การกระทำทางรัฐบาล และปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

สุชาดา เรืองแสงทองกุล

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2560

การกระทำทางรัฐบาล และปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

สุชาดา เรืองแสงทองกุล

คณะนิติศาสตร์

อาจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์ (พิเศษ).....ประธานกรรมการ

(ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.สุรพล นิติไกรพจน์)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล)

อาจารย์.....กรรมการ

(ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี

(นเรศร์ เกษะประกร)

ตุลาคม 2560

บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	การกระทำทางรัฐบาล และปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล
ชื่อผู้เขียน	นางสาวสุชาดา เรืองแสงทองกุล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา	2560

การใช้อำนาจทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เป็นอำนาจในการดำเนินการบริหารราชการแผ่นดิน การดำเนินการตามภารกิจของรัฐให้สำเร็จลุล่วงอันมีลักษณะเป็นงานทางนโยบาย การกระทำทางรัฐบาลเป็นผลจากการใช้อำนาจทางรัฐบาล ซึ่งเป็นอำนาจอย่างหนึ่งของอำนาจทางบริหาร ในปัจจุบันการใช้อำนาจทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารของไทย มีปัญหาการกำหนดขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากการขาดความชัดเจนในการให้ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล และไม่มีเกณฑ์ที่แน่ชัดในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล วิทยานิพนธ์นี้จึงมุ่งศึกษาพัฒนาการ แนวคิดของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล เพื่อค้นหาเกณฑ์ที่เหมาะสมในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล อันจะทำให้เกิดความชัดเจนของนิยาม ลักษณะและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล

จากการศึกษาทำให้ได้ข้อสรุปว่า เกณฑ์ที่ควรนำมาใช้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาล มีดังนี้ ประการแรก การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประการที่สองการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีแหล่งที่มาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และประการสุดท้ายอำนาจที่ใช้กระทำการนี้เป็นอำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ผลการตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลอยู่ในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายการบริหาร และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล พบว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ดังนี้ การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำของฝ่ายบริหารด้านความมั่นคง และการกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย

การกระทำทางรัฐบาล แม้จะอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่การกระทำดังกล่าวนี้ไม่อยู่ภายใต้ตรวจสอบถ่วงดุลขององค์กรตุลาการ เนื่องจากเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจขององค์กรของรัฐ

ฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ องค์กรตุลาการจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการตัดสินใจทางบริหารดังกล่าวได้ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นการตรวจสอบทางการเมืองตามหลักการถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐ และการกระทำทำดังกล่าวถูกตรวจสอบจากประชาชนได้เช่นกัน อย่างไรก็ตามการที่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการย่อมไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ ดังนั้นเพื่อไม่ให้มีการกระทำทางรัฐบาลอันละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ วิทยานิพนธ์จึงศึกษาปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

จากการศึกษาพบว่า ภายใต้การคุ้มครองหลักนิติรัฐจำเป็นต้องมีองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จึงมีการสร้างระบบการถ่วงดุลตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขึ้นในรัฐธรรมนูญ สำหรับประเทศไทยได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ นำมาสู่การเสนอแนะขอบเขตการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และต้องไม่ให้มีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลมากจนเกินไปอันจะส่งผลกระทบต่ออำนาจตัดสินใจทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีข้อจำกัดที่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้เฉพาะขอบอำนาจที่กระทำการ เงื่อนไขของขั้นตอนกระบวนการใช้อำนาจเท่านั้น ไม่อาจควบคุมไปถึงการใช้ดุลพินิจที่เป็นอิสระอันเป็นอำนาจวินิจฉัยการกระทำในแต่ละเรื่องได้ เพื่อให้มีกลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่มีความสมดุลและสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเป็นไปตามหลักการของนิติรัฐที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

ABSTRACT

Title of Dissertation	The Government Act and the Problems of Reviewing the Government Act
Author	Miss Suchada Rueangsaengthongkul
Degree	Doctor of Laws
Year	2017

The exercise of executive power by an executive branch must remain within its power to conduct administrative affairs in accordance with the need to accomplish the functions designated by the state's policies. The government act thus results from the exercise of its executive power. There are currently problems concerning the exercise of the executive power by the Thai government. This is mainly due to the lack of a clear definition of the government act and the criteria for identifying and determining which actions fall under the government act. Therefore, this thesis aims to study the concept of the government act and how this concept has developed in practice, and to find appropriate criteria for the consideration of the government act. This could help clarify the definition and the scope of the government act, as well as the criteria for its consideration.

The study found that the consideration of the government act should include the following criteria. First, does the government act reside in the power given to and that is to be exercised by the government and its agents? Second, is the exercise of the executive power stipulated under the Constitution? Finally, to what extent is the exercise of this executive power left to the discretion of the government and its agents? The decisions of the government and its agents are in the form of policies of the Cabinet. From a study of the court judgments on cases involving the government act, it is clear that the government act is the actions of the executive branch as based on its power given by the Constitution, its actions in relation to the legislature, its actions

in the conduct of foreign relations, its actions in the maintenance of national security, and its actions in the administration of the government policies.

Although the government act is in conformity with the principle of separation of powers, it is not subject to the checks and balances by the judiciary. This is because the government act is exclusively within the powers of the executive branch. Thus, the judiciary cannot interfere with the decisions made by the government. The parliament has the power to review the government act under the system of checks and balances. The government act is also checked by the public. Nevertheless, the government act without the judicial checks is against the Doctrine of the Legal State and violates the exercise of the executive powers as stipulated in the Constitution. The second purpose of the thesis is therefore to study the problems of the checks on the government act by the judiciary.

The thesis found that in order to uphold the Legal State, it is necessary to have an organization to check the exercise of the state power, especially the government act, to make sure it is in accordance with the provisions of the Constitution. The system of checks and balances is therefore established in the Constitution. In Thailand, the Constitutional Court has been set up and authorized to review the constitutionality of the government act. This thesis provides the following recommendations on the scope of power of the Constitutional Court to review the government act. First, the Court should have the authority to review the government act as only specified in the Constitution. Second, such a power to review the government act given to the Court should be limited; otherwise it could affect the decision-making power of the executive branch. The power of the Constitutional Court to review the government act is therefore limited to what is specified in the Constitution. The power of the Constitutional Court is thus limited, in that it covers only the government act within the scope of its authority, the conditions on, as well as the steps and process of the use of this authority. The Constitutional Court's power does not cover the independent use of discretion by the executive branch. This issue of independent use of discretion should thus be reconsidered, so that a more appropriate system of checks and balances be maintained and the separation of powers principle be uphold.

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงด้วยดี ด้วยความกรุณาของคณาจารย์ และท่านทั้งหลาย

ผู้เขียนกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เป็นอย่างสูงที่กรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์ได้ให้ความรู้ คำแนะนำทางวิชาการที่ลึกซึ้งและกระจ่างชัดอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการค้นคว้าข้อมูล การวางเค้าโครงการศึกษาและการจัดทำวิทยานิพนธ์ได้อย่างเป็นระบบและมีทิศทางที่ชัดเจน

กราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล เป็นอย่างสูงที่ท่านอาจารย์กรุณารับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้ให้ข้อคิดเห็นและข้อสังเกตประการสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนพัฒนารูปแบบและเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ให้มีความชัดเจนถูกต้อง และสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

กราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ เป็นอย่างสูงที่ท่านอาจารย์กรุณารับเป็นคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และชี้แนะแนวทางการปรับแก้ไขวิทยานิพนธ์อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการวิเคราะห์ประเด็นการศึกษาให้เป็นไปอย่างครบถ้วนและถูกต้องตามหลักวิชาการ

กราบขอบพระคุณ อาจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร เป็นอย่างสูงที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ท่านอาจารย์กรุณาตรวจงานอย่างละเอียด ให้คำแนะนำการปรับแก้ไขงานด้วยความทุ่มเทและเอาใจใส่ในทุกขั้นตอนของการทำวิทยานิพนธ์ และให้แง่คิดในการศึกษา ตลอดจนแนะนำแนวทางการแสวงหาความรู้และการพัฒนาความสามารถทางวิชาการแก่ผู้เขียนมาโดยตลอด

ขอกราบขอบพระคุณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างสูงที่เล็งเห็นความสำคัญและประโยชน์ของการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และกรุณาสนับสนุนทุนอุดหนุนการทำวิทยานิพนธ์ ระดับบัณฑิตศึกษา ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2560 แก่ผู้เขียน

ท้ายที่สุดนี้ กราบขอบพระคุณบิดา มารดา ครูคนแรกของผู้เขียน ผู้เป็นแรงบันดาลใจและกำลังใจคนสำคัญ ขอบพระคุณที่สนับสนุนและให้โอกาสทางการศึกษาเสมอมา ขอบคุณพี่น้องทุกคนในครอบครัว และร้อยตำรวจเอกเฉลิมวุฒิ จันทร์นิธิโชติ ที่เข้าใจและให้กำลังใจตลอดมา ตลอดจนขอบคุณกัลยาณมิตรทุกท่าน สำหรับความช่วยเหลือ กำลังใจ และคำปลอบใจยามท้อแท้

ส่วนที่ดีที่เป็นประโยชน์ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบให้ทุกท่านดังกล่าวมา หากมีส่วนใดบกพร่องไป ผู้เขียนขอน้อมรับไว้เพียงผู้เดียว

สุชาดา เรืองแสงทองกุล

สิงหาคม 2560

สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อ (3)

ABSTRACT (5)

กิตติกรรมประกาศ (7)

สารบัญ (8)

บทนำ 1

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา 1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา 9
3. สมมติฐานในการศึกษา 9
4. ขอบเขตของการศึกษา 9
5. วิธีการที่ศึกษา 10
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา 10

ภาค 1 ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล 11

บทที่ 1 การกระทำทางรัฐบาลกับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาล 13

1.1 การกระทำของรัฐ และขอบเขตการใช้อำนาจ 13

1.1.1 การกระทำของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตย 13

1.1.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจอธิปไตยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ 16

1.1.1.2 อำนาจอธิปไตยทางบริหาร 19

1.1.2 ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ 28

1.1.2.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ 31

1.1.2.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ 38

1.2 การกระทำของฝ่ายบริหาร 45

1.2.1 การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร 45

1.2.1.1 องค์ประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร 45

1.2.1.2 ผลิตผลของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร 48

1.2.2 พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล 52
1.2.2.1 พัฒนาการของแนวคิดตามแนวคำวินิจฉัยของศาล 52
1.2.2.2 พัฒนาการของแนวคิดอันเกิดจากกฎหมายและความเห็นทางทฤษฎี 70
บทที่ 2 เกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล 84
2.1 ข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล 84
2.1.1 ข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางบริหาร 84
2.1.1.1 การกระทำทางการเมือง 85
2.1.1.2 การกระทำอันเป็นงานประจำ 90
2.1.2 ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจ 91
2.1.2.1 อำนาจดุลพินิจ 92
2.1.2.2 อำนาจผูกพัน 92
2.1.3 ข้อพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ 93
2.1.3.1 อำนาจตามรัฐธรรมนูญ 93
2.1.3.2 อำนาจตามกฎหมาย 96
2.2 การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาล 97
2.2.1 การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ 97
2.2.2 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ 103
2.2.3 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 112
2.2.4 การกระทำของฝ่ายบริหารด้านความมั่นคง 121
2.2.5 กระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย 132
2.3 วิเคราะห์เกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทย 140
2.3.1 เกณฑ์พิจารณาด้านองค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาล 140
2.3.2 เกณฑ์พิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ 141
2.3.3 เกณฑ์พิจารณาจากลักษณะของอำนาจ 141
บทสรุปวิเคราะห์ ภาค 1 143
ภาค 2 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล 154
บทที่ 1 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยทางการเมือง 156
1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง 156
1.1.1 องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ 156
1.1.2 แนวคิดในการตรวจสอบโดยการเมือง 162

1.1.2.1 ดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรทางการเมือง 162
1.1.2.2 ความรับผิดชอบทางการเมือง 167
1.2 กลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง 174
1.2.1 การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 174
1.2.1.1 การดำเนินการของรัฐสภา 175
1.2.1.2 การตรวจสอบโดยประชาชน 185
1.2.2 การตรวจสอบหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 186
1.2.2.1 กลไกการตรวจสอบของรัฐสภา 186
1.2.2.2 การตรวจสอบโดยประชาชน 207
บทที่ 2 ปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ 209
2.1 กรอบแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ 209
2.1.1 อำนาจในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ 210
2.1.1.1 ความจำเป็นของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ 210
2.1.1.2 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ 211
2.1.2 การริเริ่มให้มีการตรวจสอบ 229
2.1.2.1 การริเริ่มโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ 229
2.1.2.2 การริเริ่มโดยประชาชน 231
2.2 กลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ 233
2.2.1 การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 233
2.2.1.1 การชี้ขาดลักษณะการกระทำทางรัฐบาล 233
2.2.1.2 กรอบของการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล 234
2.2.2 การตรวจสอบภายหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 244
2.2.2.1 บทบาทของศาลในการตรวจสอบ 244
2.2.2.2 ข้อยกเว้นของการตรวจสอบ 245
2.3 การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ 247
2.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ 248
2.3.1.1 การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา 248
2.3.1.2 การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา 248
2.3.1.3 การยุบสภาผู้แทนราษฎร 249
2.3.1.4 การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย 251

2.3.2 การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน 251
2.3.3 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 252
2.3.4 ความเหมาะสมของการแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี 254
บทสรุปวิเคราะห์ ภาค 2 255
บทสรุปและข้อเสนอแนะ 262
1. บทสรุป 262
2. ข้อเสนอแนะ 269
2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล 270
2.1.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล 270
2.1.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนิยามของการกระทำทางรัฐบาล 272
2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ 274
2.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล 275
2.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับขอบเขตของการตรวจสอบ 275
2.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับช่วงเวลาในการตรวจสอบ 276
2.2.3.1 กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 276
2.2.3.2 กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้หลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย 277
2.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผู้ยื่นคำร้องขอให้องค์กรตุลาการตรวจสอบ 277

บรรณานุกรม 280
ภาคผนวก 298
ภาคผนวก ก การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาล 299
ภาคผนวก ข การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลตรวจสอบได้และตรวจสอบไม่ได้ 310
ประวัติผู้เขียน 312

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การเกิดขึ้นและดำรงอยู่ของรัฐจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องมีผู้ปกครองในการใช้อำนาจปกครองเหนือประชาชนของตน การปกครองที่มีความเกี่ยวพันกับประชาชนมากที่สุด และประเทศต่าง ๆ นิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย คือ การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังคำกล่าวของอับราฮัม ลินคอร์น (Abraham Lincoln) อดีตประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาที่ว่าประชาธิปไตยเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน[1] ระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่เป็นตัวแทนของประชาชนต้องเป็นไปโดยสุจริต และอยู่ภายใต้กระบวนการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ[2]

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย มีหลักการพื้นฐานสำคัญสองประการ ประกอบด้วย หลักนิติรัฐและหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน ภายใต้หลักนิติรัฐจำเป็นต้องมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐ โดยการจัดสรรอำนาจอธิปไตย (Separation of Powers) ออกเป็นอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ทั้งนี้ ไม่ว่าแต่ละรัฐมีการปกครองรูปแบบใดก็ตาม อำนาจรัฐของรัฐทุกรัฐใช้กระทำการได้สามประเภทเช่นเดียวกัน ได้แก่ การกระทำทางบริหาร การกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางตุลาการ เพียงแต่ในรัฐที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกันรัฐนั้นไม่ใช่รัฐเสรีประชาธิปไตย เมื่อการกระทำของรัฐสามารถทำการได้สามประเภท องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐในรัฐเสรีประชาธิปไตย จึงแยกองค์กรออกเป็นสามองค์กรตามลักษณะของอำนาจรัฐ องค์กรแรกได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรต่อมาได้รับมอบให้ใช้อำนาจบริหาร และองค์กรสุดท้ายได้รับมอบให้ใช้อำนาจตุลาการ อำนาจนิติบัญญัติเป็นอำนาจในการออกกฎหมาย เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานและองค์กรของรัฐด้วยกัน หรือความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐ ในทางการกระทำ เรียกว่า การกระทำทางนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจนี้ เรียกว่า

---

[1] Manfred G. Schmidt, “Political Performance and Types of Democracy: Findings from Comparative Studies,” **European Journal of Political Research** 41 (2002): 147.

[2] Thomas M. Franck, “Democracy, Legitimacy and the Rule of Law: Linkages,” **NYU Law School, Public Law and Legal Theory** 2 (1999), Retrieved September 9, 2013 from http://ssrn.com/abstract=201054

องค์กรนิติบัญญัติหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ประการที่สอง อำนาจตุลาการเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ในทางการกระทำ เรียกว่า การกระทำทางตุลาการ องค์กรที่ใช้อำนาจนี้เรียกว่าองค์กรตุลาการหรือฝ่ายตุลาการ และอำนาจสุดท้าย อำนาจบริหาร หมายถึง การใช้อำนาจรัฐกระทำการอื่นที่นอกเหนือจากการนิติบัญญัติและการตุลาการ ซึ่งเป็นอำนาจการบังคับใช้กฎหมาย บังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ในทางการกระทำ เรียกว่า การกระทำทางบริหาร องค์กรที่ใช้อำนาจนี้ เรียกว่า องค์กรบริหารหรือฝ่ายบริหาร การกำหนดองค์กรในการใช้อำนาจรัฐแต่ละประเภท สะท้อนถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยว่าแท้จริงแล้ว หมายถึง การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกันไม่ใช่การแบ่งแยกตัวอำนาจ องค์กรของรัฐที่กล่าวมานี้ต่างมีอิสระในการใช้อำนาจของตน แต่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (Check and Balance)[3] เพื่อไม่ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ในส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามระบบกฎหมายไทย ประกอบด้วย[4] พระมหากษัตริย์ ซึ่งเป็นประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคน และรวมถึงองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ทั้งหลายที่อยู่ในบังคับบัญชาหรืออยู่ในกำกับหรืออยู่ในความควบคุมทั้งทางตรงและทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ในขณะที่ความหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามแบบสมัยใหม่ นอกจากหมายถึง องค์กรบริหารดั้งเดิมแล้วรวมถึงองค์กรอิสระด้วย[5] เนื่องจากองค์กรอิสระไม่ได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการ เมื่อฝ่ายปกครองเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรอิสระจึงจัดเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วย

อย่างไรก็ดีเมื่อกล่าวถึงการใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งมีหน้าที่ตามภารกิจของรัฐในการรักษาความมั่นคง ความสงบเรียบร้อยของชาติ การกำหนดนโยบายการพัฒนาประเทศด้านต่าง ๆ ทั้งเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม รวมทั้งการเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเช่นนี้ย่อมหมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิม ในกรณีพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร อำนาจรัฐที่ใช้กระทำการทางบริหาร หรืออำนาจทางบริหาร แยกออกเป็นสองลักษณะ ได้แก่ อำนาจทางบริหารและอำนาจทางปกครอง ในแง่สถานะขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร สามารถแยกพิจารณาได้สอง

---

[3] Christoph Grabenwarter, "Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies," **Keynote Speech 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro,** 16 January 2011.

[4] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545), หน้า 3-6.

[5] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 9.

สถานะเช่นกัน คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล (Government) และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Administrative Organs)[6] ในแง่การกระทำ การกระทำอันเกิดจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจในฐานะรัฐบาล เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (Government Act) ส่วนการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครอง เรียกว่า การกระทำทางปกครอง (Administrative Act)[7]

โดยทั่วไปแล้วการกระทำทางบริหารต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีและมีอำนาจในการจำกัดอำนาจบริหาร[8] การใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลมีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรใด ๆ การตรวจสอบประเภทนี้จึงเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีที่สุด[9] อย่างไรก็ตามการกระทำทางบริหารที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล หมายถึง การกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง โดยมติคณะรัฐมนตรี ที่ออกมาเป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ การตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเป็นการตรวจสอบโดยกฎหมาย[10] ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ศาลในที่นี้ หมายถึง ศาลที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจปกครองขององค์กรรัฐ ซึ่งอาจเป็นศาลปกครองในประเทศที่มีระบบศาลคู่ หรืออาจเป็นศาลยุติธรรมในประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว

การที่องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐทางบริหารเสียทั้งหมด เนื่องจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารบางอย่างเป็นข้อจำกัดของอำนาจ

---

[6] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์** (กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545), หน้า 137.

[7] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง** (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 6-7.

[8] Matthew C. Stephenson, “When the Devil Turn…The Political Foundations of Independent Judicial Review,” **Journal of Legal Studies** 32, 1 (January 2003): 60.

[9] Peter Cane, **Administrative Law** (New York: Oxford University Press, 2004), p. 167.

[10] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แฉเอกสาร “ลับ” ที่สุดปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: มติชน, 2551), หน้า 350.

ตุลาการ[11] การกระทำดังกล่าวก็คือการกระทำทางรัฐบาล แต่ไม่ได้หมายความว่าการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดอยู่นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ ในกรณีรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดแจ้ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ[12] ด้วยเหตุนี้หากรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้ องค์กรตุลาการย่อมไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้น ไม่ใช่การกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ แต่เป็นการกำหนดหรือการวางนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งต้องใช้กลไกการตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือในทางการเมือง (Political Controls)[13] เท่านั้น

จากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีทั้งการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ลักษณะของการกระทำแต่ละประเภทส่งผลต่อระบบการตรวจสอบที่แตกต่างกัน การศึกษาและทำความเข้าใจจุดแบ่งแยกของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ด้วยเหตุนี้จำเป็นต้องศึกษาจุดเริ่มต้นของการแบ่งแยกประเภทการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทฤษฎีที่กล่าวถึงการจำแนกการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกเป็นกระทำทางรัฐบาลเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศฝรั่งเศส เรียกว่า acte de gouvernement เกิดขึ้นบนพื้นฐานแนวคิดที่ว่าถ้าองค์กรตุลาการมีอำนาจพิจารณากิจการทุกประเภทขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อาจก่อให้เกิดอุปสรรคในการบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากจะทำให้การกระทำทางบริหารซึ่งเป็นอำนาจทางบริหารต้องผ่านตรวจสอบความถูกต้องโดยองค์กรตุลาการ จึงเกิดแนวคิดให้การกระทำทางรัฐบาลอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของศาลไม่ว่าจะฟ้องเพื่อเพิกถอนการกระทำ หรือฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำก็ตาม[14]

---

[11] Jesse H. Choper, “The Political Question Doctrine: Suggested Criteria,” **Duke Law Journal** 54 (2005): 1499.

[12] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 315.

[13] วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, “แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา,” **ไทยโพสต์** (1 กรกฎาคม 2551): 4.

[14] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย** (กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2551), หน้า 7-8.

สำหรับการนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาใช้ในประเทศไทย ระบบกฎหมายไทยมีกฎหมายที่กล่าวถึงเฉพาะการกระทำทางปกครอง และไม่มีการกำหนดถึงการกระทำทางรัฐบาลไว้ แต่มีการกล่าวถึงลักษณะงานบางอย่างขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลปกครองในลักษณะทำนองเดียวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยก่อนหน้าการจัดตั้งศาลปกครอง คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้มีคำวินิจฉัยว่า เรื่องที่มีลักษณะทางนโยบายโดยตรงเป็นการตัดสินใจของรัฐบาลที่ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมในการบริหาร องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปทบทวนการตัดสินใจนั้นได้ อีกทั้งไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายให้อำนาจพิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ แต่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยตรง อันเป็นกลไกการตรวจสอบทางการเมืองตามระบอบประชาธิปไตย[15] คำวินิจฉัยนี้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522[16] ที่ห้ามคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับพิจารณาเรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ห้ามนำกฎหมายนี้ใช้บังคับแก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง[17] และการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศ[18] ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีละเอียดอ่อนที่รัฐบาลต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง ดังนั้นการดำเนินการทางต่างประเทศ จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

แนวคำวินิจฉัยที่ศาลจำกัดอำนาจการพิจารณาในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน เช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ถ่วงดุลและคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญ[19] ในกรณีดังกล่าวเห็นได้ว่าศาลปฏิเสธการตรวจสอบการกระทำที่เป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และไม่มีบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญให้อำนาจฝ่ายตุลาการวินิจฉัยการยุบสภาได้

ในส่วนอำนาจของศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คดีที่อยู่ในอำนาจวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ต้องเกิดจากข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงาน

---

[15] คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 20/2528

[16] มาตรา 20 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

[17] มาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[18] มาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[19] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

ของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงาน องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวข้างต้น[20] และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง[21] ดังนั้นคดีที่อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครองต้องเป็นคดีพิพาท อันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือจากการดำเนินกิจการทางปกครองเท่านั้น

จากอำนาจของศาลปกครองดังกล่าว การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร ไม่ใช่อำนาจทางปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง แต่เป็นเรื่องที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อฝ่ายนิติบัญญัติด้วยการทำหน้าที่โดยความไว้วางใจของรัฐสภา ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ไว้วางใจองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารย่อมส่งผลให้การทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสิ้นสุดลง โดยฝ่ายนิติบัญญัติมีกลไกการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้หลายวิธี เช่น การตั้งกระทู้ถาม การตั้งคณะกรรมาธิการสามัญ คณะกรรมาธิการวิสามัญ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบสอบสวนการบริหารราชการแผ่นดิน การลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี รวมถึงมีกลไกการตรวจสอบโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และองค์กรอิสระอื่น ๆ

ตามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวปฏิบัติในการพิจารณาลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลของไทย แต่จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล มีตัวอย่างปัญหาที่น่าสนใจเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลปกครองได้นำเรื่องการกระทำทางรัฐบาลมาวินิจฉัยในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) โดยวินิจฉัยว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากการที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คณะรัฐมนตรีไม่ได้กระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ได้กระทำในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ[22]

---

[20] มาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[21] มาตรา 197 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[22] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

ในขณะที่คดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา (Join communiqué) ซึ่งเป็นการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[23] เช่นเดียวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ศาลปกครองวินิจฉัยว่าคดีอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล เนื่องจากคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดมีอำนาจบริหารราชการกระทรวงการต่างประเทศ การกระทำของคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจึงเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง[24]

จากคำวินิจฉัยของศาลในคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น และคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาที่กล่าวมาข้างต้น แม้ว่าเป็นเรื่องการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเหมือนกัน แต่คำวินิจฉัยของศาลแตกต่างกันในเรื่องสถานะทางองค์กรขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และที่มาของกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดการกระทำ ปัญหาดังกล่าวเกิดจากเกณฑ์การพิจารณาลักษณะและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลของไทยขาดความชัดเจน ส่งผลกระทบต่อกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากเมื่อไม่สามารถพิจารณาได้อย่างชัดเจนและแน่นอนว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล ย่อมทำให้การกระทำนั้นเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบที่ผิดพลาดดังคดีตัวอย่างข้างต้น เกณฑ์พิจารณาการกระทำทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจึงเกี่ยวพันโดยตรงต่อกลไกการตรวจสอบการกระทำทางบริหารอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ถึงแม้ประเทศไทยไม่จำเป็นต้องยึดแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดีก่อน ๆ เป็นบรรทัดฐานเหมือนกับระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ก็ตาม แต่หากข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญของคดีเหมือนกันแตกต่างกันเพียงรายละเอียด ศาลควรยึดหลักกฎหมายหรือทฤษฎีในการวินิจฉัยทำนองเดียวกัน ดังนั้นปัญหาสำคัญที่ควรพิจารณา คือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลแท้จริงแล้วเป็นการกระทำที่มีลักษณะเช่นใด และใช้เกณฑ์อะไรในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล

การศึกษาเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลนอกจากมีประโยชน์ต่อการแบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองแล้ว คงมีความสำคัญต่อการกำหนดนิยาม หรือความหมายของการกระทำทางรัฐบาลด้วย เนื่องจากถ้าการกระทำทางบริหารทุกอย่างเป็นการกระทำทางรัฐบาล

---

[23] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 6-7/2551 ศาลวินิจฉัยว่าคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชามีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[24] คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551

อาจจะนำไปสู่แนวคิดเรื่องเหตุผลของรัฐ (Reason of State) ของ Maciavelli (มาเคียเวลลี)[25] โดยการที่องค์กรตุลาการไม่อาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้เท่ากับว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอยู่เหนือกฎหมาย สิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมถูกกระทบกระเทือน ในทางตรงกันข้ามถ้าองค์กรตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหารได้ทั้งหมดจะส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน

ด้วยสภาพปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น จึงจำเป็นต้องศึกษาว่าการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลศาลไทยใช้เกณฑ์ใดและเกณฑ์ที่ใช้นั้นมีความแน่นอนและมั่นคงหรือไม่เพียงใด ถ้าเกณฑ์ที่นำมาใช้มีข้อบกพร่อง ควรที่จะศึกษาต่อไปว่าเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยที่เหมาะสมควรมีรูปแบบเช่นใด เพื่อให้เกิดความเข้าใจและความชัดเจนในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล และในส่วนของการศึกษาการตรวจสอบของการกระทำทางรัฐบาล เป็นการศึกษาแนวคิดและกลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง และมีประเด็นที่จำเป็นต้องศึกษาว่าการกระทำทางรัฐบาลของไทยอยู่นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรตุลาการอย่างสิ้นเชิงหรือไม่ ถ้าองค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ องค์กรตุลาการที่มีอำนาจนั้นเป็นองค์กรใดและควรเข้ามาตรวจสอบได้ในขั้นตอนใดและตรวจสอบได้เพียงใด เพื่อให้ได้กลไกหรือพัฒนากลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่มีดุลยภาพระหว่างการตรวจสอบกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การศึกษาครั้งนี้ได้กำหนดกรอบการศึกษาออกเป็นสองภาค ภาคแรกเป็นเรื่องข้อความคิดว่าการกระทำทางรัฐบาล ในบทที่ 1 ศึกษาการกระทำทางรัฐบาลกับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาล เริ่มต้นด้วยการศึกษาหลักการว่าด้วยอำนาจรัฐและการใช้อำนาจของรัฐในภาพรวม ก่อนที่จะศึกษาอำนาจบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาล พัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล หลังจากเข้าใจถึงที่มาและลักษณะทั่วไปของการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ในบทที่ 2 เป็นการศึกษาเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล เพื่อให้เข้าใจและได้ข้อยุติว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะอย่างไร เมื่อได้ข้อสรุปเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลแล้วประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปมีว่าการการกระทำทางรัฐบาลนั้นมีกลไกการตรวจสอบอย่างไร การศึกษาในภาคที่ 2 สองจึงมีเนื้อหาต่อเนื่องจากภาคแรก โดยการศึกษาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ใช้ข้อพิจารณาทางด้านสถานะองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในบทที่ 1 เป็นการศึกษาการตรวจสอบโดยทางการเมือง และบทที่ 2 เป็นเรื่องปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ การศึกษาในส่วนนี้ จะทำให้เข้าใจแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบกลไกการตรวจสอบในแต่ละรูปแบบ และได้ข้อสรุปรวมทั้งข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลต่อไป ซึ่งในการศึกษาตามรูปแบบที่กล่าวมานี้จะทำการศึกษาเนื้อหาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาไปพร้อมกันตามหัวข้อของการศึกษาในแต่ละบท

---

[25] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 8.

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อหาข้อสรุปเกี่ยวกับพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล แนวคิด และหลักการที่เกี่ยวข้อง รวมถึงค้นหาขอบเขตที่ชัดเจนของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทย
2. เพื่อหาความสอดคล้องและความเชื่อมโยงของแนวคิด ทฤษฎีที่สนับสนุนการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลและการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทย
4. เพื่อนำเสนอรูปแบบการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทยที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม

3. สมมติฐานในการศึกษา

ขอบเขตและเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยยังขาดความชัดเจน ทำให้การพิจารณาลักษณะและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาลไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน จากปัญหาความไม่ชัดเจนของการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าว ส่งผลต่อปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน จึงจำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาลที่แน่นอน อันจะส่งผลต่อการพัฒนากลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลให้เกิดความสมดุลและสอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

4. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลทั้งของไทยและต่างประเทศ ในส่วนการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจำกัดเฉพาะการใช้อำนาจของรัฐบาล ไม่รวมถึงการใช้อำนาจของประมุขของรัฐ การศึกษาในส่วนของต่างประเทศ ศึกษาทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ เพื่อให้เข้าใจแนวทางการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลและการตรวจสอบของแต่ละระบบกฎหมาย ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จำกัดการศึกษาเฉพาะสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ส่วนระบบซีวิลลอว์ศึกษาเฉพาะฝรั่งเศส เยอรมนี และญี่ปุ่น และการศึกษาครั้งนี้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นฐานในการศึกษา

5. วิธีการที่ศึกษา

การศึกษาครั้งนี้เป็นการศึกษาเปรียบเทียบ (Comparative Research) ในเชิงแนวคิด ทฤษฎี ของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล นำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลไทย ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสมาวิเคราะห์และนำเสนอเชิงเปรียบ รวมทั้งศึกษาทฤษฎีของต่างประเทศที่มีแนวคิดในการจำกัดอำนาจศาลในการกระทำทางบริหารทำนองเดียวกับการกระทำทางรัฐบาล เพื่อให้ได้ข้อสรุปในเรื่องฐานความคิด การใช้ทฤษฎี และการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล และนำไปสู่การศึกษาและการได้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลและการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทย

ในการศึกษาได้จัดวางเค้าโครงการศึกษาออกเป็นสองภาคด้วยกัน ประกอบด้วย ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล และการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ใช้วิธีการศึกษาเนื้อหาของแต่ละบทและวิเคราะห์ปัญหาของการศึกษาไปในคราวเดียวกัน พร้อมทั้งนำเสนอข้อเสนอแนะของการศึกษาไว้ในบทสรุปวิเคราะห์ของแต่ละภาค

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ได้แนวทางการกำหนดขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลของไทย
2. ได้ข้อสรุปของแนวคิด ทฤษฎี ที่ส่งผลต่อการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล
3. สามารถวิเคราะห์สภาพและสาเหตุของปัญหาการใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล และการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทย
4. ได้ข้อเสนอเกี่ยวกับแนวทางที่เหมาะสมในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทย

ภาค 1

ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

การศึกษาเรื่องการกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล มีประเด็นปัญหาสำคัญอยู่สองประการด้วยกัน ประการแรก การกระทำทางรัฐบาล คือ อะไร และประการที่สอง การกระทำทางรัฐบาลมีการตรวจสอบอย่างไร ในการศึกษาเพื่อหาคำตอบของประเด็นปัญหาดังกล่าวต้องเริ่มต้นศึกษาการกระทำทางรัฐบาลเสียก่อนแล้วจึงศึกษาถึงการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ในภาคที่ 1 นี้จึงศึกษาประเด็นของการกระทำทางรัฐบาลเป็นลำดับแรก เมื่อได้ข้อสรุปเรียบร้อยแล้วในภาคที่ 2 จึงจะศึกษาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลต่อไป เนื่องจากหากไม่เข้าใจการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตรวจสอบอย่างชัดเจนถูกต้องเสียก่อน ย่อมไม่อาจนำไปสู่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลอย่างถูกต้องและเหมาะสมได้

การกระทำทางรัฐบาลเป็นถ้อยคำที่แสดงถึงการกระทำสิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาลเท่านั้น ไม่อาจสื่อความหมายได้ว่าเป็นการกระทำของใครและเป็นการกระทำที่มีลักษณะอย่างไร ฉะนั้นควรศึกษาในเบื้องต้นว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจหรือได้รับมอบอำนาจมาจากที่ใด ใครหรือองค์กรใด คือ ตัวผู้กระทำซึ่งเป็นผู้มีอำนาจก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาล การกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะอย่างไร รวมถึงผลของการกระทำทางรัฐบาลเป็นเช่นใด ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการกำหนดกรอบการศึกษา ดังนี้ ในภาคที่ 1 บทที่ 1 เป็นการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลกับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาล เริ่มจากศึกษาอำนาจรัฐซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นที่ก่อให้เกิดการกระทำของรัฐ การกระทำของรัฐไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาดหากปราศจากอำนาจรัฐ โดยอำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของรัฐสมัยใหม่ การศึกษาในส่วนนี้จึงเริ่มต้นศึกษาอำนาจอธิปไตยเพื่อให้เข้าใจหลักการอันเป็นฐานแห่งการใช้อำนาจรัฐ ศึกษาการกระทำของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจอธิปไตยทางบริหารและองค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารอย่างคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล แหล่งที่มาของกฎหมายในการใช้อำนาจบริหาร หลักการทำงานขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และหลักการต่าง ๆ อันเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจบริหารไม่ให้มีการใช้อำนาจอย่างอำเภอใจหรือปราศจากขอบเขต

จากการศึกษาหลักการทั่วไปของอำนาจรัฐและอำนาจบริหารแล้ว จึงเข้าสู่ประเด็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยศึกษาแนวทางในการแบ่งแยกการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลและในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง ความแตกต่างและความเกี่ยวข้องกันของการ

กระทำ ซึ่งเป็นผลจากการใช้อำนาจของรัฐบาลและการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง อันจะนำไปสู่แนวทางการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่จะศึกษาต่อไปในภาคที่ 2 ในการทำความเข้าใจหลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลจำเป็นต้องย้อนกลับไปศึกษาการเกิดขึ้นของทฤษฎีอันเป็นรากฐานสำคัญทางความคิดเสียก่อน โดยการศึกษาพัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสและไทย ทฤษฎีของสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี ญี่ปุ่น ที่มีแนวคิดในการจำกัดอำนาจศาลในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการกระทำทางบริหาร ด้วยการศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาล ตัวบทกฎหมายและแนวความเห็นทางวิชาการ เพื่อให้ทราบถึงหลักการและเหตุผลของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในแต่ละประเทศและนำไปสู่การเปรียบเทียบฐานความคิดอันเป็นที่มาของการกระทำทางรัฐบาล

หลังจากทราบถึงการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ในบทที่ 2 เป็นการศึกษาทฤษฎีและแนวความคิดที่นำมาอธิบายเหตุผลและเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล รวมทั้งศึกษาว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำเกี่ยวกับประเด็นที่มีขอบเขตทางเนื้อหาอย่างไร เมื่อศึกษาในภาคนี้เสร็จสิ้นจะทำให้ข้อสรุปทางพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล การกำหนดขอบเขตทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งในการอธิบายการกระทำทางรัฐบาลและการกำหนดเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยให้มีความชัดเจน หลังจากนั้นจึงจะศึกษาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในภาคที่ 2 ต่อไป

บทที่ 1

การกระทำทางรัฐบาลกับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาล

ในบทนี้เป็นการศึกษาข้อความคิด หลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เริ่มต้นจากศึกษาหลักการว่าด้วยอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจอธิปไตยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารกับการกระทำทางรัฐบาล ศึกษาสาระสำคัญของหลักการต่าง ๆ ภายใต้หลักนิติรัฐ และหลักนิติธรรมที่เป็นการจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรรัฐ เพื่อให้เข้าใจถึงจุดเริ่มต้นของอำนาจรัฐ การใช้อำนาจรัฐ และขอบเขตการใช้อำนาจ ตลอดจนศึกษาพัฒนาการทางความคิดของทฤษฎีอื่น ๆ ที่จำกัดอำนาจตุลาการในการวินิจฉัยการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เพื่อให้เข้าใจและได้ข้อสรุปทางความคิดอันเป็นรากฐานของกระทำทางรัฐบาล หลังจากนั้นจะศึกษาเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล เพื่อให้ได้ข้อสรุปในเรื่องลักษณะและขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในบทต่อไป

1.1 การกระทำของรัฐ และขอบเขตการใช้อำนาจ

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดในการปกครองตนเองของรัฐหรือประเทศ และเป็นจุดเริ่มต้นที่ก่อให้เกิดการกระทำของรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจก่อให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารของรัฐผ่านตัวแทนที่เรียกว่ารัฐบาล รวมถึงการใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและตุลาการ จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดอำนาจอธิปไตย หลักการแบ่งแยกอำนาจในเชิงหลักการ ขอบเขตการใช้อำนาจรัฐ และศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในลำดับถัดไป ดังมีรายละเอียด ดังนี้

1.1.1 การกระทำของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตย

ในรัฐทุกรัฐต้องมีอำนาจรัฐ ซึ่งเรียกว่าอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐนั้น ปวงชนในที่นี้ หมายถึง กลุ่มประชาชนกลุ่มหนึ่งซึ่งรวมตัวกันอยู่เหนือดินแดนใดดินแดนหนึ่งซึ่งมีอาณาเขตที่ชัดเจนแน่นอน เมื่อกล่าวถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐไทย หมายถึง อำนาจสูงสุดภายในรัฐของกลุ่มประชาชนชาวไทยที่รวมตัวกันเหนืออาณาบริเวณของประเทศไทย เมื่อครั้งปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะองค์

พระประมุขของรัฐ เป็นผู้ทรงสิทธิอำนาจอธิปไตยและอำนาจสูงสุดเด็ดขาด ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยจึงเปลี่ยนแปลงมาอยู่ที่ประชาชน ซึ่งการนำลักษณะของอำนาจอธิปไตยมาใช้ในกฎหมายไทยครั้งแรกมีใจความว่า “อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นเป็นของราษฎรทั้งหลาย” ในพระธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475[26] และปรากฏถ้อยคำที่กำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน แสดงถึงประเทศไทยยอมรับหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนตามทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ของฌอง ฌาค รุสโซ (Jean Jacques Rousseau) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสในช่วงสมัยศตวรรษที่ 18 ที่มุ่งเน้นให้ประชาชนมีส่วนร่วมในประชาธิปไตย โดยได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดสมัยกรีก แนวคิดนี้เห็นว่าพลเมืองของรัฐทุกคนเป็นเจ้าของ และเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตย อำนาจอธิปไตยจึงไม่อาจโอนกันได้และไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันได้[27] การให้อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนปรากฏเป็นรูปธรรมจากถ้อยคำที่ว่า “กฎหมายคือเจตจำนงร่วมกันของประชาชนและพลเมืองทุกคนมีสิทธิในทุกส่วนของกฎหมาย” ในปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 (Declaration of Human and Civil Rights of 26 August 1789)[28]

หลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 อำนาจอธิปไตยปรากฏเด่นชัดมากขึ้น รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับใหม่ในปี ค.ศ. 1848 (The Constitution of the French Republic, November 4, 1848) รับรองว่าอำนาจอธิปไตยมีอยู่ในพลเมืองของรัฐทุกคน และมีคำกล่าวที่แสดงถึงความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิการเลือกตั้งของพลเมืองกับอำนาจอธิปไตย ดังนี้ ชาวฝรั่งเศสทุกคนเป็นพลเมืองของรัฐและมีสิทธิในการเลือกตั้ง สิทธิของพลเมืองนี้เป็นอำนาจอธิปไตย[29] อำนาจอธิปไตยและรัฐต่างเป็นส่วนประกอบซึ่งกันและกัน รัฐไม่อาจสถาปนาขึ้นได้หากปราศจากอำนาจอธิปไตย และความเป็นรัฐย่อมหมดสิ้นไปเมื่อสูญสิ้นอำนาจอธิปไตย[30] เห็นได้ว่าอำนาจอธิปไตยมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อรัฐและ

---

[26] มาตรา 1 ของพระธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว (พ.ศ.2475)

[27] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “แนวความคิดอำนาจอธิปไตยของฝรั่งเศส,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 330.

[28] Article 6, “The Law is the expresstion of the general will. All citizens have the right to take part, . . .”

[29] C. E. Merriam, **History of The Theory of Sovereignty Since Rousseau** (Ontario: Batoche Books, 2001), p. 43.

[30] *Ibid*., p. 105.

การดำรงอยู่ของรัฐ ในรัฐสมัยใหม่อำนาจอธิปไตยจึงเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่พร้อมกับความเป็นรัฐ และเป็นองค์ประกอบของความเป็นรัฐนอกเหนือไปจากประชากร ดินแดน และรัฐบาล[31]

การมีอำนาจอธิปไตยของรัฐมุ่งเน้นความสามารถของรัฐในการจัดการต่าง ๆ ภายในรัฐ และความมั่นคงในระดับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ[32] การใช้และกล่าวอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตนเป็นอำนาจอธิปไตยภายใน (Internal Sovereignty) เป็นการปกครองความเป็นไปของทุกสิ่งโดยไม่มีอำนาจอื่นใดมาตีเสมอหรือทัดเทียมได้ และความเป็นอิสระจากการแทรกแซงภายนอกอันเป็นอำนาจอธิปไตยภายนอก (External Sovereignty) โดยรัฐไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐอื่นใด อำนาจอธิปไตยภายนอกนี้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการรักษาสันติภาพระหว่างประเทศ การรักษาความปลอดภัย และการสร้างความเข้มแข็งให้กับรัฐ ซึ่งความเป็นอิสระของรัฐเป็นแนวคิดสำคัญของจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และองค์กรสหประชาชาติ[33] ดังปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติเรื่องการยึดหลักความเสมอภาคของรัฐสมาชิก[34] อันแสดงถึงการยอมรับอำนาจอธิปไตยของทุกรัฐในสังคมโลก การแยกแยะอำนาจอธิปไตยภายในและภายนอกนี้เป็นแนวคิดอำนาจอธิปไตยสมัยใหม่[35] ลักษณะของอำนาจอธิปไตยดังกล่าวนี้ในบริบทของกฎหมายแบ่งเป็นอำนาจอธิปไตยในมิติกฎหมายมหาชนกับมิติกฎหมายระหว่างประเทศ ในมิติกฎหมายมหาชนเห็นได้จากอำนาจการปกครอง การตัดสินใจดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐ ความสามารถในการออกกฎหมายเพื่อบังคับพลเมืองภายในรัฐ ในส่วนมิติกฎหมายระหว่างประเทศรัฐมีความคุ้มกันจากการยุ่งเกี่ยวของรัฐอื่น การใช้สิทธิป้องกันการรุกรานของรัฐ และความสามารถในการเจริญสัมพันธไมตรีหรือตัดสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ

---

[31] Article 1, The Montevio Convention on the Right and Duties of State 1993

[32] Hendrik Spruyt, “The Origin, Development, and Possible Decline of the Modern State,” **Annual Reviews Political Science** 5 (2002): 135.

[33] Kennedy Maranga, “The Changing Role of State Responsibility: Comparative Approach,” **Journal of Global Affairs and Public Policy** 1, 1 (2011): 4.

[34] Article 2, Section 1 “the Organization is based on the principle of Sovereign equality of all its Members”

[35] Christopher Morris, **The Modern State in The Handbook on Political Theory,** Gerald Gaus and Chandran Kukathas, eds. (London: Sage, 2004), pp. 198-199.

จากที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบสำคัญของความเป็นรัฐ มีลักษณะเป็นอำนาจสูงสุดภายในรัฐที่ใช้ในการปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน ครอบคลุมกิจการต่าง ๆ ภายในอาณาเขตของรัฐและสามารถแสดงอำนาจอธิปไตยออกสู่ภายนอกได้ โดยรัฐทุกรัฐมีความเสมอภาคและความเท่าเทียมกัน ไม่อาจมีอำนาจอื่นใดที่จะจำกัดหรือลิดรอนอำนาจนี้ได้ ดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรรัฐทุกองค์กรล้วนมีฐานที่มาจากอำนาจอธิปไตยทั้งสิ้น

1.1.1.1 ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจอธิปไตยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลังจากศึกษาหลักการของอำนาจอธิปไตยมาแล้ว ในส่วนนี้เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจอธิปไตยกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ การแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว หมายถึง การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นสิ่งสำคัญในระบอบประชาธิปไตย ดังคำกล่าวที่ว่า “สังคมใดไม่มีหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริงและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยชัดแจ้ง สังคมนั้นไม่มีรัฐธรรมนูญ” ในปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789[36] สะท้อนลักษณะสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกจากกันเสมอ แม้อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจสูงสุดภายในรัฐในการดำเนินการปกครอง อำนาจอื่นใดไม่อาจมีสถานะเหนือกว่าได้ก็ตาม แต่ความเป็นอำนาจสูงสุดนี้อาจทำให้มีการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเกิดแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยมาตั้งแต่สมัยกรีก อริสโตเติลได้จัดแบ่งองค์กรรัฐบาลเป็น 3 องค์ประกอบ ดังนี้[37] องค์กรดำเนินกิจการสาธารณะ เจ้าหน้าที่หรือข้าราชการ (Magistrates) และองค์กรตุลาการ แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยส่งผลต่อการปกครองของอาณาจักรโรมันด้วย ซึ่งสะท้อนในงานเขียนของพอลิเบียส (Polybius) นักประวัติศาสตร์ของกรีก ซึ่งเห็นว่าพัฒนาการทางแนวคิดที่ให้การใช้อำนาจของโรมมาจากรัฐบาลที่ผสมผสานกัน เป็นเหตุผลที่ทำให้อาณาจักรโรมันมั่นคงเป็นปึกแผ่น และช่วยให้ขยายอาณาจักรได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากรูปแบบของรัฐบาลเดียวไม่ว่าจะเป็นสถาบันกษัตริย์หรือขุนนาง หรือประชาธิปไตยไม่ใช่แก่นแท้และมีแนวโน้มทำให้สังคมเสื่อมถอยอย่างรวดเร็ว[38] ทัศนะของนักคิดเหล่านี้ส่งอิทธิพลอย่างมากต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจในยุคสมัยใหม่

---

[36] Article 16, “Any Society in which no provision is made for guaranteeing rights or for the separation of power, has no Constitution.”

[37] อมร จันทรสมบูรณ์, **กฎหมายปกครอง** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 62.

[38] Lellala Vishwanadham, “Doctrine of Separation of Powers and Significance and Importance of Judicial Power in India,” **Visual Soft Research Development Technical & Non Technical Journal** 3, 6 (2012): 238.

แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจที่แพร่หลายอย่างมากและเป็นที่ยอมรับว่าเป็นรากฐานทางความคิดของการแบ่งแยกอำนาจโดยเฉพาะในระบบการเมืองการปกครองในประเทศอังกฤษ[39] และส่งผลต่อนักคิดอย่างจอห์น ล็อค (John Locke) นักปรัชญาการเมืองชาวอังกฤษ และฌอง โบแดง ปรากฏในหนังสือเจตนารมณ์ของกฎหมาย (The Spirit of Laws) ของมองเตสกิเออร์ (Montesquieu) นักปรัชญาการเมืองชาวฝรั่งเศส[40] ที่เห็นว่าสภาพสังคมและการเมืองเป็นกุญแจสำคัญสำหรับทฤษฎีรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ แต่วิวัฒนาการทางโครงสร้างสังคมในศตวรรษที่ 18 เป็นอุปสรรคต่อการรวมตัวกันของรัฐธรรมนูญและการทำให้สังคมมุ่งไปสู่การแบ่งแยกอำนาจ ด้วยเหตุที่บริบททางสังคมไม่อาจแยกออกจากปัญหาของการแบ่งแย่งอำนาจได้ และการแบ่งแยกอำนาจภายในกรอบของรัฐธรรมนูญพัฒนามาจากการรวมตัวกันของความขัดแย้งทางการเมืองกับสิ่งที่สังคมเรียกร้อง ความสามารถของการให้เหตุผลของปรากฏการณ์ทางการเมืองและสังคมจึงมีผลโดยตรงต่อผลสำเร็จของการแบ่งแยกอำนาจ

ตามทัศนะของมองเตสกิเออร์ ทุกประเทศมีแหล่งของอำนาจสามแหล่ง คือ อำนาจทางนิติบัญญัติ (Legislative) ครอบคลุมถึงอำนาจการออกกฎหมาย การประกาศใช้ การแก้ไขและการยกเลิกกฎหมาย อำนาจประการที่สอง ได้แก่ อำนาจบริหาร ซึ่งแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ อำนาจบริหารภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (Executive Foreign Affairs) และอำนาจบริหารตามกฎหมายภายใน (Executive Law Execution) อำนาจบริหารนี้ให้ความสำคัญกับความมีอิสระในการตัดสินใจและดำเนินการต่าง ๆ และอำนาจสุดท้าย คือ อำนาจตุลาการ ภายหลังได้มีการอธิบายคุณลักษณะของแต่ละอำนาจว่าเป็นอำนาจในการออกกฎหมาย อำนาจบริหารในการตัดสินใจทางสาธารณะและอำนาจในการระงับข้อพิพาทของปัจเจกชน[41] มองเตสกิเออร์เห็นว่าอำนาจของรัฐดังกล่าวหากถูกรวมอยู่ในบุคคลหรือองค์กรเดียวกันย่อมไร้ประโยชน์และหาแก่นสารไม่ได้ อาจก่อให้เกิดอันตรายอย่างร้ายแรงและนำไปสู่การสูญสิ้นทุกสิ่งอย่าง[42] หลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นนี้สอดคล้องกับปัจจุบันที่

---

[39] Phineas M. Mojapelo, "The Doctrine of Separation of Powers (a South African persoective)," **Advocate** 26, 1 (April 2013): 37-38.

[40] Theodore Georgopoulos, The Checks and Balances Doctrine in Member States as a Rule of EC Law-The Cases of France and Germany, In **EUSA 8thInternational Conference,** Nashville Tennessee, 2003, pp. 2-3.

[41] Laurence Claus, Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation," **Oxford Journal of Legal Studies** 25, 3 (2005): 421.

[42] Saikrishna Prakash, "The Essential Meaning of Executive Power," **University of Illinois Law Review** 3 (December 2003): 746.

ยอมรับการแบ่งอำนาจเป็นสามส่วน ความคิดของมองเตสกิเออร์จึงส่งอิทธิพลต่อระบบการปกครองในปัจจุบันอย่างมาก

ทฤษฎีรัฐธรรมนูญของจอห์น ล็อค กล่าวถึงหลักการที่มีลักษณะทำนองเดียวกับหลักแบ่งแยกอำนาจว่า แนวโน้มความอ่อนแอของมนุษยธรรมที่ไม่อาจต้านทานต่ออำนาจอาจทำให้ผู้มีอำนาจตรากฎหมายและบังคับใช้กฎหมายยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นการเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเอง[43] กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแบ่งแยกอำนาจหลีกเลี่ยงไม่ให้อำนาจอยู่ที่คนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเพียงอย่างเดียว เพื่อป้องกันการใช้อำนาจในทางมิชอบ หรือในทางเอื้อประโยชน์ให้กับตนเองหรือพวกพ้อง[44] หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักประกันให้มีการใช้อำนาจรัฐอย่างถูกต้อง

จากการแบ่งแยกอำนาจ เห็นได้ว่าแม้ใช้คำว่า “แบ่งแยกอำนาจ” แต่มีมุ่งหมายถึงการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่ใช่การแบ่งแยกตัวอำนาจ ผลของการแบ่งแยกตัวองค์กรนี้ องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยไม่อาจใช้อำนาจอธิปไตยแบบรวมศูนย์ (Concentration) อำนาจได้[45] ในระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยต้องไม่มีอำนาจใดอยู่เหนืออำนาจอื่น จึงจำเป็นต้องมีการยับยั้งการใช้อำนาจระหว่างกัน ดังนั้นอำนาจทั้งสามประการนี้ไม่ได้แยกจากกันอย่างเด็ดขาด[46] อย่างไรก็ตามภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นที่องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยต้องได้รับมอบอำนาจอย่างเท่าเทียมกัน ข้อสำคัญอยู่ที่ในระหว่างความไม่เทียมกันของอำนาจที่ได้รับนี้องค์กรใดองค์กรหนึ่งต้องไม่มีอำนาจเหนือองค์กรอื่นอย่างเด็ดขาด[47] หลักการของการแบ่งแยกอำนาจมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวางกฎเกณฑ์ รูปแบบการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวได้ว่า โครงสร้างของรัฐสมัยใหม่มีพื้นฐานอยู่บนแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยที่ได้รับอิทธิพลมาจากยุคกรีกและพัฒนามาตามลำดับ มีขึ้นเพื่อต่อต้านเผด็จการหรือทรราช เพื่อยับยั้งและป้องกันการใช้อำนาจเกินขอบเขต ความสำคัญของการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยเช่นนี้มีผลต่อการรักษาและคงไว้ซึ่งประสิทธิภาพของ

---

[43] Phineas M. Mojapelo, *op. cit.*, pp. 37-38.

[44] Peter Cane, *op. cit.*, p. 412.

[45] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principle of Administrative)** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 102.

[46] บรรเจิด สิงคะเนติ, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), หน้า 343.

[47] วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร, **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป** (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 25.

รัฐธรรมนูญและกฎหมาย[48] เพื่อให้แน่ใจว่าองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐมีการตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกัน และให้แต่ละองค์กรใช้อำนาจเท่าที่อยู่ในหน้าที่ของตน โดยการถ่วงดุลและตรวจสอบอำนาจเป็นหลักการที่ทำให้การจำกัดอำนาจอันเป็นจุดมุ่งหมายของการแบ่งแยกอำนาจบรรลุผลสำเร็จ เช่นเดียวกับที่ เอ วี ไดซีย์ (Albert Venn Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญชาวอังกฤษ อธิบายว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องไม่ให้แต่ละอำนาจก้าวล่วงแดนอำนาจขององค์กรอื่น

จากสาระสำคัญของอำนาจอธิปไตยกับการแบ่งแยกอำนาจองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย สรุปได้ว่ารัฐทุกรัฐต้องมีอำนาจรัฐ อำนาจรัฐของแต่ละรัฐในทุกรูปแบบการปกครอง มีการกระทำ (Function of Stat) ได้ 3 ประเภท ดังนี้ การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ และการกระทำทางบริหาร การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยออกจากกันมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำละเมิดต่อกฎหมาย และทุกการใช้อำนาจรัฐย่อมเป็นไปเท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจ หากรัฐใดมีการกระทำทั้งสามประเภทนี้โดยบุคคลคนเดียวหรือคณะเดียวกันเท่ากับรัฐนั้นไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย

1.1.1.2 อำนาจอธิปไตยทางบริหาร

การทำให้เจตจำนงของรัฐปรากฏเป็นรูปธรรม แสดงออกในรูปแบบการกระทำของรัฐ โดยที่รัฐ (State) มีฐานะเป็นนิติบุคคลจึงจำเป็นต้องมีรัฐบาลกระทำการทางบริหารแทน เนื่องจากตามสภาพของรัฐไม่อาจกระทำการได้เอง ต้องมีบุคคลที่ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐซึ่งบุคคลในที่นี้มีได้ทั้งบุคคลธรรมดาและคณะบุคคล บุคคลที่ทำหน้าที่แทนรัฐนี้ เรียกว่า องค์กรของรัฐ (Organ of State) นอกจากการทำแทนรัฐแล้วถือว่าเป็นการใช้อำนาจในนามของรัฐด้วย[49] รัฐบาลจึงจัดเป็นองค์กรบริหารในการใช้อำนาจบริหารอันเป็นอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งแทนรัฐ

ในการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นอำนาจบริหารตามทัศนะของจอห์น ล็อค อำนาจทางบริหารเป็นสิ่งที่อ้างอิงอยู่กับลักษณะธรรมชาติของรัฐ[50] โดยลักษณะดังกล่าวมีกฎเกณฑ์ที่ทุกคนสามารถเห็นและใช้บังคับได้ การใช้อำนาจตามกฎเกณฑ์นี้เป็นของทุกคน ซึ่งหมายถึง ประชาชนทุกคนเป็นเจ้าของอำนาจทางบริหารได้ ดังนั้นทุกคนมีสิทธิที่จะลงโทษผู้ละเมิดกฎหมายได้และ

---

[48] House of Lord, “Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament,” **Select Committee on the Constitution 6th Report of Session 2006-07,** July 2007: 7.

[49] R. CARRE de MALBERG, **Contribution à la théorie générale de l' État** (Paris: Sirey, 1920), pp. 256-258 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principle of Administrative)** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 100.

[50] Saikrishna Prakash, *op. cit.*, pp. 743-744.

กฎเกณฑ์ของธรรมชาติย่อมสูญเปล่าหากไม่มีบุคคลใดใช้อำนาจในการบริหารกฎเกณฑ์นั้น โดยเฉพาะเพื่อรักษาผู้บริสุทธิ์และยับยั้งผู้ที่กระทำผิด

อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอาจเกิดปัญหาขึ้นได้ หากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายใช้กฎหมายเสียเอง ย่อมทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพหรือไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือหากฝ่ายบริหารมีทั้งอำนาจใช้กฎหมายและออกกฎหมายด้วย อาจทำให้การออกกฎหมายและบังคับกฎหมายให้แก่ประโยชน์ตนเพียงฝ่ายเดียว ส่งผลให้กฎหมายที่ตราออกมานั้นไม่มีคุณลักษณะของความเป็นกฎหมาย[51] ดังนั้นผู้ออกกฎหมายกับผู้บังคับใช้ต้องไม่ได้อยู่ที่องค์กรเดียวกัน อำนาจนิติบัญญัติและบริหารจึงต้องแยกจากกัน

ข้อความคิดของจอห์น ล็อค สอดคล้องกับความเห็นของมองเตสกิเออร์ที่เห็นว่าบุคคลหนึ่งหรือองค์กรหนึ่งไม่ควรมีอำนาจนิติบัญญัติซ้อนอยู่กับอำนาจบริหาร เนื่องจากสุ่มเสี่ยงต่อประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย เมื่ออำนาจบริหารและนิติบัญญัติรวมศูนย์อำนาจอยู่กับบุคคลหรือองค์กรเดียวกันเสรีภาพในการใช้อำนาจย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ด้วยเกรงว่าพระมหากษัตริย์หรือสภาอาจตรากฎหมายที่มีลักษณะเผด็จการ โดยเฉพาะเมื่อสมาชิกสภานิติบัญญัติบังคับใช้หรือกำกับดูแลการบังคับใช้กฎหมายที่ตนตราขึ้นเอง การแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารออกจากกันเป็นสิ่งเหมาะสมที่จำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากถ้าองค์กรใดมีอำนาจทั้งสองประการนี้ ย่อมมีแนวโน้มที่จะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

อำนาจบริหารเป็นอำนาจที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามกฎหมาย ยกเว้นอำนาจพิจารณาคดี ในระบบการปกครองที่รวมอำนาจตุลาการและอำนาจบริหารไว้ด้วยกันย่อมเกิดปัญหา เนื่องจากเป็นที่คาดหมายได้ว่าผู้ใช้อำนาจตุลาการย่อมไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารที่เป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง อำนาจบริหารไม่ใช่เป็นเพียงนามธรรมหรือเป็นสิ่งไม่แน่นอน แต่เป็นอำนาจดำเนินการตามกฎหมายและมีไว้สำหรับกำหนดความเป็นไปของพลเมืองและสังคม ตามสภาพของรัฐพลเมืองทุกคนสามารถใช้อำนาจบริหารในการลงโทษผู้ที่ละเมิดกฎหมายของธรรมชาติ ถึงแม้ว่ามีการสละอำนาจเช่นว่านี้ก็ตาม แต่พลเมืองแต่ละคนสามารถช่วยเหลือการดำเนินการตามกฎหมายอันเป็นอำนาจบริหารของสังคมได้ เมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลไม่มีอยู่หรือรัฐบาลไม่บังคับใช้กฎหมาย ประชาชนอาจล้มล้างรัฐบาลและสร้างรัฐบาลขึ้นใหม่ที่มีอำนาจที่จะดำเนินการตามกฎหมายได้ ทั้งนี้ อำนาจบริหารไม่ได้จำกัดเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายเท่านั้น แต่รวมถึงอำนาจอื่น ๆ ด้วย[52] เช่น อำนาจการเรียกประชุมสภา อำนาจล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ

---

[51] หยุด แสงอุทัย, **คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญของคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 40.

[52] Saikrishna Prakash, *op. cit.*, p. 745.

การใช้อำนาจบริหารตามกฎหมายภายใน รัฐบาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตประจำวันของประชาชนตั้งแต่เริ่มสภาพบุคคลจนกระทั่งสิ้นสุดลง ในยุคสมัยใหม่รัฐบาลมีบทบาทสำคัญต่อการเติบโตทางเศรษฐกิจ การขนส่งสินค้าและบริการ การควบคุมระบบธุรกิจ การกระจายรายได้ การจัดบริการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน การศึกษา การสาธารณูปโภค การควบคุมสภาพแวดล้อม รวมทั้งการดูแลความปลอดภัยและสุขอนามัยในสถานที่ทำงาน[53] กล่าวได้ว่า อำนาจบริหารเป็นการใช้อำนาจในการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามภารกิจของรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม การจัดทำบริการสาธารณะตลอดจนความมั่นคงปลอดภัยและสุขอนามัยของประชาชน ในช่วงท้ายศตวรรษที่ 18 มีการอธิบายว่าอำนาจบริหารหมายความรวมถึงอำนาจดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย

อำนาจบริหารนี้อาจแบ่งได้หลายรูปแบบตามความเห็นทางการเมืองนำมาสู่การกำหนดไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตามโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดให้มีสถาบันต่าง ๆ ของรัฐ อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ และต้องมีการกำหนดกลไกการสร้างความสมดุลและความรับผิดชอบระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วยกันเองและระหว่างสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ[54] เช่น การเกิดขึ้นของรัฐสภาตามประวัติศาสตร์อังกฤษก่อให้เกิดการจำกัดอำนาจบริหาร ไม่ให้ใช้อำนาจนอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมาย[55] ซึ่งเป็นการป้องกันการใช้อำนาจบริหารเกินขอบเขต

จากที่กล่าวมาแล้วว่าการใช้อำนาจทางบริหารกระทำโดยองค์กรของรัฐบริหารที่เรียกว่ารัฐบาล โดยทั่วไปรัฐบาล หมายถึง ฝ่ายการเมืองที่มีหน้าที่บริหารประเทศ และรวมถึงเจ้าหน้าที่อื่น ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนอกเหนือจากฝ่ายการเมืองด้วย ในการใช้อำนาจทางบริหารตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญอาจจำแนกผู้ใช้อำนาจบริหารได้เป็น 2 ประเภท[56] คือ คณะรัฐมนตรีในรัฐบาลที่มีรูปแบบรัฐสภา และประธานาธิบดีในรัฐบาลที่มีรูปแบบประธานาธิบดี ในส่วนรูปแบบกึ่งรัฐสภาและกึ่งประธานาธิบดีมีคณะรัฐมนตรีในการบริหาร และประธานาธิบดีมีส่วนร่วมในการบริหารด้วย

---

[53] Organisation for Economic Co-operation and Development, **Government at a Glance 2009** (Paris: OECD, 2009), p. 10.

[54] Markus Böckenförde, **A Practical Guide to Constitution Building: The Design of the Executive Branch** (Strömsborg: Bulls Graphics, 2011), p. 37.

[55] Gabrielle J. Appleby and Stephen McDonald, "Looking at the Executive Power through the High Court's New Spectacles," **Sydney Law Review** 35 (2013): 255.

[56] พรชัย เลื่อนฉวี, **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง,** พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553), หน้า 206-207.

รัฐบาล ในรูปแบบรัฐสภาอาจใช้คำว่าคณะรัฐมนตรี (Council of Ministers หรือ Cabinet) ในการกล่าวถึงคณะบุคคลฝ่ายการเมืองผู้มีอำนาจหน้าที่กำหนดนโยบายและการบริหารประเทศ คณะรัฐมนตรีมีจุดเริ่มต้นมาจากประวัติศาสตร์การปกครองของอังกฤษ ในอดีตกษัตริย์ทรงแต่งตั้งคณะองคมนตรี (Privy Council) เป็นที่ปรึกษาเกี่ยวกับการปกครอง แต่มักเกิดข้อขัดแย้งกัน ทำให้ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 18 กษัตริย์ทรงเลือกปรึกษาองคมนตรีเพียงคนเดียว และเมื่อสิ้นสมัยของสมเด็จพระราชินีนาถแอนน์ (Queen Anne) ไม่มีผู้ที่จะครองราชย์ต่อได้ คณะขุนนางจึงได้ทูลเชิญเจ้าชายเยอรมันราชวงศ์แฮโนเวอร์ (Hanoverian Dynasty) มาปกครอง โดยทรงสถาปนาเป็นพระเจ้าจอร์จที่ 1 (King George I) แต่เนื่องจากพระองค์ไม่สามารถใช้ภาษาอังกฤษได้ประกอบกับไม่สนใจการบริหารบ้านเมือง ส่งผลให้คณะองคมนตรีมีความสำคัญลดน้อยลง ในขณะที่คณะเสนาบดีหรือคณะรัฐมนตรีที่เดิมแม้มีส่วนในการบริหารก็ตาม แต่การใช้อำนาจอยู่ภายใต้กษัตริย์และองคมนตรี ได้กลายมาเป็นผู้มีบทบาทในการบริหารราชการมากขึ้น โดยเฉพาะเซอร์โรเบิร์ต วอลโพล (Sir Robert Walpole) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่มีบทบาทในการบริหารอย่างมากจนได้รับแต่งตั้งเป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีหมายเลขหนึ่ง ภายหลังมีการเรียกตำแหน่งนี้ว่านายกรัฐมนตรี[57] จึงมีการยกย่องกันว่าเซอร์ โรเบิร์ต วอลโพล เป็นนายกรัฐมนตรีคนแรก[58] แต่การดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่ได้มีลักษณะใกล้เคียงกับนายกรัฐมนตรีตามที่รูปแบบที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน[59] เนื่องจากอำนาจในการบริหารเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ และขณะนั้นไม่มีกฎหมายรับรองสถานะของคณะรัฐมนตรี โดยเซอร์โรเบิร์ต พีล (Sir Robbert Peel) เป็นบุคคลที่ใกล้เคียงกับตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสมัยใหม่มากกว่า สำหรับของไทยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน ปี พ.ศ. 2475 คณะบุคคลที่มีลักษณะเช่นเดียวกับคณะรัฐมนตรีแบบอังกฤษ คือ คณะกรรมการราษฎร มีประธานกรรมการราษฎรเป็นหัวหน้ามีการใช้

---

[57] วิษณุ เครืองาม, “การบริหารราชการแผ่นดิน,” ใน **สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว** เล่มที่ 27 (กรุงเทพฯ: โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, 2546), หน้า 47-48.

[58] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 48.; วิทยา นภาศิริกุลกิจ, **แนวคำบรรยายระบบการเมืองอังกฤษ** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515), หน้า 25.; ไพโรจน์ ชัยนาม, “นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำต้องมาจากสมาชิกรัฐสภาเพียงไร,” ใน **หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), หน้า 72.

[59] Chrimes, **English Constitutional History** (London, Oxford University Press, 1973), p. 132 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาในระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ,” ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), หน้า 233.

ครั้งแรกในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม ฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ตำแหน่งเหล่านี้ถูกเรียกว่าคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีตามลำดับ[60]

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลในความหมายที่กล่าวถึงฝ่ายการเมืองเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น (The Constitution of Japan, 1946) กำหนดให้มีคณะรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้า และมีรัฐมนตรีอื่นตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย[61] และตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี[62] (Basic Law for the Federal Republic of Germany, 1949) รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐและรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐ ขณะที่บางประเทศเป็นไปตามประเพณีการปกครองซึ่งไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย[63] โดยลักษณะทางโครงสร้างของรัฐบาลส่งผลต่อบทบาทหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในการทำงานของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือกฎหมายลำดับรอง เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงหรือระเบียบ[64] การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีสามารถใช้ได้ 2 ส่วน ส่วนแรก เป็นงานทางการเมือง และส่วนที่สอง เป็นงานทางปกครอง โดยงานทางการเมืองเป็นการใช้อำนาจบริหารในการกำหนดนโยบายและการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา และงานทางปกครองเป็นงานประจำซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามนโยบายที่กำหนดไว้โดยฝ่ายบริหาร[65] การใช้อำนาจทางปกครองนายกรัฐมนตรีมีอำนาจกำกับทางปกครองโดยการกำกับทั่วไปและบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหาร

---

[60] วิษณุ เครืองาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 49.

[61] Article 66, The Cabinet shall consist of the Prime Minister, who shall be its head, and other Ministers of State, as provided for by law

[62] Article 62, The Federal Government shall consist of the Federal Chancellor and the Federal Ministers รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี เรียกว่า กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ทั้งนี้ ในวิทยานิพนธ์นี้ใช้คำว่า “รัฐธรรมนูญ” เพื่อให้สอดคล้องกับประเทศอื่น

[63] วิษณุ เครืองาม, *เรื่องเดิม*, หน้า 45.

[64] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 93.

[65] จิรนิติ หะวานนท์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป,** พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 2.

ทั้งฝ่ายการเมืองและฝ่ายประจำ ส่วนรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง[66] ในส่วนงานทางการเมือง การทำหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีอยู่ในรูปแบบการประชุมปรึกษาร่วมกัน ในที่ประชุมรัฐมนตรีทุกคนมีคะแนนเสียงเท่ากัน การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีนำไปสู่การกำหนดนโยบายด้านต่าง ๆ โดยรัฐมนตรีทุกคนย่อมผูกพันตามมติที่ออกมา ซึ่งเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน[67] ความรับผิดชอบของรัฐมนตรีเช่นนี้เป็นผลสืบเนื่องมาจากการทำงานร่วมกันของรัฐมนตรี

ส่วนผลการประชุมของคณะรัฐมนตรี ตามหลักการของอังกฤษมติคณะรัฐมนตรีไม่มีผลเป็นกฎหมาย เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเกิดขึ้นตามธรรมเนียมปฏิบัติและไม่มีอำนาจในการออกกฎหมาย[68] อีกทั้งเมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย เห็นได้ว่าการออกกฎหมายเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในการทำหน้าที่นิติบัญญัติ แต่คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยการประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นการปรึกษาหารือเพื่อหาแนวทางในการดำเนินการของรัฐบาล

สำหรับสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีของไทย ตามหลักการของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมายและจะขัดต่อกฎหมายไม่ได้ อีกทั้งไม่สามารถอ้างมติคณะรัฐมนตรีเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายหรือการปฏิบัติตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ดีมติของคณะรัฐมนตรีบางเรื่องอาจมีผลนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย หรือออกกฎหมายใหม่ต่อไปได้[69] นักกฎหมายไทยมีความเห็นต่อประเด็นสถานะความเป็นกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหลายแนวทางด้วยกัน ฝ่ายแรกเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เหมือนกับกฎหมาย โดยเป็นกฎเกณฑ์ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ขณะที่ฝ่ายที่สองเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นคำสั่งภายในฝ่ายบริหารจึงมีผลผูกพันผู้ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นการบังคับบัญชาเท่านั้น และฝ่ายที่สามเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นกฎหมายอย่างหนึ่ง เนื่องจากเป็นกฎเกณฑ์ที่มีสภาพบังคับในตัวเอง ตามความเห็นนี้อยู่บนพื้นฐานการอธิบายลักษณะกฎหมายในแง่ของความเป็นกฎเกณฑ์ มติคณะรัฐมนตรีจึงเป็นกฎเกณฑ์ในการวางแนวทางการใช้ดุลพินิจ ความเห็นที่แตกต่างกันดังกล่าวเกิดจากนักกฎหมายส่วนใหญ่ยึดหลักการที่ว่ากฎหมายต้องออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ

---

[66] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 6-9.

[67] Cabinet Office, **The Cabinet Manual,** p. 30, Retrieved January 11, 2015 from http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60641/cabinet-manual.pdf

[68] Christopher Foster, **British Government in Crisis** (Oxford: Bloomsbury, 2005), p. 64.

[69] สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **ถาม-ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี เล่ม 1** (กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2553), หน้า 2.

ในรูปแบบพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายที่ออกโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในรูปแบบพระราชกฤษฎีกา หรือกฎกระทรวง[70] ดังนั้นการใช้เกณฑ์ของรูปแบบในการออกกฎหมาย ส่งผลให้มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย เนื่องจากเป็นมติที่ออกจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งไม่ใช่องค์กรที่มีหน้าที่ออกกฎหมายโดยตรง

ตามแนวคำพิพากษาฎีกาได้วางหลักไว้เช่นกันว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย เป็นเพียงการวางแนวทางปฏิบัติซึ่งจะดำเนินการตามมติดังกล่าวได้หรือไม่เพียงใด ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายในเรื่องนั้นบัญญัติไว้[71] และศาลปกครองได้วางแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีไว้ดังนี้ มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติซึ่งบุคคลในองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติตามโดยมีสภาพบังคับ มีสถานะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542[72] แต่ถ้ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลผูกพันบุคคลเฉพาะราย มีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง[73] ในส่วนมติคณะรัฐมนตรีที่ไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับกับหน่วยงานหรือบุคคลภายในองค์กรบริหาร ไม่ใช่กฎแต่เป็นเพียงนโยบายของฝ่ายบริหารเท่านั้น[74]

---

[70] สุวิมล สังขพันธุ์, **สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 153.

[71] คำพิพากษาฎีกาที่ 4431/2550

[72] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 26/2546

[73] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 465/2547 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการ ซึ่งแต่งตั้งตามมติคณะรัฐมนตรี โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ โครงการพัฒนาลุ่มน้ำป่าสักอันเนื่องมาจากพระราชดำริ ซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ใดมีสิทธิและไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยพิเศษฯ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[74] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 14/2546 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 เรื่องห้ามส่งงูมีชีวิตและหนังงูที่ยังไม่แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร ไม่มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีผลบังคับกับหน่วยงานหรือบุคคลภายในองค์กรบริหาร ไม่มีสภาพเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นแต่เพียงนโยบายของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการส่งออกงูมีชีวิตทุกชนิดทั้งหนังงูทุกชนิดที่ยังไม่แปรรูปออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ ซึ่งยังไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่

และมติคณะรัฐมนตรีคณะรัฐมนตรีที่ให้หน่วยงานถือปฏิบัติตามไม่มีสถานะเป็นกฎแต่เป็นการวางแนวปฏิบัติ[75] จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ผลของมติคณะรัฐมนตรีไม่ถือเป็นกฎหมายแต่มีความผูกพันต่อผู้ที่เกี่ยวข้องแตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเภทของมติคณะรัฐมนตรี

หากพิจารณาสถานะของมติคณะรัฐมนตรีจากผลิตผลของมติคณะรัฐมนตรี อาจแบ่งได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้

ประเภทแรก มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป ไม่ได้เฉพาะเจาะจงบุคคลใดบุคคลหนึ่ง[76] แม้ว่ามติประเภทนี้ไม่มีผลเป็นกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการต่าง ๆ สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น เช่น การกำหนดวันหยุดราชการการวางระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมติคณะรัฐมนตรีบางประเภทมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองถ้ามตินั้นมีผลโดยตรงต่อบุคคลเฉพาะราย เช่น การแต่งตั้ง การถอดถอนคณะกรรมการต่าง ๆ ตามกฎหมายหรือกรรมการรัฐวิสาหกิจ มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการในตำแหน่งระดับสูงล้วนมีผลต่อบุคคลที่ได้รับผลโดยตรงจากคำสั่ง ดังนั้นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นคำสั่งทางปกครองทางปกครองนี้แม้โดยลักษณะของมติไม่ใช่กฎหมายแต่มีผลทางกฎหมาย

ภายนอก โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องรับไปดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เช่น ออกกฎกระทรวงหรือประกาศ หรือมีคำสั่งไม่อนุญาตในเรื่องดังกล่าว มติคณะรัฐมนตรีจึงไม่มีสภาพเป็นกฎ

[75] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 5/2546 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2538 และวันที่ 17 กันยายน 2549 เรื่อง การนับอายุบุคคลเพื่อคำนวณวันเกษียณอายุราชการที่ให้ถือปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ เป็นเพียงการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตามเท่านั้นมิได้มีสภาพเป็นกฎ

[76] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 26/2546 มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ซึ่งรับทราบมติของคณะกรรมการกลั่นกรอง เรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีที่ให้จ่ายเงินเพิ่มพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นพนักงานในตำแหน่งสายงานหลัก ซึ่งหาบุคลากรทดแทนได้ยากและปฏิบัติงานด้าน Science and Technology ซึ่งเคยได้รับเงินเพิ่มเติมพิเศษอยู่เดิมก่อนที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ระงับการจ่าย และมีตำแหน่งต่ำกว่าระดับผู้อำนวยการฝ่ายหรือตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกซึ่งเป็นอย่างอื่นลงมา มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎ

ประเภทที่สอง มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นแนวปฏิบัติ (Guideline) มติคณะรัฐมนตรีรูปแบบนี้เป็นการวางแนวปฏิบัติสำหรับให้ส่วนราชการนำไปปฏิบัติ ไม่ใช่กฎหรือคำสั่งทางปกครอง แต่มีผลผูกพันให้องค์กรของรัฐ หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม[77] เช่น คณะกรรมการลงโทษปลดออกไล่ออกข้าราชการที่ทำผิดวินัย มติคณะรัฐมนตรีห้ามส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานของรัฐฟ้องร้องกันเอง

ประเภทที่สาม มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีกำหนดแนวทางการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นนโยบายการบริหารของรัฐบาล เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีรูปแบบนี้ไม่ใช่การกำหนดกฎเกณฑ์โดยเฉพาะ เป็นเพียงการวางแนวทางการดำเนินการบริหาร แต่โดยที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและทางฝ่ายปกครองด้วย องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี[78] ดังนั้นมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จัดเป็นหลักเกณฑ์การปฏิบัติหรือคำสั่งภายในขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ประเภทสุดท้าย มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการเชิญชวน เช่น การเชิญชวนประชาชนปลูกป่า การเข้าร่วมกิจกรรมที่ทางรัฐบาลจัดขึ้นเนื่องในโอกาสสำคัญหรือพิธีการต่าง ๆ มีลักษณะเป็นเพียงการขอความร่วมมือจากประชาชนไม่ได้มีสภาพบังคับหรือผลผูกพันทางกฎหมาย

การแบ่งประเภทของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้ มีความสัมพันธ์กับการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง รายละเอียดจะศึกษาในหัวข้อ 1.2 การกระทำทางรัฐบาล

โดยสรุปอำนาจบริหารเป็นอำนาจอธิปไตยประเภทหนึ่ง เป็นฐานแห่งอำนาจให้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ในการขับเคลื่อนนโยบายและกำหนดความเป็นไปของรัฐทั้งนโยบายภายในและนโยบายการต่างประเทศเพื่อประโยชน์แก่พลเมืองของรัฐและความมั่นคงของรัฐเป็นสำคัญ ทั้งนี้ผลการใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลอยู่ในรูปของมติคณะรัฐมนตรีได้หลายรูปแบบด้วยกันขึ้นอยู่กับลักษณะของการใช้อำนาจกระทำการในแต่ละเรื่อง

---

[77] เมื่อคณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดในทางบริหาร ได้มีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดแนวทางการปฏิบัติราชการให้ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐปฏิบัติแล้ว ย่อมผูกพันให้ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องนั้นปฏิบัติตาม โดยในเรื่องใดที่จำเป็นต้องแก้ไขหรือออกกฎหมายใหม่เพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการก็ต้องไปดำเนินการเสียก่อน บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องข้อหารือ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2550: กรณีการตั้งสถานีบริการ LPG และ NGV เรื่องเสร็จที่ 566/2551

[78] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 89/2549

1.1.2 ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ

รัฐเสรีประชาธิปไตยไม่ว่าจะยึดถือหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมต่างมีจุดมุ่งหมายให้รัฐและองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน คำกล่าวที่ว่าการปกครองด้วยกฎหมายย่อมเป็นที่ปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าผู้ปกครองจะเป็นใครก็ตาม[79] หรือการปกครองโดยอาศัยกฎหมายไม่ใช่โดยมนุษย์ (Government of Law and Not of Men) ของอริสโตเติล เป็นที่มาทางประวัติศาสตร์ของหลักนิติรัฐ[80] (Legal State)[81] และสอดคล้องกับแนวคิดในยุคกลางที่ว่ากฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญของสังคมที่จะก่อให้เกิดสันติสุขและความยุติธรรม[82] ต่อมาจอห์น ล็อค กล่าวว่าเป็นการปกครองตามกฎหมาย (Lawful Government) โดยรัฐบาลที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัติไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นทรราช และสถาบันที่จะมีสภาพเป็นรัฐนั้นต้องมีรากฐานอยู่บนสิทธิมนุษยชน แนวคิดเช่นนี้เป็นปฏิปักษ์กับรัฐเผด็จการหรือรัฐตำรวจที่ยึดนโยบายเหนือสิทธิมนุษยชน

หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่รัฐให้ประกันว่าทั้งรัฐและบุคคลภายในรัฐต่างอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งใช้ในการปกครองและกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนในรัฐนั้น[83] มีจุดเริ่มต้นและเป็นสิ่งสำคัญในโครงสร้างการปกครองของเยอรมนี แสดงถึงการเป็นรัฐที่มุ่งมั่นปกครองด้วยกฎหมาย ความหมายของหลักนิติรัฐที่ลึกซึ้งยิ่งกว่านั้น หมายถึง การกระทำที่ชอบด้วยเหตุผลของรัฐมีความเป็นกลาง เสมอภาคและการแจ้งให้ทราบล่วงหน้าถึงมาตรการทางกฎหมาย กล่าวได้ว่าหลักนิติรัฐบังคับให้การกระทำของรัฐต้องมีการให้เหตุผลก่อนมีผลออกสู่ภายนอก อันเป็นการชี้นำให้ผู้มีอำนาจตระหนักถึงการให้เหตุผลก่อนดำเนินการตัดสินใจ[84]

---

[79] Brian Z. Tamanaha, **On the Rule of Law: History, Politics, Theory** (Cambridge: The University of Cambridge, 2004), p. 9

[80] Iain Stewart, "From 'Rule of Law' to 'Legal State': A Time of Reincarnation?," **Macquarie Law** (November 2007): 4-6.

