อหาอันต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)¹² หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การกระทำทางรัฐบาล และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ได้ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชานั้น มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

¹² วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2537). คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2. หน้า 17.

เมื่อนำการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา มาพิจารณากับหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะทำการพิจารณาพิพากษาได้

เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ก็จะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความ สัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปได้แก่ การกระทำทางการทูต ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องรัฐกับรัฐ เช่นการเจรจาทางการทูตต่างๆ การปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การลงนามในสนธิสัญญาต่างๆ การให้สัตยาบันต่อสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

(1) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศเช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือให้การคุ้มครองไม่เพียงพอ

(2) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลโลก เช่นการปฏิเสธไม่เสนอคดีให้ศาลโลกตัดสิน

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม โดยสภาแห่งรัฐ ได้ถือเอาความหมายเกี่ยวกับสงครามว่าหมายถึงการปฏิบัติการทางทหาร

ในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแต่ไม่ได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยขานไปได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มีได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแล้วแต่ไม่ได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

(2) การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำที่ลักษณะเป็นเรื่องในทางนโยบาย หรือเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานประจำ

แม้ว่าแนวคำพิพากษา จะไม่ได้ชี้ชัดว่าการที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุม เพราะเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ค่อนข้างถือหลักว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณาได้

เมื่อดูที่องค์กรผู้กระทำ ในกรณีนี้ก็จะเห็นได้ว่า องค์กรผู้กระทำนี้ก็คือ ฝ่ายบริหารนั่นเอง เพราะว่าการกระทำที่ไม่ได้กระทำโดยฝ่ายบริหารแล้วจะไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล แต่การที่จะมองว่าองค์กรผู้กระทำคือฝ่ายบริหารแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่ เพราะจะต้องไปดูที่เนื้อหาว่าเป็นการกระทำทางปกครอง หรือการกระทำทางรัฐบาล และเนื้อหาของการกระทำในคดีนี้ ก็เป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล หากใช่เป็นการกระทำทางปกครอง

ซึ่งการกระทำที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส มาวิเคราะห์ก็ จะเห็นได้ว่า เรื่องนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนี้ หลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาลทั้งสิ้น

ต่อมาดูที่หลักการกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศอังกฤษ ซึ่งได้อธิบายความหมายการกระทำของรัฐได้ออกเป็นกรอบความคิดหลัก แบ่งออกได้เป็น 2 กรณีดัง คือ

ก. การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ ในการอธิบายความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่า เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่สัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การสงบศึก รวมทั้งการทำสนธิสัญญาต่างๆ การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่น การให้การยอมรับรัฐบาลต่างประเทศ การกระทำทั้งหลายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจของศาลอังกฤษในความหมายที่ว่า ไม่มีใคร

ตั้งคำถามใดๆได้ เพราะเป็นเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องของอำนาจฝ่ายตุลาการ หรือไม่อาจใช้อำนาจยุติธรรมมาตัดสินได้ หรือเป็นสิ่งประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้บังคับซึ่งสิทธิใดๆ จากอำนาจตุลาการ

คดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยปกติแล้วจะเกิดจากความพยายามของปัจเจกชน หรือเอกชน ที่จะให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีผลกระทบทางอ้อมของการกระทำ

ข. การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชน มีหลักของการกระทำของรัฐ เป็นหลักการป้องกัน ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจตุลาการ เพื่อให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้าง Non-Jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบโดยศาล

ซึ่งสามารถที่จะกล่าวโดยสรุปได้ว่า การกระทำของรัฐ หรือ Act of State ในแนวคิดของอังกฤษนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยตรง (Royal Prerogative) ในส่วนที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ ทั้งนี้แนวคิดนี้ก็ได้อุ้มครองถึงหน่วยราชการ (The Crown) ซึ่งหมายถึงข้าราชการที่รับใช้พระองค์ และทำหน้าที่แทนพระองค์ ในการกระทำในเรื่องต่างๆ

ซึ่งเมื่อพิจารณาการกระทำนี้ โดยนำหลักการกระทำของรัฐมาวิเคราะห์ก็จะเห็นว่าการกระทำนี้ จะไม่อยู่ในการควบคุมโดยศาล เพราะเป็นการกระทำที่อยู่ในหลักของการกระทำของรัฐ ซึ่งเมื่อใดที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำของรัฐแล้ว ศาลจะไม่เข้าไปควบคุมการกระทำนั้น เพราะศาลประเทศอังกฤษนั้นจะถือว่าการกระทำของราชการส่วนกลาง หรือฝ่ายบริหารนั้น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตย (Sovereign Power) ดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่สามารถที่จะถูกท้าทาย หรือเข้ามาควบคุม หรือเข้ามาเกี่ยวข้องโดยศาลได้ จึงทำให้เห็นได้ว่าศาลจะต้องยอมรับการกระทำของรัฐ โดยปราศจากคำถามใดๆ ศาลจะมีอำนาจก็แค่เพียงพิจารณาว่าเรื่องใดเป็นเรื่องการกระทำของรัฐหรือไม่อย่างไร และควรจะมีขอบเขตมากน้อยเพียงใดได้

เมื่อมาดูหลักปัญหาทางการเมือง (Political Questions) หลักปัญหาทางการเมืองคือการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำนั้นอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณามาจากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็นส่วนของอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจที่เป็นสิ่งอ่อนไหวในการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบรวมข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เพียบพร้อม

กว่าอำนาจตุลาการ ซึ่งหลักปัญหาทางการเมืองสามารถแยกพิจารณาจากเหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจได้เป็น 2 ประการคือ

ก. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ

ข. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ

เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์ที่ใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ก็จะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็นเรื่องที่ตรงกับหลักปัญหาทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนนี้สามารถที่จะแบ่งเป็นเรื่องได้ดังนี้

1) กรณีเกี่ยวกับนโยบาย การตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทูต การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ

2) การจัดทำและยกเลิกสนธิสัญญา การกระทำที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ดังเช่น การกระทำของประธานาธิบดีในการจัดทำสนธิสัญญา หรือการยกเลิกการบังคับใช้ของสนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่ง

3) การตัดสินใจของประธานาธิบดี ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสงคราม หรือการยุติสงคราม

4) การกระทำที่เกี่ยวกับอำนาจการใช้กำลังทหาร เช่น การส่งกำลังทหารไปรบในสงครามเวียดนาม หรือการส่งทหารเข้าไปในประเทศนิกะกัว แม้ว่า การกระทำนี้จะไม่ได้กระทำภายใต้สภาวะประกาศสงครามก็ตาม

ดังนั้นเมื่อการกระทำนี้เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นเรื่องที่ตรงกับหลักปัญหาทางการเมืองซึ่งทำให้เรื่องนี้จะไม่สามารถถูกแทรกแซงโดยอำนาจ ตุลาการได้ เพราะจะเป็นเรื่องที่จะต้องถูกควบคุมโดยอำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ตามหลักแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

4.4 ความเห็นของนักวิชาการกฎหมายมหาชนในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

1) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์¹³ ได้กล่าวว่า เรื่องปราสาทพระวิหารกลายมาเป็น เรื่องใหญ่ของการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลที่ส่งผลกระทบต่อหลายประการ เริ่มจากการที่มีบุคคลกลุ่มหนึ่งไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทย และขอให้ศาลปกครอง

¹³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2551, จาก

มีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทยยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก ต่อมาพรรคประชาธิปัตย์ก็ได้ยื่นขอให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 หรือไม่ เช่นเดียวที่สมาชิกวุฒิสภากลุ่มหนึ่งก็ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญให้ความเห็นในประเด็นมาตรา 190 เช่นกัน

และผู้ฟ้องคดียังได้ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางก็ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆ ในเรื่องที่ถูกฟ้องคดี จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งก็หมายความว่ามติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วม และแถลงการณ์ร่วมที่ลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ไม่สามารถใช้อย่างบังคับได้จนกว่าศาลปกครองจะมีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว

ท่านกล่าวว่าในฐานะนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนจะหลีกเลี่ยงที่จะไม่กล่าวถึงคำสั่งดังกล่าวได้เพราะอย่างคำสั่งดังกล่าว ก็ก่อให้เกิดประเด็นทางวิชาการเพื่อที่จะได้ทำการศึกษาค้นคว้ากันอย่างละเอียดต่อไปในอนาคต โดยท่านอาจารย์ได้ให้ความเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีที่นำมาฟ้องศาลปกครองเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ โดยท่านอาจารย์ได้กล่าวว่า คณะรัฐมนตรีนั้นมีสองสถานะคือ สถานะที่เป็นฝ่ายบริหาร และ สถานะที่เป็นฝ่ายปกครองในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มคือจะทำงานร่วมกันในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ในขณะที่สถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้น นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคลคือต่างคนต่างก็มีกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบ และทำงานในลักษณะนี้ก็เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ส่วนการทำงานในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในดำเนินการต่อไป โดยมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลักๆ คือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกนี้ ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง และอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่งคือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา และมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์ สรุปคือมติคณะรัฐมนตรีทั้งสองประเภทมีสถานะที่แตกต่างกัน

มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำนั้น โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (Acte administratif) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในขณะที่คณะรัฐมนตรีประเภทหลังซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา

ในทางทฤษฎีนั้น การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภทคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภากับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ ในประเทศฝรั่งเศสนั้นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่างๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดที่กล่าวไปแล้วศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า ในฝรั่งเศสศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่าตนเองมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัย “การกระทำทางปกครอง” ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” นั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในการตรวจสอบของรัฐสภา

สำหรับในประเทศไทยนั้นเมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคณะรัฐมนตรีหลายฉบับก็ไม่พบว่ามีบทบัญญัติที่แยกการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (2) ถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณา “คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” ก็ไม่ได้มีการแยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา ด้วยเหตุนี้เองที่มีการนำมติคณะรัฐมนตรีหลาย ประเภทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองในเวลาต่อมา

แนวความคิดเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ยังเป็นสิ่งที่พุดถึงและศึกษากันน้อยมากที่เคยมีการให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้บ้าง เช่น ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะ

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า ในระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ ไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว

เมื่อไม่นานมานี้ก็มีการกล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งนับเป็นเอกสารทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งที่ได้อธิบายถึงหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลไว้เป็นอย่างดี ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นผลงานของรองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ นักกฎหมายมหาชนแถวหน้าของประเทศไทย อดีตอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งปัจจุบันเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในเรื่องดังกล่าว ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง” โดยในคำสั่งดังกล่าวได้ “อธิบาย” ถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่ง ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในตอนท้ายท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้พิจารณาถึงคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 คดีปราสาทพระวิหารที่กำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกต่อคณะรัฐมนตรีและการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง สรุปได้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงมีฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาซึ่งนอกจากศาลปกครองกลางจะรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาแล้วยังมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในคราวเดียวกันด้วย

สรุปท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เห็นว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น) ศาลปกครองมองที่การกระทำเป็นหลัก โดยมองว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 (กรณีเขาพระวิหาร) นั้นศาลปกครองกลางมองที่องค์กรเป็นหลัก โดยมองว่าการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

สำหรับคำสั่งของศาลปกครองทั้ง 2 คำสั่ง คือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 นั้นมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในแง่ของ แนวคิดทฤษฎี และเหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งก็ส่งผลทำให้คำสั่งทั้ง 2 ออกมาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน ซึ่งท่านอาจารย์เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะการกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้นมีทั้งการกระทำทางปกครอง อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กับการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากไม่แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง และมองว่าคณะรัฐมนตรีไม่ว่าจะใช้อำนาจจากแหล่งใดก็ตามถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และอยู่

ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในอนาคตก็จะมีผู้นำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองตลอดเวลา รัฐบาลก็คงไม่สามารถทำงานอะไรได้อย่างราบรื่น ซึ่งก็จะส่งผลตามมาอีกมากมายหลายประการ จนทำให้ในที่สุดระบบการแบ่งแยกอำนาจซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุด และในวันนั้น คณะรัฐมนตรีจะบริหารประเทศต่อไปได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของประเทศหรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่หากศาลปกครองมีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้