[81] หลักนิติรัฐ เรียกว่า État de droit ในภาษาฝรั่งเศส และ Rechtsstaat ในภาษาเยอรมัน

[82] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, "หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม," ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9** (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2553), หน้า 426.

[83] R. Carré de MALBERG, **Contributions A La Théorie générale de l'État** (Tome I, Paris: Sirey, 1920), อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น** พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556), หน้า 55-56.

[84] Edward J. Eberle, "The German Idea of Freedom," **Oregon Review of International Law** 10 (2008): 5.

ในช่วงแรกของศตวรรษที่ 19 มีการกล่าวถึงลักษณะของหลักนิติรัฐว่าเป็นกฎที่เป็นเหตุเป็นผล ครอบคลุมการคุ้มครองปกป้องสิทธิของปัจเจกชนภายในขอบเขตของกฎหมายเดียวกัน การออกกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายและการตัดสินคดีความควรเกิดจากองค์กร และกระบวนการที่เป็นอิสระจากกันตามทฤษฎีของคานท์ (Immanuel Kant) นักปรัชญาชาวเยอรมัน และเป็นกลไกที่สร้างขึ้นเพื่อต่อต้านฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่รัฐไม่ให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการปกป้องพลเมือง ภายใต้หลักนิติรัฐพลเมืองหรือปัจเจกชนทุกคนย่อมมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีการบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายนั้น โดยรัฐมีหน้าที่แจ้งให้ผู้อยู่ในบังคับของกฎหมายทราบก่อนว่าจุดมุ่งหมายของกฎหมายที่รัฐออกมาบังคับใช้คืออะไร ผลของการฝ่าฝืนหรือละเมิดกฎหมายเป็นอย่างไร

ในขณะที่ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ยึดถือการปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มีหลักนิติธรรม (Rule of Law) ในการปกครอง คำอธิบาย ที่ใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมมีมาตั้งแต่สมัยกรีก เพลโต (Plato) นักปรัชญาชาวกรีก เสนอแนวคิดว่าการปกครองด้วยคนเก่ง คนดีอย่างราชาปราชญ์ (Philosopher-King) ย่อมส่งผลให้การปกครองเป็นไปอย่างถูกต้องและชอบธรรมเนื่องด้วยผู้ปกครองมีคุณธรรม อย่างไรก็ดีภายหลังเขายอมรับว่าคุณลักษณะของผู้เป็นราชาปราชญ์หาได้ยากยิ่ง จึงได้เสนอว่าการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งสูงสุดของสังคม[85]

ในอังกฤษซึ่งเป็นต้นแบบของหลักนิติธรรม เริ่มมีแนวคิดนี้มาตั้งแต่ในช่วงศตวรรษที่ 13 สะท้อนอยู่ในกฎบัตรแมกนาคาร์ตา (Magna Carta) ที่ลงนามระหว่างกษัตริย์กับบรรดาขุนนาง โดยกษัตริย์ยอมจำกัดอำนาจของตนเองลงและยอมรับสิทธิของประชาชนด้วยการยินยอมผูกพันตามข้อตกลงภายใต้กฎบัตรนี้[86] และปัจจุบันกฎบัตรมีสถานะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญอังกฤษ[87] ในช่วงศตวรรษที่ 19 ไดซีย์ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ทำให้หลักนิติธรรมเป็นที่รู้จักกันอย่างแพร่หลาย แนวคิดของไดซีย์ไม่เห็นด้วยกับการกระทำและการใช้อำนาจตามความอำเภอใจ ซึ่งเป็นเรื่องตรงข้ามกับความยุติธรรมและเน้นย้ำถึงความสำคัญของความยุติธรรม ลักษณะสำคัญของหลักนิติธรรม มี 3 ประการ คือ[88]

---

[85] Plato, **The Law** Translated by T. J. Saunders (London: Penguin Classic, 1975) อ้างถึงใน ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), หน้า 110-115.

[86] Donald F. Kettl, “Administrative Accountability and the Rule of Law,” **Political Science & Politics** 42, 1 (January 2009): 3.

[87] ธานินทร์ กรัยวิเชียร,“หลักนิติธรรม,” **ยุติธรรมคู่ขนาน** 6, 1 (กันยายน 2554): 2.

[88] Albert V. Dicey, **Introdution to the Study of the Law of the Constitution** (London: MacMillan, 1959), pp. 188-203 อ้างถึงใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

ประการแรก ต้องไม่มีการใช้ระบบทรราช บุคคลทุกคนพึงได้รับการพิจารณาพิพากษาโทษโดยศาลยุติธรรม ไม่มีบุคคลใดจะถูกลงโทษ เว้นแต่บุคคลนั้นได้กระทำการอันขัดต่อกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้นการนำตัวบุคคลใดไปลงโทษโดยประการอื่นเป็นการกระทำที่มิชอบ

ประการที่สอง บุคคลทุกคนเสมอภาคกันในทางกฎหมาย กล่าวคือไม่มีบุคคลใดอยู่เหนือกฎหมายหรือมีอภิสิทธิ์ใด ๆ ทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นใครหรือมีสถานะอย่างไรก็ตามย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายของแผ่นดินและอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมตามปกติ

ประการสุดท้าย รัฐธรรมนูญไม่ได้รับรองให้บุคคลมีสิทธิเสรีภาพ แต่เกิดจากกฎหมายหรือศาลยุติธรรมยอมรับบังคับให้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นเพียงผลแห่งความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย แต่ไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย

ภายใต้หลักนิติธรรมไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายไม่ว่าจะมีสถานะใดหรืออยู่ในสังคมใดก็ตาม และรัฐบาลมีอำนาจอย่างจำกัดตามกฎหมายและกระบวนการประชาธิปไตย ในการปกครองแบบประชาธิปไตยหลักนิติธรรมเป็นพื้นฐานสำคัญในรัฐธรรมนูญ และเป็นสิ่งตรงข้ามกับเผด็จการ[89] ลักษณะสำคัญของหลักนิติธรรม คือ กฎหมายเป็นใหญ่เหนืออำนาจตามดุลพินิจ การยึดถือความเท่าเทียมกันตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดฐานะของประมุขของรัฐและข้าราชการ ซึ่งเป็นผลของสิทธิของปัจเจกชนที่มีศาลเป็นองค์กรทำหน้าที่ตีความ[90] จากลักษณะของหลักนิติธรรมเป็นหลักประกันว่าไม่มีใครหรือองค์กรของรัฐใดอยู่เหนือกฎหมายซึ่งมีความสำคัญต่อการป้องกันและลดปัญหาการทุจริตคอรัปชั่น

การให้ความสำคัญกับหลักนิติธรรมในระดับสากล สหประชาชาติได้นำหลักนิติธรรมไปใช้ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วย ดังปรากฏข้อความว่า “. . .เป็นการจำเป็นที่สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรม ถ้าไม่ประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออกอันเป็นที่พึ่งสุดท้ายด้วยการก่อความไม่สงบเพื่อต่อต้านทรราชและการกดขี่. . .”[91] แสดงให้เห็นว่าภายใต้หลักนิติธรรมนำพาให้เกิดความสงบสุขในหมู่มวลมนุษยชาติอย่างแท้จริง

---

[89] Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy,” **Southern Califonia Law Review** 74 (2001): 1318-1319.

[90] Iain Stewart, “Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on ‘Separation of Powers” and The Rule of Law,” **Macquarie Law Journal** 4 (2004): 205.

[91] Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law,

แนวคิดของหลักนิติรัฐในเยอรมนีมีลักษณะใกล้เคียงกับหลักนิติธรรมของกฎหมายแองโกลอเมริกัน ต่างมีแนวความคิดและองค์ประกอบสำคัญที่คล้ายคลึงกันในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและสถาบันทางกฎหมาย โดยรัฐต้องใช้อำนาจผ่านกฎหมาย และต้องดำเนินการเผยแพร่กฎเกณฑ์ข้อบังคับ และบทลงโทษต่อสาธารณชนโดยทั่วไป[92] ในส่วนต่อไปจะศึกษาถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักนิติรัฐและนิติธรรม

1.1.2.1 การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือปัจเจกชน (Individual) เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งภายใต้หลักนิติรัฐ และเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากการปกครองในรูปแบบนี้ช่วยส่งเสริมและสนับสนุนเสรีภาพของพลเมือง และสามารถสะท้อนความรู้สึกร่วมกันของพลเมืองออกมาในรูปแบบของนโยบายสาธารณะ แตกต่างจากการปกครองที่มีผู้ปกครองเพียงคนเดียวหรือปกครองแบบเผด็จการคณาธิปไตย ซึ่งอาจทำให้สังคมเสื่อมถอยได้หากผู้ปกครองเป็นทรราช ส่วนการปกครองโดยกลุ่มคนจำนวนหนึ่งอาจเป็นการปกครองด้วยปัญญาและศีลธรรมหรือสุ่มเสี่ยงต่อการแสวงหาผลประโยชน์ของตนเอง อันจะนำไปสู่การฉ้อราษฎร์บังหลวง[93] โดยที่ธรรมชาติของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับพลเมืองมีลักษณะตรงข้ามกันเนื่องจากอำนาจทางปกครองมักตกทอดจากบรรพบุรุษ หรือการประกาศชัยชนะจากสงครามทำให้การปกครองไม่เกิดความผาสุก ดังนั้นเสรีภาพมีส่วนช่วยป้องกันการกดขี่ของผู้ปกครองและเป็นเครื่องมือลดทอนการใช้อำนาจรัฐ[94] เกิดจากแนวคิดที่ยอมรับว่าพลเมืองมีอิสระ ในการกระทำหรือไม่กระทำสิ่งหนึ่งสิ่งใดตามความต้องการของตน พลเมืองจึงย่อมเลือกวิถี การดำรงชีวิตของตนได้[95] แต่ละคนมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะไม่ให้บุคคลอื่นเข้ายุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงเสรีภาพอันเป็นการกระทบกระเทือนเสรีภาพของตนได้[96] ดังเห็นได้จากปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ของฝรั่งเศสที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ไว้หลายประการ อาทิ[97] เสรีภาพในร่างกาย ชีวิตและทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

---

[92] Michel Rosenfeld, *op. cit*., p. 1310.

[93] Steven G. Calabresi, Mark E. Berghausen and Skylar Albertson, "The Rise and Fall of the Separation of Powers," **Northwestern University Law Review** 106, 2 (2012): 530.

[94] John Stuart Mill, **On Liberty** (Ontario: Batoche Books, 2001), p. 6.

[95] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 23.

[96] Charles Fried, "The Nature and Important of Liberty," **Harvard Journal of Law & Public Policy** 29, 1 (September 2005): 3-4.

[97] Article 2, 10 and 11, Declaration of Human and Civil Rights

การนับถือศาสนา โดยต้องไม่กระทบกระเทือนต่อกฎหมายตลอดจนเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารโดยไม่จำกัดวิธีเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและไม่มีกฎหมายห้าม ในระดับสากลหลักการว่าด้วยสิทธิเสรีภาพปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ดังนี้[98] “มนุษย์ทั้งหลายเกิดขึ้นมาพร้อมกับการมีสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค มีศักดิ์ศรีและสิทธิที่มีความคล้ายคลึงกัน และมีสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลอื่น สืบเนื่องจากมนุษย์เกิดขึ้นมาพร้อมกับความสามารถในการคิดและสามารถที่จะรู้ถูกผิด มนุษย์ทั้งหลายควรปฏิบัติต่อผู้อื่นด้วยเจตนาแห่งความเป็นมิตรต่อกัน” ปฏิญญาฉบับนี้ได้รับความเห็นชอบจากสมัชชาสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 หลักการดังกล่าวเป็นมาตรฐานขั้นต่ำให้ทุกประเทศพึงยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน

ตามหลักการของหลักนิติรัฐที่ยึดถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นอำนาจสูงสุด การรับรองสิทธิเสรีภาพจึงเกิดขึ้นจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร รัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชน เพื่อยืนยันว่ารัฐไม่อาจล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของรัฐ จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่รัฐยอมจำกัดตนเองอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยการใช้อำนาจขององค์กรรัฐต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principles of Legality) การใช้อำนาจทางการเมืองการปกครองขององค์กรต่าง ๆ ที่เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะได้รับรองว่าเป็นการใช้อำนาจอย่างเหมาะสมและมีเหตุอันสมควร[99] หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างสมเหตุสมผลและเป็นธรรม ในทางกฎหมายปกครองย่อมหมายถึง การกำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต้องผูกพันตามกฎหมาย[100] รวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรหรือหน่วยงาน ไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำในฐานะรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง ฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งฝ่ายตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน หลักดังกล่าวนี้มุ่งหมายไม่ให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจเป็นการป้องกันมิให้การกระทำของรัฐลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐซึ่งเกี่ยวพันกับการหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และยึดโยงกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย กลไกที่จะตัดสินหรือพิสูจน์ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือ

---

[98] Article1, all human being are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in spirit of brotherhood.

[99] John Rawls, **Political Liberalism** (New York: Columbia University Press, 1993), p. 217

[100] Joseph N. Andreas, **The Principle of Legality in Namibian Administrative Law under the Supremacy of the Constitution: A Comparison Analysis with South African Administrative Law** (LLB Dissertation, The University of Namibia, 2011), pp. 6-7.

เจ้าหน้าที่รัฐเป็นไปตามกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องมีองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบอาจเป็นการตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองด้วยกันเอง แต่การตรวจสอบโดยองค์กรภายในไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ เนื่องจากโดยสภาพข้อเท็จจริงแล้วฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาย่อมมีส่วนได้เสียในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐขององค์กรนั้นเอง หรือการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองอันเป็นองค์กรที่เป็นกลางจากฝ่ายปกครอง[101] ซึ่งสามารถแบ่งประเภทการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายนอกได้ดังนี้ การตรวจสอบโดยระบบรัฐสภากับการตรวจสอบโดยทางศาล โดยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางรัฐบาล จะศึกษากลไกตรวจสอบในภาคที่ 2 ต่อไป

อย่างไรก็ดีสิทธิเสรีภาพดังกล่าวนี้ไม่ได้มีอยู่โดยปราศจากขอบเขต เนื่องจากการที่รัฐจะสามารถทำภารกิจตามหน้าที่ของรัฐและรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพจำเป็นต้องจำกัดสิทธิเสรีภาพพลเมืองของรัฐที่อาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่น ด้วยการเข้าไปแทรกแซงสิทธิเสรีภาพบางประการ ภายใต้เงื่อนไขว่ารัฐสามารถกระทำเช่นนั้นได้ต้องอาศัยกฎหมายอันชอบธรรม ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากประชาชนก่อนการบังคับใช้ และการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพ ต้องเป็นไปตามกลไกแห่งรัฐ ทั้งนี้ การกระทำของรัฐต้องชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น[102] โดยในรัฐเสรีประชาธิปไตยตัวแทนที่ประชาชนเลือกตั้งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในกระบวนการออกกฎหมาย

ลักษณะการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมีเงื่อนไขสำคัญ คือ กฎหมายต้องบังคับได้เป็นการทั่วไป ไม่เลือกปฏิบัติหรือใช้บังคับเฉพาะบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกรณีหนึ่งกรณีใด และที่สำคัญต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ[103] การกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะเกิดขึ้นได้เมื่อรัฐบาลหน่วยงานของรัฐพิจารณาแล้วว่ามีกฎหมายที่ให้อำนาจไว้และต้องเป็นไปเท่าที่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมาย[104] รวมถึงการกระทำที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพแม้มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นหรือส่วนรวมก็ต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้เช่นกัน[105] รัฐจึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม

---

[101] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง,** หน้า 23.

[102] ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *เรื่องเดิม,* หน้า 9.

[103] บรรเจิด สิงคะเนติ, "การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ," ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net,** หน้า 347.

[104] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 42.

[105] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 65.

กฎหมายที่รัฐตราขึ้นเอง รวมถึงรัฐบาลต้องกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินและดำเนินกิจการต่าง ๆ โดยคำนึงถึงกฎเกณฑ์แห่งการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในรัฐด้วย

หลักการจำกัดสิทธิของประชาชนในทางสากลมีอยู่ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้เช่นกัน ดังนี้[106]

> ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอยู่ภายใต้การจำกัดโดยกำหนดแห่งกฎหมาย เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการยอมรับและการเคารพโดยชอบในสิทธิเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อให้สอดคล้องกับข้อกำหนดอันยุติธรรมของศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยของประชาชาติและสวัสดิการโดยทั่ว ๆ ไปในสังคมประชาธิปไตย

นอกจากนี้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นจุดมุ่งหมายสำคัญของหลักนิติธรรมเช่นกัน การปกครองโดยกฎหมายตามหลักการนี้ส่งอิทธิพลต่อแนวคิดในการสร้างความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับเสรีภาพของปัจเจกชน[107] ในบริบทนี้ความสัมพันธ์ของอำนาจรัฐกับเสรีภาพมุ่งจำกัดอำนาจนิติบัญญัติเพื่อป้องกันไม่ให้ใช้อำนาจโดยมิชอบด้วยกฎหมาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้มีความเสมอภาคกัน ดังนี้

> หลักการแห่งกฎหมายที่เทิดทูนศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และยอมรับนับถือสิทธิและเสรีภาพแห่งมนุษยชนทุกแง่ทุกมุม รัฐต้องให้ความอารักขาคุ้มครองมนุษยชนให้พ้นจากลัทธิทรราช หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นไม่ว่ารัฐกับเอกชนหรือระหว่างเอกชนกับเอกชน ศาลย่อมมีอำนาจอิสระในการตัดสินข้อพิพาทนั้นโดยเด็ดขาดและโดยยุติธรรมตามกฎหมายของบ้านเมืองที่ถูกต้องและเป็นธรรม[108]

---

[106] Article 29 (2), “In The exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law sole for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

[107] Donald F. Kettl, *op. cit.*, p. 3.

[108] ธานินทร์ กรัยวิเชียร, *เรื่องเดิม,* หน้า 7.

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของสหรัฐอเมริกา อังกฤษฝรั่งเศส เยอรมนี ญี่ปุ่น และไทย สิทธิเสรีภาพเป็นเหตุผลสำคัญในการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 ดังเห็นได้จากคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (U.S. Declaration of Independence) ดังนี้[109] "เราถือว่าความจริงต่อไปนี้ได้ประจักษ์ชัดแจ้งอยู่ในตัวเองว่ามนุษย์ทุกคนถูกสร้างขึ้นมาอย่างเท่าเทียมกัน และพระผู้สร้างได้มอบสิทธิบางประการที่ไม่อาจเพิกถอนได้ไว้ให้แก่มนุษย์ในบรรดาสิทธิเหล่านั้นได้แก่ ชีวิต เสรีภาพและการเสาะแสวงหาความสุข" ในเวลาต่อมารัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา (The Constitution of the United States) ค.ศ. 1789 มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในหลาย ๆ ด้าน โดยเฉพาะสิทธิของประชาชนในการมีส่วนร่วมทางการเมืองและในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบ

ในอดีตการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนของอังกฤษเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (The Bill of Right) โดยก่อนหน้ามีการใช้บังคับพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Right Act 1998) อังกฤษถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนจำนวนมาก แม้ว่าได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป (European Convention on Human Right)[110] แล้วก็ตาม แต่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่เป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญาฯ ดังกล่าวสืบเนื่องจากรัฐสภาของอังกฤษมีอำนาจแก้ไขกฎหมายอย่างกว้างขวางตามหลักความเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (Supremacy of Parliament) ทำให้อำนาจทางการเมืองอยู่เหนือกฎหมาย แม้กระทั่งร่างกฎหมายที่มีลักษณะละเมิดสิทธิของประชาชนก็สามารถใช้บังคับได้ด้วยการอาศัยเสียงข้างมากในรัฐสภา ภายหลังจึงมีการตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อให้สาระสำคัญของอนุสัญญาฯ มีสถานะเป็นกฎหมายภายในของอังกฤษ[111] อย่างไรก็ดีเนื้อหาในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพระราชบัญญัติฉบับนี้มีข้อบกพร่องเช่นกัน เช่น การกำหนดให้คำอธิบายและคำแนะนำของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปและคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งคณะมนตรียุโรปมีผลเป็นเพียงการให้คำปรึกษาแก่ศาล

---

[109] U.S. Citizenships and Immigration Services, **The Declaration of Independence & the Constitution of the United States,** Retrieved January 15, 2014 from http:// www.usis.gov/sites/default/files/USCIS/. . ./PDFs/M-654.pdf

[110] การรับกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในของอังกฤษใช้ระบบทวินิยม (Dualism) ที่ต้องมีการอนุวัติการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปให้เป็นกฎหมายภายในเสียก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในของอังกฤษ

[111] พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน (Human Right Act 1998) เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2000 เป็นต้นมา

แต่ไม่มีผลผูกพัน จากที่กล่าวมาสรุปได้ว่าในอังกฤษการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนนอกจากเป็นไปตามกฎหมายของอังกฤษแล้วต้องอยู่ภายใต้กรอบอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปด้วย

ในฝรั่งเศสกับเยอรมนีแม้มีระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ยึดถือหลักนิติรัฐแตกต่างจากอังกฤษที่เป็นคอมมอนลอว์และใช้หลักนิติธรรม แต่ประเทศเหล่านี้ต่างเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปเหมือนกัน เพราะฉะนั้นการคุ้มครองและการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในฝรั่งเศสนอกจากเป็นไปตามคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 รัฐธรรมนูญส่วนที่ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนแล้ว ต้องเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ค.ศ. 1953 ซึ่งฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฯ ฉบับนี้ด้วย[112] แต่การบังคับใช้อนุสัญญาฯ ดังกล่าวแตกต่างจากอังกฤษเนื่องจากฝรั่งเศสใช้ระบบเอกนิยม (Monist) ทำให้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้ให้สัตยาบันหรือได้ให้ความเห็นชอบมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้บังคับและสนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีค่าบังคับสูงกว่ารัฐบัญญัติของรัฐสภา

ส่วนในเยอรมนีรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐฉบับปัจจุบันมีหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพในหมวดที่ว่าด้วยสิทธิพื้นฐาน ซึ่งมีผลผูกพันทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการในฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง และให้ความสำคัญกับการเคารพคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยเยอรมนีเป็นภาคีและให้สัตยาบันอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน ซึ่งอนุสัญญาฯ อยู่ในสถานะเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ภายหลังศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐได้ให้การรับรองว่าอนุสัญญาฯ มีสถานะเป็นกฎหมายพิเศษและให้บังคับใช้กฎหมายเป็นไปตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าว[113]

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักกฎหมายญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1946 ได้รับรองการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชน ในขณะเดียวกันประชาชนมีหน้าที่รักษาสิทธิเสรีภาพของตนด้วย และไม่อาจใช้สิทธิเสรีภาพตามอำเภอใจ รวมทั้งต้องรับผิดชอบต่อการใช้เพื่อประโยชน์สุขอันร่วมกันของสาธารณะเสมอ[114] สิทธิเสรีภาพของบุคคลต้องได้รับความเคารพสูงสุดในการออกกฎหมายหรือในการอื่นใดที่เกี่ยวกับการปกครองประเทศ การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของบุคคล ไม่อาจทำได้หากไม่เป็นไปตามกระบวนการของกฎหมาย[115] ประชาชนมีสิทธิฟ้องเรียก

---

[112] ฝรั่งเศสเข้าเป็นภาคีอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อปี ค.ศ. 1950 ซึ่งมีผลบังคับใช้กับฝรั่งเศสเมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1974

[113] Alec Stone Sweet and Helen Keller, “Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems,” **Faculty Scholarship** 88 (2008): 685.

[114] Article 12, The Constitution of Japan

[115] Article 31, The Constitution of Japan

ค่าเสียหายจากรัฐ หน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เมื่อได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[116] ซึ่งการให้สิทธิแก่ประชาชนเช่นนี้เป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน

ในส่วนการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของไทย สิทธิเสรีภาพของประชาชนได้รับการรับรองตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญใช้บังคับเป็นฉบับแรก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รับรองเสรีภาพในการนับถือศาสนา ลัทธิ และการปฏิบัติพิธีกรรม รวมถึงเสรีภาพ ในร่างกาย เคหสถาน ทรัพย์สิน การพูด การเขียน การโฆษณา การศึกษาอบรม การประชุมโดยเปิดเผย การตั้งสมาคม การอาชีพ และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย และมีบทบัญญัติให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในศาลได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้[117] โดยองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนถูกผูกพันให้ต้องรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ

อย่างไรก็ตามถ้าองค์กรของรัฐมอบให้นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทำหน้าที่แทนรัฐ นิติบุคคลนั้นย่อมผูกพันต่อการเคารพสิทธิเสรีภาพด้วยเช่นเดียวกัน[118] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้สิทธิ เสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง[119] และประชาชนชุมชน มีสิทธิติดตามเร่งรัดให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่ของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ตลอดจนการฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ประชาชนชุมชนได้รับประโยชน์[120] ในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ

---

[116] Article 17, The Constitution of Japan

[117] หมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[118] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 74-75.

[119] มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[120] มาตรา 51 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย[121] และมีหลักการที่เพิ่มเข้ามาจากรัฐธรรมนูญฉบับอื่น คือ แม้จะยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องออกมาบังคับใช้ ประชาชนสามารถใช้สิทธิเสรีภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ และกรณีมีการกระทำละเมิดสิทธิเสรีภาพบุคคลใด บุคคลนั้นสามารถขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้[122]

กล่าวโดยสรุป การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนในอังกฤษ ฝรั่งเศส และเยอรมนี ซึ่งเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของประเทศนั้น ๆ และตามหลักการแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรปด้วย ในขณะที่ญี่ปุ่นและไทยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเป็นไปตามกรอบที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ มีหลักการทำนองเดียวกันว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมได้รับการรับรองไว้ในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองจากรัฐ

1.1.2.2 เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ

จากที่กล่าวมาแล้วว่าการกระทำของรัฐและองค์กรรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักความชอบด้วยกฎหมายมักเป็นที่รู้จักว่าเป็นหลักการในทางกฎหมายปกครอง ที่เรียกว่า หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่แท้จริงแล้วการกระทำของรัฐที่ต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ได้หมายถึงเฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น การกระทำอื่นไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางตุลาการล้วนแต่อยู่ภายใต้หลักการดังกล่าวนี้ทั้งสิ้น เนื่องจาก “หลักการดังกล่าวเป็นแต่เพียงส่วนหนึ่งของหลักใหญ่ทั่วไปที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่าง ๆ ว่า กิจกรรมทั้งปวงต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย หรือที่เรียกว่าหลักนิติรัฐ (L’ Etat de droit) นั่นเอง”[123] โดยที่กฎหมายเป็นบ่อเกิดหรือฐานที่มาแห่งอำนาจที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กระทำการ ในขณะเดียวกันกฎหมายเป็นขอบเขตในการจำกัดอำนาจกระทำการของรัฐด้วยเช่นกัน[124] ดังนั้นการกระทำของรัฐต้องอยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่ให้อำนาจ กฎหมายในที่นี้มีความหมายอย่างกว้าง ไม่ได้หมายถึงกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง “สิ่งที่รวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด”[125] โดยกฎหมายแต่ละฉบับมีค่าบังคับ

---

[121] มาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[122] มาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[123] ขวัญชัย สันตสว่าง, “หลักการว่าด้วยการการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย,” **บทบัณฑิตย์** 44, (ธันวาคม 2531): 2.

[124] วรพจน์ วศรุติพิชญ์, **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง,** หน้า 24-25.

[125] ขวัญชัย สันตสว่าง, *เรื่องเดิม*, หน้า 3.

ต่างกัน และกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นต่ำกว่าจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในลำดับสูงกว่าไม่ได้ และความชอบด้วยกฎหมายนี้รวมถึงกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย เช่น ประเพณีบัญญัติกฎหมายที่มาจากคำพิพากษาของศาล และหลักทั่วไปที่เกิดจากการวางหลักของศาล[126]

ในส่วนต่อไปจะศึกษาถึงเงื่อนไข หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งนำไปใช้กับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองด้วย โดยแบ่งออกเป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจรัฐ และเงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการใช้อำนาจรัฐมีรายเอียดดังนี้[127]

1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการใช้อำนาจ

การที่เจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐใช้อำนาจรัฐกระทำการอย่างใด ๆ นั้นย่อมเกี่ยวข้องกับกระบวนการใช้อำนาจหลายประการด้วยกัน สามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ใช้อำนาจ

เงื่อนไขในส่วนนี้ เป็นการพิจารณาว่าการกระทำของรัฐได้กระทำขึ้นโดยบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายหรือไม่ ผู้ใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายอาจเป็นกรณีที่บุคคลหรือองค์กรนั้นมีอำนาจตามกฎหมายโดยตรง หรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบให้ใช้อำนาจตามกฎหมายก็ได้เช่นกัน และเจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐที่ใช้อำนาจกระทำการต่าง ๆ นั้น ต้องมีความดำรงอยู่ในทางกฎหมาย (legal exixtence) ในเวลาที่ใช้อำนาจด้วย หากบุคคลหรือองค์กรใดได้กระทำการใช้อำนาจโดยปราศจากอำนาจตามกฎหมาย หรือมีอำนาจถูกต้องตามกฎหมายแต่ขาดความดำรงอยู่ของกฎหมายเสียแล้ว การกระทำที่เกิดขึ้นนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วยโดยไม่ต้องจำเป็นต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายตามเงื่อนไขอื่นอีก

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการใช้อำนาจ

เมื่อตัวผู้ใช้อำนาจรัฐเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ประเด็นต่อไปต้องพิจารณาว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐ กฎหมายได้กำหนดขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติก่อนมีการกระทำในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ อย่างไร หากมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนการใช้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐต้องผูกพันในการปฏิบัติตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ขั้นตอนของการใช้อำนาจอาจพิจารณาได้ ดังนี้

---

[126] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 225-226.

[127] วรพจน์ วิศรุติพิชญ์, **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง,** หน้า 23-66.

ประการแรก การริเริ่มการใช้อำนาจ

การริเริ่มการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่าง ๆ นั้น มีลักษณะแตกต่างกัน การใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ ศาลจะริเริ่มใช้อำนาจพิจารณาคดีเองไม่ได้ เนื่องจากการทำหน้าที่ของศาลจะเกิดขึ้นได้เมื่อมีผู้ยื่นคำฟ้องต่อศาล ในส่วนการใช้อำนาจขององค์กรรัฐอื่น ๆ แต่ละองค์กรสามารถใช้อำนาจรัฐได้เอง เว้นแต่ในกรณีมีกฎหมายวางหลักเกณฑ์ว่าองค์กรของรัฐจะใช้อำนาจได้ต้องมีคำแนะนำองค์กรหรือเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน การใช้อำนาจรัฐก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่วางไว้ มิฉะนั้นย่อมเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนขั้นตอนของการใช้อำนาจ

ประการที่สอง การให้ความเห็นชอบในการใช้อำนาจ

ในบรรดาการใช้อำนาจของรัฐกระทำการใด ๆ นั้น ในบางกรณีกฎหมายกำหนดให้การใช้อำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากบุคคลหรือองค์กรอื่นก่อน จึงจะสามารถดำเนินการในเรื่องดังกล่าวได้ ซึ่งการให้ความเห็นชอบนี้ต้องทำโดยบุคคลหรือองค์กรที่มีอำนาจในการความเห็นชอบได้ และบุคคลหรือองค์กรนั้นต้องมีความดำรงอยู่ทางกฎหมายในเวลาที่ให้ความเห็นชอบด้วย ในทำนองเดียวกับเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับผู้ใช้อำนาจ

ประการที่สาม การรับฟังบุคคลซึ่งอาจได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจ

การกำหนดขั้นตอนของการใช้อำนาจรัฐในกรณีนี้เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคล ซึ่งอาจจะได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐ เช่น การรับฟังความเห็นจากประชาชนที่จะได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐ หากการใช้อำนาจรัฐข้ามขั้นตอนในส่วนนี้ไป ย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจรัฐขัดต่อขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด การกระทำของรัฐจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการใช้อำนาจ

การใช้อำนาจรัฐที่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของขอบอำนาจ ประกอบด้วยเงื่อนไข ดังนี้ เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดการใช้อำนาจ เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ และเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการใช้อำนาจ

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงซึ่งก่อให้เกิดการใช้อำนาจ

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ว่าการใช้อำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้จะต้องมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใด ๆ เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่รัฐหรือองค์กรรัฐที่มีอำนาจจะทำการในเรื่องนั้นได้ต่อเมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่แท้หากปราศจากข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขให้มีการใช้อำนาจ

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ

วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจ อธิบายได้ว่า เป็นสิ่งที่ปรากฏออกมาอันเป็นผลจากการใช้อำนาจรัฐ แยกพิจารณาได้สามประการ คือ

ประการแรก วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจต้องมีความหมายชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้

ประการที่สอง วัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย กฎหมายที่ห้ามขัดหรือแย้งนี้ หมายถึง กฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาของการใช้อำนาจ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด 3 สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย โดยมาตรา 25 รับรองไว้ว่า “ สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย นอกจากที่บัญญัติคุ้มครองไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแล้ว การใดที่มิได้ห้ามหรือจำกัดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือในกฎหมายอื่น บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ. . .” แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพสามารถทำได้เช่นกันโดยการตรากฎหมาย ซึ่งต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิ เสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ซึ่งเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Proportionallity) โดยรัฐมีอำนาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้อยู่ใต้อำนาจเพียงเท่าที่พอเหมาะพอควรเท่านั้น และบุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและชายหญิงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันอันเป็นไปตามหลักความเสมอภาค

ประการสุดท้าย วัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นการพ้นวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการใช้อำนาจ

เงื่อนไขของความมุ่งหมายของการใช้อำนาจ หมายถึง ผลที่บุคคลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจมุ่งหมายให้เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจ โดยการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจเท่านั้น

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าไม่อาจตีความหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัดจนถึงกับต้องปฏิเสธความมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจได้ เนื่องจากดุลพินิจเป็นสิ่งที่เจ้าหน้าที่รัฐสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าจะใช้อำนาจอย่างไรให้เกิดความยุติธรรม สามารถตอบสนองความต้องการของประโยชน์มหาชนได้มากที่สุดและในขณะเดียวกันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด อำนาจดุลพินิจนี้จึงจำเป็นต้องคงอยู่ และศาลเป็นองค์กรที่สามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจให้อยู่ในกรอบของกฎหมายได้ดีที่สุด อย่างไรก็ดีการตรวจสอบดุลพินิจดังกล่าวนี้ ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐได้เท่านั้น ไม่อาจก้าวล่วงไปตรวจสอบในส่วนที่เป็นเรื่องของความเหมาะสมของการกระทำอันเป็นผลจากการใช้อำนาจ

เนื่องจากกฎหมายประสงค์ให้การใช้ดุลพินิจอยู่ในขอบเขตความรับผิดชอบขององค์กรของรัฐอื่นที่ไม่ใช่ศาล[128]

นอกจากบุคคล เจ้าหน้าที่ องค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย และต้องกระทำการเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอันเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือแม้การใช้อำนาจรัฐได้ดำเนินการโดยถูกต้องตามกฎหมาย หากก่อให้เกิดความเสียหายหรือทำให้ประชาชนต้องรับภาระโดยไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือยินยอมย่อมก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐทั้งสิ้น ดังนั้นการกระทำของรัฐที่ส่งผลให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น หรือที่กระทบต่อประชาชนไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายจะนำมาซึ่งความรับผิดของรัฐเสมอ

หลักความรับผิดของรัฐมีขึ้นเพื่อยับยั้งไม่ให้รัฐ องค์กร หน่วยงานของรัฐกระทำความผิด และเพื่อตรวจสอบความถูกต้องของการกระทำของหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ หลักการนี้จึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมระบบราชการให้มีประสิทธิภาพ[129] ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิด กฎหมายฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1790 ระบุว่าศาลไม่มีอำนาจเข้าไปตัดสินเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองของรัฐบาล ซึ่งเป็นการคุ้มกันเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการถูกตรวจสอบโดยศาล แต่ภายหลังความคุ้มกันของรัฐลดน้อยลงในขณะเดียวกันการยอมรับหลักความรับผิดของรัฐได้เข้ามาแทนที่โดยยึดหลักว่าการดำเนินกิจกรรมของรัฐบาลต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย[130]

คดี Blanco ในฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1873 เป็นจุดเริ่มต้นของการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีความรับผิด แสดงถึงแนวคิดที่ว่าหลักการของโครงสร้างทางกฎหมายปกครองไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับกฎหมายเอกชน[131] ศาลชี้ขาดคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) วินิจฉัยว่าการจัดทำบริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนให้นำคดีไปฟ้องต่อ

---

[128] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง,” **บทบัณฑิตย์** 47, 1 (มีนาคม 2534): 50-51

[129] Dari-Mattiacci Giuseppe, Garoupa Nuno and Gómez-Pomar Fernando, “State Liability,” **European Review of Private Law** 4 (2010): 799.

[130] *Ibid*., pp. 782-783.

[131] Marie-Claude Prémont, “Administrative Law,” In **Encyclopedic Dictionary of Public Administration,** pp. 1-2, Retrieved January 15, 2014 from http://www.Dictionaire enap.ca

ศาลปกครอง[132] คำตัดสินคดีนี้มีความสำคัญและส่งผลอย่างมากต่อหลักความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ศาลให้เหตุผลว่าไม่อาจนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการจัดทำบริการสาธารณะได้[133] กล่าวได้ว่าระบบกฎหมายแบบแนวคิดเสรีนิยมมีผลต่อความรับผิดของรัฐในฝรั่งเศส เริ่มแรกเป็นการยอมรับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดจากหน่วยงานกลาง และต่อมาได้ขยายหลักการนี้ไปใช้กับการเรียกร้องจากเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นด้วย หลักความรับผิดนี้ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น อิตาลี เยอรมนี สเปน ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ

หลักความรับผิดนี้มีความสัมพันธ์กับแนวความคิดของรุสโซ เนื่องจากทฤษฎีสัญญาประชาคมระหว่างรัฐกับประชาชนก่อให้เกิดพันธะแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องผูกพันตามกฎหมาย ประชาชนมอบอำนาจของตนให้แก่รัฐ รัฐจึงมีหน้าที่จัดการบริการให้แก่ประชาชน ลักษณะความสัมพันธ์จึงอยู่ในรูปแบบของผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง หรือระหว่างผู้ปกครองซึ่งเป็นผู้รับใช้ของประชาชนกับประชาชน ซึ่งประชาชนย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้หลักความเท่าเทียมกันและหลักความรับผิดของรัฐเป็นตัวกำกับการกำหนดนโยบายสาธารณะตลอดจนการดำเนินตามนโยบายที่มีมุมมองในการแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ด้วยเหตุนี้ประชาชนควรมีสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนผ่านทางตัวแทนมากยิ่งขึ้น[134] ในอดีตหลักการว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐแบบดั้งเดิม กล่าวถึงเฉพาะการใช้บังคับกับบุคคลและเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นภายในอาณาเขตของรัฐ แต่ปัจจุบันแนวคิดความรับผิดชอบของรัฐปรากฏอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศและในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย[135]

แม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายเป็นหลักการภายใต้หลักนิติรัฐ ในขณะเดียวกันหลักนิติธรรมมีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน โดยบุคคล

---

[132] ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า ลูกจ้างโรงงานยาสูบของฝรั่งเศสซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงการคลังขับรถชนกับเอกชน และมีการนำคดีไปฟ้องยังศาลยุติธรรม ผู้ถูกฟ้องยกข้อต่อสู้ว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม จึงมีประเด็นเข้าสู่ศาลคดีขัดกันว่าคดีอยู่ในอำนาจศาลใด; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “มุมมองต่องานวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล,” ใน **รายงานประจำปี 2550 สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), หน้า 44-45.

[133] Bernard Schwartz, **French Administrative Law and the Common-Law World** (New Jercy: The Lawbook Exchange, 2006), p. 289.

[134] *Ibid.,* p. 4.

[135] Kennedy Maranga, *op. cit.*, p. 2.

ทุกคน ไม่ว่าอยู่ในฐานะใดต่างอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกัน ไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมายโดยการใช้อำนาจขององค์กร เจ้าหน้าที่รัฐต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงจำเป็นต้องจัดให้มีกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจเพื่อให้ทุกกิจกรรมของรัฐเป็นไปอย่างชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการลดทอนการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของผู้ใช้อำนาจรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายเสมอ

ในอดีตแม้รัฐกระทำการละเมิดกฎหมาย แต่รัฐจะรอดพ้นจากการถูกฟ้องร้องหรือเรียกร้องทางกฎหมายเนื่องมาจากรัฐมีความคุ้มกันอย่างไม่จำกัด หลักการที่พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิด (The King Can Do No Wrong หรือ Le Roi ne peut mal faire) ส่งผลกระทบต่อประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำของรัฐเป็นอย่างมาก จนกระทั่งในช่วงศตวรรษที่ 19 เป็นต้นไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 20 บทบาทของหลักความคุ้มกันของรัฐลดน้อยลง เช่น ในอังกฤษมีการออกกฎหมายวิธีพิจารณาความเกี่ยวกับสภาบันพระมหากษัตริย์ (The Crown Proceedings Act) กำหนดให้พระมหากษัตริย์ต้องอยู่ภายใต้ความรับผิดด้วย โดยถือว่าพระมหากษัตรย์มีฐานะที่เท่าเทียมกับเอกชน[136]

แนวคิดของหลักนิติธรรมส่งผลให้บรรดาการกระทำทั้งหลายของรัฐบาล และฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมถูกฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ ด้วยเหตุที่รัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิพิเศษเหนือกว่าราษฎร หลักการนี้ยึดถือความเสมอภาคทางกฎหมายที่ทุกคนอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน จึงปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรม ไดซีย์เห็นว่าการมีศาลปกครองทำหน้าที่พิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่รัฐถูกกล่าวหาว่าใช้อำนาจโดยไม่ชอบนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากทำให้เจ้าหน้าที่รัฐอยู่ในฐานะเหนือกว่าประชาชนทั่วไป จึงเห็นควรให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองด้วย เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดของรัฐกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย สืบเนื่องจากหลักความชอบด้วยกฎหมายบังคับให้หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐต้องกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นเมื่อมีการฝ่าฝืนหลักความชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดความรับผิดตามหลักความรับผิดของรัฐซึ่งการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลย่อมอยู่ภายใต้หลักความรับผิดเช่นเดียวกัน

---

[136] Dari-Mattiacci Giuseppe, et al., *op. cit.*, p. 780.

1.2 การกระทำของฝ่ายบริหาร

หลังจากศึกษาอำนาจทางบริหาร องค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารแล้ว ในส่วนนี้เป็นการศึกษาการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจดำเนินการต่าง ๆ ทางบริหาร เพื่อให้เข้าใจลักษณะและประเภทของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ตลอดจนศึกษาแนวคิดและพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส การกระทำทางรัฐบาลของไทย ศึกษาทฤษฎีของสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี ญี่ปุ่น ว่ามีแนวคิดที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอย่างการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ อย่างไร เพื่อให้เข้าใจและได้ข้อสรุปที่แน่ชัดถึงจุดเริ่มต้นของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล หลักการของการกระทำทางรัฐบาล ก่อนที่จะศึกษาเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลในบทต่อไป

1.2.1 การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาองค์ประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะเป็นรัฐบาล และในฐานะฝ่ายปกครอง กิจกรรมของรัฐบาลและฝ่ายปกครอง ความเกี่ยวพันกันระหว่างรัฐบาลและฝ่ายปกครอง และศึกษาผลิตผลของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร มีรายละเอียด ดังนี้

1.2.1.1 องค์ประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในหัวข้ออำนาจอธิปไตยทางบริหารได้ศึกษามาแล้วว่ารัฐบาลเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยองค์ประกอบฝ่ายบริหารมีองค์ประกอบดังนี้[137] ประการแรก พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือถูกกล่าวหา และไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางการเมืองและกฎหมาย ดังนั้นพระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้จำเป็นต้องให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสมอ โดยคณะรัฐมนตรีจัดเป็นองค์กรของรัฐในลักษณะองค์กรกลุ่ม ในกรณีกฎหมายกำหนดว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจได้โดยมีเงื่อนไขให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำและยินยอมเสียก่อน เช่น การตราพระราชกำหนดเป็นคำแนะนำที่ทำให้องค์กรผู้รับคำแนะนำจำต้องทำตามที่แนะนำ (Avis Conform) ซึ่งผลของคำแนะนำดังกล่าวทำให้องค์กรผู้มีอำนาจแท้จริงตามกฎหมาย คือ องค์กรผู้ให้

---

[137] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์**, หน้า 134-135.

คำแนะนำ (คณะรัฐมนตรี)[138] ประการที่สอง คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกจำนวนไม่เกินสามสิบห้าคน[139] ประการที่สาม นายกรัฐมนตรี และประการสุดท้าย รัฐมนตรีแต่ละคน ในส่วนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง มีอำนาจหน้าที่เฉพาะตามแต่ละกระทรวง ในขณะที่ตำแหน่งอื่น ได้แก่ รองนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง รัฐมนตรีช่วยว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง และรัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง ต้องได้รับการมอบหมายให้กระทำแทนจากนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง หรือรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง บรรดาองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง อย่างไรก็ดีหากพิจารณาอำนาจรัฐที่ใช้กระทำการแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสมัยใหม่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิมแต่รวมถึงองค์กรอิสระด้วย[140] เนื่องจากองค์กรอิสระได้รับมอบให้ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกัน โดยอำนาจรัฐที่องค์กรอิสระใช้กระทำการ ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการแต่อย่างใด

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งหมายถึง พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี แบ่งออกเป็น 2 ประเภท[141] คือ รัฐบาล (The Government) กับ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative) กล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐบาล หมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หมายถึง

---

[138] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535,” ใน **นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 178.

[139] มาตรา 171 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 158 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนเช่นเดียวกัน

[140] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การกระทำทางปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,** หน้า 9.

[141] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์,** หน้า 137.

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำ[142] หากกล่าวในมุมของระบบราชการแล้วองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง เป็นองค์ประกอบส่วนบนของระบบราชการซึ่งกระทำการโดยข้าราชการการเมือง ในแง่การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมืองเป็นการกระทำที่มีลักษณะ ดังนี้[143]

> การดำเนินงานของรัฐบาลในทางนโยบายอันเป็นงานทางการเมือง (Gubernative) และการดำเนินงานที่มีลักษณะเป็นการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการปฏิบัติภารกิจอื่นในทางปกครองการบริหารส่วนนี้เรียกว่าการปกครอง หน่วยที่ทำหน้าที่ในการปกครองดังกล่าวคือฝ่ายปกครอง

ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำเป็นองค์ประกอบส่วนล่าง ซึ่งกระทำการโดยข้าราชการประจำ[144] ในส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เป็นส่วนประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างแคบ ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างกว้าง นอกจากหมายถึงหน่วยงานของรัฐของฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแล้วรวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และหน่วยงานอิสระด้วย[145]

การแบ่งแยกองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารออกเป็นสองประเภทข้างต้น ทำให้บรรดาบุคคล หรือคณะบุคคลในองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไม่ได้เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเสมอไป เฉพาะองค์กรหรือเจ้าหน้าที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับ ควบคุม ดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ส่วนพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนสามารถกระทำการได้ ทั้งในฐานะเป็นรัฐบาล

---

[142] ชาญชัย แสวงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 22 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 95.

[143] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป** (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 4.

[144] ศุภสวัสดิ์ ชัชวาล, **ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ** (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 9.

[145] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์,** หน้า 132, 142.

และองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง การที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครองนั้นมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชากระทรวงหรือทบวงนั่นเอง[146]

หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารมีความเชื่อมโยงกับฝ่ายปกครอง เนื่องจากหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ได้แก่[147] หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับ ควบคุม ดูแลของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน เช่น กระทรวง ทบวง กรม หรือส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมในระเบียบบริหารราชการส่วนกลาง ซึ่งอยู่ในบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแล้วแต่กรณี จังหวัด อำเภอ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ หรือพระราชกฤษฎีกา ซึ่งอยู่ในกำกับหรือดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงใดกระทรวงหนึ่ง หน่วยงานอื่นของรัฐ เช่น องค์การมหาชนต่าง ๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาออกตามความในพระราชบัญญัติองค์การมหาชน มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ (Public Service) ให้แก่ประชาชน เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกันประเทศ การสาธารณูปโภคต่าง ๆ การเกษตร การอุตสาหกรรม ฯลฯ ในการที่หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจกระทำการดังกล่าว ฝ่ายปกครองซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลธรรมดา เป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนหน่วยงานของรัฐและในนามของรัฐ เนื่องจากหน่วยงานของรัฐที่กล่าวมาไม่สามารถทำกิจกรรมได้เอง เห็นได้ว่าฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอย่างหนึ่ง[148]

1.2.1.2 ผลิตผลของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

เมื่อองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นได้ทั้งรัฐบาลและฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำในฐานะรัฐบาล การกระทำประเภทนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล (Government Act)[149] กับการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่

---

[146] ประยูร กาญจนดุล, **คำบรรยายกฎหมายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 31.

[147] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 132.

[148] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 133.

[149] อย่างไรก็ดีมีการเรียกการกระทำประเภทนี้ว่า การกระทำของรัฐบาล (Act of State) ซึ่งหมายถึงการกระทำที่รัฐบาลทำในฐานะที่เป็นรัฐ อยู่นอกกฎหมายปกครองแต่ต้องรับผิดชอบในทางการเมือง; จิรนิติ หะวานนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 4-5.

ผู้ศึกษาเห็นว่าคณะรัฐมนตรี คือ รัฐบาล มีการกระทำแยกได้เป็นงานทางการเมือง และงานทางปกครอง การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองตรวจสอบได้

กระทำไปในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) การกระทำทางรัฐบาลอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกระทำทางรัฐประศาสนโยบาย[150] การแบ่งแยกลักษณะการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นไปตามทฤษฎีไม่ได้เป็นไปตามกฎหมาย[151] โดยการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหาร หรือรัฐมนตรีได้เช่นเดียวกัน การกระทำทางปกครองจึงเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของการใช้อำนาจทางบริหาร ทั้งนี้การกระทำทางปกครองนอกเหนือจากการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแล้วรวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย แต่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ การกระทำของเจ้าหน้าที่ประเภทนี้จึงมีได้เฉพาะการกระทำทางปกครองเท่านั้น

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจในฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจนี้มีทั้งฝ่ายการเมืองซึ่งหมายถึงคณะรัฐมนตรี และฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นข้าราชการประจำ โดยฝ่ายปฏิบัติการจัดเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ ข้อสำคัญ คือ ต้องไม่ใช่การกระทำในทาง นิติบัญญัติ ตุลาการ หรือกระทำในทางการเมือง อันเป็นการนิยามการกระทำทางปกครองในเชิงปฏิเสธ (Negative Definition) และนิยามในเชิงเนื้อหา (Positive Definition) การกระทำทางปกครองส่งผลต่อสิทธิหน้าที่ หรือการให้ประโยชน์แก่ประชาชน หรือการที่ฝ่ายปกครองได้วางแผนการดำเนินการต่าง ๆ[152] การกระทำดังกล่าวนี้ ประกอบด้วย การกระทำในรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ซึ่งนับเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการทำให้การดำเนินกิจกรรมบรรลุผลสำเร็จ[153] อาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมด้วยการนำกฎหมายมาใช้บังคับ[154] ตัวอย่างการ

หากเรียกว่าการกระทำของรัฐบาลย่อมหมายถึงการกระทำทางปกครองด้วย เพราะฉะนั้นเพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงใช้คำว่าการกระทำทางรัฐบาล

[150] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 กรณีศาลปกครองกลางรับฟ้องคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยกับกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา,” ใน **วิวาทะกูรู สุดยอดแห่งทศวรรษ,** ธีรเดช เอี่ยมสำราญ และรามอินทรวิจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพฯ: มติชน, 2551), หน้า 145.

[151] ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 33.

[152] กมลชัย รัตนสกาวงศ์, **กฎหมายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 26-27.

[153] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549), หน้า 67.

[154] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป,** หน้า 7.

กระทำในฐานะฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เช่น[155] การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ออกตามความในพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532) คณะรัฐมนตรีมีมติให้ต่ออายุราชการแก่ข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้วตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2504

การกระทำทางปกครองกับการกระทำทางรัฐบาลมีจุดมุ่งหมายในการบริหารราชการแผ่นดินให้ครอบคลุมการพัฒนาทุกมิติเช่นเดียวกัน แตกต่างกันที่การกระทำทางรัฐบาลเป็นการริเริ่มกำหนดกรอบหรือแนวทางการดำเนินการในการบริหารราชการแผ่นดินในรูปของนโยบาย ในทางรัฐศาสตร์เทียบได้กับการกำหนดนโยบายสาธารณะที่รัฐบาลตัดสินใจเลือกกระทำหรือไม่กระทำการต่าง ๆ เช่น การแก้ไขปัญหาที่ขัดแย้งในสังคม การนำพาสังคมไปสู่ความขัดแย้งกับสังคมอื่น การแจกจ่ายสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นรูปธรรมและนามธรรมให้แก่สมาชิกในสังคม[156] ส่วนการกระทำทางปกครองเป็นการนำนโยบายบริหารราชการแผ่นดินที่กำหนดไว้มาสู่การปฏิบัติให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของคำสั่งแล้ว คำสั่งทางการเมืองกับคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันตรงที่คำสั่งเกี่ยวกับปัญหาสำคัญเป็นคำสั่งทางการเมือง ส่วนในเรื่องปัญหาที่มีความสำคัญน้อยลงมาเป็นคำสั่งทางปกครอง[157]

แม้ว่าการใช้อำนาจทางปกครองเป็นอำนาจทางบริหารอย่างหนึ่ง และผู้ใช้อำนาจเป็นบุคคลในรัฐบาลเช่นเดียวกัน แต่การกระทำทางรัฐบาลนั้นรัฐบาลไม่มีอำนาจมอบหมายการทำหน้าที่ดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้[158] ในขณะที่การกระทำทางปกครองไม่ใช่อำนาจเฉพาะเหมือนกับการกระทำทางรัฐบาล การกระทำประเภทนี้จึงไม่ต้องใช้อำนาจร่วมกันในรูปแบบของคณะรัฐมนตรี และสามารถมอบหมายให้กับกระทรวงต่าง ๆ ได้ ทั้งนี้ อาจมอบอำนาจให้กับองค์การปกครองอื่นหรือมอบให้กับเอกชนก็ได้ ฉะนั้นรัฐบาล รัฐมนตรีแต่ละกระทรวงในฐานะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการนำนโยบายมาปฏิบัติให้เกิดผลสำเร็จ[159] รัฐมนตรีแต่ละคนมีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการประจำ

---

[155] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์** หน้า 141-142.

[156] Thomas R. Dye, **Understanding Public Policy,** 13th ed. (New Jersey: Pearson Education, 2011), p. 1.

[157] โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 78.

[158] สมยศ เชื้อไทย, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น,** พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 222.

[159] ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 30-32.

ในกระทรวง ทบวง กรมของตน การใช้อำนาจในกรณีนี้มีลักษณะเป็นฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นงานในหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเป็นกิจวัตรหรือเป็นงานประจำ เพื่อให้ภารกิจตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลสัมฤทธิ์ผล มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพันที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายได้ การกระทำทางปกครองเปรียบได้กับกลไกหรือเครื่องมือของรัฐบาลในการทำให้ภารกิจของรัฐบรรลุผลสำเร็จ โดยที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ

ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของฝ่ายปกครอง ผลิตผลของการใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นการกระทำทางปกครอง แต่มีการกระทำบางประเภทที่เป็นการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน แม้ว่าองค์กรที่ใช้อำนาจไม่ใช่ฝ่ายปกครองก็ตาม ถือเป็นข้อยกเว้นว่าการกระทำทางปกครองอาจมาจากองค์กรอื่นได้เช่นกัน ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองกรณี[160] กรณีแรก กรณีฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจตามพระราชบัญญัตินอกเหนือไปจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจัดเป็นการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน เช่น สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเห็นชอบในการแต่งตั้งข้าราชการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กรณีที่สอง กรณีองค์กรเอกชน เช่น สภาทนายความ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติในการจดทะเบียนออกใบอนุญาตให้เป็นทนายความ นอกจากนี้การใช้อำนาจตามกฎหมายบางประการไม่ใช่อำนาจทางปกครอง ถ้าเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ ถือเป็นอำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผลของการใช้อำนาจประเภทนี้ เรียกว่า การกระทำในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม (Acte Judiciaire)[161]

จากที่กล่าวมาข้างต้น การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะถือเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาล หรือฝ่ายปกครอง ไม่อาจพิจารณาเพียงว่าองค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจเท่านั้น จำต้องพิจารณาจากลักษณะของอำนาจที่ใช้ในการปฏิบัติงานด้วย กรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำในฐานะรัฐบาลย่อมมีความรับผิดชอบร่วมกับคณะรัฐมนตรี แต่หากแยกปฏิบัติย่อมเป็นการใช้อำนาจเป็นรายบุคคล ซึ่งกระทำในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชามีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ปกครอง[162] การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนี้พิจารณาจากลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) เป็นสำคัญว่าได้กระทำโดยอาศัยฐานที่มาแห่งอำนาจใดระหว่างอำนาจตาม

---

[160] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์** หน้า 146.

[161] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง,** หน้า 8.

[162] ประยูร กาญจนดุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 37.

รัฐธรรมนูญกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกประเภทการกระทำของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ไม่ว่าการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำทางปกครอง ไม่ได้เป็นเรื่องเฉพาะของรัฐบาลชุดใดชุดหนึ่งแต่มีผลผูกพันทุกรัฐบาล สืบเนื่องจากแนวคิดที่รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลสามารถแยกออกจากปัจเจกเชนแต่ละคนได้ จึงมีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามความประสงค์ของรัฐ โดยการใช้อำนาจของรัฐแสดงออกจากการกระทำของผู้ปกครอง ดังนั้นผู้ปกครองจึงกระทำการในนามของรัฐและมีผลผูกพันรัฐ เพราะฉะนั้นแม้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองและมีรัฐบาลชุดใหม่เข้าบริหารราชการแผ่นดินแทน คณะรัฐบาลชุดใหม่มีหน้าที่สานต่อการกระทำทางรัฐบาลตามที่รัฐบาลก่อนได้มีการกระทำไว้อันเป็นไปตามหลักความสืบเนื่องของรัฐ[163] ทั้งนี้ เพื่อให้เข้าใจหลักการและสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างชัดเจน หัวข้อต่อไปเป็นการศึกษาพัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

1.2.2 พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาการเกิดขึ้นและพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสและไทย ทฤษฎีเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตุลาการเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารของอังกฤษ สหรัฐอเมริกา เยอรมนี ญี่ปุ่น เพื่อให้เข้าใจจุดเริ่มต้นทางทฤษฎีของแต่ละประเทศว่ามีความเป็นมาอย่างไร เนื่องจากแม้บางประเทศใช้ระบบกฎหมายเดียวกัน มีรูปแบบ แนวคิด และทฤษฎีทางกฎหมายที่คล้ายคลึงกันก็ตาม แต่เนื่องจากในแต่ละประเทศมีโครงสร้างทางสังคมแตกต่างกันขึ้นอยู่กับพัฒนาการทางการเมืองและการปกครองของประเทศนั้น ๆ ซึ่งประวัติศาสตร์ย่อมส่งอิทธิพลต่อแนวคิดทางการเมืองการปกครองและระบบกฎหมายในปัจจุบัน การศึกษาแนวคิดของประเทศเหล่านี้จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยแบ่งหัวข้อของการศึกษาออกเป็น พัฒนาการของแนวคิดตามคำวินิจฉัยของศาลกับพัฒนาการของแนวคิดอันเกิดจากกฎหมายและความเห็นทางทฤษฎี

1.2.2.1 พัฒนาการของแนวคิดตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

ในฝรั่งเศส ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) ปรากฏขึ้นมาเป็นเวลากว่าสองร้อยปี[164] หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่าย

---

[163] วิษณุ วรัญญู และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 21.

[164] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, **Political Questions in the United States and in France,** p. 118, Retrieved January 15, 2014 from http://www.kre.hu/portal/doc/sic4_10marosi-csink.pdf

นิติบัญญัติ แต่การพัฒนาทฤษฎีนี้เกิดจากการวางแนวคำวินิจฉัยของศาลเป็นสำคัญ[165] ซึ่งเกิดจากแนวความคิดที่ว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principle of the Legally) ซึ่งจะกระทำการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้ เว้นแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการใช้อำนาจต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายด้วย อย่างไรก็ดี ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารย่อมต้องการความเป็นอิสระในการตัดสินใจดำเนินการทางบริหารด้วย จึงเกิดแนวคิดให้การกระทำที่เป็นผลจากการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของศาลอันเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย[166] เป็นการนำหลักว่าด้วยความไม่ต้องรับผิดของฝ่ายปกครอง (irresponsabilité) มาใช้กับการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นกิจกรรมพิเศษบางประเภท (les activités spécifiques)[167] กล่าวอีกอย่างหนึ่ง คือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นข้อยกเว้นในการไม่นำหลักความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองมาใช้บังคับ[168] ดังนั้นทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลหลุดพ้นจากการตรวจสอบของสภาแห่งรัฐ[169] ซึ่งการรอดพ้นจากอำนาจศาลในที่นี้หมายความถึงการตรวจสอบทั้งเรื่องดุลพินิจ และความชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่อาจฟ้องเพิกถอนการกระทำทางรัฐบาลได้[170] และจะฟ้องว่ากระทำทางรัฐบาลได้กระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ รวมถึงการเรียกค่าเสียหายก็ไม่สามารถทำได้เช่นกัน[171]

การพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสเกิดจากการวางแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ในระยะเริ่มแรกสภาแห่งรัฐได้จำกัดอำนาจของตนเองว่าไม่มีอำนาจ

---

[165] Bolewski Wilfried, **Diplomacy and International Law in Globalized Relations** (Berlin: Springer Science & Business Media, 2007), p. 118.

[166] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 7-8.

[167] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), หน้า 189-190.

[168] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 285.

[169] Chavidan, **Doctrine et acte de gouverement** (N.p.: A.J.D.A., 1982), p. 4 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, **การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554), หน้า 80.

[170] ประยูร กาญจนดุล, "คดีปกครอง," **ดุลพาห** 41, 5 (กันยายน-ตุลาคม 2537): 56.

[171] ขวัญชัย สันตสว่าง, **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531), หน้า 128-129.

เหนือการกระทำที่ใช้อำนาจทางรัฐบาล จากแนวปฏิบัติทางกฎหมายปกครองฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐพยายามจะสร้างแนวคิดเกี่ยวกับแรงจูงใจทางการเมือง ซึ่งแตกต่างไปจากการกระทำทางปกครองและไม่อยู่ภายใต้อำนาจศาลปกครอง[172] การให้เหตุผลอิงอยู่กับทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง (Political Motives) เห็นได้จากการที่ลัฟฟิทท์ (Laffitte) ได้นำคดีขึ้นสู่สภาแห่งรัฐเพื่อให้บังคับตามข้อเรียกร้องของตน สภาแห่งรัฐเห็นว่าข้อเรียกร้องของโจทก์ในคดีนี้เปนประเด็นปญหาทางการเมืองเนื่องจากการวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของตระกูลโบนาปาร์ท (Bonaparte) ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นอำนาจของรัฐบาล เป็นเรื่องที่รัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือกรณีดังกล่าว สภาแห่งรัฐจึงไมสามารถรับฟองคดีนี้ไว้พิจารณาได้[173] นอกจากนี้มีคดีที่สภาแห่งรัฐไม่รับฟ้องโดยให้เหตุผลทำนองเดียวกับคดีนี้ คือ คดี Duc d'aumale สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าข้อเท็จจริงตามที่โจทก์นำมาฟ้อง เกิดจากการถูกยึดงานเขียนทางประวัติศาสตร์ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องเป็นคดีได้ แม้ว่าผู้ฟ้องคดีต้องเสียหายจากการถูกยึดงานไปก็ตามเนื่องจากเป็นการกระทำในทางการเมือง[174]

อย่างไรก็ตามมีจุดเปลี่ยนสำคัญที่สภาแห่งรัฐไม่ได้นำมูลเหตุจูงใจทางการเมืองมาใช้พิจารณาคดีอีกต่อไป ในคดีเจ้าชายนโปเลียน (Prince Napoléon Joseph Bonaparte)[175] สภาแห่งรัฐมีคำตัดสินว่ากรณีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล ไม่อาจนำเหตุจูงใจทางการเมืองมาพิจารณาถึงความสามารถของกระบวนการตรวจสอบได้และตัดสินยกฟ้องคดีนี้ โดยให้เหตุผลว่าการกระทำที่เกิดขึ้นโดยรัฐบาล หรือผู้แทนของรัฐบาลซึ่งได้รับความเห็นชอบของรัฐมนตรี หรือที่ทำโดยมีเหตุผลทางการเมือง ไม่ได้ทำให้การกระทำดังกล่าวมีลักษณะพิเศษและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางศาล[176] การที่ศาลยกเลิกการพิจารณาถึงมูลเหตุจูงใจทางการเมืองในคดีนี้เกิดขึ้น

---

[172] Carl Schmitt, **The Concept of the Political: Expanded Edition** (Chicaco: University of Chicago Press, 2008), p. 21.

[173] C.E., Laffitte, 1 พฤษภาคม 1822; Alicia Hinarejos., **Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intel governmental Pillars** (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 169.

[174] C.E., Duc d' aumale, 9 พฤษภาคม 1867 ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า หนังสือเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของ Duc d'Aumale ได้ถูก Louis-Napoléon Bonaparte จักรพรรดิแห่งจักรวรรดิที่ 2 ออกคำสั่งให้ยึด เนื่องจากมีข้อความที่ต่อต้านระบอบจักรพรรดิ และ Duc d'Aumale ร้องขอให้คืนหนังสือ แต่คำร้องขอได้ถูกปฏิเสธ

[175] C.E., Prince Napoleon, 19 กุมภาพันธ์ 1875; Alicia Hinarejos, *op. cit.*, p. 169.

[176] ในคดีนี้พระเจ้านโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชาย Prince Napoléon Joseph Bonaparte Napoléon ให้ดำรงตำแหน่งนายพลในปี ค.ศ. 1853 ต่อมาในปี ค.ศ. 1873 รัฐมนตรีกระทรวงสงคราม

หลังจากฝรั่งเสมีการเปลี่ยนแปลงอำนาจของสภาแห่งรัฐมาแล้วประมาณสามปี จากเดิมสภาแห่งรัฐทำหน้าที่ให้ความเห็นต่อประมุขขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และประมุขเป็นผู้วินิจฉัยคดีเองมาเป็นการให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจวินิจฉัยคดีได้ด้วยตนเอง[177] เป็นที่น่าสังเกตว่าคดีเจ้าชายนโปเลียนเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1875 เท่ากับสภาแห่งรัฐได้ยกเลิกการใช้เหตุจูงใจทางการเมืองในคดีนี้อยู่ในช่วงของสาธารณรัฐที่สาม ซึ่งเริ่มต้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1870 และสิ้นสุดปี ค.ศ. 1940 จากการปรับใช้เหตุจูงใจทางการเมืองนี้ ทำให้มีการกระทำหรือการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลแห่งการยกเลิกทฤษฎีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองส่งผลให้สภาแห่งรัฐมีอำนาจเพิ่มมากขึ้น โดยสามารถตัดสินคดีการกระทำของรัฐบาลได้ทุกกรณี จึงได้มีการพยายามวางกฎเกณฑ์ว่าการกระทำใดบ้างที่ควรอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของสภาแห่งรัฐ นอกจากนี้ศาลชี้ขาดคดีขัดกันได้ตัดสินคดี Marquigny โดยยกเลิกการนำเหตุผลในทางการเมืองมาพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลไว้ในทำนองเดียวกันว่า การกระทำในทางปกครองที่มีพื้นฐานจากเหตุผลในทางการเมือง ไม่อาจนำมาตัดสินใจได้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยทางศาล[178] ฉะนั้นลำพังเหตุผลในทางการเมืองที่ก่อให้เกิดการกระทำขึ้นไม่อาจสรุปได้ว่าการกระทำนั้นมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล รัฐธรรมนูญเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และมีความสำคัญในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักอำนาจอธิปไตย ซึ่งอำนาจอธิปไตยเป็นแนวคิดที่มีลักษณะตามธรรมชาติ และเป็นฐานแห่งการใช้อำนาจทั้งปวง และทฤษฎีนี้อ้างถึงผลประโยชน์ทางการเมือง ส่งผลให้ไม่สามารถมีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยทางศาลได้ จากการศึกษาจากแนวการวินิจฉัยของศาลในการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล พบว่าคำพิพากษาของศาลได้คดีต่าง ๆ ได้นำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปเป็นเหตุผลในคำตัดสินคดีอยู่เสมอ แต่แนวปฏิบัติทางกฎหมายและคำพิพากษาของศาลไม่มีแนวทางสำหรับใช้อธิบายทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป และสภาแห่งรัฐไม่ได้นำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปใช้ในทุกกรณี รวมทั้งในส่วน

จัดทำรายชื่อนายพลแต่ไม่มีรายชื่อของ Napoléon Joseph-Bonaparte ทำให้มีการฟ้องต่อสภาแห่งรัฐขอให้เพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีดังกล่าว สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่าการที่รัฐบาลยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะการเมือง ไม่เพียงพอที่จะทำให้การกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล

[177] Nada Mourtada-Sabbah and Bruce E. Cain, **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United Sates** (Lanham: Rowman & Littlefield, 2007), p. 171.

[178] T.C., Marquigny, 5 พฤศจิกายน 1880; วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, “การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), หน้า 495.

ประเภทของการกระทำที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลไม่มีการกำหนดนิยามหรือลักษณะอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปและเป็นปัญหาที่ยังหาข้อสรุปไม่ได้[179]แนวปฏิบัติของศาลที่ผ่านมาได้แบ่งแยกการใช้อำนาจทางปกครองกับอำนาจบริหารออกจากกันเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา และให้พิจารณาว่าการใช้อำนาจนี้ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวกับกิจการประเภทใด ซึ่งประเภทของการกระทำทางรัฐบาลที่พอสรุปได้ คือ การกระทำเกี่ยวกับสามกลุ่มต่อไปนี้[180] การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงกระบวนการเลือกตั้ง ประการที่สอง การกระทำของฝ่ายบริหารความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และประการสุดท้ายการประกาศสงคราม แม้ไม่ปรากฏว่าสภาแห่งรัฐได้นิยามหรือกำหนดลักษณะการกระทำทางรัฐบาลอย่างชัดเจน แต่สิ่งที่แน่ชัด คือ เมื่อสภาแห่งรัฐเห็นว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วส่งผลให้หลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาล[181] ดังนั้นผลแห่งการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลมีความชัดเจนว่าอยู่นอกเหนือการตัดสินของศาล มีเพียงลักษณะของการกระทำที่ขาดความชัดเจน

ในอังกฤษไม่มีทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลอย่างในฝรั่งเศส แต่มีแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ปฏิเสธการวินิจฉัยคดีที่มีประเด็นเกี่ยวพันกับราชวงศ์ เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 15 สืบเนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ในช่วงเวลานั้นอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในรัฐและอำนาจอธิปไตยเป็นของสถาบันกษัตริย์ อำนาจของกษัตริย์อังกฤษมีลักษณะเป็นอำนาจเด็ดขาดอันก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย สามัญชนไม่อาจที่จะโต้แย้งหรือจัดการอำนาจดังกล่าวได้ อย่างไรก็ดีหลักการที่กษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องได้มีการเปลี่ยนแปลงในช่วงสงครามกลางเมืองและการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ทำให้ศาลสามารถใช้อำนาจพิจารณาทบทวนคดีเกี่ยวกับการกระทำต่าง ๆ แม้เป็นอำนาจของกษัตริย์ก็ตาม[182] ภายหลังมีหลักการที่จำกัดอำนาจการพิจารณาคดีของศาลเกี่ยวกับประเด็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง ในอังกฤษเรียกว่าหลักการกระทำของรัฐ (Act of State) ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้รับหลักการดังกล่าวไปใช้ในกระบวนการดำเนินคดีของศาลเช่นกัน ส่วนหนึ่งเป็นเพราะในช่วงเวลาดังกล่าวศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาประสบปัญหาความเข้มแข็งเชิงโครงสร้าง แนวทางของศาลอังกฤษจึงส่ง

---

[179] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 118.

[180] Eleonora Mesquita Ceia, The Applicability of the Political Question Doctrine in the Foreign Affairs Field: should International Treaties be Regarded as Non-Justiciable Acts?, In **The IACL 2007 World Congress Athens**, June 2007, pp. 12-13.

[181] *Ibid.*

[182] Bing Ling, "The 'Confused Topic' of Act of State under the Hong Kong Basic Law," **The Chinese Journal of Comparative Law** 1, 1 (2013): 86.

อิทธิพลไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย[183] ดังนั้นในอังกฤษ และสหรัฐอเมริกามีระบบกฎหมายเหมือนกัน และมีหลักการที่ศาลไม่พิจารณาคดีเรื่องทางการเมืองทำนองเดียวกัน

เนื่องจากในอังกฤษไม่มีการนำแนวคิดการกระทำของรัฐมากำหนดเป็นหลักการอย่างชัดเจนแต่พัฒนาจากแนวการวินิจฉัยคดีมาเป็นลำดับ ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าข้อเท็จจริงในคดีจัดอยู่ในลักษณะของการกระทำของรัฐหรือไม่ ทำให้หลักกระทำของรัฐไม่อาจกำหนดนิยามหรือความหมายได้อย่างชัดเจนและแน่นอน การเข้าใจลักษณะของการกระทำของรัฐจึงต้องอาศัยแนวทางในคดีก่อนหน้าว่ากรณีใดเป็นข้อยกเว้นที่ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้[184] หลักการกระทำของรัฐไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องว่าด้วยหลักอำนาจอธิปไตยซึ่งไม่เหมือนกับการกระทำหรือกิจการของรัฐบาลโดยทั่วไป จึงนับเป็นข้อยกเว้นประการหนึ่งของการดำเนินการของรัฐบาล การใช้อำนาจอธิปไตยประเภทนี้จะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล โดยกิจการอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอยู่ภายใต้อำนาจการตัดสินใจของกษัตริย์ และการกระทำระหว่างรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลจึงไม่อาจเป็นผู้ตัดสินใจเหนือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐได้เพียงลำพัง[185] ดังนั้น ในเรื่องการดำเนินการทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนับเป็นประเด็นหนึ่งที่ศาลจำกัดอำนาจพิจารณาคดีของตนเองเป็นเรื่องเกี่ยวพันกับประเด็น ดังนี้

> การทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดนของรัฐรวมเข้ากับรัฐต่างประเทศ การยึดที่ดินหรือสินค้าอันเกิดจากสิทธิในทางสงคราม การกักกัน และเนรเทศศัตรูที่เป็นคนต่างด้าว รวมทั้งกระบวนการทำให้บุคคลเข้าสู่การเป็นนักโทษสงคราม การรับรองรัฐและรัฐบาลต่างประเทศ การรับตัวแทนทางการทูตของต่างประเทศ ตลอดจนการกระทำของคณะกรรมการเกี่ยวกับการละเมิดที่ทำต่อบุคคลที่ไม่มีความจงรักภักดีต่อกษัตริย์[186]

ตามที่กล่าวมาข้างต้นว่าหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษไม่มีการกำหนดคุณลักษณะของแนวความคิดไว้อย่างแน่นอน ส่งผลให้มีปัญหาในการกำหนดขอบเขตของการปรับใช้หลักการกระทำของรัฐ ซึ่งการให้ความหมายและลักษณะของการกระทำของรัฐ มีการอธิบายไว้ว่า

---

[183] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, p. 7.

[184] Bing Ling, *op. cit.*, p. 89.

[185] *Ibid*., pp. 87-88.

[186] *Ibid*., p. 88.

> เป็นเรื่องการกระทำของฝ่ายบริหาร (Act of the Executive) ในเชิงนโยบายอันเกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่น รวมถึงการดำเนินความสัมพันธ์กับบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของรัฐอื่นนั้นด้วย แต่ไม่ครอบคลุมถึงบุคคลของรัฐอื่นที่อยู่ในความจงรักภักดีของกษัตริย์อังกฤษเพียงชั่วคราว[187]

จากความเห็นดังกล่าวหมายความว่าการกระทำของรัฐนอกจากนำไปใช้กับการกระทำของรัฐอันเกี่ยวพันกับรัฐอื่นแล้ว ได้รวมถึงการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับบุคคลของรัฐอื่นด้วย ซึ่งบุคคลของรัฐอื่นนั้นต้องไม่ใช่ผู้ที่อยู่ในความจงรักภักดีของกษัตริย์อังกฤษเพียงชั่วคราว หลักการกระทำของรัฐจึงไม่นำไปใช้กับบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของอังกฤษ และไม่นำไปใช้กับบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของอังกฤษในลักษณะชั่วคราวด้วย ดังเห็นได้จากคดีที่โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลในบังคับของอังกฤษฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของกองทัพอังกฤษ ศาลไม่นำหลักการกระทำของรัฐมาใช้ ดังนั้นการกระทำทางทหารของอังกฤษที่ทำต่อบุคคลผู้อยู่ในบังคับของอังกฤษไม่สามารถยกหลักการกระทำของรัฐขึ้นอ้างได้[188] ในคดีนี้ลอร์ด วิลเบอร์ฟอร์ซ (Lord Wilberforce) ให้ความเห็นว่าการกระทำในทางระหว่างประเทศที่ทำต่อบุคคลผู้อยู่ใต้บังคับของอังกฤษ ไม่อาจนำหลักการกระทำของรัฐไปใช้ได้ ด้วยเหตุที่หลักการกระทำของรัฐมีขึ้นเพื่อให้บุคคลผู้อยู่ในฐานะจำเลยในคดีซึ่งเป็นข้าราชบริพารของกษัตริย์ยกขึ้นเป็นข้ออ้างป้องกันตนเองจากการถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดกฎหมายทางอาญา หรือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อผู้อื่นอันสืบเนื่องมาจากจำเลยได้ทำไปโดยอาศัยอำนาจและความยินยอมของกษัตริย์หรือได้รับการรับรองจากกษัตริย์ในด้านการต่างประเทศ[189]

หลักการกระทำของรัฐนำไปใช้กับกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนอกประเทศอังกฤษ แม้ว่าจำเลยได้ทำนอกเหนือคำสั่งที่ได้รับมอบหมายก็ตาม เนื่องจากศาลเห็นว่าจำเลยได้กระทำไปโดยอาศัยอำนาจอันรับมอบจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร จึงวินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยเป็นการ

---

[187] E. C. S. Wade, “Act of State in English Law: Its Relations with International Law,” **British Year Book of International Law** 15, 98 (1934): 103.

[188] AG v Nissan (1970) AC. 179 โจทก์ซึ่งเป็นคนในบังคับของอังกฤษ มีโรงแรมในไซปรัส แต่ถูกยึดไปโดยกองทัพอังกฤษในการปฏิบัติการรักษาสันติภาพ กองทัพอังกฤษเข้าปฏิบัติการโดยข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไซปรัสกับรัฐบาลอังกฤษ หลังจากนั้นกองทัพอังกฤษกลายเป็นส่วนหนึ่งของกองกำลังรักษาสันติภาพของสหประชาชาติ โจทก์มาเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับโรงแรมของตน

[189] Bing Ling, *op. cit.*, p. 88.

กระทำของรัฐ ไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้[190] เมื่อศาลเห็นว่าการกระทำของจำเลยที่เกิดขึ้นภายนอกประเทศ และก่อให้ความเสียหายแก่โจทก์เป็นผลมาจากการใช้อำนาจของกษัตริย์หรือบุคคลผู้อยู่ในฐานะตัวแทนของกษัตริย์ศาล จึงไม่อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของศาล อีกตัวอย่างหนึ่ง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน ศาลไม่เข้าไปพิจารณาคดีเช่นเดียวกัน ศาลให้เหตุผลว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์กับฝรั่งเศสอันเป็นการกระทำของรัฐ[191] ดังนั้นคดีที่มีประเด็นเกี่ยวพันกับการต่างประเทศศาลไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาได้ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวได้รับความเดือดร้อนหรือความเสียหายแก่ทรัพย์สินอันเป็นผลจากการกระทำของกษัตริย์หรือบุคคลที่ทำในนามของกษัตริย์

เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้น การพิจารณาว่าจะสามารถนำหลักการกระทำของรัฐมาปรับใช้ได้หรือไม่ จำเป็นต้องคำนึงถึงบริบทของสถานที่ซึ่งเกิดการกระทำและบริบทของบุคคลซึ่งได้รับผลกระทบจากการกระทำมาประกอบด้วย ฉะนั้นการใช้อำนาจของรัฐอันเกิดขึ้นนอกอาณาเขตของอังกฤษและอาณานิคมของอังกฤษที่ทำต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของคนต่างชาติจัดเป็นการกระทำของรัฐเช่นเดียวกัน การที่หลักการกระทำของรัฐนำไปใช้กับพลเมืองและทรัพย์สินของต่างชาติด้วย ทำให้การแก้ไขเยียวยาผลกระทบของการใช้อำนาจของรัฐบาลอังกฤษจำเป็นต้องใช้วิธีการทางการทูต[192] เนื่องจากเมื่อศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้การชดใช้ความเสียหายจึงต้องอาศัยช่องทางอื่น

จากการศึกษาแนวทางที่ศาลในสหรัฐอเมริกานำมาอธิบายการไม่รับวินิจฉัยคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารนั้น ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่มีทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล แต่มีหลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง (The Political Question Doctrine) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political Question)[193] มีลักษณะคล้ายคลึงกับ

---

[190] ข้อเท็จจริงคดีนี้มีว่าโจเซฟ เดนแมน (Joseph Denman) จำเลยคดีนี้เป็นทหารเรือระดับผู้บังคับการสังกัดสถานีบังคับการเรือของอังกฤษได้เข้าปราบปรามการค้าทาสตามที่ได้รับการร้องขอจากผู้ว่าการรัฐ Sierreleone Sir เพื่อปลดปล่อยทาสอันเป็นบุคคลภายใต้บังคับของประเทศอังกฤษที่ Gallines แต่จำเลยได้เข้าทำลายอาคารของทาสชาวสเปนอันเป็นการกระทำเกินกว่าคำสั่ง ทำให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สินของโจทก์ คดี Buron v. Denman (1848) 2 Ex. (67)

[191] Walker v. Baird (1892) A.C. 491 (P.C.)

[192] Bing Ling, *op. cit.*, p. 91.

[193] ในทางวิชาการของไทยมีการใช้ชื่อปัญหาเรื่องทางการเมือง และปัญหาการเมืองอีกด้วย เพื่อให้เกิดความเข้าตรงกันในการสื่อถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามวิทยานิพนธ์นี้ ผู้ศึกษาได้ใช้ชื่อทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ในการแสดงถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากแสดงถึงความหมายจากศัพท์ในภาษาอังกฤษได้อย่างชัดเจนที่สุด

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส[194] ทฤษฎีปัญหาทางการเมืองนำมาใช้ในการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอื่น หมายถึง ฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยศาลผู้วางแนวทางว่ากรณีใดบ้างที่ศาลไม่มีอำนาจตัดสินคดีเนื่องจากเป็นเรื่องที่ต้องให้องค์กรทางการเมืองทำหน้าที่แทน ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การพิจารณาว่าคดีที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาในทางการเมืองหรือไม่ขึ้นอยู่กับการตอบคำถามใน 2 ประเด็นคือ[195] ประการแรก ใครเป็นผู้ตัดสินว่าคำถามตามรัฐธรรมนูญมีคำตอบที่เหมาะสมอย่างไร และประการที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรทางการเมืองมีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวได้ว่าแนวคิดของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองก่อให้เกิดความรับผิดชอบของศาลที่จะไม่ใช้อำนาจล่วงล้ำแดนแห่งอำนาจขององค์กรทางการเมืองในประเด็นพิพาทที่เป็นปัญหาในทางการเมือง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเห็นได้ว่าทฤษฎีนี้เกิดจากการที่ศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างสามองค์กร โดยมีเหตุผลสำคัญ คือ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความขัดแย้งกับองค์กรอื่น ตามแนวคิดของทฤษฎีนี้มีสาระสำคัญว่าอะไรก็ตามที่จัดเป็นปัญหาในทางการเมืองย่อมไม่เหมาะสมที่จะให้ศาลเข้าไปจัดการแก้ปัญหา[196] หลักการแบ่งแยกอำนาจนำมาใช้สนับสนุนกรณีคำพิพากษาของศาลอาจสุ่มเสี่ยงต่อการล่วงล้ำอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ศาลมีสิทธิปฏิเสธการพิจารณาคดีโดยการอ้างทฤษฎีนี้ ซึ่งยึดหลักการที่ว่าปัญหาความขัดแย้งที่ดำเนินมาถึงขั้นที่ควรมีการตัดสินชี้ขาดและเป็นปัญหาที่อยู่ในความสนใจของประชาชน รวมทั้งเป็นประเด็นถกเถียงในสังคม ศาลจะไม่รับคดีไว้หากการตัดสินโดยตุลาการจะเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ[197]

การใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมีความสับสนเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของการกระทำ เนื่องจากการไม่มีข้อตกลงหรือข้อยุติในส่วนของลักษณะและขอบเขตในการปรับใช้

---

[194] Eric E. Bergsten, **Community Law in the French Courts: The Law of Treaties in Modern Attire** (Boston: BRILL, 1973), p. 22.

[195] Jesse H., Choper, *op. cit*., p. 1461.

[196] Donald P. Kommers, John E. Finn and Gary J. Jacobsohn, **American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes,** 2nd ed. (Lanham: Rowman & Littlefield, 2004), p. 71.

[197] McKaig Ryan, "Aid and Comfort: Rasul v. Bush and the Separation of Powers Doctrine in Wartime," **Campbell Law Review** 28 October (2005): 133-134.

ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง[198] ทำให้มีปัญหาว่าทฤษฎีนี้สามารถนำไปใช้ในกรณีใด และเหตุใดทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองจึงมีได้เฉพาะในบางประเด็น ส่งผลให้การเข้าใจถึงแก่นแท้และวัตถุประสงค์ของหลักการทางทฤษฎีเป็นไปได้ยาก ปัญหาดังกล่าวมีสาเหตุจากการขาดความชัดเจนและความแน่นอนของตัวทฤษฎี[199] แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่าข้อเท็จจริงหรือการกระทำที่เป็นปัญหาหรือคำถามทางการเมืองผลที่ตามมาอย่างชัดเจนคือศาลจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวในคดี

ในการพิจารณาว่ากรณีใดเป็นประเด็นอันเกี่ยวพันกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ศาลได้วางแนวทางว่าต้องเป็นเรื่องเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ อย่างน้อยหนึ่งประเด็น ดังนี้[200] การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ การเริ่มต้นและสิ้นสุดสงคราม เขตอำนาจเหนือดินแดนของรัฐ สถานะของชนเผ่าอินเดีย การรับเข้าและเนรเทศคนต่างชาติ การบังคับใช้สนธิสัญญา อำนาจหน้าที่ของทูตและรัฐมนตรีต่างประเทศ และการแบ่งเขตเลือกตั้ง ส่วนแนวความเห็นในทางวิชาการมีการแบ่งทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาได้เป็น 6 ประเภท[201] ได้แก่ กระบวนการจัดการเลือกตั้ง กระบวนการทางรัฐสภา กระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กระบวนการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง กรณีที่ศาลรัฐบาลกลางไม่สามารถบรรเทาปัญหาได้ และกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในปี ค.ศ. 1793 เกิดเหตุการณ์สงครามระหว่างอังกฤษกับฝรั่งเศส ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศในขณะนั้น ได้ร้องขอความเห็นไปยังศาลสูงสุดเกี่ยวกับการแสดงท่าทีของสหรัฐอเมริกาต่อสงครามที่เกิดขึ้น ศาลหยิบยกหลักการแบ่งแยกอำนาจมาเป็นเหตุผลในการปฏิเสธอำนาจพิจารณาของศาล และชี้ว่าการกำหนดบทบาทและทิศทางของสหรัฐอเมริกาเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร[202] ศาลอ้างเหตุผลในเรื่องลักษณะอำนาจเฉพาะขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแทนการให้เหตุผลแบบเดิมที่อ้างถึงหลักอำนาจอธิปไตยและมารยาทอันดีของประเทศ โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงอำนาจขององค์กรอื่นด้วยการเข้าไปตัดสินคดี

---

[198] Luis Fuentes-Rohwer, “Reconsidering the Law of Democracy: of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role,” **William and Mary Law Review** 47, 6 (2006): 1908.

[199] Jill Jaffe, “The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law,” **Ecology Law Quarterly** 38 (2011): 1041.

[200] Colegrove v. Green, 328 U.S. 549 (1946).

[201] Erwin Chemerinsky, **Constitutional Law: Principles and Policies,** 3rd ed. (New York: Aspen, 2006), p. 129.

[202] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.* p. 115.

เกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แนวคิดที่ไม่ให้ศาลเกี่ยวข้องกับอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนอกเหนือจากคดีนี้ มีคดีที่ศาลไม่รับวินิจฉัยคดีที่ฟ้องกล่าวหาแถลงการณ์ของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าโจทก์ไม่มีสิทธิโต้แย้งคำสั่งเนื่องจากการกำหนดนโยบายเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร[203]

ตามแนวทางการอธิบายลักษณะการกระทำในปัญหาทางการเมือง ศาลไม่เข้าไปเกี่ยวข้องในประเด็นปัญหาที่ศาลเห็นว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับเรื่องทางการเมือง หรือตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งควรให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้แก้ไขปัญหานั้นเองจึงไม่อาจดำเนินคดีทางศาลได้[204] หัวหน้าผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ในคดี Marbury v. Madison กล่าวถึงขอบเขตการพิจารณาคดีของศาลว่ามีเฉพาะการตัดสินในเรื่องสิทธิของบุคคลบางประการเท่านั้น โดยสิทธิของปัจเจกชนเกี่ยวข้องกับหลักนิติธรรมและไม่ใช่ธุระหรือกิจการของศาลที่จะก้าวล่วงหรือแทรกแซงอำนาจของฝ่ายบริหาร[205] ความเห็นดังกล่าวสะท้อนว่าประเด็นที่อ้างถึงสิทธิตามกฎหมายของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญที่ศาลเน้นย้ำและให้ความสนใจเป็นอย่างมาก ส่วนปัญหาในลักษณะทางการเมือง หรือที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในศาล ในคดีข้างต้นศาลสูงสุดได้สร้างหลักในการคล้อยตามฝ่ายบริหาร และในขณะเดียวกันได้สร้างหลักอำนาจการทบทวนคดีของฝ่ายตุลาการขึ้นด้วย[206] มาร์แชลได้ให้ความเห็นต่อไปว่าประธานาธิบดีได้รับมอบอำนาจทางการเมืองบางประการที่สามารถใช้อำนาจนั้นได้ตามวิจารณญาณของตนและต้องรับผิดต่อรัฐในทางการเมือง ซึ่งแม้ว่าประเด็นข้อกฎหมายในคดีนี้มีลักษณะเป็นเรื่องภายในประเทศก็ตาม ความเห็นของมาร์แชลมีบทบาทอย่างมากในการกำหนดอำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องการต่างประเทศและความมั่นคงของชาติ และในกรณีที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของประธานาธิบดีเป็นเรื่องทางการเมือง โดยอำนาจในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารซึ่งได้รับมอบมาเป็นอำนาจเฉพาะตัวและการกระทำของเจ้าหน้าที่ในฐานะเจ้าหน้าที่เช่นนั้นไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาล ความเห็นนี้เป็นการสร้างแนวคิดใหม่ขึ้นมาว่าการกระทำทางการต่างประเทศโดยหน่วยงาน

---

[203] Bernstein v. Nederlandsche-AmerikaanscheStoomvaart-Maatschappij, 210 F. 2d 375 (1954)

[204] Marbury v. Madison, (United States Supreme Court, 1803)

[205] R. Kent Newmyer, **John Marshall and The Heroic Age of the Supreme Court** (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001), p. 166.

[206] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, "Judicial Deference and National Security: Applications of the Political Question and Act of State Doctrines," **Democracy and Security** 6 (2010): 3.

ทางการเมืองควรได้รับการคุ้มครองจากการตรวจสอบโดยศาลเช่นกัน[207] ดังนั้นเมื่อประธานาธิบดีเป็นตำแหน่งที่มาจากอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจหรือดุลพินิจของประธานาธิบดีจึงย่อมอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบตามโครงสร้างและลักษณะทางการเมืองของรัฐ นับเป็นครั้งแรกที่ศาลกล่าวถึงอำนาจของศาลที่มีอยู่อย่างจำกัดในประเด็นที่มีลักษณะทางการเมือง หมายถึง การที่ศาลไม่อาจรับวินิจฉัยคดีในบรรดาเรื่องต่าง ๆ ที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารไม่ว่าด้วยเหตุผลที่มีลักษณะเป็นงานทางการเมืองหรือโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายหรืออำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นในประเด็นขอบเขตอำนาจการพิจารณาคดีของศาลมีอยู่อย่างไรและกรณีใดบ้างที่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณา จึงเกิดจากแนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองจัดเป็นหลักการประการหนึ่งของหลักการพิจารณาคดีของศาล (Justiciability Doctrine)[208] ในการอธิบายว่าศาลมีขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีเพียงใด

อย่างไรก็ตามในการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมีข้อโต้แย้งอยู่เช่นกัน Thomas M. Frank ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เห็นว่าศาลสูงของสหรัฐอเมริกาแทบจะไม่นำทฤษฎีนี้มาใช้ในการตัดสินคดี แต่ข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่สามารถอธิบายหักล้างข้อเท็จจริงที่ว่า ศาลสูงไม่เคยประกาศว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองเป็นทฤษฎีที่ใช้ไม่ได้ ในทางตรงกันข้ามมีการใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างกว้างขวางในศาลล่างซึ่งมีบทบาทสำคัญอย่างมากเกี่ยวกับนโยบายของชาติ และบรรดาคดีทั้งหมดที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลสหพันธรัฐ มีคดีเพียงไม่ถึงร้อยละหนึ่งที่ขึ้นสู่การพิจารณาในศาลสูง จากที่กล่าวมานี้คำโต้แย้งดังกล่าวถูกต้องตามความเป็นจริงในประเด็นที่ศาลสูงนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองไปใช้น้อยมาก[209] แต่กระนั้นก็ดีศาลล่างไม่ได้ยกเลิกการนำทฤษฎีนี้มาใช้ในการพิจารณาและเมื่อคดีที่ขึ้นสู่ศาลสูงมีจำนวนน้อย จึงไม่อาจสรุปได้ว่าศาลสูงไม่ให้ความสำคัญในการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง

ด้านพัฒนาการเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทย ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติให้ความหมายของการกระทำทางรัฐบาลไว้โดยชัดแจ้ง และไม่มีการกำหนดว่าการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐบาลในกรณีใดบ้างเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งการศึกษาในส่วนของไทยนี้แบ่งการศึกษาออกเป็นช่วงก่อนและหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับนี้จัดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และมีแนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองของไทยซึ่งเป็นการใช้ระบบศาลคู่ โดยให้คดีพิพาททางปกครองอยู่ในอำนาจศาลปกครอง และคดีพิพาททางแพ่งและอาญาอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม

---

[207] *Ibid*.

[208] Zachary M. Vaughan, "The Reach of the Writ: Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine," **The Georgetown Law Journal** 99 (2011): 870.

[209] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, pp. 7-8.

1. แนวคำพิพากษาของศาลก่อนมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากการศึกษาแนวคำพิพากษาฎีกาในปี พ.ศ. 2490 มีกรณีที่ศาลฎีกาไม่รับพิจารณาคดีของโจทก์ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐบาลเกี่ยวกับการสงคราม ศาลเห็นว่าการที่รัฐบาลในสมัยนั้นได้ประกาศสงคราม แม้การสู้รบก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์แต่ศาลก็ไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาได้ เนื่องจากผู้ที่จะฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นจำเลยในศาลนั้นจะต้องเป็นบุคคล คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่คำว่า รัฐบาล แสดงความหมายถึงรัฐอันเป็นหน่วยแห่งประเทศชาติ หรือหมายถึงคณะบุคคลซึ่งมีหน้าที่ดำเนินนโยบายการปกครองรัฐอยู่ในขณะใด ๆ ไม่อาจเป็นนิติบุคคลตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ศาลจึงไม่รับฟ้องคดีนี้[210]

เนื่องจากคดีนี้ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีแพ่ง ศาลฎีกาจึงนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาเป็นเหตุผลว่าคู่ความที่จะยื่นฟ้องต่อศาลได้ต้องเป็นบุคคลตามกฎหมาย[211] ซึ่งความเป็นนิติบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่น[212] แม้ว่าทบวงการเมืองมีฐานะเป็นบุคคลก็ตาม[213] แต่ความหมายของทบวงการเมืองหมายถึงกระทรวงและกรมเท่านั้น[214] การที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาไม่รับพิจารณาคดีของโจทก์ ศาลได้

---

[210] คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 คดีนี้พระยาปรีดานฤเบศร์ เป็นโจทก์ฟ้องรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โดยอธิบดีกรมอัยการและพนักงานอัยการประจำกรมอัยการผู้ดำเนินคดีแทนจำเลย โดยฟ้องว่าการกระทำของญี่ปุ่น เครื่องบินของอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและสหประชาชาติ และการประกาศสงครามของรัฐบาลพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ตั้งแต่วันที่ 8 ธันวาคม พ.ศ. 2484 ถึงวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488 ซึ่งระหว่างนั้นลูกระเบิดได้ตกถูกเคหะสถานบ้านเรือนของโจทก์เสียหายเป็นราคาไม่น้อยกว่าห้าแสนบาท การกระทำของรัฐบาลพระบาท สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยตรงและโดยเหตุใกล้ชิดให้อังกฤษ สหรัฐอเมริกา และสหประชาชาติเข้าทำลายทรัพย์สมบัติของประชาชนชาวไทย ซึ่งรวมทั้งโจทก์ได้รับความเสียหายโดยไม่ควรและไม่ชอบ การกระทำของรัฐบาลเช่นนั้นเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งรัฐบาลจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น โจทก์ได้มีหนังสือแจ้งไปยังนายกรัฐมนตรีแล้วก็ไม่ได้รับตอบจึงขอให้ศาลบังคับ

[211] มาตรา 1 (11) คู่ความหมายถึง บุคคลผู้ยื่นคำฟ้องหรือถูกฟ้องต่อศาล

[212] มาตรา 68 อันว่านิติบุคคลนั้นจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทั้งหลายของประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

[213] มาตรา 72 จำพวกที่กล่าวต่อไปนี้ย่อมเป็นนิติบุคคล คือ (1) ทบวงการเมือง

[214] มาตรา 73 ทบวงการเมือง คือ กระทรวงและกรมในรัฐบาลเทศาภิบาลปกครองท้องที่และประชาบาลทั้งหลาย

ให้เหตุผลอื่นที่ไม่ใช่การอ้างอิงถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยใช้หลักการดำเนินคดีตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง การดำเนินคดีจึงต้องพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาพบุคคลของรัฐหรือรัฐบาล ผู้ศึกษาเห็นว่าการอ้างถึงสภาพบุคคลของรัฐหรือรัฐบาลในคดีนี้ ไม่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการกระทำของรัฐบาล ดังนั้นในช่วงเวลาดังกล่าวสรุปได้ว่าศาลไทยไม่ได้นำทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี และไม่มีกฎหมายที่กล่าวถึงการจำกัดอำนาจพิจารณาคดีของศาลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

ในภายหลังศาลฎีกาไม่รับวินิจฉัยคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ศาลเห็นว่าการให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ อำนาจดังกล่าวนี้หมายความรวมถึงการสั่งจำคุกด้วย และผู้ร้องจะอ้างว่าการกระทำของผู้ร้องไม่เป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรไม่ได้ เว้นแต่มติคณะรัฐมนตรีได้ทำนอกเหนือธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ศาลจึงจะรับวินิจฉัย[215] เป็นที่น่าสังเกตว่าการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจในกรณียกเว้นจึงไม่ขัดต่อมาตรา 5 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งบัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติใช้บังคับโดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารและศาลใช้อำนาจตุลาการ ทั้งนี้ ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์”และไม่ขัดต่อมาตรา 20 วรรคแรกแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งบัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” เนื่องจากไม่ใช่กรณีไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญบังคับแก่กรณีใดอันจะต้องวินิจฉัยกรณีไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย คำพิพากษาฎีกาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าการที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองในการวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของ

---

[215] คำพิพากษาฎีกาที่ 1785/2513 คดีที่นำมาฟ้องสืบเนื่องจากนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร มีคำสั่งว่าการกระทำของผู้ร้องที่ร่วมกันมียาปลอมไว้ขายและปลอมยาของผู้อื่นเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรให้จำคุกผู้ร้องไว้

มาตรา 17 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 “ในกรณีนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือราชบัลลังก์ หรือการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายก่อกวนหรือคุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายในหรือมาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือกระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำเช่นว่านั้นเป็นคำสั่งหรือการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

นายกรัฐมนตรีตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ทำให้ศาลไม่พิจารณาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งมีผลเช่นเดียวกับทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศแต่ศาลไม่ได้ให้เหตุผลในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้แต่อย่างใด

อีกทั้งในกรณีสืบเนื่องจากมีการยึดหรืออายัดทรัพย์ และคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดไม่คืนทรัพย์สินที่ยึดหรืออายัดไว้ เมื่อนายกรัฐมนตรีมีคำสั่งให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการเป็นที่สุด ย่อมเป็นความเห็นของนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีที่สั่งการไปตามอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย[216] ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 นอกจากนี้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจตามกฎหมายสูงสุด จึงไม่ขัดแย้งหรือจะต้องวินิจฉัยตามประเพณีการปกครองประเทศไทย[217] จากแนวคำวินิจฉัยของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรดังกล่าว ถือเป็นแนวปฏิบัติในการพิจารณาคดีของศาลในอนาคตได้ว่าหากมีข้อเท็จจริงที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจในทำนองเดียวกัน ศาลชอบที่จะปฏิเสธการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามที่ศาลเคยอธิบายไว้[218]

ในปี พ.ศ. 2521 ศาลฎีกามีคำสั่งไม่รับฟ้องคดีการยุบสภาผู้แทนราษฎรของนายกรัฐมนตรี ประเด็นที่น่าสนใจมีว่าการไม่รับฟ้องคดีดังกล่าว ศาลไม่ได้พิจารณาการกระทำที่เป็นสาระสำคัญของข้อพิพาทว่าการยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นเรื่องที่ถูกตรวจสอบโดยศาลได้หรือไม่ แต่ได้วินิจฉัยว่าเมื่อรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงเนื่องจากมีการยึดอำนาจ ศาลจึงไม่อาจบังคับคดีให้ได้มาเป็นเหตุผลในการไม่รับฟ้อง ในเวลาต่อมามีการกล่าวถึงลักษณะงานบางอย่างของรัฐบาลที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองได้มีคำวินิจฉัยว่า[219] เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

---

[216] คำพิพากษาฎีกาที่ 2291/2519 ในคดีนี้นายกรัฐมนตรีมีคำสั่งอายัดทรัพย์สินของท่านผู้หญิงจงกล กิตติขจร เป็นเหตุให้รถยนต์ของผู้ร้องที่ซื้อจากท่านผู้หญิงฯ ถูกอายัดไปด้วย และต่อมาคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งตามคำสั่งของนายกรัฐมนตรีวินิจฉัยชี้ขาดไม่คืนรถยนต์ให้โจทก์

[217] คำพิพากษาฎีกาที่ 2573/2519 นายกรัฐมนตรีออกคำสั่งอายัดทรัพย์สินของโจทก์ และสั่งให้ทรัพย์สินที่ถูกอายัดหรือยึดไว้ตกเป็นของรัฐ

[218] สุรพล นิติไกรพจน์, “ปัญหาความชอบธรรมทางกฎหมายของ ‘คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน’,” **วารสารนิติศาสตร์** 23, 2 (มิถุนายน 2536): 231.

[219] คำวินิจฉัยคณะกรรมการร้องทุกข์ 20/2528 เป็นกรณีที่ผู้ร้องร้องทุกข์ให้เพิกถอนประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่กำหนดให้พื้นที่กรุงเทพมหานครต้องมีเภสัชกรตลอดเวลาที่เปิดทำการ คณะกรรมการร้องทุกข์ยกคำร้องของผู้ร้องเพราะประกาศกระทรวงสาธารณสุขออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่ยกคำร้องเพราะเป็นเรื่องทางนโยบายโดยตรง

เป็นกรณีของการตัดสินใจดำเนินการที่องค์กรชี้ขาดข้อกฎหมายไม่อาจเข้าไปพิจารณาทบทวนได้ เนื่องจากเป็นเรื่องความเหมาะสมในการบริหารที่ไม่มีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดให้พิจารณาความถูกต้องตามกฎหมายได้ แต่รัฐบาลยังต้องรับผิดชอบการกระทำดังกล่าวต่อรัฐสภาโดยตรง ทั้งนี้ การตรวจสอบความถูกต้องในเรื่องดังกล่าวเป็นไปตามกลไกการตรวจสอบทางการเมืองของรัฐสภาตามระบอบประชาธิปไตย แต่ถ้าเป็นกรณีของการออกกฎหมายลำดับรองที่มีสาระสำคัญไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเรื่องของความถูกต้องของกฎหมาย ไม่ใช่เรื่องความเหมาะสมของการตัดสินใจ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522[220] ที่ห้ามคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะทางนโยบายโดยตรง

2. แนวคำพิพากษาของศาลหลังมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. 2540

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ศาลจำกัดอำนาจการพิจารณาคดี ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้ การตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนด ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นการดำเนินการทางนโยบายที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำดังกล่าว และศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในทางจำกัดอำนาจศาลเกี่ยวกับการตราพระราชกำหนดเช่นเดียวกัน ดังเห็นได้จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546[221] ศาลพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการตราพระราชกำหนดอย่างกว้างขวางเช่นเดียวกับการตรวจสอบของรัฐสภา โดยไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามมาตรา 218 วรรคสอง ที่ให้ตราพระราชกำหนดได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ด้วย และการตรวจสอบพระราชกำหนดที่เกี่ยวกับการดำเนินการในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น กรณีนโยบายเกี่ยวกับเศรษฐกิจ การตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจ โดยการตราพระราชกำหนดจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการประเภทต่าง ๆ รวมทั้งกิจการโทรคมนาคมจะมีความเหมาะสมหรือไม่ เป็นเรื่องการดำเนินการทางนโยบายของ

---

[220] มาตรา 20 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

[221] ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219 กรณีพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่

คณะรัฐมนตรีที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคสาม และมาตรา 182 บัญญัติว่า “สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินโดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีวิธีการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีไว้หลายประการ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกำหนดและให้รัฐสภาทำหน้าที่ตรวจสอบตามวิธีการดังกล่าวข้างต้น ย่อมเป็นไปตามหลักการคานและถ่วงดุลอำนาจระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา และเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยที่รัฐธรรมนูญมาตรา 3 บัญญัติไว้ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ มิได้ยืนยันความถูกต้องเหมาะสมในการดำเนินการทางนโยบายของคณะรัฐมนตรีโดยการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับแต่อย่างใด คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักว่าศาลตรวจสอบได้เฉพาะประเด็นที่ว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ แต่ศาลไม่อาจวินิจฉัยไปถึงประเด็นที่ว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องตราพระราชกำหนดหรือไม่

ในประเด็นการยุบสภาผู้แทนราษฎรขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการยุบสภาอยู่นอกเหนืออำนาจพิจารณาคดีของศาล เนื่องจากนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นหัวหน้าขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาสภาผู้แทนราษฎร อำนาจการยุบสภาจึงเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การกระทำของนายกรัฐมนตรีเป็นไปตามระบบรัฐสภาที่เป็นการถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ในส่วนของศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าแม้ว่าการยุบสภาทำเป็นพระราชกฤษฎีกา แต่ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนี้เกิดจากพระราชกฤษฎีกาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ทำเป็นกฎหมายในรูปแบบนี้ แตกต่างจากการออกพระราชกฤษฎีทั่วไปที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายทั่วไป ดังนั้นการยุบสภาของนายกรัฐมนตรีไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง[222]

นอกจากนี้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ศาลปกครองไม่รับคดีไว้พิจารณา[223] คดีนี้

---

[222] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549

[223] รัฐบาลพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ เข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น กับนายชินโซ อาเบะ นายกรัฐมนตรีญี่ปุ่น เป็นเหตุให้มูลนิธิข้าวขวัญ และคณะยื่นฟ้องกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ คณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า คำฟ้องมีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีนี้ได้อุทธรณ์อุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า

> . . .ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม

---

(1) ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน กรณีการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งหาจัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนใหม่

(2) ให้มติคณะรัฐมนตรีที่ให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้วเป็นโมฆะ

(3) ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) และบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องไปลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นโมฆะ และมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ระงับการลงนามดังกล่าว และ

(4) ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องที่ 3 (รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น

> รัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณา พิพากษาของศาลปกครอง. . .

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลข้างต้นเห็นได้ว่าทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมีคำวินิจฉัยในทิศทางเดียวกันในการไม่รับคดีอันเกิดจากการกระทำที่เป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะในประเด็นการยุบสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองศาลได้ตัดสินและให้เหตุผลอย่างชัดเจนว่าศาลไม่มีอำนาจการวินิจฉัยคดี ซึ่งแตกต่างจากการตัดสินของศาลฎีกาในปี พ.ศ. 2521 อย่างเห็นได้ชัด และการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจการตรวจสอบของศาลเช่นกัน เหตุผลของศาลที่ไม่รับคดีไว้พิจารณามีลักษณะใกล้เคียงกับแนวคิดของการกระทำทางรัฐบาลเป็นอย่างมาก

ในส่วนเนื้อหาและรายละเอียดของคำวินิจฉัยของศาลตามที่กล่าวมาข้างต้น และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรมนูญและศาลปกครองในคดีอื่นจะกล่าวถึงในการศึกษาบทที่ 2 เกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล ในหัวข้อ 2.2 ข้อพิจารณาจากประเภทของการกระทำ

1.2.2.2 พัฒนาการของแนวคิดอันเกิดจากกฎหมายและความเห็นทางทฤษฎี

หลังจากการศึกษาในหัวข้อ 1.2.2.1 ทำให้ทราบพัฒนาการของแนวคิดทางทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาลแล้ว ในหัวข้อ 1.2.2.2 เป็นการศึกษาพัฒนาการของแนวคิดอันเกิดจากกฎหมายและความเห็นทางทฤษฎี เพื่อศึกษาว่านอกจากจุดเริ่มต้นและการพัฒนาทางแนวคิดของทฤษฎีที่เกิดจากคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลแล้ว ในทางตัวบทกฎหมายหรือความเห็นทางทฤษฎีได้มีการการวางรากฐานของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลและทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง หลักการกระทำของรัฐมากน้อยเพียงใด ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

จากที่กล่าวมาแล้วว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลพัฒนามาจากคำวินิจฉัยของศาลหรือสภาแห่งรัฐในการไม่รับวินิจฉัยคดีที่ศาลเห็นว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่กระนั้นก็ดีการกระทำทางรัฐบาลได้มีอยู่ในบทบัญญัติกฎหมายด้วย ซึ่ง กาเร เดอ มัลแบร์ (R. CARRÉ de MALERG) ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส กล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลโดยให้เหตุผลว่าเป็นไปตามกฎหมาย (Positive Law) เนื่องจากกฎหมายลำดับรองเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครอง เมื่อวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1852 มีการแบ่งแยกการกระทำทางปกครองกับการกระทำทางรัฐบาลออกจากกัน จากหลักการที่ว่า “เราควรจะรวมศูนย์อำนาจการกระทำทางรัฐบาล แต่เราควร

กระจายอำนาจทางปกครอง”[224] หลักการดังกล่าวนอกจากแสดงถึงอำนาจทางบริหารที่แยกได้เป็นการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางปกครองแล้วได้สะท้อนว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นอำนาจของส่วนกลางที่ไม่อาจกระจายอำนาจออกไปเช่นเดียวกับการกระทำทางปกครองได้ ประกอบกับในพระราชบัญญัติสภาแห่งรัฐ ค.ศ. 1872 (The Council of State Act, 1872) มีหลักการดังนี้[225] “รัฐมนตรีมีสิทธิที่จะนำเสนอต่อหน้าศาลคดีขัดกันว่า กิจการที่อยู่ในความดูแลของศาลคดีขัดกันนั้นไม่ใช่ข้อพิพาททางปกครอง และให้มีคำสั่งว่าคดีดังกล่าวไม่ใช่คดีปกครอง” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกับพระราชบัญญัติ เมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1849[226] เมื่อปรากฏว่าสภาแห่งรัฐได้รับคดีซึ่งมีลักษณะเป็นคดีปกครองไว้พิจารณา ผู้ถูกฟ้องย่อมอาศัยช่องทางของศาลคดีขัดกันเพื่อนำไปสู่การปฏิเสธอำนาจของสภาแห่งรัฐได้ ตามความเห็นของนักวิชาการเห็นว่าตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติสภาแห่งรัฐดังกล่าว แม้เป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล แต่ในแง่ของจุดเริ่มต้นทางทฤษฎีไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติดังกล่าว[227] ดังนั้นจึงไม่อาจสรุปว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลมาจากบทบัญญัติว่าด้วยศาลคดีขัดกันแต่อย่างใด

ในการอธิบายการจำกัดอำนาจพิจารณาคดีของศาลในการกระทำทางรัฐบาลนั้น ในฝรั่งเศสมีการอ้างอิงหลักความคุ้มกันในทางศาล (la immunité juridictionnelle) มาใช้อธิบายการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจำเป็นต้องรักษาอำนาจของฝ่ายบริหารไม่ให้ถูกควบคุมโดยองค์กรอื่น เหตุผลที่สนับสนุนหลักการคุ้มกันนี้มีด้วยกัน 2 ประการ คือ หลักเหตุผลของรัฐ และหลักเรื่องอำนาจของรัฐบาล หลักทั้งสองประการนี้มีสาระสำคัญเกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลดังนี้[228] “การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นจะส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นนั่นก็คือการเกิดหลักการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง” เมื่อการดำเนินการของรัฐบาลเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องกระทำเพื่อสถานะความเป็นอยู่ของรัฐการกระทำดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มกันในฐานะที่เป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังนั้นศาลจึงไม่ควรเข้ามาตัดสินใจในการดำเนินการดังกล่าวของรัฐบาล

---

[224] Chavidan, *op. cit.*, pp. 7-8 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 104.

[225] Milan Petrović, “The “Acts of Government” and The Legal Notion of Politics,” **Law and Politics** 9, 2 (2011): 86.

[226] Chavidan, *op. cit.*, pp. 7-8 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 104.

[227] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 180.

[228] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 100.

อย่างไรก็ดีมีแนวคิดที่ไม่ยอมรับถึงการมีอยู่ของแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสเช่นกัน ตามความเห็นของ Michel VIRALLY อธิบายได้ ดังนี้[229] การที่ศาลไม่เข้าตรวจสอบการกระทำที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นสิ่งที่มีเหตุผลในตัวเอง กล่าวได้ว่าเป็นเรื่องของ “เกมส์ปกติเรื่องเกณฑ์ทางอำนาจ” (jeu normal des règles du compétence) ทำให้ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และคดีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เนื่องด้วยในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจำเป็นต้องบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศศาลจึงไม่มีอำนาจกระทำการเช่นนั้น และในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภาศาลจึงไม่อาจเข้าตรวจสอบรัฐบาลได้

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์หลุยส์ ฟาโวเรอ (Louis Favoreu) เสนอความเห็นว่าไม่มีการกระทำใดที่เกิดจากการใช้อำนาจของรัฐบาลที่ตรวจสอบไม่ได้ เนื่องจากแม้กฎหมายเป็นจุดเริ่มต้นที่ก่อให้เกิดการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่อำนาจบริหารยังคงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน[230] และการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลอันส่งผลให้ศาลไม่สามารถตรวจสอบได้นั้น มีสาเหตุมาจากการที่ศาลถูกจำกัดอำนาจในการพิจารณาคดี ซึ่งถือว่าเป็นความบังเอิญ (par accident) เกี่ยวกับอำนาจของศาลโดยเฉพาะ เพราะฉะนั้นเหตุที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลหลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาล ไม่ได้เกิดจากลักษณะของการกระทำแต่อย่างใด การกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาลดังกล่าวนี้ จึงควรเรียกว่า การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้ (actes injusticiables) มากกว่าการเรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล นอกจากนี้การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้นั้น อาจได้รับการวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ ด้วยการใช้แนวทางของการชี้ขาดข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร โดยเฉพาะประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา[231] อันเป็นความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ของงฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นศาลเป็นองค์กรหลักในการคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนและมีลักษณะใกล้เคียงกับศาลในสหรัฐอเมริกา ศาลมีบทบาทหลักในการตัดสินให้กฎหมายและการ

---

[229] Michel VIRALLY, **L’introuvable acte de gouvernement** (N.p.: RDP, 1952), pp. 317-358 อ้างถึงใน วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, “การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557), หน้า 497-498.

[230] Louis Favoreu, **Du déni de justice en droit public** (Paris: L.G.D.J, 1964), p. 169 อ้างถึงใน Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 119.

[231] Michel VIRALLY, *op. cit.,* pp. 317-358 อ้างถึงใน วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 497-498.

กระทำของรัฐที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันใช้ไม่ได้ จึงเปรียบศาลได้กับผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่บทบังคับว่าเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลต้องรับวินิจฉัยข้อพิพาทไว้ทุกกรณี จากการศึกษาระบบกฎหมายญี่ปุ่น พบว่ามีการนำทฤษฎีที่จำกัดอำนาจของศาลเกี่ยวกับการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหารมาใช้เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส แนวความคิดนี้ปรากฏในญี่ปุ่นเป็นครั้งแรกโดยศาสตราจารย์ โทชิโยชิ มิยาซาวา (Toshiyoshi Miyazawa) ซึ่งเรียกการกระทำของรัฐโดยองค์กรที่มีฐานะเป็นรัฐบาลตามความหมายของการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสว่า “Tochi-Koi”[232] โดยมีการแบ่งแยกระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจในฐานะรัฐบาลว่ามีลักษณะที่แตกต่างกัน

ในยุคก่อนสงครามแนวคิดของเยอรมนีได้ส่งผลต่อรูปแบบอนุรักษ์นิยมของศาลญี่ปุ่น แต่แนวคิดหลักที่หลงเหลืออยู่ในระบบกฎหมายญี่ปุ่นไม่ใช่ปรัชญาทางด้านตุลาการตามแบบอย่างของเยอรมนีในปัจจุบัน ผลที่ตามมา คือ การแบ่งแยกระหว่างเรื่องทางการเมืองซึ่งศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีได้ กับศาลมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของพลเมืองซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับทางการเมือง อีกทั้งภายหลังญี่ปุ่นได้ใช้รัฐธรรมนูญที่เป็นประชาธิปไตยฉบับใหม่ ส่งผลให้ฝ่ายบริหารของญี่ปุ่นมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างมาก ซึ่งฝ่ายตุลาการจะเข้าไปแทรกแซงต่อเมื่อฝ่ายบริหารละเมิดสิทธิของประชาชนอย่างชัดเจน ทั้งนี้บทบาทของศาลจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับการประเมินความเสี่ยงของตุลาการภิวัฒน์ ดังนั้นการกระทำที่เป็นปัญหาทางการเมืองยังคงไม่สามารถนำไปสู่การตรวจสอบในทางรัฐธรรมนูญภายใต้อำนาจของศาล[233]

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมีบทบาทในทางกฎหมายมหาชนอย่างมาก ในช่วงปี ค.ศ. 1955 ทฤษฎีนี้ได้รับความสนใจอย่างแพร่หลาย มีการศึกษาถึงทฤษฎีในแง่ของความเป็นมาในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เยอรมนีรวมถึงหลักการพื้นฐานของทฤษฎี ตามทัศนะของ Toshio Irie ผู้พิพากษาศาลสูงสุด การกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองที่ไม่อยู่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยทางศาล ได้แก่ การกระทำที่มีลักษณะดังต่อไปนี้

1. การกระทำขององค์กรสูงสุดในฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติเกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นไม่รวมถึงฝ่ายตุลาการด้วย

2. ลักษณะของการกระทำเป็นเรื่องทางการเมือง เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการเมืองอย่างสูง

---

[232] TatsugoroIsozaki, “The So-Called Tochi-Koi (Acte De Gouvernement) and the Constitution of our Country,” **Osaka University Law Review** (1959): 1.

[233] Tokujin Matsudaira, “Judicialization of Politics and the Japanese Supreme Court,” **Washington University Law Review** 88, 6 (2011): 1569.

3. การกระทำเป็นปัญหาทางกฎหมาย และ

4. การกระทำอยู่นอกเหนืออำนาจของศาลปกติ

นอกจากนี้ Toshio Irie ได้นำบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาอธิบายว่าการกระทำตามรัฐธรรมนูญประเภทใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ซึ่งเห็นว่าเป็นการกระทำดังต่อไปนี้

1. การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของคณะรัฐมนตรีและสภา

2. ความสัมพันธ์ของการบริหารจัดการระหว่างองค์กรของคณะรัฐมนตรีกับสภา

3. การเจรจาต่อรองกันขององค์กรของคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา

4. เรื่องที่เกี่ยวกับต่างประเทศ เช่น เรื่องทางการทูต

ศาลได้วางหลักการที่ทำให้ศาลตีความแบบจำกัดอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญบางประการ โดยทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองเป็นหนึ่งในหลักการที่ศาลนำมาอธิบายการไม่รับพิจารณาคดี ในอดีตศาลมักไม่นำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้ ซึ่งมีผู้ให้ความเห็นว่าการที่ศาลไม่ค่อยปรับใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในระยะแรกเป็นสิ่งจำเป็น เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวศาลจำเป็นต้องสร้างความชอบธรรมให้แก่องค์กรของตน ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการที่ศาลจำกัดอำนาจตนเองเหมาะสมแล้ว เนื่องจากความเป็นธรรมจะเกิดขึ้นจริงตามหลักนิติธรรมได้ต้องผ่านกระบวนการทางการเมืองไม่ใช่กระบวนการทางศาล[234] ในการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองไม่เพียงแต่ศาลไม่มีอำนาจในการตัดสินคดีเท่านั้น แต่ศาลต้องละเว้นการตัดสินคดีที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งกรณีนี้หน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องเป็นผู้ทำหน้าที่ตัดสินกรณีดังกล่าวด้วยตัวเอง[235]

แนวทางการอธิบายทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของญี่ปุ่นนี้รวมความถึงการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย มีลักษณะเดียวกันกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ทฤษฎีดังกล่าวนี้จึงไม่ใช่เรื่องเดียวกับการกระทำทางรัฐบาลตามที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เพียงแต่ในส่วนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในทางการเมืองหรือเกี่ยวกับการเมืองอยู่นอกอำนาจตรวจสอบโดยศาล มีลักษณะคล้ายกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนของเยอรมนีจากการศึกษาแนวคิดที่มีลักษณะใกล้เคียงกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล แนวทางการพิจารณาคดีของศาลมีหลักการซึ่งมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากประเทศอื่น

---

[234] David J. Danelski, “Political Impact of the Japanese Supreme Court,” **Notre Dame Law Review** 49, 5 (1974): 959.

[235] Taisuke Kamata, “Adjudication and the Governing Process: Political Question and Legislative Discretion,” **Law and Contemporary Problems** 53, 1 (1990): 187.

ในขณะที่ศาลสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในการจำกัดอำนาจศาลในปัญหาทางการเมือง ญี่ปุ่นมีการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในการจำกัดอำนาจพิจารณาของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ฝรั่งเศสได้วางหลักการทางทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลขึ้นโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ อังกฤษมีการใช้หลักการกระทำของรัฐ แต่ในระบบกฎหมายเยอรมนีไม่มีแนวคิดเหมือนกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล อีกทั้งไม่มีสิ่งที่เทียบได้กับแนวคิดตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา[236] ในอดีตเคยมีการเสนอให้นำทฤษฎีปัญหาทางการเมืองตามแบบอย่างของสหรัฐอเมริกามาใช้[237] เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับการเมือง โดยให้การกระทำขององค์กรทางการเมืองที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองอยู่นอกเหนือการวินิจฉัยของศาล และให้องค์กรการเมืองดังกล่าวตัดสินใจด้วยตนเอง แต่มีการวิพากษ์วิจารณ์ความเห็นเช่นนี้เป็นอย่างมาก ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศแตกต่างกัน นอกจากนี้มีการวิจารณ์ว่าทฤษฎีปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาไม่มีความชัดเจนในตัวเองอีกด้วย การนำแนวคิดที่มีลักษณะทำนองเดียวกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองไปใช้ในเยอรมนีจึงมีข้อโต้แย้งที่ถกเถียงกันและไม่ได้ข้อสรุปอย่างชัดเจน[238] ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้สามารถแบ่งความเห็นได้เป็น 2 ฝ่าย[239] ฝ่ายแรก มีความเห็นว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองไม่สามารถนำมาใช้ได้ในระบบกฎหมายเยอรมนี และฝ่ายที่สองเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีได้นำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้ในระบบกฎหมายแล้ว

ความเห็นที่ว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองนำมาใช้ในระบบกฎหมายเยอรมนีไม่ได้เป็นความเห็นของฝ่ายข้างมาก การอธิบายแนวความคิดเช่นนี้มีเหตุผลสนับสนุนหลายประการ เช่น Ernst Friesenhahn อธิบายว่า สหรัฐอเมริกาไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ มีเพียงศาลสูงสุดซึ่งเป็นศาลชั้นสูงสุดของศาลธรรมดา เรื่องใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง ศาลสูงสุดเป็นผู้ทำหน้าที่พัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ในขณะที่รัฐธรรมนูญเยอรมนีฉบับปัจจุบันกำหนดให้มีการ

---

[236] David P. Currie, **The Constitution of the Federal Republic of Germany** (Chicaco: University of Chicago Press, 1994), p. 170.

[237] สุรพล นิติไกรพจน์, **ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 56.

[238] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, p. 15.; Michel Rosenfeld and András Sajó, **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law** (Oxford: Oxford University Press, 2012), p. 573.

[239] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ,” **วารสารนิติศาสตร์** 43, 1 (มีนาคม 2557): 111, 115.

จัดตั้งองค์กรในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในรูปแบบของศาลรัฐธรรมนูญซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นพิเศษ และกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดแจ้ง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถปฏิเสธการใช้อำนาจของตนในการตัดสินประเด็นเกี่ยวกับการเมือง[240] ดังนั้นขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีจำต้องพิจารณาจากเนื้อหาสาระที่ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ[241] โดยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีเพียงศาลเดียวในประเทศ มีอำนาจอย่างกว้างขวางและมีบทบาทอย่างมากในการวินิจฉัยตีความเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ แตกต่างจากศาลรัฐธรรมนูญแห่งมลรัฐซึ่งมีอยู่ทุกมลรัฐ[242] การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นนี้เป็นรูปแบบของศาลที่เกิดขึ้นใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ เกิดจากการนำประสบการณ์ทางการเมืองที่เกิดวิกฤติในสมัยพรรคนาซีขณะที่ใช้รัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์ ซึ่งกระบวนการทางการเมืองไม่อาจแก้ไขวิกฤติการณ์ได้มาใช้ออกแบบรัฐธรรมนูญนี้ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเฉพาะอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อน[243]

การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมีอำนาจอย่างกว้างขวางเช่นนี้ สะท้อนเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การกระทำในทางการเมืองเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ด้วยการมอบหมายให้ศาลเป็นผู้ทำให้การเมืองดำเนินไปตามกรอบของรัฐธรรมนูญ โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 20(3) เป็นบทบังคับให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐ ในประเด็นนี้ Ernst Benda เห็นว่าสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญอยู่ที่การกำหนดให้การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรรัฐในเรื่องเกี่ยวกับการเมืองถูกผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจปฏิเสธการรับคำร้องไว้พิจารณา ด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นข้อพิพาททางการเมือง[244] นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไประงับข้อพิพาทในทางการเมืองได้โดยการชี้ขาดข้อพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ[245]

เมื่อพิจารณาลักษณะของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมนี มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่ารัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่เปิดกว้างและไม่ค่อยชัดเจน ซึ่งความคลุมเครือของบทบัญญัติเช่นนี้ทำให้เปิดกว้างต่อการตีความตัวบทได้อย่างกว้างขวาง ดังนั้นการจะทำให้ประเด็นที่เป็นเรื่องทางการเมืองอยู่นอกเหนือการพิจารณาและตีความของศาลจึงเป็นไปได้ยาก ทั้งนี้ มาตรา 19(4) แห่งรัฐธรรมนูญเป็นตัวอย่าง

---

[240] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 111.

[241] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 107.

[242] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, p. 15.

[243] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 107.

[244] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 111.

[245] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 108.

ของการบังคับใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่สามารถตีความได้กว้างขวาง บทบัญญัตินี้มีสาระสำคัญในการยืนยันสิทธิการเข้าถึงศาลของพลเมืองจากการถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน ซึ่งหมายถึงอำนาจรัฐบาล อำนาจบริหาร อำนาจปกครอง ไม่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ฉะนั้นแล้วแนวความคิดที่จะนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมารองรับให้การกระทำบางอย่างรอดพ้นจากการตรวจสอบของศาลจึงไม่อาจเป็นไปได้[246]

นอกจากนี้นักวิชาการเยอรมนีมีความเห็นต่อบทบัญญัติมาตรานี้ว่า[247]

> โดยหลักการการกระทำของภาครัฐที่กระทบสิทธิของประชาชนอยู่นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรตุลาการได้ เช่นเดียวกันกับการกระทำทางรัฐบาลก็อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์นี้เช่นกัน แต่ก็อาจจะมีการกระทำของรัฐบาลในบางกรณีที่ไม่กระทบสิทธิประชาชน ซึ่งการกระทำนั้นไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเช่นกัน

จากที่กล่าวมานี้เป็นการอ้างรัฐธรรมนูญในการอธิบายทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในเยอรมนี อีกทั้งข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญมีความสัมพันธ์กับเรื่องทางการเมืองอยู่เสมอไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง ข้อพิพาทในทางรัฐธรรมนูญจึงย่อมรวมถึงข้อพิพาทในทางการเมืองด้วย[248] แม้ว่าโดยลักษณะธรรมชาติของกฎหมายกับการเมืองจะไม่เหมือนกัน แต่ความแตกต่างกันของสองสิ่งนี้ไม่ส่งผลต่อระบบตุลาการของเยอรมนี สถานะของกฎหมายและการเมืองจึงมีความเท่าเทียมกันตามรัฐธรรมนูญ[249] ทั้งนี้ การที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะตัดสินคดีเป็นไปตามเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์

---

[246] R. Bakker, A.W. Heringa and F. Stroink, **Judicial Control, Comparative Essays on Judicial Review** (Ontwerp: Bureau JA Vormgevers Tilburg, 1995), p. 50.

[247] ความเห็นของคณะผู้แทนของมหาวิทยาลัยด้านการปกครองแห่งเมืองสเปเยอร์ ประเทศเยอรมนี; เชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์, “รายงานการศึกษาดูงานของประธานศาลปกครองสูงสุด (ศ.ดร. อักขราทร จุฬารัตน) และคณะระหว่างวันที่ 7-15 พฤศจิกายน 2552 ณ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามคำเชิญของมูลนิธิคอนราดอาเดนาวร์,” ใน **ทันข่าวสาร สวว. เก็บสาระมารวมเล่ม (เล่ม 2) (ฉบับที่ 24 เดือนตุลาคม 2552-ฉบับที่ 48 เดือนมีนาคม 2553)** (กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2554), หน้า 104-105.

[248] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 108.

[249] R. Bakker et al., *op. cit.*, p. 49.

ทางกฎหมายที่กำหนดไว้ และแม้เป็นข้อพิพาททางการเมืองศาลก็มีอำนาจพิจารณาคดีได้[250] ซึ่งการปฏิเสธที่จะตัดสินคดีอันมีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองขัดต่อหลักการพิจารณาคดีของศาล (Judicial Review)[251]

จากที่กล่าวมาข้างต้นในประเด็นอำนาจพิจารณาของศาล สามารถกล่าวได้ว่า “ในเยอรมนีทุกสิ่งทุกอย่างอาจได้รับการตัดสินจากศาลได้”[252] ศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่เป็นเรื่องทางระหว่างประเทศได้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าคดีที่เกิดขึ้นเป็นประเด็นทางการเมืองหรือไม่ ในประเด็นนี้คอมเมอร์ (Kommers) นักกฎหมายผู้เชี่ยวชาญรัฐธรรมนูญเยอรมนีเห็นว่า “กรณีทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญ แม้เป็นประเด็นที่เป็นเรื่องทางการเมืองอย่างสูง เช่น นโยบายต่างประเทศล้วนอยู่ภายใต้อำนาจของศาลทั้งสิ้น ถ้ากระบวนการถูกริเริ่มตามรัฐธรรมนูญและเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ”[253] สอดคล้องกับคำกล่าวของโธมัส มาร์ติน แฟรงค์ที่ว่า ไม่มีการกระทำใดของรัฐบาลอยู่เหนืออำนาจการทบทวนโดยศาลแห่งเยอรมนี การที่ระบบกฎหมายเยอรมนีไม่นำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาใช้ มีเหตุผลจากการยึดโยงอยู่กับหลักนิติรัฐที่มีพื้นฐานมาจากบริบทการเมือง วัฒนธรรมและสภาพแวดล้อมทางสังคม เหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์และเหตุผลทางการเมืองทำให้ศาลยึดมั่นตามความคิดเห็นของสาธารณชนเป็นสำคัญ นอกจากนี้มีการอธิบายเหตุผลของการที่ไม่สามารถนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาอธิบายการจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการว่าตามกฎหมายเยอรมันศาลไม่ควรถูกห้ามตัดสินคดี เนื่องมาจากไม่มีสถานการณ์ใดที่ไม่สามารถนำกฎหมายมาปรับใช้ได้ หรือกล่าวในอีกทางหนึ่งไม่มีกฎหมายใดที่จะไม่สามารถใช้บังคับในกรณีนั้น ๆ (Non Liquet) ได้ ดังนั้นการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองโดยตรงจึงเป็นไปไม่ได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน[254]

ในประเด็นเรื่องการดำเนินการในทางระหว่างประเทศ ตามหลักแล้วเมื่อเข้าทำความตกลงระหว่างประเทศ ความตกลงดังกล่าวไม่มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายใน เนื่องจากต้องผ่าน

---

[250] Ludger Helms, “Executive Leadership and the Role of ‘Veto Players’ in the United States and Germany,” **Program for the Study of Germany and Europe** 03.2 (2003):15.

[251] David P. Currie, *op. cit.*, p. 170.

[252] R. Bakker et al., *op. cit.*, p. 49.

[253] Donald P. Kommers and Russell A. Miller, **The Constitution Jurisprudence of the Federal Republic of German: Third Edition, Revised and Expanded** (Durham: Duke University Press, 2012), p. 196.

[254] R. Bakker et al., *op. cit.*, p. 19.

กระบวนการอนุวัติการโดยการตรากฎหมายระดับสหพันธรัฐเพื่อประกาศใช้ความตกลงระหว่างประเทศ (Consenting Act) ก่อน ความตกลงระหว่างประเทศจึงจะกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายเยอรมัน และศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐจึงไม่เคยตัดสินในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของความตกลงระหว่างประเทศ แต่ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติแทน[255] แม้ว่ารัฐบาลจะอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งมีสาระสำคัญกำหนดให้การตรากฎหมาย เพื่อให้ความตกลงระหว่างประเทศในเยอรมนีเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร[256] ทำให้ศาลไม่สามารถรับคำร้องคดีเกี่ยวกับทรัพย์สินของคนเยอรมันในสวิตเซอร์แลนด์ไว้พิจารณาได้ อย่างไรก็ตามท้ายที่สุดศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่ารัฐบัญญัติให้ใช้ความตกลงระหว่างประเทศ (Treaty Acts) ได้แปลงเนื้อหาสาระของความตกลงระหว่างประเทศมาเป็นกฎหมายภายในและมีผลผูกพันต่อหน่วยงานรัฐและประชาชน ด้วยเหตุนี้รัฐบัญญัติดังกล่าวจึงก่อตั้งสิทธิและหน้าที่โดยตรงต่อปัจเจกบุคคลซึ่งอาจกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานได้ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถรับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาได้ เป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่าความตกลงระหว่างประเทศที่ขัดหรือไม่ชอบด้วยข้อบทของรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนให้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ในคดีที่มีประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกลายเป็นข้อพิพาททางกฎหมาย ศาลมีอำนาจรับพิจารณาคดีได้และประเด็นสำคัญอยู่ที่ศาลจะตัดสินคดีอย่างไร ฉะนั้นในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับกิจกรรมระหว่างประเทศ จึงมีประเด็นเพียงว่าคดีที่เกิดขึ้นควรได้รับการพิจารณาอย่างไรมากกว่าการตั้งประเด็นว่าศาลมีหรือไม่มีอำนาจเหนือการกระทำดังกล่าว รวมทั้งข้อพิพาทเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติกับประเด็นข้อพิพาทอื่น ๆ มีลักษณะไม่แตกต่างกันจึงอยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลเช่นเดียวกัน

ในประเด็นของการทำสนธิสัญญามีการนำสนธิสัญญาจำนวนมากฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญดังคดีตัวอย่าง ดังนี้[257] การฟ้องเกี่ยวกับการเตรียมทำสนธิสัญญาประชาคมป้องกันยุโรปในต้นทศวรรษที่ 70 มีการฟ้องประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างเยอรมนีตะวันออกกับโปแลนด์ และสหภาพโซเวียต ต่อมาช่วงต้นทศวรรษที่ 90 มีการฟ้องว่ารัฐบัญญัติที่ให้ใช้สนธิสัญญามาร์ชทริช ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลเห็นว่าสนธิสัญญาเหล่านี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ในคดีที่เยอรมนีทำความตกลงว่าด้วยการเก็บภาษีซ้อนกับสวิตเซอร์แลนด์ ความตกลงนี้กำหนดว่า

---

[255] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, p. 15.

[256] Article 59(2), The Basic Law of the Federal Republic of Germany

[257] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, pp. 18-19

บุคคลไม่ควรต้องชำระภาษีประเภทเดียวกันให้กับสองประเทศซึ่งไม่มีความสำคัญทางการเมือง โดยศาลตัดสินว่าความตกลงระหว่างประเทศไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในขณะที่ความเห็นของฝ่ายเสียงข้างน้อยเห็นว่าแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลได้นำหลักการของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้แล้ว เช่น ในคดี Inter-German Basic Treaty Case ศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ข้อสันนิษฐานตามรัฐธรรมนูญแสดงจุดยืนของอำนาจศาลเหนือคดีนี้ โดยวินิจฉัยว่าในกรณีปรากฏว่าการตีความสามารถทำได้หลายแนวทาง ควรเลือกการตีความให้สอดคล้องกับข้อจำกัดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการพิพากษาคดีว่าควรจะตัดสินคดีนั้นหรือศาลควรจำกัดอำนาจตนเอง การที่ศาลจำกัดอำนาจเช่นนี้ศาลได้อธิบายว่ามีสาเหตุจากศาลไม่ต้องการเกี่ยวข้องทางการเมือง จึงไม่เข้ายุ่งเกี่ยวหรือแทรกแซงขอบเขตการกระทำทางการเมืองที่เป็นอิสระซึ่งสร้างขึ้นและถูกจำกัดไว้โดยรัฐธรรมนูญ การที่ศาลวางบทบาทเช่นนี้ไม่ได้ทำให้อำนาจของศาลถูกจำกัดหรือทำให้ความสามารถของศาลลดลงแต่อย่างใด[258]

อีกด้านหนึ่ง Dieter Grimm เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือและรักษาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองอยู่เสมอ โดยเฉพาะในเรื่องขอบอำนาจหน้าที่ของศาลและฝ่ายนิติบัญญัติศาลต้องตีความให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ รวมถึงศาลจำต้องเคารพการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติ การจำกัดอำนาจตนเองของศาลได้อ้างถึงคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสนธิสัญญาระหว่างเยอรมันตะวันออกและเยอรมันตะวันตก[259] เป็นสัญญาที่ทำระหว่างเยอรมนีตะวันออกและเยอรมนีตะวันตกในขณะที่มีการแบ่งแยกเยอรมนีออกเป็นสองส่วน เพื่อกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองฝ่าย ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่าสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สนธิสัญญาเนื่องจากเป็นการกำหนดความสัมพันธ์ภายในประเทศ อีกทั้งไม่มีส่วนขัดขวางการรวมประเทศในอนาคตจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ[260] นอกจากนี้ในช่วงทศวรรษที่ 70 ศาลได้ใช้หลักการจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของความตกลงระหว่างประเทศ โดยศาลไม่เข้าไปก้าวก่ายคำถามหรือประเด็นเกี่ยวกับการบริหารราชการของรัฐบาล เพราะเห็นว่าในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอำนาจแต่เพียงผู้เดียวของฝ่ายบริหาร คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่แสดงว่าศาลยอมรับว่าฝ่ายบริหารมีอิสระในการดำเนินกิจการด้านการต่างประเทศอย่างกว้างขวาง เช่น คดีเกี่ยวกับการปฏิรูปที่ดิน สืบเนื่องจากสนธิสัญญารวมประเทศ (Unification Treaty) ได้ผนวกรวมแถลงการณ์ระหว่างรัฐบาลของเยอรมันตะวันออกและเยอรมันตะวันตกเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ถูกเวนคืนในเยอรมันตะวันออก ซึ่งกำหนดไม่คืนที่ดิน

---

[258] R. Bakker et al., *op. cit.*, pp. 49-50.

[259] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 116.

[260] R. Bakker et al., *op. cit.*, p. 18.

ดังกล่าวให้แก่เจ้าของ อดีตเจ้าของที่ดินจึงได้ฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ ศาลตัดสินว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับเนื่องจากเยอรมันตะวันออกและสหภาพโซเวียตได้ยืนยันให้ข้อกำหนดในแถลงการณ์เป็นเงื่อนไขของการรวมประเทศ และรัฐบาลของเยอรมันตะวันตกจำต้องเห็นด้วยเพื่อการรวมประเทศ ศาลอธิบายว่าภายใต้สถานการณ์เช่นนั้นฝ่ายบริหารอาจประเมินได้ว่าโอกาสในการรวมประเทศขึ้นอยู่กับการยอมรับข้อบทเกี่ยวกับการเวนคืนที่ดิน ศาลจึงตัดสินว่าประเด็นดังกล่าวขึ้นอยู่กับอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารไม่ใช่ของศาล คดีทำนองเดียวกันนี้ได้ขึ้นสู่ศาลอีกครั้ง[261] ผู้ฟ้องคดีแสดงหลักฐานซึ่งบางส่วนเป็นหลักฐานที่ไม่เคยยื่นต่อศาลมาก่อนว่าการรวมประเทศไม่ได้ขึ้นอยู่กับการไม่คืนที่ดินที่ได้เวนคืนแล้วในเขตเยอรมันตะวันออกเก่าแต่อย่างใด แต่ศาลยืนยันเช่นเดิมว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจตัดสินใจอย่างกว้างขวางในด้านการต่างประเทศ โดยเฉพาะในการทำความตกลงระหว่างประเทศ และมีผู้ให้ข้อสังเกตว่าการจำกัดอำนาจของศาลไม่ได้เกิดจากการนำหลักทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองตามแบบอย่างของสหรัฐอเมริกามาใช้ คงเป็นเพียงแนวทางการพิจารณาคดีของศาลที่มุ่งตีความให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ[262]

อย่างไรก็ดีแม้ว่าศาลมีอำนาจเข้าไปตัดสินใจเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นประเด็นการกระทำทางการเมืองได้ เช่น ในเรื่องนโยบายการต่างประเทศและประเด็นทางความมั่นคงของประเทศ รวมตลอดถึงการดำเนินกิจกรรมที่อยู่ในขอบข่ายของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ไม่ได้หมายความว่าศาลเข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบายต่างประเทศได้ทั้งหมด ในบางกรณีศาลปล่อยให้เป็นหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง (Political Branch) ใช้ดุลพินิจพิจารณาตามกฎหมายและความรู้ความเชี่ยวชาญของแต่ละองค์กร แนวคิดที่ให้ศาลมีนโยบายจำกัดอำนาจตนเองมาจากการเคารพหลักแบ่งแยกอำนาจเหมือนกับประเทศอื่น เหตุผลสำคัญที่ทำให้การกระทำทางการเมืองเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเนื่องด้วยศาลเห็นว่าควรให้ความเชื่อถือและไว้วางใจการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

จากแนวความเห็นของการนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้ในเยอรมนี ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นข้อผูกพันให้ศาลต้องใช้อำนาจตุลาการตามที่ได้รับมอบมาจากรัฐธรรมนูญ โดยศาลทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์กรรัฐ ซึ่งหมายถึงทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจรัฐเข้าสู่ศาล ศาลไม่อาจปฏิเสธการพิจารณาคดีโดยการอ้างว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองได้ ในขณะที่ความเห็นของอีกฝ่ายที่เห็นว่าการจำกัดอำนาจตนเองของศาลในบางคดีเป็นการนำหลักทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้

---

[261] *Ibid*.

[262] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 110.

สำหรับพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของไทย เริ่มต้นมาจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 กฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักการที่ห้ามคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา[263] ตามหลักการดังกล่าวการกระทำของรัฐบาลในเรื่องเกี่ยวกับนโยบายอยู่นอกเหนืออำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ การจำกัดอำนาจคณะกรรมการไว้เช่นนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับแนวคิดตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้ไม่ได้เรียกการกระทำดังกล่าวว่าการกระทำทางรัฐบาลก็ตาม

อีกทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการดำเนินงานทางปกครอง ได้กำหนดห้ามนำกฎหมายฉบับนี้ไปใช้บังคับแก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี[264] แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยยอมรับว่าการกระทำของรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และการกระทำของคณะรัฐมนตรีอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารไม่ใช่การกระทำทางปกครองจึงไม่อยู่ภายใต้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ใช้บังคับกับการกระทำต่าง ๆ ขององค์กร หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองโดยเฉพาะไม่รวมถึงอำนาจอื่นใด การใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา และอำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรีในลักษณะที่เป็นการทำงานร่วมกันซึ่งเป็นอำนาจบริหารจึงไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายฉบับนี้

ในการพิจารณาแนวทางการนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนนี้ไปใช้ มีบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง[265] สืบเนื่องจากข้อหารือที่ว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติของคณะรัฐมนตรีไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากเป็นการกระทำของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งกฎหมายนี้ไม่นำไปใช้กับการดำเนินการของ คณะรัฐมนตรีจึงเข้าข้อยกเว้นของกฎหมายนี้ แม้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณากฎที่ออก

---

[263] มาตรา 20 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

[264] มาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[265] บันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 838/2541

โดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ไม่มีการแบ่งแยกการกระทำของคณะรัฐมนตรีไว้ว่าการกระทำใดประเภทใดที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาได้[266]

นอกจากนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีบทบัญญัติที่ห้ามนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง[267] โดยเฉพาะในการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ[268] ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นกรณีที่มีความละเอียดอ่อนที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจและรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้ หลักการของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นสอดคล้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ให้การกระทำในทางนโยบายอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบในทางการเมือง

โดยสรุปภาพรวมในบทนี้ทำให้ทราบและเข้าใจหลักการของอำนาจอธิปไตยและองค์กรที่ใช้อำนาจอันก่อให้เกิดการกระทำของรัฐ โดยเฉพาะการกระทำทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและผลิตผลของการใช้อำนาจ ตลอดจนทำให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในเชิงที่มา และพัฒนาการของทฤษฎีแล้ว จึงจะทำการศึกษาทฤษฎีที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล ลักษณะและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล ในบทที่ 2 เป็นลำดับต่อไป เพื่อนำไปสู่การกำหนดนิยามและเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยที่ถูกต้องตามหลักการอย่างเหมาะสมต่อไป

---

[266] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายปกครอง,** หน้า 316.

[267] มาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[268] มาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

บทที่ 2

เกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล

ตามที่ได้ศึกษาในบทที่ 1 แล้วว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการได้ทั้งในฐานะรัฐบาลและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ผลการใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลเป็นการกระทำทางรัฐบาล การใช้อำนาจในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองเป็นการกระทำทางปกครอง การศึกษาการเกิดขึ้นของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส พัฒนาการของกระทำทางรัฐบาลในไทย และทฤษฎีที่มีลักษณะการจำกัดอำนาจศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำบางประเภทของสหรัฐอเมริกา อังกฤษ เยอรมนี และญี่ปุ่นแล้ว เพื่อให้เกิดความเข้าใจหลักการพิจารณากระทำทางรัฐบาลอย่างถ่องแท้ ในบทนี้จึงได้ศึกษาเกณฑ์ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากแนวคำวินิจฉัยของศาลและการอธิบายทางทฤษฎี ผลการศึกษาในส่วนนี้จะทำให้ได้ข้อสรุปถึงอำนาจอันเป็นฐานที่ก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาล และหาความชัดเจนว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะอย่างไร อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์ข้อพิจารณาแต่ละประเภทเพื่อเป็นฐานในการเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทย และการกำหนดกลไกตรวจสอบอย่างถูกต้องต่อไป

2.1 ข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล

จากการศึกษาการอธิบายถึงแนวทางในการกำหนดและพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหารที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส การกระทำตามหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ การกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น พบว่ามีทฤษฎีและแนวความเห็นหลายประการ ซึ่งผู้ศึกษาได้นำรายละเอียดต่าง ๆ มาจัดกลุ่มการนำเสนอ ซึ่งมีข้อพิจารณาจำนวน 3 ประการ ดังนี้ ข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางบริหาร ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจ และข้อพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ

2.1.1 ข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางบริหาร

ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลโดยใช้ข้อพิจารณาจากการกระทำของฝ่ายบริหารมุ่งศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งแบ่งออกเป็น การกระทำอันมีลักษณะเป็นงานทาง

การเมือง และการกระทำอันเกี่ยวกับงานประจำซึ่งไม่ใช่งานทางการเมือง เพื่อให้ทราบความแตกต่างของการกระทำในสองลักษณะนี้ และความเกี่ยวพันของการกระทำแต่ละประเภทที่มีต่อการกระทำทางรัฐบาล

2.1.1.1 การกระทำทางการเมือง

ในส่วนนี้ศึกษาทฤษฎีซึ่งนำเหตุผลในเรื่องทางการเมืองมาอธิบายทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลและทฤษฎีอื่นที่จำกัดอำนาจศาลในการพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหาร จากที่กล่าวมาแล้วว่าพัฒนาการทางทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส เกิดจากสภาแห่งรัฐนำเหตุผลเกี่ยวกับแรงจูงใจทางการเมืองมาใช้ปฏิเสธการตัดสินคดี เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารอันมีที่มาจากเหตุผลหรือแรงจูงใจทางการเมืองมีลักษณะแตกต่างจากการกระทำทางปกครอง ซึ่งภายหลังในคดีเจ้าชาย นโปเลียน สภาแห่งรัฐไม่ได้นำประเด็นการเมืองมาเป็นเหตุผลในการพิจารณาอำนาจการตัดสินคดีอันเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐบาล

อย่างไรก็ดีแม้มีการยกเลิกการใช้แรงจูงใจทางการเมืองในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล แต่มีทฤษฎีของกาเร เดอ มัลแบร์ กล่าวถึงแนวทางการใช้ลักษณะของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นเกณฑ์การพิจารณา[269] ตามทฤษฎีนี้เสนอแนวทางพิจารณาว่ากรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมืองส่วนกรณีที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นงานประจำ ดังนั้นการกระทำทางการเมืองและการกระทำที่เป็นงานประจำแตกต่างกัน

ในประเด็นการกระทำอันมีลักษณะเป็นงานทางการเมือง เป็นเหตุผลสำคัญที่ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการใช้อำนาจตุลาการในสิ่งที่เห็นว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับทางการเมืองอันเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเช่นกัน ตามที่ศึกษาทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาแล้วว่าประเด็นเกี่ยวกับการเมืองเป็นเรื่องที่ควรปล่อยให้องค์กรทางการเมืองอย่างฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติดำเนินการตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวเอง การอธิบายถึงปัญหาทางการเมืองดังกล่าว จัดเป็น “ปัญหาทางการเมืองพื้นฐาน” (Classic Doctrine) ที่มีฐานคิดอยู่กับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐในการจัดสรรให้การพิจารณาคดีความเป็นอำนาจของศาล แต่ในขณะเดียวกันจำเป็นต้องรักษาหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้ด้วย โดยศาลไม่ยุ่งเกี่ยวอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารอันจะเป็นการก้าวล่วง

---

[269] R. CARRÉ de MALERG, **Contribution à la théorie générale de l’Etat** (Tome I, Paris: Recueil Sirey, réimprimé par CNRS, 1962), pp. 523-548 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์**, หน้า 137-140.

บทบาทในทางการเมือง[270] ฉะนั้นปัญหาทางการเมืองพื้นฐานนี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ซึ่งศาลจะกันตัวเองออกจากการตัดสินคดี เพื่อไม่ให้กระทบอำนาจของฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ[271] เนื่องด้วยศาลไม่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหาร

แนวคิดปัญหาการเมืองพื้นฐานนี้สอดคล้องกับความเห็นของอเล็กซานเดอร์ แฮมิลตัน (Alexander Hamilton) นักปรัชญาการเมืองของสหรัฐอเมริกา ที่ยืนยันความสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ และเห็นว่านอกเหนือจากศาลจำเป็นต้องตรวจสอบการทำหน้าที่ขององค์กรรัฐ ตามหลักการถ่วงดุลอำนาจแล้วการตีความตัวบทกฎหมายว่าอะไรคือกฎหมาย หรือกฎหมายคืออะไร (“What the Law is”) เป็นสิ่งที่จำเป็นเช่นเดียวกันในฐานะที่ศาลเป็นสื่อกลางระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับประชาชน[272] แต่กระนั้นก็ดีการให้ความสำคัญกับอำนาจการตรวจสอบของศาลและการแบ่งแยกอำนาจอาจทำให้เกิดการขัดกันระหว่างการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำต่าง ๆ ขององค์กรรัฐกับการจำกัดอำนาจศาลตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา[273]

อย่างไรก็ดีในภายหลังผู้พิพากษาวิลเลียม โจเซฟ แบรนแนน (William Joseph Brennan) ให้เหตุผลถึงความจำเป็นที่ต้องมีการพิจารณาคดีของศาล (Judicial Review) แม้ว่าอาจก่อให้เกิดปัญหาความยุ่งยากในทางปฏิบัติ จึงปฏิเสธการนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้ในคดี โดยเห็นว่าทฤษฎีนี้จะนำมาใช้ได้เฉพาะเมื่อมีกรณีพิเศษ ด้วยเหตุนี้การที่ศาลจะนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้ได้หรือคดีอันเกี่ยวพันกับปัญหาในทางการเมืองต้องประกอบด้วยปัจจัยอย่างหนึ่งอย่างใดใน 6 ปัจจัย ดังนี้[274]

1. ตัวบทกฎหมายแสดงออกอย่างชัดเจนว่าประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นต้องให้องค์กรทางการเมืองเข้ามาแก้ไขปัญหา

2. ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นฝ่ายตุลาการขาดมาตรฐานที่จะนำไปใช้แก้ไขปัญหาได้

3. เป็นไปไม่ได้ที่ศาลจะตัดสินใจแก้ไขปัญหาได้โดยไม่ต้องกำหนดนโยบายเริ่มต้น ซึ่งหากมีกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการก้าวล่วงกิจการทางนโยบายที่อยู่นอกเหนืออำนาจของศาล

4. การที่ศาลใช้อำนาจในการตัดสินใจแก้ไขปัญหา เป็นไปได้ยากที่จะไม่แสดงถึงการไม่เคารพต่อองค์กรอื่นของรัฐ ถึงแม้ว่าศาลจะมีอิสระในการดำเนินการก็ตาม

---

[270] Michael P. Fix. And Krik A. Randazzo, *op. cit.*, p. 6.

[271] Jill Jaffe*, op. cit.*, p. 1037.

[272] *Ibid*., p. 1059.

[273] *Ibid*., p. 1037.

[274] Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

5. ปัญหาที่เกิดขึ้นได้มีการตัดสินใจทางการเมืองไปแล้ว ศาลจึงไม่มีความจำเป็นต้องเข้าไปเกี่ยวข้อง

6. การที่ศาลจะตัดสินประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจะทำให้หน่วยงานของรัฐเกิดความยุ่งยากหรือตะขิดตะขวงใจเนื่องจากมีความเห็นแตกต่างกันในประเด็นปัญหาเดียวกัน

การกำหนดปัจจัยในการพิจารณาปัญหาทางการเมืองข้างต้นนี้เป็นการรับรองอำนาจของศาลในการตัดสินว่าอะไรบ้างที่เป็นปัญหาในทางการเมือง[275] โดยการพิจารณาจากบทบาทหน้าที่ขององค์กรเป็นสำคัญ (The Functional Political Question Doctrine)[276] การวางกรอบทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของเบรนแนนใช้เฉพาะกรณี ไม่ได้ขึ้นอยู่กับประเด็นทางการเมืองเพียงอย่างเดียว ทั้งนี้ การจำกัดอำนาจของศาลพิจารณาจากเกณฑ์จากคำตัดสินในคดีต่าง ๆ ที่มีมาก่อน แต่ไม่ได้มีการตรวจสอบความเห็นทางวิชาการในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาในทางการเมือง นอกจากนี้ไม่มีการอธิบายถึงที่มาของหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้ในการตรวจสอบคดีที่แล้วมา แต่ในส่วนความสัมพันธ์ระหว่างทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความเห็นของเบรนแนน จุดมุ่งหมายของทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง คือ การสนับสนุนการดำรงอยู่ของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในคดีนี้ศาลได้ยอมรับว่าการปรับใช้ทฤษฎีปัญหาทางการเมืองได้ก่อให้เกิดความสับสนเป็นอย่างมากจึงจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี (Case by Case)[277] ในช่วงนี้แม้ว่ามีการวางกฎเกณฑ์จำนวน 6 ข้อในการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองก็ตาม แต่ในการนำมาใช้จำเป็นต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในแต่ละคดีเป็นสำคัญ

ภายหลังจากมีการอธิบายการเกิดขึ้นของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองพื้นฐานก่อให้เกิดความกังวลใจแก่ศาลในการตัดสินคดีเป็นอย่างมาก เนื่องจากหากศาลพิจารณาคดีโดยยึดทฤษฎีพื้นฐานอย่างเคร่งครัดอาจส่งผลให้เกิดความเปราะบางในการใช้อำนาจขององค์กรรัฐ[278] จึงได้มีการพัฒนาอีกแนวคิดหนึ่งขึ้นมา คือ หลักการพิจารณาคดีอย่างรอบคอบ (Prudential Doctrine) มีสาระสำคัญ ดังนี้ ตามที่ศาลมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ ทำให้ศาลต้องวินิจฉัยคดีภายใต้เงื่อนไขของตัวบทกฎหมายทุกกรณี การที่ศาลต้องยึด

---

[275] David M. O'Brien, **Storm Center: The Supreme Court in American Politics** (NewYork: W. W. Norton & Company, 2005), p. 178.