ส่วนเรื่องคำสั่งของศาลปกครองทั้ง 2 กรณี ซึ่งมี ประเด็นคล้ายกันแต่ผลของคำสั่งกลับแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงนั้นเป็นไปได้ไหมที่ ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะได้ “วางเกณฑ์” ในการพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 11 (2) แห่งกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ชัดเจนว่า บทบัญญัติดังกล่าวมีขอบเขตเช่นไร สมควรมีการแยกออกมา “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นที่เคยปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 หรือไม่ ทั้งนี้ก็เพื่อให้คำสั่งหรือคำพิพากษาที่จะมีผลต่อไปในอนาคตเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

2) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ราชบัณฑิต สาขารัฐศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า¹⁴ มีความเห็นดังนี้

ท่านกล่าวว่า เมื่อวันศุกร์ที่ 27 ที่ผ่านมา ศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำพิพากษาในคดีที่นายสุริยะใส กตะศิลา และคณะ เป็นผู้ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบและลงนามร่วมไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนเขาพระวิหาร พร้อมทั้งขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้แถลงการณ์ร่วมสิ้นสุดชั่วคราว รวมทั้งให้มติดคณะรัฐมนตรีดังกล่าวสิ้นสุดชั่วคราว และให้ผู้ฟ้องแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อองค์การยูเนสโกไว้ชั่วคราว

เมื่อศาลได้นัดไต่สวนคู่กรณีแล้ววินิจฉัยว่า จึงมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (มติดคณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาและการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุด หรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2551, จาก <http://www.kpi.ac.th>

(1) ปฏิบัติและผลของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

ท่านเลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า มีความรู้สึกแปลกใจและไม่แน่ใจ ก็เพราะเมื่อปีที่แล้ว ศาลปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องและคำขอคุ้มครองชั่วคราวในคดีที่มูลนิธิข่าวขวิญและคณะฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) โดยศาลปกครองกลางอ้างว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตาม มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ว่าแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น องค์การตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุดก็สรุปว่า ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำวินิจฉัยไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550)

ส่วนเรื่องที่ท่านไม่แน่ใจ ก็เพราะท่านได้กล่าวว่าท่านได้เรียนกฎหมายมหาชนมา และสอนกฎหมายมหาชนอยู่จนทุกวันนี้ ก็ได้สอนอย่างที่ว่าศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางตัดสินไว้เมื่อปี 2550 ว่า “การกระทำของรัฐบาล” (Act of government) ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาที่ดี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศที่ดี ศาลไม่อาจควบคุมได้ เมื่อศาลปกครองกลางกลับแนวคำพิพากษาของตนเอง และของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินเมื่อปีที่แล้ว โดยออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมนี้ จึงทำให้ท่านไม่แน่ใจว่าศาลปกครองไทยจะมีบรรทัดฐานในเรื่องนี้อย่างไรแน่ ซึ่งท้ายที่สุดคงต้องรอคำสั่งศาลปกครองสูงสุดว่าจะยึดบรรทัดฐานเดิมหรือจะเปลี่ยนบรรทัดฐาน

ซึ่งท่านเห็นว่า ผลคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวก่อให้เกิดผลดังนี้

ก. กระทรวงการต่างประเทศยกเลิกการสัมมนาที่จะจัดขึ้นเพื่อชี้แจงเรื่องนี้ รวมทั้งยกเลิกสมุดปกขาวที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงทั้งหมด อธิปไตยกรรมสนธิสัญญาที่รับว่าจะไปอภิปรายเรื่อง

“การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร : ปัญหากฎหมายและอธิปไตยของชาติ” เมื่อวันจันทร์ที่ผ่านมา ซึ่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร และสถาบันพระปกเกล้าจัดขึ้น ยกเลิกการมาร่วมอภิปราย

ข. ถ้าไม่มีการอุทธรณ์หรืออุทธรณ์ แต่ศาลปกครองสูงสุดยังไม่มีคำสั่ง หรือยื่นตามศาลชั้นต้น คงจะไม่มีผู้แทนรัฐบาลไทยไปร่วมประชุมคณะกรรมการมรดกโลกที่คิวเบกระหว่างวันที่ 2-10 กรกฎาคมนี้ ก็มุกชาก็คงจะนำเสนอการขึ้นทะเบียนมรดกโลกไปแต่ผู้เดียว

ค. ไม่แน่ใจว่า ระหว่างรอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ความน่าเชื่อถือของรัฐบาลไทยในการเจรจาต่อรองกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่กำลังดำเนินการอยู่ก็ดี หรือจะดำเนินการก็ดี จะเหลือเพียงใด เพราะมีความไม่แน่นอนในสถานะของข้อตกลง

(2) หลักกฎหมายมหาชนเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” (Act of government)

ในกฎหมายมหาชนถือว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีมี 2 สถานะ หรือพูดภาษาชาวบ้านคือมีหมวก 2 ใบในฐานะแรก คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็น ฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ อยู่ได้ด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน และมีอำนาจยุบสภาโดยถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ได้ การควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะนี้จึงเป็น การควบคุมทางการเมือง (Political accountability) ตามหลักประชาธิปไตย และอยู่ในบังคับกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายปกครองในฐานะที่สอง คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน เหมือนๆ กับที่ปลัดกระทรวง อธิบดี ข้าราชการทั้งหลายต้องดำเนินการ จะต่างกันก็ตรงที่ข้าราชการประจำเป็น ผู้บังคับบัญชา (หรือลูกน้อง) คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็น ผู้บังคับบัญชา หรือหัวหน้าของฝ่ายปกครอง อันเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง การควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะหัวหน้าของฝ่ายปกครองนี้จึงเป็นการควบคุมโดยกฎหมาย

ท่านได้อธิบายต่อไปอีกว่า หลักกฎหมายมหาชนถือว่า ถ้าคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์กับสภา เช่น เสนอหรือไม่เสนอกฎหมาย เปิดหรือปิดสมัยประชุม ลงมติไม่ไว้วางใจ ยุบสภา หรือใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น สถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต ประกาศสงคราม ลงนามในสนธิสัญญา ให้สัตยาบันสนธิสัญญา ดำเนินการเจรจากับต่างประเทศ ศาลไม่ว่าศาลใดก็จะไม่เข้าไปควบคุม เพราะมีการควบคุมทางการเมืองตามหลักการประชาธิปไตย และมีความรับผิดชอบต่อสภาและต่อประชาชนอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะไปใช้กฎหมายปกครองเข้ามาควบคุม

ท่านยังได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับศาลปกครองของ ฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกา อย่างสั้นๆ ไว้ดังนี้

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ถือหลักไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลมากกว่า 100 ปี มีคำพิพากษากว่า 100 คำพิพากษา เช่น ในคดี Tallagrand (CE 29 Nov. 1968) ศาลตัดสินว่าการเสนอหรือไม่เสนอกฎหมาย หรือการถอนร่างกฎหมาย เป็นการกระทำของรัฐบาลมาฟ้องศาลไม่ได้ ในคดี Desreumaux (CE 3 Nov. 1933) ศาลตัดสินว่า การประกาศกฎหมายมาฟ้องศาลไม่ได้ ในอีกคดีศาลตัดสินว่าการขอหรือไม่ขอประชนาคติ ฟ้องศาลไม่ได้ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่าคดีที่เกิดจากการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นการกระทำของรัฐบาลฟ้องศาลไม่ได้ (CE 13 July 1979 Coparex) ฟ้องศาลไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญาไม่ได้ (CE 5 Feb. 1926 Dame Caracs) การที่รัฐบาลฝรั่งเศสสั่งให้ส่งสัญญาณกวนสถานีวิทยุอันดอร์รัฐเล็กๆ ในพรอมแดนฝรั่งเศส สเปน เป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลไม่รับฟ้อง

คดีแรกในอังกฤษ คือคดีค็อกอพออร์คฟ้องศาลเพราะเป็นปัญหาการเมือง (Political Question) ต่อมาทฤษฎีนี้พัฒนามาเป็น “การกระทำของรัฐ” (Act of State) เช่นในคดีที่กองทัพเรืออังกฤษทำลายอาคารชาวสเปนซึ่งเป็นผู้ค้าทาส ศาลไม่รับฟ้องเพราะเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) (คดี Buron V. Denman (1848) 2 Ex. (67)) ศาลอังกฤษไม่รับฟ้องคดีที่อ้างว่า ผู้ฟ้องควรมีสติธิในเอกสิทธิ์ทางการทูต (Immunity) เพราะเป็น “การกระทำของรัฐ”

ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอเมริกันก็ไม่รับดังปรากฏในคดี Colenaan V. Miller 307 U.S. 433 (1934) ประธานศาล Itughes วินิจฉัยว่า ในการวินิจฉัยว่าปัญหาใดเป็นปัญหาการเมือง (Political Question) นั้นต้องถือว่าเป็นการตัดสินใจโดยองค์กรทางการเมืองซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีผลผูกพันศาล รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในคดี Octjen V. Central Leather Co. 246 U.S. 297 ว่าการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลนั้น รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองและอะไรก็ตามที่กระทำในการใช้อำนาจการเมืองนี้ ย่อมไม่ถูกควบคุมโดยศาล

สรุปได้ว่า หลักที่ศาลจะไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลนี้ปรากฏในคำรากฎหมายปกครองทุกเล่ม แม้แต่ในหนังสือที่สำนักงานศาลปกครองนิพนธ์เรื่อง “ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีเปรียบเทียบ” ในการประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 9 พ.ศ. 2550 ที่กรุงเทพฯเองก็ระบุไว้ชัดในหน้า 219 ว่าโดยทั่วไป แนวคิดเรื่อง การกระทำของรัฐบาล ซึ่งมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกตรวจสอบความชอบธรรมด้วยกฎหมาย เป็นที่ยอมรับ แม้ว่าจะขอบเขตจะถูกจำกัดก็ตามในทางปฏิบัติ มี 2 กรณีที่ใช้แนวความคิดดังกล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ในเรื่องเหล่านี้ศาลปกครองสูงสุดแต่ละประเทศ

จะมีแนวทางในการไม่รับพิจารณา ศาลไทยเองก็ถือหลักนี้มาตลอด ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ดังกล่าวแล้ว หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวินิจฉัยชัดเจนว่า การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งศาลไม่ควบคุม

(3) หลักกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับการแยกหน้าที่ศาล (ผู้ควบคุม) ออกจากหน้าที่ดำเนินการบริหารของฝ่ายปกครอง เป็นหลักกฎหมายมหาชนสำคัญอีกหลักหนึ่ง คือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครองไม่มีหน้าที่บริหาร มีเพียงหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมายหลักนี้สำคัญมาก เพราะถ้าศาลปกครองสามารถ สั่งฝ่ายปกครองได้ทุกอย่าง ก็เท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น ศาลเป็นรัฐบาล (Government of judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้อง หนึ่ง ศาลเองก็ไม่มีความรู้ทางเทคนิคทุกด้านด้วยพอที่จะลงไปควบคุมสั่งการทุกอย่าง ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักกฎหมายสำคัญว่าศาลจะไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะดุลพินิจเทคนิค (Technical Discretion) เช่น จะตัดถนนไปทางไหนดี สิ่งเหล่านี้เป็น โบราณสถาน โบราณวัตถุหรือไม่ งานวิชาการชั้นนี้ได้มาตรฐานงานวิชาการที่ดีหรือไม่ ยิ่งเป็นเรื่องต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็ดี ศาลในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ก็ดี จะไม่ยอมตีความสนธิสัญญาเอง โดยไม่ขอความเห็นกระทรวงการต่างประเทศเป็นอันขาด ดังนั้นหากต้องตีความสนธิสัญญา ศาลประเทศเหล่านี้จะส่งเรื่องไปขอความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศเหล่านี้จะไม่คุมการกระทำของรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอันขาด

ท่านศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้มีข้อเสนอ ดังนี้ คือ 1) กระทรวงการต่างประเทศควรอุทธรณ์คำสั่งนี้โดยด่วน เพื่อฟังคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด และ 2) ศาลรัฐธรรมนูญควรเร่งพิจารณาคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและฝ่ายค้านว่า แลงการณั่วมดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องดำเนินการตามมาตรา 190 คือเสนอให้รัฐสภาเห็นชอบหรือไม่ หากต้องดำเนินการ คณะรัฐมนตรีก็ต้องเสนอแถลงการณั่วมไทย- กัมพูชา ให้รัฐสภาพิจารณาโดยด่วนที่สุด และแจ้งให้คณะกรรมการมรดกโลกทราบว่า ประเทศไทยยังดำเนินการไม่ครบถ้วนตามขั้นตอน ภายในของเรา จึงยังไม่อาจใช้แถลงการณั่วมประกอบพิจารณาทางคณะกรรมการมรดกโลกได้ ซึ่งเป็นเหตุผลที่รัฐต่างประเทศเข้าใจและยอมรับกันเสมอมา

3) ความเห็นของคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์¹⁵ (รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล, อาจารย์ธีระ สุธีวรารังกูร, และอาจารย์ปิยนุตร แสงกนกกุล)

¹⁵ แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2551). ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขที่ 984/2551. สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2551, จาก <http://www.prachatai.com>

คณาจารย์ทั้ง 5 ได้วิเคราะห์โดยได้แยกสาระสำคัญออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนแรก นั้นจะเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาล ส่วนที่สองจะเป็นความเห็นของคณาจารย์ทั้ง 5 ต่อ คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีดำที่ 984/2551 (กรณีเขาพระวิหาร) ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

ส่วนแรก นั้นจะเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาล

ก. ท่านคณาจารย์ได้อธิบายว่า หลักนิติรัฐนั้นได้เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีกรกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นต้น ในทางวิชานิติศาสตร์จะเรียกการกระทำที่มีลักษณะนี้ว่า การกระทำทางรัฐบาล (Act of State; Acte de gouvernement; Regierungsakt) ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการที่จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่องๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองเท่านั้น

ข. ท่านคณาจารย์ได้ให้เหตุผลว่าการที่ การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ก็เป็นเพราะโดยปกติแล้วการกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแล้วการกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง ที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อใครทั้งสิ้น

ค. ท่านคณาจารย์ได้อธิบายว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้นไม่อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ในทางองค์กรเท่านั้น เพราะคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี นั้นสามารถกระทำการได้ทั้งการกระทำทางปกครอง และการกระทำทางรัฐบาล การพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จึงต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ และหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาประกอบการพิจารณาด้วย

ง. ท่านคณาจารย์ได้กล่าวว่า ในส่วนของหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ ต้องพิจารณาจากประเภทของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ราชการ กล่าวคือ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ราชการ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีผู้นั้นย่อมกระทำการในฐานะรัฐบาล ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลใด และในทางกลับกัน กรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ราชการ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีผู้นั้นย่อมกระทำการในฐานะเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นฝ่ายปกครอง และใช้อำนาจปกครอง และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

จ. ท่านคณาจารย์ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา ว่าจะต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลนั้นสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม กลุ่มแรก คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภา การที่สภาผู้แทนราษฎรมติเห็นชอบบุคคลดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี เป็นต้น กลุ่มที่สอง คือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา (Conclusion of Treaty) การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่ในต่างแดน เป็นต้น

ฉ. ในบางกรณี การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น อาจแยกออกจากกันเป็นหลายส่วนได้ และการกระทำส่วนหนึ่งที่แยกออกมา ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง การกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง และต้องเป็นการกระทำที่เป็นผลต่อเนื่องมาจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง แต่แยกออกโดยเด็ดขาดจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของตัวเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้จัดตั้งศูนย์ผู้อพยพในเขตชายแดนไทย-พม่า ตามที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยในข้อตกลงดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใด

ถือเป็นการกระทำที่แยกออกได้จากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติ และหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นคดีอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้

ส่วนที่สองจะเป็นความเห็นของคณาจารย์ทั้ง 5 ต่อ คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีดำที่ 984/2551 (กรณีเขาพระวิหาร)

ก. ท่านคณาจารย์ได้พูดถึงแนวคำสั่งของศาลปกครองไทยที่ได้วางหลักในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้ในหลายคดี ซึ่งแม้ศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่าเป็น การกระทำทางรัฐบาลโดยตรงก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้เพื่อมีคำสั่งไม่รับคำฟ้อง เช่น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549) หรือ มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) เป็นต้น

ข. คณาจารย์ทั้ง 5 เห็นว่า การเสนอแถลงการณ์ร่วมๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและการที่คณะรัฐมนตรีลงมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมๆ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมๆ ต่างก็เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ค. ท่านคณาจารย์เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำ 3 การกระทำ ได้แก่ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมๆ คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมๆ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมๆ เท่านั้น การกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุแห่งคดีได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองกลางกลับนำการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมๆ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมๆ มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ง. ในส่วนของการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมๆ อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมๆ ซึ่งมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุแห่งคดีได้นั้น ท่านคณาจารย์เห็นว่า การลงนามของรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครอง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

จ. ท่านคณาจารย์มองว่าศาลปกครองกลางไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ได้พิจารณาเฉพาะการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่สามารถที่จะแยกการกระทำออกเป็นส่วนๆ เพื่อพิจารณาได้ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ได้เป็นการกระทำที่แยกออกได้ จากการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งการกระทำดังกล่าวล้วนถือว่าเป็นกระบวนการเดียวกันและได้กระทำสืบเนื่องต่อกัน และเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนามไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงนามซึ่งถือว่าแยกออกจากแถลงการณ์ฯ ที่มีการลงนามแล้วได้

ฉ. ท่านคณาจารย์ทั้งห้าท่านเห็นว่าในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงใจฟ้องขั้นตอนต่างๆ ก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมฯ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าหากฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมฯ ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี และก็เห็นชัดอยู่แล้วว่าแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำทางรัฐบาล และเห็นได้ชัดว่าวัตถุประสงค์อันแท้จริงของผู้ฟ้องคดี คือต้องการให้มีการเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมฯ หรือการทำให้แถลงการณ์ร่วมฯ ใช้ไม่ได้ ซึ่งจะเห็นได้จากคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ การฟ้องให้เพิกถอนการกระทำอันเป็นขั้นตอนก่อนเกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งเป็นการไม่สมเหตุสมผลในทางกฎหมาย เพราะขั้นตอนก่อนการเกิดแถลงการณ์ เช่น การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริงซึ่งเกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ไม่อาจถูกเพิกถอนได้เพราะการกระทำนั้นเสร็จสิ้นไปแล้ว และการเพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายปกครอง นั้นจะต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้น เช่น เพิกถอนกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือมีคำสั่งอื่น เป็นต้น

ช. ท่านคณาจารย์ได้เปรียบเทียบ คำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 กับ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 โดยท่านคณาจารย์เห็นว่าคำสั่งของศาลปกครองเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ

ไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุลผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ข. ส่วนกรณีคดีปราสาทพระวิหาร ตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 นั้นศาลปกครองกลางใช้หลักเกณฑ์ทางองค์การพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และคณะรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรีก็คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลที่ตามมาคือศาลปกครองจะสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรี แม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบาย หรือเรื่องในทางระหว่างประเทศ ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน

ณ. จากเหตุผลที่ได้กล่าวมา คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ

ต่างประเทศต่อคณะรัฐมนตรี ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่าง
 แลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแลงการณ์
 ร่วมฯ ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศใน
 แลงการณ์ร่วมฯ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติ
 ความผูกพันตามแลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศกัมพูชาและยูเนสโกนั้น ไม่ถือเป็นคดีพิพาทอันอยู่ใน
 อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เมื่อคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว การกำหนด
 มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกรณีดังกล่าว ก็ไม่อยู่ใน
 อำนาจของศาลปกครองด้วยเช่นกัน ส่วนประเด็นที่ว่าแลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวจะมีสถานะเป็น
 หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 190 อันจะต้องได้รับความเห็นชอบ
 ของรัฐสภาหรือไม่ เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ญ. คณาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่านมีความ
 ตระหนักในสำคัญของหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่าย
 ปกครองโดยองค์กรตุลาการ แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีความห่วงใยในดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กร
 นิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ว่าอาจจะเสียไปโดยการที่ศาลปกครองกลางในคดีนี้เข้าไป
 ตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหาร โดยแท้ของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบ
 ทางการเมืองต่อสภาผู้แทนราษฎรตามวิถีทางในทางประชาธิปไตยอยู่แล้ว อีกทั้งคำสั่งในคดีนี้ยัง
 ขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่
 คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอีกด้วย จึงขอแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อคำสั่ง
 ศาลปกครองกลางผ่านแลงการณ์ฉบับนี้

4) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์¹⁶ ในคำสั่งศาลปกครองกลางคดี
 หมายเลขคำที่ 984/2551 ว่าถูกต้องหรือไม่นั้น ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้อง
 ขอเพิกถอนคำแลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา โดยท่านมีความเห็นว่า ในเวลาเรื่องที่คนไทยทุกคน
 ทราบดีและเป็นกังวลกันอยู่ทุกคน ก็คือ ประเทศไทยจะสูญเสียดินแดนหรือสูญเสียอำนาจอธิปไตย
 เหนือดินแดนในเขตบริเวณปราสาทหินบนเขาพระวิหาร เพราะการที่ประเทศกัมพูชานำปราสาท
 พระวิหารขึ้นทะเบียนมรดกโลก หรือไม่ และได้มีบุคคลจำนวนหนึ่งได้นำเรื่องนี้ไปฟ้องเป็นคดี ใน
 ศาลปกครอง (คดีหมายเลขคำ ที่ 984 / 2551) เพื่อตรวจสอบว่า การดำเนินการของรัฐบาลปัจจุบันใน
 เรื่องนี้ เป็นไปโดยถูกต้องโปร่งใส เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือไม่ ต่อมาศาลปกครอง

¹⁶ ออมร จันทรมบูรณ์. (2551). คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขที่ 984/2550 ถูกต้องหรือไม่??
 (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแลงการณ์ร่วม ไทย - กัมพูชา ขึ้นทะเบียน
 “ปราสาทพระวิหาร” สืบค้นเมื่อ 24 สิงหาคม 2551, จาก www.pub-law.net

กลางได้มีคำสั่ง (ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551) ลงวันที่ 27มิถุนายน 2551 สั่งต่อรัฐบาลกำหนด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องนี้ และได้กลายมาเป็นประเด็นที่วงการวิชาการกฎหมายให้ความสนใจ และมีนักกฎหมายจำนวนมากออกมาแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่อง เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ของศาลปกครองว่า ศาลปกครองจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีประเภทนี้คดีที่ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่

ซึ่งเมื่อท่าน (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์) ได้อ่านคำสั่งของศาลปกครอง กลางในคดีหมายเลขคำหมายเลขที่ 984/2551 แล้วมีความเห็นที่ไม่ตรงกับท่านอาจารย์ทั้ง 3 ท่าน (คณาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, และ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์) เพราะท่านเห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลาง ที่ได้มี การรับเรื่องการฟ้องคดีเรื่องเขาพระวิหารไว้พิจารณา และเห็นด้วยกับการที่ศาลปกครองที่ได้มีคำสั่ง คุ้มครองชั่วคราว ทั้งนี้ท่านจะยังไม่พิจารณาไปถึงแนวทางการให้เหตุผลของศาลปกครองกลางใน คดีนี้ ว่า จะตรงหรือไม่ตรง กับหลักกฎหมายหรือทฤษฎีใดของกฎหมายมหาชนของต่างประเทศ แต่ อาจารย์ทั้ง 3 ท่านมีความเห็นว่า ศาลปกครองกลางไม่ควรรับเรื่องไว้พิจารณา และดังนั้นจึงไม่ควร สั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ท่านได้ให้ความสำคัญกับความเห็นหรือข้อวิจารณ์ ในทางวิชาการของนักวิชาการที่ มีต่อคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลเป็นอย่างมาก เพราะท่านเห็นว่าระบบศาล จะพัฒนาไป ข้างหน้าได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับความใส่ใจของนักวิชาการในวงการวิชาการ ต่อคำพิพากษาของ ศาล และเขียนวิพากษ์วิจารณ์ โดยท่านเห็นว่า ความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการจะเป็น เครื่องมือที่ทำให้สังคมได้มองเห็นคุณภาพของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นผู้ที่เขียนคำพิพากษา นั้นๆ และแน่นอนว่า ความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการที่จะก่อให้เกิดผลในทางพัฒนา คุณภาพของผู้พิพากษาหรือพัฒนา บรรทัดฐานของคำพิพากษาได้ จะต้องเป็นความเห็นหรือข้อ วิจารณ์(ของนักวิชาการ) ที่มีความสมเหตุสมผล (Logical) และชี้แนะอย่างถูกต้อง แต่ในทางกลับกัน ถ้าหากความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการไม่ครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ได้มาตรฐาน ก็จะมีผล ในทางตรงกันข้าม คือ ทำให้สังคมเกิดความสับสนและทำให้บรรทัดฐานของ คำพิพากษาย่อย หลังได้

ซึ่งความเห็นของอาจารย์ทั้ง 3 ท่านนั้น ได้ทำให้เกิดเหตุการณ์ทางการเมืองไปไกล มากกว่าการที่นายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) ได้นำมาอ้างอิงดังกล่าวข้างต้น เพราะได้ ปรากฏเป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ (วันที่ 25 กรกฎาคม) ว่า ส.ส.ของพรรคการเมืองรัฐบาล เตรียม ล่าลายชื่อให้วุฒิสภาดูดถอนตุลาการศาลปกครอง โดยกล่าวว่า ศาลปกครองวินิจฉัยคดีเป็น 2 มาตรฐาน หมายเหตุ กระบวนการยื่นถอดถอนตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ ส.ส.ต้องใช้

เสียง 1 ใน 4 ของ ส.ส.ทั้งหมดเข้าชื่อร้องขอต่อประธานวุฒิสภา ซึ่งเมื่อได้รับเรื่องแล้ว ประธานวุฒิสภาก็จะต้องส่งเรื่องต่อไปให้ ป.ป.ช.ดำเนินการไต่สวนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว และเสนอเรื่องกลับมายังวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอน โดยใช้คะแนนเสียง 3 ใน 5 ของ ส.ว. ทั้งหมด และพร้อมกันนั้น ป.ป.ช.ก็ต้องส่งเรื่องไปยังอัยการสูงสุดด้วย เพื่ออัยการสูงสุดจะได้พิจารณาดำเนินการฟ้องคดีอาญา ต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ทั้งนี้คดีพิพาทเรื่องปราสาทเขาพระวิหารนี้ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสูญเสียหรือไม่สูญเสียดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนหรือไม่ และดูเหมือนว่าความเห็นของท่านจะแตกต่างจากบรรดาท่านอาจารย์ที่ได้มีความเห็นที่ได้กล่าวมาก่อนแล้วข้างต้น

เมื่อท่านได้พิจารณาในสาระสำคัญของความเห็นที่ท่านนักกฎหมายทั้งสามท่าน (คณาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, และ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์) ท่านจึงเห็นว่าท่านนักกฎหมายทั้งสามท่านมีความเห็นตรงกันดังนี้

1.) นักกฎหมายทั้งสามท่านไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีดำหมายเลขที่ 984/2551 ที่ได้มีการรับคำฟ้องคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา และก็ยังไม่เห็นด้วยที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งนักกฎหมายทั้งสามท่านได้อ้างอิงในหลักกฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

2.) นักกฎหมายทั้งสามท่าน ได้มีความเห็นว่าควรที่จะใช้คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดี

ท่านได้มีความเห็นในกรณีศึกษา case study เรื่อง คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551 (กรณีปราสาทเขาพระวิหาร) นี้ ท่านเสนอประเด็นให้ท่านผู้อ่านพิจารณา ใน 2 หัวข้อ

หัวข้อแรก เป็นปัญหาว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 198 / 2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 (ซึ่งนักวิชาการทั้ง 3 ท่านเห็นตรงกันว่าเป็นคำวินิจฉัยที่เป็น บรรทัดฐานของไทย ว่าด้วย Acte de gouvernement หรือ Act of State หรือ Regierungsakt) นั้น ตามความเป็นจริงแล้ว แนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัย ของ(ตุลาการ)ศาลปกครองสูงสุด ได้เป็นไปตามทฤษฎี Acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้ว หรือไม่

หัวข้อที่สอง เป็นปัญหาข้อกฎหมายในทางวิชาการ คือ ถ้าสมมติว่า ข้อเท็จจริงตามที่เป็นอยู่ในคดีพิพาทเรื่องปราสาทเขาพระวิหารนี้ เกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว ศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาพิพากษาหรือไม่ คือ จะเห็นว่าคดีพิพาทนี้เป็น

เรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ และถ้าศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาหรือไม่

ปัญหาคือ การอ้างอิงของนักกฎหมายทั้งสามท่าน ที่ระบุว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2550 เป็นคำวินิจฉัยที่ควรจะนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในเรื่องการกระทำของทางรัฐบาล ในประเทศไทยนั้นมีความถูกต้องหรือไม่ ซึ่งท่านเห็นว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 198/2550 นั้นมิได้เป็นไปตาม ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล โดยท่านได้แยกพิจารณาเป็นข้อย่อย 3 ประการดังนี้

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 198 / 2550 (Jteppa) มีสาระเช่นใด

1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น Jteppa) ระหว่าง มูลนิธิข้าวขวัญ ที่ 1 และพวก รวม 5 คน เป็นผู้ฟ้องคดี กับ กระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1 ,รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2, รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ (นาย พิศาล มาฉวพัฒน์) ที่ 3 , คณะรัฐมนตรี ที่ 4 , นายกรัฐมนตรี ที่ 5 รวม 5 คนเป็นผู้ถูกฟ้องคดี

คดีนี้วินิจฉัยโดยตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ท่าน คือ นายวรพจน์ วิสรุตพิชญ์ เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน นายอำพล สิงห์โกวินท์ หัวหน้าคณะ, นายวิชัย ชื่นชมพูนุท, นายไพบุลย์ เสียงก้อง, และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เป็นองค์คณะ

ซึ่งสาระของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 มีสาระสำคัญดังนี้

คำขอของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง รวม 4 ข้อ ดังต่อไปนี้ (1) ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (กรณีลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย-ญี่ปุ่น) เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้ง 5 จัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่ ตามกระบวนการของกฎหมายโดยเคร่งครัด (1) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่ให้นำเรื่อง ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้ว เป็นโมฆะ (3) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) และบุคคลต่าง ๆ ไปลงนามในความตกลงฯ เป็นโมฆะ และให้ศาลปกครองมีคำสั่งหรือคำพิพากษาระงับการลงนาม และ (4) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) ดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรี) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ปลัดกระทรวง) ที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และพร้อมกันนั้น ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว ฯลฯ

การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้น คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้ว มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เพราะเห็นว่า กระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศ อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 และผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด

และการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ในส่วนที่เป็นการวินิจฉัยของศาลอาจสรุปแนวทางการเขียนได้ เป็น 2 ตอนดังต่อไปนี้

ในตอนแรกตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้เริ่มต้นด้วยการพิจารณา ลักษณะของคดีปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ของ พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองซึ่ง ได้แก่ คดีที่ หน่วยงานของรัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐตามค่านิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ของ พ.ร.บ.ฯ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร การกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่น สัญญาทางปกครอง กรณีอื่นที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองและ ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นเป็นหลักการว่า และศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่าง หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ด้วยกันซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งเป็น อำนาจทางปกครอง คือ ออกกฎ กระทำการ ละเลยต่อหน้าที่ทางปกครอง ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า แต่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กับเอกชนหรือ ระหว่าง องค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจตาม รัฐธรรมนูญ คือกระทำการ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า

ตอนที่สอง ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่า คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) เป็นคณะบุคคล ที่รัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองฯ กำหนดให้เป็น ผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยอำนาจทางบริหารของรัฐของคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) อาจมีแหล่งที่มาจกพระราชบัญญัติ(หรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติ)ก็ได้ หรือจากรัฐธรรมนูญ ก็ได้โดย ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ถ้าคณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม พระราชบัญญัติ ฯลฯ ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ฯลฯ ย่อมเป็นคดีที่อยู่ใน อำนาจพิจารณาและพิพากษา ของศาลปกครอง ตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี

(ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) ใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับ รัฐสภาหรือ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) หา ได้กระทำในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง ฯ พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น องค์การตามรัฐธรรมนูญ และในกรณีนี้ ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณา พิพากษาคดีพิพาทระหว่าง องค์การตามรัฐธรรมนูญ กับ เอกชนและระหว่าง องค์การตามรัฐธรรมนูญ ด้วยกันเอง

จากนั้นศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีและวินิจฉัยว่า คดีนี้ไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และมีคำสั่งยื่นตามคำสั่งของ ศาลปกครอง และมีคำสั่งยื่นตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2) คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นไปตามแนวทางทฤษฎี Acte de gouvernement หรือไม่

ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญ และท่านเห็นว่าแนวทางการให้เหตุผล ของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในการไม่รับคดีพิพาท (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น) นั้นไม่ใช่แนวทางที่เป็นเหตุผลของทฤษฎี Acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งท่านได้อธิบายดังนี้

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ในการที่จะพิจารณาว่าการ กระทำของคณะรัฐมนตรีจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่เป็น หลักการประการดังนี้ คือ (1) หลักการประการแรก คือ ต้องพิจารณาว่าองค์การที่กระทำการนั้น เป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ (2) หลักการประการที่สอง คือ องค์การดังกล่าวใช้อำนาจ ทางบริหารของรัฐตามกฎหมายอะไร ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯหรือ ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยเป็นหลักการไว้ว่า ถ้าองค์การนั้นเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์การดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ องค์กร ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวคณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง ฯ ไม่และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ดังนั้นศาลปกครองสูงสุด จึงมิได้ไม่รับฟ้องคดีพิพาทนี้เพราะเหตุผลว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล กับ รัฐสภาหรือเป็น การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะศาลปกครองสูงสุด ได้ กล่าวถึง การกระทำทั้งสอง เพียงเป็นตัวอย่างของการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหาร ของรัฐตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4

(คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) หาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

ด้วยเหตุนี้แม้ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งที่ 178/2550) จะมีข้อยุติและสั่งไม่รับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา แต่เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นกล่าว มิได้เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล แต่เป็นเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดพยายามที่จะวางแนวทางการให้เหตุผลเป็นของตนเองขึ้นมาใหม่

3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 จะใช้เป็นบรรทัดฐานได้หรือไม่

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่าถ้าวงการกฎหมายและศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถคิดสร้างหลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) มาใช้ในการบริหารประเทศจนทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จในการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้ วงการกฎหมายและศาลปกครองของไทย ก็น่าจะสามรถคิดสร้างหลักการและหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมกับประเพณีไทยและสภาพการบริหารของสภาพการบริหารที่มีประสิทธิภาพได้เช่นกัน

หลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่วงการกฎหมายและศาลปกครองคิดขึ้นมา นั้น จะต้องเป็นหลักปฏิบัติที่สามารถนำมาใช้ได้ว่าเป็นบรรทัดฐาน คือสามารถอ้างอิงนำไปใช้ได้ในกรณีที่เกี่ยวข้องกัน โดยเกิดผลดีต่อการบริหารประเทศได้ในลักษณะเดียวกัน มิใช่ว่ากรณีนี้ใช้ได้ผลดี แต่อีกกรณีหนึ่งกลับเกิดผลเสีย เมื่อพิจารณาคู่ถึงเหตุผลที่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น) เป็นหลักการไว้ว่า ศาลปกครองย่อมไม่อำนาจพิจารณาพิพากษา ในคดีพิพาทที่มีการฟ้องร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กร ถ้า (2) องค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (ในที่นี้คือ คณะรัฐมนตรี) และ (2) องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ได้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ และ ในทางกลับกัน ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเมื่อองค์กรที่ใช้อำนาจนั้น (1) มิใช่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ (2) การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ

ท่านอาจารย์เห็นว่าหากนำหลักเกณฑ์นี้ มาใช้เป็นบรรทัดฐาน จะทำให้เกิดปัญหาแล้วก็จะก่อให้เกิดผลเสีย โดยให้เหตุผลดังนี้

ประการแรกคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีความหมายเพียงใด ได้แก่องค์กรใดบ้าง ตามรัฐธรรมนูญนั้นจะมีองค์กรอยู่หลากหลาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติอย่างไร ในรัฐธรรมนูญของเราในปัจจุบันก็มีทั้ง องค์กรที่เป็นสถาบันการเมือง เช่น คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติและมีทั้ง องค์กรที่เป็นสถาบันบริหารซึ่งมิใช่สถาบันการเมือง อันเป็นโครงสร้างสำคัญของระบบบริหารประเทศ อยู่หลายประเภท เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และต่อไปจนถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สภากฎหมายเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือแม้แต่องค์กรอัยการ ทั้งนี้โดยยังไม่พูดถึงองค์กรที่เป็นศาลต่างๆ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่อย่างหลากหลาย และอาจกระทำการได้ในหลายๆ ลักษณะ โดยอาจจะเป็นการกระทำที่ตุลาการ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐบาล การกระทำทางปกครอง หรือแม้แต่กระทำการที่การกระทำทางกายภาพ ซึ่งมิใช่การกระทำนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายก็ได้ และแม้ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว ก็อาจกระทำการกิจกรรมได้ในหลายลักษณะ

ฉะนั้นการที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) ได้นำเรื่อง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาเป็นเงื่อนไขของการพิจารณาว่า ศาลปกครองจะรับหรือไม่รับคดีพิพาทไว้พิจารณาพิพากษา จึงไม่อาจอธิบายแนวความคิดในทางวิชาการว่าเพราะเหตุใดจึงกำหนดเงื่อนไขแบบนี้ และการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้จะทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพดีขึ้นอันเป็นจุดหมายของกฎหมายและของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร

ประการที่สองก็คือ การที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) กำหนดเป็นเงื่อนไขข้อที่สองไว้ว่าศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ต่อเมื่อ องค์กรดังกล่าว จะต้องใช้อำนาจ ฯ ตามพระราชบัญญัติ (หรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ) เท่านั้น

เมื่อท่านพิจารณาแล้วได้เห็นว่า การกระทำของรัฐบาลอาจมิได้เกิดจากการใช้อำนาจบริหารตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อาจจะเกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ โดยเฉพาะการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความมั่นคงภายในประเทศ ด้วยเหตุผลที่ยกขึ้นมาท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ จึงไม่เห็นด้วยกับ นักกฎหมายทั้งสามท่าน ซึ่งเห็นสมควรที่จะนำคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (Jeppa) มาเป็นบรรทัดฐานของไทยในเรื่องที่ว่าด้วย หลักกฎหมายว่าด้วย“การกระทำทางรัฐบาล”

เมื่อท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้ศึกษาความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์แล้ว ท่านเห็นว่าท่านคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ พยายามจะอธิบายทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” ของศาลปกครองของแต่ละประเทศ (ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็น Acte de gouvernement หรือ Act of State หรือ Regierungsakt) ด้วยเหตุผลตามที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทย อธิบายไว้ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (มิใช่ อธิบาย Acte de gouvernement ด้วยเหตุผลของ ศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว) ซึ่งท่านเห็นว่า ทำให้การอธิบายทฤษฎี Acte de gouvernement ของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ กลายเป็นความเห็นส่วนตัวของคณาจารย์ มากกว่าที่จะเป็นความเห็นที่ให้ความรู้ในทางวิชาการ และท่านได้สรุปแล้วในข้อ 2) ข้างต้น ว่า เหตุผลของตุลาการศาลปกครองสูงสุดของไทยใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นคนละเหตุผล กับเหตุผลของทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” ของต่างประเทศโดยสิ้นเชิง

เมื่อท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้อ่านความเห็นของคณาจารย์ ซึ่งคณาจารย์เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ได้ใช้หลักเกณฑ์ ทางองค์กรในการพิจารณาการกระทำของรัฐบาล (เช่นเดียวกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์) แล้วท่านก็ค่อนข้างแปลกใจอย่างมาก ที่พบว่า ในการสรุปสาระของคำสั่งศาลปกครองกลาง (ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551) ซึ่งดูเหมือนว่าคณาจารย์ได้เพิ่มเติมข้อความในสาระสำคัญ เกินไปกว่าที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว

คณาจารย์ 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้สรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำที่ 984/2551) ไว้โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลาง เห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีฯ เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมฯลฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ได้กระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง

เมื่อนำข้อสรุปที่เป็นความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ฯ มาเทียบกับสาระที่เป็นเหตุผลของศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยที่อยู่ในคำสั่งคดีหมายเลขคำที่ 984 /2551 โดยได้กล่าวว่าศาลปกครองกลางอ้างข้อกฎหมายไว้เพียงว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็น “หน่วยงานของรัฐ” ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดฯ ของกระทรวงต่างประเทศ ตามกฎหมาย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะรัฐมนตรี) มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและดังนั้น ศาลปกครองกลางจึงมีความเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีข้อความใดในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ที่ระบุว่าการใช้

อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ตามที่คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้กล่าวไว้ และในการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว เหมือนว่าคณาจารย์ 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นั้น ไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ตุลาการศาลปกครองกลางได้กล่าวเป็นข้อเท็จจริงว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีฯ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่สองคณะรัฐมนตรี กรณีขอขึ้นทะเบียนฯ พร้อมแผนที่แนบท้าย โดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และกระทำการนอกเหนืออำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประเทศชาติ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทยจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการที่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯพ.ศ. 2542 ซึ่งศาลเห็นสมควรรับไว้พิจารณา

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ไม่เข้าใจว่าเพราะเหตุผลใด ท่านคณาจารย์ทั้ง 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงได้สรุปสาระคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขคำ ที่ 984/2551) ไว้เช่นนั้น ซึ่งท่านเห็นว่าอาจมีการเพิ่มเติมข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ไม่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง) และไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง) ดังนั้นการให้ความเห็นในเชิงวิจารณ์คำสั่งของศาลปกครองกลาง ของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงอาจเป็นความเห็นวิจารณ์ที่อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่คณาจารย์ 5 ท่าน ได้เขียนสรุปไว้เองและทำให้ผู้ที่มาอ่านความเห็น ของท่านคณาจารย์ฯ เข้าใจสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ผิดไปจากความเป็นจริงได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ในข้อ 9) ได้ให้ความเห็นโดยอ้างถึง คำสั่งของศาลปกครองกลาง หน้า 12-13 ไว้ด้วย โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลาง นำคำขอของผู้ฟ้องคดี 2 ประการ (คือคำขอเกี่ยวกับการเสนอร่างแถลงการณ์ Acte materiel หรือ Realakt กับ คำขอเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี Acte administratif) มาใช้พิจารณาว่าเป็น “การกระทำ” ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏให้เห็นในหน้า 12-13 ของคำสั่งของศาลปกครองกลาง เมื่อได้พิจารณาคำสั่งของศาลปกครองกลางดูแล้ว เห็นว่า ศาลปกครองกลาง มิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า “การกระทำ” (ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ) จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

หรือไม่ แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเพียงว่า เป็นคดีที่พิพาทที่เกี่ยวกับ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” (ตามค่านิยมของกฎหมาย) ได้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ส่วนประเด็นที่ว่า การกระทำนิติกรรมทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีผลอย่างไรจะเป็น การกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือไม่ ศาลปกครองกลางยังมีได้วินิจฉัย ศาลปกครองกลางเพียงแต่ตรวจดูว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีฯหรือคณะรัฐมนตรี) เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวได้ กระทำการในเรื่องที่จะถูกตรวจสอบจากศาลปกครองตามคำขอของผู้ถูกฟ้องหรือไม่

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เห็นว่าการให้ความเห็นในเชิงวิจารณ์ต่อคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลนั้น ผู้ที่ทำการวิจารณ์จะต้องมีความระมัดระวังอย่างมากเพื่อมิให้มีการผิดพลาดในการอ้างอิงข้อความในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาล เพื่อมิให้ผู้อ่านเข้าใจสาระของคำสั่งศาลปกครองกลางผิดไปจากความเป็นจริง และจะต้องไม่เพิ่มข้อความลงในการสรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง

มีข้อสังเกตว่าในความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์นั้น ไม่ได้วิจารณ์หรือวิเคราะห์คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลปกครองอย่าง เดียว แต่ท่านคณาจารย์นั้นได้กล่าวไปถึงคำขอของผู้ที่ฟ้องคดี ที่มีความผิดพลาดด้วย คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ (ในข้อ 12) ได้กล่าวถึงคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ไว้ว่าการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ เพราะการกระทำนั้น เสร็จสิ้นไปแล้ว การเพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายปกครอง ต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งความเห็นนี้เป็นเรื่องที่ถูกตั้ง แต่ความเห็นของคณาจารย์ในข้อนี้ เป็นการวิจารณ์ผู้ฟ้องคดี ในการเขียนคำขอ (มิใช่เป็นการให้ความเห็นของคณาจารย์) ในคำสั่งของศาลปกครองกลาง โดยท่านเห็นว่า ความผิดพลาดในการเขียนคำขอของผู้ฟ้องคดี เป็นเรื่องที่เกิดเพราะ การที่จะคาดหมายว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องเขียนคำขอโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายและตามข้อเท็จจริงคงจะเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเดี๋ยวนั้น หารู้ไม่ว่าก็ขอมาอย่างนั้น ผู้ฟ้องคดีโดยทั่วไปย่อมมิใช่ผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย และในขณะที่ผู้ฟ้องคดีส่วนใหญ่ คงยังไม่มีความรู้พอที่จะสามารถแยก การกระทำทางกายภาพออกจากการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างที่ท่านคณาจารย์กล่าวมาได้

โดยท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความเห็นในทางกฎหมายที่แตกต่างจาก แนวทางการให้เหตุผลในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (Jteppa) และแตกต่างจากนักกฎหมายทั้งสามท่านดังนี้

ท่านเห็นว่าเขตอำนาจของศาลปกครอง ย่อมไม่ถูกจำกัดว่า การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ใน “องค์กร” ที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น และย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว จะต้องเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือตามกฎหมายอื่นที่ผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ เห็นว่าศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ได้ใน 2 ประการดังนี้

หลักเกณฑ์ประการแรก ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายมหาชน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการ จะต้องใช้อำนาจตาม กฎหมายในการกระทำการ ซึ่งตามกฎหมายไทย ก็คือ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 คำนิยามของคำว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ และหน่วยงานทางปกครอง และตราบใดที่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ดังกล่าว เป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครองก็จะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้น จะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าการมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินการทางปกครองนั้น จะเป็นการมอบหมายโดยบทบัญญัติ “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 (กรณี ปราสาทพระวิหาร) ที่วินิจฉัยว่ากรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้เข้าหลักเกณฑ์นี้และ ในทางกลับกันจะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี Jteppa) ที่มอง องค์กรเป็นหลัก โดยวินิจฉัยว่า ต้องเป็นการกระทำของ องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น นำจะขัดแย้งกับ คำนิยามตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยชัดแจ้ง และเป็นกรณีวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตาม ทฤษฎี “Acte de gouvernement” ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งทำให้เป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อระบบบริหารราชการ

หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐของหน่วยงานทางปกครองที่จะอยู่หรือไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง นั้นขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ คือถ้าศาลปกครองเห็นว่า การกระทำนั้น มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณาทั้งนี้ โดยไม่คำนึงว่า หน่วยงานทางปกครอง ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำงานอยู่ในสังกัดนั้น จะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ ฯลฯ หรือเป็นองค์กรตาม

รัฐธรรมนูญ และไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนั้น จะเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯลฯ หรือตามรัฐธรรมนูญ

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ ได้อธิบายว่าในหลักเกณฑ์ข้อนี้ ว่าถ้าหากจะใช้เหตุผลตามที่ตุลาการของศาลปกครองสูงสุดอธิบายอยู่ใน “คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี Jteppa) ของไทยมาอธิบายการกระทำที่เป็น การกระทำของรัฐบาล Act of government แล้วท่านเห็นว่า คงจะไม่สามารถเรียกรกระทำนี้ว่า เป็น การกระทำของรัฐบาล Act of government ได้ แต่คงจะต้องเปลี่ยนชื่อเป็นการกระทำของ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” เพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มีอยู่อย่างหลากหลายและหลายประเภท และมี องค์กรตามรัฐธรรมนูญ จำนวนมากที่ไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาล ดังนั้นจึงเรียกรกระทำขององค์กรเหล่านี้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลได้

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มองว่าการที่นักวิชาการพยายามอธิบาย เพื่อให้ถือว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่178/2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa) เป็นบรรทัดฐาน ด้วยการอาศัยอ้างอิงชื่อและ เหตุผลของทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” ตามมาตรฐานของกฎหมายมหาชนของประเทศที่พัฒนาแล้วจึงเป็นการสร้างความเข้าใจผิดในทางวิชาการให้แก่คนทั่วไป

ซึ่งถ้าหากนักวิชาการจะไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) นักวิชาการน่าจะอ้างอิงเหตุผลในทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล”ของประเทศพัฒนาแล้วเพียงอย่างเดียวโดยไม่ต้องอ้างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มาเป็นบรรทัดฐานเพราะเป็นคนละเหตุผลและคนละหลักการ ซึ่งจะเห็นว่าเงื่อนไขหรือหลักการ 2 ประการ (“องค์กร”ที่กระทำการ ต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรฯ ต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ) ที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของเราใช้เป็นเหตุผลในการสั่งไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ตามที่เขียนไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (Jteppa) นั้นได้ทำให้แนวการวินิจฉัยในเรื่องนี้ของศาลปกครองของไทยออกนอกกรอบ ของทฤษฎีว่าด้วย Acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะหลักการของ Acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้วจะขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ โดยมีได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำว่า ผู้กระทำจะต้องเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัติ

จากหลักการของทฤษฎีว่าด้วย Acte de government ของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่จะพิจารณารกระทำจากลักษณะของการกระทำเป็นเกณฑ์ จะมีผลดังนี้ คือ (1) ประการแรก จะเป็นการจำกัดผู้กระทำอยู่ในตัว เพราะองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมาย ที่จะใช้อำนาจในฐานะ รัฐบาลหรือรัฐได้ มิได้มีที่องค์กร ก็คือ ประมุขของรัฐ รัฐบาล

(คณะรัฐมนตรี) กับสภานิติบัญญัติ และแม้แต่ตัวนายกรัฐมนตรีเองในฐานะ “นายกรัฐมนตรี” ก็เหมือนจะไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ และถ้าถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ก็สามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วย Act of State ได้และ (2) ประการที่สอง โดยนัยกลับกัน ถ้าองค์กรที่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ ไม่ว่าจะ เป็นประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติได้กระทำการอันใด ที่การกระทำนั้นไม่มีลักษณะเป็น การกระทำของรัฐบาลการ กระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำประเภทอื่น ซึ่งไม่ จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำนิติกรรมทางปกครองเสมอไป แต่ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็น การกระทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเช่นนั้นการกระทำนั้นก็จะอยู่ภายใต้การ ตรวจสอบของศาลปกครอง

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่า ทฤษฎีว่าด้วยการ กระทำของรัฐบาล (Acte de government) ของประเทศที่พัฒนาแล้วอำนาจการตีความจะอยู่กับ องค์กรใด คือ องค์กรใดหรือสถาบันใดจะเป็นผู้มีอำนาจตีความว่า การกระทำใด เป็นการกระทำที่มี ลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลและในแนวทางของประเทศที่มีระบบศาลปกครอง ศาลปกครอง ของต่างประเทศจะมีอำนาจตีความปัญหานี้เอง เมื่อมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นมาสู่ศาล

ซึ่งแนวทางนี้จะไม่ตรงกับความเห็นของท่านอาจารย์ 5 ท่านจากคณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เพราะท่านอาจารย์ได้กล่าวไว้ว่า กรณีใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ บัญญัติไว้ การตรวจสอบ การกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจทำได้ในทางกฎหมาย เพราะถ้าเป็นไป ตามระบบของศาลปกครองต่างประเทศ ความเข้าใจจะกลับทางกัน คือ ศาลปกครองของต่างประเทศ จะมีอำนาจตีความ “การกระทำของรัฐบาล” ได้เอง เว้นแต่ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะกำหนด ไว้โดยชัดแจ้งว่า เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลอื่น

กล่าวโดยสรุป ท่านศาสตราจารย์เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa) ไม่น่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานได้ เพราะคำสั่งศาล ปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดใช้ในการอธิบายเพื่อวินิจฉัยคดี มิได้นำไปสู่จุดหมายของการพัฒนาประสิทธิภาพในระบบบริหารของประเทศ อันเป็นวัตถุประสงค์ ที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ซึ่งท่านเห็นว่าตุลาการศาลปกครองของไทย สามารถที่จะสร้างบรรทัดฐานที่เหมาะสม กับประเทศไทยได้ เช่นเดียวกับตุลาการศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่มีเงื่อนไขเพียง ขอให้หลักการหรือแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสร้างขึ้นมาขึ้นนั้น จะต้องสามารถนำไปใช้เป็น บรรทัดฐานอ้างอิงได้ ในกรณีต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันที่จะเกิดขึ้นอีกในอนาคต โดยเกิดผลดีต่อการ บริหารประเทศ กล่าวคือ มิใช่ว่าในกรณีนี้ให้นำหลักการและเหตุผลอย่างนี้มาใช้โดยมีผลดี แต่ในอีก

กรณีหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายเคียงกัน นำนำหลักการและเหตุผลแบบนี้ไปใช้กลับเกิดผลเสีย แนวการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองเช่นนี้ไม่สามารถที่จะทำให้เกิด หลักกฎหมายที่ใช้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติราชการได้ และแนวความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจะต้องพัฒนาไปข้างหน้า โดยเสริมหรืออุดช่องว่างของแนวความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหรือใช้อยู่แล้ว แต่มิใช่ว่าแนวความคิดที่เกิดขึ้นภายหลังเป็นเวลากว่า 100 ปี กลับทำให้ระบบบริหารถอยหลังกลับไปสู่ปัญหาเดิมๆ โดยคิดเพียงว่าจะสร้างแนวความคิดขึ้นใหม่การที่คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองใดจะเป็นบรรทัดฐานได้นั้น ตุลาการศาลปกครองที่ทำคำสั่งหรือคำวินิจฉัยจะต้องคิดไปไกลกว่าปัญหาที่ต้องตัดสินเฉพาะหน้าในคดีพิพาทนั้น คือต้องคิดไปถึงแนวทางการแก้ปัญหาในระบบบริหารที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ไม่ว่าปัญหาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันนั้นจะเป็นคดีกลับมาสู่ศาลปกครองหรือไม่ก็ตาม ซึ่งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ไม่ได้มาตรฐานก็จะก่อให้เกิดผลเสียแก่การบริหารในอนาคตมากกว่าผลดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดีจากการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นๆ เพราะคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่ไม่ได้มาตรฐาน อาจถูกนำไปอ้างอิงและใช้เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของ เจ้าหน้าที่รัฐที่บิดเบือนอำนาจหรือไม่สุจริตได้ในหลายๆ กรณี ด้วยเหตุนี้ท่านเห็นว่าถ้ากรณีดังกล่าวไม่กลับมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองเพื่อให้ตุลาการท่านอื่น มาเปลี่ยนแนวบรรทัดฐาน ความเสียหายแก่ระบบบริหารของประเทศก็จะมากขึ้นเป็นเงาตามตัว

ในกรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ในการสั่งไม่รับเรื่องกรณี ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น Jteppa ไว้พิจารณานั้นท่านเห็นว่า เมื่อเปรียบเทียบเหตุผลระหว่างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว กับเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้วางทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของ องค์การตามรัฐธรรมนูญไว้ จะเห็นได้ว่าแนวทางของศาลปกครองสูงสุดจะก่อให้เกิด ผลเสียแก่ระบบการบริหารราชการได้ และการให้เหตุผลของศาลปกครองในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี Jteppa) จะทำให้การทำหน้าที่ของศาล (ทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ) ขาดประสิทธิภาพเนื่องจากคำสั่งดังกล่าว เปิดช่องให้หรือทำให้กรณีที่เป็นการกระทำนิติกรรมทางปกครองของ องค์การตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรประเภทองค์กรทางการเมือง ไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

บทที่ 5

บทสรุป

5.1 สรุป

ประเทศไทยนั้นมีรูปแบบของรัฐบาล เป็นแบบรัฐบาลที่มาจากรัฐสภา (Parliamentary government) คือนายกรัฐมนตรีเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมาและมาจากความเห็นชอบโดยมติเสียงข้างมากสภาผู้แทนราษฎร รัฐมนตรีต้องทำงานโดยรับผิดชอบงานในหน้าที่ตนต่อสภาผู้แทนราษฎร และต้องรับผิดชอบต่อส่วนรวมตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา องค์ประกอบของรัฐบาลประกอบด้วย 2 ส่วน ส่วนที่หนึ่ง คือพระมหากษัตริย์ ถือเป็นส่วนประจำ เพราะไม่ว่าการเมืองจะเปลี่ยนไปอย่างไร พระมหากษัตริย์จะคงอยู่เสมออีกส่วนหนึ่ง คือ คณะรัฐมนตรี ถือว่าเป็นส่วนไม่ประจำ เพราะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอตามวิถีทางการเมือง ส่วนที่ไม่ประจำนี้มาจากการแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าซึ่งมาจากความเห็นชอบโดยเสียงข้างมากของสภาผู้แทนราษฎร และรัฐมนตรีซึ่งมาจากการเสนอแต่งตั้งของนายกรัฐมนตรี

การปกครองระบบรัฐสภานั้น ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) กับฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดในลักษณะการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance) เช่น คณะรัฐมนตรีต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาโดยไม่มีกรรมติไม่ไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน โดยจะต้องรับผิดชอบต่อทางรัฐสภา รัฐสภามีอำนาจควบคุมการการบริหารราชการแผ่นดินโดยการตั้งกระทู้ถามเกี่ยวกับงานหน้าที่ของรัฐมนตรี เพื่อให้รัฐมนตรีตอบในรัฐสภาหรือในราชกิจจานุเบกษา โดยการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาสอบสวนหรือพิจารณาศึกษาในเรื่องใดๆ เกี่ยวกับกิจการของฝ่ายบริหาร และโดยการยื่นญัตติ ขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรายบุคคล ส่วนคณะรัฐมนตรีก็มีสิทธิให้รัฐสภาเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อรับฟังปัญหาอันเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน โดยไม่มีกรรมติ และที่สำคัญนายกรัฐมนตรีมีสิทธิถวายคำแนะนำเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งใหม่ได้

การกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่า รัฐบาล นั้นตามทฤษฎีกฎหมายปกครองพิจารณาได้ว่า รัฐบาลนั้นสามารถกระทำการได้ 2 สถานะ คือ กระทำการในฐานะรัฐบาล เรียกว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และในฐานะฝ่ายปกครอง เรียกว่าเป็นการกระทำทางปกครอง เนื่องจากการกระทำใน 2 สถานะดังกล่าวของรัฐบาลมีความใกล้เคียงกันอย่างมาก จึงได้มีการนำทฤษฎีมาใช้วิเคราะห์เพื่อจำแนกแยกแยะการกระทำขององค์กร “รัฐบาล” ที่มีลักษณะเป็นการ “กระทำทางรัฐบาล” ออกจาก “การกระทำทางปกครอง” ทฤษฎีที่นิยมใช้กันมี 2 ทฤษฎี ทฤษฎีที่หนึ่งให้พิจารณาถึงอำนาจที่มา

ของการกระทำ ซึ่งมีข้อสรุปว่า ถ้ารัฐบาลใช้อำนาจกระทำการซึ่งมาจากรัฐธรรมนูญ ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล ถ้ารัฐบาลใช้อำนาจกระทำการซึ่งมาจากพระราช บัญญัติหรือพระราชกำหนด ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง ทฤษฎีที่สอง ให้พิจารณาถึงเนื้อหาหรือลักษณะของการกระทำ ได้ข้อสรุปว่า ถ้ารัฐบาลกระทำการอันมีลักษณะเป็นงานนโยบายหรือมีลักษณะเป็นการเมือง (Political Question) ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล ถ้ารัฐบาลกระทำการอันมีลักษณะเป็นงานประจำ (Routine) ซึ่งได้ปฏิบัติเป็นปกติธุระถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง

ซึ่งทั้งสองการกระทำนี้จะมีการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกันคือ ถ้ารัฐบาลกระทำในฐานะฝ่ายปกครอง การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งจะถูควบคุมความชอบด้วยกฎหมายด้วยองค์กรตุลาการ คือศาลปกครอง แต่ถ้ารัฐบาลนั้นได้กระทำในฐานะรัฐบาล การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งการกระทำนี้จะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งใดๆ ได้ เพราะการกระทำทางรัฐบาลนี้ จะถูกควบคุมโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นการควบคุมทางการเมือง ตามหลักถ่วงดุลอำนาจ (Check and Balance)

การกระทำทางรัฐบาล (Act of government) เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของศาลในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง ในการดำเนินงานบางอย่างรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่และจะขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้นหรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ ผลในทางกฎหมายแนวความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำดังกล่าวยอมตกอยู่ในความควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลหรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้ “การกระทำทางรัฐบาล” ถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือการควบคุมทางศาลโดยสิ้นเชิง

การกระทำทางรัฐบาล นั้นเป็นการกระทำที่มีลักษณะผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักความชอบด้วยกฎหมายเพราะเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจำกัดการใช้อำนาจตรวจสอบจากองค์กรอื่นๆ โดยเฉพาะหน่วยงานของศาล แนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นแนวความคิดที่ ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล แต่อาจถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรทางการเมือง ตามหลักการดุลและถ่วงอำนาจ ซึ่งจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ถึงแม้ว่ากรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรืออำนาจอธิปไตยของบ้านเมือง ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้น ของหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

และเหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะตัวแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง ซึ่งจะมีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองนั้นสามารถตัดสินเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยที่ไม่จำเป็นต้องรับพิชชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น หลักนี้มีค่าสำคัญมากเพราะถ้าศาลปกครองสามารถ “ตั้ง” ฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่องก็เท่ากับศาลปกครองนั้นลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น “ศาลเป็นรัฐบาล” (Government of Judge) และฝ่ายบริหารจะเป็นเพียงผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา

ถึงแม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยในปัจจุบันนี้ จะมีข้อโต้แย้งหรือสับสนกันไม่ชัดเจนในหลายๆ เรื่อง แต่โดยสรุปแล้วการกระทำทางรัฐบาลนั้นจะมีลักษณะของความสัมพันธ์อยู่ 2 ประเภทคือ

1) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา และการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา เป็นต้น

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การทำหนังสือสัญญา สันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ การทำสนธิสัญญาต่างๆ การประกาศสงคราม การรับรองสถานะของรัฐอื่น เป็นต้น

การที่จะพิจารณาว่าการกระทำใดจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากหลายๆ หลักเกณฑ์ประกอบกัน ไม่สามารถที่จะพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ในทางองค์กรเท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาดังกล่าวเป็นคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ซึ่งสามารถที่จะใช้อำนาจได้ทั้งการกระทำทางปกครอง และการกระทำทางรัฐบาล การพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จึงต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจและหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาประกอบการพิจารณาถ้าการกระทำใดมีองค์ประกอบครบถ้วนทั้ง 3 ประการ การกระทำนั้นก็จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะอยู่ในการควบคุมและตรวจสอบโดยรัฐสภา ไม่ได้อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครอง

คำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้ยกขึ้นมาศึกษาแล้ว สามารถที่จะพิจารณาโดยสรุปได้ดังนี้

คดีฟ้องคณะรัฐมนตรีว่าการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จะเห็นดังนี้ องค์การหรือผู้กระทำการคือ คณะรัฐมนตรี เป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารของรัฐ และเป็นเจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และในการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร คณะรัฐมนตรี ได้อาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ในการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร หากได้ใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเท่าพระราชบัญญัติ และการพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนี้ เป็นเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ซึ่งจะเป็นการควบคุมทางการเมือง ตามหลักการดุลและคานอำนาจ (Check and Balance) เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าการตราพระราชบัญญัติยุบสภาของคณะรัฐมนตรีนี้ เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นการใช้อำนาจในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้นเอง และคดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นจะต้องเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นี้ ได้เป็นไปตามกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินงานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติเพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎร นั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา ดังนั้นการยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงไม่ใช่ พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทนี้จึงไม่ได้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาได้ และคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa คดีนี้ผู้กระทำการคือคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร (ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2549) และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารที่คณะรัฐมนตรีใช้กระทำการต่างๆ นั้น อาจมีจากแหล่งที่มาจากราชบัญญัติ

หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ หรืออาจมาจากรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ กระทบการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการ ทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และ คดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมาย อื่นที่มีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทบการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำ อื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของ รัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือกระทบการ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรยอมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยอาศัย อำนาจจากรัฐธรรมนูญ กระทบการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาหรือเป็นเรื่องที่ เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ และ ในกรณีคณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลง หุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa นี้ คณะรัฐมนตรีนั้นก็ได้กระทำในฐานะที่เป็นองค์การตาม รัฐธรรมนูญ และได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญและลักษณะของการกระทำก็เป็นเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมาย อื่นใดที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนิน กิจการทางปกครองบรรลุผล

ซึ่งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบและและการกระทำของคณะรัฐมนตรีในกรณีแล้ว ก็จะสามารถเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้เป็นกระทำทางรัฐบาล และจะไม่อยู่ใน การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง และคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากรณี ที่คณะรัฐมนตรี มีมติวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลง หุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้นเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจ ทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทบการ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงไม่ใช่คดีที่อยู่ใน อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจึงมีคำสั่งยื่นตามศาลปกครองกลาง

คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา คดีนี้ผู้กระทำคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งอำนาจที่ใช้นั้นอาจมาจากพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรืออาจมาจากรัฐธรรมนูญก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม พระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้ดังเช่น พระราชบัญญัติกระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรยอมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ กระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ ซึ่งกรณีนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา นั้นได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ และลักษณะของการกระทำ ก็เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาองค์ประกอบและการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีในกรณีแล้ว ก็จะสามารถเห็นได้ว่า การกระทำในกรณีนี้เป็นกรกระทำทางรัฐบาล ซึ่งก็จะทำให้การกระทำนี้จะไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาว่าการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี ที่ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา นั้นเป็นการกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นที่ควรจะนำมาพิจารณาอยู่ 3 คือ

1) ประเด็นเรื่องอำนาจฟ้องคดี ผู้ที่จะสามารถฟ้องคดีปกครองได้นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับ ความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย โดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ ตามพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 ประเด็นก็คือผู้ฟ้องคดีทั้งเก้า นั้นเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย จากการกระทำที่รัฐบาลไทยไปลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาหรือไม่อย่างไร แต่ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้ อธิบายความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีไว้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนคนไทย มีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของชาติและปฏิบัติตามกฎหมาย การจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชนโดยรวม การฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของชาติ ปกป้องอาณาเขตดินแดน อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งรวมทั้งสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีผลกระทบและก่อให้เกิดผลผูกพันต่อประชาชน ดังนั้นจึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

จากการตีความอำนาจในการฟ้องคดีของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ หากเป็นเช่นนี้แล้วต่อไปการฟ้องคดีปกครอง ก็จะเป็นการฟ้องคดีปกครองโดยประชาชนทั่วไป ก็คือ ผู้ใดซึ่งเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยก็สามารถที่จะอ้างความเป็นประชาชนชาวไทยฟ้องคดีปกครองได้ ซึ่งจะไม่สอดคล้องกับเหตุผลในการฟ้องคดีที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42

2) ประเด็นที่อุทธรณ์ คดีนี้เป็นคดีที่อุทธรณ์คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งประเด็นของเรื่องอยู่ที่ว่าการที่ศาลปกครองกลางออกคำสั่งห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาและห้ามมิให้ดำเนินการตามมติดังกล่าวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น เป็นการกำหนดมาตรการที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินนโยบายต่างประเทศหรือไม่ หรือเหตุที่จะขอให้ศาลคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีหมดสิ้นไปแล้วหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดจะต้องพิจารณาเฉพาะคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเท่านั้น ไม่สามารถที่จะไปพิจารณาเรื่องปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ในชั้นนี้ได้ เพราะศาลปกครองชั้นต้นยังมิได้พิพากษาในประเด็นนี้

แต่จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ จะเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยลงไป ในเนื้อหาของคดีแล้ว การที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยไว้เช่นนี้ ทำให้เกิดปัญหาตามมาทันที ก็คือ

ศาลปกครองกลางจะพิพากษาคดีอย่างไร เพราะประเด็นหลักที่ได้โต้แย้งกันอยู่ในคดีนี้ คือประเด็นที่ว่า การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากศาลปกครองกลางดำเนินการสืบพยานต่อไปจนเสร็จการพิจารณาแล้ว เห็นว่าการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองกลางจะพิพากษายกฟ้องได้หรือไม่

3) ประเด็นเหตุผลที่ใช้ในการตัดสิน ศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีว่า “แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆตามรัฐธรรมนูญด้วย การกระทำของรัฐบาลดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย” และปัญหาที่จะเกิดจากการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องนี้ก็คือ การกระทำส่วนใดบ้างที่เป็น “การดำเนินการของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย” เพราะหากถือตามนี้ ก็จะทำให้การกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่เป็นการตัดสินใจทางนโยบายหรือที่เป็นการกระทำในทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมจะส่งผลกระทบต่อประชาชนทั่วไปในทางใดทางหนึ่งไม่มากนักน้อย และก็จะอาจจะถูกตีความว่าเป็น “การดำเนินการของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย” ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วศาลปกครองก็ย่อมจะมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำต่างๆของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีได้ ตามแต่ที่ศาลปกครองจะตีความ และคำสั่งของศาลปกครองในเรื่องนี้ก็ไม่ได้อธิบายว่าการกระทำส่วนใด ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือคณะรัฐมนตรี เป็นการกระทำทางปกครองบ้าง

เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองที่ได้ยกขึ้นมาศึกษาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าในคดีที่มีองค์ประกอบและลักษณะของคดีคล้ายๆ กัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa กับคดีที่รัฐบาลไทยไปลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา แต่กลับมีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในแง่ของความคิดทฤษฎีและเหตุผลที่นำมาใช้ในการพิจารณา ซึ่งก็มีผลทำให้คำพิพากษาของทั้งสองคดี นั้นได้ออกมาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน

ซึ่งในคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) นั้นศาลปกครองพิจารณาที่การกระทำเป็นหลัก

โดยศาลปกครองมองว่าในกรณีนี้ คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แต่คำสั่งศาลปกครองคดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา (กรณีเขาพระวิหาร) นั้นศาลปกครองมองที่องค์การพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และคณะรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 การกระทำของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่อยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

ซึ่งตัวผู้เขียนเองเห็นด้วยกับหลักการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa ซึ่งศาลปกครองได้วางหลักการกระทำทางรัฐบาลไว้ว่า “ถ้าองค์การตามรัฐธรรมนูญเป็นผู้กระทำการและการกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำนั้นย่อมไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่จะถูกควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา ซึ่งเป็นการควบคุมตรวจสอบทางการเมือง ตามหลักถ่วงและดุลอำนาจ (Check and Balance)

“องค์การตามรัฐธรรมนูญ” ที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดคดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนาม ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น Jteppa ศาลปกครองสูงสุดมุ่งหมายถึง บรรดาองค์กรต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น ซึ่งหมายความรวมถึงคณะรัฐมนตรีด้วย

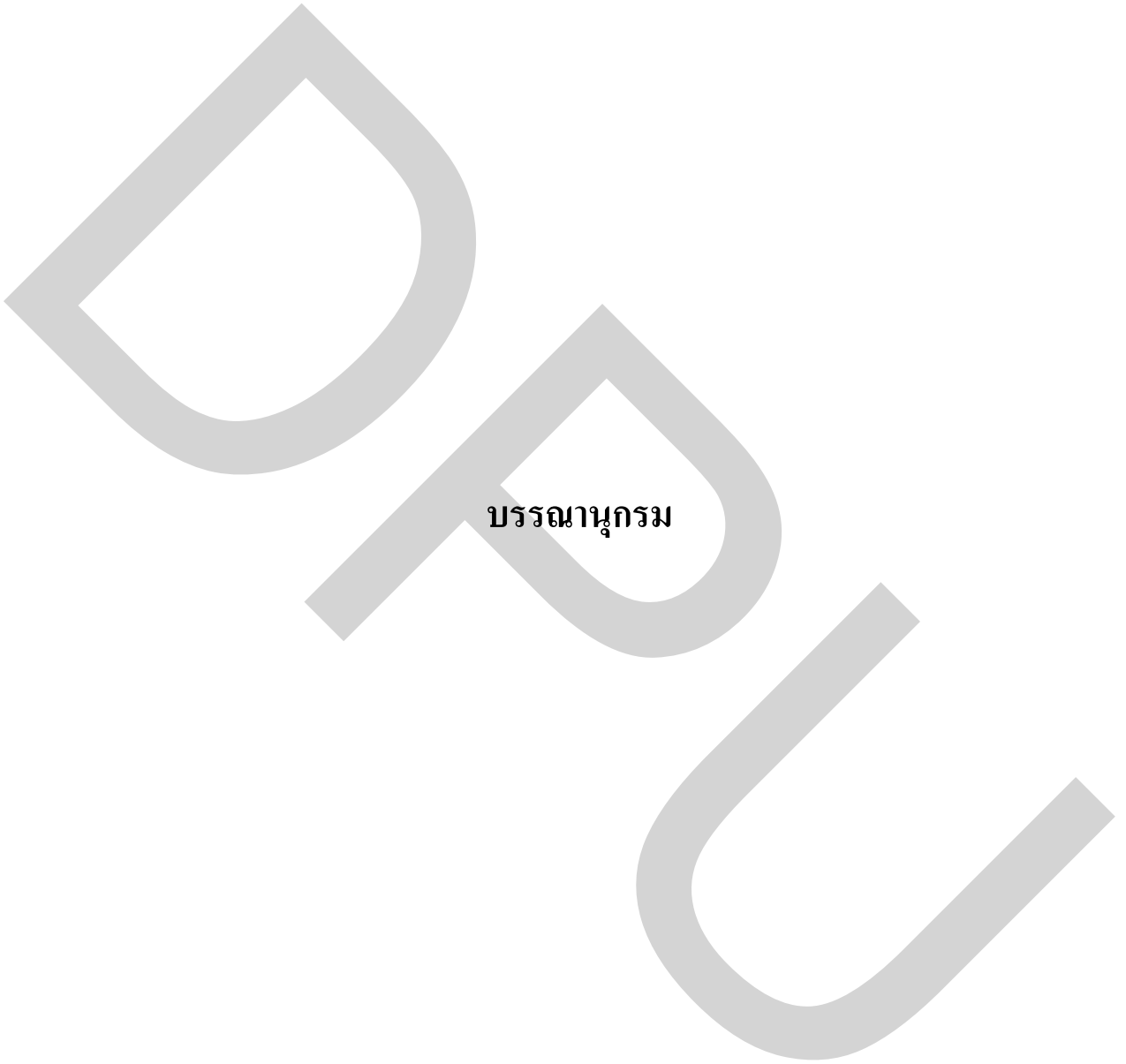
เหตุที่จะต้องพิจารณาถึงเรื่องที่มาของอำนาจ เพราะคณะรัฐมนตรีนั้นสามารถกระทำการได้ทั้งในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายจากพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ซึ่งการกระทำนี้จะเรียกว่าการกระทำทางปกครอง กับในฐานะเป็นรัฐบาล ซึ่งจะกระทำการโดยใช้อำนาจจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งการกระทำนี้จะเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งการกระทำทั้งสองการกระทำนั้น จะมีการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกัน ซึ่งถ้าหากไม่มีการแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง และมองว่าถ้าคณะรัฐมนตรีกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะใช้อำนาจจาก

พระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่า คณะรัฐมนตรีได้กระทำในฐานะ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตาม มาตรา 3 แห่งพระบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และการกระทำ ของคณะรัฐมนตรีนั้นก็จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาล ปกครอง

ซึ่งหากศาลปกครองได้วางบรรทัดฐานเช่นนี้ก็จะทำให้ในอนาคตจะมีการนำเรื่อง ที่เกี่ยวข้องกับกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล ที่เป็นเรื่องการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เข้าสู่การ พิจารณาของศาลปกครองอยู่ตลอดเวลา และก็จะทำให้คณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลไม่สามารถทำงาน ใดๆได้อย่างราบรื่น ซึ่งก็จะก่อให้เกิดผลกระทบอื่นๆ ตามมาอีกมากมายหลายประการ และถ้าถึง วันนั้นคณะรัฐมนตรีจะบริหารประเทศต่อไปได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบาย สำคัญของประเทศ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และหากให้ศาลปกครอง มีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้ทุกเรื่อง ก็เท่ากับศาลปกครองลงมาบริหารราชการแผ่นดินด้วยตนเอง โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อองค์กรใดทั้งสิ้น และในที่สุดแล้วก็จะทำให้หลักการแบ่งแยก อำนาจ ซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันละกัน ก็จะกลายเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจ หนึ่งไปในที่สุด

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากคำพิพากษาของศาลปกครองยังไม่สามารถที่จะสรุปได้ว่าควรจะยึดตามแนวคำพิพากษา ของศาลปกครองในคดีใดเป็นบรรทัดฐานในการที่จะใช้ในการพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ในการพิจารณาคดีของศาลปกครองในเรื่องที่มีลักษณะ เป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลควรที่จะต้องพิจารณาคดีโดยยึดในหลักการกระทำทางรัฐบาล โดย เกร่งครัด โดยจะต้องพิจารณาทุกองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐบาลประกอบกัน เพื่อที่จะทำ ให้หลักทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยพัฒนาต่อเนื่องและเป็นไปในแนวทาง เดียวกัน



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2551). **คำอธิบายกฎหมายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 13). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ธงชัย สันติวงษ์. (2543). **องค์การและการบริหาร**. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). **คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บวรศักดิ์ อวรรณโณ. (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 (ที่มาและนิติวิธี)**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2547). **ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย คู่มือการศึกษาวិชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- ประยูร กาญจนกุล. (2524). **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ (แผ่นปลิวคำบรรยายเป็นเล่ม)**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2538). **คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 4)**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- โกสิน พลกุล. (2528). **เอกสารบรรยายวิชาปัญหาชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครอง ฝรั่งเศส**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- มนูญ บริสุทธิ์. (2521). **คณะรัฐมนตรี**. กรุงเทพฯ: องค์การคำครุสภา.
- มานิตย์ จุมปา. (2546). **คู่มือกฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). **คำบรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง 2**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2540). **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- วิชญ์ เครื่องาม. (2527). **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายมหาชน เล่มที่ 1 (หน่วยที่ 1-7)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

- หยุด แสงอุทัย. (2495). **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2509). **คำบรรยายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2551). **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2551**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

บทความ

- กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. (2551). “เขตอำนาจศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 8, ฉบับที่ 1**.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536, มกราคม). “ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศอังกฤษ.” **วารสารกฎหมาย, ปีที่ 14, ฉบับที่ 2**.
- วรพจน์ วิสรุตพิชญ์. (2537). “ศาลปกครองกับหลักแบ่งแยกอำนาจ.” **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24, ฉบับที่ 3**.
- วิชัย วิวิตเสวี. (2533, กรกฎาคม-สิงหาคม). “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวคิดของระบบแองโกลอเมริกัน.” **นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ปีที่ 37, เล่มที่ 4**.
- วิศิษฐ์ วิศิษฐ์สรอรรถ. (2528). “ประสบการณ์แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับวิธีการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำผิดพลาดของรัฐบาล.” **ตุลพาท, ปีที่ 41, เล่ม 3**
- สมยศ เชื้อไทย. (2530, กันยายน). “การกระทำทางปกครอง.” **วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3**. หน้า 61-62.

วิทยานิพนธ์

- ศิริกร พึ่งนิต. (2527). **ผลบังคับกรณีการชำระหนี้ตกเป็นพันวิสัย: ศึกษาเฉพาะกรณีสัญญาซื้อขาย**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ปัญญา สุชีวะ. (2530). **การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน: ศึกษาเฉพาะกรณี พ.ศ. 2526-2529**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สาโรช โชติพันธุ์. (2541). **การควบคุมการกระทำของรัฐบาล**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุวิมล สังข์พันธ์. (2535). **สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี**. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุวิริ์ ตรียุทธนากุล. (2538). **การกระทำของรัฐบาล**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (2551, 1 กรกฎาคม)
สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2551, จาก <http://www.prachatai.com>

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). **แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทเขา
พระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ**. สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2551,
จาก <http://www.kpi.ac.th>

นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551, กรกฎาคม). **การกระทำทางรัฐบาล**. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2551,
จาก <http://www.pub-law.net>

อมร จันทรมบูรณ์. (2551). **คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขที่ 984/2550 ถูกต้องหรือไม่
(การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย –
กัมพูชา ขึ้นทะเบียน “ปราสาทพระวิหาร)**. สืบค้นเมื่อ 24 สิงหาคม 2551,
จาก <http://www.pub-law.net>

เอกสารอื่นๆ

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2526). **การจัดการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนในประเทศแองโกล-
อเมริกัน. การจัดการเรียนการสอนกฎหมายมหาชน (สถาบันวิจัยสังคมจุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย เอกสารรหัส 63-89-154).**

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

พระราชบัญญัติระเบียบราชการฝ่ายบริหาร พ.ศ. 2534.

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

Brown, L.Naville & Gardner, J.F. (1983). **French Administrative Law**. London: butterworth.

Schwartz, Bernard. (1954). **French Administrative Law and the common-law And common Law World**. New York: New York University press.

Yardley, D.M.C. (1984). **Introduction to British Constitutional Law**. London: butterworth.

ARTICLES

Marshall, Geoffrey. (1971). "Separate of power and Political Question" **Constitutional Theory**.
Oxford: Clarendon Press.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

ณัฐพล คำภีระ

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
ปีการศึกษา 2545