[276] Kristen L. Richer, "The Functional Political Question Doctrine and the Justiciability of Employee Tort Suits Against Military Service Contractors," **New York University Law Review** 85 (November 2010): 1694.

[277] Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

[278] Jesse H. Choper, *op. cit.*, p. 1477.

หลักกฎหมายดังกล่าวนี้เอง ทำให้ศาลพยายามหาแนวทางป้องกันการตัดสินที่อาจส่งผลกระทบต่อองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยอื่น จึงเกิดหลักการพิจารณาคดีอย่างรอบคอบ (Prudential Doctrine) ขึ้น ซึ่งมุ่งเน้นให้คำนึงถึงอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรเป็นสำคัญมากกว่าการยึดติดอยู่กับตัวบทกฎหมาย การพิจารณาคดีของศาลจะไม่ยึดเหนี่ยวหรือถูกบังคับด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ โดยเป็นแนวทางให้ศาลยึดมั่นอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนและส่งผลดีต่อการทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย[279] ดังนั้นเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นและในประเด็นนั้นศาลไม่อาจหาทางแก้ไขได้อย่างเหมาะสมเท่ากับให้องค์กรอื่นเป็นผู้ตัดสินใจ ศาลควรจำกัดตนเองจากประเด็นดังกล่าวเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจที่อยู่ในขอบเขตขององค์กรอื่น[280] หลักการพิจารณาคดีอย่างรอบคอบให้ความสำคัญกับอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร ซึ่งการกระทำที่อยู่ในขอบข่ายอำนาจของรัฐบาล องค์กรอื่นใดไม่อาจที่จะเข้าไปตัดสินใจได้ โดยมุ่งเน้นการพิจารณาประเด็นความเหมาะสมของแต่ละองค์กรมากยิ่งกว่าอำนาจของศาลตามกฎหมายเสียอีก สะท้อนให้เห็นถึงอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารในการดำเนินการภายในกรอบอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้เป็นอย่างดี

โดยที่หลักการพิจารณาคดีอย่างรอบคอบมีลักษณะที่ยืดหยุ่นมากกว่าการยึดติดอยู่กับหลักการของกฎหมาย โดยเน้นการนำไปใช้อย่างรอบคอบเป็นสำคัญ[281] จึงมีความเห็นทางทฤษฎีของอเล็กซานเดอร์ บิคเคล (Alexander Bickel) เสนอการปรับใช้หลักการพิจารณาอย่างรอบคอบในการจำกัดอำนาจการพิจารณาคดีของศาล ประกอบด้วยเกณฑ์ 4 ประการ ดังนี้

1. การแก้ไขปัญหามีความยุ่งยากซับซ้อนอันเกิดจากความไม่ชอบมาพากลของปัญหา
2. ปัญหาที่เกิดขึ้นอาจทำให้ขาดความสมดุลในการตัดสินคดีความ
3. ศาลวิตกกังวลเกี่ยวกับปัญหาที่เกิดขึ้นทำให้ศาลไม่รับตัดสินคดี
4. สถาบันที่มาจากการเลือกตั้งไม่มีความพร้อมในการแก้ไขปัญหา

กล่าวได้ว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา เป็นอีกบทบาทหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจ เปรียบเสมือนเครื่องมือที่ใช้ควบคุมหรือบังคับศาลโดยการจำกัดอำนาจการตัดสินข้อถกเถียงทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการแทรกแซงกิจการของรัฐบาล เนื่องจากนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินจะบรรลุผลสำเร็จได้จำเป็นต้องใช้กลยุทธ์ในการดำเนินงานด้วยการให้องค์กรทางการเมืองเข้ามาจัดการซึ่งเหมาะสมกว่าการให้ศาลเป็นผู้ดำเนินการ[282] การนำทฤษฎีปัญหาในทาง

---

[279] Luis Fuentes-Rohwer, *op. cit.*, p. 1913.

[280] Jill Jaffe, *op. cit.*, pp. 1037-1038.

[281] Alexander M. Bickel, **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics,** 2nd ed. (Bellevue: Yale University Press, 1986), pp. 125-126.

[282] Kristen L. Richer, *op. cit.*, pp. 1698-1699.

การเมืองมาใช้อยู่ที่การตอบคำถามในสองประเด็น ประเด็นแรก มีปัญหาช่องว่างของกฎหมายที่ต้องแก้ไขหรือไม่ และประเด็นที่สอง ศาลเป็นองค์กรที่สามารถเข้ามาแก้ไขปัญหาได้หรือไม่ ในที่นี้ทฤษฎีดังกล่าวจึงมีความสำคัญในการสร้างจุดสมดุลระหว่างความจำเป็นในการให้ศาลเข้ามาแทรกแซงการแก้ไขปัญหากับอุปสรรคที่อาจส่งผลต่อการพิจารณาของศาลและการตัดสินใจเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาคดีของศาล ย่อมทำให้มีการละเว้นการวินิจฉัยคดีที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้เป็นประเด็นการตัดสินขององค์กรอื่น ๆ ของรัฐมากกว่าศาล สรุปได้ว่าการให้องค์กรรัฐอื่นมีอำนาจตัดสินใจดังกล่าวนี้เป็นข้อผูกพันอย่างหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ การตัดสินใจของศาลอย่างเหมาะสมจะช่วยให้การละเว้นการพิจารณาคดีของศาลในคดีเกี่ยวกับปัญหาในทางการเมืองมีความชัดเจนมากขึ้น[283] ด้วยเหตุที่การนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาใช้เกิดจากแนวคำตัดสินคดีของศาลเป็นสำคัญ

ในทางทฤษฎีมีทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยมีความเห็นว่า ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทุกองค์กร การที่ศาลต้องลดบทบาทของตนเองโดยไม่วินิจฉัยการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง ส่งผลให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดกฎเกณฑ์การปฏิบัติและกำหนดให้ศาลเป็นองค์กรตรวจสอบไว้ไม่อาจนำมาใช้ได้จริง ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าถึงแม้ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับปัญหาในทางการเมือง แต่ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อรัฐธรรมนูญหรือทำให้รัฐธรรมนูญปราศจากความหมายแต่ประการใด ในทางตรงข้ามการให้ฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของศาล ไม่อาจทำให้การดำเนินการของฝ่ายบริหารมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญเท่ากับการให้ฝ่ายบริหารมีอิสระจากศาลในเรื่องที่เป็นประเด็นตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง[284] นอกจากนี้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมีความสัมพันธ์กับการเมืองศาลสูงสุดใช้กับทฤษฎีนี้เป็นเครื่องมือทางความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างของระบบการเมือง ศาลอาจตัดสินในทางขัดแย้งกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองแต่เป็นประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกากับหลักการตัดสินได้ (Justiciability Doctrines) อื่น ๆ เอื้อประโยชน์ทางเทคนิคให้ศาลละเว้นการตัดสินคดีที่ไม่รอบคอบ[285]

---

[283] Jill Jaffe, *op. cit.*, p. 1042.

[284] Jonathan R. Siegel, “Political Questions and Political Remedies,” **GWU Law School, Public Law** 93 (March 2004): 3-4.

[285] Mark V. Tushnet, “Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine,” **North Carolina Law Review** 80 (2002): 1203-1204.

จากที่ศึกษามาข้างต้นสรุปได้ว่าทฤษฎีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง ทฤษฎีที่ให้พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของกาเร เดอ มัลแบร์ของฝรั่งเศส ทฤษฎีปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ในการอธิบายการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล และการกระทำตามทฤษฎีปัญหาทางการเมืองมีการพิจารณาลักษณะเฉพาะของการกระทำของฝ่ายบริหารในทางการเมืองในทำนองเดียวกัน เนื่องจากทฤษฎีที่กล่าวมาล้วนแต่มีจุดเกี่ยวพันกับเรื่องทางการเมืองทั้งสิ้น ดังนั้นในกรณีปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำมีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง ศาลไม่อาจเข้ามาตรวจสอบการกระทำประเภทดังกล่าวได้

2.1.1.2 การกระทำอันเป็นงานประจำ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าในกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีการกระทำในลักษณะที่เป็นงานทางการเมือง ผลของการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้กระทำไปในฐานะเป็นรัฐบาล เมื่อองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีการกระทำที่ไม่ได้เกี่ยวกับงานทางการเมือง การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลและไม่ได้กระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล ในกรณีเช่นนี้ถือว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำไปในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้ลักษณะเป็นงานประจำ

การกระทำที่เป็นการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายหรือแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินถือว่าเป็นการกระทำทางการเมือง แต่เมื่อได้นโยบายหรือแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินเรียบร้อยแล้ว การกระทำต่าง ๆ ในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายหรือแนวทางที่กำหนดไว้เป็นการกระทำที่เป็นงานประจำ โดยสภาพและลักษณะของกิจการขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ได้แก่ “กิจการที่ปฏิบัติเป็นปกติธุระเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายที่รัฐบาลวางไว้เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในทางปฏิบัติมากมายหลายประการซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำอยู่เป็นประจำ”[286] โดยในการปฏิบัติหน้าที่อันเป็นงานประจำหรืองานที่เป็นปกติประจำวัน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะอาศัยกำลังคนและเครื่องมือในการปฏิบัติงานให้ลุล่วง[287] การอธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาลในแง่ของงานประจำสอดคล้องกับความเห็นของเรเน กาปิแตน (Réne Capitant) ที่กล่าวถึงลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลไว้ว่า สาเหตุที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำทางปกครอง เกิดจากการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำที่เป็นไปเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย[288] ซึ่งเป็นการนำนโยบายที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกำหนดขึ้นไปกระทำการให้เกิดผลเป็น

---

[286] ประยูร กาญจนดุล, **คำบรรยายกฎหมายปกครอง,** หน้า 31-32.

[287] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 30.

[288] Réne Capitant, **De la nature des acte de gouvernement, in Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière** (Paris: Dalloz, 1964), p. 111 quoted in Vonsy Moea,

รูปธรรมอันเป็นลักษณะของงานประจำที่ไม่ใช่งานทางการเมือง ในบริบทนี้เป็นการให้นิยามการกระทำทางรัฐบาลโดยพิจารณาว่าเป็นงานที่อยู่นอกเหนือจากลักษณะงานของฝ่ายปกครอง

สรุปได้ว่าการกระทำที่เป็นงานประจำเป็นการกระทำเพื่อให้การกระทำทางการเมืองบรรลุเป้าหมายที่วางไว้ แต่การแยกประเภทของลักษณะการกระทำโดยการพิจารณาว่าการกระทำใดของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางการเมืองหรือเป็นการกระทำที่เป็นงานประจำทำได้ยาก กล่าวได้ว่าการกระทำทั้งสองประเภทนี้มีลักษณะสัมพัทธ์กัน[289] เนื่องจากการใช้เกณฑ์การกระทำในทางการเมืองและการกระทำอันเป็นงานประจำ มีความไม่แน่นอนและอาจแปรผันตามงบประมาณแผ่นดินและความจำเป็น ซึ่งการกระทำอย่างหนึ่งในยุคสมัยหนึ่งอาจเป็นการกระทำทางการเมือง แต่ในอีกยุคสมัยหนึ่งอาจเป็นการกระทำอันเป็นงานประจำก็ได้ โดยในเวลาที่ประเทศไม่ได้ประสบปัญหาเรื่องงบประมาณการดำเนินการของฝ่ายบริหารในด้านต่าง ๆ อาจเป็นงานประจำได้ทั้งหมดเนื่องจากเมื่อประเทศมีงบประมาณเพียงพอต่อการดำเนินการ การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร จึงไม่จำเป็นต้องทำอย่างเข้มงวด แต่ในขณะที่ประเทศประสบปัญหาขาดแคลนงบประมาณการดำเนินการของฝ่ายบริหารย่อมต้องถูกตรวจสอบอย่างมากเพื่อไม่ให้มีการใช้จ่ายที่ไม่จำเป็น จึงมีแนวโน้มว่าการดำเนินการนั้นอาจถูกพิจารณาว่าเป็นเรื่องนโยบายหรือเรื่องทางการเมือง เพื่อให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบ นอกจากนี้จากความไม่แน่นอนของเกณฑ์นี้ทำให้กรณีที่ศาลไม่ต้องการตรวจสอบการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ศาลอาจอ้างได้ว่าการที่ไม่ตรวจสอบนั้นมีเหตุผลมาจากการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางการเมือง ทั้งนี้ลักษณะของงานทางการเมือง หมายถึง การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งตีความได้อย่างกว้างขวางว่าอะไรบ้างเป็นงานทางการเมือง ด้วยเหตุผลที่กล่าวนี้ในกรณีที่ศาลต้องการตรวจสอบศาลอาจอ้างได้ว่าการกระทำของฝ่ายบริหารนั้นเป็นงานประจำ

2.1.2 ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจ

ในส่วนนี้จะศึกษาทฤษฎีที่นำเสนอการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากลักษณะของอำนาจกระทำการ เพื่อให้เข้าใจว่าการใช้อำนาจที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นอำนาจที่มีลักษณะเช่นใดโดยทั่วไปการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ประกอบด้วย อำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ การใช้อำนาจ

L'arrêt Markovic contre Italie (CEDH, 14 décembre 2006) et la théorie française des actes de gouvernement, Retrieved September 22, 2015 from http://camlaw.rutger.edu/statecon/workshop11greece07/workshop5/Vonsy.pdf

[289] R. CARRÉ de MALERG, **Contribution à la théorie générale de l'tat,**. pp. 523-548 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์**, หน้า 137-140.

ทั้งสองประการมีความแตกต่างกัน การศึกษาอำนาจกระทำการจึงแบ่งหัวข้อศึกษาออกเป็น ลักษณะของการใช้อำนาจที่เป็นอำนาจผูกพันในการกระทำการ และลักษณะของการใช้อำนาจที่เป็นอำนาจดุลพินิจ มีรายละเอียดดังนี้

2.1.2.1 อำนาจดุลพินิจ

ในการอธิบายการกระทำทางรัฐบาลโดยการพิจารณาถึงลักษณะของอำนาจที่ใช้กระทำการ มีทฤษฎีของกาเร่ เดอ มัลแบร์ เสนอให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหารว่าอำนาจที่ใช้กระทำการนั้นเป็นอำนาจดุลพินิจ (Discretionary) หรือเป็นอำนาจผูกพัน (Bound Power) ความแตกต่างของอำนาจทั้งสองประการนี้ส่งผลต่อสถานะของการกระทำของฝ่ายบริหาร อธิบายได้ดังนี้ ในกรณีฝ่ายบริหารกระทำการที่เป็นอำนาจผูกพัน เป็นการกระทำที่ฝ่ายบริหารทำไปในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ในกรณีฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจดุลพินิจถือว่าฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล[290] เท่ากับว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจใช้อำนาจที่เป็นอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ทั้งอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพันต่างเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่อำนาจทั้งสองนี้มีลักษณะแตกต่างกัน ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ ฝ่ายบริหารมีอิสระในการวินิจฉัยและตัดสินใจว่าจะกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเกี่ยวกับกิจการของรัฐบาลที่จะปรากฏออกมาในรูปแบบของนโยบาย เพื่อกำหนดทิศทางการบริหารราชการแผ่นดินอันมีเป้าหมายเพื่อความมั่นคงปลอดภัย และพัฒนาศักยภาพของรัฐทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การศึกษา ฯลฯ แต่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวต้องอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญด้วย[291]

2.1.2.2 อำนาจผูกพัน

ในการใช้อำนาจผูกพันของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ต้องกระทำการเช่นนั้น ในการกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เนื่องมาจากฝ่ายบริหารเมื่อกระทำการในฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถือว่าเป็นฝ่ายปฏิบัติการ ซึ่งมีภาระหน้าที่ในการปฏิบัติการตามกฎหมายจึงไม่อาจที่จะปฏิเสธหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่อาจกระทำการเป็นอย่างอื่นได้ การที่ไม่อาจปฏิเสธกฎหมายได้เช่นนี้ แสดงถึงการที่บริหารถูกผูกพันโดยกฎหมาย และไม่อาจจะใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างใดได้ ในส่วนนี้สรุปได้ว่าอำนาจผูกพันที่นำไปสู่การดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครองและไม่อาจเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้

---

[290] *Ibid.*

[291] สมยศ เชื้อไทย, *เรื่องเดิม*, หน้า 222.

การพิจารณาลักษณะอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามแนวทางเช่นนี้ มีปัญหาอยู่ที่ในการกระทำของฝ่ายบริหารในรัฐเสรีประชาธิปไตย กฎหมายย่อมเป็นแหล่งที่มาของอำนาจและการใช้อำนาจ โดยส่วนใหญ่เป็นการใช้อำนาจผสมระหว่างอำนาจดุลพินิจกับอำนาจผูกพัน เนื่องจากการใช้อำนาจมีกระบวนการตัดสินใจหลายขั้นตอน อำนาจทั้งสองประการนี้ย่อมผสมผสานกันอยู่ในบรรดาการตัดสินใจของแต่ละขั้นตอน ดังนั้นลักษณะของอำนาจที่เป็นฐานของการกระทำการเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการนำมาสรุปว่า ผลของการกระทำอันเกิดจากอำนาจดุลพินิจจะมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป

2.1.3 ข้อพิจารณาแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ

การศึกษาข้อพิจารณาเกี่ยวกับฐานที่มาแห่งอำนาจกระทำการ มุ่งพิจารณาประเภทของกฎหมายที่นำไปสู่การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยการกระทำขององค์กรรัฐจะเกิดขึ้นได้ต้องมีกฎหมายรองรับ กฎหมายจึงเป็นทั้งที่มาของอำนาจกระทำการและการจำกัดการใช้อำนาจ ซึ่งกฎหมายที่ใช้ภายในรัฐนั้นมีหลายรูปแบบด้วยกัน ในส่วนนี้ได้แบ่งการศึกษาออกเป็นเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และฐานที่มาของอำนาจตามกฎหมายซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ เพื่อศึกษาและเปรียบเทียบว่าการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกับใช้อำนาจตามกฎหมายอื่นที่ไม่ใช่รัฐธรรมนูญ ผลของการใช้อำนาจทั้งสองประการดังกล่าวมีสถานะที่เหมือนหรือต่างกันอย่างไรและมีความเกี่ยวพันกับการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ อย่างไร

2.1.3.1 อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

การพิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจจากฐานของกฎหมายนั้นมีทฤษฎีที่เสนอให้พิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำการแก่ฝ่ายบริหาร ด้วยการเสนอแนวทางพิจารณาแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการ เนื่องจากฝ่ายบริหารสามารถกระทำการได้ตามกฎหมายหลายฉบับ ทั้งการอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติได้เช่นกัน ตามทฤษฎีนี้กาเร เดอ มัลแบร์ ได้อธิบายไว้ว่า “การแยกอำนาจทางบริหารออกเป็นอำนาจทางรัฐบาลกับอำนาจทางปกครอง เป็นผลสืบเนื่องมาจากการที่ทฤษฎีและระบบกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐมีศักดิ์หรือค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น”[292]

---

[292] R. CARRÉ de MALBERG, **Contribution à la théorie générale de l’État** (Tome I, Paris: Recueil Sirey, réimprimé par CNRS, 1962), pp. 523-548 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การ**

จากหลักการข้างต้นเป็นการพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยใช้ลำดับศักดิ์ของกฎหมายเป็นเกณฑ์แบ่งแยกประเภทของการใช้อำนาจ[293] การกระทำของฝ่ายบริหารที่อาศัยแหล่งที่มาของอำนาจจากรัฐธรรมนูญ อำนาจตามรูปแบบนี้เป็นอำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจทางรัฐบาล ผลของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล กล่าวอีกนัยหนึ่งการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลจากการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ[294] อำนาจในการก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรงในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุดในการกำหนดหลักเกณฑ์โครงสร้างและกำหนดกรอบความเป็นไปของบ้านเมือง เช่น การที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งบุคคลเป็นรัฐมนตรี หรือให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไม่ใช่อำนาจทางปกครองเนื่องจากเป็นอำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง แต่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

นอกจากนี้ในประเด็นลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลที่อ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญในฝรั่งเศสมีการเสนอความเห็นของ Jacques Puisoye ว่าการกระทำทางรัฐบาลจัดเป็นการกระทำตามรัฐธรรมนูญ (les actes tournés vers l'ordre constitutionnel) มีลักษณะทำนองเดียวกับความเห็นของ Élise CARPENTIER นักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส ที่เสนอว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (acte constitutionnel institutionnel)[295] โดยได้อธิบายเหตุผลตามองค์ประกอบ 3 ประการ ดังนี้[296] ผู้กระทำการ ที่มาของอำนาจ และลักษณะพิเศษของอำนาจ ประการแรก ผู้กระทำการ หมายถึง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นผู้กระทำการในการกระทำทางรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง ที่มาของอำนาจ การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมาจากรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ ประการสุดท้าย ลักษณะพิเศษของอำนาจ หมายถึง อำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เทียบเท่ารัฐธรรมนูญมีลักษณะ

เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง, หน้า 6-7.

[293] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์**, หน้า 7.

[294] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง,** หน้า 7.

[295] วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 499.

[296] Élise CARPENTIER, **L’acte de gouvernement n’est pas insaisissable** (Paris: Dalloz, 2006), pp. 661-677 อ้างถึงใน วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 507-508.

เป็นอำนาจเฉพาะเจาะจง ดังนั้นเมื่อฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญ และการกระทำของฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจอย่างเจาะจง เนื่องด้วยอำนาจที่ได้รับมานี้ ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจได้เอง ไม่จำเป็นต้องขึ้นอยู่กับอำนาจขององค์กรอื่น ซึ่งการกระทำเกือบทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญนี้จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ในประเด็นของการพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารว่าเป็นกฎหมายในลำดับชั้นใดนั้น ถ้าเป็นกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญการกระทำของฝ่ายบริหารจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล นับว่าเป็นการอธิบายที่สมเหตุสมผลเพราะหากไม่คำนึงว่าฝ่ายบริหารอาศัยอำนาจตามกฎหมายจากแหล่งใดแล้ว การกระทำทุกชนิดของฝ่ายบริหารย่อมอยู่ภายใต้กลไกการตรวจสอบที่เหมือนกัน จึงไม่มีความจำเป็นในการแยกแยะความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละลำดับชั้น และแยกการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารออกเป็นการใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองอันก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง

ในการอธิบายการกระทำทางรัฐบาลที่อ้างอิงกฎหมายรัฐธรรมนูญนั้น ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาได้มีการอธิบายถึงรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน[297] โดยทฤษฎีนี้เกี่ยวพันกับหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นการมุ่งเน้นบทบาทหน้าที่ของแต่ละองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ จุดมุ่งหมายของทฤษฎีนี้ต้องการให้องค์กรทางการเมืองทำหน้าที่แก้ไขปัญหาที่โดยธรรมชาติมีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง โดยศาลไม่ใช้อำนาจในการวินิจฉัยคดีนั้น เนื่องจากองค์กรบริหารและองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรทางการเมืองเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองนั้น ๆ การที่ศาลจะเข้าไปมีบทบาทในการตัดสินปัญหาที่อยู่ในอำนาจขององค์กรอื่นย่อมไม่สมควร เนื่องจากหากศาลทำเช่นนั้นจะเป็นการก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่น

การที่ศาลยึดมั่นอยู่กับอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรดังกล่าว ด้วยการกันศาลออกไปจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน โดยที่รัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดหลักการแบ่งแยกอำนาจ และกำหนดตัวองค์กรในการใช้อำนาจ รวมทั้งกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กร เพราะฉะนั้นการที่ศาลไม่มีอำนาจรับตัดสินคดีความที่เป็นอำนาจขององค์กรอื่นอย่างองค์กรทางการเมืองนั้น จำเป็นต้องพิจารณาจากรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

จากที่กล่าวมานี้จึงสรุปได้ว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกามีรากฐานมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับฝรั่งเศส เพียงแต่มีวิธีการอธิบายทฤษฎีที่แตกต่างกัน การใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสเน้นการพิจารณาถึงแหล่งที่มาของอำนาจว่าการใช้

---

[297] ดูรายละเอียดเรื่อง พัฒนาการของทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง หน้า 60

อำนาจของฝ่ายบริหารมาจากกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญการใช้อำนาจดังกล่าวมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ถ้าไม่ใช่กฎหมายรัฐธรรมนูญการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง แต่ในสหรัฐอเมริกาได้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นเกณฑ์แบ่งอำนาจหน้าที่ขององค์กรรัฐ หากปรากฏว่าการกระทำอย่างใด ๆ รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาล เท่ากับศาลไม่ใช่องค์กรในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น เนื่องด้วยเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

2.1.3.2 อำนาจตามกฎหมาย

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าในกรณีฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล การกระทำดังกล่าวจึงเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล เมื่อมีการแยกฐานที่มาของกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้กระทำการ ดังนั้นการใช้อำนาจอีกส่วนหนึ่งที่ฝ่ายบริหารได้กระทำไปโดยอาศัยอาศัยแหล่งที่มาจากกฎหมายที่ไม่ใช่รัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติอย่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชกำหนด ไม่รวมกฎหมายในลำดับชั้นอื่นจัดเป็นอำนาจบริหารตามกฎหมายอันเป็นอำนาจทางปกครอง เป็นกรณีฝ่ายบริหารกระทำไปในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง[298] การกระทำทางปกครองจึงเป็นผลจากการใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ฉะนั้นผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองก็คือการกระทำทางปกครอง เช่น มติคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และมติให้พ้นบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการในคณะกรรมการดังกล่าวออกจากตำแหน่ง เป็นคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุที่คณะรัฐมนตรีได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[299]

การอธิบายการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองบนพื้นฐานของกฎหมายที่ให้อำนาจซึ่งมีความแตกต่างกันเช่นนี้ เนื่องจากกฎหมายรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายต่างลำดับชั้นกัน รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศมีค่าบังคับเหนือกฎหมายอื่นทั้งปวง ในส่วนของพระราชบัญญัติแม้เป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน แต่อยู่ในลำดับชั้นที่ถัดลงมาจากรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาสถานะขององค์กรของฝ่ายบริหารในแง่ของบทบาทหน้าที่ เห็นได้ว่ามี

---

[298] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์**, หน้า 6.

[299] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,** หน้า 7.

ความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นเหตุผลที่นำมาอธิบายความแตกต่างของการกระทำของฝ่ายบริหารที่อาศัยกฎหมายคนละฉบับกัน

ฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลเป็นองค์กรในการใช้อำนาจบริหาร ซึ่งอำนาจบริหารนี้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในการวางโครงสร้างการใช้อำนาจรัฐและองค์กรรัฐ โดยเมื่อรัฐบาลได้รับการก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจของรัฐบาลจึงเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นสถานะหนึ่งของฝ่ายบริหารและถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เป็นกลไกในการขับเคลื่อนการทำงานของรัฐบาลมีการกำหนดรายละเอียดไว้ในพระราชบัญญัติแต่ละฉบับเป็นสำคัญ การใช้อำนาจหรือการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจึงเป็นไปตามพระราชบัญญัติไม่ใช่กฎหมายรัฐธรรมนูญ

2.2 การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาแนวคำวินิจฉัยศาลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส หลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ การกระทำที่เป็นปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และการกระทำทางรัฐบาลของไทย โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 หัวข้อ ได้แก่ การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำของฝ่ายบริหารด้านความมั่นคง และการกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย เพื่อให้ได้ข้อสรุปเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลตามคำวินิจฉัยของศาล และในแต่ละหัวข้อผู้ศึกษาจะนำคำวินิจฉัยของศาลไทยที่มีประเด็นสำคัญและน่าสนใจมาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อค้นหาว่าคำวินิจฉัยของศาลไทยสอดคล้องกับข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ หรือไม่อย่างไร ซึ่งการนำเสนอเนื้อหาในส่วนนี้ เริ่มจากการศึกษาข้อเท็จจริงของคดี คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาล และส่วนท้ายเป็นการวิเคราะห์ของผู้ศึกษา

2.2.1 การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาคำวินิจฉัยของศาลที่นำเหตุผลของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารมาใช้ปฏิเสธการพิจารณาคดี

การใช้อำนาจของประธานาธิบดีฝรั่งเศสตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้มาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการต่อสถานการณ์ที่มีการคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วนต่อสถาบันต่าง ๆ ของสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตาม

พันธกรณีระหว่างประเทศไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาคดีของศาล เช่น ในคดี Rubin de servant[300] มีข้อเท็จจริง ดังนี้ ในปี ค.ศ. 1961 ได้มีการพยายามรัฐประหารเกิดขึ้นในแอลจีเรีย (ซึ่งเป็นประเทศอาณานิคมของฝรั่งเศสในขณะนั้น) ในช่วงระยะเวลาดังกล่าวมีการตัดสินใจของประธานาธิบดีฝรั่งเศสจำนวนมากที่ทำโดยอาศัยมาตรานี้ ในวันที่ 3 พฤษภาคม มีคำสั่งจัดตั้งศาลทหารพิเศษทำหน้าที่พิจารณาความผิดต่อความมั่นคงของชาติ และความผิดต่อวินัยทหาร โดย Rubin de servens, Sabouret และ Garat de Nedde et Dupont ถูกศาลทหารพิพากษาลงโทษ พวกเขาได้ต่อสู้ 3 ประการ ประการแรก คำสั่งของประธานาธิบดีไม่เข้าเงื่อนไขมาตรา 16 คำสั่งจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประการที่สอง การดำเนินคดีในศาลขัดต่อกระบวนการพิจารณาคดีอาญาโดยทั่วไป และประการสุดท้าย คำสั่งที่ออกมานั้นขัดกับหลักกฎหมายอาญาที่ว่ากฎหมายไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง

ในคดีนี้สภาแห่งรัฐพิจารณาว่าการออกคำสั่งของประธานาธิบดีกระทำโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 เป็นมาตรการที่จำเป็นแก่สถานการณ์ที่เกิดขึ้น และการใช้อำนาจนิติบัญญัติตามมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ การตัดสินใจของประธานาธิบดีจึงไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย คำวินิจฉัยข้างต้นนี้สภาแห่งรัฐวางหลักการพิจารณาคดีไว้ชัดเจนว่าการใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญอยู่นอกอำนาจวินิจฉัยคดี

แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยที่วางหลักการจำกัดอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยการให้เหตุผลว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย ศาลไม่รับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณา โดยการที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใด หรือในเรื่องหนึ่งเรื่องใดต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่และเมื่อใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้แถลงไว้ต่อฝ่ายนิติบัญญัติและเป็นเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีต่อองค์กรดังกล่าว และเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่จะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ ดังนั้นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. .... จึงไม่ใช่เรื่องของการกระทำทางปกครอง เนื่องจาก

---

[300] C.E., Rubin de Servens, 2 มีนาคม 1962; Tim Koopmans, **Courts and Political Institutions: A Comparative View** (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 102.

เป็นเรื่องของการดำเนินการเพื่อที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ[301] คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

นอกจากคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวแล้ว มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมายในทำนองเดียวกัน โดยศาลปกครองจำกัดอำนาจการพิจารณาคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการออกหรือไม่ออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยศาลให้เหตุผล ดังนี้[302]

> การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการตราพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อเวนคืนที่ดินของ ผู้ฟ้องคดีนั้น คำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวเป็นการขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ฝ่ายบริหารเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา ซึ่งในการเสนอร่างพระราชบัญญัติเป็นอำนาจโดยเฉพาะของคณะรัฐมนตรีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลจึงไม่อาจกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้

ในกรณีเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติ[303] ศาลไม่วินิจฉัยคดีเช่นกัน มีเหตุผลมาจากการที่คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการของร่างกฎหมายดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549[304] และวินิจฉัยต่อไปว่าไม่ใช่

---

[301] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550

[302] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546

[303] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2551 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน โดยศาลเห็นว่าการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติใดถือเป็นขั้นตอนหนึ่งในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาและเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมากำหนดให้คณะรัฐมนตรี เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง

[304] ในกรณีแม้คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวก็ตาม แต่คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดนี้เป็นการยืนยันว่าการใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีอนุมัติหรือไม่อนุมัติหลักการของร่างพระราชบัญญัติ เป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องที่นอกอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

การใช้อำนาจทางบริหารตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ นอกจากนี้ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบและสั่งการให้ยกร่างกฎหมายด้วยเช่นกัน[305] ในการให้ความเห็นชอบและการสั่งการนั้นไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองอันจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีเป็นขั้นตอนการดำเนินการเตรียมการเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งร่างพระราชบัญญัติ

ในการยุบสภาผู้แทนราษฎรศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัย ดังนี้ กรณีการยุบสภาไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และแม้ว่าศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ในกรณีนี้เห็นว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงไม่ได้ใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้นพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 มิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้[306]

นอกจากนี้มีแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองจากกรณีมีผู้ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) ศาลปกครองปกครองกลางมีคำสั่งไม่รับฟ้อง ซึ่งต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลพิพากษายืนตามศาลปกครองกลาง[307] โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจของรัฐบาลมีทั้งการใช้อำนาจทางปกครองกับการใช้อำนาจทางบริหาร เหตุผลในคำวินิจฉัยข้างต้นปรากฏชัดว่าศาลได้อธิบายข้อแตกต่างของการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การออกกฎ

---

[305] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2546

[306] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3 /2549

[307] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 โปรดดูรายละเอียดในหน้า 69-70

คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้นมีความแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ

ในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักทางกฎหมายไว้ว่า รัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางบริหารมีกฎหมายที่ให้อำนาจแก่รัฐบาลทั้งที่เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กรณีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เป็นคนละกรณีกับการใช้อำนาจในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ต่างจากการกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีรัฐบาลใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติเท่ากับใช้อำนาจในฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นสืบเนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าว ย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ. 2551 ได้มีการฟ้องคดีปกครองสืบเนื่องจากรัฐบาลได้มีมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา (Joint Communique) และรัฐมนตรีต่างประเทศลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมฉบับดังกล่าว ศาลปกครองกลางมีคำสั่งในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2551[308] คุ้มครองชั่วคราวห้ามคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศดำเนินการใด ๆ ในเรื่องที่ถูกฟ้องคดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น คำแถลงการณ์ร่วมฉบับดังกล่าวจึงใช้บังคับไม่ได้จนกว่าศาลปกครองกลางจะมีคำพิพากษาในเรื่องนี้ ต่อมาในวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2552 ศาลปกครองกลางได้มีคำตัดสินให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาและให้คงคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวไว้ให้มีผลต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด

กรณีนี้ศาลปกครองมีความเห็นว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยศาลอธิบายว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด มีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ดังนั้นคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรณีดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

จากปัญหาคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ไม่สอดคล้องกันข้างต้น ในส่วนนี้จะเป็นการศึกษาวิเคราะห์คดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

---

[308] คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551

ข้อเท็จจริงในคดีมีดังนี้ ในปี พ.ศ. 2551 รัฐบาลของนายสมัคร สุนทรเวช คณะผู้แทนไทย กัมพูชา และผู้แทนจากองค์การยูเนสโกได้ประชุมร่วมกันที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส เพื่อหาทางออกในกรณีที่กัมพูชาเสนอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกโดยแนบแผนที่บางส่วนเข้ามาในพื้นที่ทับซ้อนที่ทั้งประเทศไทยและกัมพูชาต่างอ้างสิทธิกันอยู่ จนกระทั่งได้นำไปสู่การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา (Joint Communique) เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก[309] และได้มีการลงนามย่อ (initial) กำกับร่างแถลงการณ์ร่วม ซึ่งต่อมาสภาความมั่นคงแห่งชาติ และคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบ ต่อมาหลังจากรัฐมนตรีกระทรวงต่างประเทศลงนามในคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ได้มีกลุ่มบุคคลยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบคำแถลงการณ์ร่วม เพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของไทยยุติความผูกพันตามคำแถลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก

ศาลปกครองกลางมีคำวินิจฉัยว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ เป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ศาลเห็นว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด มีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ดังนั้นคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศจึงมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรณีดังกล่าวจึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา จึงมีคำสั่งห้ามมิให้ดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติคณะรัฐมนตรี และศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองกลางในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราว[310] และในภายหลังศาลปกครองกลางเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา พร้อมทั้งมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด

จากข้อเท็จจริงในคดีและคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี กำหนดว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงคราม ทำสนธิสัญญากับต่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ ดังนั้นพระมหากษัตริย์จึงไม่ได้ใช้อำนาจด้วยตนเองแต่เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นการที่ฝ่ายบริหารทำความตกลงกับต่างประเทศไม่ว่าในกรณีใดก็ตามล้วนเป็นการกระทำที่อาศัยแหล่งที่มาของอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

---

[309] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แฉเอกสาร "ลับที่สุด" ปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551,** หน้า 40.

[310] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

ในหมวดนี้เช่นเดียวกัน การที่ศาลปกครองได้ให้เหตุผลตอนหนึ่งว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินนั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจะเห็นได้ว่ามีการกล่าวถึงเฉพาะนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ปลัดกระทรวง อธิบดี ไม่มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงคณะรัฐมนตรีไว้โดยเฉพาะ มีเพียงส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพ้นจากตำแหน่งของคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ หากนายกรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่งจากการตายหรือการขาดคุณสมบัติ ในกรณีดังกล่าวให้คณะรัฐมนตรีมีมติให้รัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งเป็นผู้รักษาการ ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้ไม่มีสาระสำคัญที่กล่าวถึงคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด เนื่องด้วยคณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นผู้บังคับบัญชากระทรวง จากเหตุผลที่กล่าวมานี้การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่มีมติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศไปทำคำแถลงการณ์ร่วมกับกัมพูชา จึงไม่ได้เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินแต่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในหมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี

2.2.2 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ

ในการใช้อำนาจบริหารฝ่ายบริหารมีอำนาจตัดสินใจกระทำการที่มีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ลักษณะการดำเนินการเช่นนี้เป็นการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจฝ่ายบริหารแต่อำนาจนั้นเกี่ยวพันกับการดำเนินการทางนิติบัญญัติ

ในฝรั่งเศสสามารถจัดประเภทของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติได้ ดังนี้

1. การตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ

ในกระบวนการตัดสินใจของรัฐบาลเกี่ยวกับการกฎหมายตั้งแต่ขั้นตอนเริ่มต้นจนกระทั่งการประกาศใช้กฎหมาย เป็นการกระทำที่ศาลไม่รับพิจารณาคดี ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐพบว่าสภาแห่งรัฐจำกัดอำนาจของตนในการการกระทำของรัฐบาลที่ปฏิเสธไม่ยื่นร่างกฎหมายให้แก่รัฐสภา[311] การตัดสินใจของรัฐบาลเกี่ยวกับการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาหรือการถอนร่างกฎหมาย[312] และในการออกรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้กฎหมายสภาแห่งรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่อยู่

---

[311] C.E., Sect., Rouché, 18 กรกฎาคม 1930; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 85.

[312] C.E., Tallagrand., 29 พฤศจิกายน 1968; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แฉเอกสาร "ลับที่สุด" ปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551,** หน้า 350.; C.E., Ass. Compagnie Maeseillaise Navigation à Vapeur Fraissinet, 19 มกราคม 1934; Marceau Long, Prosper Weil, Pierre Delvolvé and Bruno Genevois, **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,** 17 édition (Paris: Dalloz, 2009), p. 18.

ในอำนาจพิจารณาด้วยเช่นกัน[313] รวมถึงกรณีมีการฟ้องร้องรัฐบาลในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรับร่างพระราชบัญญัติ เนื่องจากรัฐบาลไม่ดำเนินการเพื่อให้การรับร่างพระราชบัญญัติทำได้รวดเร็วขึ้น ส่งผลให้ร่างกฎหมายประกาศใช้ได้อย่างล่าช้า[314] การอภิปรายและให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างกฎหมาย ซึ่งการกระทำในลักษณะที่กล่าวมานี้เป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับการนิติบัญญัติจึงไม่สามารถนำการตรวจสอบโดยกฎหมายมาใช้ได้[315] นอกจากนี้การกระทำของรัฐบาลที่สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจตรวจสอบรวมถึงการที่นายกรัฐมนตรีปฏิเสธการริเริ่มการแก้ไขรัฐธรรมนูญ[316] การปฏิเสธของนายกรัฐมนตรีในกรณีที่มีการอุทธรณ์ฉุกเฉินให้ส่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไปยังสภารัฐธรรมนูญ[317]

2. การตัดสินใจของประธานาธิบดีซึ่งส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์กับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

คดีเกี่ยวกับการฟ้องขอให้ยกเลิกการกระทำของประธานาธิบดีอันเนื่องมาจากออกคำสั่งให้จัดทำประชามติในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาว่าด้วยธรรมนูญแห่งยุโรป[318] สภาแห่งรัฐชี้ว่าการออกคำสั่งดังกล่าวเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาตามความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐสภากับประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ ซึ่งต่างเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหมือนกัน สภาแห่งรัฐจึงไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของความสัมพันธ์ระหว่างกันขององค์กรดังกล่าว การที่รัฐบาลออกพระราชกำหนดเกี่ยวกับการส่งร่างกฎหมายไปให้ประชาชนทำประชามติ[319] การออกรัฐกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร[320] การกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของการเปิดปิดสมัยประชุมรัฐสภา[321] การที่ประธานาธิบดีต้องการที่เสนอร่างกฎหมายในการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา[322] และการใช้อำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี ในหัวข้อ 2.2.1 การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนลักษณะของการกระทำของการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ กล่าวได้ว่าเป็นการกระทำของ

---

[313] C.E., Sect. Desreumeaux., 3 พฤศจิกายน 1933; Marceau Long et al., *op. cit.* p. 18.

[314] C.E., Societe I' Alfa, 25 มกราคม 1947; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 85.

[315] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 120.

[316] C.E., Allain, 26 กุมภาพันธ์ 1992; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 18.

[317] C.E., Meyet et Bouget, 9 ตุลาคม 2002; *Ibid.,* p. 18.

[318] C.E., Hoffer, 22 กุมภาพันธ์ 2005; Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.* p. 120.

[319] C.E., Ass. Brocas, 19 ตุลาคม 1962; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 19.

[320] C.E., Allain, 20 กุมภาพันธ์ 1989; *Ibid.,* p. 19.

[321] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.* p. 120.

[322] C.E., Hoffer, 23 กุมภาพันธ์ 2005; *Ibid*., p. 120

ฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการใช้มาตรการที่จำเป็นในการดำเนินการกับสถานการณ์ที่มีการคุกคามอย่างร้ายแรง เป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์กับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลจึงปฏิเสธการวินิจฉัยคดีดังกล่าว

3. การตัดสินใจของรัฐบาลที่เป็นเพียงการตัดสินใจเบื้องต้นของรัฐสภา

การดำเนินการในกระบวนการทั้งหลายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เช่น การวางกฎระเบียบในการเลือกตั้ง[323] การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง[324] การออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อเรียกประชุมองค์กรที่มีหน้าที่ดูแลความเรียบร้อยของการเลือกตั้ง[325] รวมตลอดถึงกรณีที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับการแต่งตั้งสมาชิกคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ สภาแห่งรัฐไม่รับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณา[326]

ในส่วนของอังกฤษประเด็นเกี่ยวกับการเมืองภายในทั้งการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ศาลไม่เข้ามาพิจารณาคดีเช่นกัน แต่เหตุผลของการไม่รับพิจารณาคดี ศาลไม่ได้อ้างถึงหลักการกระทำของรัฐเหมือนกับที่สหรัฐอเมริกาอ้างทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง หรือฝรั่งเศสและไทยอ้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยศาลให้เหตุผลในเรื่องธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the Constitution) เช่น การเปิดและปิดสมัยประชุม การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี การออกกฎหมายของรัฐสภา ซึ่งล้วนแต่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล[327] ในการให้เหตุผลของศาลเกี่ยวกับกระบวนการทางรัฐสภาแสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างหลักการตัดสินได้ (Theory of Justiciability) และหลักการจำกัดอำนาจศาล (Judicial Self-Restraint) โดยปกติแล้วการกระทำทางรัฐสภาเป็นอำนาจการตัดสินใจของรัฐสภา ซึ่งรัฐสภามีอิสระในการดำเนินการ แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจศาลเกี่ยวกับกระบวนการทางรัฐสภานี้เกิดขึ้นในอังกฤษสมัยยุคกลางที่ให้การกระทำในกระบวนการทางรัฐสภาเป็นอิสระจากการควบคุมตรวจสอบโดยทางศาลและกษัตริย์ เมื่อรัฐสภาเป็นอิสระจากสถาบันกษัตริย์ทำให้เกิดความเป็นปฏิปักษ์ต่อกันระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภา เนื่องจากความเป็นอิสระของรัฐสภาทำให้อำนาจของกษัตริย์ถูกลดบทบาทลง ในปี ค.ศ. 1688 เกิดการปฏิวัติที่รุ่งโรจน์ ก่อให้เกิดพระราชบัญญัติประกาศกำหนดสิทธิและเสรีภาพของคนในบังคับและการสืบราชสมบัติของพระมหากษัตริย์ อันแสดงถึงการเปลี่ยนแปลงจากเดิมที่อำนาจการทำสงครามอยู่ที่กษัตริย์มาเป็นของรัฐสภา โดยการกำหนดว่ากระบวนการใด ๆ ทางรัฐสภาไม่อาจถูกตั้งคำถามโดยศาลหรือ

---

[323] C.E., Tixcier, 2 พฤศจิกายน 1951; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม,* หน้า 86.

[324] C.E., Maitre, 6 เมษายน 1962; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 86.

[325] C.E., Ass. Hirschowitz. 8 มิถุนายน 1951; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 19.

[326] C.E., Ass. Mme Ba, AJDA. 9 เมษายน 1999; Ildikó Marosi and Lóránt Csinkt, *op. cit.*, p. 120.

[327] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**, หน้า 182.

องค์กรนอกรัฐสภาได้ ตัวอย่างที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบเรื่องทางรัฐสภา คือ การที่ศาลอธิบายว่าสภาไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ แม้ว่าอาจมีความผิดพลาดเกิดขึ้นก็ตาม[328] และถึงแม้ข้อพิจารณาของศาลอังกฤษแตกต่างจากศาลของประเทศอื่นก็ตาม แต่ผลที่เกิดขึ้นเหมือนกัน คือ ศาลจำกัดอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับงานของทางรัฐสภา

การศึกษาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำที่ศาลไทยไม่เข้าไปตรวจสอบนั้น เมื่อพิจารณาในส่วนเนื้อหาของการกระทำ มีลักษณะเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ในกรณีนี้เป็นเรื่องที่องค์ของรัฐฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา

การใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนด เป็นเรื่องการดำเนินการทางนโยบายที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา[329] ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันอาจจะหลีกเลี่ยงหรือมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ เนื่องจากเป็นดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาถึงความเร่งด่วนฉุกเฉิน เป็นการดำเนินการทางนโยบายที่คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ดังนั้นจึงเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาที่จะต้องตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามหลักการคานและถ่วงดุลอำนาจระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรี แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาถึงเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดว่าเป็นการตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้วินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 219 ซึ่งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาว่าพระราชกำหนดได้ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะอันเป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่ง หรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการพิจารณาว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามมาตรา 218 วรรคสองหรือไม่ เนื่องจากมาตรา 219 กำหนดไว้ชัดเจนว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้เฉพาะเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 218 วรรคหนึ่งเท่านั้น แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาว่าการ

---

[328] Bradlaugh v. Gosset.12 Q.B.D. 271, 1883-1884

[329] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546

ตราพระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยเงื่อนไขของการตราพระราชกำหนดว่าเป็นหรือไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และประเด็นปัญหาว่าการตรานั้นเป็นกรณีฉุกเฉินที่จำเป็นรีบด่วนอันอาจหลีกเลี่ยงหรือมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ โดยเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดได้กำหนดไว้ในมาตรา 184 วรรคหนึ่ง ส่วนในวรรคสองของมาตรานี้กำหนดให้ตราพระราชกำหนดได้เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ดีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กลับไปใช้หลักการเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยมาตรา 173 วรรคหนึ่ง มีหลักการว่าก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดใด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อส่งไปยังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ซึ่งในมาตราดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดว่าต้องเป็นการตราเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดเท่านั้น ศาลจึงไม่อาจวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ เนื่องจากเหตุเรื่องฉุกเฉินดังกล่าวนี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 172 วรรคสอง ซึ่งมาตรา 173 ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยพระราชกำหนดตามมาตรา 172 วรรคสองไว้[330]

ในการยุบสภาผู้แทนราษฎร ตามที่ศึกษาในหัวข้อ 2.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองได้วางแนวคำวินิจฉัยไว้ว่าการยุบสภาเป็นการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวนี้ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำของการยุบสภาผู้แทนราษฎร ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้ด้วยว่าเป็นกลไกการดำเนินการของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการยุบสภาอยู่นอกเหนืออำนาจพิจารณาคดีของศาลเช่นกัน โดยศาลวินิจฉัยว่าการยุบสภาทำโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งไม่อยู่ภายใต้การ

---

[330] มาตรา 173 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล[331] มีข้อสังเกตว่าศาลให้เหตุผลว่าการยุบสภาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นตามระบบรัฐสภา ซึ่งการจะใช้อำนาจดังกล่าวนี้หรือไม่เป็นดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้มีข้อสังเกตจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521 ที่ศาลตัดสินไม่รับฟ้องคดีจากการที่นายกรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน 2519 การไม่รับฟ้องนี้ศาลให้เหตุผลว่าเนื่องจากคณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สภาปฏิรูปการปกครองฯ และคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลง และได้ใช้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2520 แล้ว คำฟ้องจึงไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับคดีได้ ซึ่งการตัดสินคดีนี้ไม่ได้วินิจฉัยจากลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำของฝ่ายบริหาร

ตามที่ศึกษามาแล้วว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองต่างไม่รับพิจารณาคดีเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร มีเพียงคำพิพากษาฎีกานี้ที่ศาลหยิบยกสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญในขณะวินิจฉัยคดีมาใช้ในการพิจารณา โดยการนำความสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เป็นเหตุผลในการจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ข้อเท็จจริงของคดี มีดังนี้ โจทก์ฟ้องว่าเมื่อวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2519 หม่อมราชวงศ์ คึกฤทธิ์ ปราโมทย์ จำเลยที่ 1 หัวหน้ารัฐบาลในขณะนั้นได้การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2519 การนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ นั้น มิได้กระทำโดยคณะรัฐมนตรี และมิได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรเป็นการลบล้างพระบรมราชโองการเรียกประชุมสมัยวิสามัญแห่งรัฐสภา ลงวันที่ 9 มกราคม พ.ศ. 2519 จึงไม่มีผลใช้บังคับและเป็นโมฆะ สภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยบรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้ได้รับการเลือกตั้งต้องเป็นโมฆะด้วย จำเลยที่ 2 และที่ 3 ซึ่งดำรงตำแหน่งประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ตลอดจนจำเลยที่ 4 ซึ่งได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รวมทั้งคณะรัฐมนตรี ย่อมตกเป็นโมฆะ ขอให้ศาลพิพากษาว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้ได้รับการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2519 และคณะรัฐมนตรีที่จัดตั้งขึ้นเป็นโมฆะ ให้จำเลยที่ 2 และที่ 3 หยุดดำเนินกิจการโดยการประกาศสลายสภาภายใน 7 วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษาให้คณะรัฐมนตรีหยุดดำเนินกิจการ โดยมอบหมายหน้าที่การงานให้รัฐบาลชุดเดิมซึ่งชอบด้วยกฎหมายรับกลับคืนไป และให้จำเลยที่ 1 รับมอบหมายหน้าที่การงานจากจำเลยที่ 4 กับให้จำเลยใช้ค่าฤชาธรรมเนียมค่าทนายความแทนโจทก์

ศาลฎีกามีคำพิพากษาว่า เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้เข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศ และได้มีคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 6

---

[331] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

ตุลาคม พ.ศ. 2519 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 สิ้นสุดลง ให้รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ และบัดนี้ คณะปฏิวัติได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศตั้งแต่เวลา 18.00 น. ของวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 เป็นต้นไปแล้ว และได้มีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 2 ซึ่งประกาศ ณ วันที่ 20 ตุลาคม 2520 ข้อ 1 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 สิ้นสุดลง ข้อ 2 ให้มีการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ และต่อมาเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน พ.ศ. 2520 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดว่าด้วยการปกครองประเทศแล้ว จึงไม่มีประโยชน์ที่ศาลฎีกาจะวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไป เนื่องจากคำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับคดีให้ได้ จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

จากสาระสำคัญของข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าหากไม่พิจารณาถึงสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญ แต่พิจารณาสาระสำคัญจากการกระทำของนายกรัฐมนตรี การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปใหม่นั้น นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารได้กระทำไปโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจนี้ไม่ได้ถูกบังคับตามกฎหมาย แต่เป็นการใช้ดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีซึ่งขึ้นอยู่กับความได้เปรียบเสียเปรียบทางการเมืองเป็นสำคัญ ในส่วนของหลักเกณฑ์ของลักษณะการกระทำ การยุบสภาไม่ใช่งานประจำแต่เป็นเรื่องทางการเมืองอย่างชัดเจน เนื่องจากไม่ใช่การกระทำเพื่อดำเนินการตามนโยบาย และการยุบสภาเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติตามวิถีของระบอบประชาธิปไตย เมื่อมีการยุบสภาย่อมทำให้สถานภาพของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติสิ้นสุดลง จากเหตุผลดังกล่าวสรุปได้ว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่ง ดังนั้นไม่ว่าในขณะที่มีการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้หรือไม่ การยุบสภาก็ไม่สามารถถูกตรวจสอบโดยทางศาลได้

ในส่วนนี้จะศึกษาคดีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ....

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าฝ่ายบริหารออกร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นของสมาชิกรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง และมาตรา 170 หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่[332] ซึ่งเป็นการอ้างถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[332] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นที่ต้องวินิจฉัย 2 ประเด็น ประเด็นแรก ร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นที่สอง ร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณหรือไม่

ในประเด็นแรก ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้าง พื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ตราขึ้นถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่า การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใช้บัตรแสดงตนและออกเสียงลงคะแนนในระบบอิเล็กทรอนิกส์แทนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรายอื่น เป็นกระบวนการออกเสียงลงคะแนนในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มติของสภาผู้แทนราษฎรในกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติ
ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มีผลให้ร่างพระราชบัญญัติตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ในการวินิจฉัยประเด็นที่สองนี้ ศาลกำหนดประเด็นในการวินิจฉัยประการแรกว่า เงินกู้ตามร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นเงินแผ่นดินหรือไม่ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าเงินที่จะได้จากการกู้ยืมเงินตามร่างกฎหมายนี้เป็นเงินแผ่นดิน

ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าต่อไปมีว่า ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่าโดยหลักการแล้วการใช้จ่ายเงินแผ่นดินจะเกิดขึ้นได้ตามวิธีการของกฎหมาย 4 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการโอนงบประมาณ หรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 เว้นแต่ในกรณีเร่งด่วนรัฐบาลจึงสามารถจ่ายเงินไปก่อนได้ ทั้งนี้ศาลพิจารณาว่าการออกกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นไปตามหลักการใช้จ่ายเงินแผ่นดินตามกฎหมายข้างต้น เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้กำหนดว่าเงินที่ได้จากการกู้ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้ โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง[333] และให้หน่วยงานเจ้าของโครงการจัดทำรายละเอียดการดำเนินโครงการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติการดำเนินโครงการและอนุมัติการจัดสรรเงินกู้ตามโครงการดังกล่าว ทำให้การจ่ายเงินเพื่อดำเนินโครงการต่าง ๆ ในแต่ละปีงบประมาณไม่ได้ผ่านการตรวจสอบของรัฐสภา รวมทั้งไม่มีการตรวจสอบ การใช้จ่ายเงินดังกล่าวอย่างชัดเจน ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงไม่เป็นไปตามที่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 วรรคหนึ่ง

---

[333] มาตรา 6 วรรคหนึ่ง แห่งร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ....

ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยประการต่อไปมีว่า ร่างพระราชบัญญัตินี้มีความจำเป็นเร่งด่วนอันเป็นข้อยกเว้นการใช้จ่ายเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 169 หรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่าการดำเนินโครงการของรัฐบาลในการพัฒนาระบบคมนาคมขนส่งตามวัตถุประสงค์ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ใช่โครงการที่จำเป็นเร่งด่วน การกู้เงินนี้จึงสามารถดำเนินการโดยวิธีการอื่น ๆ เช่น การใช้วิธีการงบประมาณตามปกติโดยอาศัยวิธีการกู้เงินตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ทวิ และพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 21 หรือการให้เอกชนร่วมลงทุนตามหลักเกณฑ์และวิธีการของพระราชบัญญัติการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2556

ประเด็นสุดท้ายที่ต้องพิจารณามีว่า ร่างพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 170 หรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่าเมื่อเงินตามร่างกฎหมายนี้เป็นเงินแผ่นดิน การใช้จ่ายเงินจึงต้องเป็นไปตามกรอบวินัยการเงินการคลังตามรัฐธรรมนูญหมวด 8 ว่าด้วยการเงิน การคลัง และงบประมาณ โดยผลของมาตรา 170 วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญ แต่เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติกำหนดให้รัฐบาล นำเงินไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ไม่ต้องนำเงินส่งคลัง การใช้จ่ายเงินตามหลักการนี้แตกต่างจากสาระสำคัญของพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2502 และไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ

ผู้ศึกษาเห็นว่าโดยหลักแล้วการกระทำของฝ่ายบริหารในการพิจารณาออกร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งนั้น เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งศาลไทยได้วางแนวปฏิบัติเรื่อยมาว่าศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดี ซึ่งเมื่อนำการกระทำดังกล่าวมาพิจารณากับเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาล การออกร่างกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่ง เนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐบาลในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการกู้เงินเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินในด้านการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน ซึ่งถือเป็นอำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงของฝ่ายบริหาร และเป็นกระทำการในทางการเมืองเพราะการออกกฎหมายไม่ใช่ลักษณะงานประจำของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้การออกกฎหมายเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญซึ่งหมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นการกระทำของฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่ง

แม้การออกกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบฝ่ายบริหารในการออกกฎหมายได้ เป็นอำนาจในการวินิจฉัยข้อความของพระราชบัญญัติและกระบวนการตราพระราชบัญญัติ โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบในส่วนของขั้นตอนหรือกระบวนการว่าเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ รวมถึงการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายได้ แต่อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนี้ไม่รวมการพิจารณาความเหมาะสมของการวางนโยบายหรือแผนงานของฝ่ายบริหารเพราะการบริหารเป็นอำนาจการตัดสินใจของรัฐบาล คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญ ในส่วนของกระบวนการออกกฎหมายและส่วนของเนื้อหาหรือข้อความของกฎหมาย ไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำที่เป็นผลมาจากการใช้อำนาจทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการจัดลำดับความสำคัญหรือเรื่องเร่งด่วนในการพัฒนาประเทศแม้เป็นอำนาจโดยตรงขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็ตาม แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าการวางโครงการของรัฐบาลไม่ใช่เรื่องจำเป็นเร่งด่วนนั้น เป็นการพิจารณาองค์ประกอบตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นหรือไม่ที่จะออกร่างกฎหมายโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของการจ่ายเงินแผ่นดินได้

2.2.3 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ แยกต่างหากจากการกระทำภายในของรัฐ การกระทำภายในเป็นเรื่องที่มีความสำคัญสำหรับพลเมืองอย่างแท้จริง ได้แก่ การใช้บังคับกฎหมายภายใน การรักษาทรัพย์สินส่วนบุคคล ความปลอดภัยในชีวิต การกระทำต่างประเทศ[334] นโยบายต่างประเทศมีลักษณะที่โดดเด่น คือ เป็นประเด็นที่ยุ่งยากอย่างมากเนื่องจากเป็นการกระทำอันเกี่ยวเนื่องกับการกระทำของรัฐบาลอื่น การกระทำของรัฐบาลหนึ่ง ๆ ในการต่างประเทศขึ้นอยู่กับการกระทำ รูปแบบและผลประโยชน์ของรัฐนั้นเป็นสำคัญ ด้วยเหตุนี้ประเด็นดังกล่าวควรเป็นดุลพินิจของผู้ที่มีอำนาจเกี่ยวข้องเท่านั้น[335] ในที่นี้ย่อมหมายถึงรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐในการใช้อำนาจฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตามแม้ว่านโยบายภายในหรือนโยบายแห่งชาติจะเป็นคนละส่วนกับนโยบายต่างประเทศ แต่นโยบายต่างประเทศอาจครอบงำการตัดสินใจอันเกี่ยวกับนโยบายแห่งชาติได้เช่นกัน ถ้าพลเมืองมีความสนใจการต่างประเทศ[336]

การดำเนินการของสหรัฐอเมริกาในประเด็นเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองตามแนวการวินิจฉัยของศาล ศาลเห็นว่า “การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลเกิดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญผ่านทางฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรทางการเมือง เป็นความเหมาะสมที่การกระทำของอำนาจทางการเมืองไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบหรือตัดสินใจของศาล”[337] ทั้งนี้ กิจการในทางระหว่างประเทศมีความละเอียดอ่อน

---

[334] Carl Joachim Friedrich, **Foreign Policy in The Making the Search for a New Balance of Power** (New York: Norton & Company, 1938), p. 47.

[335] *Ibid*., p. 65.

[336] *ibid*., p. 87.

[337] Octjen v. Central Leather Co., 246 U.S. 297, 302 (1918); บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **แฉเอกสาร “ลับที่สุด” ปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551,** หน้า 351; และการให้เหตุผลของศาล

และมีผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การปล่อยให้เป็นอำนาจตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดและดำเนินนโยบาย ย่อมจะเกิดประโยชน์แก่ประเทศมากกว่าการดำเนินการโดยองค์กรอื่น ซึ่งหมายถึงทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ[338] ดังนั้นฝ่ายตุลาการไม่มีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในประเด็นระหว่างประเทศ

กล่าวอีกนัยหนึ่งประธานาธิบดีเพียงผู้เดียวมีอำนาจดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจเฉพาะตัวที่เด็ดขาด และเหตุผลที่สนับสนุนให้นำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองไปใช้กับเรื่องกิจการระหว่างประเทศ เกิดจากศาลตระหนักถึงบทบาทของประธานาธิบดีในฐานะเป็นตัวแทนของชาติ จึงมอบอำนาจดุลพินิจในการต่างประเทศให้แก่ประธานาธิบดี[339] อย่างไรก็ตามแม้ว่าอำนาจของประธานาธิบดีเป็นอำนาจที่สมบูรณ์แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญด้วย และเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงจำเป็นต้องให้ฝ่ายบริหารมีอิสระและความคล่องตัวในการดำเนินการ

นอกจากการดำเนินการที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การกระทำของรัฐในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน[340] ผู้พิพากษาเสียงข้างมากเห็นว่าในกรณีมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับประธานาธิบดีใช้อำนาจยกเลิกสนธิสัญญา เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองซึ่งศาลไม่อาจตรวจสอบได้[341] กล่าวได้ว่าแนวปฏิบัติของศาลสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองเป็นที่ชัดแจ้งว่าในการกำหนดนโยบายและการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมือง อย่างไรก็ตามศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรทางการเมืองได้ในบางกรณี เช่น การกระทำตาม Emergency Acts ดังนั้นหากเป็นการกระทำอันมี

ในทำนองเดียวกันนี้มีปรากฏใน คดี Chi. & S. Air Lines, Inc/ v. Waterman S.S. Corp., 333 U.S. 103, 111 (1948)

[338] United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936)

[339] Thomas R. Sutcliffe. “The Nile Reconstituted: Executive Statements, International Human Rights Litigation, And The Political Question Doctrine,” **Boston University Law Review** 89 (2009): 301.

[340] Goldwater v. Carter, 444 U.S.996 (1976)

[341] อย่างไรก็ตามมีผู้พิพากษาบางส่วนเห็นว่ากรณีนี้ประเด็นพิพาทอยู่ที่การยกเลิกสนธิสัญญาว่าเป็นอำนาจของประธานาธิบดีฝ่ายเดียวหรือวุฒิสภาควรมีอำนาจร่วมด้วย อันเป็นความขัดแย้งระหว่างอำนาจของประธานาธิบดีกับวุฒิสภามากกว่าประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงไม่ต้องด้วยลักษณะของปัญหาในทางการเมือง

ลักษณะทางการเมืองและกระทำโดยฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ใช่ว่าจะรอดพ้นจากการตรวจสอบทางศาลเสมอไป[342]

ขณะที่ในอังกฤษ ลอร์ด วิลเบอร์ฟอร์ซ (Lord Wilberforce) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษพิจารณาว่าเป็นความยุ่งยากและลำบากใจหากศาลจะเข้าไปจัดการหรือพิจารณาคดีในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ข้อเท็จจริงในคดีนี้ เป็นเรื่องที่ศาลเห็นว่าควรยับยั้งหรืองดเว้นการพิจารณาคดี ดังนั้นศาลไม่อาจพิจารณาได้[343] เป็นที่น่าสังเกตว่าการให้เหตุผลของศาลคล้ายคลึงกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา แม้ศาลจะกล่าวว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจพิจารณาคดีได้ (Non-Justiciable) แต่ศาลไม่ได้อ้างถึงหลักการไม่สามารถพิจารณาคดีได้ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของหลักการกระทำของรัฐ (Act of State Doctrine) อย่างชัดเจน

กระบวนการในการทำสนธิสัญญาของอังกฤษ ศาลวินิจฉัยว่าการทำสนธิสัญญาไม่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาของศาล[344] หลักการนี้ไม่นำไปใช้กับการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศที่มีผลผูกพันสิทธิและหน้าที่ของพลเมืองอังกฤษและเป็นการใช้อำนาจที่รัฐสภามีส่วนร่วมด้วย แต่ในกระบวนการบังคับใช้สนธิสัญญาจัดเป็นการกระทำของรัฐเช่นเดียวกัน โดยการฟ้องขอให้ศาลบังคับตามความตกลงจากการทำสัญญา ประเด็นในคดีเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยโดยองค์กรของรัฐอันเป็นการกระทำของรัฐ[345]

การดำเนินการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของอังกฤษในส่วนการรับรองรัฐบาลต่างประเทศจัดเป็นการกระทำของรัฐเช่นกัน ศาลอธิบายว่าเป็นกิจการอันอยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร ดังนั้นการตัดสินใจที่จะรับรองหรือไม่รับรองรัฐบาลของต่างประเทศ จึงเป็นเรื่องนอกเหนืออำนาจของศาล[346] และการรับรองนี้ไม่ได้หมายถึงรัฐบาลเท่านั้นแต่รวมถึงการรับรองคณะผู้แทนทูตซึ่งเป็นผู้แทนของต่างประเทศด้วย[347] นอกจากนี้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วย เอกสิทธิ์ทางการทูตจากการขอความร่วมมือของกระทรวงซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐแม้ว่าศาลเองไม่เห็นด้วยกับการกระทำของเจ้าหน้าที่แต่ศาลก็ไม่อาจเข้าไปยุ่งเกี่ยวในคดีได้[348]

โดยสรุปการใช้อำนาจของรัฐในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในกรณีเป็นการกระทำของสหรัฐอเมริกา ศาลอ้างทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ในขณะที่การกระทำของอังกฤษ

---

[342] Eleonora Mesquita Ceia, *op. cit.*, p. 11.

[343] Buttes Gas and Oil Co v Hammer (1982) AC 888

[344] J. H. Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry. (1990) 2 A.C. 418 (HL)

[345] Salaman v. Secretary of State for India (1906) 1 K.B. 613

[346] Duff Development Co. v. Government of Kelantan (1924) A.C. 797 (H.L.)

[347] Engelhe v. Musann (1928) A.C. 433

[348] Agbor v. Metropolitan Police Commissioner (1969)

ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศศาลอ้างหลักการกระทำของรัฐ ในกรณีฝ่ายบริหารได้ดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศศาลสหรัฐอเมริกาและศาลอังกฤษได้วางแนวคำวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกัน

สำหรับการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในระบบซีวิลลอว์ ในฝรั่งเศสการดำเนินกิจการระหว่างประเทศจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกับแนวทางของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ทั้งนี้สภาแห่งรัฐวางแนวปฏิบัติว่าการตัดสินใจที่เกิดจากองค์กรฝ่ายบริหารรวมตลอดถึงองค์กรใด ๆ ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร หรือองค์กรทางการทูตที่ได้กระทำการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในนามของสาธารณรัฐ สภาแห่งรัฐจะหลีกเลี่ยงไม่พิจารณาในประเด็นดังกล่าว[349] ประเด็นการกระทำในทางระหว่างประเทศ รวมถึงการตัดสินใจในการดำเนินการทางความสัมพันธ์ทางการทูต และความตกลงระหว่างประเทศและสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย[350]

แนวปฏิบัติของสภาแห่งรัฐช่วงก่อนหน้าปี ค.ศ. 1998 อำนาจวินิจฉัยคดีไม่ครอบคลุมกระบวนการเจรจาตลอดจนการเข้าทำสนธิสัญญา หรือการรับเอาสนธิสัญญา[351] เห็นได้จากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่งดเว้นการพิจารณาคดีเกี่ยวกับกระบวนการทางสนธิสัญญา ซึ่งหมายความถึงการจัดทำสนธิสัญญา การลงนาม การให้สัตยาบันสนธิสัญญา[352] การฟ้องคดีเพื่อมีคำสั่งไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญา สภาแห่งรัฐไม่รับคดีดังกล่าวนี้ไว้พิจารณา[353] และการนำสนธิสัญญาไปใช้สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธการรับพิจารณาคดีเช่นกัน[354] ตามแนวปฏิบัติดั้งเดิมศาลปฏิเสธการตรวจสอบเงื่อนไขการลงนาม การให้สัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศเนื่องจากเป็นเรื่องของความตกลงระหว่างฝรั่งเศสกับรัฐอื่น[355] อย่างไรก็ดีสภาแห่งรัฐมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาสนธิสัญญา[356]

---

[349] *Ibid*.

[350] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 121.

[351] *ibid.*; คดีเกี่ยวกับการเจรจาสนธิสัญญา เช่น คดี C.E., Coparex, 13 มิถุนายน 1979

[352] คดี C.E., Momon, 22 พฤศจิกายน 1933; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 90.

[353] C.E., Dame Caraco, 5 กุมภาพันธ์ 1926; Marceau Long et al., *op. cit.* p. 22.

[354] C.E. Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong, 15 ตุลาคม 1993; Alain Pellet and Alina Miro, *op. cit.*, p. 658.

[355] C.E., Société des étains et wolfram du Tonkin, 1 มิถุนายน 1951; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 21.; แต่กระนั้นก็ดีตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายใน รัฐธรรมนูญได้ยกเลิกการประกาศใช้สนธิสัญญา ทำให้การบังคับใช้กฎหมายระหว่าง

แต่ไม่เข้าตรวจสอบการตัดสินใจที่จะไม่เผยแพร่สนธิสัญญา[357] และการตีความสนธิสัญญาก็ไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ[358] เนื่องจากการกระทำในส่วนนี้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร คดีที่เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา เช่น คดีสนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศสกับโมรอคโค สภาแห่งรัฐเห็นว่าแม้การบังคับใช้สนธิสัญญาทำให้มีการตีความสนธิสัญญาที่ส่งผลกระทบต่อชาวโมรอคโคซึ่งถือครองทรัพย์สินของฝรั่งเศส แต่การตีความของรัฐมนตรีต่างประเทศมีผลผูกพันคู่กรณี[359] เท่ากับสภาแห่งรัฐยอมรับว่าการดำเนินการเกี่ยวกับสนธิสัญญาเป็นอำนาจของรัฐมนตรีต่างประเทศซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ไม่ใช่อำนาจของฝ่ายตุลาการ

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 1998 ศาลได้วางขอบเขตอำนาจพิจารณารวมไปถึงการให้สัตยาบันสนธิสัญญา แต่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณากรณีที่การให้สัตยาบันสนธิสัญญาต้องเป็นไปตามข้อกำหนดทางกฎหมาย โดยเฉพาะเมื่อความตกลงมีผลบังคับเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายสาธารณรัฐแล้ว[360] และศาลมีอำนาจเข้าไปยุติปัญหาการเพิกเฉยความตกลงระหว่างประเทศ รวมทั้งการกระทำอันเกิดขึ้นหลังจากสนธิสัญญาอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลเช่นกัน หากการกระทำนั้นขัดแย้งกับสนธิสัญญา[361] และอำนาจพิจารณารวมถึงกรณีรัฐบาลมีความผูกพันที่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากความตกลงระดับทวิภาคี[362]

นอกจากนี้ตามแนวคำวินิจฉัยของศาล การกระทำดังต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน คดีเกี่ยวกับการสนับสนุนให้มีการดำรงตำแหน่งในองค์กรระหว่างประเทศของพลเมืองฝรั่งเศส[363] คดีเกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงของรัฐมนตรีฝรั่งเศสในสภาความมั่นคงสหภาพยุโรป[364]

ประเทศเหนือกว่ากฎหมายภายใน ศาลจึงยอมรับพิจารณาการกระทำที่ละเมิดสนธิสัญญาเนื่องจากถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายใน ดูคดี CE., Ass. Dame Kirkwood, 30 พฤษภาคม 1952

[356] C.E., Commune de Porta, 8 กรกฎาคม 2002; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 22.

[357] C.E., de Malglaive, 4 พฤศจิกายน 1970; *Ibid*., p. 21.

[358] C.E., Goffart, 5 สิงหาคม 1921; Alain Pellet and Alina Miron, *op. cit.*, p. 658.

[359] C.E., Prefét De La Gironde C. Mhamedi, 18 ธันวาคม 1992; Lionel Neville Brown, John Bell and Jean-Michel Galabert, **French Administrative Law,** 5th ed. (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 164.

[360] Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 121.

[361] *Ibid*.

[362] C.E., Sté Eiffage, 20 ธันวาคม 2003; *Ibid.*

[363] C.E., Weiss, 20 กุมภาพันธ์ 1953; *Ibid*.

[364] C.E., Ass. Association, 23 พฤศจิกายน 1984; อ้างถึงใน Marceau Long et al., *op. cit.* p. 21.

คดีสงครามอ่าวเปอร์เซีย (Gulf War) การตัดสินใจที่จะระงับความร่วมมือด้านวิทยาศาสตร์และเทคนิคกับอิรักในช่วงแรกของสงครามอ่าวเปอร์เซีย รวมทั้งการที่รัฐบาลฝรั่งเศสได้มีคำสั่งอันเป็นการเลือกปฏิบัติในการเข้าสู่มหาวิทยาลัย โดยการกีดกันเฉพาะชาวอิรักไม่ให้เข้าเรียนในมหาวิทยาลัย[365] การเสนอชื่อบุคคลให้เป็นผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ[366] การดำเนินการในต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินที่เป็นของชาวฝรั่งเศส[367] การที่ผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศไม่ให้ความคุ้มครองแก่ชาวฝรั่งเศส[368] และในคดีที่สภาแห่งรัฐไม่รับพิจารณากรณีพลเมืองฝรั่งเศสที่ถูกคุมขังในต่างประเทศฟ้องว่าไม่ได้รับความช่วยเหลือทางกงสุงอย่างเพียงพอ[369] รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอหรือไม่เสนอข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ[370]

ในขณะที่มีแนวคิดห้ามศาลเข้าเกี่ยวข้องกับการกระทำในทางระหว่างประเทศศาสตราจารย์หลุยส์ ฟาโวเรอ เสนอว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายนำไปใช้กับการกระทำของรัฐบาลได้ทุกกรณี จึงมีความพยายามให้การกระทำในทางระหว่างประเทศอยู่ภายใต้อำนาจของศาลด้วย โดยมีแนวคิดเกี่ยวกับการกระทำที่แยกออกได้ (Detachable Acts) เกิดขึ้น[371] ศาลใช้วิธีพิจารณาว่าการกระทำที่เกิดขึ้นสามารถแยกออกจากการกระทำในทางระหว่างประเทศได้หรือไม่ หากทำได้ศาลย่อมมีอำนาจรับพิจารณาคดีในส่วนที่แยกออกได้และการกระทำนั้นอาจถูกเพิกถอนได้ เนื่องจากส่วนที่แยกออกมานั้นไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล[372] โดยก่อนหน้าการใช้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 ตุลาการปกครองยอมรับแนวทางการพิจารณาความสัมพันธ์ของการกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำทางการทูตและในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งพิจารณาได้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับภูมิหลังหรือผลในทางระหว่างประเทศ[373] ซึ่งมีเหตุผลจากฝ่ายบริหารไม่ได้มีอำนาจอย่างเด็ดขาดที่จะใช้ดุลพินิจในการก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างประเทศ โดยส่วนใหญ่ศาลนำแนวคิดที่แยกออกได้ไปใช้กับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ทั้งเรื่องความตกลงระหว่างรัฐและการตัดสินใจใดเป็นผลสืบเนื่องมาจากการร้องขอให้

---

[365] C.E., Gisti et Mrap, 23 กันยายน 1992; Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, p. 164.

[366] **C.E., Sect. Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage**, Retrieved June 11, 2015 from https://www.doctrine.fr/d/CE/2014/CETATEXT000028792305

[367] C.E., Dame Cramencel, 2 มีนาคม 1966; Marceau Long et al., *op. cit.*

[368] C.E., Arnando, 8 เมษายน 1972; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 90.

[369] C.E., Corbier, 1 มิถุนายน 1943; *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 90.

[370] C.E., Gény, 9 มกราคม 1952; Marceau Long et al., *op. cit.* p. 21.

[371] Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, p. 163.

[372] ขวัญชัย สันตสว่าง, **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ,** หน้า 131.

[373] C.E., Dame Caraco, 5 กุมภาพันธ์ 1926, CE., Sect. Vo Thanh Nghia, 22 ธันวาคม 1978

ส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งต่างเป็นเรื่องที่ศาลเข้าไปตรวจสอบได้ทั้งสิ้น[374] สภาแห่งรัฐเคยตัดสินว่าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของฝรั่งเศสไปยังประเทศอื่น ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล[375] การออกรัฐกฤษฎีการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ไม่ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยตั้งแต่ ค.ศ. 1937 มีแนวโน้มในการถูกกล่าวหาว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ[376] กรณีฝรั่งเศสปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดนตามคำร้องของอังกฤษและฮ่องกง แม้ว่าประเด็นการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องวินิจฉัยถึงความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ศาลมีอำนาจรับคดีประเภทนี้ไว้พิจารณาได้[377] กรณีที่กงสุลฝรั่งเศสขับไล่พลเมืองฝรั่งเศสออกจากประเทศที่กงสุลนั้นตั้งอยู่ คำสั่งในกรณีเช่นนี้สามารถแยกออกจากกรณีการกระทำอื่นของกงสุลได้ เนื่องจากไม่เกี่ยวกับประเด็นทางการทูตดังนั้นศาลจึงมีอำนาจพิจารณาคดีได้[378] รวมถึงการฟ้องมติหรือการตัดสินใจให้อนุญาตก่อสร้างแก่รัฐ การฟ้องมติหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับการเคลื่อนกำลังทหารต่างชาติในฝรั่งเศส การฟ้องการตัดสินใจห้ามการส่งออกสินค้า[379]

ตามข้อเสนอที่ว่าการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศจะไม่ถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการมีจุดอ่อนในการตอบปัญหาที่ว่า[380] ถ้าการกระทำเกี่ยวกับการต่างประเทศส่งผลกระทบต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคล การกระทำเช่นนั้นควรได้รับการตรวจสอบหรือไม่ ซึ่งผู้ที่คัดค้านแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลตั้งคำถามว่า การยกเว้นการตรวจสอบแม้เพียงหนึ่งครั้งจะไม่มีทางทราบเลยว่าการยกเว้นการตรวจสอบนั้นจะก่อให้เกิดผลอะไร ซึ่งอาจนำไปสู่การที่รัฐอยู่เหนือหลักนิติธรรมก็เป็นได้ กล่าวได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นอุปสรรคที่ทำให้การตรวจสอบของศาลลดความสำคัญลง

ตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่นกรณีการกระทำเกี่ยวกับสนธิสัญญา ศาลจะหลีกเลี่ยงการตัดสินความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เว้นแต่ว่าการกระทำนั้นมีประเด็นชัดแจ้งเกี่ยวกับข้อพิพาททางกฎหมาย[381] ในปี ค.ศ. 1959 คดี Sunakawa[382] เป็นคดีที่กล่าวถึงการปรับใช้ทฤษฎีปัญหาในทาง

---

[374] Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, p. 163.

[375] C.E., Sect. Legros., 21 กรกฎาคม 1972; Marceau Long et al., *op. cit.*

[376] C.E., Ass. Decerf, 28 พฤษภาคม 1937; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 86.

[377] C.E., Royaume-Uni De Grande Bretagne et d' Irlande Du Nord et Gouverneur de Hong Kong. 13 ตุลาคม 1993; Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, p. 164.

[378] C.E., Colrat., 4 December 1925; *Ibid.*, p. 163.

[379] J-B Auby, "Jurisclasseur (version 2/2008) fasc. 1001. Contentieux administratif-définitions, principes, orientation"; เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, *เรื่องเดิม,* หน้า 318-319.

[380] Bernard Schwartz, *op. cit.*, p. 165.

[381] David J. Danelski, *op. cit.*, p. 959.

การเมืองของศาลญี่ปุ่นเกี่ยวกับการตรากฎหมายอาญาขึ้นเป็นพิเศษโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 3 ของสนธิสัญญาความมั่นคงระหว่างสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่น ศาลเห็นว่าสนธิสัญญาด้านความมั่นคงมีบทบาทสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลญี่ปุ่นกับรัฐอื่น การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลที่จะตรวจสอบได้ เว้นแต่มีประเด็นขัดกับรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง แต่ข้อเท็จจริงในคดีศาลไม่เห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาการกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้นำหลักเกณฑ์การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมาใช้ในการปฏิเสธการรับคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ไว้พิจารณา ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของเนื้อหาของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแล้ว เป็นการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในส่วนของคดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา แม้ศาลปกครองเห็นว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทำให้เกณฑ์การพิจารณาของศาลในสองคดีแตกต่างกัน และศาลปกครองรับพิจารณาคดีนี้ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วการทำคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเป็นการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่อาศัยฐานอำนาจของกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ดังที่ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ไว้ในหัวข้อ 2.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการทำความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรถือเป็นการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ภายหลังศาลปกครองมีคำวินิจฉัยในคดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาแล้ว ต่อมามีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่พิจารณาว่าการกระทำอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง[383] โดยศาลให้ความเห็นว่าตามคำขอของผู้ฟ้องคดี[384] เป็นการ

---

[382] 13 KEISHŪ 13, 3225, 3232 (Sup. Ct. Grand Bench, Dec. 16, 1959)

[383] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 182/2553

[384] คำขอของผู้ฟ้องคดีที่ศาลเห็นว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง อยู่ในคำขอที่ 2 ถึง 5 ดังนี้

ข้อ 2. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้พิจารณาคดีใหม่เกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร

ข้อ 3. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติให้กระทรวงมหาดไทย กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และกระทรวงกลาโหม สนธิกำลังตามแนวทางยุทธศาสตร์เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช อธิปไตย รวมถึงทรัพยากรของชาติ อันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งชาติตามเส้นแนวแบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา มิให้บุคคลหรือคณะบุคคลใดรุกล้ำเข้ามาในเขตแดนอธิปไตยของไทย หากมีผู้รุกล้ำอยู่แล้วให้แจ้งเตือนตามหลักสากลให้ออกนอกเขตดินแดนไทย หากไม่ปฏิบัติก็ให้นำกำลังทหารผลักดันออกนอกเขตดินแดนอธิปไตยของไทย

ขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายด้านความมั่นคงและนโยบายด้านการต่างประเทศ อันเป็นอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลในฐานะเป็นฝ่ายบริหาร ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการใช้อำนาจทางปกครอง

นอกจากนี้ศาลปกครองไม่รับฟ้องของผู้ฟ้องคดี สืบเนื่องจากผู้ถูกฟ้อง (นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี) เสนอบันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา ตามที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบ รวม 3 ฉบับ[385] เพื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลให้เหตุผลว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการดำเนินกิจการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับอาณาเขตไทย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ คดีที่ฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันจะเป็นคดีปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง จะต้องเป็นคดีที่เหตุแห่งคดีเกิดจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองด้วย กรณีจึงมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใด[386] จากตัวอย่างที่กล่าวมานี้มีหลักการที่เหมือนกัน คือ เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยอาศัยฐานที่มาแห่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งไม่ใช่อำนาจทางปกครอง จึงต้องถือว่าการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายไทย

ข้อ 4. ให้เพิกถอนการอนุมัติของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง และมีคำสั่งให้รัฐสภามีมติให้ระงับหรืองดการพิจารณาให้ความเห็นชอบบันทึกข้อตกลงร่วมรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา (กรอบการเจรจา) ทุกฉบับ และ

ข้อ 5. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติคัดค้านการขอจดทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชา และแจ้งเป็นหนังสือไปยังประเทศกัมพูชา องค์การสหประชาชาติ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับคำสั่งศาล

[385] (1) บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา สมัยวิสามัญ ณ เมืองเสียมราฐ วันที่ 10 ถึงวันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2551 (2) บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา ครั้งที่ 4 ณ กรุงเทพมหานคร วันที่ 3 ถึงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552 และ (3) บันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา สมัยวิสามัญ ณ กรุงพนมเปญ วันที่ 6 ถึงวันที่ 8 เมษายน พ.ศ. 2552

[386] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 397/2553

2.2.4 การกระทำของฝ่ายบริหารด้านความมั่นคง

การดำเนินการของรัฐด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเป็นภารกิจพื้นฐานประการหนึ่งของรัฐและจำเป็นต้องดำเนินการด้วยกันหลายกรณี อาทิ การฝึกซ้อมกองกำลังทหาร การทำสงคราม การปฏิบัติต่อชนชาติศัตรูซึ่งการกระทำทางความมั่นคงตามแนวคำวินิจฉัยของศาลจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลและอยู่นอกเหนืออำนาจของศาลในการที่วินิจฉัยชี้ขาดคดี

ในอังกฤษถือหลักว่าการทำสงคราม การสร้างสันติภาพ การสงบศึกเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์และเป็นการกระทำขั้นสูงสุด จัดอยู่ในประเภทการกระทำของรัฐ[387] ซึ่งการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการกำหนดทิศทางของประเทศดังกล่าวนี้ เป็นเรื่องที่ศาลจำต้องยอมรับเพราะเป็นอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร[388] การกระทำของฝ่ายบริหารในการเคลื่อนย้ายกำลังทางทหารหรือการผนวกดินแดนของประเทศอื่น เป็นการกระทำของรัฐเช่นเดียวกัน[389] รวมถึงการจำกัดอำนาจศาลในการพิจารณาการกระทำที่ปฏิเสธการยอมรับสัมปทานได้อ้างแนวคิดพื้นฐานเรื่องการผนวกดินแดนเป็นการกระทำของรัฐ[390] ในการคุมขังศัตรูศาลได้วินิจฉัยว่าการคุมขังบุคคลที่เป็นศัตรูตามข้อบังคับของกระทรวงมหาดไทยไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล เนื่องจากศาลพิจารณาว่าเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นการกระทำของรัฐ[391] นอกจากนี้ในส่วนการดำเนินการทางความมั่นคงในการตัดสินใจรวมดินแดนเข้ากับดินแดนของรัฐอื่นไม่ใช่อำนาจของศาลที่จะตัดสินได้ โดยศาลอธิบายว่าประเด็นเกี่ยวกับดินแดนย่อมเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เนื่องจากเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐโดยตรง ศาลจึงไม่ควรมีอำนาจเหนือประเด็นนี้[392]

หลักการรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาวางกรอบไว้ว่าศาลสหพันธรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้[393] อย่างไรก็ดีไม่ได้หมายความว่าทุกข้อพิพาทต้องอยู่ภายใต้อำนาจศาลเสียทั้งหมด เนื่องจากการตัดสินคดีของศาลต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่ออกโดยสภา และคำพิพากษาก่อนหน้านี้ ฉะนั้นผู้พิพากษาต้องตัดสินประเด็นเบื้องต้น (Threshold Issues) ก่อนที่จะ

---

[387] Rustomjee v. R. (1876) 2 QBD 69.

[388] In R. v. Bottrill, exp. Kuechenmeister (1947) K.B 41 (C.A.).

[389] West Rand Central Gold Mining Co., v. The king (1905) 2 K.B. 391 (South African Republic).

[390] Cook v. Sprigg (1899) A.C. 572

[391] In R. v. Bottrill. exp. Kuechenmeister (1947) K.B. 41 (C.A) และดูคดี Netz v. Chuterede (1946) Ch. 224. ศาลตัดสินในทำนองเดียวกันว่าเป็นการกระทำของรัฐ

[392] West Rand Central Gold Mining Co., v. The king (1905) 2 K.B. 391

[393] Article 23, The Constitution of the United State

ตัดสินคำขอของคดีได้ ประเด็นเบื้องต้นมีความสำคัญต่อระบอบการปกครองของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากเป็นการวางหลักการจำกัดอำนาจทางตุลาการ ซึ่งทำให้ศาลต้องพัฒนาคำอธิบายทฤษฎีมูลคดีเพื่อกำหนดเงื่อนไขการรับฟ้อง ซึ่งตามหลักวิธีการพิจารณาคดีศาลต้องพิจารณา ดังนี้[394]

1. พิจารณาว่าคู่ความได้รับความเดือดร้อนโดยกฎหมายหรือการกระทำมากจนเหมาะสมที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล (Standing)

2. พิจารณาว่าประเด็นนั้นได้รับการเยียวยาแล้วหรือไม่ (Mootness)

3. พิจารณาว่าประเด็นได้ดำเนินมาถึงขั้นที่สามารถดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีได้ (Ripeness) และ

4. พิจารณาเขตอำนาจศาล (Jurisdiction)

การที่ศาลไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องนโยบายความมั่นคงของชาติได้อ้างถึงข้อพิจารณาดังกล่าวนี้ แต่บางครั้งศาลอาจตัดสินแต่เพียงว่าประเด็นแห่งคดีอยู่นอกเหนือเขตอำนาจตุลาการแทนการอ้างข้อพิจารณาเหล่านี้ อย่างไรก็ตามการอ้างประเด็นเบื้องต้นนี้มีขึ้นเพื่อเลี่ยงการตัดสินคดีที่เกี่ยวพันกับทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองแตกต่างกันไปตามแต่ละคดี[395] โดยเหตุการณ์ทางสังคมและสภาพแวดล้อมทางประวัติศาสตร์มีอิทธิพลต่อกฎหมายและบทบาทของการวินิจฉัยคดี ในการตรากฎหมายสายลับและกบฏขึ้น (Espionage and Sedition Acts) เป็นผลมาจากเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 1 กฎหมายฉบับนี้จึงถูกออกแบบมาสำหรับปิดปากผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการเข้าร่วมสงครามสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะ ภายใต้กฎหมายนี้รัฐบาลได้กำหนดให้การกระทำหลายอย่างมีโทษทางอาญา เช่น การแจกจ่ายใบปลิวที่สนับสนุนการปฏิวัติโบลเชวิค (Bolshevik Revolution) การกล่าวหาว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาเข้าร่วมสงครามเนื่องจากผลประโยชน์ทางธุรกิจของกลุ่มธุรกิจใหญ่การเอาผิดกับผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับร่างกฎหมายนี้รวมทั้งกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้การตีพิมพ์การ์ตูนวิจารณ์นโยบายสงครามของรัฐบาลมีความผิดทางอาญา โดยเรห์นควิสท์ (Rehnquist) หัวหน้าผู้พิพากษาได้ให้ความเห็นต่อกฎหมายฉบับนี้ว่าเป็นกฎหมายที่เข้มงวดและทารุณ

ในสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้ก่อให้เกิดการเรียกร้องเสรีภาพของพลเมืองในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับนโยบายการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ในเหตุการณ์การกักขังชาวอเมริกันเชื้อสายญี่ปุ่น ซึ่งนำไปสู่การฟ้องร้องกันทางศาล[396] ซึ่งผู้พิพากษาแบล็ค (Black) ทำความเห็นซึ่งเป็นเสียงข้างมากว่า

---

[394] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, p. 6.

[395] *Ibid*.

[396] Korematsu v. United States323 U.S. 214 (1944)

> การบังคับพรากพลเมืองจำนวนมากจากบ้านของพวกเขานอกจากภาวะฉุกเฉินที่เลวร้ายและเป็นอันตรายอย่างยิ่ง ไม่สอดคล้องกับรากฐานของสถาบันของสถาบันรัฐบาลของเรา แต่ภายใต้สถานการณ์ของสงครามสมัยใหม่ที่ชายฝั่งของเราถูกคุกคามโดยอำนาจแห่งศัตรู พลังในการปกป้องจะต้องได้สัดส่วนกับอันตรายที่คุกคามด้วย[397]

ความเห็นนี้สะท้อนความคิดว่าในภาวะสงครามฝ่ายบริหารจะมีการใช้กฎเกณฑ์ที่ต่างไปจากสภาวะปกติ และศาลไม่ควรเข้าไปยับยั้งจำกัดฝ่ายบริหารในการใช้กฎเกณฑ์พิเศษเหล่านั้น ในขณะที่ผู้พิพากษาแฟรงเฟิร์ทเทอร์ ได้ให้ความเห็นว่า “เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ห้ามการใช้มาตรการทางทหาร การร้องว่าการกระทำในการให้เหตุผลของสภาคองเกรสและฝ่ายบริหารไม่ได้รับการอนุญาตไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องของสภาคองเกรสและฝ่ายบริหารไม่ใช่ธุระของศาล” ซึ่งเป็นทัศนะที่เห็นด้วยกับผู้พิพากษาแบล็คในผลของคดี แต่ในการวิเคราะห์อำนาจของฝ่ายบริหารได้ให้เหตุผลแตกต่างกัน

การนำประเด็นทางการเมืองมาเป็นเหตุผลในการไม่รับพิจารณาคดีของศาลพบได้จากการที่ประธานาธิบดีออกคำสั่งกับกองกำลังทหารของสหรัฐอเมริกาในช่วงสงคราม ศาลได้วางหลักการว่าการออกคำสั่งของประธานาธิบดีในการปฏิบัติการทางทหารเป็นประเด็นเกี่ยวเนื่องกับงานทางการเมือง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นปัญหาในทางการเมือง ดังนั้นศาลจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณา[398] เช่นเดียวกับการออกคำสั่งให้ทหารไปร่วมรบในสงครามเวียดนาม ศาลไม่รับพิจารณาคดีที่โต้แย้งว่าการทำสงครามผิดกฎหมายเนื่องจากเป็นอำนาจสั่งการของประธานาธิบดี[399] และในกรณีประธานาธิบดีส่งกองกำลังทหารไปยังประเทศนิการากัว ศาลได้ตัดสินในทำนองเดียวกัน[400]

นอกจากการทำสงครามหรือการใช้กำลังทางทหารโดยตรงแล้ว การออกคำสั่งให้กองกำลังความมั่นคงฝึกซ้อมรบและใช้อาวุธในยามสงครามจัดเป็นปัญหาในทางการเมืองเช่นกัน โดยศาลเห็นว่าหากศาลรับคดีซึ่งมีประเด็นเกี่ยวกับการกระทำของเจ้าหน้าที่ไว้พิจารณาย่อมเป็นการก้าวก่ายองค์กรหรือสถาบันทางการเมือง[401] ดังนั้นคดีนี้ศาลจึงพิจารณาว่าการออกคำสั่งการฝึกอบรมและการใช้อาวุธอยู่นอกเหนือจากอำนาจของศาลเนื่องจากเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ศาลจึงไม่ควรรับวินิจฉัยการกระทำของกองกำลัง

---

[397] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, p. 4.

[398] Holtzman v. Schlesinger, 414 US 1316 (1973)

[399] Mora v. Mcnamara, 389 U.S. 934 (1967)

[400] Crockett v. Regan, 720 F. 2d 1355 (D.C. Cir. 1983)

[401] Gililgan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973).

ความมั่นคงแห่งชาติ[402] นอกจากนี้ในกรณีการร้องขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐด้านความมั่นคงในประเทศอื่นเป็นความผิด ศาลไม่รับคดีไว้พิจารณาด้วยเหตุผลที่ว่าการตัดสินอาจเสี่ยงต่อการกระทบความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ[403] อีกทั้งข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นอำนาจขององค์กรอื่นในการดำเนินการจึงอยู่นอกเหนือการพิจารณาของศาล[404]

การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในทางนโยบายต่างประเทศหรือการทำสงครามมีลักษณะทางการเมืองจำเป็นต้องมีการแสดงออกของรัฐเพียงครั้งเดียวเพื่อความเป็นเอกภาพของรัฐ ตามที่ ลอร์ด แอทคิน (Lord Atkin) กล่าวว่าประเทศของเราไม่อาจแสดงความเห็นออกเป็นสองครั้งในเหตุการณ์เดียวกัน คือ ศาลเห็นอย่างหนึ่ง แต่ฝ่ายบริหารกลับเห็นอีกอย่างหนึ่ง[405] เป็นการป้องกันไม่ให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการเห็นขัดแย้งกันในการกระทำเดียวกัน อำนาจการดำเนินการของรัฐที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐเป็นข้อยกเว้นที่ศาลไม่อาจใช้อำนาจในการตัดสินคดีความได้ แม้ว่าศาลเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการก็ตาม เนื่องจากลักษณะการดำเนินงานด้านความมั่นคงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หากมีข้อขัดข้องหรือปัญหาอย่างใดเกิดขึ้นจึงควรให้องค์กรเหล่านั้นเป็นผู้แก้ไขปัญหาเอง การที่ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหารสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลในอังกฤษเช่นกัน โดยศาลให้เหตุผลว่าการใช้อำนาจกระทำการเกี่ยวข้องกับกองกำลังทหารไม่เหมาะสมที่จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ[406]

หลังจากเหตุการณ์ก่อการร้ายในวันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 ส่งผลให้รัฐบาลสหรัฐอเมริการิเริ่มนโยบายใหม่และมีการออกกฎหมายฉบับใหม่ภายใต้กรอบการคุ้มครองความมั่นคงของชาติก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการและขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุด ซึ่งมีประเด็นข้อพิพาทว่านโยบายต่าง ๆ เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองหรือไม่ คดีเหล่านี้ ได้แก่ การจัดประเภทและควบคุมตัว “นักรบของฝ่ายศัตรู” (Enemy Combatant) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของพวกเขาและอำนาจของประธานาธิบดีในการทำสงครามกับการ

---

[402] การให้เหตุผลของศาลที่ว่าเป็นอำนาจขององค์อื่นที่ไม่ใช่ศาลนั้นสอดคล้องกับเกณฑ์การพิจารณาทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของเบรนแนน ที่ว่า “ตัวบทกฎหมายแสดงออกอย่างชัดเจนว่าประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวพันต้องให้องค์กรทางการเมืองเข้ามาแก้ไขปัญหา”

[403] Jill Jaffe, *op. cit.*, p. 1049.

[404] Schneider v. Kissinger, 412 F. ed 190 D.C. Cir. (2005)

[405] “Our State cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the Executive another”

[406] Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service (the GCHQ case) (1985) 1 AC 374

ก่อการร้าย (War on Terror) มีการอภิปรายอย่างกว้างขวางถึงบทบาทของผู้พิพากษาศาลสูงสุดว่าควรมีท่าทีอย่างไรต่อความมั่นคงจึงจะเหมาะสม

ในความเห็นด้านหนึ่งมีความเห็นว่า ผู้พิพากษามีบทบาทอย่างจำกัดในการตัดสินประเด็นความมั่นคงของชาติ ความเห็นของฝ่ายนี้เห็นว่าฝ่ายบริหารคงไว้ซึ่งอำนาจทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางมากและถูกจำกัดไว้เท่าที่สภาคองเกรสได้กำหนดไว้เท่านั้น[407] ในทางตรงกันข้ามอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคำพิพากษาที่เป็นอิสระเป็นสิ่งสำคัญในการรักษาสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพของปัจเจกชนจากการแทรกแซงของฝ่ายการเมืองด้วยการอ้างความมั่นคงของชาติ ความเห็นของฝ่ายนี้สอดคล้องกับคำกล่าวของท็อกเกอร์วิลล์ (Tocqueville) ที่ว่า “แทบไม่มีคำถามทางการเมืองใดที่ไม่ช้าก็เร็วไม่กลายเป็นคำถามทางกฎหมาย”[408]

นอกจากนี้การพิจารณาคดีของศาลได้รับความสนใจจากสื่อมวลชนเป็นอย่างมากราวกับว่าประเด็นเหล่านี้เป็นประเด็นใหม่ที่มีลักษณะเฉพาะ และไม่เคยได้รับการพิจารณาโดยฝ่ายตุลาการมาก่อน สถานการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดการเข้าใจผิดเกี่ยวกับประเพณีของศาลในการตัดสินอรรถคดีด้านความมั่นคงที่มีมายาวนาน เนื่องจากก่อนหน้าเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 2001 มีกรณีทำนองเดียวกันที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจด้านความมั่นคง และศาลได้ปฏิเสธการพิจารณาคดีในลักษณะนี้มาก่อนแล้ว

ในการพิจารณาคดีของศาล ผู้พิพากษาจะคล้อยตามฝ่ายบริหารในประเด็นความมั่นคงและมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นในช่วงสถานการณ์วิกฤติ[409] ทำให้ขอบเขตการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในประเด็นความมั่นคงของชาติกว้างขวางมาก โดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงคำโต้แย้งในเนื้อหาของฝ่ายตรงข้ามระหว่างการพิจารณาคดี ศาลมักอ้างทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองเป็นจุดตัดสินเพื่อปฏิเสธการตัดสินตามคำขอที่มีประเด็นความมั่นคงของชาติ ด้วยเหตุนี้ท่าทีของศาลสูงสุดหลังเหตุการณ์ปี ค.ศ. 2011 ไม่ใช่สิ่งที่ไม่เคยเกิดขึ้นมาก่อน การที่ผู้คนเห็นว่าเป็นเรื่องใหม่อาจมีสาเหตุจากพลเมืองสหรัฐอเมริกาตื่นตัวกับการดำเนินการของฝ่ายบริหารในทางความมั่นคงของรัฐมากขึ้นกว่าในอดีต ในขณะที่ผู้พิพากษา

---

[407] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, pp. 1-2.

[408] Morley Winograd and Michael D. Hais, **Millennial Momentum: How a New Generation is Remaking America** (Chapel Hill: Rutgers University Press, 2011), p. 65.

[409] ในทางประวัติศาสตร์กรณีมีการกำหนดให้ศาลไกล่เกลี่ยตัดสินข้อขัดแย้งประเด็นเรื่องอำนาจการทำสงครามของประเทศระหว่างประธานาธิบดีและสภาคอนเกรส ส่วนใหญ่ศาลมักเห็นคล้อยตามกับฝ่ายบริหาร บทบาทของศาลได้สะท้อนอย่างชัดเจนในคดีที่ตัดสินโดยศาลสูงสุดคดีแรก ๆ ในศาลทหารที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอำนาจในการทำสงครามของสภาคอนเกรสและประธานาธิบดี ช่วงต้นศตวรรษที่ 19 ดูคดี Basv.Tingy, 4 U.S. 37, 4 Dall. 37 (1800)., Talbot v. Seeman, 5 U.S. 1,1 Cranch 1 (1801). และ Little v. Barreme, 6 U.S.170, 2 Cranch 170 (1804).

แรมซีย์ (Ramsey) ให้ความเห็นว่าหลักการของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองอธิบายได้ว่า ไม่ว่าอำนาจในการประกาศสงครามเป็นอำนาจของประธานาธิบดีหรือไม่ก็ตาม แต่เหตุผลในเรื่องความเหมาะสมของอำนาจหน้าที่ทางตุลาการ ศาลก็ไม่สามารถพิจารณาคดีที่มุ่งจะจำกัดอำนาจของประธานาธิบดีในการทำสงครามได้[410]

อย่างไรก็ตามมีกรณีที่ศาลตัดสินเป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายบริหารเช่นกัน แต่พบได้น้อยโดยคำพิพากษาจะถูกจำกัดอยู่ในกรอบหรือเป็นคำพิพากษาที่ไม่เกี่ยวข้องในทางปฏิบัติ หรือไม่ได้รับการปฏิบัติตาม[411] ในประเด็นที่ประธานาธิบดีใช้อำนาจไม่ชอบตามรัฐธรรมนูญ หัวหน้าผู้พิพากษาศาลชั้นต้นชี้ว่าการระงับการใช้หมายจับ (Suspensionofhabeascorpus) ของประธานาธิบดีลินคอล์นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[412] แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าฝ่ายปกครองของลินคอร์นเพิกเฉยต่อคำพิพากษาและคงกักขังผู้ถูกจับกุมในคุกทหารต่อไป อีกทั้งฝ่ายปกครองไม่ได้สนใจแม้กระทั่งการอุทธรณ์คำตัดสินของศาล

เหตุผลที่ศาลใช้ตัดสินคดีข้างต้นนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับคดีที่ศาลสูงสุดตัดสินว่าสำหรับมลรัฐที่ไม่ได้แยกตัวออกมาย่อมไม่สามารถนำกฎหมายทหารไปใช้บังคับกับมลรัฐนั้นได้ และศาลสามารถเปิดและดำเนินการได้ตามปกติ[413] ในกรณีนี้แม้ว่าศาลตัดสินในทางเป็นปฏิปักษ์ต่อฝ่ายบริหาร แต่คำพิพากษามีผลเฉพาะต่อพลเมืองของมลรัฐที่อยู่ภายในเครือ[414] ซึ่งเป็นการจำกัดผลกระทบของคำพิพากษาอย่างมากต่อนโยบายการสร้างประเทศใหม่ และกรณีที่ศาลตัดสินในทำนองเดียวกันปรากฏในคดีที่ศาลตัดสินว่าการใช้กฎหมายทหารในฮาวายช่วงสงครามโลกครั้งที่สองไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[415]

ในคดี Ex Parte Milligan และ Duncan มีข้อสังเกตว่าการจำกัดอำนาจของประธานาธิบดีในการประกาศและใช้บังคับกฎหมายทหาร คำพิพากษาเกิดขึ้นหลังจากที่ภัยจากสงครามลดน้อยลงแล้ว[416] ดังนั้นแม้ว่าคดีเหล่านี้ฝ่ายตุลาการจะมีส่วนเกี่ยวข้องในการตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารในประเด็นความมั่นคงของชาติ แต่ในความเป็นจริงแล้วคดีเหล่านี้ไม่ได้ยับยั้งความสามารถของฝ่ายบริหารในการปฏิบัติ

---

[410] Michael D. Ramsey, “Text and History in the War Powers Debate: A Reply to Professor Yoo,” **University of Chicago Law Review** 69, 4 (2002): 1719.

[411] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, p. 3.

[412] Ex Parte Merryman, 17 F. Cas. 144 (Cir. Ct. Dist. MD 1861)

[413] Ex Parte Milligan 71 U.S. 2, 4 Wall. 2 (1866)

[414] รัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกาในช่วงสงครามกลางเมือง ประกอบด้วย รัฐบาลของวอชิงตัน ดีซี มลรัฐอิสระทางตอนเหนือ 20 มลรัฐและมลรัฐเมืองขึ้นที่สนับสนุนอีก 5 มลรัฐ

[415] Duncan v. Kahanamoku 327 U.S. 304 (1946)

[416] Lawrence H. Tribe, **American Constitutional Law** (Mineola, NY: Foundation Press, 1978), pp, 180-181 quoted in Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, p. 5

ตามนโยบาย และเมื่อเวลาผ่านไปอำนาจของฝ่ายบริหารได้เพิ่มมากขึ้นบนพื้นฐานที่ศาลได้วางไว้ในคดี Marbury โดยศาลสหพันธรัฐจำกัดบทบาทตัวเองในประเด็นความมั่นคงของชาติและนโยบายการต่างประเทศ

บทบาทของตุลาการในเรื่องความมั่นคงปรากฏในคดีที่มีประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของสงครามเวียดนามบนพื้นฐานของความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย (Due Process) ในบทสรุปของความเห็นข้างมากของคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ภาคที่ 1 โดยคอฟฟิน (Coffin) ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ระดับสหพันธรัฐภาคที่ 1 มีความเห็นว่าในกรณีของการกักขังต่อไปโดยไม่มีเหตุผล ซึ่งฝ่ายบริหารได้กระทำโดยไม่มีข้อขัดแย้งหรือมีข้อเรียกร้องจากสภาคองเกรสในประเด็นเรื่องอำนาจ และฝ่ายบริหารได้รับการสนับสนุนจากสภาคอนเกรสนั้นไม่ฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญ สงครามที่เวียดนาม ซึ่งได้กระทำต่อผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นทหารหรือพลเรือน เป็นผลจากการกระทำของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติที่สนับสนุนซึ่งกันและกัน เมื่อทั้งสองฝ่ายไม่ได้คัดค้านกันจึงไม่มีความจำเป็นต้องกำหนดขอบเขตของอำนาจหรือการกระทำของแต่ละฝ่าย หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งคัดค้านการกักขังต่อไปและได้แสดงออกอย่างชัดเจนในประเด็นนี้ ศาลอาจมีความเห็นแตกต่างออกไปจากกรณีนี้ซึ่งคำถามเช่นนี้ยังไม่เกิดขึ้นและในอนาคตอันใกล้ก็ไม่น่าจะเกิดขึ้นด้วย[417]

การศึกษาบทบาทของศาลต่อประเด็นความมั่นคงของรัฐ คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์มีความสำคัญต่อการกำหนดนโยบายของประเทศเป็นอย่างมาก โดยศาลใช้ทฤษฎีนี้เป็นประจำในคดีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศด้วยการให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ตัดสินใจ ดังเห็นได้จากคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในปี ค.ศ. 2005 ซึ่งในการพิจารณาทำความเห็นของศาลอุทธรณ์ภาคที่สอง สอดคล้องและเหมาะสมกับนโยบายผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา ศาลได้ใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง เนื่องจากทฤษฎีนี้สะท้อนถึงความกังวลของศาลในเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งทางออกของศาลในคดีนี้เป็นการดำเนินรอยตามแนวคำพิพากษาก่อน ๆ ที่กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสหรัฐอเมริกา และอธิบายว่าคำพิพากษาของศาลในคดีนี้และในคดีอื่น ๆ ที่ใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองได้อ้างอิงมุมมองของรัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้แสดงไว้ในนโยบายอย่างเหมาะสมแล้ว[418]

ในปีเดียวกันศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐวอชิงตัน ดีซี (Washington D.C.) ได้มีคำพิพากษายืนตามศาลล่างว่าศาลไม่มีอำนาจตามหลักทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองที่จะพิจารณาคดีที่มีการกล่าวหาว่าสหรัฐอเมริกาให้การสนับสนุนการรัฐประหารในประเทศชิลีเป็นการขัดต่อกฎหมายละเมิดของสหรัฐอเมริกา (Federal Tort Claims Act) จากการละเลยการป้องกันการประหารชีวิตโดยรวบรัด

---

[417] Massachusetts v. Laird 451 F.2d 26 (1st Cir. 1971).

[418] Michael P. Fix and Kirk A. Randazzo, *op. cit.*, p. 8.

หรือโดยศาลเตี้ย การกักขังโดยไม่ชอบธรรม โหดร้าย ผิดมนุษย์ หรือการปฏิบัติอันเป็นการเหยียบย่ำศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ การทรมาน การฆ่าโดยมีเหตุอันชอบธรรม การข่มขืน และทำร้ายร่างกายอันเป็นการจงใจก่อให้เกิดความเสียหายแก่จิตใจ ผู้พิพากษาเซนเทล (Sentelle) เห็นว่าไม่มีข้อกังขาเกี่ยวกับการตัดสินใจยกฟ้องคดีนี้โดให้เหตุผลว่าการกระทำในด้านการต่างประเทศ และความมั่นคงของชาติเป็นการใช้อำนาจซึ่งมีเนื้อหาทางการเมืองอันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ได้อ้างทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง เช่น ศาลอุทธรณ์แห่งสหพันธรัฐได้อ้างทฤษฎีนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีที่มีการฟ้องเพื่อบังคับใช้ความตกลงระหว่างรัฐบาลซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร[419] ในการพิจารณาประเด็นอำนาจของศาลและทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองศาลได้ตัดสินว่าความตกลงในคดีพิพาทเป็นความตกลงระหว่างรัฐบาล ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายบริหาร และไม่ได้ให้สิทธิแก่เอกชนในการฟ้องคดีเพื่อให้มีการปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องในขอบเขตของนโยบายการต่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ[420]

ศาลอุทธรณ์ภาคที่ 10 ได้ใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในการยกฟ้องคดีที่มีประเด็นว่าหน่วยงานการบินแห่งสหพันธรัฐ (Federal Aviation Authority: FAA) มีอำนาจตัดสินว่าน่านฟ้าจำเป็นต่อการป้องกันชาติหรือไม่ ศาลได้ตัดสินว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองห้ามมิให้ศาลเดาหรือก้าวก่ายการตัดสินใจของหน่วยงานการบินแห่งสหพันธรัฐ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการจัดหาน่านฟ้าเพื่อการฝึกทหาร[421]

จากคำพิพากษาข้างต้นเป็นที่ชัดเจนว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองเป็นเครื่องมือสำหรับศาลล่างแห่งสหพันธรัฐในการเลี่ยงการตัดสินคดีในประเด็นความมั่นคงของประเทศและนโยบายการต่างประเทศ การใช้ทฤษฎีดังกล่าวอย่างต่อเนื่องทำให้ฝ่ายตุลาการมีการตัดสินคดีในลักษณะที่คล้อยตามฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ในคดีที่ศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐปฏิเสธการทบทวนคำพิพากษาของศาลล่างไม่ได้หมายความว่าศาลสูงสุดแสดงอย่างแจ้งชัดว่าได้สนับสนุนเหตุผลแห่งคำพิพากษาเหล่านี้ แต่เป็นการแสดงให้เห็นว่ามีแนวทางทางในการยกเลิกการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ดังนั้นแม้ว่าศาลสูงสุดจะลดการใช้ทฤษฎีนี้แต่ก็ไม่ได้ชี้นำให้ศาลล่างกระทำเช่นนั้น ในการนำทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในคดีที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศส่งผลให้ฝ่ายตุลาการคล้อยตามฝ่ายบริหารในคดีเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ

---

[419] ทหารผ่านศึกชาวเกาหลีหลายคนได้ฟ้องสหรัฐอเมริกาเพื่อเรียกค่าเสียหายซึ่งอ้างว่าสหรัฐอเมริกา ได้ตกลงที่จะจ่ายสาธารณรัฐเกาหลีเพื่อตอบแทนการเข้าร่วมสงครามเวียดนามของกองทัพ

[420] Kwan v. United States 272 F.3d

[421] Custer County Action Ass'n v. Garvey 256 F. 3d

ในการตัดสินใจเกี่ยวกับสงครามเป็นอำนาจของประธานาธิบดี เป็นเรื่องที่ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะให้ศาลเข้าไปยับยั้งหรือจำกัดอำนาจเกี่ยวกับสงครามหรือแสดงบทบาทในการสงคราม การดำเนินคดีในเรื่องความมั่นคงของชาติที่ดูเหมือนว่าจะเพิ่มขึ้นอย่างมากหลังเหตุการณ์วันที่ 11 กันยายน ค.ศ. 2001 เป็นส่วนหนึ่งของแนวคำพิพากษาของข้อพิพาทที่ดำเนินมาตลอดของนโยบายระหว่างประเทศในช่วงสถานการณ์วิกฤติรัฐบาลมีแนวโน้มจะละเมิดสิทธิของปัจเจกบุคคลมากขึ้น ส่งผลให้คดีด้านนโยบายความมั่นคงของประเทศมีมากขึ้นตามไปด้วย ซึ่งการศึกษาแนวการพิพากษาคดีนับแต่สมัยสงครามกลางเมืองมาจนถึงศตวรรษที่ 20 ทำให้เห็นว่าสถานการณ์ด้านกฎหมายที่เป็นอยู่ไม่ได้แตกต่างไปจากประวัติศาสตร์แต่เป็นส่วนหนึ่งของทิศทางที่เป็นมาอย่างต่อเนื่องทั้งในส่วนจำนวนคดีและลักษณะแนวคำพิพากษาของศาล

ประเด็นต่าง ๆ ที่จัดเป็นทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา เห็นว่าตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่มุ่งแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการ และอำนาจบริหารออกจากกัน เพื่อให้แต่ละฝ่ายทำหน้าที่ได้อย่างอิสระโดยมีจุดเกาะเกี่ยวในการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวต่างเป็นส่วนที่สนับสนุนความยืดหยุ่นและความคล่องตัวในการใช้อำนาจบริหาร โดยเฉพาะในเรื่องทางการทูตและในทางระหว่างประเทศ ในประเด็นการกระทำในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หากพิจารณาในขอบเขตอำนาจของแต่ละองค์กรตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ลักษณะการกระทำเป็นที่เห็นได้ชัดว่าความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นกิจการทางนโยบายที่รัฐใช้ในการมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่นเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนโดยเฉพาะเรื่องที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชนในรัฐและผลประโยชน์ของประเทศ แม้เป็นที่ยอมรับว่าศาลมีความเป็นกลางและเป็นองค์กรที่ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรอื่นก็ตาม แต่การให้ศาลเข้ามาทำหน้าที่ในการมีส่วนร่วมในเรื่องทางระหว่างประเทศย่อมไม่ใช่สิ่งที่เหมาะสมอีกทั้งเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารอีกด้วย

นอกจากประเด็นเกี่ยวกับความมั่นคงทางทหารจัดอยู่ในลักษณะของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาแล้ว ในฝรั่งเศสและญี่ปุ่นศาลได้วางแนวทางว่าเรื่องเกี่ยวกับการใช้กำลังทางทหาร การสู้รบ การทำสงคราม หรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวเนื่องกับความมั่นคงของชาติ เป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกัน การดำเนินการทางทหารของฝรั่งเศสในสงครามโคโซโว[422] สภาแห่งรัฐไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำอันเกิดจากการตัดสินใจของรัฐบาล แต่มีข้อยกเว้นเกี่ยวกับประเด็นความเสียหายที่สภาแห่งรัฐสามารถตัดสินคดีทำนองนี้ได้ ในการกระทำของฝรั่งเศสในเหตุการณ์กบฏแอลจีเรียซึ่งทำให้ทรัพย์สินของอิตาลีเสียหาย สภาแห่งรัฐเห็นว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในภาวะสงคราม

---

[422] C.E., Mégret et Mekhantar, 5 กรกฎาคม 2000; Ildikó Marosi and Lóránt Csink, *op. cit.*, p. 122.

และเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงไม่อาจรับพิจารณาคดีได้ แต่มีข้อยกเว้นที่สภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณาได้หากมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษให้ผู้ได้รับความเสียหายฟ้องเรียกค่าเสียหายที่ได้รับในช่วงของสงคราม[423] การออกมาตรการของรัฐบาลในการปฏิเสธการให้ทรัพย์สินอยู่ในการยึดครองของศัตรูในช่วงเวลาของสงคราม[424] และการตัดสินใจของประธานาธิบดีชาร์ค ชีรัค (Jacque Chirac) ที่ให้ดำเนินการทดลองนิวเคลียร์ที่หมู่เกาะมหาสมุทรแปซิฟิค ในปี ค.ศ. 1955 แม้ว่าองค์การกรีนพีซ (Greenpeace) จะได้ทัดทานและขอให้ยกเลิกก็ตาม[425] การตัดสินใจดังกล่าวนับเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อาจแยกการกระทำส่วนนี้ออกมาต่างหากได้ เนื่องจากการตัดสินใจของประธานาธิบดีเป็นผลมาจากการเจรจาสนธิสัญญาระงับการทดลองนิวเคลียร์ฉบับใหม่ ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดีได้[426] ในคดีนี้การทดลองอาวุธนิวเคลียร์เป็นการใช้อำนาจทางบริหารในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างหนึ่งเช่นกัน เนื่องด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประเทศย่อมหมายรวมถึงความสัมพันธ์เชิงบวกและเชิงลบด้วยการกำหนดเขตพื้นที่ปลอดภัยในน่านน้ำระหว่างประเทศสำหรับการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์[427] การที่รัฐบาลออกคำสั่งให้สถานีวิทยุกระจายเสียงฝรั่งเศสส่งสัญญาณรบกวนการกระจายเสียงไปยังคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ (อันดอร์รา)[428] และการตัดสินใจที่จะอนุญาตให้เครื่องบินทหารของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษผ่านน่านฟ้าของฝรั่งเศสในการดำเนินภารกิจในอิรัก[429]

สำหรับการดำเนินการทางบริหารด้านความมั่นคงของญี่ปุ่น ตามที่ศึกษามาแล้วว่าการที่รัฐบาลตรากฎหมายขึ้นโดยอาศัยสนธิสัญญาในคดี Sunakawa เป็นการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลญี่ปุ่นกับรัฐอื่นศาลจึงไม่รับพิจารณาคดีเนื่องจากเป็นปัญหาในทางการเมือง สนธิสัญญา

---

[423] C.E., Societelznazio Messina Ignazio Messina., 30 มีนาคม 1966; Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, p. 163.

[424] C.E., Sohr, 22 พฤศจิกายน 1949; Marceau Long et al., *op. cit.* p. 21.

[425] C.E., Association Greenpeace France, 29 กันยายน 1995; Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, pp. 163-164.

[426] Tim Koopmans, *op. cit.* pp. 101-102.

[427] C.E., Ass. Paris de Bollardière, 11 กรกฎาคม 1975; Marceau Long et al., *op. cit.* p. 21.

[428] T.C., Radiodiffusion française, 2 กุมภาพันธ์ 1950; Lionel Neville Brown et al., *op. cit.*, pp. 151-161.

[429] C.E., Comité contre la guerre en Irak, 30 ธันวาคม 2003; Marceau Long et al., *op. cit.*, p. 21.

ดังกล่าวนี้เป็นสนธิสัญญาความมั่นคงระหว่างสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่น มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองอย่างสูงและเป็นพื้นฐานสำคัญอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของชาติ การกระทำของรัฐบาลในกรณีนี้จึงเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความมั่นคงของรัฐด้วย

นอกจากนี้กรณีการกระทำที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 9 ศาลนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้เช่นกัน[430] ซึ่งมาตรานี้อยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยการละเว้นสงคราม ผู้ศึกษาเห็นว่าการละเว้นสงครามเป็นการใช้อำนาจด้านความมั่นคงประการหนึ่ง มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ชาติดำรงอยู่บนสันติภาพระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำที่ส่งผลต่อความมั่นคงของประเทศโดยปริยาย อย่างไรก็ตามศาลไม่ได้ยึดทฤษฎีนี้ในการตัดสินคดีเสมอไป อย่างเช่นในคดี Naganuma เป็นเรื่องเกี่ยวกับการป้องกันตนเองของรัฐ ซึ่งไม่ปรากฏทฤษฎีนี้ในการตัดสินของศาลชั้นต้นแต่อย่างใด[431] ในคดีนี้ศาลชั้นต้น (Sapporo District Court) รับวินิจฉัยการกระทำที่เป็นการป้องกันตนเองของรัฐ (The Self Defense Forces) และชี้ว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในขณะที่อีกสองศาล ได้แก่ ศาลสูงแห่งซับโปโร และศาลสูงสุดมีความเห็นต่างจากศาลชั้นต้น โดยเห็นว่าการกระทำที่เกี่ยวกับการที่รัฐป้องกันตนเองศาลไม่สามารถตัดสินคดีได้โดยอ้างถึงทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง[432]

การดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในด้านความมั่นคงของประเทศไทย ตามที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 ว่ารัฐบาลไม่ใช่บุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงถูกฟ้องไม่ได้ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้โจทก์ได้รับความเสียหายจากการประกาศสงครามของรัฐบาล แม้เหตุผลที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีไม่ได้อ้างถึงการกระทำทางรัฐบาล แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่ศาลไม่ตัดสินคดีนี้มีเหตุผลมาจากศาลเห็นว่าการดำเนินการของรัฐบาลในการประกาศสงครามเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรก้าวล่วงการกระทำทางบริหาร หากพิจารณาข้อเท็จจริงของคดีกับข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล และเปรียบเทียบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศ กล่าวได้ว่าการประกาศสงครามของฝ่ายบริหารเป็นการดำเนินการด้านความมั่นคงของรัฐ ซึ่งอยู่นอกเหนือการพิจารณาคดีของศาล

2.2.5 กระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย

จากการศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยตามแนวทางการวินิจฉัยคดีของศาลและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง พบว่าเรื่องทางนโยบายเป็นประเด็นที่ศาลนำมาใช้ปฏิเสธการรับพิจารณาคดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล การกระทำของรัฐบาลที่เป็นเรื่องทางนโยบายศาลไม่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องได้

---

[430] Kenneth L. Port “The Story of Article 9 of the Japanese Constitution,” **Selected Works** (September 2008): 40.

[431] *Ibid.*

[432] HANREI JIHŌ 712, 24 (Sapporo Dist. Ct., Sep. 7, 1973)

โดยคณะกรรมการร้องทุกข์วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา เนื่องจากพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้จำกัดไม่ให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง อีกทั้งตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการดำเนินงานทางปกครองได้กำหนดห้ามนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรี[433] แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไทยยอมรับว่าการกระทำของรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และการกระทำของคณะรัฐมนตรีอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารไม่อยู่ภายใต้วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

ในการพิจารณาแนวทางการนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนนี้ไปใช้ มีบันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ดังนี้[434] สืบเนื่องจากที่มีข้อหารือว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติของคณะรัฐมนตรี ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากเป็นการกระทำของคณะรัฐมนตรีซึ่งเข้าข้อยกเว้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ในขณะที่กฎหมายนี้ไม่นำไปใช้กับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี แต่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณากฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ไม่มีการแบ่งแยกการกระทำของคณะรัฐมนตรีไว้ว่าการกระทำประเภทใดที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาได้[435]

นอกจากนี้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีบทบัญญัติที่ห้ามนำกฎหมายไปใช้บังคับแก่การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง[436] โดยเฉพาะไม่ให้บังคับใช้กฎหมายแก่การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ[437] ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายในกรอบของงานทางนโยบายที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบดูแลโดยตรง และเป็นเรื่องละเอียดอ่อน

---

[433] มาตรา 4 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[434] บันทึกของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 838/2541

[435] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กฎหมายปกครอง,** หน้า 316.

[436] มาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

[437] มาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ที่รัฐบาลจะต้องเป็นผู้พิจารณาตัดสินใจรวมถึงการรับผิดชอบในทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัตินี้

ตัวอย่างคดีที่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาในเรื่องนโยบาย เช่น การที่ผู้ฟ้องคดีถูกปลดออกจากราชการและถอดยศทหารเนื่องจากถูกจำคุกในคดีอาญาทำให้ไม่มีสิทธิรับเงินบำเหน็จบำนาญ ภายหลังผู้ฟ้องทราบว่ารัฐบาลมีนโยบายคืนเงินบำเหน็จบำนาญแก่ข้าราชการที่ต้องโทษ จึงขอให้ศาลมีคำสั่งให้กองทัพจ่ายเงินบำนาญให้ตนเอง ศาลเห็นว่าการกำหนดนโยบายและการดำเนินนโยบายไม่ใช่การใช้อำนาจปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง[438] และการกระทำของนายกรัฐมนตรีที่อาศัยอำนาจแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 จำคุกผู้ฟ้องคดีเป็นการตัดสินใจเพื่อป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน และกฎหมายรับรองว่าการสั่งการ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำไปชอบด้วยกฎหมาย เป็นการใช้อำนาจอันมีลักษณะเฉพาะพิเศษเพื่อประโยชน์ในเรื่องความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของราชอาณาจักรตามที่ธรรมนูญการปกครองได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ จึงมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง[439] นอกจากนี้มีคดีที่น่าสนใจแก่การศึกษา คือ คดีการรับจำนำข้าวของรัฐบาล ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

การดำเนินโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล เป็นหนึ่งในนโยบายเร่งด่วนของรัฐบาลพรรคเพื่อไทยที่เริ่มดำเนินการในปีแรกที่เข้ารับตำแหน่ง[440] หลังจากการออกนโยบายได้มีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 153/2554 โดยนายกรัฐมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ (กขช.) การแต่งตั้งกรรมการนี้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11(6) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเสนอกรอบนโยบาย การอนุมัติแผนงาน โครงการ และมาตรการเกี่ยวกับการผลิตและการตลาด รวมถึงการติดตาม กำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบาย มาตรการ และโครงการที่อนุมัติ โดยนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการของคณะกรรมการชุดนี้ด้วย

ในขณะนี้มีการดำเนินคดีกับอดีตนายกรัฐมนตรีจากการดำเนินโครงการรับจำนำข้าวที่มีการทุจริต ข้อมูลจากการศึกษาวิจัยของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย พบว่ามูลค่าการทุจริตจาก

---

[438] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 204/2553

[439] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 666/2552

[440] สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, **สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรีวันที่ 13 กันยายน 2554 เรื่อง โครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2554/55**, ค้นวันที่ 2 ธันวาคม 2558 http://www.soc.soc.go.th/SLK/showlist3.asp?pagecode=111388&pdate=2011/09/13 &pno=1&pagegroup=1

การขายข้าวของรัฐบาลอยู่ที่ประมาณ 84.5-102 พันล้านบาท[441] มีผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้วินิจฉัยยับยั้งหรือยุติโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล เนื่องจากโครงการดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และนักวิชาการรวมทั้งผู้ที่เกี่ยวข้องหลายภาคส่วนได้ทักท้วงปัญหาทุจริตคอร์รัปชั่นของโครงการนี้ต่อรัฐบาล[442] ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่าการที่ศาลจะรับคำร้องเรื่องใดไว้พิจารณาวินิจฉัยได้นั้นต้องมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่คำร้องที่ยื่นในคดีนี้ได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล ซึ่งเป็นกรณีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาล ประกอบกับผู้ร้องมิใช่เป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และมิใช่การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำร้องในคดีนี้จึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 ศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีมติเป็นเอกฉันท์ไม่รับคำร้องไว้พิจารณา[443]

ในส่วนการดำเนินคดีอาญา อัยการสูงสุดได้ยื่นฟ้องนายกรัฐมนตรีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 จากการไม่ระงับยับยั้งโครงการจำนำข้าว ขณะนี้คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาล การฟ้องร้องคดีนี้อาศัยข้อเท็จจริงจากการที่นายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการของคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายอาญา เนื่องจากเป็นบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งตามกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญาด้วย และการกระทำที่เป็นมูลเหตุของการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญานี้เป็นการกระทำที่แยกส่วนออกมาจากการกำหนดนโยบายของนายกรัฐมนตรี

---

[441] สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, **รายงานฉบับสมบูรณ์โครงศึกษาวิจัย เรื่อง "การทุจริตกรณีการศึกษา: โครงการรับจำนำข้าวทุกเม็ด** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2557), หน้า 6-6.

[442] *เรื่องเดียวกัน,* หน้า 6-6.

[443] "ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคดีร้องเลิกจำนำข้าว," **ไทยรัฐออนไลน์** (11 ตุลาคม 2555), ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2559 จาก http://www.thairath.co.th/content/297691

นอกจากนี้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติได้ไต่สวนข้อเท็จจริงและมีมติให้ถอดถอนนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง เนื่องมาจากการไต่สวนข้อเท็จจริงสรุปว่าอดีตนายกรัฐมนตรีทราบว่าโครงการรับจำนำข้าวมีปัญหาการทุจริต ดังนี้[444]

ประการแรก การได้รับหนังสือทักท้วงจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าโครงการจำนำข้าวจะก่อให้เกิดการทุจริตอย่างมหาศาลและทุกขั้นตอน

ประการที่สอง การทราบการทุจริตการดำเนินโครงการจากการอภิปรายของสภาผู้แทนราษฎร

ประการที่สาม การได้รับรายงานจากประธานคณะอนุกรรมการปิดบัญชีโครงการที่ระบุว่ามีความเสียหายสองแสนล้านบาท

ประการสุดท้าย มีชาวนาที่ร่วมโครงการจำนำข้าวจำนวนมากที่ไม่ได้รับเงินจากการจำนำ

ในเวลาต่อมาสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติถอดถอนนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง

จากข้อเท็จจริงของคดีรับจำนำข้าวและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น ประเด็นที่ต้องศึกษามีว่าโครงการรับจำนำข้าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ การวิเคราะห์ประเด็นนี้ส่งผลต่ออำนาจวินิจฉัยคดีของศาลโดยตรง เมื่อนำข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลตามที่ศึกษาในหัวข้อ 2.1 มาวิเคราะห์ สามารถอธิบายได้ ดังนี้ โครงการรับจำนำข้าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐบาล ซึ่งอาศัยฐานที่มาแห่งอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายพระราชบัญญัติ เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ของลักษณะของการกระทำการดำเนินการนี้เป็นงานทางการเมืองหรืองานทางนโยบายอย่างชัดแจ้ง โดยเป็นการกำหนดแนวทางหรือนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน อันเป็นภารกิจหลักอย่างแท้จริงของฝ่ายบริหาร ถ้าไม่มีการกำหนดนโยบายดังกล่าวการดำเนินการในระดับปฏิบัติเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากพิจารณาตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองตามแบบอย่างของสหรัฐอเมริกา การดำเนินนโยบายทางการเมืองเช่นนี้เป็นเรื่องที่ศาลถูกจำกัดอำนาจการตรวจสอบเนื่องจากศาลไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจขององค์กรอื่น โดยให้องค์กรทางการเมืองทำหน้าที่จัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้น อีกทั้งในการกำหนดนโยบายเพื่อช่วยเหลือชาวนา ไม่มีกฎหมายบังคับให้รัฐบาลต้องดำเนินนโยบายรับจำนำข้าว โดยรัฐบาลสามารถเลือกแนวทางในการช่วยเหลือชาวนาได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการประกันราคาข้าว การรับจำนำข้าว หรือการให้ทุนชาวนา หรือด้วยแนวทางอื่นใด การที่รัฐบาลเลือกใช้วิธีการรับจำนำข้าวขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของรัฐบาลจึงเป็นอำนาจดุลพินิจไม่ใช่อำนาจที่ถูกผูกพันตามกฎหมาย

---

[444] สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, **ป.ป.ช. มีมติเอกฉันท์ให้เรียกนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร รักษาการณ์นายกรัฐมนตรีมารับทราบข้อกล่าวหากรณีทุจริตโครงการรับจำนำข้าว,** ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2559 จาก http://www.nacc.go.th/images/article/freetemp/article_20140218141420.pdf

จากเหตุผลดังกล่าวนี้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในนโยบายรับจำนำข้าวของรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล การกระทำในส่วนนี้จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล ในประเด็นอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีรับจำนำข้าวนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งการดำเนินโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาลเป็นนโยบายตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ไม่ใช่บทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลจะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ และไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลพิจารณาเรื่องนโยบายได้ หากศาลรับพิจารณาคดีจะเป็นการแทรกแซงนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ได้ดำเนินการตามที่ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภาก่อนเข้ารับตำแหน่ง

ประเด็นที่ต้องศึกษาต่อมามีว่า ในกรณีการรับจำนำข้าวแม้เป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่หากมีการดำเนินการผิดพลาดก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อประเทศ รัฐบาลต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายหรือไม่ ในประเด็นนี้เห็นว่าโดยหลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ไม่อาจมีการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายอันเกิดจากการกระทำทางรัฐบาลได้ อีกทั้งลักษณะของการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของฝ่ายบริหารเป็นภารกิจหลักของรัฐในการบริหารราชการแผ่นดินโดยมีวัตถุประสงค์ในการช่วยเหลือชาวนาเป็นสำคัญ ไม่ใช่การดำเนินการเพื่อแสวงหาผลกำไร เพราะฉะนั้นในหลักการและในทางปฏิบัติ จึงเป็นไปไม่ได้ที่ฝ่ายบริหารจะได้ผลกำไรจากการดำเนินนโยบายดังกล่าว รวมทั้งการดำเนินนโยบายอื่นล้วนเป็นภารกิจหลักของรัฐบาลที่กระทำการแทนรัฐในการพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชน หากรัฐบาลอยู่ในบังคับที่ต้องคำนึงถึงเรื่องกำไรและขาดทุนในการดำเนินนโยบายจะทำให้รัฐบาลไม่สามารถกำหนดนโยบายใด ๆ ได้เลย หากเล็งเห็นว่าการดำเนินนโยบายจะขาดทุน และในกรณีจำนำข้าวนี้หากศาลรับพิจารณาคดีพิพาทอันเป็นเรื่องของนโยบายที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ทุกนโยบายที่ก่อให้เกิดความเสียหายย่อมถูกฟ้องร้องดำเนินคดีได้ทั้งสิ้น ซึ่งอาจมีการเรียกค่าเสียหายจากอดีตรัฐบาล อดีตคณะรัฐมนตรีที่ตัดสินใจดำเนินการทางนโยบายแล้วเกิดข้อผิดพลาดหรือขาดทุนได้เช่นกัน ดังนั้นวิธีการที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกรณีนี้จึงต้องใช้กลไกทางรัฐสภา เช่น การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจเพื่อให้ฝ่ายค้านอภิปรายแล้วลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร หรือเพื่อให้ประชาชนได้รับทราบข้อเท็จจริงสำหรับนำไปใช้ตัดสินใจในการเลือกตั้งผู้แทนครั้งต่อไป

ในส่วนการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการใช้อำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตมีอำนาจหน้าที่ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งนำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภาในกรณีมีการร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมีอำนาจไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งทำความเห็นส่งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของ

ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในกรณีมีผู้กล่าวหาร้องเรียนให้ดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเนื่องจากกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น แม้ว่านโยบายรับจำนำข้าวไม่อาจถูกตรวจสอบได้ในทางศาล แต่ข้อจำกัดนี้ไม่รวมถึงองค์กรอิสระซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและได้รับอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญด้วย

ปัญหาที่ต้องศึกษาประการต่อมามีว่า นโยบายการรับจำนำข้าวขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำให้การดำเนินการทุกอย่างตลอดโครงการเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดหรือไม่ เนื่องจากหากยึดหลักการที่ว่าการดำเนินการภายใต้นโยบายของรัฐบาลเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งสิ้นแล้ว อาจมีปัญหาตามมาว่าการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการขับเคลื่อนตามนโยบายนี้ก่อให้เกิดความเสียหายจำนวนมากแก่รัฐ ฝ่ายบริหารก็ไม่ต้องความรับผิดต่อการกระทำของตนเองเลยอย่างนั้นหรือ ผู้ศึกษาเห็นว่าจำเป็นต้องแยกพิจารณาเป็นส่วน ๆ ไป เนื่องจากแม้ว่าการวางนโยบายตลอดจนการดำเนินการตามนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นการใช้อำนาจบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลก็ตาม แต่การทำหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในฐานะประธานกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ ไม่ได้อยู่ในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในการกำหนดนโยบาย โดยนายกรัฐมนตรีมีหน้าที่ติดตาม กำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบายและมาตรการของข้าราชการฝ่ายประจำ มีหน้าที่ควบคุมสอดส่องดูแลเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งนำนโยบายไปปฏิบัติเพื่อไม่ให้รัฐเกิดความเสียหาย อำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในส่วนนี้เป็นการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครอง โดยการเป็นประธานคณะกรรมการดังกล่าวไม่ใช่อำนาจทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการแต่งตั้งคณะกรรมการชุดนี้เกิดขึ้นจากกฎหมายระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน การใช้อำนาจของคณะกรรมการนี้จึงอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนี้และอาศัยอำนาจตามประกาศ กฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการรับจำนำข้าวอันเป็นอำนาจตามกฎหมายในทางปกครองทั้งสิ้น ไม่ใช่อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการพิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจ ส่วนหลักเกณฑ์ด้านลักษณะของการกระทำ พิจารณาได้ว่าการกระทำของคณะกรรมการนี้เป็นงานประจำ แม้ว่านโยบายจำนำข้าวเป็นงานทางการเมืองหรืองานทางนโยบายก็ตาม แต่การดำเนินงานของคณะกรรมการเป็นงานที่ทำให้การดำเนินนโยบายสำเร็จลุล่วงไปโดยการกำกับการทำหน้าที่ในระดับปฏิบัติการ ซึ่งเป็นไปตามเหตุผลของการแต่งตั้งตั้งคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นมาเพื่อให้การดำเนินการของรัฐบาลในการแก้ปัญหาสินค้าข้าวเกิดผลสำเร็จ และเมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ลักษณะของอำนาจ การใช้อำนาจของประธานกรรมการรวมทั้งกรรมการถูกผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้นนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นประธานกรรมการจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจตัดสินใจกระทำ

การเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากนี้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีหน้าที่ตามกฎหมายการบริหารราชการแผ่นดินในการกำกับการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายด้วย[445]

จากการวิเคราะห์ข้อเท็จจริงกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ การทำหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในตำแหน่งประธานกรรมการจึงเป็นการกระทำทางปกครอง ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีที่จะดำเนินคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการรับจำนำข้าวของรัฐบาล ต้องกระทำโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่านายกรัฐมนตรีเพิกเฉยต่อการกระทำตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากนายกรัฐมนตรีได้รับทราบปัญหาอันเกิดจากการดำเนินนโยบายรับจำนำข้าวแล้วแต่ยังคงดำเนินการต่อไป ถือได้ว่านายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐละเลยต่อหน้าที่เป็นเหตุให้ประเทศเกิดความเสียหาย เป็นละเมิดอันเกิดจากอำนาจปกครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ต้องฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีในศาลปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาคดีได้ โดยเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

อย่างไรก็ตามในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติได้ให้เหตุผลในการลงมติถอนถอนนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง จากการทุจริตการดำเนินนโยบายจำนำข้าวโดยอ้างว่านายกรัฐมนตรีได้รับการทักท้วงแล้วว่าโครงการรับจำนำข้าวจะก่อให้เกิดการทุจริต มีปัญหาที่น่าพิจารณาว่านายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าสูงสุดของฝ่ายบริหารจำต้องปฏิบัติตามคำทักท้วงของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติหรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีอำนาจหน้าที่ไต่สวนข้อเท็จจริงและสรุปสำนวน พร้อมทั้งนำความเห็นเสนอต่อวุฒิสภากรณีมีการร้องขอให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี[446] แต่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติไม่ได้มีอำนาจหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายในการทักท้วงหรือชี้แนะการดำเนินการของรัฐบาล ประกอบกับการดำเนินการของรัฐบาลต้องเป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงต่อรัฐสภาก่อนรัฐบาลเข้ารับตำแหน่ง และรัฐบาลต้อง

---

[445] มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534

[446] รวมถึงสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด อัยการสูงสุด กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน รองประธานศาลฎีกา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าสำนักตุลาการทหาร รองอัยการสูงสุด ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง และผู้ดำรงตำแหน่งอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย

รับผิดชอบต่อรัฐสภา ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงไม่ถูกผูกพันตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ การที่รัฐบาลเพิกเฉยต่อคำแนะนำดังกล่าวไม่อาจนำมาเป็นเหตุที่จะถือว่ารัฐบาลละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด โดยการพิจารณาว่ารัฐบาลต้องรับผิดตามกฎหมายหรือไม่นั้นควรที่จะต้องพิจารณาตามข้อเท็จจริงจากการทำหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีในฐานะประธานกรรมการของคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติเป็นสำคัญว่ามีการละเลยต่อหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดการทุจริตในขั้นตอนใดโดยมีพยานหลักฐานอย่างชัดเจน

จากข้อเท็จจริงในคดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา คดีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... คดีการยุบสภาผู้แทนราษฎร และคดีรับจำนำข้าว คดีดังที่กล่าวมานี้เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจ และมีลักษณะเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองเหมือนกัน รวมทั้งการตัดสินใจกระทำการในกรณีข้างต้นล้วนเกี่ยวข้องกับการกำหนดทิศทางของการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ใช่งานที่มีลักษณะงานประจำอย่างเช่นการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ในระดับปฏิบัติการ

ในส่วนความแตกต่างของคดี แยกพิจารณาได้ ดังนี้ คดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา และคดีรับจำนำข้าว เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในเชิงนโยบายเหมือนกัน แต่การทำคำแถลงการณ์ร่วมเป็นเรื่องของนโยบายต่างประเทศ ส่วนคดีรับจำนำข้าวเป็นเรื่องของนโยบายภายใน ในขณะที่คดีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... เป็นการกระทำในเรื่องของการดำเนินการตรากฎหมาย ในส่วนการยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในคดีที่กล่าวมามีฐานอำนาจของการกระทำจากรัฐธรรมนูญ เป็นการกระทำโดยใช้อำนาจดุลพินิจ และเป็นงานทางการเมืองเช่นเดียวกัน แต่สิ่งที่ทำให้ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ถูกตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจวินิจฉัยแก่ศาลไว้ ส่วนคดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ จึงอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ในขณะที่คดีรับจำนำข้าวศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคดีไว้วินิจฉัยเนื่องจากเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมาย แต่ในขั้นตอนของการดำเนินงานอาจมีการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองเกิดขึ้นได้ ซึ่งจะส่งผลให้การกระทำในส่วนนี้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้ จากเหตุผลในการพิจารณาคดีของศาลดังกล่าวนี้ กล่าวได้ว่าการยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นคดีเดียวที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลทุกศาลอย่างเด็ดขาด และแม้แต่ในรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้ให้อำนาจศาลวินิจฉัยการยุบสภาไว้

2.3 วิเคราะห์เกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทย

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารของไทยโดยคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี สามารถกระทำการได้ทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพราะฉะนั้นการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองเหมือนกัน คือ การกระทำทั้งสองประการนี้เกิดจากคณะรัฐมนตรีได้เช่นเดียวกัน ปัญหาจึงมีว่าจะใช้เกณฑ์อะไรในการพิจารณาว่าคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็นองค์กรฝ่ายบริหารอันเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือในฐานะองค์กรฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง จากการศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล มีข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล 3 ประการ ได้แก่ ข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจ และข้อพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ และจากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลที่จำกัดอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และไทยมาแล้ว ในส่วนนี้ผู้ศึกษาได้นำข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลมาวิเคราะห์ว่าข้อพิจารณาดังกล่าวนั้นนำมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยได้ หรือไม่ เพียงใด เพื่อค้นหาแนวทางการกำหนดเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเกณฑ์ที่นำมาศึกษาวิเคราะห์ ได้แก่ เกณฑ์พิจารณาด้านองค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาล เกณฑ์พิจารณาจากลักษณะของอำนาจดุลพินิจ และเกณฑ์พิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ

2.3.1 เกณฑ์พิจารณาด้านองค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาล

ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทย เกณฑ์ข้อแรกที่ต้องนำมาพิจารณา คือ เกณฑ์พิจารณาด้านองค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาล ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจองค์กรรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยมีทั้งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ แต่กระทำทางรัฐบาลต้องเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น การกำหนดเกณฑ์ด้านองค์กรดังกล่าวนี้ ทำให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ ไม่สามารถมีการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างเด็ดขาด ซึ่งพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิมตามระบบกฎหมายไทย การที่ผู้ศึกษาเสนอหลักเกณฑ์ข้อนี้สืบเนื่องจากผลการศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ได้ข้อสรุปว่าทฤษฎีดังกล่าวเกิดขึ้นจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อีกทั้งหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น แม้ว่าไม่ใช่เรื่องเดียวกันกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล แต่การที่ศาลจำกัดอำนาจการตรวจสอบการกระทำตามหลักการกระทำของรัฐและการกระทำที่เป็นปัญหาในทางการเมือง มีลักษณะคล้ายกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ทฤษฎีและ

หลักการของประเทศดังกล่าวนี้จึงมีข้อสรุปเหมือนกัน คือ องค์กรตุลาการยอมรับว่าการดำเนินงานทางบริหารซึ่งอยู่ในขอบเขตอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล

2.3.2 เกณฑ์พิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ต้องเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้จัดวางโครงสร้างการเมืองการปกครอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับได้กำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยไว้ โดยที่รัฐบาลเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งหลักการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจึงเป็นองค์กรที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจกระทำการต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ดีการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจมาจากกฎหมายอื่นได้เช่นกัน ดังนั้นนอกจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี เป็นหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้เช่นเดียวกัน ซึ่งความหมายของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กระทรวงเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงตามพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารกิจการที่อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ส่วนคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

เมื่อพิจารณาอำนาจวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง คดีที่จะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองมีลักษณะเป็นคดีปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง การใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งมีที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติ จึงเป็นการกระทำที่อยู่อำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ด้วยเหตุนี้การกระทำทางรัฐบาลจึงต้องเป็นการกระทำที่อาศัยฐานที่มาแห่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กล่าวได้ว่าอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้กระทำการที่เป็นอำนาจทางรัฐบาลและเป็นการกระทำทางรัฐบาลเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

2.3.3 เกณฑ์พิจารณาจากลักษณะของอำนาจ

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งมีที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องนำเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากลักษณะของอำนาจมาใช้พิจารณาด้วย เนื่องจากอำนาจรัฐทางบริหารที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีลักษณะเป็นอำนาจดุลพินิจทางบริหาร และเมื่อย้อนกลับไปพิจารณาจุดเริ่มต้นของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเกิดจากการต้องการให้

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจในทางบริหารได้โดยไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจตัดสินใจได้ว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินกิจกรรมใด ซึ่งการตัดสินใจเลือกกระทำการใดหรือไม่ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมของการดำเนินงานทางบริหาร ดังนั้น สิ่งที่ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลต้องการรักษาไว้ คือ อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร[447]

เนื่องจากเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลข้างต้นนี้ เสนอให้พิจารณาจากองค์กรที่ใช้อำนาจ แหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ และลักษณะของอำนาจที่ใช้กระทำการ ผู้ศึกษาไม่ได้เสนอให้นำลักษณะของการกระทำทางบริหารมาใช้เป็นเกณฑ์พิจารณา ซึ่งข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำ มีหลักการพิจารณาว่าการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางการเมืองหรือการกระทำอันเป็นงานประจำ ซึ่งการกระทำทางการเมืองเท่านั้นที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล การนำประเด็นการกระทำทางการเมืองมาพิจารณาออกจากงานประจำ แสดงถึงการให้ความสำคัญของบริบททางการเมืองอันเป็นขอบข่ายการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล แต่การแบ่งแยกการกระทำทางการเมืองกับการกระทำอันเป็นงานประจำ มีปัญหาในการแยกแยะว่าในแต่ละการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำในลักษณะใด การชี้ขาดลักษณะของการกระทำอาจขึ้นอยู่กับสภาพและความจำเป็นของสังคม จึงขาดความแน่นอนในการนำเกณฑ์นี้มาใช้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาล

---

[447] อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจหนึ่งของอำนาจดุลพินิจทางบริหาร โดยที่อำนาจดุลพินิจทางบริหารประกอบด้วยอำนาจดุลพินิจและอำนาจผูกพัน ดังนั้นข้อเสนอแนะในเรื่องเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากลักษณะของอำนาจผู้ศึกษาจึงหมายถึงอำนาจดุลพินิจเท่านั้น

บทสรุปวิเคราะห์ ภาค 1

อำนาจอธิปไตยเป็นอำนาจในการกำหนดความเป็นไปของรัฐ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นองค์กรในการใช้อำนาจรัฐทางบริหาร การใช้อำนาจดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเช่นเดียวกับการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและตุลาการ การจำกัดอำนาจเช่นนี้เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการและโดยทางรัฐสภา ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยกลไกในรูปแบบใดขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรและการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีได้ทั้งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะเป็นรัฐบาล (องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง) และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง (องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำ)

ในกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะฝ่ายปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ผลของการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการและโดยทางรัฐสภา ส่วนกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการในฐานะเป็นรัฐบาล เป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล กล่าวได้ว่าอำนาจทางรัฐบาลเป็นอำนาจส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ผลของการกระทำเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งหลักการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการไม่นำไปใช้กับการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยรัฐสภา เว้นแต่ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรตุลาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้

จากการศึกษาแนวคิดและพัฒนาการของทฤษฎีกระทำทางรัฐบาลฝรั่งเศส ทฤษฎีที่จำกัดอำนาจศาลในการพิจารณาการกระทำที่เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ญี่ปุ่น และไทย ตามที่กล่าวมาข้างต้นนำมาสู่ข้อสรุปรากฐานทางความคิดเชิงเปรียบเทียบของหลักการและทฤษฎีที่ใช้จำกัดอำนาจเกี่ยวกับการกระทำทางบริหารที่เป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ดังนี้ ในฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทยแม้ว่าใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์เหมือนกัน แต่มีแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจตุลาการในการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแตกต่างกันในฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และไทยมีแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกัน แม้ว่าฝรั่งเศสเคยมีกษัตริย์เป็นผู้ปกครองและปัจจุบันญี่ปุ่นมีจักรพรรดิ รวมทั้งไทยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ แต่พัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสและไทย และทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของญี่ปุ่นไม่ได้มีเหตุผลเกี่ยวพันกับการใช้อำนาจของกษัตริย์ดังเช่นพัฒนาการของหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ

ในฝรั่งเศสพัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลมีจุดเริ่มต้นมาจากคำวินิจฉัยของศาลในการสร้างบรรทัดฐานการตัดสินของศาลในการปฏิเสธการเข้าตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร เกิดขึ้นจากแนวความคิดที่ว่าแม้ศาลเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ มีอำนาจระงับข้อพิพาทและให้หลักประกันที่ดีแก่ประชาชน แต่ศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยคดีอันเกิดจากการกระทำทางบริหารของฝ่ายบริหารเนื่องจากเป็นการเป็นอำนาจหน้าที่เฉพาะของฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรตุลาการไม่ควรเข้าไปตัดสินการดำเนินการทางบริหาร แต่ในขณะเดียวกันถ้าไม่ให้การกระทำของฝ่ายบริหารถูกตรวจสอบเลยก็ส่งผลเสียต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เช่นกัน จึงเกิดแนวคิดที่ให้การกระทำบางประเภท ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของศาลแต่ยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภา โดยศาลได้วางแนวทางในการพิจารณาว่าคดีที่มีการกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ทำให้ศาลไม่มีอำนาจรับวินิจฉัยคดีดังกล่าวได้ นอกเหนือจากคำวินิจฉัยของศาลแล้วมีกฎหมายกล่าวถึงการที่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีเช่นกันโดยกฎหมายกำหนดให้ศาลคดีขัดกันวินิจฉัยได้ว่าคดีที่สภาแห่งรัฐรับไว้พิจารณาไม่ใช่คดีปกครองและไม่อยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐ สาระสำคัญของกฎหมายในส่วนนี้ไม่ได้กล่าวถึงกระทำทางรัฐบาลไว้โดยตรง และแม้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้ไม่ใช่จุดเริ่มต้นของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล แต่ถือว่าเป็นการยอมรับว่ามีการกระทำบางอย่างที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง และผลของการกระทำนั้นไม่อยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐ เช่นเดียวกับความเห็นทางทฤษฎีที่เห็นว่าการกระทำทางปกครอง และการกระทำทางรัฐบาลเป็นสิ่งที่แยกออกจากกัน แนวความคิดของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสจึงมีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลเป็นสำคัญ มีตัวบทกฎหมายและแนวความเห็นของนักกฎหมายในการสนับสนุนทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลอีกส่วนหนึ่ง

ฐานความคิดของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ มีลักษณะใกล้เคียงกันโดยสหรัฐอเมริกาได้นำแนวทางของอังกฤษมาใช้ในการไม่ก้าวล่วงอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง แต่ที่มาของการอธิบายความแตกต่างกันสืบเนื่องจากเหตุผลทางประวัติศาสตร์ ในอังกฤษเดิมอำนาจในการปกครองและบริหารประเทศเป็นของกษัตริย์อย่างเด็ดขาด ทำให้มีการคุ้มครองและป้องกันไม่ให้มีการล่วงละเมิดการกระทำที่เป็นอำนาจหรืออยู่ภายใต้อำนาจของกษัตริย์ แนวคิดและเหตุผลของหลักการกระทำของรัฐของอังกฤษ จึงเริ่มต้นมาจากการรักษาพระราชอำนาจของกษัตริย์ไม่ให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดียังศาลเป็นสำคัญ ซึ่งพัฒนามาเป็นการอธิบายหลักการกระทำของรัฐโดยการอ้างถึงการกระทำทางนโยบายในด้านการต่างประเทศของฝ่ายบริหาร

ในขณะที่สหรัฐอเมริกาไม่ได้มีระบบกษัตริย์เนื่องจากภายหลังสหรัฐอเมริกาประกาศอิสรภาพจากอังกฤษ ได้มีการวางรากฐานและพัฒนาระบบการเมืองการปกครองของตนเองขึ้นใหม่ในรูปแบบที่มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐ จึงไม่มีแนวคิดในการปกป้องและคุ้มกันอำนาจของกษัตริย์

เหมือนกับอังกฤษ แต่การเมืองการปกครองของสหรัฐอเมริกามีรากฐานมาจากการยึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ ซึ่งทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองสะท้อนถึงการเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน โดยการใช้อำนาจหรือการกระทำที่โดยลักษณะแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองอย่างฝ่ายบริหาร ศาลสหรัฐอเมริกาได้วางข้อจำกัดอำนาจตุลาการด้วยการไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งอำนาจพิจารณาคดีของศาลสหรัฐอเมริกาไม่มีกรอบของกฎหมายกำหนดว่าศาลมีอำนาจตัดสินคดีในกรณีใดได้บ้าง ทำให้การรับหรือไม่รับพิจารณาคดีจึงอยู่ที่การวางแนวคำวินิจฉัยของศาลเป็นสำคัญ

แม้ว่าจุดเริ่มต้นของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษมาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลเหมือนกัน แต่ที่มาของแนวความคิดต่างกัน เหตุผลที่สหรัฐอเมริกาเรียกทฤษฎีที่ศาลไม่เข้าไปตัดสินการกระทำขององค์กรทางการเมืองว่าทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมาจากแนวความคิดที่ว่าเรื่องทางการเมืองไม่ได้หมายถึงฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่หมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติที่มีบทบาทในทางการเมืองด้วย และในสหรัฐอเมริกาไม่มีกษัตริย์ ในขณะที่อังกฤษมีกษัตริย์และถือเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เมื่ออังกฤษกับสหรัฐอเมริกามีพัฒนาการทางการเมืองไม่เหมือนกัน จึงส่งผลต่อแนวคิดและการพัฒนาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารที่ต่างกันด้วย โดยหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษใช้กับการกระทำของกษัตริย์ และต่อมาจึงนำมาใช้กับการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งการเรียกหลักการนี้ว่าหลักการกระทำของรัฐ สะท้อนว่าการกระทำของกษัตริย์มีสถานะเป็นการกระทำของรัฐอันเป็นการกระทำสูงสุดที่ศาลไม่มีอำนาจพิจารณาคดีได้ ส่วนสหรัฐอเมริกาเนื่องจากเป็นต้นกำเนิดของหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงให้ความสำคัญเป็นอย่างมากกับฝ่ายบริหารและฝ่าย นิติบัญญัติซึ่งมีที่มาจากประชาชน เมื่อฝ่ายบริหารได้รับมอบอำนาจมาจากประชาชนการตัดสินใจหรือการดำเนินการใด ๆ ของฝ่ายบริหารจึงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร การที่สหรัฐอเมริกามีประธานาธิบดีเป็นผู้นำประเทศเท่ากับประชาชนมอบความไว้วางใจให้ประธานาธิบดีอย่างมาก การเข้าสู่ตำแหน่งของประธานาธิบดีจึงมีความชอบธรรมสูง ดังนั้นการที่ศาลจะเข้ามาเกี่ยวกับเรื่องทางการเมืองของประธานาธิบดีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารเป็นไปได้ยาก เนื่องจากถือว่าฝ่ายบริหารได้กระทำการในฐานะตัวแทนของประชาชน

ศาลสหรัฐอเมริกาทำหน้าที่วางแนวลักษณะการกระทำที่เป็นการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง เนื่องจากศาลเคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐตามหลักการของรัฐธรรมนูญ โดยการไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรทางการเมือง การที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการไม่ตัดสินคดีที่เป็นปัญหาในทางการเมือง เกิดจากการยอมรับว่าศาลไม่ได้มีความสามารถในการแก้ไขข้อพิพาทได้ทุกประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องกำหนดการจำกัดบทบาทหน้าที่ของศาลไว้

ส่วนในระบบกฎหมายประเทศอังกฤษมีหลักการกระทำของรัฐที่ศาลนำมาจำกัดขอบเขตอำนาจพิจารณาคดีของศาล ในช่วงแรกเกิดจากการกล่าวอ้างถึงอำนาจของกษัตริย์ในการดำเนินการต่าง ๆ ที่ศาลไม่อาจวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้ ซึ่งในเวลาต่อมาการอธิบายถึงหลักการกระทำของรัฐได้มุ่งเน้นไปที่การกระทำทางนโยบายในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในขณะที่ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองในญี่ปุ่นเกิดขึ้นจากความเห็นของนักกฎหมายที่เห็นความแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองและบทบาทในฐานะรัฐบาล ซึ่งศาลไม่ใช้อำนาจของตนในประเด็นเกี่ยวกับการเมือง เนื่องจากเรื่องทางการเมืองเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาล ในทางตรงกันข้ามเรื่องใดที่ไม่เกี่ยวกับประเด็นทางการเมือง และเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาคดีของศาล กล่าวได้ว่าศาลในสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เฉพาะที่เป็นปัญหาในทางกฎหมายอย่างกระบวนการตรากฎหมายเท่านั้น โดยประเด็นปัญหาที่จะตรวจสอบเป็นปัญหาหรือเรื่องราวในทางการเมืองที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรในทางการเมืองศาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องด้วย

แนวความคิดของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา และทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของญี่ปุ่นที่นำไปใช้กับฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติเหมือนกับสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่เรื่องเดียวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เพียงแต่ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมีความคล้ายคลึงกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตรงที่ถ้าฝ่ายบริหารมีการกระทำในลักษณะที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วศาลไม่มีอำนาจพิจารณาในเรื่องดังกล่าวได้ เพราะฉะนั้นทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองมีขอบเขตที่กว้างกว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล หลักการของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลมีเฉพาะปัญหาที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหารเท่านั้น และหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษไม่ใช่หลักการเดียวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากหลักการกระทำของรัฐมีที่มาจากการที่ศาลไม่อาจวินิจฉัยการกระทำของกษัตริย์ แต่ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเกิดจากการที่ศาลจำกัดการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาคดีอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหาร

แม้ว่าที่มาทางแนวคิดของแต่ละประเทศแตกต่างกันก็ตาม แต่มีข้อเหมือนกันอยู่ที่การจำกัดอำนาจศาลไม่ให้ใช้อำนาจทางตุลาการเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าการพัฒนาทางทฤษฎีของแต่ละประเทศจะมีรูปแบบใดก็ตาม สิ่งหนึ่งซึ่งยืนยันถึงความสำคัญของการกระทำทางรัฐบาลก็คือการรักษาและคงไว้ซึ่งอำนาจของฝ่ายบริหารให้สามารถตัดสินใจตามอำนาจหน้าที่ขององค์กรของตนได้เอง และจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลซึ่งโดยธรรมชาติขององค์กรแล้วแม้มีอำนาจหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ศาลไม่ได้มีความสามารถรอบรู้ทุกเรื่องราวโดยเฉพาะประเด็นการบริหารราชการแผ่นดิน และที่สำคัญการกระทำทางรัฐบาลเหล่านี้ยังคงต้องถูกตรวจสอบโดยกลไกทางการเมือง

ในขณะที่ประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้นมีการใช้ทฤษฎีที่จำกัดอำนาจของศาลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล แต่ในระบบกฎหมายเยอรมนีมีลักษณะแตกต่างออกไป ศาลไม่นำเรื่องทางการเมืองมาเป็นเหตุผลไม่พิจารณาคดีที่เป็นการกระทำอันเกี่ยวข้องกับการเมือง การกระทำของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะคล้ายกับการกระทำทางรัฐบาลตามแบบอย่างในประเทศอื่น จึงอาจถูกศาลพิจารณาพิพากษาคดีได้แม้จะเป็นเรื่องในทางระหว่างประเทศก็ตาม โดยเฉพาะเมื่อการใช้อำนาจขององค์กรรัฐกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน การที่เยอรมนีมีแนวคิดแตกต่างจากประเทศอื่นมีเหตุผลมาจากบริบททางการเมืองในอดีตและสภาพการณ์ทางสังคมประกอบกัน ในสมัยฮิตเลอร์ได้อาศัยเสียงข้างมากในสภาออกกฎหมายเพื่อประโยชน์แก่พวกของตนเอง ทำให้เห็นปัญหาว่าโดยสภาพของระบบรัฐสภาไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ แม้โดยหลักการแล้วระบบรัฐสภามีกลไกในการตรวจสอบฝ่ายบริหารได้ แต่เมื่อฝ่ายบริหารมีเสียงข้างมากในสภาจึงนำไปสู่การใช้อำนาจอย่างเผด็จการรัฐสภาได้ ทำให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกลิดรอน โดยเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจอย่างกว้างขวางและใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม ส่งผลให้การร่างรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1949 มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก โดยศาลเยอรมนีมีบทบาทอย่างมากในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นเรื่องทางการเมืองก็ตาม ซึ่งมีรากฐานทางความคิดในการคำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

สำหรับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยเกิดจากการที่แนวคำวินิจฉัยของศาลยอมรับอำนาจการใช้ดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การอธิบายทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมุ่งเน้นการให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในเรื่องทางนโยบาย การบริหารราชการแผ่นดิน ศาลจึงไม่วินิจฉัยคดีอันเป็นผลมาจากการตัดสินใจของทางบริหาร ในส่วนของกฎหมายได้กล่าวถึงลักษณะงานบางอย่างที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งกฎหมายไม่ได้เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่การกระทำที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้มีลักษณะทำนองเดียวกันกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลในคำพิพากษาฎีกาที่ 1785/2513 ในการฟ้องนายกรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เป็นคดีแรกที่ศาลไม่ตัดสินคดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่หากย้อนไปพิจารณาเหตุผลของศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 ที่ไม่รับพิจารณาคดีโดยให้เหตุผลว่ารัฐบาลไม่ใช่นิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น คำพิพากษาฉบับนี้ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับสถานะของรัฐบาลอย่างมาก เนื่องจากแท้จริงแล้วรัฐกับรัฐบาลเป็นคนละส่วนกัน รัฐแสดงถึงประเทศชาติในขณะที่รัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐแทนรัฐ ในคดีดังกล่าวผู้ศึกษาเห็นว่าการพิจารณาอำนาจพิจารณาคดีของศาลไม่ได้มีประเด็นสำคัญอยู่ที่รัฐบาลเป็นนิติบุคคลหรือไม่ ดังนั้นการที่ศาลไม่รับฟ้องคดีโดยวินิจฉัยเรื่องความเป็นนิติบุคคลจึงไม่ถูกต้อง เมื่อพิจารณาถึงการกระทำของนายกรัฐมนตรี เห็นได้

ชัดเจนว่าเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นอำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจเข้าร่วมสงคราม เนื่องจากไม่มีกฎหมายบังคับให้นายกรัฐมนตรีต้องประกาศสงครามอันจะเป็นอำนาจผูกพันได้ และการดำเนินการของรัฐบาลเป็นอำนาจทางการเมืองไม่ใช่ลักษณะของงานประจำ อีกทั้งการดำเนินการดังกล่าวได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และประการสุดท้ายการประกาศสงครามเป็นการกระทำด้านความมั่นคงและเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นจากข้อเท็จจริงในคดีนี้หากนำหลักเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาลมาวินิจฉัยคดี ศาลย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาคดีนี้เนื่องจากเป็นการฟ้องในนามของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นรัฐบาล[448]

พัฒนาการทางแนวความคิดและการใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทย มีข้อสังเกตที่สำคัญ คือ ในช่วงระยะเวลาก่อนและหลังมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีความแตกต่างกัน ก่อนหน้ามีรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ประเทศไทยใช้ระบบศาลเดี่ยว ยังไม่มีศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ แม้ว่าตามแนวคำวินิจฉัยของศาลไทยจะมีการจำกัดอำนาจการวินิจฉัยคดีอันเกิดจากการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แต่เหตุผลของคำวินิจฉัยไม่ได้สะท้อนแนวคิดของการนำทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมาใช้พิจารณาพิพากษาคดีอย่างชัดเจน ซึ่งสรุปได้ว่าแนวคำพิพากษาของศาลไทยในช่วงระยะเวลาดังกล่าวทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้ถูกนำมาใช้ในการปฏิเสธอำนาจการตัดสินคดีของศาล แต่ในปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาประเทศไทยใช้ระบบศาลคู่ ซึ่งการมีศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมนั้นมีความสำคัญต่อการพัฒนาแนวคิดทางด้านการปกครองอย่างมาก รวมทั้งการมีศาลรัฐธรรมนูญส่งผลต่อพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยให้มีความชัดเจนมากขึ้น

ในส่วนขององค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาลได้นั้น มีข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ ในฝรั่งเศส อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและไทย องค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาลได้นั้น หมายถึง องค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่เป็นฝ่ายบริหารเช่นกัน สำหรับการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล การกระทำตามหลักการกระทำของรัฐ และการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง มีข้อเสนอให้พิจารณาการแบ่งแยกโดยใช้ฐานที่มาของอำนาจตามกฎหมายเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา กล่าวได้ว่าในส่วน

---

[448]อย่างไรก็ตามผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องฐานละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ได้เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลโดยตรงจากการตัดสินใจประกาศสงคราม ถ้าคดีนี้เกิดในปัจจุบันผู้เสียหายต้องฟ้องกระทรวงการคลัง เพราะคณะรัฐมนตรีไม่ได้อยู่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐแห่งใดนอกจากนี้ผู้ความเสียหายสามารถฟ้องร้องนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลในการกระทำละเมิดตามกฎหมายแพ่งได้อีกด้วย

ที่มาของกฎหมาย มีการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นฐานในการอธิบายการกระทำทางรัฐบาล ในฝรั่งเศส มีทฤษฎีที่ให้พิจารณาว่าฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด หากอาศัยอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญการกระทำเช่นว่านั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล ส่วนการอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น ได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่าพระราชบัญญัติไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลแต่เป็นการกระทำทางปกครอง ในขณะที่สหรัฐอเมริกายึดถือรัฐธรรมนูญเป็นรากฐานสำคัญในการจำกัดอำนาจศาลในการวินิจฉัยคดีเป็นไปตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง การกระทำที่เป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นในรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึง องค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารอันเป็นองค์กรทางการเมือง เป็นเรื่องที่องค์กรนั้นจะดำเนินการตัดสินใจเองไม่สมควรให้องค์กรศาลเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยสรุปทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาพิจารณาจากความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่ รัฐธรรมนูญจึงเป็นเหตุผลสำคัญในการกำหนดการกระทำอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนของเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล โดยการพิจารณาลักษณะของการกระทำนั้น ในฝรั่งเศสมีข้อเสนอให้พิจารณาว่าการกระทำของฝ่ายบริหารเป็นงานทางการเมืองหรืองานประจำ หากการกระทำเป็นงานทางการเมืองย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล และให้พิจารณาจากลักษณะของอำนาจที่ใช้กระทำการ ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจเท่านั้นที่จะก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลได้ ซึ่งเหตุผลของศาลในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และไทย ได้อ้างเหตุผลในการปฏิเสธการวินิจฉัยการกระทำที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในทำนองเดียวกัน โดยการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นกิจการที่องค์กรของรัฐอื่นใดไม่สมควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว เหตุผลดังกล่าวนี้แสดงถึงการที่ศาลยอมรับว่าการดำเนินงานและการตัดสินใจซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของศาล และสามารถจัดกลุ่มประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่เข้าไปตรวจสอบได้ ดังนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติ เป็นการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา และเป็นการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และไทยด้วยเช่นกัน สำหรับอังกฤษการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่ใช่การกระทำของรัฐ แต่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งศาลไม่เข้าไปวินิจฉัยเช่นกัน

ขณะที่การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการดำเนินการด้านความมั่นคง เป็นการกระทำตามขอบเขตของทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น เป็นการกระทำของรัฐในอังกฤษ และเป็นการกระทำตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส และไทย ในส่วนของเยอรมนี ศาลมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและความมั่นคงของประเทศ แต่ศาลมักตัดสินคดีในทำนองเห็นคล้อยตามการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ในขณะที่ศาลสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น อ้างทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง อังกฤษใช้หลักการกระทำของรัฐ ส่วนฝรั่งเศส และไทยอ้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เพื่อไม่แทรกแซงการทำงานของฝ่ายบริหารด้วยการไม่รับพิจารณาคดี

มาตั้งแต่ต้น จึงกล่าวได้ว่าในเชิงหลักการของเยอรมนีกับประเทศที่กล่าวมาข้างต้นแตกต่างกัน แต่มีบทสรุปที่เหมือนกัน คือ การกระทำในทางระหว่างประเทศและความมั่นคงให้การกระทำอันเป็นงานทางบริหารเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลไม่ควรเข้าไปทบทวนการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

ในส่วนของไทยการดำเนินการของฝ่ายบริหารในเรื่องทางนโยบายจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลด้วยเช่นเดียวกัน โดยศาลถือว่าเป็นดุลพินิจอย่างแท้จริงของฝ่ายบริหารซึ่งศาลไม่ควรเข้ามาวินิจฉัยคดีซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร เป็นที่น่าสังเกตว่าการดำเนินการในทางนโยบาย ศาลไทยถือว่าเป็นเรื่องดุลพินิจของฝ่ายบริหารที่สามารถใช้อำนาจนั้นได้ตามความเหมาะสมของการบริหาร ประเด็นทางนโยบายนี้ถ้าไม่ได้มีการชี้ชัดว่านโยบายด้านใดหรือเรื่องใด เป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วย่อมส่งผลให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางนโยบายหลุดพ้นจากการตรวจสอบโดยศาลไปเสียทั้งหมด จึงควรมีการกำหนดขอบเขตให้ชัดเจนว่านโยบายประเภทใดที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งส่งผลให้ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล แนวคิดตามทฤษฎีของฝรั่งเศสมีการเสนอว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญ โดยการนำประเด็นเรื่องกฎหมายรัฐธรรมนูญมาอธิบายการกระทำทางรัฐบาล ในประเด็นนี้หากพิจารณาถึงลักษณะของการร่างรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักการสำคัญเฉพาะการจัดองค์กรรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดการใช้อำนาจไว้อย่างกว้างขวาง โดยมีเฉพาะเรื่องสำคัญ การอธิบายทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสว่าเป็นเรื่องเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐธรรมนูญจึงมีเหตุผลในตัวเองสำหรับการอธิบายความดังกล่าว แต่การจะนำเรื่องการกระทำทางรัฐธรรมนูญมาใช้อธิบายการกระทำทางรัฐบาลของไทย และสรุปว่าการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องเดียวกันนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การนำแนวคิดของต่างประเทศมาใช้กับระบบกฎหมายไทย จำเป็นต้องคำนึงถึงสภาพทางสังคมในบริบทอื่น ๆ ด้วย โดยเฉพาะการที่รัฐธรรมนูญของไทยมีลักษณะที่ต่างจากฝรั่งเศสอย่างเห็นได้ชัดทั้งด้านรูปแบบและสาระสำคัญทางเนื้อหา ดังนั้นจึงไม่สามารถนำแนวคิดการกระทำทางรัฐธรรมนูญมาใช้กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยได้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีหมวดที่กล่าวถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้มีองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรอิสระ 4 องค์กร ได้แก่[449] คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรอื่นตาม

[449] หมวด 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญ 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระเช่นเดิมโดยเพิ่มคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเข้าเป็นองค์กรอิสระด้วย[450] แต่ไม่ได้กำหนดให้มีสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและมีหมวดที่ว่าด้วยองค์กรอัยการเฉพาะ[451] ทั้งนี้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเพียงองค์กรที่กล่าวมาเท่านั้นแต่รวมถึงคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และศาลอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ตามลำดับ

จากหลักการข้างต้นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทยมีองค์กรหลายประเภท ซึ่งแบ่งประเภทขององค์กรได้ ดังนี้ องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรทางการเมือง (องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ) องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรตุลาการ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรทางการเมืองและไม่ใช่องค์กรตุลาการ (องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ) องค์กรที่กล่าวมานี้ล้วนแต่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และได้รับมอบให้ใช้อำนาจจากรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ถ้าพิจารณาเฉพาะสถานะขององค์กร และกฎหมายที่ให้อำนาจ โดยไม่ได้แยกการกระทำตามอำนาจหน้าที่ตามการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยแล้ว การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรต่าง ๆ ข้างต้นที่อาศัยฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญเช่นนี้นับเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน

ดังนั้นเมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญข้างต้นมีการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญได้แล้ว การที่จะอธิบายว่าการกระทำทางรัฐธรรมนูญกับการกระทำทางรัฐบาลมีบริบทเหมือนกันย่อมไม่ถูกต้อง เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลมุ่งหมายถึงฝ่ายบริหาร และประการสำคัญเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือในกรณีของไทยรวมถึงการดำเนินการในทางนโยบาย เนื้อหาของการกระทำเช่นนี้เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นนอกเหนือจากฝ่ายบริหารไม่อาจมีการกระทำการดังกล่าวได้อย่างแน่แท้ ดังนั้นสรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญเป็นคนละประเภทกัน

นอกจากนี้กรอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญมีมากกว่าลักษณะของการใช้อำนาจอันเป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามรัฐธรรมนูญของไทยมีบทบัญญัติว่าด้วยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์หลายกรณีด้วยกัน ซึ่งพระมหากษัตริย์เป็นฝ่ายบริหารเช่นเดียวกัน ในที่นี้ได้

---

[450] หมวด 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[451] หมวด 13 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ยกตัวอย่างการกระทำบางอย่างของพระมหากษัตริย์เพื่ออธิบายความแตกต่างกันของการกระทำทางรัฐธรรมนูญและการกระทำทางรัฐบาล เช่น การให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการในพระองค์ และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ การพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่อยู่ในฐานะของฝ่ายบริหารด้วย และพระราชอำนาจดังกล่าวมาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่การกระทำดังกล่าวนี้ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล เนื่องด้วยลักษณะของการกระทำไม่ได้เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลแต่ประการใด อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล แต่การกระทำดังกล่าวย่อมไม่อาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีความได้อย่างแน่แท้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้รับรองไว้

ดังนั้นแม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลตามทฤษฎีของไทยมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญตรงที่ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรที่มาจากรัฐธรรมนูญและกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม แต่ไม่ใช่ว่าการกระทำทุกอย่างเป็นการกระทำทางรัฐบาล กระทำทางรัฐธรรมนูญทุกประเภทจึงไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล การสรุปเช่นนั้นย่อมทำให้คำจำกัดความและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลกว้างขวางมาก โดยเฉพาะเมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้มีเฉพาะฝ่ายบริหารเท่านั้น สรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำเพียงบางอย่างในบรรดาการกระทำทางรัฐธรรมนูญทั้งหมด ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงมีความหมายและขอบเขตของการกระทำที่แคบกว่าการกระทำทางรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการกระทำทั้งสองประเภทนี้เป็นคนละประเภทกัน

หลังจากศึกษาทฤษฎีต่าง ๆ ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ประกอบกับพิจารณาประเภทของมติคณะรัฐมนตรี สรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาในรูปแบบของนโยบายที่เป็นการกำหนดกรอบและทิศทางของการบริหารราชการแผ่นดิน การดำเนินการของฝ่ายบริหารที่เป็นมติคณะรัฐมนตรีประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นแนวปฏิบัติ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการเชิญชวน ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนการกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลของไทยนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าควรใช้เกณฑ์พิจารณา ดังนี้

ประการแรก องค์กรที่จะมีการกระทำทางรัฐบาลได้ต้องเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งหมายถึง พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี ประกอบด้วย รัฐมนตรี

ประการที่สอง การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม การกระทำทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ

การกำหนดเงื่อนไขให้ใช้รัฐธรรมนูญเป็นฐานของการใช้อำนาจในการกระทำทางรัฐบาลตามเกณฑ์ประการที่สองนั้นมีข้อบกพร่องที่จำเป็นต้องพิจารณาเช่นกัน เช่น การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พิจารณาตามเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาลได้ ดังนี้

ประการแรก รัฐบาลเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ประการที่สอง เป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

ประการที่สาม เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจเฉพาะของรัฐบาล

จากการพิจารณาดังกล่าวนี้ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเข้าหลักเกณฑ์ของการกระทำทางรัฐบาลในแง่ขององค์กรที่ใช้อำนาจกระทำการ และลักษณะของอำนาจเท่านั้น ไม่ต้องด้วยเกณฑ์ประการที่สองในเรื่องแหล่งที่มาของอำนาจตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ สามารถนำมาใช้แบ่งแยกอำนาจทางรัฐบาลและอำนาจทางปกครองของรัฐบาลได้อย่างชัดเจนและมั่นคงกว่าเกณฑ์อื่น

โดยสรุปเมื่อมีการกระทำอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล และมีกรณีที่ต้องแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น กระบวนการแก้ไขปัญหาควรเป็นไปตามกระบวนการทางการเมืองซึ่งเป็นการจำกัดอำนาจของศาล แนวคิดเช่นนี้มีเหตุผลมาจากการยอมรับถึงความสามารถอันมีอยู่อย่างจำกัดของศาลที่ไม่สามารถเข้าไปแก้ไขความขัดแย้งได้ทุกกรณีอย่างไม่มีข้อจำกัดได้ จึงจำเป็นต้องกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลไว้อย่างเจาะจงและให้มีขอบเขตเพียงเท่าที่ไม่ล่วงล้ำอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองอื่นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย การที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองไม่รับวินิจฉัยคดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล นับเป็นข้อยกเว้นของการใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งโดยแล้วมีหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดี แต่ไม่ได้หมายความว่าการกระทำดังกล่าวหลุดพ้นจากการตรวจสอบแต่ประการใด เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบตามกระบวนการทางการเมือง ซึ่งรายละเอียดจะกล่าวไว้ในภาคที่ 2

ภาค 2

การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

จากการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในภาคที่ 1 มาแล้วว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นผลมาจากการใช้อำนาจรัฐรูปแบบหนึ่งของฝ่ายบริหาร การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในการอำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่ต้องใช้การตรวจสอบโดยทางการเมือง เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำอื่นของรัฐ ในภาคที่ 2 บทที่ 1 จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่สนับสนุนอำนาจการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง เพื่อให้เข้าใจถึงองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบ และกลไกที่ใช้ในการตรวจสอบรวมถึงผลของการตรวจสอบ โดยการศึกษาองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล แนวคิดในการสร้างดุลยภาพระหว่างองค์กรของรัฐ หลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ความรับผิดชอบทางการเมืองตามทฤษฎีความรับผิดชอบทางการเมือง ซึ่งในส่วนนี้มีความสัมพันธ์กับการอธิบายถึงการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลด้วยวิถีทางการเมือง และศึกษาหลักการประชาธิปไตยอันเกี่ยวกับการให้อำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลแก่ประชาชน หลังจากนั้นเป็นการศึกษากลไกการตรวจสอบ ซึ่งใช้ผลของการกระทำทางรัฐบาลมาแบ่งประเด็นในการศึกษาตามช่วงระยะเวลาที่การกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย โดยศึกษาถึงการตรวจสอบโดยทางการเมืองด้วยกลไกทางรัฐสภาและการตรวจสอบโดยประชาชน และศึกษาถึงกรณีที่มีรัฐสภาและประชาชนมีอำนาจในการตรวจสอบรวมทั้งศึกษาว่าการตรวจสอบในรูปแบบนี้สามารถนำไปใช้กับการกระทำทางรัฐบาลได้ทุกกรณีหรือไม่อย่างไร

จากการข้อสรุปของศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในภาคที่ 1 ที่ว่าเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบทางการเมือง โดยเหตุที่การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีส่วนที่เป็นดุลพินิจในการพิจารณาตัดสินใจเลือกกระทำในฐานะที่มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล อำนาจตุลาการจึงมีอยู่อย่างจำกัดโดยองค์กรตุลาการไม่อาจตรวจสอบการกระทำทางบริหารที่เป็นอำนาจทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดีการที่กระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ จะทำให้การกระทำประเภทนี้ไม่ถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ทั้งที่เป็นรูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ดีที่สุด แต่หากให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลจะส่งผลกระทบต่อการดำเนินการการทางบริหารซึ่งเป็นอำนาจเฉพาะขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ดังนั้นในภาคที่ 2 บทที่ 2 จึงเป็นการศึกษาปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพื่อศึกษาว่าองค์กรตุลาการควรมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ หากมีอำนาจในการตรวจสอบประเด็นน่าสนใจศึกษาต่อไปมีว่า ศาลใดมีอำนาจในการตรวจสอบ และการกระทำทางรัฐบาลประเภทใดบ้างที่องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบได้ โดยการศึกษาจากหลักการทางรัฐธรรมนูญและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ และกรณีมีประเด็นว่าการกระทำของฝ่ายบริหารมีลักษณะเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล องค์กรตุลาการควรมีอำนาจชี้ขาดหรือไม่ เพื่อให้ได้แนวทางการพัฒนากลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่เหมาะสมมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์ต่อสังคมไทยอย่างแท้จริง เนื่องจากการพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยไม่อาจเป็นไปตามแก่นของทฤษฎีอย่างแท้จริงหากไม่มีกลไกการตรวจสอบที่ถูกต้อง การศึกษาศึกษากลไกการตรวจสอบนี้มุ่งเน้นการตรวจสอบที่ส่งผลต่อการกระทำทางรัฐบาลมากกว่าการศึกษาถึงการตรวจสอบที่ส่งผลต่อตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐ เนื่องจากการตรวจสอบที่มีลักษณะกระทำต่อตัวบุคคลส่งผลต่อการดำรงตำแหน่งของบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐไม่ได้ส่งผลต่อการกระทำโดยตรง

บทที่ 1

การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยทางการเมือง

จากการศึกษาทำความเข้าใจทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในเรื่องพัฒนาการทางความคิด ข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล ลักษณะและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล ในภาคที่ 1 มีข้อสรุปทางทฤษฎี คือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลอยู่นอกเหนือการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เนื่องจากการกระทำประเภทนี้เป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรตุลาการไม่สมควรเข้าไปตรวจสอบ แต่ไม่ได้หมายความว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบได้ทั้งสิ้น เนื่องจากหากเป็นเช่นนั้นจะทำให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไร้ขอบเขตและอาจส่งผลให้มีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำทางรัฐบาลจึงต้องถูกตรวจสอบทางการเมืองโดยทางรัฐสภา และโดยประชาชน ในบทนี้จึงเป็นการศึกษาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลทางการเมือง เพื่อให้เข้าใจรากฐานทางความคิดของการตรวจสอบดังกล่าวอย่างถ่องแท้ จึงเริ่มจากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง รวมถึงศึกษากลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมืองว่ามีรูปแบบและวิธีการอย่างไร ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง

ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยทางการเมือง เพื่อให้เข้าใจแนวคิดที่สนับสนุนให้การกระทำทางรัฐบาลถูกตรวจสอบโดยทางการเมือง หัวข้อการศึกษาในส่วนนี้ ประกอบด้วยองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ และแนวคิดในการตรวจสอบโดยการเมือง

1.1.1 องค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบ

ในส่วนนี้จะศึกษาองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล โดยการศึกษาองค์กรทางการเมืองเฉพาะที่เป็นองค์กรของรัฐโดยพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ จากการศึกษาการกระทำของรัฐตามหลักอำนาจอธิปไตยและตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การกระทำของรัฐนอกจาก

การกระทำทางบริหารแล้ว มีการกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางตุลาการ โดยกระทำผ่านขององค์กรรัฐ คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการตามลำดับ

องค์กรทั้งสามนี้เป็นองค์กรของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยเช่นเดียวกัน ปัญหาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรทางการเมืองนั้น การศึกษาในประเด็นนี้จำเป็นต้องศึกษาว่าอะไรคือการเมืองเสียก่อน การเมืองเป็นเรื่องที่ว่าด้วยรัฐ และอำนาจ[452] เป็นเรื่องของสังคมหรือเรื่องของเมืองซึ่งทุกคนมาอยู่ร่วมกันโดยคนทั้งหลายต่างมีจุดมุ่งหมายในการอยู่ร่วมกัน การหรืองานของสังคมหรือเมืองในที่นี้หมายถึง การก่อให้เกิดสิ่งที่เป็นประโยชน์ให้แก่ผู้คนในสังคม หรือก่อให้เกิดเป้าหมายรวมกันของคนในสังคม โดยมีความคิดและความต้องการสร้างสังคมให้มีระบบแบบแผน การรักษาระเบียบและวินัยของคนให้เกิดในสังคม ทั้งนี้ เพื่อทำให้จุดมุ่งหมายรวมกันของสังคมเกิดขึ้น[453] การสร้างสังคมให้เป็นระบบนั้นจำเป็นต้องใช้อำนาจ ซึ่งการได้มาซึ่งอำนาจเพื่อที่จะตัดสินว่าใครจะได้อะไร เมื่อใด และอย่างไร เป็นนิยามการเมืองของแฮโรลล์ ลาสเวลล์ (Harold Lasswell) ผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐศาสตร์ของสหรัฐอเมริกาที่ได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย[454] และการเมืองนำมาใช้อธิบายถึงการดำเนินการประสานประโยชน์เพื่อสวัสดิภาพและการคงอยู่ของสังคม โดยการจัดให้ได้รับโอกาสเข้าไปมีอำนาจในกิจกรรมของสังคมซึ่งมีผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน[455] นอกจากนี้การเมืองเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตัดสินใจในการจัดสรรทรัพยากรโดยมีวัตถุประสงค์ควบคุมคนในสังคมให้อยู่รวมกันโดยการกำหนดและปฏิบัติตามข้อบัญญัติรวมทั้งยอมรับการใช้อำนาจในสังคม[456] การตัดสินใจในเชิงคุณค่าโดยการกำหนดนโยบาย และกำหนดเป้าหมายของรัฐ ทั้งนี้ การดำเนินนโยบายอย่างใด ๆ ย่อมแสดงว่านโยบายที่ถูกเลือกมานั้นเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการดำเนินการอื่น ๆ[457] การเมืองเกี่ยวข้องอำนาจ ผลประโยชน์ และความขัดแย้ง การเมืองเป็นรูปแบบการจัดการปัญหาความขัดแย้งด้านอำนาจและ

---

[452] ไพโรจน์ ชัยนาม, **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1** (กรุงเทพฯ: สารศึกษาการพิมพ์, 2524), หน้า 3-4.

[453] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **รัฐและการจัดโครงสร้างองค์กรในรัฐ** (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.พ).

[454] ชำนาญ จันทร์เรือง, **การเมืองคืออะไร,** ค้นวันที่ 27 สิงหาคม 2559 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id =1242

[455] ชัยอนันต์ สมุทวณิช, **การเมืองกับบริหาร,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ดวงดีการพิมพ์, 2523), หน้า 15-16.

[456] พฤทธิสาณ ชุมพล, **ระบบการเมือง: ความรู้เบื้องต้น** (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 24.

[457] ชัยอนันต์ สมุทวณิช, *เรื่องเดิม*, หน้า 142.

ผลประโยชน์[458] หากพิจารณาการเมืองในบริบทของรัฐแล้ว อาจสรุปได้ว่าการเมือง คือ เรื่องเกี่ยวกับรัฐ การบริหารประเทศ การกำหนดนโยบายของรัฐ การจัดความสัมพันธ์ทางอำนาจของคนในสังคม โดยลดความขัดแย้งท่ามกลางทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดเพื่อให้เกิดความผาสุกแก่คนในรัฐ

ส่วนอำนาจ หมายถึง “พลังแห่งเจตนารมณ์ที่แสดงออกโดยผ่านทางบุคคลต่าง ๆ ที่ดำเนินการปกครองกลุ่มชนกลุ่มหนึ่ง และซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ เหล่านั้นอยู่เหนือกลุ่มกลุ่มชนโดยอาศัยกำลังและอำนาจอันถูกต้องตามกฎหมาย”[459] กล่าวได้ว่าอำนาจทางการเมืองเป็นกำลังของคนกลุ่มหนึ่งในการบังคับคนในสังคม เพื่อนำไปสู่สิ่งใดสิ่งหนึ่งซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายรวมกันของคนในสังคมเพื่อประโยชน์แก่คนในสังคมนั้นเอง เป็นอำนาจที่ผู้ปกครองใช้เพื่อทำให้สังคมมีความสงบสุข ด้วยเหตุผลดังกล่าว องค์กรทางการเมืองเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้อำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจทางการเมืองในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ และจัดสรรทรัพยากรเพื่อนำสังคมไปสู่เป้าหมายนั้นถูกกำหนดออกในรูปแบบนโยบายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งใช้บังคับกับประชาชนในรัฐ ดังนั้นการใช้อำนาจทางการเมือง เป็นการใช้อำนาจในเรื่องความเหมาะสมในเชิงนโยบาย เป็นเรื่องการต่อสู้เรื่องอำนาจผลประโยชน์ งบประมาณ และอุดมการณ์ ตามระบอบประชาธิปไตย อำนาจทางการเมืองนี้มีที่มาจากการที่ประชาชนมอบอำนาจและความยินยอมให้เป็นอำนาจที่เกิดจากหลักปัจเจกชนนิยม และเป็นอำนาจที่เกิดจากกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายรัฐธรรมนูญ[460]

ผู้ศึกษาเห็นว่าเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรนิติบัญญัติที่เป็นองค์กรทางการเมือง เนื่องจากการกระทำทางบริหารและการกระทำทางนิติบัญญัติ เกี่ยวข้องโดยตรงกับประโยชน์และความสงบสุขของคนในสังคม โดยที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจในการริเริ่มนโยบายการบริหารประเทศ อำนาจการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย การป้องกันประเทศ การติดต่อและตัดสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ[461] ส่วนภารกิจในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการก่อประโยชน์ให้แก่คนในสังคมผ่านกระบวนการออกกฎหมายในการกำหนดกฎเกณฑ์ของสังคมขึ้นเพื่อให้ประชาชนเคารพและปฏิบัติตาม ซึ่งการออกกฎหมายเป็นเครื่องมือสำคัญที่ทำให้เจตนารมณ์ทางการเมืองที่องค์กรนิติบัญญัติก่อตั้งขึ้นสำเร็จผลขึ้นได้[462] ขอบเขตหน้าที่ของทั้งสอง

---

[458] Jürg Martin Garbriel, **Political Science Concept Formation (Part II)-David Easton’s ‘Authoritative Value Allocation’,** Retrieved August 11, 2016 from http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2280252

[459] โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 34.

[460] เอกวิทย์ มณีธร, **มนุษย์กับการเมือง** (กรุงเทพฯ: บ้านหนังสือโกสินทร์, 2550), หน้า 29-30.

[461] สมยศ เชื้อไทย, *เรื่องเดิม,* หน้า 223.

[462] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, *เรื่องเดิม,* หน้า 102.

องค์กรล้วนเกี่ยวข้องกับการนำสังคมไปสู่ความสงบสุขอันเป็นเป้าหมายสุดท้ายของสังคม การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในกรณีต่าง ๆ นั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับฝ่ายนิติบัญญัติแทบทั้งสิ้น เช่น ในกระบวนการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าไปมีส่วนร่วมในการเสนอร่างกฎหมายได้ หรือในกรณีการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเองก็ไม่สามารถที่จะกระทำไปโดยลำพังได้ทั้งหมด เช่น การจัดสรรงบประมาณแผ่นดิน เรียกได้ว่าการขับเคลื่อนกระบวนการทางการเมืองนั้นจำเป็นต้องมีการกระทำขององค์กรทั้งสองนี้เคียงคู่กันไป ในขณะที่องค์กรตุลาการจัดตั้งขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทในสังคม แม้ว่าบทบาทและหน้าที่ขององค์กรตุลาการจะเกี่ยวพันกับความผาสุกของคนในสังคมเช่นเดียวกันในการชี้ขาดระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ลักษณะการกระทำขององค์กรตุลาการเป็นเรื่องของปัจเจกชนมากกว่าเรื่องส่วนรวมหรือผู้คนทั่วไป ประกอบกับการจัดตั้งองค์กรตุลาการไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจกรรมทางการเมืองการประสานประโยชน์หรือการจัดสรรผลประโยชน์ให้กับประชาชนในรัฐ โดยศาลจะชี้ขาดข้อพิพาทเป็นคดี ๆ ไป ฉะนั้นแล้วการทำหน้าที่ของศาลไม่ได้มีผลต่อสังคมส่วนรวม แต่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรนิติบัญญัติใช้อำนาจที่ส่งผลต่อประชาชนของสังคมในลักษณะทั่วไป ไม่ได้มีผลเฉพาะบุคคลหรือคู่กรณีเท่านั้น

จากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการทางรัฐบาล ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ โดยเหตุผลที่ว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจทางการเมือง ดังนั้นเมื่อเป็นเรื่องที่จำกัดอำนาจศาลในการตรวจสอบ จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบโดยองค์กรอื่น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติเป็นองค์กรทางการเมืองเช่นเดียวกับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ดังนั้นองค์กรนิติบัญญัติมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ โดยเฉพาะการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นอำนาจทางการเมืองที่จำเป็นต้องให้องค์กรนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองด้วยกันเข้ามาตรวจสอบ หากองค์กรนิติบัญญัติถูกจำกัดอำนาจในการตรวจสอบเสียแล้ว จะทำให้การกระทำประเภทนี้รอดพ้นจากการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกช่องทาง

อย่างไรก็ตาม นอกจากองค์กรทางการเมืองแล้ว ประชาชนในรัฐเสรีประชาธิปไตยมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลด้วยแม้ว่าไม่ใช่องค์กรก็ตาม การศึกษาอำนาจของประชาชนนี้ จำต้องเริ่มต้นศึกษาจากหลักการประชาธิปไตยซึ่งเป็นรูปแบบการปกครองที่มนุษย์ได้รับความชอบธรรมที่จะปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง โดยพลเมืองเป็นเจ้าของอำนาจในการปกครอง และเมื่ออำนาจเป็นของพลเมืองผู้ปกครองจึงมีหน้าที่ทำให้ความต้องการของประชาชนเกิดผลสำเร็จแก่มนุษย์ด้วยกัน[463] โดยสภาพความเป็นจริงของสังคมย่อมมีความคิดที่แตกต่างกัน ฉะนั้นสังคมใดที่ยอม

---

[463] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 328.

ให้มีให้การเสนอความเห็นอย่างหลากหลายในประเด็นปัญหาใดปัญหาหนึ่ง และมีกระบวนการได้มาซึ่งข้อยุติทางความคิดอันเป็นผลจากการถกเถียงกันในบรรดาความคิดที่หลากหลายนั้น เป็นแก่นสารที่สะท้อนถึงความเป็นประชาธิปไตย[464] ลักษณะเช่นนี้เป็นการยอมรับความคิดของปัจเจกชนแต่ละคนที่มีสิทธิเข้าร่วมในการใช้อำนาจปกครองรัฐ เพื่อให้ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันได้แม้มีความเห็นต่างกัน อันเป็นการยึดมั่นและเคารพสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และกฎหมายเท่านั้นที่เป็นตัวกำหนดหน้าที่ การได้สิทธิ การเสียสิทธิของประชาชน[465]

การปกครองแบบประชาธิปไตยมีมาตั้งแต่สมัยกรีก ซึ่งใช้คำว่า Demos หมายถึง อำนาจหรือการปกครอง และ Kratos หมายถึง ประชาชน รวมเป็น Demokrates แสดงถึงการปกครองโดยประชาชน เป็นรูปแบบทางการเมืองการปกครองซึ่งตรงข้ามกับราชาธิปไตย[466] อภิชนาธิปไตย และคณาธิปไตย อย่างชัดเจน[467] รูปแบบการปกครองในยุคสมัยนั้นเป็นแบบประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy) ในการปกครองมีการนำประเด็นปัญหาต่าง ๆ ให้พลเมืองเฉพาะเพศชายที่มีอายุเกิน 20 ปี ร่วมแสดงความคิดเห็นและหาความตกลงร่วมกัน[468] การตัดสินใจทางการเมืองในช่วงเวลานั้นจึงอยู่ที่พลเมือง ไม่ใช่ให้ผู้แทนเป็นผู้ตัดสินใจ จึงไม่มีผู้แทนเข้ามาเกี่ยวข้อง[469] การปกครองเช่นนี้เป็นการปกครองโดยคนจำนวนมากและการให้พลเมืองกรีกมีสิทธิออกเสียงในยุคสมัยนั้นเป็นจุดเริ่มต้นของประชาธิปไตยโดยตรง เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นพลเมืองทุกคนย่อมมีส่วนร่วมเข้าตัดสินใจในการนั้นและผลสุดท้ายต้องยึดการตัดสินใจของเสียงข้างมาก รูปแบบนี้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจึงใช้อำนาจดังกล่าวด้วยตัวเอง ข้อดีของประชาธิปไตยโดยทางตรงอยู่ที่การให้ประชาชนได้อยู่ร่วมในกระบวนการทางการเมือง ดังนั้นกระบวนการตัดสินใจและผลการตัดสินใจอันเกิดจากประชาชน จึงมีความชอบธรรม

---

[464] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,** หน้า 18-19.

[465] เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, **หลักรัฐศาสตร์** (พระนคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515), หน้า 315.

[466] David Held, **Model of Democracy** (Stanford: Standford University Press, 2006), p. 119.

[467] Nigel Wilson, **Encyclopedia of Ancient Greece** (London: Routledge, 2013), p. 211.

[468] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลดี บุรีกุล, **ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy)** (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2548), หน้า 6.

[469] Thomas M. Magstadt, **Understanding Politics,** 10th ed. (Belmont: Cengage Learning, 2012), p. 62.

เป็นอย่างมาก[470] ปัจจุบันการปกครองตามรูปแบบนี้ยังใช้ในการปกครองระดับท้องถิ่นของสวิสเซอร์แลนด์[471]

อย่างไรก็ตามด้วยบริบทสังคมทั้งลักษณะทางกายภาพของพื้นที่ และจำนวนประชากรที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ประชาธิปไตยโดยตรงไม่อาจนำมาใช้ได้กับทุกสังคม เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่จะให้ประชาชนทุกคนมารวมตัวกันเพื่อร่วมใช้อำนาจตัดสินใจใด ๆ โดยเฉพาะในประเทศที่มีพื้นที่และสังคมขนาดใหญ่ มีประชากรจำนวนมาก[472] จึงมีการพัฒนารูปแบบประชาธิปไตยโดยการนำประชาธิปไตยทางผู้แทน (Representative Democracy) หรือประชาธิปไตยโดยอ้อม (Indirect Democracy) มาใช้กับขนาดสังคมที่ใหญ่ขึ้น ประชาธิปไตยทางผู้แทนมีฐานสนับสนุนจากแนวคิดเสรีนิยมที่ช่วงชิงอำนาจกับกษัตริย์ โดยประชาชนเลือกผู้อื่นให้ทำหน้าที่แทนตน วิธีการสำคัญที่แสดงความเป็นประชาธิปไตยทางตัวแทนอยู่ที่การเลือกตั้งอันเป็นไปตามหลักความชอบธรรมทางการเมือง (Political Legitimacy)[473] และสิทธิการเลือกตั้งเป็นสิทธิทางการเมืองพื้นฐานของประชาธิปไตยอีกด้วย[474] เมื่อพิจารณาหลักการเลือกผู้แทนตามการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย ในระบบรัฐสภาประชาชนได้รับสิทธิให้เลือกผู้แทนฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนี้องค์กรอื่น ๆ ของรัฐ โดยเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจึงต้องอยู่บนพื้นฐานความไว้วางใจของรัฐสภาซึ่งอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนและได้รับอำนาจจากประชาชน[475] ในระบบประธานาธิบดีประชาชนเป็นผู้เลือกประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและฝ่ายบริหาร ส่วนระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภาประชาชนเป็นผู้เลือกประธานาธิบดีเป็นประมุขและใช้อำนาจบริหารด้วย

การที่ประชาชนมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล เกี่ยวข้องกับประชาธิปไตยดังนี้ ประชาธิปไตยโดยตรงมีความเชื่อมโยงกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในบริบทของการตรวจสอบโดยประชาชน ภายใต้ทฤษฎีประชาธิปไตยโดยตรงมุ่งให้ประชาชนใช้อำนาจอธิปไตยเองอำนาจตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งของประชาชนทำโดยผ่านการออกเสียงประชามติ (Referendum)

---

[470] Tom Lansford, **Democracy Political Systems of the World** (New York: Cavendish, Square, 2007), p. 12.

[471] เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 315.

[472] Tom Lansford, *op. cit.*, p. 12.

[473] อมร จันทรสมบูรณ์, "คอนสติติวชั่นแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย," ใน **รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์** (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), หน้า 154.

[474] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *เรื่องเดิม,* หน้า 333.

[475] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,** หน้า 19-20.

การให้สิทธิแก่ประชาชนในการถอดถอนผู้แทนออกจากตำแหน่ง (Recall) อันเป็นรูปแบบการตรวจสอบตามประชาธิปไตยโดยตรง[476] สิทธิของประชาชนที่จะตัดสินใจตามกลไกต่างเหล่านี้ไม่ต้องผ่านกระบวนการขององค์กรอื่นใด เท่ากับเป็นการกำหนดให้อำนาจโดยตรงแก่ประชาชน

ในส่วนประชาธิปไตยผ่านทางผู้แทน เมื่อประชาชนมอบความไว้วางใจให้ผู้แทนใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นนอกเหนือจากองค์กรรัฐใช้อำนาจตามที่ได้รับจากประชาชนแล้ว มีหน้าที่รับผิดชอบต่อประชาชนด้วย[477] และการที่ประชาชนยินยอมมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารดำเนินการต่างๆ ประชาชนจึงสามารถเรียกร้องการตรวจสอบการใช้อำนาจนั้นแทนตน เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ[478]

นอกจากนี้การตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเกี่ยวกับแนวคิดของประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) หลักการประชาธิปไตยในรูปแบบนี้มีฐานความคิดที่ว่าอำนาจตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งควรให้แก่บรรดาประชาชน เนื่องจากลำพังประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งแม้เป็นฝ่ายเสียงข้างมากก็ไม่ควรเป็นผู้ตัดสินใจในเรื่องนั้น ๆ อย่างเด็ดขาด จำเป็นต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนได้แสดงเจตจำนงทางการเมืองนอกเหนือไปจากการสิทธิเลือกตั้ง ด้วยการให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการของส่วนรวม รวมทั้งมีบทบาทในการตรวจสอบการทำหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงการถอดถอนผู้แทนของตนออกจากตำแหน่งด้วย[479] การให้สิทธิแก่ประชาชนในการทำหน้าที่บางอย่างนี้มีลักษณะใกล้เคียงกับประชาธิปไตยโดยทางตรง แต่สิทธิของประชาชนในประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมเกิดขึ้นควบคู่กับการมีผู้แทนของประชาชนในประชาธิปไตยแบบผู้แทน ในแต่ละรูปแบบกำหนดบทบาทของประชาชนไว้แตกต่างกัน แต่สุดท้ายไม่ว่าเป็นประชาธิปไตยในรูปแบบใดประชาชนยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการตรวจสอบอำนาจรัฐ

1.1.2 แนวคิดในการตรวจสอบโดยการเมือง

1.1.2.1 ดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรทางการเมือง

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาต้องการชี้ให้เห็นความเกี่ยวข้องระหว่างทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจกับการกระทำทางรัฐบาล อำนาจตามทฤษฎีดุลยภาพนี้ หมายถึง อำนาจรัฐของแต่ละฝ่าย

---

[476] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลดี บุรีกุล, *เรื่องเดิม*, หน้า 13.

[477] Helena Catt, **Democracy in Practice Comparative Politics** (London: Routledge, 1999), p. 77.

[478] Mark Schacter, “When Accountability Fails: A Framework for Diagnosis and Action,” **Institution on Governance Policy Brief 9** (2009): 1.

[479] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลดี บุรีกุล, *เรื่องเดิม,* หน้า 14-15.

ในทางรัฐศาสตร์ที่แบ่งอำนาจการปกครองออกเป็นสามฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ความเป็นมาของการสร้างดุลยภาพแห่งอำนาจ (Balance of Power) เกิดจากรัฐธรรมนูญในอดีตเห็นความสำคัญและคำนึงถึงปัญหาความขัดแย้งระหว่างประชาชนทั่วไปกับชนชั้นสูง รัฐธรรมนูญจึงได้วางแนวทางที่ทำให้คนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งไม่อาจมีผลประโยชน์เหนืออีกกลุ่มหนึ่งได้จนเกิดเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญเรื่อยมาที่ฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารมีอำนาจเพียงเท่าที่อยู่ในขอบเขตอำนาจขององค์กรตนเอง ในการนี้ศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการรักษา ดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร[480] ดังนั้นกล่าวได้ว่าการทำหน้าที่ของตุลาการเป็นการกระทำเพื่อให้การใช้อำนาจอธิปไตยระหว่างองค์กรเป็นไปอย่างมีดุลยภาพ

ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจเป็นทฤษฎีในทางรัฐศาสตร์ที่ใช้อธิบายระบบรัฐสภาเกิดขึ้นในราวศตวรรษที่ 19 แนวคิดตามทฤษฎีอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญ ได้แก่ การสร้างดุลแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร และความร่วมมือถ้อยทีถ้อยอาศัยกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร หลักการสร้างดุลแห่งอำนาจสะท้อนอยู่ในมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่ใช้ในการคานอำนาจของอีกฝ่ายหนึ่ง ส่วนความร่วมมือถ้อยทีถ้อยอาศัยกันสะท้อนอยู่ในหลักการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารที่จำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยกัน นอกจากนี้ดุลยภาพนำไปใช้ในการแบ่งส่วนขององค์กรออกจากกัน ในส่วนของรัฐสภามีการแบ่งออกเป็นสภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภา ในส่วนฝ่ายบริหารมีการแบ่งออกเป็นสองส่วนเช่นกัน คือ ประมุขของรัฐกับรัฐบาล[481]

แนวคิดตามทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจกับหลักการแบ่งแยกอำนาจมีความเกี่ยวข้องกันอย่างใกล้ชิด เนื่องจากทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจกล่าวถึงอำนาจรัฐทางบริหาร อำนาจนิติบัญญัติเช่นเดียวกับแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย การแบ่งแยกอำนาจเกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยกรีกตามที่อริสโตเติลเสนอว่าการจัดให้มีองค์กรดำเนินกิจการสาธารณะ เจ้าหน้าที่ และองค์กรตุลาการเป็นสามองค์กรที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นองค์กรของรัฐ และมองเตสกิเออร์แบ่งอำนาจรัฐออกเป็นอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ โดยการออกกฎหมายเป็นอำนาจนิติบัญญัติ การตัดสินใจเกี่ยวกับสาธารณะเป็นอำนาจบริหาร และการระงับข้อพิพาทของปัจเจกชนอำนาจเป็นอำนาจตุลาการ การแยกอำนาจทั้งสามประการดังกล่าวออกจากกันมีขึ้นเพื่อไม่ให้อำนาจรัฐทั้งหมดรวมอยู่ในบุคคลใดหรือองค์กรใดเพียงแห่งเดียว และเป็นที่ยอมรับกันว่าในรัฐสมัยใหม่

---

[480] Eric Posner, “Balance-of-Powers Arguments and the Structural Constitution,” **Chicago Institute for Law and Economics** 622 (November 2012): 8-9.

[481] โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์, **ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย** (กรุงเทพฯ: โครงการเผยแพร่ความรู้ทางรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518), หน้า 22.

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหัวใจสำคัญในรัฐเสรีประชาธิปไตยที่แต่ละรัฐต่างมีการกำหนดโครงสร้างให้องค์กรที่ใช้อำนาจรัฐทั้งสามสามารถตรวจสอบและยับยั้งการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน

กล่าวได้ว่าทฤษฎีดุลยภาพและหลักการแบ่งแยกอำนาจต่างมีจุดเกาะเกี่ยวอยู่ที่อำนาจอธิปไตยของรัฐเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจมุ่งเน้นการจัดสรรอำนาจรัฐออกจากกัน เพื่อป้องกันและหลีกเลี่ยงไม่ให้อำนาจรัฐทั้งหมดอยู่ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง กล่าวได้ว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจและกำหนดกรอบการใช้อำนาจหน้าที่ของแต่ละองค์กรนั้น ๆ ว่ามีอำนาจหน้าที่อย่างไรและมีขอบเขตเพียงใด โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรตุลาการ ต่างมีอำนาจที่แตกต่างกันตามลักษณะบทบาทขององค์กรนั้น ๆ การบริหารราชการแผ่นดิน การรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐ การเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ การบังคับใช้กฎหมายเป็นอำนาจบริหาร การตรากฎหมาย การควบคุมตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลเป็นอำนาจนิติบัญญัติ และการพิจารณาวินิจฉัยข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทต่าง ๆ ระหว่างปัจเจกชน หรือระหว่างรัฐกับเอกชนเป็นอำนาจตุลาการ ในขณะที่ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจมุ่งเน้นการใช้อำนาจระหว่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปอย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้แนวคิดของทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจจึงเป็นส่วนที่ส่งเสริมและสนับสนุนให้การแบ่งแยกอำนาจมีความมั่นคง โดยให้องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยมีการใช้อำนาจอย่างสมดุลหรือมีดุลยภาพระหว่างกัน ดุลยภาพแห่งอำนาจนี้ทำให้แต่ละองค์กรเสมอภาคกัน ไม่ให้การใช้อำนาจขององค์กรใดองค์กรหนึ่งล่วงล้ำอำนาจขององค์กรอื่น เพราะถึงแม้ว่ามีการแบ่งแยกอำนาจและองค์กรผู้ใช้อำนาจออกจากกันแล้ว แต่หากปรากฏว่าอำนาจไปอยู่ที่องค์กรใดองค์กรใดองค์กรหนึ่งมากเกินไป หรือมีการใช้อำนาจเกินขอบเขตย่อมส่งผลให้ความสมดุลระหว่างอำนาจเสียไปซึ่งไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจ นอกจากนี้ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจให้ความสำคัญกับการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกกระทบกระเทือน[482] การตรวจสอบการใช้อำนาจจึงเป็นการประกันไม่ให้การกระทำของรัฐกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดุลยภาพแห่งอำนาจเมื่อใช้ในบริบทของอำนาจอธิปไตยภายในรัฐเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจระหว่างขององค์กรของรัฐ อันได้แก่ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ การทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารมีดุลแห่งอำนาจระหว่างกัน มีกลไกเช่นเดียวกับหลักการถ่วงดุลอำนาจ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรนิติบัญญัติสามารถใช้อำนาจของตนได้ ในขณะเดียวกันต้องมาตรการสำหรับการถ่วงดุลอำนาจของอีกฝ่ายหนึ่งได้ นอกจากนี้ดุลยภาพแห่งอำนาจนำไปใช้ในบริบทของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย โดยทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ มีขึ้น

---

[482] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 210.

เพื่อไม่ให้รัฐใดรัฐหนึ่งมีความเข้มแข็งเหนือรัฐอื่น ซึ่งอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดสงครามระหว่างประเทศ เมื่อใดที่รัฐต่าง ๆ มีอำนาจในระดับที่ไม่ต่างกันเกินไปย่อมก่อให้เกิดดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างประเทศ[483] ซึ่งดุลยภาพระหว่างองค์กรภายในและในบริบทระหว่างประเทศสิ่งที่เหมือนกัน คือ ทำให้สังคมเกิดความสงบสุขและไม่เกิดการแย่งชิงอำนาจกัน

การสร้างดุลยภาพของอำนาจอธิปไตยในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน เนื่องจากรูปแบบและขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐของประเทศต่าง ๆ เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับระบบการเมืองขึ้นอยู่กับว่ารูปแบบของรัฐบาลเป็นระบบประธานาธิบดี ระบบรัฐสภา หรือระบบกึ่งประธานาธิบดีกึ่งรัฐสภา โดยอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติในแต่ละรูปแบบมีโครงสร้างอันมีลักษณะเฉพาะ ทั้งนี้จุดสำคัญของดุลยภาพแห่งอำนาจของแต่ละระบบอยู่ที่การกำหนดโครงสร้างของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ

การใช้อำนาจทางการเมืองที่จะเป็นไปอย่างเหมาะสมและสมเหตุสมผลย่อมเกิดขึ้นในกรณีที่การใช้อำนาจเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ[484] โดยในรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญย่อมมีสาระสำคัญในการกำหนดโครงสร้างการปกครองและการใช้อำนาจรัฐ การที่รัฐธรรมนูญเป็นตัวกำหนดบทบาทหน้าที่ขององค์กรของรัฐให้มีดุลยภาพระหว่างกัน และรูปแบบรัฐบาลประเภทต่าง ๆ มีกลไกในการตรวจสอบซึ่งกันและกัน เป็นการยับยั้งไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจเกินขอบเขตของตน และในขณะเดียวกันช่วยเสริมสร้างความเหมาะสมและความสมดุลของอำนาจทางการเมืองอีกประการหนึ่งด้วย[485] เช่น รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดว่าประธานาธิบดีอยู่ในฐานะหัวหน้ากองทัพและนำการปฏิบัติการทางทหาร แต่ประธานาธิบดีเพียงคนเดียวไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับการสงคราม โดยให้อำนาจการประกาศสงคราม และการให้ทุนสำหรับการปฏิบัติการทางทหารเป็นของรัฐสภา[486]

ในส่วนของไทยมีตัวอย่างหลักการเกี่ยวกับดุลยภาพแห่งอำนาจอยู่ในส่วนของหลักเกณฑ์และกระบวนการในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อำนาจในการทำหนังสือสัญญาเป็นขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แต่ไม่ได้มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ทุกกรณี ด้วยเหตุที่กลไกตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้การจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศบางประเภทต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และเมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจาก

---

[483] Eric Posner, *op. cit.*, pp. 3-4.

[484] John Rawls, *op. cit.*, p. 217.

[485] Eric Posner, *op. cit.*, p. 1.

[486] Article 1 Clause 8, The Constitution of the United States

รัฐสภาหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจชี้ขาด[487] จากหลักการดังกล่าวองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ โดยฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการตัดสินใจบางกรณีที่มีความสำคัญ ดังนั้นถ้าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดำเนินการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศโดยไม่ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือรัฐสภาเข้าไปเกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศทั้งที่ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่ต้องให้รัฐสภาเห็นชอบย่อมทำให้ดุลยภาพในการใช้อำนาจระหว่างสององค์กรเสียไป

ในรัฐสมัยใหม่การสร้างดุลยภาพระหว่างอำนาจตามทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจแตกต่างจากศตวรรษที่ 18 ในสมัยนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะตามการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นอำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการอย่างในอดีต แต่ให้ความสำคัญกับการให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการถ่วงดุลอำนาจด้วย เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 กำหนดให้อำนาจแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ อำนาจประธานาธิบดีสหพันธ์ อำนาจคณะรัฐมนตรี อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจรัฐสภา อำนาจตุลาการ และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์[488] การที่รัฐธรรมนูญรับรองให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นการยอมรับให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอื่น ๆ ซึ่งรวมถึงฝ่ายบริหารได้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เยอรมนีมีกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐที่มีประสบความสำเร็จประเทศหนึ่ง โดยศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทในการทำให้ดุลยภาพแห่งอำนาจเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของเยอรมนี[489]

โดยสรุปการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญของประเทศกำหนดไว้ ลักษณะและวิธีการถ่วงดุลของการใช้อำนาจรัฐย่อมแตกต่างกันตามโครงสร้างและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและนิติบัญญัติขึ้นอยู่กับรูปแบบของรัฐบาล ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายตุลาการ และฝ่ายบริหารกับตุลาการย่อมต้องมีดุลยภาพแห่งอำนาจต่อกันด้วย แต่ละฝ่ายสามารถกระทำการใด ๆ ได้เท่าที่อยู่ในอำนาจของตน ในกรณีของรัฐบาลซึ่งใช้อำนาจบริหารย่อมใช้อำนาจได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ในกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ออกกฎหมายใช้บังคับตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและจะออกกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

---

[487] มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[488] วุฒิชัย จิตตานุ,“ระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ,” ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 10 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ** (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2555), หน้า 103-104.

[489] Theodore Georgopoulos, *op.cit*., p. 13.

ไม่ได้ และในกรณีขององค์กรตุลาการมีอำนาจตัดสินคดีได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และไม่อาจใช้อำนาจอันเป็นการออกกฎหมาย หรือตัดสินใจในเชิงเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารเสียเอง

เมื่อพิจารณาถึงการกระทำทางรัฐบาลกับทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ จากหลักการของความมีดุลยภาพระหว่างอำนาจรัฐสอดคล้องกับการกระทำทางรัฐบาล ในแง่ที่ทฤษฎีนี้นำมาอธิบายว่าเมื่อการกระทำทางรัฐบาลมีหลักการที่ให้องค์กรทางการเมือง ซึ่งหมายถึงฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นแม้ว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลอยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติ ฉะนั้นถ้าศาลใช้อำนาจในการพิจารณาคดีที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลย่อมเป็นการกระทำที่เกินจากอำนาจหน้าที่ของศาลและเป็นการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และเป็นการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อทฤษฎีดุลภาพแห่งอำนาจระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการเนื่องจากศาลใช้อำนาจเกินจากขอบเขตอำนาจที่มีอยู่ โดยเมื่อเป็นเช่นนี้ดุลยภาพระหว่างอำนาจจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้

1.1.2.2 ความรับผิดชอบทางการเมือง

ภายใต้หลักนิติรัฐประชาชนและองค์กรภายในรัฐทุกภาคส่วนย่อมอยู่ภายใต้กฎหมาย การใช้อำนาจรัฐจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับเพื่อหลีกเลี่ยงการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อประชาชน การพิจารณาว่าการกระทำของรัฐเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จึงต้องมีกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐ เพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนว่าจะไม่ถูกละเมิดจากการใช้อำนาจรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การตรวจสอบความถูกต้องของการใช้อำนาจรัฐเริ่มขึ้นตั้งแต่สมัยกรีก สืบเนื่องจากหลักการทางประชาธิปไตยมีความสำคัญต่อพลเมืองของเอเธนส์อย่างยิ่ง ทำให้มีกระบวนการในการจำกัดการใช้อำนาจทั้งอำนาจทางการเมือง (Political Power) และอำนาจทางการปกครอง (Administrative Power) ไม่ให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการเกินไปจากอำนาจหน้าที่อันเป็นการผูกพันให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติภาระหน้าที่เท่าที่มีอำนาจเท่านั้น[490] ในศตวรรษที่ 5 ก่อนคริสตกาลมีกลไกที่เรียกว่า Euthunai ใช้สำหรับการตรวจสอบผลการปฏิบัติงาน[491] ในระยะแรกการตรวจสอบนำไปใช้กับผู้มีหน้าที่จัดการทางการเงินในการป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ทำการทุจริต โดยมีผู้ตรวจสอบเรียกว่า Logistai ต่อมากลไกนี้นำไปใช้กับการกระทำผิดอื่น ๆ ในหน่วยงานของรัฐด้วย เมื่อเจ้าหน้าที่ทำการตรวจสอบแล้วเชื่อว่ามีการ

---

[490] Maria Gustavsson, "Democratic Origins of Auditing 'Good Auditing' in Democratic Perspectives," **The Quality of Government Institute** (2013): 4.

[491] *Ibid.,* p. 6.

กระทำผิดจริงจะส่งเรื่องให้ศาลพิจารณาต่อไป[492] การตรวจสอบผลการปฏิบัติงานจะเกิดขึ้นในกรณีมีการร้องขอให้ตรวจสอบ เป็นการตรวจสอบโดยฝ่ายตรวจสอบของสภา ซึ่งผู้ตรวจสอบมาจากตัวแทนของเผ่าต่าง ๆ หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าคำร้องขอไม่มีน้ำหนักสามารถยกคำร้องขอได้ แต่ถ้าเห็นว่าน่าเชื่อตามคำร้องขอ จะส่งเรื่องต่อไปยังศาลสี่สิบนายในกรณีเป็นเรื่องผลประโยชน์ส่วนบุคคล ส่วนกรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์สาธารณะเจ้าหน้าที่จะส่งเรื่องไปยังศาลลูกขุน โดยส่วนใหญ่เป็นความผิดอันเกิดจากการรับสินบน การใช้อำนาจในทางที่ผิด การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย[493] การปกครองในสมัยกรีกนับเป็นต้นกำเนิดของระบอบประชาธิปไตย มีแนวคิดในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐซึ่งเป็นการวางรากฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยให้มั่นคงจนกระทั่งปัจจุบัน

ในสมัยโรมันมีหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเช่นกัน เห็นได้จากการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของข้าราชการระดับสูง (Magistrate) โดยการจำกัดระยะเวลาการดำรงตำแหน่งเพียงไม่เกินหนึ่งปี และหลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ การนำหลักการตัดสินใจร่วมกัน (Colleageal) มาใช้กับการตัดสินใจของผู้ดำรงตำแหน่งของรัฐ[494] การออกกฎเกณฑ์ในการดำรงตำแหน่งเป็นการจำกัดไม่ให้มีเจ้าหน้าที่มีอำนาจรัฐนานเกินไปเนื่องด้วยการอยู่ในตำแหน่งเป็นเวลานานอาจมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบมากขึ้น และหลักการตัดสินใจร่วมกันทำให้ผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งมีอย่างน้อยสองคนในแต่ละตำแหน่งมีสิทธิเท่าเทียมกันในการตัดสินใจ จากหลักการดังกล่าวทำให้การตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ได้ผ่านกระบวนการคิดและชั่งน้ำหนักระหว่างกันซึ่งเป็นผลดีต่อการใช้อำนาจรัฐ

สรุปได้ว่าแนวคิดการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมีจุดเริ่มต้นในสมัยกรีกต่อเนื่องมาถึงสมัยโรมัน และพัฒนามาจนถึงปัจจุบัน ปัจจุบันนอกเหนือจากหลักการทั่วไปเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐที่จำต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และยังเกี่ยวข้องกับทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง (Political Accountability) อีกด้วย ความรับผิดชอบทางการเมืองเกี่ยวข้องกับหลักความรับผิดชอบหรือหลักการตรวจสอบได้ (Accountability) นำไปใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างสองฝ่ายในระดับองค์กรไม่รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชน โดยฝ่ายหนึ่งรับว่าตนมีหน้าที่ต้องอธิบายการดำเนินการให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งทราบ[495]

---

[492] *Ibid*., p. 4.

[493] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *เรื่องเดิม,* หน้า 16.

[494] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 23.

[495] Philippe C. Schmitter, “Political Accountability in ‘Real-Existing’ Democracies: Meaning and Mechanisms,” **Florence European University Institute** (2007): 4.

หลักการตรวจสอบทางการเมืองนำไปใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับประชาชน ทั้งนี้หลักการตรวจสอบได้เป็นหลักสำคัญประการหนึ่งของหลักการบริหารจัดการบ้านเมืองที่ดี (Good Governance) ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ช่วยป้องกันปัญหาการทุจริตคอรัปชั่น การเล่นพรรคเล่นพวก การใช้อำนาจโดยไม่ชอบ และเพื่อให้การดำเนินการเป็นไปอย่างโปร่งใส การตรวจสอบนำไปใช้ในหลายบริบททั้งทางจริยธรรม การเงิน สังคม ซึ่งความรับผิดชอบทางการเมืองเป็นประเภทหนึ่งของหลักการตรวจสอบได้ โดยการวางนโยบายและการทำกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐบาลต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบ การตรวจสอบทางการเมืองเป็นกลไกภายในของระบบการเมืองที่จำเป็นต้องให้ประชาชนได้รับข้อมูลของรัฐบาลอย่างถูกต้องและผู้ที่ใช้อำนาจต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจของตน[496]

แนวความคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการเมืองเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยกรีกเช่นเดียวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เกิดจากแนวคิดที่ต้องการให้บุคคลในภาครัฐ (Public Office) มีความรับผิดชอบในการกระทำของตน โดยผู้ปกครองจำเป็นต้องอธิบายและให้เหตุผลของการใช้อำนาจในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ความรับผิดชอบของบุคลากรของรัฐดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งในการแบ่งแยกระหว่างสังคมประชาธิปไตยและเผด็จการ[497] หลักการตรวจสอบได้ในบริบทของประชาธิปไตยเป็นการให้หลักประกันแก่ประชาชนว่า เมื่อประชาชนมอบความไว้วางใจในการใช้อำนาจรัฐให้แก่เจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่รัฐจะใช้อำนาจให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง ความรับผิดชอบทางการเมืองจึงเชื่อมโยงกับทฤษฎีสัญญาประชาคม โดยที่กระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของประชาชน ประชาชนย่อมต้องการให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจที่ได้มอบให้กับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในระบอบประชาธิปไตยการเลือกตั้งเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองรูปแบบนี้ ตัวอย่างแนวคิดเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองของอังกฤษ ผู้มีอำนาจตัดสินใจทางการเมืองถูกบังคับให้ต้องแสวงหาการยอมรับจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งอย่างสม่ำเสมอ การเลือกตั้งจึงเป็นกลไกที่ใช้ตรวจสอบถ่วงดุลการบิดเบือนอำนาจของผู้มีอำนาจรัฐ[498] นอกจากนี้ความรับผิดชอบทางการเมืองกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองของรัฐประชาธิปไตย เกิดจากความต้องการของสังคมที่เรียกร้องให้มีความรับผิดชอบของรัฐควบคู่ไปกับกระบวนการเลือกตั้ง เนื่องจากเฉพาะ

---

[496] Jack M. Beerman, “Privatization and Political Accountability,” **Fordham Urban Law Journal** 28, 5 (2000): 1509.

[497] Peter Newell and Shaula Bellour, “Mapping Accountability: Origin, Contexts and Implications for Development,” **Institute of Development Studies** 168 (October 2002): 7.

[498] Douglas W. Vick, “The Human Right Act and the British,” **Texas International Law Journal** 37 (2002): 342.

กระบวนการทั้งหลายในการเลือกตั้งไม่เพียงพอต่อการแสดงความรับผิดชอบตามรัฐธรรมนูญ[499] อีกทั้งไม่เพียงพอต่อการตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐบาล ตามหลักการของความรับผิดชอบทางการเมืองสนับสนุนให้ผู้ใช้อำนาจได้บอกกล่าวเจตนาหรือแผนการดำเนินการต่อสาธารณชนก่อนเริ่มดำเนินการ และให้สาธารณชนมีส่วนร่วมในการพิสูจน์ความผิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ รวมทั้งส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนผ่านกระบวนการปรึกษาและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วย[500] อีกประการหนึ่งความรับผิดชอบทางการเมืองมุ่งเน้นความโปร่งใส (Transparency) ของการดำเนินงาน ทั้งนี้ ระดับความโปร่งใสของการดำเนินงานจะมากหรือน้อยเพียงใดขึ้นอยู่กับความสามารถในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของประชาชน

ความรับผิดชอบแบ่งได้ 2 ลักษณะด้วยกัน ประการแรก เป็นความรับผิดชอบของรัฐต่อองค์กรหรือหน่วยงานภาครัฐ โดยหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ตรวจสอบหน่วยงานของรัฐด้วยกันเป็นการตรวจสอบและคานอำนาจของฝ่ายตุลาการ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงองค์กรต่อต้านคอรัปชั่น[501] การตรวจสอบในลักษณะนี้รวมถึงตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร[502] นอกจากนี้หน่วยงานที่ทำหน้าที่ต่อต้านการคอร์รัปชั่น ผู้ตรวจสอบบัญชี คณะกรรมการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน และผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถตรวจสอบได้เช่นกัน

ในแง่ของการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร มีความเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล ซึ่งผู้ที่ดำรงตำแหน่งรัฐสภาและรัฐบาลอาจเป็นบุคคลเดียวกันได้ รัฐสภาทำหน้าที่ตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยให้รัฐบาลอธิบายผลการทำงานของรัฐบาลรวมถึงหน่วยงานที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบ สิ่งที่เป็นปัจจัยสำคัญในการตรวจสอบของรัฐสภา คือ การเล่นพรรคเล่นพวก ทำให้การทำหน้าที่ของรัฐสภาขาดประสิทธิภาพ ประการที่สอง เป็นความรับผิดชอบในการถูกตรวจสอบจากประชาชน ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกองค์กร กล่าวได้ว่าเป็นความรับผิดชอบของรัฐต่อประชาชน[503] เป็นการเปิดโอกาสให้พลเมืองของรัฐเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับและตรวจสอบ

---

[499] Jonathan Fox, "Civil Society and Political Accountability: Propositions for Discussion Presented at: Institutions, Accountability and Democratic Governance in Latin America," **The Helen Kellogg Institute for International Studies University of Notre Dame** (May 2000): 1.

[500] Peter Newell and Shaula Bellour., *op. cit.,* p. 18.

[501] *Ibid.,* p. 2.

[502] Seema Khan, **Topic Guide on Empowerment and Accountability** (Birmingham: University of Birmingham, 2012), p. 37.

[503] Mark Schacter, *op. cit.*, p. 1.

หน่วยงานของรัฐได้โดยผ่านกระบวนการต่าง ๆ เช่น กระบวนการเลือกตั้ง การพยายามผลักดันเรื่องต่าง ๆ ตามกระบวนการประชาธิปไตย ปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพของการตรวจสอบอยู่ที่สำนึกและการตื่นตัวของพลเมือง ความรับผิดชอบจากนอกองค์กรนี้รวมถึงการตรวจสอบจากสื่อมวลชน และภาคประชาสังคม[504] ดังนั้นความรับผิดชอบรูปแบบนี้เป็นการตรวจสอบโดยบุคคลหรือองค์กรที่นอกเหนือจากรัฐสภา ความรับผิดชอบในลักษณะจึงเกิดขึ้นได้ทั้งกรณีประชาชน สื่อมวลชน ภาคเอกชน และในกรณีการตรวจสอบของบุคคลในองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารด้วยกันเอง

นอกจากนี้มีแนวคิดที่ให้นำรูปแบบความรับผิดชอบต่อประชาชนไปใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่มีตำแหน่งหน้าที่ด้วยกัน เนื่องจากความรับผิดชอบประเภทนี้อยู่บนพื้นฐานความสัมพันธ์ของบุคคลที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยผู้ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจตรวจสอบผู้ที่อยู่ในตำแหน่งต่ำกว่าตามลำดับของกฎหมายและลำดับชั้นของการบริหาร ตำแหน่งที่ถูกตรวจสอบได้โดยการได้รับการแต่งตั้งและโยกย้ายจากเหตุผลของความเชื่อมั่นทางการเมือง เช่น ตำแหน่งรัฐมนตรี เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานต้องรับผิดชอบต่อรัฐมนตรีที่สังกัดในฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาด้วยการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้บรรลุวัตถุประสงค์ของหน่วยงาน และรายงานการดำเนินการที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเองเป็นลักษณะที่เจ้าหน้าที่ตกอยู่ในสถานะที่อาจถูกเรียกให้ชี้แจงได้เสมอ ส่วนรัฐมนตรีมีหน้าที่รับผิดชอบทางการเมืองต่อนายกรัฐมนตรีอีกทอดหนึ่ง ในกรณีของระบบรัฐสภารัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและรัฐสภามีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนเช่นเดียวกัน

นอกจากรัฐสภามีหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารซึ่งเป็นองค์กรของรัฐด้วยกันแล้ว รัฐสภามีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบของประชาชนด้วย โดยเป็นสื่อกลางที่พลเมืองและภาคประชาสังคมสามารถไปกดดันให้สมาชิกรัฐสภาทำหน้าที่เรียกร้องให้รัฐบาลดำเนินการในสิ่งที่ตนเองต้องการได้ รวมถึงกระบวนการอื่น ๆ ของรัฐสภา เช่น การเปิดรับฟังความคิดเห็นสาธารณะ การที่พลเมืองเสนอฎีกาไปยังรัฐสภา การสืบสวนสอบสวนของคณะกรรมาธิการรัฐสภา

เมื่อพิจารณาหลักความรับผิดชอบในระบบประธานาธิบดีและระบบรัฐสภา พบว่าความรับผิดทางการเมืองระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันในระบบประธานาธิบดียังไม่เข้มเข็งเท่าที่ควร เนื่องจากการตรวจสอบของระบบนี้มีลักษณะไม่ถาวรและไม่ใช่การรับผิดชอบโดยตรงเหมือนกับระบบรัฐสภา ด้วยเหตุผลที่ว่าในระบบประธานาธิบดีรัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการแต่งตั้งบุคคลในตำแหน่งที่สำคัญ และอำนาจการถอดถอนผู้ที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวออกจากตำแหน่งทำให้ความรับผิดทางการเมืองในลักษณะความรับผิดชอบต่อประชาชนหรือบุคคลภายนอก มีความสำคัญและมีความเข้มแข็งมากกว่าความรับผิดชอบระหว่างองค์กรของรัฐ แตกต่างจากระบบรัฐสภาที่เป็น

---

[504] **Accountability in Governance,** Retrieved May 15, 2014 from http://siteresources worldbank.org/.../AccountabilityGovernance.pdf

องค์กรในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลด้วยกลไกต่างๆ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจเนื่องจากรัฐสภามีส่วนในการจัดตั้งรัฐบาลด้วยทำให้รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อสภา[505] แม้ว่าระบบรัฐสภามีกลไกการตรวจสอบในระหว่างองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐที่หลากหลายกว่าระบบประธานาธิบดี แต่การตรวจสอบของรัฐสภาในระบบรัฐสภาไม่ได้มีลักษณะเป็นการทั่วไปเหมือนระบบการตรวจสอบอื่นโดยเลือกที่จะตรวจสอบเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น ทำให้การตรวจสอบโดยรัฐสภามีลักษณะเป็นการยับยั้งการทำงานที่ไม่ถูกต้องของฝ่ายปกครองมากกว่าการแก้ไข

รูปแบบของการตรวจสอบทางการเมืองในการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขึ้นอยู่กับระบบการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ ดังนั้นลักษณะของความรับผิดชอบทางการเมืองนี้จึงแตกต่างกันตามระบบกฎหมายและสถาบันทางการเมืองของประเทศนั้น ๆ การบังคับและการจำกัดการใช้อำนาจที่ไม่ชอบ (Abuse of Political Power) เป็นจุดมุ่งหมายของความรับผิดชอบทางการเมือง แม้การเปิดเผยการบริหารราชการต่อสาธารณชนเป็นกระบวนการที่สำคัญอย่างมาก แต่ไม่เพียงพอที่จะจำกัดหรือลงโทษการใช้อำนาจที่ละเมิดกฎหมายได้จึงมีความพยายามที่จะทำให้การแสดงความรับผิดชอบจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบหรือละเมิดกฎหมายให้มีมาตรฐาน[506] เพราะฉะนั้นการทำให้การใช้อำนาจเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายจำเป็นต้องมีวิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่เข้มแข็ง

การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามทัศนะของจอห์น สจ๊วร์ต มิลล์ เห็นว่ามีความจำเป็นที่ต้องแยกกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองกับสถาบันหรือองค์กรของประชาธิปไตยออกจากกัน เนื่องด้วยการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองแตกต่างไปจากอำนาจในทางปกครอง รวมถึงแตกต่างจากอำนาจของตุลาการ[507] ในประเด็นนี้เห็นได้ว่าสอดคล้องกับแนวคิดที่ว่าการใช้อำนาจบริหารแยกออกได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจรัฐบาล โดยการตรวจสอบโดยการเปิดเผยข้อมูลของเจ้าหน้าที่หรือผู้ดำรงตำแหน่งต่อสาธารณะ เป็นส่วนหนึ่งของวิธีการตรวจสอบทางการเมือง ในทางการเมืองการโยกย้ายตำแหน่งถือได้ว่าเป็นการลงโทษที่ร้ายแรงที่สุด ประการสำคัญที่ต้องพิจารณาถึง คือ การตรวจสอบที่ไม่มีผล ไม่ถือเป็นการตรวจสอบเลย[508] และเสนอว่ารัฐสภาเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการตรวจสอบตามกลไกที่กำหนดขึ้น[509] การตรวจสอบ

---

[505] Antonio Bar Cendón, “Accountability and Public Administration: Concepts, Dimensions, Developments,” **Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities** (2000): 29.

[506] Jonathan Fox, *op. cit.*, p. 2.

[507] Maria Gustavsson, *op. cit.*, p. 10.

[508] Peter Newell and Shaula Bellour, *op. cit.*, pp. 7-8.

[509] Maria Gustavsson, *op. cit.*, p. 10.

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีประสิทธิภาพและมีความสมดุลนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวได้ว่าแม้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะได้รับการเลือกของประชาชนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการเป็นตัวแทนของประชาชนเพื่อทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ไม่ได้หมายความว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจอย่างล้นพ้นโดยปราศจากความรับผิดหรือรอดพ้นจากการตรวจสอบการทำหน้าที่ ดังนั้นนอกจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารประเทศแล้ว ในขณะเดียวกันต้องแสดงความรับผิดชอบควบคู่กันไปด้วยเสมอ โดยรัฐบาลสามารถใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจทางนโยบายได้อย่างอิสระเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ส่วนใหญ่แล้วการดำเนินการของรัฐบาลมักเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ดังนั้นตามหลักความรับผิดชอบทางการเมืองจึงนิยมใช้วิธีประเมินจากผลสำเร็จของการปฏิบัติงานเป็นสำคัญยิ่งไปกว่าการคำนึงถึงการปฏิบัติตามกฎระเบียบขั้นตอน[510]

ในอีกด้านหนึ่งทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมืองเกี่ยวข้องกับทฤษฎีเกมส์ (Games Theory) ซึ่งจอห์น ฟอน นอยมันน์ (John von Neumann) นักคณิตศาสตร์ และออสการ์ มอร์เกินสเติร์น (Oskar Morgenstern) นักเศรษฐศาสตร์ ได้คิดค้นขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1944 ปรากฏในหนังสือชื่อทฤษฎีเกมส์และพฤติกรรมทางเศรษฐศาสตร์ (Theory of Games and Economic Behaviour) ซึ่งเป็นทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวว่าคนเป็นมนุษย์ที่มีเหตุผล จากการศึกษาพฤติการณ์และการแสดงออกของมนุษยในสถานการณ์ที่ความเห็นไม่ตรงกัน โดยท่ามกลามความขัดแย้งคู่ขัดแย้งแต่ละฝ่ายมีอำนาจคิด วิเคราะห์ และตัดสินใจเพื่อให้ได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งและบรรลุเป้าหมายของตน[511] และมนุษย์จะเลือกสิ่งที่ดีที่สุดให้กับตนเอง เมื่อนำการเมืองมาใช้กับเกมส์ การเมืองเปรียบเหมือนกับเกมส์หรือการแข่งขันแย่งชิงความเป็นหนึ่ง ในทางการเมืองเป้าหมายของการแข่งขันอยู่ที่การเป็นรัฐบาล การกำหนดนโยบายและการบริหารที่ตอบสนองความต้องการของประชาชนเป็นวิธีที่จะเอาชนะใจประชาชนซึ่งเป็นผู้แข่งขันอีกฝ่ายหนึ่ง และในขณะเดียวกันประชาชนมีวิธีการเอาชนะพรรคการเมืองได้ จากการเป็นเจ้าของสิทธิในการเลือกตั้งที่สามารถตัดสินได้ว่าจะเลือกหรือไม่เลือกพรรคการเมืองใด ๆ อำนาจตัดสินใจของประชาชนส่งผลต่อความรับผิดชอบทางการเมืองของรัฐบาลเปรียบเสมือนสิ่งที่ยึดโยงระหว่างรัฐกับประชาชน เป็นการต่อรองทางผลประโยชน์ระหว่างสองฝ่าย การเมืองจึงเปรียบเหมือนกับเกมส์ที่กำหนดไว้ว่าประชาชนจะตรวจสอบนักการเมืองได้ด้วยวิธีใด เนื่องจากในหลายกรณีผลประโยชน์ของนักการเมืองกับประชาชนมักมีทิศทางตรงข้ามกัน เมื่อใดก็ตามที่พรรคการเมืองกำหนดนโยบาย

---

[510] Antonio Bar Cendón, *op. cit.,* p. 32.

[511] SÎRGHI Nicoleta, CISMAŞ Laura and HOHAN Dumitru, Game Theory and Social Policy, In **The International Conference on Administration and Business ICEA-FAA 2009,** November 2009, p. 722.

ที่เอื้อประโยชน์ต่อประชาชนที่มีสิทธิเลือกตั้ง นโยบายของพรรคการเมืองย่อมดึงดูดและโน้มน้าวให้ประชาชนสนับสนุนพรรคของตน ซึ่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่กำหนดความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีต่อประชาชนโดยมีกลไกต่าง ๆ อย่างเหมาะสม[512] ดังนั้นประสิทธิภาพในการตรวจสอบของประชาชนจึงอยู่ที่กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

หลักการที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภาได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยด้วย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการในลักษณะเดียวกัน คือ รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี[513] นอกจากรัฐสภาแล้ว ประชาชน สื่อมวลชน องค์กรเอกชนสามารถติดตามตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลได้เช่นเดียวกัน

1.2 กลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง

ในการศึกษาการตรวจสอบโดยทางการเมือง เป็นการศึกษาถึงองค์กรภายนอกที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล หมายถึง การใช้อำนาจตรวจสอบโดยองค์กรอื่นนอกจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และในส่วนนี้ได้แบ่งหัวข้อของการศึกษาออกเป็น การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย และการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

1.2.1 การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

ในช่วงระยะเวลาภายหลังเริ่มการกระทำทางรัฐบาลไปจนถึงช่วงเวลาก่อนหน้าที่การกระทำดังกล่าวนั้นจะเสร็จสิ้นสมบูรณ์หรือมีผลผูกพันทางกฎหมาย รัฐสภามีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ รวมถึงประชาชนซึ่งแม้ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่ในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยย่อมมีสิทธิในการตรวจสอบได้เช่นกัน

---

[512] Alí´cia Adseá, Carles Boix and Mark Payne, “Are You being? Political Accountability and Quality of Government,” **The Journal of Law, Economics, & Organization** 19, 2 (2003): 445.

[513] มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

1.2.1.1 การดำเนินการของรัฐสภา

ในรัฐเสรีประชาธิปไตย รัฐสภาไม่ว่าในรัฐบาลรูปแบบใดก็ตามย่อมมีอำนาจทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย และอำนาจหน้าที่อีกประการหนึ่งที่สำคัญ คือ การตรวจสอบรัฐบาล อันเป็นการถ่วงดุลอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน ตามที่ได้ศึกษามาในภาคที่ 1 แล้วว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นรัฐบาล ซึ่งการกระทำประเภทนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางการเมือง จึงเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐสภาในการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาล การที่รัฐสภามีอำนาจในการตรวจสอบเช่นนี้เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง ในรูปแบบความรับผิดชอบระหว่างองค์กรของรัฐที่ให้องค์กรหนึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบองค์กรอื่น รัฐสภาจึงเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของรัฐบาลในบางกรณีตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้

จากการศึกษาพบว่าประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญของไทยกำหนดให้การทำสนธิสัญญาบางประการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกากำหนดให้การทำสนธิสัญญาทวิภาคีทางการค้า ประธานาธิบดีต้องร่วมปรึกษากับสภาคองเกรส ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าสนธิสัญญาทางการค้า สนธิสัญญาสันติภาพซึ่งรวมถึงการทำสนธิสัญญาร่วมเป็นพันธมิตรต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา นอกจากนี้มีกรณีการดำเนินการอื่น ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่รัฐสภาเข้ามาใช้อำนาจร่วมด้วย โดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการทางความมั่นคงของประเทศในกระบวนการออกกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการอภิปรายร่างกฎหมายได้ การอภิปรายในระบบรัฐสภาแตกต่างจากระบบประธานาธิบดีในระบบประธานาธิบดีสมาชิกรัฐสภาใช้สิทธิยืดการอภิปรายออกไปได้ เพื่อถ่วงเวลาในการพิจารณากฎหมายออกไป ในขณะที่ระบบรัฐสภาจะมีการเสนอปิดอภิปรายหรือเสนอให้การอภิปรายมีระยะเวลาสั้นลงเพื่อนำไปสู่การลงมติโดยเร็ว[514]

ในการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยรัฐสภานั้น รัฐสภาของแต่ละประเทศจะมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารได้มากน้อยเพียงใด และมีวิธีการตรวจสอบอย่างไร ย่อมขึ้นอยู่กับความสัมพันธ์ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ในอังกฤษฝ่ายบริหารมีหน้าที่รับผิดชอบต่อรัฐสภาสภาโดยตรง รัฐสภาจึงมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารได้ รัฐสภาอังกฤษทั้งสภาสามัญชนและสภาขุนนาง ต่างมีอำนาจในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลผ่านทางกลไกต่าง ๆ

---

[514] Ilona Mária Szilágyi, “Presidential versus Parliamentary Systems,” **AARMS** 8, 2 (2009): 313.

เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปราย การตรวจสอบโดยคณะกรรมการ[515] ภายใต้ระบบการเมืองของอังกฤษ การพิจารณาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐมนตรีของศาลเป็นเพียงมาตรการเสริม เนื่องจากการตรวจสอบฝ่ายบริหารของรัฐสภาเป็นกลไกหลักที่สำคัญ ซึ่งเกิดจากพัฒนาการทางธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมือง[516] ในญี่ปุ่นฝ่ายนิติบัญญัติโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร และมีอำนาจเรียกใพยานและเอกสารหลักฐานได้[517] สำหรับรัฐสภาไทยทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต่างมีอำนาจตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน[518] ขณะที่สภาผู้แทนราษฎรในเยอรมนีมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร โดยมีกลไกหลายประการ เช่น การตั้งกระทู้ถาม หรือการอภิปรายในประเด็นที่ได้รับความสนใจ การตั้งคณะกรรมาธิการ[519]

ในฝรั่งเศสการดำรงตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีจึงต้องรับผิดชอบต่อประธานาธิบดี และในขณะเดียวกันก็ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาด้วย รัฐสภาจึงมีอำนาจในการตรวจสอบนายกรัฐมนตรี การให้นายกรัฐมนตรีรับผิดชอบต่อรัฐสภาเป็นหลักการของระบบรัฐสภา การกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารจึงอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา ต่อมาในปี ค.ศ. 2008 มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อปฏิรูปรัฐสภา ซึ่งมีสาระสำคัญในการเพิ่มบทบาทของรัฐสภาในการถ่วงดุลอำนาจของประธานาธิบดี[520]

จากที่ศึกษามาข้างต้น การบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลอังกฤษ เยอรมนี ญี่ปุ่น และไทย คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการตามอำนาจของกฎหมายและดำเนินการตามนโยบายที่ได้แถลง

---

[515] Parliamentary Education Service, **Parliament Explained 3 Parliament & Government Parliament is Responsible for Making the Government Accountable for Its Actions** (London: Parliamentary Education Service, 2007), p. 2.

[516] Colin Turpin and Adam Tomkins, **British Government and the Constitution: Text and Materials Law in Context** (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), p. 133.

[517] Article 62, The Constitution of Japan

[518] ปัทมา สูบกำปัง, **รัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550** (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2552), หน้า 18, 24.

[519] กุลธิดา ขันวิธิ, **สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี,** หน้า 1, ค้นวันที่ 27 สิงหาคม 2559 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php/?nid=396

[520] Pierre-Francois Derminon, “การปฏิรูปรัฐสภา: มุมมองเชิงเปรียบเทียบ (Parliamentary Reform: Comparative Perspectives),” **จดหมายข่าวการประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า** 14, 1 (พฤศจิกายน 2555): 6.

ไว้ต่อรัฐสภา และมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา อย่างไรก็ตามนอกเหนือจากการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรภายใน และองค์กรภายนอกอย่างรัฐสภาและศาลแล้ว ฝ่ายบริหารอาจถูกตรวจสอบโดยทางอื่นได้ เช่น การที่สื่อมวลชนวิจารณ์การทำงานของรัฐบาล หรือการแสดงความคิดเห็นทางวิชาการต่อการบริหารงานของรัฐบาล รวมทั้งประชาชนจะตัดสินใจการออกเสียงเลือกตั้งคราวต่อไปว่าจะเลือกฝ่ายบริหารชุดนี้เข้ามารับตำแหน่งอีกหรือไม่ ล้วนแต่เป็นวิธีในการตรวจสอบฝ่ายบริหารทั้งสิ้น ซึ่งแนวปฏิบัติของฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล การกระทำของรัฐ และการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง มีดังนี้

ในช่วงเวลาก่อนที่รัฐบาลเข้ารับตำแหน่งจำเป็นต้องมีการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเพื่อให้รัฐสภาและประชาชนทราบถึงนโยบายและแนวทางการบริหารราชการแผ่นดิน[521] ซึ่งนโยบายดังกล่าวนี้เป็นกรอบบังคับให้รัฐบาลต้องดำเนินการตามที่ได้แถลงไว้ และในขณะเดียวกันรัฐสภาสามารถใช้นโยบายดังกล่าวในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลภายหลังจากที่รัฐบาลเข้ารับตำแหน่งแล้ว การให้รัฐบาลแถลงนโยบายเช่นนี้เป็นการดำเนินการก่อนเข้ารับตำแหน่ง จึงเป็นกลไกทางรัฐสภาที่เกิดขึ้นก่อนหน้าที่การกระทำทางรัฐบาลจะเกิดผลทางกฎหมายอย่างชัดเจน

ในเรื่องเกี่ยวกับการทำสงครามในอังกฤษ รัฐบาลสามารถใช้อำนาจเกี่ยวกับสงครามในนามของกษัตริย์ได้โดยไม่ต้องปรึกษาหารือกับรัฐสภาก่อน[522] อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจทางการทหาร ในทางปฏิบัติรัฐบาลจะให้รัฐสภาได้มีส่วนร่วมในการอภิปรายก่อน ซึ่งโดยส่วนมากรัฐบาลเป็นฝ่ายจัดให้มีการอภิปราย ทั้งที่ตามกฎหมายแล้วไม่มีข้อบังคับให้รัฐสภาเข้ามามีบทบาทเกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าว[523]

ขณะที่บทบาทของรัฐสภาเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาเป็นไปในทางตรงข้ามกับการใช้กำลังทางทหาร ในกรณีสนธิสัญญาส่งผลให้ต้องมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในของอังกฤษ รัฐสภาจะมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับสนธิสัญญานั้นด้วย ซึ่งเป็นไปตามข้อบังคับของรัฐสภา และตามกฎพอนซอนบาย (Ponsonby Rule) กำหนดไว้ว่าก่อนหน้าที่รัฐบาลจะให้สัตยาบันสนธิสัญญาต้องส่งสนธิสัญญาให้แก่รัฐสภาเป็นเวลาไม่น้อยกว่ายี่สิบเอ็ดวันเพื่อให้รัฐสภาพิจารณามิฉะนั้นรัฐบาลไม่สามารถให้สัตยาบันสนธิสัญญาได้[524]

---

[521] มาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[522] Parliamentary Education Service, *op. cit.*, p. 4.

[523] Great Britain: Ministry of Justice, **The Governance of Britain War Powers and Treaties: Limiting Executive Powers** (Norwich: The Stationery Office, 2007), p. 9.

[524] *Ibid*., p. 71.

ในส่วนของสหรัฐอเมริกา การจัดตั้งรัฐบาลในสหรัฐอเมริกาเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งความสำคัญของรัฐธรรมนูญไม่ได้มีเพียงการกำหนดกรอบการทำงานของรัฐบาลกลางและรัฐบาลระดับมลรัฐ แต่ได้กำหนดวิธีการจำกัดอำนาจของรัฐบาลไว้ด้วย โดยรัฐบาลต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาและรัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบก่อนฝ่ายบริหารเข้ารับตำแหน่ง เพื่อให้รัฐสภาสภาทราบกรอบการดำเนินงาน แม้ว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง แต่การใช้อำนาจบางประการต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นกัน โดยการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาอันเป็นการใช้อำนาจที่มีฝ่ายนิติบัญญัติเกี่ยวข้องด้วย อีกทั้งรัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีในการแต่งตั้งรัฐมนตรี ข้าราชการชั้นสูงของกระทรวงต่าง ๆ เอกอัครราชทูตประจำในต่างประเทศ การแต่งตั้งผู้พิพากษาของศาลรัฐบาลกลางและศาลสูงสุด และกรณีการทำความตกลงกับต่างประเทศเป็นสนธิสัญญา ต้องทำโดยได้รับความเห็นชอบของวุฒิสภา

อย่างไรก็ดีสภาคองเกรสของสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารเหมือนกับระบบรัฐสภา เนื่องจากฝ่ายบริหารไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อสภาคองเกรส เนื่องจากการเข้าสู่ตำแหน่งของประธานาธิบดีมาจากการเลือกของประชาชน เมื่อความดำรงอยู่ของรัฐบาลไม่ขึ้นอยู่กับสภาคองเกรส ส่งผลให้รัฐบาลในระบบนี้มีเสถียรภาพมากกว่ารัฐบาลในระบบรัฐสภาและทำให้ความเป็นผู้นำของประธานาธิบดีเด่นชัด การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารได้ทำให้ฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจยุบสภา และถึงแม้ว่าสหรัฐอเมริกามีการยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างค่อนข้างเคร่งครัด แต่รัฐธรรมนูญมีกลไกให้การใช้อำนาจบริหารกับอำนาจนิติบัญญัติมีการถ่วงดุลตรวจสอบอำนาจซึ่งกันและกันได้ ฉะนั้นการใช้อำนาจรัฐขององค์กรทั้งสองมีความเกี่ยวพันกัน เช่น ประธานาธิบดีมีอำนาจในการใช้สิทธิยังยั้ง (VETO) ตามรัฐธรรมนูญ โดยการไม่ลงนามในกฎหมายที่เสนอโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ในขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจลบล้างสิทธิยับยั้งดังกล่าวของประธานาธิบดีได้ โดยการลงคะแนนรอบสอง ซึ่งหากคะแนนเสียงของสมาชิกทั้งสองด้วยคะแนนสองในสาม ถือว่ากฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้

ในส่วนการตรวจสอบฝ่ายบริหารในการทำสงคราม เดิมหลักการในสมัยสมาพันธรัฐกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเด็ดขาดในการตัดสินใจเกี่ยวกับความสงบสุขหรือการทำสงครามของประเทศ แต่ภายหลังอำนาจเกี่ยวกับการทำสงครามได้ถูกกำหนดให้อำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ หลักการของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการทำสงคราม มุ่งเน้นการแบ่งอำนาจเป็นส่วน ๆ อันเป็นไปตามหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจอธิปไตย[525]

---

[525] William P. Rogers, “Congress, the President, and the War Powers,” **California Law Review** 59, 5 (September 1971): 1196.

ในช่วงก่อนหน้าสงครามโลกครั้งที่สอง รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจเกี่ยวกับการสงครามเป็นของประธานาธิบดี โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางสภาคองเกรส ซึ่งมีการอธิบายเหตุผลดังนี้ ประการแรก เนื่องจากการกระทำของประธานาธิบดีถือว่าเกิดจากฉันทามติของพลเมืองสหรัฐ จึงสามารถสันนิษฐานได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวได้รับความเห็นพ้องต้องกัน ประการต่อมาช่วงศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 กรณีการกระทำของสหรัฐในแถบแคริบเบียน ซึ่งจากบริบทของประเทศเหล่านั้นเองปรากฏชัดว่ามีโอกาสน้อยมากที่จะต่อสู้กองกำลังของสหรัฐอเมริกา ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นต้องให้อำนาจกับรัฐสภาในการลดทอนอำนาจของประธานาธิบดีดังเช่นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน[526] การประกาศสงครามมีทั้งการผ่านและไม่ผ่านขั้นตอนของสภาคองเกรส สงครามที่ประกาศโดยสภาคองเกรส อาทิ สงครามระหว่างสหรัฐอเมริกากับเม็กซิโก สงครามระหว่างสเปนกับสหรัฐอเมริกา สงครามโลกครั้งที่สอง[527]

ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ในบรรดาความขัดแย้งระหว่างประเทศมักมีสหรัฐอเมริกาเกี่ยวข้องด้วยเสมอ ซึ่งการประกาศทำสงคราม การใช้กำลังทางทหารของสหรัฐอเมริกาเกิดจากการใช้อำนาจของประธานาธิบดี โดยสภาคองเกรสไม่ได้เข้าไปมีบทบาทด้วย อำนาจการทำสงครามระหว่างสภาคองเกรสกับประธานาธิบดีจึงเป็นประเด็นเรื่องดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างองค์กร และกลายเป็นประเด็นโต้แย้งถกเถียงในการตัดสินใจเกี่ยวกับสงคราม[528]

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในปัจจุบันได้กำหนดให้การประกาศสงคราม การกำหนดขนาดและขอบเขตของทหารเป็นอำนาจของสภาคองเกรส และรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นหัวหน้าของทหาร (Commander in Chief of the Army and Navy)[529] แม้ประธานาธิบดีมีอำนาจจัดเตรียมกองกำลังทางทหารได้ก็ตาม แต่ไม่มีอำนาจในการประกาศสงครามเนื่องจากเป็นอำนาจของสภาคองเกรส ดังนั้นอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับกำลังทหารเป็นของประธานาธิบดี ส่วนอำนาจในการประกาศสงครามตลอดจนการตัดสินใจเกี่ยวกับงบประมาณเป็นของรัฐสภา เป็นการให้สภาคองเกรสเข้ามามีบทบาทในการถ่วงดุลการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีและรัฐสภากำหนดขึ้นจากหลักการใช้อำนาจอธิปไตยที่มุ่งประสงค์ให้มีระบบการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน อันเป็นลักษณะพื้นฐานสำคัญของระบบการปกครองของ

---

[526] *Ibid*., p. 2000.

[527] Adam Schiffer and Currier Carrie Liu, “War Powers, International Alliances, the President, and Congress,” In **Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President** (New York: The College Board, 2008), p. 16.

[528] *Ibid*., p. 15.

[529] Harold J. Krent, **Presidential Powers** (New York: NYU Press, 2005), p. 111.

สหรัฐอเมริกา[530] การที่ประธานาธิบดีมีอำนาจตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายได้ แต่ในการดำเนินนโยบายบางประการต้องประสานความร่วมมือกับสภาคองเกรส ฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติจึงจำเป็นต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกันให้การทำงานปราศจากความขัดแย้งเพื่อให้นโยบายบรรลุผลสำเร็จ

การดำเนินการเกี่ยวกับสงครามในฝรั่งเศส รัฐบาลจะใช้อำนาจในการประกาศสงครามได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา[531] เนื่องจากเหตุผลมาจากการทำสงครามย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศและประชาชนอย่างร้ายแรง จึงสมควรอย่างยิ่งที่รัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชาควรจะได้มีโอกาสในการพิจารณาก่อนว่าควรหรือไม่ควรมีการทำสงคราม

ในเยอรมนี กรณีอาณาเขตของสหพันธรัฐถูกโจมตีโดยกองกำลังติดอาวุธหรือปรากฏชัดว่ามีการถูกคุมคามจากการถูกโจมตี เมื่อรัฐบาลแห่งสหพันธ์ร้องขอให้มีการกำหนดอาณาเขตของการถูกโจมตีหรือคุมคาม ให้สภาผู้แทนราษฎรโดยความยินยอมของวุฒิสภาทำการกำหนดอาณาเขตดังกล่าว และต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากจำนวนสองในสามของเสียงที่มาลงคะแนน ซึ่งอย่างน้อยต้องเป็นเสียงข้างมากของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

อย่างไรก็ตาม ถ้าปรากฏว่าสถานการณ์บังคับให้ต้องมีการกำหนดอาณาเขตที่ถูกโจมตีหรือคุกคามโดยทันที และมีข้อขัดข้องที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้อันทำให้สภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถจัดประชุมได้ทันเวลา หรือไม่สามารถประชุมได้ครบองค์ประชุม ให้คณะกรรมาธิการร่วมกำหนดภาวะการป้องกันประเทศโดยอาศัยคะแนนเสียงข้างมากจำนวนสองในสามของเสียงที่ลงคะแนน ซึ่งอย่างน้อยต้องเป็นเสียงข้างมากของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ฉะนั้นในกรณีปกติอำนาจการประกาศภาวะป้องกันประเทศเป็นของสภาผู้แทนราษฎรโดยคำร้องขอของรัฐบาล และต้องได้รับความยินยอมของวุฒิสภา แต่สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจประกาศสงครามยามฉุกเฉินได้ในกรณีที่ไม่สามารถเรียกประชุมรัฐสภาได้

ในขณะที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจในทางสงครามและการใช้กำลังทางทหารไม่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญญี่ปุ่น มีเพียงหลักการที่กล่าวถึงการหลีกเลี่ยงภาวะสงคราม ดังนี้

> ประชาชนชาวญี่ปุ่นปรารถนาอย่างแท้จริงซึ่งสันติภาพระหว่างประเทศ ซึ่งตั้งอยู่บนฐานแห่งความถูกต้องและความเป็นระเบียบเรียบร้อย และขอละเว้นอย่างถาวรในการสงครามที่ประกาศ โดยอำนาจแห่งรัฐและ

---

[530] James W. Riddlesperger, “Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President,” **The Advanced Placement Program** (2008): 1.

[531] Article 35, The Constitution of France

> การข่มขู่ด้วยกำลังรบหรือใช้กำลังรบเป็นวิธีการสำหรับระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามความที่กล่าวมา ห้ามมีไว้ซึ่งทหารบก ทหารเรือ ทหารอากาศ และกำลังรบอื่น ๆ สิทธิในการเข้าร่วมสงครามของประเทศไม่เป็นที่ยอมรับ

การตรวจสอบการกระทำในทางนโยบายต่างประเทศ ในการกำหนดนโยบายของรัฐบาล นอกเหนือจากการรักษาความสงบเรียบร้อยของชาติแล้ว การทำความตกลงระหว่างประเทศ การเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ เป็นภารกิจสำคัญอีกประการหนึ่งของรัฐบาล เนื่องจากการมีพันธมิตรในทางระหว่างประเทศเป็นสิ่งที่ประเทศต่าง ๆ ยึดถือเป็นหลักปฏิบัติ การทำสนธิสัญญาเป็นอีกรูปแบบหนึ่งของการติดต่อสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ[532] ในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมาสนธิสัญญามีบทบาทสำคัญมากในการเป็นบ่อเกิด (Source) ของกฎหมาย[533] และในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศอันได้แก่ รัฐกับรัฐ หรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ และที่สำคัญเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดในทางระหว่างประเทศด้วย[534]

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกากำหนดให้การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจของประธานาธิบดี โดยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา ซึ่งต้องใช้คะแนนเสียงจำนวนสองในสามของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งอยู่ในที่ประชุม โดยสภาคองเกรสมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการจำกัดหรือยับยั้งการตัดสินใจของประธานาธิบดีได้ สาระสำคัญของรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้การติดต่อสัมพันธ์กับรัฐอื่นอยู่ภายใต้อำนาจของประธานาธิบดี แต่เพื่อให้การดำเนินการเกิดประโยชน์แก่รัฐอย่างสูงสุดจึงได้มอบอำนาจให้สภาคองเกรสเข้าไปมีส่วนร่วมกำหนดทิศทางในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศด้วย[535] นอกจากนี้กฎหมายเกี่ยวกับอำนาจการทำสงครามของสหรัฐอเมริกากำหนดให้ประธานาธิบดีต้องแจ้งให้รัฐสภาทราบภายในสี่สิบแปดชั่วโมงก่อนที่จะใช้มาตรการทางทหาร และห้ามกองกำลังของสหรัฐอเมริกาประจำอยู่ในพื้นที่สงครามนานกว่าหกสิบวันหากไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐสภา

---

[532] สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำโดยบุคคลระหว่างประเทศ (Subjects of International Law) ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างรัฐภาคี ไม่ว่าจะเรียกชื่ออะไรและจะทำเป็นกรรมสาร (Instruments) กี่ฉบับก็ตาม

[533] Article 38(1), Statue of the International Court of Justice

[534] จุมพต สายสุนทร, **หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา** (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), หน้า 7-8.

[535] John Sparkman, “Checks and Balances in American Foreign Policy,” **Indiana Law Journal** 52, 2 (January, 1977): 443.

ในส่วนรัฐบาลของญี่ปุ่นต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาตามหลักความรับผิดชอบร่วมกันเช่นกัน[536] โดยการทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของรัฐบาลแต่ก่อนทำความตกลงรัฐบาลต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน[537] ในการให้ความเห็นชอบของรัฐสภา ถ้าสมาชิกวุฒิสภามีความเห็นแตกต่างกับสภาผู้แทน และหากการประชุมร่วมกันของสองสภา ไม่อาจมีข้อยุติร่วมกันได้ หรือวุฒิสภาไม่อาจลงมติได้ภายในสามสิบวันนับแต่ได้รับสนธิสัญญาที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้ถือเอามติของสภาผู้แทนราษฎรเป็นมติของรัฐสภา[538] ดังนั้นสรุปได้ว่ารัฐบาลทำหน้าที่ลงมติเห็นชอบสนธิสัญญาแต่สนธิสัญญานั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาก่อน สนธิสัญญาที่นำส่งไปที่สภาทั้งสองจะส่งต่อไปยังคณะกรรมาธิการต่างประเทศหรือคณะกรรมาธิการพิเศษ ในส่วนการพิจารณาเห็นชอบสนธิสัญญา ถ้ามีมติที่แตกต่างกันเกิดขึ้นในระหว่างสองสภา ให้ถือเอามติของสภาผู้แทนราษฎรเป็นสำคัญ

ในฝรั่งเศส การดำเนินการเจรจาสนธิสัญญา การให้สัตยาบันสนธิสัญญาเป็นอำนาจของประธานาธิบดี[539] แต่ถ้าเป็นสนธิสัญญาสันติภาพ สนธิสัญญาการค้า สนธิสัญญาเกี่ยวกับองค์กรระหว่างประเทศ สนธิสัญญาที่มีผลผูกพันด้านการเงินของรัฐ สนธิสัญญาที่แก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นรัฐบัญญัติ สนธิสัญญาเกี่ยวกับสถานภาพของบุคคล สนธิสัญญาเกี่ยวกับการยกให้แลกเปลี่ยน หรือการผนวกดินแดน จะได้รับการให้สัตยาบันหรือความเห็นชอบได้โดยผลของรัฐบัญญัติของรัฐสภา[540] โดยการให้สัตยาบันสนธิสัญญาเหล่านี้ต้องอาศัยความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่ง

ในส่วนอำนาจการทำสนธิสัญญาของไทย ประเทศไทยมีการจัดทำสนธิสัญญา (ตามรัฐธรรมนูญ เรียกว่า หนังสือสัญญาระหว่างประเทศ) มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา ในสมัยนั้นจารีตประเพณีระหว่างประเทศถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศต่าง ๆ ยึดถือเป็นหลักในการ

---

[536] Alisa Gaunder, **Routledge Handbook of Japanese Politics** (London: Routledge, 2011), p. 51.

[537] Charles F. Gritzner, Douglas A. Phillips and Kristi L. Desaulniers, **Japan Modern World Nations Series** (New York: Infobase, 2009), p. 62.

[538] Article 60-61, The Constitution of Japan

[539] Article 52, The Constitution of France

[540] Dinah Shelton, **International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion** (Oxford: Oxford University Press, 2011), p. 214.

ปฏิบัติ ในส่วนอำนาจตามกฎหมายภายใน การทำสนธิสัญญาเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์[541] เมื่อประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ซึ่งเป็นรัฐธรรมฉบับแรกของประเทศไทยกำหนดให้การให้สัตยาบันทางพระราชไมตรีเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับของประเทศไทยกำหนดให้เป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์เช่นกัน ยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่เกิดขึ้นมาจากการรัฐประหารคงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการปกครองที่สำคัญเท่านั้น[542]

อย่างไรก็ตามแม้รัฐธรรมนูญกำหนดให้การทำสนธิสัญญาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ แต่แท้จริงแล้วองค์กรของรัฐที่มีอำนาจในการทำหนังสือสัญญา คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี เนื่องจากบทบัญญัติของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ดังนั้นพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจผ่านทางคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาอยู่ในหมวด 9 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการอยู่ในหมวด 8 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรีเช่นกัน แต่การทำสนธิสัญญาของไทยไม่ได้จำกัดเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น เนื่องจากรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเข้ามามีส่วนร่วมกับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ในบางกรณี ถ้าหนังสือสัญญามีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้ หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือการทำหนังสือสัญญาจะต้องตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างกว้างขวาง หรือ มีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ[543] ซึ่งการกำหนดให้รัฐสภามีอำนาจกลั่นกรองการทำสนธิสัญญาแสดงถึงอำนาจนิติบัญญัติในการตรวจสอบถ่วงดุลการทำหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

---

[541] จตุพร วงศ์ทองสรรค์, “ปัญหาการจัดทำสนธิสัญญาภายใต้มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2550,” **วารสารรามคำแหง** 25, ฉบับพิเศษ (กรกฎาคม-กันยายน 2551): 106.

[542] ชนิตา อึ๊งผาสุก, “การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง,” **สรรพากรสาส์น** 58, 4 (เมษายน 2554): 89-90.

[543] มาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในการดำเนินการการประกาศสงครามของไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับกำหนดให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นองค์กรในการใช้อำนาจแทนเช่นเดียวกับการทำสนธิสัญญา แต่ก่อนที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะดำเนินการประกาศสงคราม ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน และในระหว่างที่อายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภาทำหน้าที่รัฐสภาในการให้ความเห็นชอบ

ในประเด็นต่อไปจะศึกษาการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลในกระบวนการตรากฎหมาย รัฐบาลไทยมีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการของรัฐบาลที่กำหนดว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ ภายหลังจากสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาและให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติแล้วให้เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาต่อไป โดยสมาชิกวุฒิสภาต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายในวัน ถ้าพิจารณาไม่เสร็จภายในกำหนดเวลาให้ถือว่าวุฒิสภาให้ความเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัตินั้น ซึ่งผลการพิจารณาของวุฒิสภาอาจให้ความเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร ไม่เห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎร หรือเห็นมีความเห็นให้แก้ไขเพิ่มเติมก็ได้

ส่วนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ต้องทำเป็นสามวาระ ได้แก่ ขั้นรับหลักการ การพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และการออกคะแนนเสียงเห็นชอบ เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วจึงนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยบังคับใช้ต่อไป ในประเด็นเกี่ยวกับการตรากฎหมายนี้รัฐสภามีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอันเป็นการกระทำทางรัฐบาล

จากการศึกษาอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในการตรวจสอบการออกกฎหมายของรัฐบาลพบว่าในฝรั่งเศสรัฐสภามีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจเกี่ยวกับการตรากฎหมายของรัฐบาลเช่นกัน ตามหลักการทั่วไปอำนาจในการตรารัฐบัญญัติเป็นของรัฐสภา แต่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่รัฐบาลในการตรารัฐกำหนดในเรื่องที่โดยปกติเป็นอำนาจของรัฐสภาในการตรารัฐบัญญัติ การให้อำนาจแก่รัฐบาลดังกล่าวมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การดำเนินการของรัฐบาลเป็นไปตามแผนการดำเนินงานที่กำหนดไว้ ซึ่งรัฐบาลจะตรารัฐกำหนดได้ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐสภาก่อน[544] โดยการที่รัฐสภามีอำนาจ

---

[544] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, “เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส,” **วารสารนิติศาสตร์** 36, 1 (มีนาคม 2550): 43.

อนุมติหรือไม่อนุมติให้รัฐบาลตรารัฐกำหนด เป็นการตรวจสอบการดำเนินการของรัฐบาลก่อนที่กฎหมายจะมีผลใช้บังคับ

นอกจากนี้รัฐสภาของไทยมีบทบาทในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติเช่นกัน ในการดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมสภา การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาต้องกระทำโดยพระราชกฤษฎีกา การดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นอำนาจของรัฐบาลในการถวายคำแนะนำแด่พระมหากษัตริย์ โดยสมัยประชุมสามัญของรัฐสภาสมัยหนึ่ง ๆ ให้มีกำหนดเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวัน แต่พระมหากษัตริย์จะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ขยายเวลาออกไปก็ได้ แต่อาจปิดสมัยประชุมสมัยสามัญก่อนครบกำหนดเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวันก็ได้ แต่จะกระทำได้ต่อเมื่อโดยความเห็นชอบของรัฐสภา ดังนั้นรัฐสภาจึงเข้ามามีส่วนตรวจสอบการปิดสมัยประชุมสภาอันเป็นอำนาจของรัฐบาลก่อนครบกำหนดสมัยประชุม

1.2.1.2 การตรวจสอบโดยประชาชน

ตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมีสาระสำคัญให้การกระทำทางรัฐบาลอยู่ภายใต้หลักการตรวจสอบโดยรัฐสภาเป็นไปตามหลักประชาธิปไตยทางผู้แทน ซึ่งเป็นประชาธิปไตยโดยอ้อม โดยประชาชนเป็นผู้เลือกผู้แทนทำหน้าที่ในรัฐสภา ผู้แทนย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแทนประชาชน รัฐสภาถือเป็นตัวแทนประชาชนในการตรวจสอบการทำหน้าที่ของรัฐบาลผ่านกลไกต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การอภิปรายไม่ไว้วางใจ การตรวจสอบโดยคณะกรรมาธิการสามัญ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบหรือสอบสวนการบริหารราชการแผ่นดินในเรื่องต่าง ๆ แต่การตรวจสอบโดยรัฐสภาไม่ใช่หลักประกันในการป้องกันผลประโยชน์ของประเทศได้อย่างทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีข้อจำกัดในการตรวจสอบ เช่น ในระบบรัฐสภา กลไกที่ใช้ในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากการใช้กลไกทางรัฐสภาโดยการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี จำเป็นต้องมีคะแนนเสียงที่ลงมติไม่ไว้วางใจสมาชิกรัฐสภา ซึ่งความเป็นไปได้ที่รัฐบาลจะถูกลงมติไม่วางใจมีน้อย แม้ว่าสมาชิกพรรคฝ่ายค้านจะสามารถอภิปรายไม่ไว้วางใจโดยหลักฐานสนับสนุนมากมายเพียงใดก็ตาม เนื่องจากเสียงข้างมากของรัฐสภาย่อมเป็นของฝ่ายที่จัดตั้งรัฐบาล ทำให้พรรคการเมืองฝ่ายค้านซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยพ่ายแพ้ในการลงมติ ประเด็นนี้อาจทำให้ประชาชนเกิดความไม่เชื่อมั่นในกลไกการตรวจสอบในระบบรัฐสภา อย่างไรก็ดีการอภิปรายมีประโยชน์ในการให้ประชาชนได้รับทราบข้อมูลข่าวสารจากการถามตอบระหว่างรัฐบาลและฝ่ายค้าน และให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจเลือกผู้แทนของตนในการเลือกตั้งครั้งหน้า

ถึงแม้ว่าประชาชนได้มอบอำนาจให้ผู้แทนไปแล้วตามทฤษฎีสัญญาประชาคม แต่ไม่ได้หมายความว่าสิทธิในการตรวจสอบของประชาชนจะสิ้นสุดลง โดยประชาชนมีอำนาจติดตามตรวจสอบการทำงานได้เสมอ และจากข้อบกพร่องอันเกิดจากอำนาจของรัฐสภาในการถ่วงดุลอำนาจกับ

รัฐบาล จึงจำเป็นต้องให้ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริงสามารถตรวจสอบการทำหน้าที่ของรัฐบาลได้ ประกอบกับตามแนวคิดของประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy) ประชาชนไม่ควรมีสิทธิเฉพาะการเลือกตั้งทางการเมือง ดังนั้นประชาชนควรมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในกิจการของรัฐ โดยการส่งเสริมให้ประชาชนมีบทบาทในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล ซึ่งการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลมีผลโดยตรงต่อประชาชนในประเทศนั้น ๆ ถ้ารัฐบาลออกนโยบายหรือใช้อำนาจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งขัดต่อกฎหมายหรือไม่เป็นผลดีต่อประชาชน การกระทำเช่นนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ โดยเฉพาะในประเทศที่การตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมืองอย่างรัฐสภาไม่มีความเข้มแข็ง ดังนั้นวิธีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยประชาชนนับว่ามีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะทำให้การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลเป็นไปอย่างมีขอบเขตและอยู่ภายใต้กฎหมาย

1.2.2 การตรวจสอบหลังการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมาย

การศึกษาในส่วนนี้ แบ่งออกเป็น กลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยรัฐสภา และโดยประชาชน เช่นเดียวกับการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

1.2.2.1 กลไกการตรวจสอบของรัฐสภา

ในส่วนนี้จะศึกษาแนวทางของสภาคองเกรสในสหรัฐอเมริกา และรัฐสภาของญี่ปุ่นในการตรวจสอบการกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง แนวทางการตรวจสอบการกระทำของรัฐโดยรัฐสภาอังกฤษ และแนวทางของรัฐสภาฝรั่งเศส และไทยในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนแนวทางรัฐสภาของเยอรมนีที่ใช้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เพื่อให้เข้าใจระบบการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในแต่ละประเทศ

กลไกที่รัฐสภานำมาใช้ตรวจสอบฝ่ายบริหารมีด้วยกันหลายวิธี ซึ่งรูปแบบของรัฐบาลในแต่ละประเทศ ส่งผลให้กลไกของรัฐสภาในการตรวจสอบฝ่ายบริหารแตกต่างกัน อย่างไรก็ดีในประเทศที่มีรัฐบาลในรูปแบบเดียว อาจจะมีวิธีการ หรือเครื่องมือสำหรับตรวจสอบฝ่ายบริหารเหมือนกัน แต่ในส่วนรายละเอียดของการตรวจสอบย่อมต่างกัน ขึ้นอยู่กับหลักการและแนวทางปฏิบัติของแต่ละประเทศ ในที่นี้จะกล่าวถึงการตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยรัฐสภาแยกตามกลไกประเภทต่าง ๆ

1) การตั้งกระทู้ถาม

การตั้งกระทู้ถามเป็นวิธีการที่ฝ่ายนิติบัญญัติใช้ในการตรวจสอบฝ่ายบริหาร ในรัฐสภาของอังกฤษ การตั้งกระทู้ถาม ใช้คำว่า Question เกิดขึ้นเป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 1720 จากการที่สภาขุนนาง (House of Lords) เรียกให้รัฐบาลตอบคำถามเกี่ยวกับกรณีที่หัวหน้าแคชเชียร์ของ

บริษัท the South Sea Company หนีออกนอกประเทศและถูกจับกุมในกรุงบรัสเซลล์[545] ในส่วนของรัฐสภาในยุโรปแถบฝรั่งเศส อิตาลี ใช้คำว่า Interpellation ความหมายการของตั้งกระทู้ถาม ความหมายในทางการเมือง หมายถึง การซักถาม การท้วงติงการบริหารงานของรัฐบาล โดยสมาชิกสภาเป็นผู้ท้วงติงหรือซักถาม ผลของการท้วงติงหรือซักถามจะทำให้การบริหารงานของรัฐบาลหยุดชะงักลงชั่วระยะเวลาหนึ่ง ความสำคัญของการตั้งกระทู้ถามอาจนำไปสู่การอภิปรายทั่วไป รวมทั้งอาจเกิดการลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจรัฐบาลทั้งคณะหรือเป็นรายกระทรวงได้[546] นอกจากนี้ การตั้งกระทู้ถามเป็นการประเมินการทำงานของรัฐมนตรี ด้วยการเตือนให้รัฐมนตรีสนใจประเด็นปัญหาที่ถูกตั้งกระทู้ซึ่งส่วนใหญ่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประชาชน[547]

การตั้งกระทู้ถามนับเป็นเครื่องมือที่สำคัญของรัฐสภาในการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการทำงานของฝ่ายบริหาร เพื่อนำมาใช้การตรวจสอบการดำเนินการทางบริหาร โดยให้ฝ่ายบริหารรายงานการดำเนินงานต่อรัฐสภา มีลักษณะเป็นการกดดันการทำงานของฝ่ายบริหารทั้งการบริหารงานและนโยบายต่าง ๆ ซึ่งการตั้งกระทู้ถามอาจทำโดยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษร[548] และรัฐบาลมีหน้าที่ตอบกระทู้ถาม หากเป็นการตั้งกระทู้ถามด้วยวาจา การตอบกระทู้ถามก็ต้องทำด้วยวาจาเช่นกัน ซึ่งในการตอบกระทู้ต้องทำต่อบรรดาสมาชิกสภาทั้งหมด ไม่ใช่ตอบเฉพาะผู้ตั้งกระทู้[549] โดยทั่วไปจะมีการกำหนดระยะเวลาสำหรับให้สมาชิกสภาตั้งกระทู้ถามต่อนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี

รัฐสภาของอังกฤษมีอำนาจตั้งกระทู้ถามฝ่ายบริหาร ดังนี้ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจถูกสมาชิกสภาสามัญตั้งกระทู้ถามตามที่มีข้อสงสัยอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจบริหารในความรับผิดชอบของบุคคลนั้น เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ถูกตั้งกระทู้ถามได้อธิบายและชี้แจงการปฏิบัติงานตามประเด็นที่ถูกตั้งกระทู้ได้ การตั้งกระทู้ถามสามารถทำด้วยวาจาและลายลักษณ์อักษร สำหรับวาระกระทู้ถาม (Question Time) ในสภาสามัญ จะเกิดขึ้นในช่วงชั่วโมงแรกของการประชุมสภาสามัญในวันจันทร์ถึงวันพฤหัสบดี ซึ่งการตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีจะกระทำในวัน

---

[545] House of Commons, **Parliamentary Questions,** p. 2. Retrieved January 11, 2015 from https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p01.pdf

[546] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง,** หน้า 146.

[547] สุรพล นิติไกรพจน์, **รายงานการวิจัย ระบบควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 33.

[548] House of Commons, *op. cit.*, pp. 1-2.

[549] Hironori Yamamoto, **Tools for Parliamentary Oversight a Comparative Study of 88 National Parliaments** (Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2007), p. 49.

จันทร์ วันอังคาร และวันพฤหัสบดี และการตั้งกระทู้ถามนายกรัฐมนตรีจะกระทำในวันพุธ[550] ในการตอบกระทู้ถามของฝ่ายบริหาร สื่อมวลชนจะนำการตอบกระทู้ไปเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ

สภาขุนนางอังกฤษมีอำนาจตั้งกระทู้ถามรัฐบาลได้เช่นเดียวกับสภาสามัญ ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้[551] กำหนดเวลาในการตั้งกระทู้ถามของสภาขุนนาง จะกระทำในช่วงสามสิบนาทีแรกของการประชุมในวันจันทร์ถึงวันพฤหัสบดี โดยกระทู้ถามที่ได้รับการบรรจุไว้ในวาระการประชุม เรียกว่า Starred Question ส่วนกระทู้ถามอีกประเภทหนึ่งเกี่ยวกับเรื่องสำคัญและอยู่ในความสนใจของสาธารณะ เรียกว่า Unstarred Question ซึ่งจะกระทำในช่วงท้ายของวันประชุม หรือในระหว่างพักรับประทานอาหารเย็น โดยจะเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายได้สั้น ๆ ระยะเวลาประมาณหนึ่งชั่วโมงถึงหนึ่งชั่วโมงครึ่ง

ในเยอรมนี ญี่ปุ่น และไทยมีระบบรัฐสภาเช่นเดียวกับอังกฤษ และมีการกำหนดกลไกการตั้งกระทู้ถามเพื่อให้รัฐสภาใช้ตรวจสอบฝ่ายบริหารไว้ทำนองเดียวกัน การตั้งกระทู้ถามในเยอรมนี มีหลักการ ดังนี้ ในการตั้งกระทู้ถามต่อรัฐบาลของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และตัวแทนของรัฐบาลมีหน้าที่โดยตรงในการตอบกระทู้ถาม ในการตั้งกระทู้ถามมีทั้งการกระทู้ถามหลัก (GroßeAnfrage) และการตั้งกระทู้ถามรอง (Kleine Anfrage) การตั้งกระทู้ถามหลัก หมายถึง การตั้งกระทู้ถามโดยพรรคการเมือง หรือกลุ่มพรรคการเมืองที่มีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎร หรือตั้งโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่ต่ำกว่าร้อยละห้า ในประเด็นทางการเมืองอันเกี่ยวกับข้อมูลที่อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐบาล ภายหลังจากรัฐบาลได้ตอบกระทู้ถามเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว จะต้องนำประเด็นเข้าสู่การอภิปรายในสภา ส่วนการตั้งกระทู้ถามรอง เป็นการตั้งโดยกลุ่มที่มีที่นั่งในสภาในสภาผู้แทนราษฎร เพื่อขอข้อมูลประเด็นเฉพาะจากรัฐบาล โดยรัฐบาลจะตอบกระทู้ถามเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่มีการนำเข้าสู่การอภิปรายในสภา[552]

ส่วนการตั้งกระทู้ถามของสมาชิกสภาไดเอทในญี่ปุ่น มีแนวทาง ดังนี้[553] สมาชิกสภาไดเอทของทั้งสองสภาจะเสนอการตั้งกระทู้ถามต่อประธานสภาผู้แทนหรือประธานรัฐสภาเพื่อเป็นการรับรอง โดยต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ในกรณีที่ประธานสภาผู้แทน หรือประธานสภาไดเอทเห็นชอบการตั้งกระทู้นั้นจะดำเนินการส่งกระทู้ไปยังคณะรัฐมนตรี และเมื่อคณะรัฐมนตรีได้รับ

---

[550] อรณิช รุ่งธิปานนท์, **รัฐสภาสหราชอาณาจักร: สภาสามัญ สภาขุนนาง หน่วยงานสนับสนุน** (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2553), หน้า 18.

[551] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 25.

[552] กุลธิดา ขันวิธิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 7,

[553] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักภาษาต่างประเทศ, **สภาไดเอทแห่งชาติญี่ปุ่น The National Diet of Japan** (กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2556), หน้า 14.

กระทู้มีหน้าที่ต้องตอบกระทู้ภายในเจ็ดวัน ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่ตอบกระทู้ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว จะต้องชี้แจงเหตุผลและเวลาที่คาดว่าจะตอบกระทู้ได้ ทั้งนี้ หากเป็นการตั้งกระทู้ถามในเรื่องเร่งด่วน เมื่อได้รับความเห็นชอบจากสภา อาจใช้วิธีถามปากเปล่าในที่ประชุมสภาได้

สำหรับการตั้งกระทู้ถามของไทย มีการนำกลไกนี้มาใช้ตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475[554] โดยให้อำนาจแก่สมาชิกรัฐสภาในการตั้งคำถาม ตั้งข้อสงสัยอันเกี่ยวข้องกับการทำงานซึ่งอยู่ในภาระหน้าที่ของรัฐบาลตามที่ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐสภาตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล และให้คณะรัฐมนตรีที่ถูกตั้งคำถามได้มีโอกาสตอบข้อสงสัย เพื่ออธิบายชี้แจงการทำงานต่อรัฐสภาและให้ประชาชนได้รับทราบข้อเท็จจริง[555] โดยทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาสามารถตั้งกระทู้ถามได้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การตั้งกระทู้ถามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มี 2 ประเภท คือ การตั้งกระทู้ถามสด และการตั้งกระทู้ถามทั่วไป การตั้งกระทู้ถามสด คือ กระทู้ถามในเรื่องเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่เป็นปัญหาสำคัญที่อยู่ในความสนใจของประชาชน เป็นเรื่องที่กระทบถึงประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชน หรือเป็นเรื่องที่เร่งด่วน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถตั้งกระทู้ถามได้ครั้งละกระทู้และจะต้องยื่นเรื่องเป็นหนังสือเสนอต่อประธานสภาก่อนเริ่มการประชุม การตั้งกระทู้ถามทั่วไป คือ กระทู้ถามที่ต้องเสนอล่วงหน้าเป็นหนังสือ มีข้อความเป็นคำถามในข้อเท็จจริงหรือนโยบาย และระบุว่าจะให้รัฐมนตรีตอบในที่ประชุมสภาหรือให้ตอบในราชกิจจานุเบกษา ส่วนการตั้งกระทู้ถามของสมาชิกวุฒิสภา มีการตั้งกระทู้ถาม 2 ประเภทเช่นกัน คือ กระทู้ถามที่ขอให้ตอบในราชกิจจานุเบกษา และกระทู้ถามที่ขอให้ตอบในที่ประชุมวุฒิสภา ได้แก่ กระทู้ถามทั่วไปและกระทู้ถามด่วน และหลักการตั้งกระทู้ถามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่โดยจะถามเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาก็ได้ตามข้อบังคับการประชุมแห่งสภานั้น ๆ ซึ่งอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีการตั้งกระทู้ถามด้วยวาจา

---

[554] มาตรา 40 วรรคสอง ในที่ประชุมสภาทุกคนมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในข้อความใด ๆ อันเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ แต่รัฐมนตรีย่อมทรงไว้ซึ่งสิทธิที่จะไม่ตอบ เมื่อเห็นว่าข้อความนั้น ๆ ยังไม่ควรเปิดเผย เพราะเกี่ยวกับความปลอดภัย หรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน

[555] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการประเมินกลไก กระบวนการและสัมฤทธิผลของการแก้ไขปัญหาที่ประชาชนร้องเรียน** (รายงานการวิจัย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2554), หน้า 91.

โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าไว้ด้วย และรัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบกระทู้เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผยเนื่องจากเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน[556]

การตั้งกระทู้ถามไม่ได้ใช้เฉพาะในประเทศที่มีระบบรัฐสภา โดยในฝรั่งเศสมีกลไกการตั้งกระทู้ถามเช่นกัน เป็นการนำแนวคิดของระบบรัฐสภาที่ให้ฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภามาใช้ ฝ่ายนิติบัญญัติฝรั่งเศสจึงมีอำนาจตั้งกระทู้ถามฝ่ายบริหารได้ กระทู้ถามจำแนกออกเป็น 3 ประเภท[557] ประเภทแรก กระทู้ถามแบบลายลักษณ์อักษร (les questions écrites) โดยในการตอบกระทู้ถามประเภทนี้ รัฐมนตรีจะต้องตอบในรัฐกิจจานุเบกษา (Le Journal Officiel) ประเภทที่สอง กระทู้ถามด้วยวาจา (les questions orales) ซึ่งรัฐมนตรีจะตอบคำถามในที่ประชุมสภา ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่ตั้งกระทู้ถามสามารถโต้ตอบได้ รวมถึงการตั้งกระทู้ถามที่สมาชิกวุฒิสภานอกเหนือจากสมาชิกผู้ถามสามารถลงชื่อร่วมแสดงความคิดเห็นได้ และประเภทสุดท้าย กระทู้ถามเกี่ยวกับเหตุการณ์ปัจจุบัน (les questions d'actualités) วุฒิสภาสามารถตั้งกระทู้ถามถึงเหตุการณ์สำคัญต่างๆที่เกิดขึ้นภายในประเทศและต่างประเทศได้เดือนละสองครั้ง การตั้งกระทู้ถามประเภทนี้มีขึ้นในวันพฤหัสบดีและจะมีการถ่ายทอดสดทางสถานีโทรทัศน์ช่อง France สาม และช่อง Public Sénat

จากที่ศึกษามาข้างต้นนี้ สรุปได้ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นการกระทำของรัฐในอังกฤษ การกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสและในไทย การกระทำตามทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ภายหลังจากการกระทำดังกล่าวเกิดผลแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเหล่านี้สามารถตั้งกระทู้ถามต่อรัฐบาล เพื่อให้รัฐบาลในฐานะเป็นผู้รับผิดชอบในนโยบาย ได้ชี้แจงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น การตรวจสอบการกระทำใช้อำนาจของฝ่ายบริหารวิธีนี้ทำให้สมาชิกสภาและประชาชนได้รับทราบข้อมูลตามประเด็นปัญหาและการตอบชี้แจงของรัฐบาล ผลสัมฤทธิ์ของการตั้งกระทู้ถาม ขึ้นอยู่กับการตั้งประเด็นของกระทู้เป็นสำคัญว่าตรงประเด็นเพียงใด แต่กลไกการตรวจสอบฝ่ายบริหารประเภทนี้ไม่มีอยู่ในสหรัฐอเมริกา เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติสหรัฐอเมริกา ฝ่ายบริหารไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตั้งกระทู้ถามต่อฝ่ายบริหารได้

2) การอภิปราย

ตามหลักการของระบบรัฐสภาที่ฝ่ายบริหารดำรงอยู่ในตำแหน่งได้ด้วยความไว้วางใจของสภา สภาจึงจำเป็นต้องมีวิธีในการประเมินฝ่ายบริหารว่าควรได้รับความไว้วางใจ

---

[556] มาตรา 150 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[557] Assemblée nationale, **Les questions,** Retrieved September 10, 2014 from http:// www.assemblee-nationale.fr/controle/questions.asp

หรือไม่ การอภิปราย (Debate) ในความหมายนี้เป็นกลไกที่สภาใช้ตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร[558] ซึ่งสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบฝ่ายบริหารที่สุด โดยการอภิปรายที่เป็นไปอย่างเปิดเผยจะทำให้ประชาชนทราบถึงความบกพร่องของฝ่ายบริหารและมีโอกาสตรวจสอบฝ่ายบริหารได้

สภาสามัญในอังกฤษ มีสิทธิอภิปรายการดำเนินการของรัฐบาลในเรื่องนโยบาย การบริหารประเทศ เรื่องเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติ และรวมถึงเรื่องสำคัญอื่น ๆ ทั้งเรื่องภายในและระหว่างประเทศ การอภิปรายเป็นกลไกที่นำมาใช้ในการแสดงความคิดเห็น การแบ่งปันข้อเสนอแนะในเรื่องต่าง ๆ ระหว่างสมาชิกในสภาสามัญ โดยสภาสามัญสามารถขอแปรญัตติก่อนการปิดประชุม (Adjourment Debate) ซึ่งเป็นการอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็นโดยไม่มีการลงมติได้ โดยการอภิปรายเป็นเวลาสั้น ๆ ก่อนปิดการประชุมสภาประจำวัน[559]

นอกจากการอภิปรายดังกล่าวแล้ว สภาสามัญมีสิทธิการเสนออภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล (Motion of No Confidence) ซึ่งเป็นอีกมาตรการหนึ่งที่รัฐสภาโดยสมาชิกสภาสามัญฝ่ายค้านนำมาใช้เป็นเครื่องมือตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลได้ ซึ่งจะเกิดขึ้นในกรณีที่ในสมาชิกสภาสามัญมีความเห็นว่าการชี้แจงการปฏิบัติงานของรัฐบาลขาดความชัดเจน หรือการชี้แจงไม่เป็นที่น่าพอใจ สมาชิกสภาสามัญดังกล่าวมีสิทธิเสนอญัตติเพื่อขออภิปรายไม่ไว้วางใจ และให้มีการลงมติไม่ไว้วางใจ (Votes of No Confidence) ได้ด้วย[560] ซึ่งเป็นการตัดสินใจของสมาชิกสภาสามัญที่มีต่อความเชื่อมั่นในการทำงานของฝ่ายบริหาร

ในส่วนของสภาขุนนางสามารถอภิปรายการทำงานของรัฐบาลได้ ซึ่งมีลักษณะทำนองเดียวกับการอภิปรายของสภาสามัญ ไม่ว่าจะเป็นการอภิปรายประเด็นเกี่ยวกับนโยบาย การบริหารประเทศของรัฐบาล ร่างกฎหมาย และเรื่องสำคัญอื่น ๆ ในระดับประเทศ และระหว่างประเทศ หรือการอภิปรายเพื่อแสดงความคิดเห็น การแบ่งปันข้อเสนอแนะเรื่องต่าง ๆ ระหว่างสมาชิก[561] แม้สภาขุนนางมีอำนาจในการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารที่ลักษณะที่ใกล้เคียงกับสภาสามัญ โดยมีอำนาจตั้งกระทู้ถามคณะรัฐมนตรี การอภิปรายการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร รวมทั้งกลไกทางคณะกรรมาธิการ แต่สมาชิกสภาขุนนางไม่มีอำนาจขอเปิดอภิปรายฝ่ายบริหารเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้

---

[558] บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง,** หน้า 152.

[559] อรณิช รุ่งธิปานนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 19.

[560] *เรื่องเดียวกัน*.

[561] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 26.

การอภิปรายไม่ไว้วางใจของฝรั่งเศส กระบวนการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร เริ่มจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอย่างน้อยจำนวนหนึ่งในสิบของสมาชิกทั้งหมด เสนอขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล ซึ่งจะมีการพิจารณาหลังจากเสนอเรื่องไปแล้วเป็นเวลาสี่สิบแปดชั่วโมง[562] การพิจารณาข้อเสนอของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ให้นับคะแนนเสียงเฉพาะที่เห็นด้วยกับญัตติไม่ไว้วางใจ โดยจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีอยู่[563]

สำหรับวิธีการลงคะแนนไม่ไว้วางใจ กรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วยกับการกระทำบางอย่างของรัฐบาล หรือไม่ต้องการลงคะแนนในร่างบัญญัติบางฉบับ รัฐบาลสามารถผลักดันให้สมาชิกสภาผู้แทนฯลงคะแนน หรือเลือกกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด คือ สนับสนุนรัฐบาล หรือ คัดค้าน วิธีการบังคับ คือเปิดโอกาสให้สมาชิกรัฐสภาเลือก คือ ขอให้สภาผู้แทนฯลงคะแนนว่าเห็นด้วย หรือไม่เห็นด้วยในนโยบายที่รัฐบาลเสนอต่อรัฐสภา ซึ่งวิธีการนี้เรียกว่า ญัตติไว้วางใจ รัฐบาลสามารถบังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรลงคะแนนในทันที สรุปได้ว่าสภามีอำนาจตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารด้วยการลงมติไม่ไว้วางใจ แต่ไม่สามารถลงมติไม่ไว้วางใจประธานาธิบดีได้

ในส่วนการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลของเยอรมนี ทำได้เฉพาะการอภิปรายไม่วางใจและขอถอดถอนนายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่ง โดยสภาบุนเดสตัก (สภาผู้แทนราษฎร) มีหน้าที่เลือกผู้ที่มาจะดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทน ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดของสภา และต้องร้องขอให้ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ถอดถอนนายกรัฐมนตรี ซึ่งประธานาธิบดีต้องปฏิบัติตามคำร้องขอ และแต่งตั้งผู้ที่สภาได้คัดเลือกดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนใหม่[564]

ในญี่ปุ่นฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารด้วยการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ โดยมีเงื่อนไข ดังนี้ ในกรณีสมาชิกสภาไดเอท มีความประสงค์ที่จะเสนอมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจต่อคณะรัฐมนตรี ต้องได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกสภาไดเอ็ท จำนวนไม่น้อยกว่าห้าสิบคน ด้วยการลงนามกำกับแนบท้าย โดยการยกร่างมติดังกล่าวนั้นจะต้องแนบเหตุผลด้วย และ พร้อมทั้งนำไปยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ กรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีมติรับรอง

---

[562] Kaare Strøm, Wolfgang C. Müller and Torbjörn Bergman **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies** (Oxford: Oxford University Press, 2006), p. 335.

[563] Article 49, The Constitution of France

[564] กุลธิดา ขันวิธิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 6.

ญัตติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือมีมติไม่รับรองญัตติไว้วางใจ และฝ่ายบริหารไม่ได้ยุบสภาผู้แทนราษฎรภายในสิบวัน รัฐบาลย่อมพ้นจากตำแหน่งไป[565]

สำหรับการเปิดอภิปรายรัฐบาลของไทย เป็นกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาแสดงความคิดเห็น พิจารณา หรือวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี มีทั้งการเปิดอภิปรายทั่วไป และการอภิปรายไม่ไว้วางใจ โดยการเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภา สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภา เพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ[566] ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักการของการเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550[567] การอภิปรายทั่วไปช่วยชี้ให้เห็นถึง ปัญหาหรืออุปสรรคต่าง ๆ และทำให้ได้รับข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์และช่วยให้การบริหารราชการมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ฝ่ายบริหารที่จะต้องมาชี้แจงต่อวุฒิสภามากจนเกินไป รัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้ขอเปิดอภิปรายทั่วไปได้ครั้งเดียวในสมัยประชุมหนึ่ง และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อกันเพื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อซักถามข้อเท็จจริงหรือเสนอแนะปัญหาต่อคณะรัฐมนตรีโดยไม่มีการลงมติก็ได้[568] ซึ่งเป็นหลักการที่ไม่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

นอกเหนือจากที่กล่าวมานี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้มีการอภิปรายทั่วไปอีกรูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นการอภิปรายโดยไม่มีการลงมติเช่นกัน ในกรณีมีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควรจะฟังความคิดเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรีจะแจ้งไปยังประธานรัฐสภาขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในกรณีเช่นนี้รัฐสภาจะลงมติในปัญหาที่อภิปรายมิได้[569] ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดการอภิปรายทั่วไป

---

[565] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักภาษาต่างประเทศ, **สภาไดเอทแห่งชาติญี่ปุ่น The National Diet of Japan,** หน้า 13-14.

[566] มาตรา 161 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[567] มาตรา 153 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[568] มาตรา 152 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[569] มาตรา 179 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ใน ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาไว้โดยมีหลักการเช่นเดียวกัน[570] นอกจากนี้มีบทบัญญัติที่เพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า กำหนดให้กรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับความมั่นคงปลอดภัยหรือเศรษฐกิจของประเทศสมควรที่จะปรึกษาหารือร่วมกันระหว่างรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี โดยผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรจะแจ้งไปยังประธานรัฐสภาขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมรัฐสภาก็ได้[571]

ในส่วนของการอภิปรายไม่ไว้วางใจ การอภิปรายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกิดขึ้นเมื่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าการทำงานของรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีไม่เป็นที่พอใจ ในกรณีนี้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติไม่ไว้วางใจ อันเป็นวิธีการหนึ่งในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล เป็นไปตามหลักการที่ว่าฝ่ายบริหารจะอยู่ได้โดยความไว้วางใจของฝ่ายนิติบัญญัติ การอภิปรายไม่ไว้วางใจจึงเกิดขึ้นเมื่อรัฐสภาเห็นว่ารัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีไม่ควรได้รับความไว้วางใจให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 การอภิปราย ไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี มีหลักการดังนี้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติ ไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องเสนอญัตติในการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจไปพร้อมกับการเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไป และไม่สามารถมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรได้หากได้มีการเสนอญัตติแล้ว ข้อห้ามนี้กำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้นายกรัฐมนตรีหลบเลี่ยงการอภิปราย นอกเสียจากมีการถอนญัตติหรือในการลงมติได้เสียงไม่ครบตามที่กำหนด ผลของการที่สมาชิกรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจทำให้นายกรัฐมนตรีต้องลาออกจากตำแหน่ง ฉะนั้นนายกรัฐมนตรีย่อมพ้นจากตำแหน่งจากการอภิปรายไม่ไว้วางใจสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร การออกจากตำแหน่งของนายกรัฐมนตรีส่งผลให้รัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งตามไปด้วย

กรณีญัตติขอเปิดอภิปรายนายกรัฐมนตรีเกี่ยวข้องกับการมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายก่อนเสนอญัตติต้องยื่นคำร้องขอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติถอดถอนนายกรัฐมนตรี และเมื่อประธานวุฒิสภาได้รับคำร้อง ต้องส่งเรื่องไปให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ดำเนินการไต่สวนโดยเร็ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้โดยไม่ต้องรอผลการพิจารณาของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เพื่อถอดถอนนายกรัฐมนตรี[572]

---

[570] มาตรา 165 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[571] มาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[572] มาตรา 158 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในการออกเสียงลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ มีข้อห้ามสำคัญ คือ วันที่การอภิปรายได้สิ้นสุดลงแล้วจะออกเสียงหรือลงมติไม่ไว้วางใจในวันดังกล่าวไม่ได้[573] เหตุที่กำหนดเช่นนี้เพื่อป้องกันการตัดสินใจแบบเร่งด่วน ทั้งนี้ ผลการออกเสียงหรือลงมติที่จะทำให้นายกรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งไปนั้น ต้องมีคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเกินกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ถ้าปรากฏว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีเสียงข้างมากที่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้เข้าร่วมอภิปรายไม่ไว้วางใจดังกล่าว จะถูกตัดสิทธิไม่ให้เสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจได้อีกตลอดระยะเวลาของสมัยประชุมนั้น ในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะนำชื่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นนายกรัฐมนตรี นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

นอกจากการอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีแล้ว มีการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลด้วย โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล[574] การออกเสียงลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจไม่สามารถทำในวันที่การอภิปรายสิ้นสุดได้เช่นเดียวกับการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ผลของการออกเสียงหรือลงมติถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนเสียงข้างมากให้ความไว้วางใจรัฐมนตรี รัฐมนตรีที่ถูกอภิปรายสามารถดำรงตำแหน่งต่อไปได้ และในกรณีนี้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่ได้ร่วมกันอภิปรายจะถูกห้ามไม่ให้เสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจอีกตลอดสมัยประชุม ในทางตรงข้ามถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจเกินกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ย่อมส่งผลให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งไป

การอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ถูกอภิปรายมีหน้าที่ต้องเข้าร่วมประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อชี้แจงหรือตอบคำถามในเรื่องนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่มีเหตุจำเป็นที่มิอาจหลีกเลี่ยงได้ทำให้ไม่อาจเข้าชี้แจงหรือตอบคำถาม แต่ต้องแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรทราบก่อนหรือในวันประชุมสภาในเรื่องดังกล่าว โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีอิสระจากมติพรรคการเมือง อภิปรายและการลงมติในการอภิปรายไม่ไว้วางใจ

การอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีสำหรับกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ได้อยู่ในพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดของพรรคนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีได้

---

[573] มาตรา 158 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[574] มาตรา 159 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีได้ หากคณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินเกินกว่าสองปีแล้ว

สำหรับการอภิปรายไม่ไว้วางใจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ[575] แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่มีการกล่าวถึงการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่มีการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีด้วยและแยกวิธีการอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีออกจากกัน ซึ่งในเรื่องผลของการเสนอญัตติเพื่อขอเปิดอภิปรายไม่วางใจ หลักเกณฑ์เรื่องวันและการออกเสียงลงมติไว้วางใจรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีหลักการเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กล่าวโดยสรุป การอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลมีอยู่ในอังกฤษ เยอรมนี ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และไทย แต่ตรวจสอบโดยวิธีการนี้ไม่มีในสหรัฐอเมริกา[576] เนื่องจากการอยู่ในตำแหน่งของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาไม่ได้ขึ้นอยู่กับความไว้วางใจของรัฐสภา สำหรับเยอรมนีแม้ว่ามีกลไกการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลเหมือนกับอังกฤษ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น แต่มีข้อแตกต่างตรงที่สามารถอภิปรายไม่ไว้วางใจได้เฉพาะนายกรัฐมนตรีจากแนวคิดที่ต้องการให้ฝ่ายบริหารมีเสถียรภาพไม่พ้นจากตำแหน่งได้โดยง่าย ในการอภิปรายไม่ไว้วางใจถ้าปรากฏว่าท้ายที่สุดรัฐสภาลงมติไม่ไว้วางใจ รัฐบาลหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลจะนำไปสู่การลาออกของรัฐบาลหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นไปตามธรรมเนียมปฏิบัติในระบบรัฐสภาที่เกิดขึ้นดั้งเดิมในอังกฤษ[577] ดังนั้นกรณีที่รัฐบาลไม่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐบาลย่อมพ้นจากตำแหน่งไป

3) คณะกรรมาธิการ

การใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาด้วย คณะกรรมาธิการสภา (Committees) เป็นองค์กรสำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในขอบเขตงานของสภา มีที่มาจากการแต่งตั้ง

---

[575] มาตรา 151 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[576] Thomas M. Magstadt, *op. cit.*, p. 175.

[577] Legislative Council Secretariat, “Systems of Government in Some Foreign Countries: The United Kingdom,” **Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat** (2000): 5.

ของสมาชิกสภาซึ่งอาจมาจากสภาเดียวหรือสองสภา[578] อำนาจที่สำคัญประการหนึ่งของคณะกรรมาธิการ คือ การตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร ทั้งระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี และระบบกึ่งประธานาธิบดี ต่างนำกลไกคณะกรรมาธิการไปใช้ในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลเช่นเดียวกัน เช่น ในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส การจัดตั้งคณะกรรมาธิการไม่มีรูปแบบที่แน่ชัด บางประเทศใช้รูปแบบคณะกรรมาธิการที่มีอำนาจเกี่ยวกับการพิจารณากฎหมายและการตรวจสอบฝ่ายบริหาร ในขณะที่บางประเทศกำหนดให้มีคณะกรรมาธิการ เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยการกำกับดูแลกิจกรรมของรัฐบาลโดยเฉพาะ (Ad Hoc Commitees) การทำหน้าที่ของคณะกรรมาธิการต้องจัดทำรายงาน (Reports of Committees) ด้วย ซึ่งรายงานนี้เป็นเครื่องมือสำคัญในการแจ้งต่อรัฐบาล[579] เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[580] กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมาธิการสามัญ ส่วนคณะกรรมาธิการวิสามัญเลือกจากผู้ที่เป็นสมาชิกหรือไม่เป็นสมาชิกสภา เพื่อกระทำกิจการ พิจารณาสอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาแล้วรายงานต่อสภา

ในอังกฤษคณะกรรมาธิการในสภาสามัญ มีบทบาทเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะองค์กรในการติดตามตรวจสอบนโยบาย การดำเนินนโยบายของรัฐบาล และในฐานะองค์กรในการเสนอแนะแก่รัฐบาลอันจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารราช ในการทำหน้าที่ของคณะกรรมาธิการ สามารถเรียกหลักฐานหรือบุคคล เพื่อมาให้ข้อมูลหรือสอบถามได้ โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐบาลได้นำคำแนะนำของรัฐสภาไปพิจารณา เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการอยู่เสมอ โดยรัฐบาลอังกฤษมักนำข้อคิดเห็นและคำแนะนำจากรัฐสภาไปพิจารณาเพื่อการบริหารประเทศเสมอ แนวปฏิบัติของรัฐบาลอังกฤษดังกล่าวนี้ เป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอำนาจที่มีอยู่อย่างเพียงพอของสมาชิกสภาสามัญ และพรรคการเมืองในการตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐบาล เพื่อให้การทำหน้าที่ของรัฐบาลเป็นไปตามความต้องการของประชาชน[581]

ในส่วนของสภาขุนนาง มีคณะกรรมาธิการประจำสภาเหมือนกันสภาสามัญ คณะกรรมาธิการสภาขุนนาง ทำหน้าที่ตรวจสอบนโยบายและการบริหารงานของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะกิจการของรัฐบาลที่เกี่ยวกับยุโรป วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี เศรษฐกิจ และรัฐธรรมนูญ ในการดำเนินการตรวจสอบรัฐบาล คณะกรรมาธิการมีอำนาจเรียกหลักฐานรวมทั้งบุคคลมาให้ข้อมูล พร้อมทั้งต้องทำรายงานเสนอความเห็นแก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งความเห็นของคณะกรรมาธิการจะเป็น

---

[578] Hironori Yamamoto, *op. cit.*, p. 15.

[579] *Ibid.,* p. 10.

[580] มาตรา 135 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[581] อรณิช รุ่งธิปานนท์, *เรื่องเดิม*, หน้า 19.

ประโยชน์แก่รัฐบาลในการปรับปรุงการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนคณะกรรมาธิการมีหน้าที่ในการพิจารณาร่างกฎหมายที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของสภาขุนนางด้วย[582]

ในสหรัฐอเมริกามีคณะกรรมาธิการ (Committees) เช่นกัน ซึ่งหน้าที่ของคณะกรรมาธิการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบฝ่ายบริหาร คือ การติดตามและประเมินการทำงานของฝ่ายบริหาร คณะกรรมาธิการของสภาคองเกรส ประกอบด้วย[583] คณะกรรมาธิการสามัญ (Standing Committees) ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ คณะกรรมาธิการสามัญของสภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมาธิการสามัญของสภาสูง และคณะอนุกรรมาธิการ คณะกรรมาธิการพิเศษ (Special or Select Committees) จัดตั้งขึ้นมาเพื่อทำการสอบสวนเป็นกรณีพิเศษต่อประเด็นปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยคณะกรรมาธิการดังกล่าวจะหมดหน้าที่ลง เมื่อดำเนินการแล้วเสร็จและได้รายงานต่อสภา ส่วนคณะกรรมาธิการผสมสามัญ (Joint Standing Committees) จัดตั้งขึ้นจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงได้มีมติเห็นชอบร่วมกัน มีหน้าที่ตรวจสอบเฉพาะเรื่องที่พิเศษโดยประสานความร่วมมือกับสภาคองเกรส และคณะกรรมาธิการผสมวิสามัญ (Conference Committees) มาจากสมาชิกของทั้งสองสภาทำหน้าที่ประนีประนอม ไกล่เกลี่ย และประสานประโยชน์ของสองสภา

ในส่วนการทำหน้าที่ของคณะกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎรของเยอรมนี คณะกรรมาธิการมีบทบาทสำคัญในการติดตามการทำงานตามภารกิจและความรับผิดชอบของกระทรวงต่าง ๆ ผลการดำเนินงานของคณะกรรมาธิการอาจใช้เป็นข้อมูลในการตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐบาลโดยรัฐสภา[584] การจัดตั้งคณะกรรมาธิการสามัญเกิดจากสมาชิกสภาของแต่ละพรรคการเมืองร่วมกันกำหนด ซึ่งมีคณะกรรมาธิการ ดังนี้[585] คณะกรรมาธิการการกลาโหม คณะกรรมาธิการต่างประเทศ คณะกรรมาธิการสหภาพยุโรป และคณะกรรมาธิการรับเรื่องราวร้องทุกข์ นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมาธิการตรวจสอบข้อเท็จจริง (Untersuchungsausschuss) เป็นเครื่องมือสำคัญในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาล คณะกรรมการชุดนี้แต่งตั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยมีอำนาจเรียกข้อมูลจากรัฐบาล หรือเรียกตัวแทนของรัฐบาลเพื่อเป็นพยานและตอบข้อซักถามแก่คณะกรรมาธิการ

ในญี่ปุ่นการตรวจสอบรัฐบาลเป็นบทบาทที่สำคัญอีกประการหนึ่งของคณะกรรมาธิการ ในการดำเนินการของคณะกรรมาธิการมีอำนาจเรียกให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี อธิบายและชี้แจงประเด็นใดประเด็นหนึ่งเป็นการเฉพาะได้ เมื่อนายกรัฐมนตรีได้แจ้งต่อประธาน

---

[582] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 26.

[583] สมบัติ ธำรงธัญวงศ์, **การเมืองอังกฤษ,** พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: เสมาธรรม, 2553), หน้า 144-151.

[584] กุลธิดา ขันวิธิ, *เรื่องเดิม*, หน้า 8**.**

[585] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 8.

คณะกรรมาธิการล่วงหน้าก่อนการประชุม จะสามารถเข้าชี้แจงต่อที่ประชุมคณะกรรมาธิการได้ คณะกรรมาธิการแบ่งออกเป็น คณะกรรมาธิการสามัญมีลักษณะเป็นคณะกรรมาธิการถาวร ซึ่งมีทั้งคณะกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมาธิการวุฒิสภา ประธานแต่ละสภาเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมาธิการประจำสภา คณะกรรมาธิการสามัญมีขอบเขตการการดำเนินงานเฉพาะด้านตามการบริหารงานของรัฐบาล ส่วนคณะกรรมาธิการวิสามัญมีทั้งคณะกรรมาธิการสภาผู้แทนราษฎร และคณะกรรมาธิการวุฒิสภา โดยประธานแต่ละสภาเป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมาธิการประจำสภา เช่นเดียวกับการแต่งตั้งคณะกรรมาธิการสามัญ คณะกรรมาธิการวิสามัญมีอำนาจในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลที่อยู่นอกอำนาจของคณะกรรมาธิการสามัญและตามที่คณะกรรมาธิการเห็นว่าจำเป็นต้องตรวจสอบ[586]

ในฝรั่งเศสคณะกรรมาธิการของรัฐสภา แบ่งออกเป็น คณะกรรมาธิการด้านงานนิติบัญญัติ และคณะกรรมาธิการด้านงานอื่นที่มิใช่งานนิติบัญญัติ ซึ่งคณะกรรมาธิการด้านงานนิติบัญญัติ ประกอบด้วย คณะกรรมาธิการประจำสภา (Les Commissions Permanentes) คณะกรรมาธิการชุดนี้รับผิดชอบการตรวจพิจารณาร่างกฎหมายเป็นหลัก และสนับสนุนการทำงานของสภาโดยการติดตามการดำเนินนโยบายของรัฐบาลและนำข้อมูลให้สภาใช้ในการตรวจสอบรัฐบาล มีจำนวน 6 คณะ[587] คณะกรรมาธิการพิเศษ (Les Commissions Spéciales) มีที่มาจากการแต่งตั้งของสภาเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายเป็นการเฉพาะและชั่วคราว และคณะกรรมาธิการร่วม (Les Commissions Mixtes Paritaires) ซึ่งคณะกรรมาธิการชุดนี้จะมีขึ้น ในกรณีที่แต่ละสภามีความเห็นต่างกันเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมาย ประกอบด้วยสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจำนวนเท่ากัน[588]

ในส่วนคณะกรรมาธิการด้านงานอื่นที่มิใช่งานนิติบัญญัติ เกิดจากกรณีที่สภาเห็นควรให้จัดตั้งคณะกรรมาธิการเพื่อปฏิบัติภารกิจเฉพาะกรณี แล้วคณะกรรมาธิการจะยุติลง

---

[586] สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักภาษาต่างประเทศ, **สภาไดเอทแห่งชาติญี่ปุ่น The National Diet of Japan,** หน้า 22-26.

[587] คณะกรรมาธิการกิจการวัฒนธรรม ครอบครัว และสังคม คณะกรรมาธิการกิจการเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม และอาณาเขต คณะกรรมาธิการต่างประเทศ คณะกรรมาธิการการป้องกันประเทศและกองทัพ คณะกรรมาธิการการเงิน เศรษฐกิจทั่วไปและแผนพัฒนา และคณะกรรมาธิการกฎหมายและการบริหารราชการของสาธารณรัฐ

[588] ดิสทัต โหตระกิตย์, “อำนาจในการออกคำสั่งเรียกเอกสารหรือบุคคลและระบบคณะกรรมาธิการรัฐสภาสาธารณรัฐฝรั่งเศส,” **จุลนิติ** (มีนาคม-เมษายน 2553): 38.

เมื่อภารกิจเสร็จสิ้น ประกอบด้วย[589] คณะกรรมาธิการสอบสวน โดยสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาอาจแต่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุการณ์หรือการจัดการบริการสาธารณะหรือรัฐวิสาหกิจ เพื่อจัดทำรายงานเสนอต่อสภาที่แต่งตั้ง คณะกรรมาธิการมีอำนาจเรียกเอกสารหรือบุคคลมาให้ถ้อยคำแก่คณะกรรมาธิการ โดยประธานกรรมาธิการมีคำขอให้บังคับไปยังเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมาธิการพิจารณาการของดเว้นเอกสิทธิ์และความคุ้มครองของสมาชิกสภา รวมทั้งมีคณะกรรมาธิการพิเศษเพื่อพิจารณาคดีอาญาร้ายแรงของประธานาธิบดีและสมาชิกรัฐบาล

คณะกรรมาธิการของไทยได้รับการแต่งตั้งจากสภา เพื่อให้มีอำนาจในการพิจารณากฎหมาย การดำเนินการต่าง ๆ ที่อยู่ภายในอำนาจหน้าที่ของสภาแล้วรายงานต่อสภา รวมทั้งมีหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญหรือข้อบังคับการประชุมสภากำหนดไว้ อันเป็นกลไกที่สำคัญอย่างยิ่งในระบบรัฐสภาที่จะทำให้การทำงานของสภามีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น คณะกรรมาธิการมีอำนาจออกคำสั่งเรียกเอกสารจากบุคคล หรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบสวนหรือศึกษาอยู่นั้นได้ ในการทำงานของรัฐสภาคณะกรรมาธิการนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากการตั้งคณะกรรมาธิการนั้นมักจะตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ศึกษารายละเอียดหรือสอบสวนหาข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ ทำให้รัฐสภาได้ทราบถึงข้อมูลที่แท้จริงในการพิจารณาเรื่องดังกล่าว ทำให้สภาได้รับทราบปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการติดตามผล การปฏิบัติงานตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา

คณะกรรมาธิการสามัญ (Standing Committee) คือ กรรมาธิการที่สภาเลือกและตั้งขึ้นจากบุคคลผู้เป็นสมาชิกสภาเท่านั้นประกอบเป็นคณะกรรมาธิการ[590] ซึ่งอำนาจหน้าที่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และหลักการเช่นนี้ได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเช่นกัน[591] ในการตั้งคณะกรรมาธิการสามัญให้มีจำนวนและคณะตามความจำเป็นในกิจการของสภานั้น โดยคณะกรรมาธิการสามัญมีจำนวนสามสิบห้าคณะ และแต่ละคณะประกอบด้วยกรรมาธิการจำนวนสิบห้าคน[592]

ในส่วนของคณะกรรมาธิการวิสามัญ (Ad Hoc Commitee) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้มีคณะกรรมาธิการวิสามัญไว้เหมือนกัน โดยเป็นกรรมาธิการที่สภาเลือกและตั้งขึ้นจาก

---

[589] ดิสทัต โหตระกิตย์, *เรื่องเดิม*, หน้า 42-43.

[590] มาตรา 135 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[591] มาตรา 129 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[592] ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2551

บุคคลซึ่งเป็นหรือมิได้เป็นสมาชิกแห่งสภานั้นเพื่อกระทำกิจการ พิจารณาสอบหาข้อเท็จจริง หรือศึกษาเรื่องใด ๆ และรายงานให้สภาทราบตามระยะเวลาสภากำหนด[593] โดยมีจำนวนตามที่ที่ประชุมสภากำหนดขึ้นประกอบเป็นคณะกรรมาธิการ สภาจะตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้นในกรณีที่สภาพิจารณาเห็นว่าเรื่องที่สภาได้พิจารณาอยู่นั้นควรจะได้รับฟังความคิดเห็นจากผู้มีความรู้และผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะหรือจากบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย เมื่อคณะกรรมาธิการวิสามัญได้ปฏิบัติหน้าที่เสร็จสิ้นแล้ว คณะกรรมาธิการวิสามัญจะสิ้นสภาพไป จำนวนคณะของคณะกรรมาธิการวิสามัญจะไม่มีการกำหนดไว้แน่นอนเหมือนกับคณะกรรมาธิการสามัญและจะตั้งขึ้นเมื่อใดขึ้นอยู่กับมติของสภาที่จะพิจารณา ส่วนจำนวนกรรมาธิการในแต่ละคณะมิได้มีการกำหนดไว้ชัดเจน แต่ละสภาจะกำหนดจำนวนกรรมาธิการโดยเมื่อมีการตั้งคณะกรรมาธิการวิสามัญขึ้น คณะกรรมาธิการสามัญและคณะกรรมาธิการวิสามัญมีอำนาจออกคำสั่งเรียกเอกสารหรือเรียกบุคคลมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความคิดเห็นต่อคณะกรรมาธิการ[594]

4) การถอดถอนออกจากตำแหน่ง

การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกจากตำแหน่ง เป็นหลักการที่มีอยู่ในระบบรัฐสภา ระบบประธานาธิบดี และระบบกึ่งประธานาธิบดี การถอดถอนเกิดขึ้นครั้งแรกในอังกฤษ เรียกว่า ระบบอิมพิชเมนต์ (Impeachment) ซึ่งให้อำนาจแก่สภาสามัญชนในการถอดถอนขุนนางด้วยการดำเนินการกล่าวหาผู้ที่ทุจริตประพฤติไม่ชอบหรือกระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อประโยชน์ของชาติ การถอดถอนนี้มีบทบาทอย่างมากในการต่อสู้กันระหว่างรัฐสภากับกษัตริย์ ถึงกับมีคำกล่าวที่ว่า“ระบบอิมพิชเมนต์เป็นอาวุธที่สำคัญในการต่อสู้ทางการเมืองรองลงมาจากสงครามกลางเมือง” ซึ่งการถอดถอนในสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากอังกฤษ[595]

ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา การถอดถอนเป็นหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจประการหนึ่ง[596] ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ปี ค.ศ. 1787 แนวคิดการนำระบบ

---

[593] มาตรา 135 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 129 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมาธิการร่วมกันระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้ด้วย

[594] มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554

[595] Elizabeth B. Bazan, “Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure, and Practice,” **Congressional Research Service** (December 9, 2010): 7.

[596] *Ibid*., p. 1.

อิมพิชเมนต์มาใช้ในสหรัฐอเมริกามีเหตุผล ดังนี้ แม้ว่าระบบประธานาธิบดีต้องการสร้างความเข้มแข็งให้กับตัวประธานาธิบดีเพื่อไม่ให้ตำแหน่งสั่นคลอนได้ง่าย โดยการดำรงตำแหน่งไม่ขึ้นอยู่กับความไว้วางใจของสภาก็ตาม แต่ประธานาธิบดีก็อาจทำผิดพลาดได้เสมอ ฉะนั้นจึงจำเป็นต้องมีกลไกการตรวจสอบประธานาธิบดีเพื่อป้องกันปัญหาการใช้อำนาจโดยไม่ชอบ เหตุผลในการใช้ระบบอิมพิชเมนต์ของสหรัฐอเมริกากับอังกฤษเหมือนกัน คือ การมุ่งหมายให้มีกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ชอบ

ในขณะที่อังกฤษและสหรัฐอเมริกากำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรสำคัญในการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง ในฝรั่งเศสไม่ได้ให้อำนาจแก่รัฐสภาเพียงองค์กรเดียวในการดำเนินการดังกล่าว แต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้จัดตั้งศาลอาญาขั้นสูงขึ้น เพื่อพิจารณาความผิดของประธานาธิบดีและรัฐมนตรี ซึ่งในปี ค.ศ. 1993 ได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญให้มีการแยกศาลสำหรับพิจารณาความผิดของนักการเมืองเป็น 2 ศาล คือ ศาลอาญาชั้นสูง พิจารณาความผิดของประธานาธิบดีที่ทรยศต่อประเทศชาติ และศาลอาญาแห่งสาธารณรัฐ พิจารณาความผิดของรัฐมนตรี

ในบรรดาประเทศต่าง ๆ นิยมใช้ระบบการถอดถอนในการลงโทษผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยการเอาออกจากตำแหน่ง ซึ่งมีวิธีการที่แตกต่างกัน ดังนี้[597]

1. ระบบการถอดถอนโดยรัฐสภา ระบบนี้มีอังกฤษเป็นต้นแบบดังที่กล่าวถึงมาแล้วข้างต้น นอกจากนี้ประเทศอื่น ๆ ที่ใช้การถอดถอนตามแบบอย่างนี้ เช่น บราซิล อาร์เจนตินา คอสตาริกา

2. ระบบการถอดถอนโดยศาลสูงสุด การถอดถอนตามระบบนี้ไม่ได้จัดตั้งศาลขึ้นมาโดยเฉพาะแต่เป็นศาลที่เดิมมีอยู่แล้วและโดยปกติเป็นศาลที่สูงสุดอยู่แล้ว เช่น ศาลฎีกา ตัวอย่างประเทศที่ศาลฎีกาเป็นองค์กรที่มีอำนาจถอดถอน เช่น เนเธอร์แลนด์ สเปน สวีเดน เบลเยี่ยม และศาลสูงสุดนี้อาจเป็นศาลรัฐธรรมนูญ เช่น เยอรมัน ออสเตรีย อิตาลี

3. ระบบการถอดถอนโดยรัฐสภาและศาลพิเศษที่ตั้งขึ้นมาเป็นการเฉพาะ เช่น ฝรั่งเศส เดนมาร์ก จอร์แดน

4. ระบบการถอดถอนโดยสภาพิเศษ เช่น ไต้หวันซึ่งสภาพิเศษเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจตรวจสอบ

5. ระบบการถอดถอนโดยศาลปกติเหมือนกับบุคคลทั่วไป การถอดถอนประเภทนี้ทำโดยศาลยุติธรรมเหมือนกับการดำเนินคดีอาญาแก่บุคคลทั่วไป เช่น ไทย อัลจีเรีย สวิสเซอร์แลนด์

---

[597] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง** (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 9-10.

โดยสรุปจากระบบการถอดถอนที่ยกมาข้างต้น ลักษณะของการถอดถอนไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้น ๆ มีรัฐบาลในรูปแบบใด เนื่องจากเห็นได้ว่าระบบรัฐสภาและระบบประธานาธิบดี ฝ่ายนิติบัญญัติต่างมีอำนาจในการทำให้ฝ่ายบริหารพ้นจากตำแหน่งได้เช่นเดียวกัน และในบรรดาประเทศที่มีรูปแบบรัฐบาลเหมือนกัน กลับมีการใช้ระบบการถอดถอนที่แตกต่างกัน เช่น ไทยกับอังกฤษใช้ระบบรัฐสภาเหมือนกันแต่มีระบบการถอดถอนไม่เหมือนกัน อย่างไรก็ตามสามารถสรุปได้ว่ารัฐบาลทั้งสามระบบต่างเห็นพ้องกันว่า ควรมีระบบการตรวจสอบบุคคลที่มีตำแหน่งทางการเมืองด้วยการถอดถอนบุคคลดังกล่าวออกจากตำแหน่ง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าสหรัฐอเมริกายึดถือหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด และกระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมืองของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติไม่เกี่ยวข้องกัน ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยวิธีการอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารเหมือนกับประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา[598] แต่เพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงมีการกำหนดให้สภาคองเกรสมีอำนาจบางประการในการตรวจสอบฝ่ายบริหารกรณีที่บุคคลในฝ่ายบริหารกระทำความผิดอาญา โดยใช้การถอดถอนบุคคลที่ดำรงตำแหน่งสำคัญ ได้แก่ ประธานาธิบดี รองประธานาธิบดี คณะรัฐมนตรี ออกจากตำแหน่ง (Impeachment) ในกรณีกระทำผิดฐานกบฏ รับสินบนหรือประกอบอาชญากรรมร้ายแรง และความผิดทางอาญาอื่นๆ[599] แต่โดยส่วนใหญ่แล้วบุคคลที่มีปัญหาจะยินยอมออกจากตำแหน่งมากกว่าถูกเข้าสู่กระบวนการถอดถอนการตรวจสอบ[600] การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีกลไกที่ประธานาธิบดีถูกตรวจสอบการใช้อำนาจการบริหาร เท่ากับเป็นการสร้างความรับผิดชอบให้แก่ฝ่ายบริหาร ซึ่งสภาผู้แทนราษฎร และสภาสูง มีอำนาจในกลไกการถอดถอนโดยการเป็นผู้กล่าวหาและการทำสำนวนเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนอำนาจในการชี้ขาดตามสำนวนที่เสนอมาเป็นของสภาสูง

ในการถอดถอนประธานาธิบดีให้พ้นจากตำแหน่งเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร ในทางปฏิบัติคณะกรรมาธิการยุติธรรมทำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริงและรายงานการสอบสวนไปยังสภาผู้แทนราษฎร กรณีสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าประธานาธิบดีทำความผิดตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตามคำแนะนำของคณะกรรมาธิการจะดำเนินการกล่าวหาไปยังวุฒิสภาเพื่อให้

---

[598] นอกจากฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถอภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหาร ขณะเดียวกันฝ่ายบริหารไม่มีอำนาจยุบฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้มีการเลือกตั้งก่อนครบวาระของสภาได้เช่นกัน

[599] กระบวนการถอดถอนออกจากตำแหน่งนี้ใช้บังคับกับ รองประธานาธิบดี (Vice President) สมาชิกสภาคองเกรส สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการทหารและข้าราชการพลเรือนของสหรัฐ (Civil Officers) ด้วย

[600] Article 2 section 4, The Constitution of the United State

พิจารณาในขั้นตอนต่อไป[601] นอกจากนี้สภาผู้แทนราษฎรจะตั้งที่ปรึกษาของสภาผู้แทนราษฎร เรียกว่า Managers เข้าไปกล่าวหาในชั้นพิจารณาของวุฒิสภา ซึ่งจะมีบุคคลที่มาจากคณะกรรมาธิการยุติธรรมเป็นผู้ช่วยในการทำหน้าที่ของ Managers

ขั้นตอนการไต่สวนและพิจารณาของวุฒิสภาประกอบด้วยการไต่สวนค้นหาความจริงตามคำฟ้องที่กล่าวหาเป็นข้อ ๆ ตามที่สภาผู้แทนราษฎรกล่าวหามา และเปิดโอกาสให้ฝ่ายผู้กล่าวหาโดย Managers และฝ่ายผู้ถูกกล่าวหา ได้กล่าวอ้าง คัดค้าน และอ้างพยานหลักฐาน เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของแต่ละฝ่ายได้ ซึ่งที่ประชุมของวุฒิสภาจะแต่งตั้งคณะกรรมาธิการขึ้นมาสิบสองคน เพื่อรับฟังพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาและรายงานต่อที่ประชุมรัฐสภา จากนั้นวุฒิสภาต้องลงมติลับแยกแต่ละบทที่กล่าวหา โดยต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของวุฒิสภาที่เข้าร่วมประชุม ในกรณีการตัดสินว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือข้าราชการระดับสูงที่เข้าสู่กระบวนการถอดถอนมีความผิดจริง ผู้ที่ถูกถอดถอนจะไม่ถูกลงโทษทางอาญา ซึ่งแตกต่างจากระบบอิมพิชเมนต์ของประเทศอังกฤษที่มีการลงโทษทางอาญาด้วย แต่หากพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดทางอาญาหลังจากถูกถอดถอนจากตำแหน่งแล้วอาจจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาในฐานะบุคคลธรรมดาได้อีก

เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับแจ้งความเห็นจาก Managers และมีมติอย่างไรแล้วจะแจ้งผลการลงมติไปวุฒิสภา ซึ่ง Manager มีส่วนร่วมในการดำเนินการของวุฒิสภาและยังทำหน้าที่รายงานด้วยวาจาต่อสภาผู้แทนราษฎรด้วย[602] กระบวนการถอดถอนของวุฒิสภาเป็นไปตาม The Rules of Procedure and Practice ภายหลังการพิจารณาขององค์กรที่ตั้งโดยวุฒิสภาเสร็จสิ้นจะเข้าสู่ขั้นตอนการออกคำสั่งเรียกผู้ถูกกล่าวหาเพื่อรับทราบวันแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งในวันพิจารณาของวุฒิสภาผู้ถูกกล่าวหาจะมาหรือไม่ก็ได้ หรืออาจมอบให้ทนายความมาทำหน้าที่แทนตนได้เช่นเดียวกัน

สำหรับในฝรั่งเศสประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการในตำแหน่ง หมายความว่า ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐไม่อาจถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ แต่ประธานาธิบดีต้องรับผิดชอบการกระทำของตนเองกรณีมีการกล่าวหาว่ากระทำการทรยศต่อชาติ ซึ่งหมายถึง “อาชญากรรมทางการเมืองที่ทำให้สถาบันหรือผลประโยชน์ของชาติได้รับการกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรง”[603] โดยเมื่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบต่อ

---

[601] Article 1 section 2, The Constitution of the United State

[602] T. J. Halstead, “An Overview of the Impeachment Process,” **Congressional Research Service,** p. 4, Retrieved December 15, 2014 from http://senate.gov/research/resourses/pdf/98-806.pdf

[603] นันทวัฒน์ บรมานันท์, “การตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีฝรั่งเศส,” ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540), หน้า 270.

คำกล่าวหาจะส่งเรื่องไปยังศาลอาญาชั้นสูงเพื่อชี้ขาดต่อไป วิธีการเช่นนี้เป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีฝรั่งเศสในลักษณะตรวจสอบตัวบุคคล[604]

การศึกษาการถอดถอนออกจากตำแหน่งของไทย ในที่นี้จะกล่าวถึงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีเท่านั้น ในกรณีที่นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่ง โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้อำนาจไว้ ผู้มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอให้วุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่ง[605] ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 4 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนมีสิทธิเข้าชื่อร้องขอให้ถอดถอนนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีออกจากตำแหน่งได้ เมื่อวุฒิสภาได้รับคำร้องขอให้ถอดถอนแล้วให้ดำเนินการ ดังนี้[606] ให้ประธานวุฒิสภาส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการไต่สวนให้แล้วเสร็จโดยเร็ว เมื่อได้ไต่สวนเสร็จแล้ว ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภา โดยในรายงานดังกล่าวต้องระบุให้ชัดเจนว่าข้อกล่าวหาตามคำร้องขอมีมูลหรือไม่เพียงใด หรือมีพยานหลักฐานที่ควรเชื่อได้อย่างไร และระบุข้อยุติว่าจะให้ดำเนินการอย่างไรไว้ด้วย

ในกรณีที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นว่าข้อกล่าวหาตามคำร้องขอข้อใดเป็นเรื่องสำคัญ สามารถแยกทำรายงานเฉพาะข้อกล่าวหานั้นส่งไปให้ประธานวุฒิสภาเพื่อให้พิจารณาไปก่อนก็ได้ ถ้าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีมติว่าข้อกล่าวหาใดมีมูลด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ นับแต่วันที่มีมติผู้ดำรงตำแหน่งที่ถูกกล่าวหาจะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปอีกไม่ได้จนกว่าวุฒิสภาจะมีมติในการนี้ให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นไปยังประธานวุฒิสภา เพื่อประชุมพิจารณากรณีดังกล่าวโดยเร็ว[607] และเมื่อผู้ใดถูก

---

[604] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 278.

[605] มาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[606] มาตรา 272 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[607] ในการประชุมพิจารณาของวุฒิสภา สมาชิกวุฒิสภามีอิสระในการออกเสียงลงคะแนนซึ่งต้องกระทำโดยวิธีลงคะแนนลับ มติที่ให้ถอดถอนผู้ใดออกจากตำแหน่ง ให้ถือเอาคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา

วุฒิสภาถอดถอนออกจากตำแหน่งให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งหรือให้ออกจากราชการ นับแต่วันที่วุฒิสภามีมติให้ถอดถอน และให้ตัดสิทธิผู้นั้นในการดำรงตำแหน่งใดในทางการเมืองหรือในการรับราชการเป็นเวลาห้าปี มติของวุฒิสภาในกรณีเช่นนี้ให้เป็นที่สุด และจะมีการร้องขอให้ถอดถอนบุคคลดังกล่าวโดยอาศัยเหตุเดียวกันอีกมิได้ แต่ไม่กระทบกระเทือนการพิจารณาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง[608] และให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่พร้อมทั้งความเห็นไปยังอัยการสูงสุด เพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป แต่ถ้าคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูลให้ข้อกล่าวหาข้อนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่อัยการสูงสุดเห็นว่ารายงาน เอกสาร และความเห็นที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติส่งให้ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะดำเนินคดีได้ ให้อัยการสูงสุดแจ้งให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติทราบเพื่อดำเนินการต่อไป โดยให้ระบุข้อที่ไม่สมบูรณ์นั้นให้ครบถ้วนในคราวเดียวกัน ในกรณีนี้ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและอัยการสูงสุดตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่ง โดยมีผู้แทนแต่ละฝ่ายจำนวนเท่ากันเพื่อดำเนินการรวบรวมพยานหลักฐานให้สมบูรณ์ แล้วส่งให้อัยการสูงสุดเพื่อฟ้องคดีต่อไป ในกรณีที่คณะทำงานไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับการดำเนินการฟ้องคดีได้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีอำนาจดำเนินการฟ้องคดีเองหรือแต่งตั้งทนายความให้ฟ้องคดีแทนก็ได้ อย่างไรก็ดีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่มีหลักการในการให้อำนาจแก่วุฒิสภาในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

กล่าวโดยสรุป กลไกการตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยรัฐสภาที่กล่าวมานี้มีลักษณะเป็นการตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐ คงมีเพียงการทำหน้าที่ของรัฐสภาที่ผลของการตัดสินใจของรัฐสภาส่งผลต่อการกระทำทางรัฐบาลของรัฐบาลโดยตรงที่จัดเป็นการตรวจสอบการกระทำอย่างแท้จริง เช่น กระบวนการตราพระราชกำหนดของไทย รัฐบาลในฐานะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารมีอำนาจตรากฎหมายในกรณีเร่งด่วนเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ โดยภายหลังการตราพระราชกำหนด รัฐบาลต้องเสนอพระราชกำหนดในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาโดยไม่ชักช้า หากอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้าต่อการพิจารณาพระราชกำหนด รัฐบาลต้องเรียกประชุมรัฐสภาสมัยสามัญเพื่อให้มีการพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไปแต่ไม่กระทบ กระเทือนกิจการ

---

[608] มาตรา 274 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ที่เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ในกรณีพระราชกำหนดที่ตกไปนั้นมีลักษณะเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไป นับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้นหรือวุฒิสภาไม่อนุมัติ แต่สภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

1.2.2.2 การตรวจสอบโดยประชาชน

ภายหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมายแล้ว ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารโดยตรงได้เช่นเดียวกัน วิธีการนี้เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลผู้ใช้อำนาจกระทำการทางรัฐบาลด้วยการปลดบุคคลนั้นออกจากตำแหน่ง การตรวจสอบผู้ใช้อำนาจตามวิธีนี้รวมถึงบุคคลในฝ่ายบริหารด้วย ในกรณีที่ปรากฏว่าฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยไม่ชอบธรรมหรือผิดกฎหมาย ประชาชนย่อมมีสิทธิเรียกคืนอำนาจจากฝ่ายบริหารได้ด้วยการปลดออกจากตำแหน่ง กลไกเช่นนี้แสดงถึงความรับผิดชอบหรือการตรวจสอบจากภายนอกองค์กร ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงระหว่างผู้แทนกับประชาชนซึ่งเป็นผู้มีสิทธิเลือกผู้แทน[609]

แนวคิดเกี่ยวกับการให้ประชาชนปลดเจ้าหน้าที่รัฐออกจากตำแหน่ง (Recall) เริ่มขึ้นในช่วงสิ้นศตวรรษที่ 19 สวิสเซอร์แลนด์เป็นประเทศที่ริเริ่มกลไกนี้เป็นครั้งแรก และต่อมาสหรัฐอเมริกานำมาใช้ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 ทั้งสองประเทศนี้นำวิธีการดังกล่าวไปใช้กับการปลดผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในระดับท้องถิ่น ส่วนการนำไปใช้กับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับชาติ ในช่วงปี ค.ศ. 1990 ประเทศในแถบละตินอเมริกานำกลไกนี้ไปใช้เป็นอย่างมากอยู่บนพื้นฐานแนวคิดที่มุ่งให้ผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ที่เป็นตัวแทนประชาชนต้องมีความรับผิดชอบต่อประชาชนซึ่งเป็นผู้เลือกตัวแทนเข้ามาดำรงตำแหน่ง

กลไกนี้นับเป็นกระบวนการประชาธิปไตยโดยตรงที่ให้อำนาจแก่ประชาชนในการตัดสินใจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกจากตำแหน่งก่อนครบกำหนดตามวาระ นำไปใช้ได้กับฝ่ายบริหารได้ทุกระดับ คล้ายกับระบบอิมพิชเมนต์ที่กระบวนการสุดท้ายนำไปสู่การถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งเช่นเดียวกัน แต่การปลดออกจากตำแหน่งเป็นการริเริ่มจากภาคประชาชนโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นวิธีการทำให้ฝ่ายบริหารพ้นจากตำแหน่งโดยเมื่อรัฐสภามีมติให้ใช้ปลดออกจากตำแหน่งจะนำไปให้ประชาชนลงมติว่าบุคคลที่ดำรงตำแหน่งควรอยู่ในตำแหน่งต่อไปหรือไม่ ซึ่งถ้า

---

[609] Virginia Beramendi et al., eds., **Direct Democracy: The International IDEA Handbook** (Stockholm: Bulls Graphics, 2008), p. 114.

ประชาชนเสียงข้างมากลงมติเห็นชอบตามมติของสภาบุคคลนั้นย่อมพ้นจากตำแหน่ง[610] สำหรับประชาชนชาวไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้สิทธิแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าสองหมื่นคน[611] มีสิทธิเข้าชื่อร้องขอให้ถอดถอนนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีออกจากตำแหน่งได้เช่นกัน[612] แต่สิทธิของประชาชนดังกล่าวนี้ไม่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากการศึกษาในบทนี้สรุปได้ว่า การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมืองเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาตามหลักการของประชาธิปไตยในการถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารผ่านกลไกต่าง ๆ ตามรูปแบบความสัมพันธ์ของทั้งสององค์กร และฝ่ายบริหาร มีหน้าที่รับผิดชอบต่อประชาชน ทั้งนี้ ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายนอก นอกจากการรูปแบบการตรวจสอบโดยระบบรัฐสภาแล้วมีการตรวจสอบโดยทางศาลอีกด้วย จึงมีปัญหาที่น่าศึกษาว่าการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดอยู่นอกการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือไม่ เพียงใด เพื่อค้นหาคำตอบในประเด็นนี้ ดังนั้นในบทที่ 2 จึงจะศึกษาปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

---

[610] Hironori Yamamoto*, op. cit.*, p. 69.

[611] หลักเกณฑ์การเข้าชื่อของประชาชนลดลงจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่กำหนดรายชื่อจำนวนห้าหมื่นคน

[612] มาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

บทที่ 2

ปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

ในภาคที่ 2 บทที่ 1 ได้ศึกษาหลักการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในทางการเมืองมาแล้ว ในบทนี้เป็นการศึกษาปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งทั้งการตรวจสอบในทางการเมือง และโดยองค์กรตุลาการเป็นการตรวจสอบการโดยองค์กรภายนอกด้วยกันทั้งสิ้น จากการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในภาคที่ 1 ได้ข้อสรุปว่าการกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ แต่จะถูกตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภาและประชาชน เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นอำนาจทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรตุลาการไม่อาจไปตรวจสอบการตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ อย่างไรก็ดีการมีข้อจำกัดการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเช่นนี้ย่อมส่งให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารรอดพ้นจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ อันเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐที่ภายใต้หลักการนี้เรียกร้องให้การกระทำของรัฐทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้รับการยอมรับเป็นหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ดีที่สุด จากปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นหากมีการตรวจสอบและไม่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการดังกล่าวมานี้ จึงจำเป็นต้องศึกษาแนวคิดและเหตุผลในการหาคำตอบว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ หากปัญหาในเรื่องนี้มีข้อยุติว่าการกระทำทางรัฐบาลสามารถถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ปัญหาที่ต้องศึกษาต่อไป คือ ศาลใดเป็นศาลที่มีเป็นศาลที่มีอำนาจ และกระบวนการในการนำคดีไปสู่ศาลมีรูปแบบเช่นไร และกลไกในการตรวจสอบควรมีลักษณะอย่างไร อีกทั้งจำเป็นต้องศึกษาว่าการกระทำทางรัฐบาลที่อาจอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการนั้น หมายถึงการกระทำทางรัฐบาลทุกกรณีหรือไม่ อย่างไร และการตรวจสอบของศาลมีขอบเขตเพียงใด

2.1 กรอบแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

ในส่วนนี้เป็นการศึกษาหลักการและเหตุผลที่จะนำไปสู่การตอบปัญหาในประเด็นที่ว่าองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ และในกรณีที่องค์กรตุลาการมีอำนาจ

ตรวจสอบการขอให้มีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลควรเป็นสิทธิขององค์กรหรือบุคคลใด ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

2.1.1 อำนาจในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

ในหัวข้อนี้มุ่งศึกษาว่าองค์กรตุลาการควรมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ และเพราะเหตุใด และศึกษาว่าองค์กรตุลาการใดควรเป็นองค์กรที่มีอำนาจดำเนินการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

2.1.1.1 ความจำเป็นของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

หลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามแนวคิดของฝรั่งเศส เป็นการกระทำที่ไม่อาจนำไปฟ้องร้องให้รับผิดได้ไม่ว่าในศาลใด ๆ ก็ตาม เนื่องจากการกระทำของรัฐบาลภายใต้ทฤษฎีนี้เป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางการเมืองดังกล่าวมาแล้ว ซึ่งการกระทำทางทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษมีหลักการทำนองเดียวกันว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ดีหลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลยังคงมีข้อบกพร่องอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ภายใต้หลักนิติรัฐการใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดในการตรวจสอบให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย เมื่อไม่อาจฟ้องร้องรัฐบาลอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาลแล้ว จะส่งผลให้การกระทำดังกล่าวนี้ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ ซึ่งประเด็นปัญหานี้ย่อมรวมถึงการใช้ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของญี่ปุ่น ซึ่งใช้หลักนิติรัฐด้วยเช่นกัน นอกจากนี้แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาและอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรม หากมีการกระทำที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือกระทำการขัดต่อกฎหมายย่อมนำคดีไปฟ้องยังศาลได้ ดังนั้นเมื่อศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำบางอย่าง จึงไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเช่นเดียวกัน

จากปัญหาที่กระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ทำให้เกิดช่องว่างของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือก่อความเสียหายแก่ส่วนรวมแล้ว เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดการจัดโครงสร้างการเมืองการปกครอง และองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งกรอบการใช้อำนาจรัฐ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นของรัฐจึงต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด[613] ฉะนั้นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารประเทศเท่าที่อยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ ฝ่ายบริหารอาจมีการใช้อำนาจโดยไม่

---

[613] ชาญชัย แสวงศักดิ์, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 75.

ชอบได้เช่นกัน จึงจำเป็นต้องมีกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหาร โดยที่ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งนอกเหนือจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อระงับข้อขัดแย้งของสังคม ทั้งปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกัน และระหว่างเอกชนกับรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ โดยประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีสิทธิฟ้องต่อศาล และขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการกระทำ หรือขอให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้[614] การนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงนับเป็นช่องทางหลักในการเยียวยาความเสียหายของประชาชน โดยการตรวจสอบทางศาลเป็นการตรวจสอบที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้รับการประกันความเป็นอิสระที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรอื่นใด ดังนั้นการตรวจสอบประเภทนี้จัดได้ว่าเป็นระบบการตรวจสอบที่เป็นหลักประกันในการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนได้ดีที่สุด [615] ทำให้ประชาชนให้ความไว้วางใจศาลยิ่งกว่าองค์กรอื่นในการปกป้องและคุ้มครองไม่ให้รัฐทำละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ความสำคัญของบทบาทหน้าที่ของศาลสะท้อนอยู่ในคำกล่าวที่ว่า “รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐหากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ”[616] ถ้อยคำนี้แสดงถึงความสำคัญของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐให้เป็นไปตามกฎหมายได้อย่างชัดเจน เพราะฉะนั้นการที่ห้ามไม่ให้ศาลเข้าตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมขัดกับหลักนิติรัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้จึงจำเป็นต้องให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ส่วนในประเด็นที่ว่าศาลใดมีอำนาจตรวจสอบ และตรวจสอบได้เพียงใดนั้นจะทำการศึกษาต่อไป

2.1.1.2 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อได้ข้อสรุปแล้วว่ามีความจำเป็นที่ต้องให้ศาลมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ในส่วนนี้เป็นการศึกษาศาลที่มีอำนาจในตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของศาล อาจเกิดจากศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง พิจารณาได้ ดังนี้ การแบ่งระบบกฎหมายออกเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นอกจากแนวคิดในการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันแล้ว ยังส่งผลต่อแนวคิดของการมีระบบศาลที่แตกต่างกันด้วย ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีฐานความคิดที่มุ่งเน้น

---

[614] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ความหมายและความสำคัญของการจัดตั้งศาลปกครอง,” **วารสารกฎหมายปกครอง** 14 (เมษายน 2538): 7-9.

[615] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 69-70.

[616] บรรเจิด สิงคะเนติ, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net,** หน้า 344.

ให้ทุกคนในสังคมมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ดังนั้นพลเมืองของรัฐทุกคนไม่ว่าอยู่ในฐานะใดย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้ศาลเดียวกัน ในระบบนี้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลยุติธรรมจึงเป็นศาลหลักเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ส่วนระบบซีวิลลอว์ยึดหลักระบบศาลคู่ มีสาระสำคัญในการแยกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในคดีที่รัฐ เจ้าหน้าที่รัฐเข้าไปเกี่ยวข้องออกมาเป็นอีกศาลหนึ่ง เรียกว่า ศาลปกครอง สำหรับคดีอื่น ๆ ซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยคดีทั่วไป แนวทางการจัดตั้งศาลรูปแบบนี้ใช้ในฝรั่งเศสและประเทศภาคพื้นยุโรปรวมถึงประเทศไทยด้วย ในส่วนของญี่ปุ่นใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ แต่ใช้ระบบศาลเดี่ยวตามแบบของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

นอกจากศาลยุติธรรม และศาลปกครองแล้ว ในบางประเทศได้กำหนดให้มีองค์กรตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่ง คือ ศาลรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นศาลพิเศษ ซึ่งนอกเหนือจากมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารจึงอยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญด้วย[617] ในบางประเทศมีการเรียกชื่อแตกต่างกัน ในฝรั่งเศสใช้ชื่อว่า“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil Constitutionnel) ในขณะที่รัฐธรรมนูญของไทย[618] กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากศาลยุติธรรมและศาลปกครองเช่นกัน

โดยที่องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบและป้องกันไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันผิดกฎหมายอันเป็นไปตามหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบ เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย[619] จุดมุ่งหมายสำคัญของอำนาจตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารไม่ว่าจะเป็นศาลในระบบใดก็ตามจึงเป็นไปเพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยไม่ชอบ และเพื่อไม่ให้มีการกระทำอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่กระนั้นก็ดีการตรวจสอบของศาลต้องไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดปัญหาหรือเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร ข้อสำคัญอยู่ที่ศาลไม่อาจใช้อำนาจตุลาการถึงขั้นตรวจสอบดุลพินิจที่แท้จริงของฝ่ายบริหารได้[620] และไม่อาจตรวจสอบฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง[621] แต่การ

---

[617] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 70.

[618] มาตรา 218, มาตรา 223 และมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550)

[619] Meyerson Denise, “The Rule of Law and the Separation of Powers,” **Macquarie Law Journal** 4 (2004): 4.

[620] อมร จันทรสมบูรณ์, **กฎหมายปกครอง,** หน้า 104.

[621] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 103-104.

กระทำดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางรัฐสภาตามกลไกทางการเมือง และอาจถูกตรวจสอบโดยประชาชน เนื่องจากหากศาลสามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวนี้ได้ จะกลายเป็นว่าศาลมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายบริหาร[622]

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการตรวจสอบทางการเมืองโดยทางรัฐสภา กับการตรวจสอบโดยศาลปกครอง การตรวจสอบทางการเมืองมีขอบเขตกว้างกว่าศาลปกครอง[623] รัฐสภาตรวจสอบได้ทั้งส่วนที่เป็นนโยบายทางการเมืองและการกระทำทางปกครอง ในขณะที่ศาลปกครองมีอำนาจเฉพาะเรื่องการกระทำทางปกครอง อย่างไรก็ตามเมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ เท่ากับอำนาจของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารมีฐานที่มาแห่งการใช้อำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น และเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดระบบการเมือง การปกครองตลอดจากการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้นถ้าฝ่ายบริหารกระทำการขัดหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องมีกลไกในการตรวจสอบการกระทำเช่นว่านั้นได้ ด้วยเหตุนี้การกระทำทางรัฐบาลที่อยู่นอกเหนืออำนาจตุลาการจึงไม่รวมถึงศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ฉะนั้นกรณีมีปัญหาว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญนี้ มุ่งหมายถึง เฉพาะในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญไทย ส่วนในประเทศที่ไม่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแยกออกมาเป็นเอกเทศ โดยรวมอยู่ในศาลยุติธรรมอย่างเช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ญี่ปุ่น ศาลที่ควรมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ ศาลสูงสุดของประเทศเหล่านั้น เนื่องจากศาลยุติธรรมมีบทบาทเป็นทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

ในเยอรมนี ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1951 กฎหมายเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (The Federal Constitutional Court Act 1985) กำหนดอำนาจหน้าที่และกระบวนการพิจารณาคดีของศาล[624] โดยเป็นองค์กรสำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทางการเมือง จัดตั้งขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหาเสียงข้างมากของรัฐสภาในสมัยพรรคนาซีด้วยการคุ้มครองเสียงข้างน้อย นับเป็นองค์กรที่ถ่วงดุลเสียงข้างมากของสภาไม่ให้มีการนำเสียงสนับสนุนไปใช้ในทางที่ไม่ชอบ และมีบทบาทสำคัญในการเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

---

[622] ชาญชัย แสวงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง** (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 40.

[623] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **กฎหมายปกครอง,** พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2545), หน้า 26.

[624] Ralf Rogowski and Thomas Gawron, **Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court** (New York: Berghahn Books, 2002), p. 3.

ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ รวมทั้งป้องกันไม่ให้มีการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากแม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับไวมาร์มีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่มีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้มีสถาบันที่เรียกว่าศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อขจัดความบกพร่องอันเกิดจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน

ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการสองคณะ[625] คณะแรก มีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ การละเมิดสิทธิพื้นฐานของประชาชน สิทธิการเลือกตั้ง อีกคณะหนึ่ง มีอำนาจพิจารณาคดีการเพิกถอนสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ พิจารณาพฤติกรรมนักการเมืองที่ขัดรัฐธรรมนูญ คำร้องเกี่ยวกับการเลือกตั้ง การกระทำผิดของประธานาธิบดีและผู้พิพากษา ข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ละคณะมีตุลาการจำนวนแปดคน มีวาระดำรงตำแหน่งสิบสองปี ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนครึ่งหนึ่งของแต่ละคณะมาจากการคัดเลือกของสภาผู้แทนราษฎร และจำนวนตุลาการอีกครึ่งหนึ่งมาจากสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เป็นผู้เลือก

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสหรัฐอเมริกาใช้ระบบศาลเดี่ยว ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The Federal Supreme Court) จึงทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญสูงสุดของประเทศ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจตุลาการของศาลสหรัฐอเมริกาขยายเหนือคดีทั้งปวงทั้งในหลักกฎหมายและหลักแห่งความยุติธรรมที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญนี้[626] และในญี่ปุ่นศาลสูงสุดของญี่ปุ่น (The Supreme Court of Japan) ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศ รูปแบบศาลของญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากสหรัฐอเมริกาเมื่อครั้งที่สหรัฐอเมริกาเข้าครอบครองญี่ปุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่สอง ศาลมีอำนาจพิจารณาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทำนองเดียวกับศาลสหรัฐอเมริกา[627] ศาลสูงสุดประกอบด้วยประธานศาลสูงสุดจำนวนหนึ่งคนและผู้พิพากษาศาลสูงสุดจำนวนสิบสี่คน เท่ากับว่าในสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่นศาลยุติธรรมมีบทบาทในการเป็นศาลรัฐธรรมนูญของประเทศด้วย

ส่วนในอังกฤษเนื่องจากไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร และการยึดหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาแทนหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อย่างไรก็ตามอังกฤษมีองค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ เพียงแต่ไม่ได้จัดตั้งออกมาเป็นศาลรัฐธรรมนูญต่างหาก เนื่องจากตามหลักนิติธรรมทุกคดีอยู่ภายใต้กฎหมายและศาลเดียวกัน เดิมศาลยุติธรรมสูงสุดของอังกฤษ หมายถึง ศาลสภาขุนนาง

---

[625] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ,** (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 18, 21.

[626] Article 3 section 2, The Constitution of The United States

[627] Thomas M. Magstadt, *op. cit.*, p. 166.

(House of Lords) ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญด้วย ศาลสภาขุนนาง ประกอบด้วย สมาชิกตามพระราชบัญญัติอำนาจศาลในการพิจารณาคดีอุทธรณ์ ค.ศ. 1875 (The Appellate Jurisdiction Act 1876) ได้แก่ ลอร์ด ชานเซลเลอร์ สมาชิกสภาขุนนางที่เป็นนักกฎหมาย และขุนนางที่มีตำแหน่งหรือเคยมีตำแหน่งระดับสูงในศาลตามที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ ภายหลังการออกพระราชบัญญัติปฏิรูปรัฐธรรมนูญ (Constitutional Reform Act 2005) ส่งผลให้มีการจัดตั้งศาลสูงสุดขึ้นแทนที่ศาลสภาขุนนางในการทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของอังกฤษ[628] ฉะนั้นนับตั้งแต่ใช้กฎหมายฉบับนี้มาอังกฤษมีศาลสูงสุดที่แยกออกจากองค์กรทางการเมือง

ในฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย ตุลาการจำนวนเก้าคน ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนสามคน และอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐทุกคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่งตลอดชีพ[629] ตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระการดำรงตำแหน่งเก้าปี และไม่อาจรับตำแหน่งใหม่ได้อีก และให้มีการเปลี่ยนตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวนหนึ่งในสามทุกสามปีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบร่างสนธิสัญญา หรือข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งเป็นการตรวจสอบก่อนมีการให้สัตยาบันร่างสนธิสัญญาหรือข้อตกลงนั้น ๆ[630] ประกอบกับรัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรตุลาการเป็นผู้คุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลและจัดให้มีการเคารพหลักการคุ้มครองเสรีภาพส่วนบุคคลตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยรัฐบัญญัติ[631]

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญของไทยนับแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา มีการจัดตั้งองค์กรทั้งในรูปแบบของศาลสูงสุด ซึ่งหมายถึง ศาลฎีกาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีรัฐธรรมนูญเรื่อยมา จนกระทั่งมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) เป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

---

[628] Raymond Youngs, **English, French and German Comparative Law** (New York: Routledge, 2014), p. 48.

[629] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ,** หน้า 24-25.

[630] วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, **ศาลรัฐธรรมนูญไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนีและญี่ปุ่น** (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544), หน้า 274.

[631] Article 66, The Constitution of France

ไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลที่กำหนดรัฐธรรมนูญกำหนดไว้[632] ให้ผู้ได้รับเลือกดังกล่าวประชุมและเลือกกันเองคนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ และให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 200 กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวนเก้าคน จากบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญกำหนด[633]

---

[632] (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน (ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณีเลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทน)

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามตามวิธีการสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด จำนวนสองคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามวิธีการสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดจำนวนสองคน

[633] (1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกามาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี ซึ่งได้รับคัดเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้ว เป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ ซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้ดำรงตำแหน่ง หรือเคยดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ของมหาวิทยาลัยในประเทศไทยมาแล้ว เป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี และยังมีผลงานทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์ จำนวนหนึ่งคน

โดยความเห็นชอบของวุฒิสภาซึ่งต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา ในกรณีวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ได้รับการสรรหาหรือคัดเลือกรายใดให้ดำเนินการสรรหาหรือคัดเลือกบุคคลใหม่แทนผู้นั้นแล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไป[634]

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จากการศึกษาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผู้ศึกษาได้พิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและนำมากำหนดหัวข้อในการศึกษา โดยแบ่งตามองค์กร บุคคลและการกระทำที่ถูกตรวจสอบ อันได้แก่ การตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติ การตรวจสอบองค์กรบริหาร การตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของบุคคล การตรวจสอบการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ อันจะนำไปสู่การวิเคราะห์อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติ

การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยตรวจสอบการทำหน้าที่ของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัตินั้น แยกหัวข้อการศึกษาออกเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมาย การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว

(1) การตรวจสอบร่างกฎหมาย

ในการเสนอร่างกฎหมาย ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ นอกจากเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติแล้ว คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามที่นายกรัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

---

(5) ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้รับการสรรหาจากผู้รับหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือหัวหน้าส่วนราชการที่เทียบเท่า หรือตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองอัยการสูงสุดมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี จำนวนสองคน

[634] มาตรา 204 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560)

ของทั้งสองสภาได้ยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาแล้วแต่กรณี เพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย[635] ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดหลักการไว้เช่นเดียวกัน ในกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย[636] ในส่วนการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักการตรวจสอบเหมือนกับการร่างพระราชบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยการเสนอความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคนต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภาเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย[637] และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดวิธีการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ว่า เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ดำเนินการส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[638] แต่ในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากคณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้โดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง[639] ในกรณีศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง มีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเห็นชอบมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญได้ ให้เสนอความเห็นไปยังรัฐสภาและให้รัฐสภาประชุม

---

[635] มาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)

[636] มาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 148 ของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[637] มาตรา 262 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[638] มาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[639] มาตรา 131 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ร่วมกันเพื่อพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระตามที่เห็นสมควรได้[640]

ในกรณีร่างกฎหมายถูกยับยั้งโดยวุฒิสภา และมีการเสนอร่างกฎหมายใหม่อีกครั้ง ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในการพิจารณาร่างกฎหมายหากสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้น เป็นร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่มีหลักการอย่างเดียวกัน หรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้โดยวุฒิสภา ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย[641] ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการเหมือนกัน โดยในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่เสนอหรือส่งให้พิจารณานั้นมีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ยับยั้งไว้ ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย[642]

ในกรณีการเสนอร่างกฎหมายกระทำโดยคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและเนื้อหาของการกระทำเกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยที่ศึกษามาแล้วในภาคที่ 1 ว่าการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาล อำนาจวินิจฉัยร่างกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือเป็นร่างกฎหมายที่มีลักษณะต้องห้ามเพราะเหมือนหรือคล้ายกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้จึงเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่ายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือของคณะกรรมาธิการ การเสนอการแปรญัตติ หรือ

---

[640] มาตรา 132 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[641] มาตรา 177 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

[642] มาตรา 149 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 139 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่[643] ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หากผู้กระทำการดังกล่าวเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้ผู้กระทำการนั้นสิ้นสุดสมาชิกภาพนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย และให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งผู้นั้น

เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลต้องเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น ฉะนั้นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติทั้งการตรวจสอบร่างกฎหมาย ตรวจสอบส่วนได้เสียของสมาชิกรัฐสภาซึ่งเกิดจากการกระทำของสมาชิกรัฐสภาเองย่อมไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งโดยสภาพขององค์กรไม่อาจมีการกระทำทางรัฐบาลได้ ทั้งนี้ ในส่วนอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีในการเสนอการแปรญัตติหรือมีกระทำประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนในการใช้งบประมาณรายจ่ายไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจะศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2) การตรวจสอบฝ่ายบริหาร

(2) การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว

เมื่อร่างกฎหมายผ่านการพิจารณาและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมีผลใช้บังคับแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ว่าในกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย[644] ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเช่นเดิมวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เมื่อเห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า[645]

---

[643] มาตรา 180 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 168 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 144 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[644] มาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

[645] มาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 231(1)ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะยกมาปรับแก่คดีโดยรัฐธรรมนูญทั้งสามฉบับกำหนดหลักการไว้ทำนองเดียวกันว่า ในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี หากคู่ความหรือศาล เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลส่งความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย[646] การที่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติใดแห่งกฎหมายจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้

จากอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้ร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ อาจเสนอได้โดยคณะรัฐมนตรี แต่การพิจารณาร่างกฎหมายเป็นอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ เมื่อร่างกฎหมายผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาและประกาศใช้เป็นกฎหมายแล้ว การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากสิ่งที่ศาลตรวจสอบ คือ กฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ซึ่งเป็นการตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ศาลไม่ได้ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นการตรวจสอบของศาลในกรณีนี้จึงไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

2) การตรวจสอบฝ่ายบริหาร

(1) การตรวจสอบการตราพระราชกำหนด

แม้ว่าอำนาจการตรากฎหมายเป็นขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายด้วยโดยการตราพระราชกำหนดขึ้นในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ คณะรัฐมนตรีจะตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ซึ่งมีผลใช้บังคับทันที เมื่อการตราพระราชกำหนดเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

---

[646] มาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ของพระราชกำหนดได้เนื่องจากหลังจากมีการตราพระราชกำหนดแล้ว ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไปคณะรัฐมนตรีต้องเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ซึ่งก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ[647] และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

ในส่วนขอบเขตการวินิจฉัยพระราชกำหนดของศาลรัฐธรรมนูญนั้น บทบัญญัติว่าด้วยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการเหมือนกัน คือ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะเงื่อนไขการตรา พระราชกำหนดว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ[648] แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นอกจากสามารถวินิจฉัยเกี่ยวกับเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยด้วยว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ด้วย[649]

(2) การตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

ศาลรัฐธรรมนูญภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีอำนาจวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำขึ้นต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เนื่องจากเป็นหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญา หรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญหรือไม่'[650] แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ไม่ได้ให้อำนาจวินิจฉัยดังกล่าวแก่ศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง แต่ในทางปฏิบัติเมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ได้มีการใช้ช่องทางให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตาม

---

[647] สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา

[648] มาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 173 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[649] มาตรา 185 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[650] มาตรา 190 วรรคท้าย ของรัฐธรรมแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญระหว่างคณะรัฐมนตรีกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 โดยศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำขึ้น จำต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ โดนทำหน้าที่ชี้ขาดว่าหนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง อันได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีเขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่[651]

ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล บทบัญญัติมาตรา 190 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 178 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้นำคดีพิพาทที่เกิดจากการกระทำทางรัฐบาลไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวโดยไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้

(3) การตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่าย

ตามที่ศึกษามาข้างต้นเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่ายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการ ในหัวข้อ 1) การตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติ ในกรณีผู้เสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายดังกล่าวเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลเนื่องจากผู้กระทำไม่ใช่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

อย่างไรก็ดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทน

---

[651] มาตรา 178 วรรคสอง และวรรคท้ายของรัฐธรรมแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายกระทำการหรืออนุมัติให้กระทำการ จะกระทำมิได้หรือรู้ว่ามีการกระทำดังกล่าวแล้วแต่มิได้สั่งยับยั้ง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่ามีการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย[652]

ในประเด็นนี้การกระทำของคณะรัฐมนตรีในการเสนอ การแปรญัตติหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณนั้น เป็นกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นกิจการในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการในการใช้งบประมาณรายจ่าย เป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

3) การตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีหลักการให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ กรณีมีปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาสามารถเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้[653] ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อมีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่องค์กรศาล[654] ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดแต่เพียงว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ[655]

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่ง เมื่อพิจารณาอำนาจของศาลตามหลักการข้างต้น รัฐธรรมนูญทุกฉบับที่กล่าวมาข้างต้นให้

---

[652] มาตรา 144 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช2560 รวมทั้งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่งนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้อยู่ในที่ประชุมในขณะที่มีมติ และให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชดใช้เงินนั้นคืนพร้อมด้วยดอกเบี้ย

[653] มาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

[654] มาตรา 214 ของรัฐธรรมแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[655] มาตรา 210 ของรัฐธรรมแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

อำนาจศาลวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่มีข้อสังเกตสำคัญ ดังนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ในลักษณะทั่วไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างคณะรัฐมนตรีกับองค์กรอื่น ซึ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุไว้โดยเฉพาะว่าเป็นหน้าที่และอำนาจในรูปแบบใด แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เป็นเนื้อหาได้ ดังนั้นการตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลโดยช่องทางนี้จึงไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด

4) การตรวจสอบสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของบุคคล

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรีว่าสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญหรือไม่[656] ซึ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดหลักการไว้เช่นเดียวกัน[657] แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะการพ้นสมาชิกภาพของสมาชิกรัฐสภา และรัฐมนตรี[658] ในการเข้าสู่ตำแหน่งรัฐมนตรีมาจากนายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์และทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง เพราะฉะนั้นการเสนอบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญ และเป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีอันการกระทำในทางการเมือง การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการถอดถอนออกจากตำแหน่งจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลของนายกรัฐมนตรี ซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อีกทั้งในเรื่องความเหมาะสมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ หากนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งให้บุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญตำแหน่งรัฐมนตรี และไม่ เพียงแต่การแต่งตั้งรัฐมนตรีนั้นอาจค้าน

---

[656] มาตรา 96 และตามมาตรา 142 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือกระทำการอันต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

[657] มาตรา 91 และมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[658] มาตรา 82 และมาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ความรู้สึกของประชาชนในเรื่องความเหมาะสม หรือความรู้ความเชี่ยวชาญในกระทรวงที่รับผิดชอบในส่วนของการถอดถอนรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งเป็นอำนาจดุลพินิจขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีเช่นกัน การปรับเปลี่ยนคณะรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีจึงเป็นเรื่องความเหมาะสมของการบริหารงานขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบคุณสมบัติของรัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งได้ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้[659]

คดีนี้ประธานวุฒิสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีของนายวราเทพ รัตนากร รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (3) และ (5) ประกอบมาตรา 174 (5) หรือไม่ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ อม. 10/2552 การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาลและแผ่นดิน จึงมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาโดยให้จำคุกเป็นเวลาสองปี และปรับสองหมื่นบาท ให้รอการลงโทษจำคุกไว้มีกำหนดสองปี เมื่อนับจนถึงวันที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ถือว่าผู้ถูกร้องคงเป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงห้าปีก่อนได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี และความผิดตามคำพิพากษาดังกล่าวไม่ใช่ความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย ดังนี้ ศาลเห็นว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้กรณีต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามมาตรา 174 (5) หมายความรวมถึงกรณีที่ศาลพิพากษาให้จำคุกแต่ให้รอการลงโทษไว้ด้วย การพิจารณาคำว่า “ต้องคำพิพากษาให้จำคุก” ตามมาตรานี้จึงต้องเป็นกรณีที่ต้องโทษจำคุกจริงมิใช่กรณีที่ศาลพิพากษาให้จำคุกแต่ให้รอการลงโทษไว้ และเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกร้องเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกเป็นเวลาสองปี โดยโทษจำคุกศาลให้รอการลงโทษไว้ จึงถือไม่ได้ว่า ผู้ถูกร้องเคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกตามความหมายของรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าว ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องจึงไม่สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 174 (5)

ผู้ศึกษาเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยคุณสมบัติของรัฐมนตรีว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งโดยสภาพของการตรวจสอบในกรณีนี้ศาลอาจเข้ามาตรวจสอบได้ทั้งก่อนและหลังการแต่งตั้ง หมายความว่าตั้งแต่ระยะเวลาก่อนหน้าที่มีการแต่งตั้งรัฐมนตรีไปจนถึงตลอดระยะเวลาที่รัฐมนตรี

---

[659] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2556

ดำรงตำแหน่งอาจมีการร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวได้เสมอ ซึ่งการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากวัตถุแห่งการตรวจสอบในที่นี้ เป็นการตรวจสอบคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขว่าเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือเป็นผู้ต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำของนายกรัฐมนตรีที่ดำเนินการแต่งตั้งรัฐมนตรี กล่าวได้ว่า การตรวจสอบคุณสมบัติของรัฐมนตรีเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นหลังจากมีการแต่งตั้งเสร็จสิ้นแล้ว

ในส่วนของรายละเอียดในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญ จะศึกษาต่อไปในหัวข้อ 2.2 กลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

5) การตรวจสอบการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ

นอกเหนือจากอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวมาข้างต้น มีประเด็นที่น่าศึกษาเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้ จากการที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจึงมีบทบัญญัติห้ามมิให้บทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติ ดังนี้[660] “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ว่า[661] “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้”

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว มีข้อสังเกตที่สำคัญ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพิ่มเติมให้ “การกระทำ” ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับไม่ได้ ซึ่งเป็นหลักการใหม่ที่ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ และมาตรา 213 ให้สิทธิบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยได้ว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) ได้กำหนดสาระสำคัญในการวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพไว้ในมาตรา 47 โดยการใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาล

---

[660] มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[661] มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญของประชาชน ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ หมวด 10 หรือคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน และต้องไม่เป็นการกระทำ ดังนี้[662]

(1) การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 10 และหมวด 11

(2) การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 10

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการฝ่ายตุลาการ รวมถึงการเดินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(4) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192

(5) การกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49

หลักการของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่กำหนดให้ประชาชนนำการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้เองนั้น แตกต่างจากสิทธิฟ้องตรงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดให้ประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยขอให้ศาลวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่[663] การกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพที่ประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้นั้น ย่อมรวมถึงบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย สิทธิการฟ้องตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้จึงได้รับการรับรองไว้กว้างกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560และบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญพ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) เกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ไม่ได้ยกเว้นการกระทำทางรัฐบาล เพราะฉะนั้นโดยที่การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำอย่างหนึ่งซึ่งอาจมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ดังนั้นหากมีการกระทำทางรัฐบาลซึ่งละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนการกระทำนั้นอาจที่จะถูกตรวจสอบว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ในอนาคต

ในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้นไม่ได้มีเฉพาะอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังที่ได้ศึกษามาเท่านั้น มีการกระทำทางรัฐบาลบางประการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้องค์กรอิสระทำหน้าที่ในการ

---

[662] มาตรา 47 วรรคสอง และวรรคสาม แห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ)

[663] มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ตรวจสอบ ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้[664] “เพื่อประโยชน์ในการระงับหรือยับยั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่การเงินการคลังของรัฐให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสนอผลการตรวจสอบการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐและอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่การเงินการคลังของรัฐอย่างร้ายแรงต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อพิจารณา” โดยรัฐต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ[665] และในการบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการรักษาวินัยในกิจการที่เกี่ยวกับเงินแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐอย่างเคร่งครัด[666] ในกรณีคณะรัฐมนตรีกระทำการที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น การกระทำในทางนโยบายทางเศรษฐกิจอันเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยถ้าไม่เป็นไปตามกฎหมายการเงินการคลัง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่พิจารณาการกระทำเช่นว่านี้ ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญหลักการดังกล่าวนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้กระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาขององค์กรตุลาการ แต่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น อย่างไรก็ดีเมื่อรัฐธรรมนูญมีหลักการให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลในกรณีนี้ เท่ากับว่านอกจากการกระทำทางรัฐบาลจะถูกตรวจสอบโดยทางรัฐสภา และอาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ต้องถือว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้รับมอบอำนาจโดยเฉพาะจากรัฐธรรมนูญให้พิจารณาการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายวินัยการเงินการคลังได้

2.1.2 การริเริ่มให้มีการตรวจสอบ

หลังจากที่ทราบถึงความจำเป็นของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และได้ข้อสรุปแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ในส่วนนี้เป็นการศึกษาตัวบุคคลหรือองค์กรที่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ดำเนินการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล โดยเป็นการศึกษาในส่วนแนวทางการดำเนินการตรวจสอบของไทยเท่านั้น

2.1.2.1 การริเริ่มโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในส่วนนี้จะทำการศึกษาเหตุผลในการให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจริเริ่มให้มีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล โดยศึกษาตัวอย่างหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามที่ศึกษาถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบร่าง

---

[664] มาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[665] มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[666] มาตรา 164 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

กฎหมายมาแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสามฉบับต่างกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา เพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา มีสิทธิเสนอความเห็นต่อประธานสภาซึ่งตนเป็นสมาชิกว่าร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เสนอหรือส่งให้พิจารณา มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้ ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาต้องส่งร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ยับยั้งไว้

นอกจากนี้กระบวนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาในทำนองเดียวกันนำไปใช้ในกรณีมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ด้วย โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา เป็นผู้มีสิทธิเสนอประธานแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกเพื่อส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าว[667] ในกรณีดังกล่าวนี้ถือเป็นการเสนอให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาว่าหนังสือสัญญาที่ทำขึ้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเนื่องจากเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรืออาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่[668] ซึ่งการให้อำนาจดังกล่าวแก่คณะรัฐมนตรีแทนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาผู้ศึกษาเห็นว่ามีเหตุผลมาจากอำนาจในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นของคณะรัฐมนตรี

ผู้ศึกษาเห็นว่าการให้อำนาจแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นนี้ ควรนำรูปแบบนี้มาใช้กับกรณีการเสนอเรื่องให้ศาล

---

[667] มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[668] มาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลด้วย เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา เป็นฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งสมาชิกของสภาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน ประกอบกับลักษณะงานของฝ่ายนิติบัญญัติมีความใกล้ชิดกับองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมากกว่าองค์กรอื่นใด ดังนั้น สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมที่สุดในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ความเห็นที่เสนอให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีอำนาจริเริ่มให้มีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าแม้ในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น มีรูปแบบขององค์กรที่ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญต่างกันดังที่กล่าวมาในหัวข้อ 2.1.1.2 ก็ตาม แต่การทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละประเทศมีหลักการที่เหมือนกัน โดยนอกเหนือจากการทำหน้าที่นิติบัญญัติแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการบริหารงานของฝ่ายบริหารด้วย เพราะฉะนั้นแนวทางที่ให้อำนาจแก่สภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวนั้น จึงอาจนำไปใช้ในกระบวนการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมที่เป็นศาลสูงสุด ในประเทศที่ไม่มีศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้

2.1.2.2 การริเริ่มโดยประชาชน

จากการศึกษาหัวข้อ 2.1.2.1 เป็นกรณีที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาอันเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญควรเป็นผู้มีสิทธิยื่นเรื่องให้ประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล ในหัวข้อนี้เป็นการศึกษาว่าประชาชนควรเป็นผู้มีสิทธิเช่นเดียวกับสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาในการดำเนินการทางกระบวนการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้เห็นว่าในรัฐเสรีประชาธิปไตย แม้ว่าประชาชนได้มอบอำนาจของตนผ่านผู้แทนอย่างสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาในการดำเนินการต่าง ๆ ทางอำนาจนิติบัญญัติแทนตนเองซึ่งรวมถึงอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลด้วยแล้วก็ตาม แต่โดยที่ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริงในกรณีที่รัฐบาลดำเนินการทางบริหารซึ่งส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนควรมีสิทธิพิทักษ์สิทธิเสรีภาพและประโยชน์ของตนเองได้เช่นกัน เช่น ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของไทยกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ รัฐบาลอยู่ภายใต้บังคับที่ต้องดำเนินการให้รัฐสภาเห็นชอบก่อน ถ้าหนังสือสัญญานั้นมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือมีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องมีตราพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ โดยก่อนที่รัฐบาลจะดำเนินการทำหนังสือสัญญา

ที่มีลักษณะดังกล่าวมานี้ มีหน้าที่ ดังนี้ ดำเนินการให้ข้อมูล จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้นและเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบ

กรอบการดำเนินการในการทำหนังสือสัญญาที่ให้รัฐสภาและประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมด้วยนั้น เพื่อให้การทำหนังสือสัญญาเกิดประโยชน์แก่ประชาชน สังคมและประเทศอย่างแท้จริง ฉะนั้นเมื่อมีปัญหาความไม่ชัดเจนว่าหนังสือสัญญาฉบับใดมีลักษณะที่ต้องขอหรือไม่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนการดำเนินการ ถ้ารัฐบาลเห็นว่าหนังสือสัญญาที่ทำขึ้นนั้นไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาย่อมสามารถดำเนินการได้เพียงฝ่ายเดียว แต่ในประเด็นที่หนังสือสัญญามีผลกระทบต่อประชาชนและสังคมอย่างกว้าง เช่น หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่ที่มีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งถ้าคณะรัฐมนตรีไม่ดำเนินไม่ดำเนินการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้มีการชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นหรือไม่เป็นหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา ย่อมทำให้ขั้นตอนการทำหนังสือสัญญาอยู่ที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแต่เพียงอย่างเดียว ดังนั้นเพื่อให้การรักษาสิทธิประโยชน์ของประชาชนสัมฤทธิผลควรให้ประชาชนมีช่องทางในการแสดงสิทธิของตนเองได้เช่นกัน และจะทำให้การกระทำที่อาจกระทบต่อประโยชน์ของส่วนรวมได้รับตรวจสอบก่อนเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง

ในเรื่องของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นเพียงตัวอย่างของการกระทำทางรัฐบาลที่นำมาศึกษาเพื่อให้เห็นความสำคัญในการให้ประชาชนเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการที่ให้สิทธิแก่ประชาชนซึ่งเป็นบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการกระทำในที่นี้ไม่ได้เจาะจงว่าเป็นการกระทำของใครหรือองค์กรใด ประกอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) มาตรา 47 การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในข้อยกเว้นที่ห้ามนำมาฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ การกระทำที่ไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามความหมายของรัฐธรรมนูญข้างต้น จึงย่อมหมายความรวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลด้วย ดังนั้นประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลโดยอาศัยสิทธิของหลักการดังที่กล่าวมานี้ได้ด้วยตนเองโดยตรง

ส่วนในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น ประชาชนควรเป็นผู้มีสิทธิริเริ่มให้ศาลที่ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกัน เพราะไม่ว่าประชาชนในประเทศใดก็ตามย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอให้มีการตรวจสอบอำนาจรัฐได้เสมอ แต่อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าการกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทอยู่

ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเสียทั้งหมด โดยการกระทำที่ศาลสามารถตรวจสอบได้จะนำเสนอไว้ในบทสรุปวิเคราะห์ต่อไป

2.2 กลไกในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

ในส่วนนี้ศึกษาแนวทางในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ โดยใช้ช่วงเวลาของการมีผลผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งแบ่งเป็นการตรวจสอบก่อนและหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย เป็นประเด็นในการศึกษาเช่นเดียวกับการศึกษาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในทางการเมือง

2.2.1 การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

2.2.1.1 การชี้ขาดลักษณะการกระทำทางรัฐบาล

ในการวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้น ในฝรั่งเศสสภาแห่งรัฐเป็นองค์กรในการวินิจฉัยว่าคดีที่นำมาฟ้องร้องนั้นอยู่ในอำนาจพิจารณาของสภาแห่งรัฐหรือไม่ ถ้าสภาแห่งรัฐเห็นว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วจะปฏิเสธการพิจารณาคดีดังกล่าว โดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐเป็นแนวทางในการจัดกลุ่มลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล สำหรับการกระทำทางทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น ศาลสูงสุดทำหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นปัญหาในทางการเมือง ส่วนหลักการกระทำของรัฐในอังกฤษศาลเป็นองค์กรในการวางหลักเช่นกันว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในกรณีใดบ้างเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งวิธีการชี้ขาดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวมานี้มีขึ้นเมื่อการกระทำนั้น ๆ สำเร็จผลและมีผลผูกพันแล้ว ในส่วนนี้จึงต้องการศึกษาว่าในระหว่างมีการกระทำของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนหน้าการกระทำทางรัฐบาลของไทยจะมีผลผูกพันตามกฎหมาย เมื่อกรณีมีข้อสงสัยว่าการกระทำขององค์กรอของรัฐฝ่ายบริหารเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล การชี้ขาดปัญหาเช่นนี้ควรมีรูปแบบอย่างไร

จากการที่ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของแต่ละประเทศเกิดจากการวางหลักและพัฒนาการทางแนวคิดโดยคำวินิจฉัยของศาลซึ่งรวมถึงศาลไทยด้วย ปัญหาอย่างหนึ่งที่ปรากฏชัด คือ ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยมีปัญหาความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขต หรือประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลที่กระทำการทางรัฐบาล เมื่อมีปัญหาความไม่ชัดเจนเช่นนี้จึงจำเป็นต้องหาข้อสรุปอย่างแน่ชัดเพื่อให้การพัฒนาทฤษฎีของไทยเป็นไปอย่างสมบูรณ์และถูกต้องตามหลักการของทฤษฎีอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามสิ่งสำคัญที่ควรพิจารณามีอยู่ว่าเมื่อเกิดปัญหาความไม่ชัดเจนหรือไม่แน่ใจว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นหรือไม่เป็นการ

กระทำทางรัฐบาล สมควรอย่างยิ่งที่ต้องมีองค์กรในการชี้ขาดว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำประเภทใด เพื่อให้ได้ข้อยุติของการกระทำและนำไปสู่การตรวจสอบตามกระบวนการที่ถูกต้องต่อไป อีกทั้งผลการกระทำของฝ่ายบริหารย่อมส่งผลโดยตรงต่อการตรวจสอบที่แตกต่างกัน ดังนั้นการชี้ขาดลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่ถูกต้องจะทำให้กลไกการตรวจสอบผิดพลาดไปด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้จึงควรกำหนดองค์กรในการชี้ขาดลักษณะการกระทำทางรัฐบาล ตามหลักการแล้วศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้และพิจารณาถึงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ฝ่ายบริหารเป็นองค์กรของรัฐที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการกำหนดการจัดสถาบันขององค์กรของรัฐและโครงสร้างทางการเมือง ประกอบกับการกระทำของรัฐบาลที่อาศัยแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการตามรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เมื่อการกระทำทางรัฐบาลมีจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญทั้งเป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ประกอบกับหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีบทบัญญัติที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่รัฐบาลจัดทำขึ้นนั้นเป็นหนังสือสัญญาประเภทที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ซึ่งการที่รัฐบาลต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภาในการทำหนังสือสัญญาบางอย่างนั้นเป็นกรณีที่รัฐสภาตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาลอันเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย แสดงถึงรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาก่อนเข้าสู่กลไกการตรวจสอบโดยทางรัฐสภา จากเหตุผลที่วิเคราะห์มาข้างต้นนี้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรสำคัญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมอย่างยิ่งในการมีอำนาจพิจารณาและชี้ขาดว่าการกระทำอันเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้น มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ เพื่อให้การกระทำดังกล่าวนั้นมีความชัดเจนในเรื่องลักษณะและประเภทของการกระทำขององค์กรอของรัฐฝ่ายบริหาร และจะทำให้การเข้าสู่กลไกการตรวจสอบการกระทำนั้นเป็นไปอย่างถูกต้องต่อไป

2.2.1.2 กรอบของการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

ตามกฎหมายการพิจารณาคดีของสหรัฐอเมริกา ศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาปัญหาหรือคดีอันเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ เมื่อศาลได้วินิจฉัยปัญหาใดแล้วคำวินิจฉัยของศาลย่อมมีผลเป็นที่สุด สำหรับอังกฤษเดิมศาลสภาขุนนางอังกฤษ (House of Lords) ทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจครอบคลุมถึงการวินิจฉัยคดีทั้งรัฐธรรมนูญส่วนที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษร[669] ภายหลังจากอังกฤษได้เข้าเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป (European Union: EU) ได้

[669] วิรัช วิรัชนิภาวรรณ, *เรื่องเดิม*, หน้า 235.

มีการออก Constitutional Reform Act 2005 โดยมีการจัดตั้งศาลซึ่ง เรียกว่า Supreme Court of the United Kingdom การจัดตั้งศาลดังกล่าวมีเหตุผลมาจากการต้องการแบ่งแยกอำนาจของสถาบันศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการออกจากสถาบันการเมืองอย่างสภาขุนนาง[670] ทำให้ปัจจุบันศาลสูงสุดมีอำนาจพิจารณาคดีอันมีประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญแทนศาลสภาขุนนาง

ในส่วนศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนีเมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยเช่นไรแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และของมลรัฐรวมถึงศาลและองค์กรอื่นของรัฐด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951 ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสระบุว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดและมีผลผูกพันสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ตลอดจนผูกพันศาลด้วย[671] ในส่วนของญี่ปุ่นเมื่อศาลสูงสุดได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารแล้วเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมทำให้การกระทำนั้นขัดต่อกฎหมายและผลคำวินิจฉัยของศาลย่อมเป็นที่สุดเช่นเดียวกัน

จากอำนาจของศาลในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศข้างต้นและตามที่ศึกษามาแล้วว่าศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอื่นที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล แต่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจการตรวจสอบไว้หรือไม่ ในฝรั่งเศสการใช้อำนาจพิเศษในเหตุฉุกเฉินของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่ง ก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ได้ประธานาธิบดีต้องปรึกษาหารือนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจนี้เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ศาลสูงสุดตรวจสอบการกระทำที่เป็นปัญหาทางการเมือง และในอังกฤษไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติที่ให้ศาลตรวจสอบการกระทำของรัฐได้

ในส่วนนี้จะศึกษากลไกของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผล

---

[670] นิพนธ์ ใจสำราญ และคณะ, “ระบบศาลสหราชอาณาจักร: ที่มาและโครงสร้างของระบบกฎหมายแรงงานของสหราชอาณาจักร” **วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม** 3, 3 (2554): 143-144.

[671] Vishnoo Bhagwan and Vidya Bhushan, **World Constitution-A Comparative Study: Political Science,** 9th ed. (New Delhi: Sterling Publishers Pvt., 2009), p. 366.

ผูกพันทางกฎหมาย โดยศึกษาอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) การตรวจสอบการใช้อำนาจเกี่ยวกับกฎหมาย

(1) การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

จากที่ศึกษาอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทย ในหัวข้อ 2.1.1.2 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ การตรวจสอบร่างกฎหมายเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเฉพาะร่างกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีเท่านั้น กลไกในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจะเกิดขึ้นได้หลังจากรัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย หรือเป็นร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดที่รัฐสภาลงมติยืนยัน ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง ถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการตรากฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนด มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณีเพื่อส่งความเห็นดังกล่าวนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ทั้งนี้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262

หลักการดังกล่าวข้างต้นนี้เหมือนกับหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เฉพาะในส่วนของการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติ แต่การวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของรัฐสภา เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้ว ก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดว่า ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นไปยังศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ความเห็น ในกรณีนี้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องส่งศาลรัฐธรรมนูญหมายถึงร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ในกรณีศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นไม่ถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ย่อมมีผลให้ร่างกฎหมายตกไปทั้งฉบับ ในการนี้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเพียงว่าเนื้อหาและกระบวนการตราชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญไม่อาจวินิจฉัยไปถึงการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างกฎหมาย

(2) การตรวจสอบร่างกฎหมายที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างกฎหมายที่ยับยั้งไว้

การพิจารณาร่างกฎหมายของรัฐสภา หลังจากการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติในชั้นพิจารณาของวุฒิสภาแล้วมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้ามาให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาใหม่ และมีปัญหาว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการที่เหมือนกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้หรือไม่นั้น ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเห็นว่าร่างกฎหมายที่เสนอหรือส่งให้พิจารณาเป็นร่างกฎหมายที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างกฎหมายที่ต้องยับยั้งไว้ ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาจะส่งร่างกฎหมายนั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งเป็นช่วงเวลาก่อนที่ร่างพระราชบัญญัติจะมีผลบังคับใช้จึงเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย การวินิจฉัยของศาลเป็นการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมาย อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนี้จึงไม่ใช่การตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมาย ทั้งนี้ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลักการเช่นนี้มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเช่นเดียวกัน และการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะถือเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลต้องเป็นการตรวจสอบร่างกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี โดยถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

(3) การตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่าย

ในการพิจารณาร่างกฎหมายเกี่ยวกับงบประมาณ ไม่ว่าจะเป็นร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ห้ามคณะรัฐมนตรีเสนอการแปรญัตติหรือกระทำการหรืออนุมัติให้กระทำการ หรือกระทำการใด ๆ อันจะมีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สภาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนในการใช้งบประมาณรายจ่ายทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งหากรู้ว่ามีการกระทำการดังกล่าวคณะรัฐมนตรีต้องสั่งยับยั้ง มิฉะนั้นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบที่เห็นว่ามีการกระทำที่ฝ่าฝืนหลักการดังกล่าวมีสิทธิเสนอความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณา

อย่างไรก็ดีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายกระทำการหรืออนุมัติให้กระทำการ จะกระทำมิได้หรือรู้ว่ามีการกระทำดังกล่าวแล้วแต่มิได้สั่งยับยั้ง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่ามีการฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย[672]

ในประเด็นนี้การกระทำของคณะรัฐมนตรีในการเสนอ การแปรญัตติหรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณนั้น เป็นกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นกิจการในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการในการใช้งบประมาณรายจ่าย เป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการมีส่วนในการใช้งบประมาณของคณะรัฐมนตรีนี้เป็นช่วงเวลาก่อนที่ร่างพระราชบัญญัติจะมีผลใช้บังคับ จึงเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำในเรื่องงบประมาณของคณะรัฐมนตรีมีผลตามกฎหมาย

2) การตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่งของการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งการกระทำประเภทนี้ไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาล เว้นแต่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบได้เท่าที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ด้วยเหตุนี้ศาลอื่นนอกเหนือจากศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจตรวจสอบ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้ว่าในกรณีมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดเป็นกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด[673] โดยการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะไปทำหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย มีสิทธิ

---

[672] มาตรา 144 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รวมทั้งให้เพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของรัฐมนตรีที่พ้นจากตำแหน่งนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้อยู่ในที่ประชุมในขณะที่มีมติ และให้ผู้กระทำการดังกล่าวต้องรับผิดชดใช้เงินนั้นคืนพร้อมด้วยดอกเบี้ย

[673] มาตรา 190 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

อธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ถ้าสมาชิกสภาเข้าชื่อกันขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าวนี้ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน ซึ่งเป็นการให้อำนาจองค์กรตุลาการทำหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน กรณีนี้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งในการวินิจฉัยประเภทของหนังสือสัญญา นอกจากนี้หลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจคงเดิมในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ และมีอำนาจเพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารทำขึ้นนั้นเป็นหรือไม่เป็นหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง

ในส่วนนี้ขอยกคำวินิจฉัยของศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญมาศึกษาวิเคราะห์ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ข้อเท็จจริงคดีเกิดขึ้นเนื่องจากในปี พ.ศ. 2550 รัฐบาลสมัยพลเอกสุรยุทธ์ จุลานนท์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้เข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement: JTEPA) กับนายกรัฐมนตรีญี่ปุ่น นายชินโซ อาเบะ ทำให้มูลนิธิข้าวขวัญและคณะยื่นฟ้องกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ คณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลเพิกถอนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) โดยอ้างว่าความตกลง JTEPA ทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ได้จัดให้มีการทำประชาพิจารณ์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2548 ไม่ได้ดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่แถลงต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 และการมีมติให้นำเรื่องการทำความตกลง JTEPA เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ รวมทั้งเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องไปลงนาม ความตกลง JTEPA

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าในกรณีคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการปกครองบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่าง

ประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีไม่ได้กระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ได้กระทำในฐานะเป็นองค์กร ตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ผู้ศึกษาเห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นนี้ได้อธิบายความแตกต่างข้อแตกต่างของการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีระหว่างการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดอันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครองว่าแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนี้ทำคณะรัฐมนตรีไม่ได้กระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ได้กระทำในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เหตุผลของคำวินิจฉัยนี้เป็นไปตามหลักการของการแบ่งแยกการใช้อำนาจทางรัฐบาลและอำนาจทางปกครองซึ่งประเภทของกฎหมายที่ใช้กระทำการมีความสำคัญต่อการวิเคราะห์การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร คำวินิจฉัยของศาลปกครองนี้จึงน่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครอง

นอกจากนี้ในคดีที่เกิดจากรัฐบาลไทยได้ทำคำแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา ในการสนับสนุนให้กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ประธานวุฒิสภาและประธานสภา ผู้แทนราษฎรส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมว่าเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 190 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า คำแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา เป็นสนธิสัญญาที่มีผลผูกพันต่อประเทศที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา การดำเนินการเกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมของฝ่ายบริหารที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ

ในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรือความตกลงระหว่างประเทศ ผู้ศึกษามีความเห็นว่าแม้รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาบางประเภทแล้วก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวนี้เป็นการสร้างความผูกพันระหว่างประเทศที่ประเทศไทยจำต้องปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ จึงควรให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารได้ เพื่อช่วยคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่อาจเกิดขึ้นจากข้อผูกพันของหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงช่วยลดทอนความเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อประเทศอย่างกว้างขวาง โดยศาลที่มีอำนาจการตรวจสอบนี้ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช. 2550) วางหลักการให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยว่าหนังสือ

สัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ อำนาจของศาลในส่วนนี้ไม่ใช่อำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งการให้อำนาจของศาลเช่นนี้ควรจำกัดเฉพาะก่อนที่หนังสือสัญญาหรือความตกลงมีผลผูกพันทางกฎหมาย ไม่ควรให้ศาลตรวจสอบภายหลังจากที่การกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมายแล้ว เพราะเมื่อฝ่ายบริหารได้ตกลงให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี มีการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ตลอดจนให้สัตยาบันหนังสือสัญญาแล้ว ถ้าอนุญาตให้มีการฟ้องเพิกถอนการตัดสินใจเข้าไปภาคี หรือหากฟ้องเพิกถอนการทำหรือการให้สัตยาบันสนธิสัญญา เท่ากับประเทศไทยผิดสัญญาที่ทำกับต่างประเทศหรือกับองค์กรระหว่างประเทศ เพราะประเทศไทยย่อมมีความผูกพันตามข้อตกลงของหนังสือสัญญาดังกล่าวอันเป็นไปตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา เพราะฉะนั้นหากศาลใช้ช่องทางนี้ในการตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ อาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ และกระทบต่อความเชื่อถือของประเทศไทยในสังคมโลก ดังนั้นในกรณีของการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศควรให้มีการตรวจสอบก่อนการกระทำมีผลผูกพันในทางกฎหมายเท่านั้น ไม่สมควรอย่างยิ่งที่จะตรวจสอบหลังการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศมีผลผูกพันทางกฎหมายแล้ว

ในส่วนผลการวินิจฉัยหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ถ้าศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าหนังสือสัญญาฉบับใดไม่เข้าเงื่อนไขที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา คณะรัฐมนตรีย่อมมีอำนาจทำหนังสือสัญญาได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบ แต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องขอความเห็นชอบก่อน คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามเพราะคำวินิจฉัยของศาลมีผลผูกพันทุกองค์กร

3) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลในกรณีดังกล่าวไว้ ดังนี้ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 แยกได้เป็นสองกรณี คือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่ง มีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ เพียงใด หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปมีปัญหาโต้แย้งกันว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำ หรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่ง[674]

[674] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542

ตัวอย่างการใช้อำนาจของศาล เช่น ศาลเห็นว่าหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นการชี้แจงนโยบายและการดำเนินงานของรัฐบาลเพื่อเป็นเหตุผลประกอบการขอใช้สิทธิถอนเงินจากกองทุนฯ เป็นการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทยเพื่อขอใช้สิทธิของตนในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิกในการขอใช้ทรัพยากรทั่วไปของกองทุนฯ ไม่ใช่หนังสือสัญญา ในความหมายของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับกองทุนฯ ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศ ดังนั้นหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงไม่ใช่กรณีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อน[675]

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรคสอง เนื่องจากอนุสัญญาฯ มีสาระสำคัญที่กำหนดให้ไทยต้องเอื้ออำนวยให้รัฐภาคีอื่นได้เข้าถึงและใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมของตนได้ด้วย เท่ากับเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมของตน ซึ่งเดิมมีอำนาจอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ จะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น เป็นการให้สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิไปพร้อมกัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของอนุสัญญาฯ เห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมและเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอำนาจแห่งรัฐ[676]

---

[675] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 ประธานรัฐสภายื่นคำร้องในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญระหว่างคณะรัฐมนตรีกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีประเด็นว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ แจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่

[676] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 คณะรัฐมนตรีขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นไม่ได้หมายความว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพียงแต่ทั้งสองกรณีนี้ได้มีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยมีว่าหนังสือหรืออนุสัญญาฯ ที่คณะรัฐมนตรีได้ตกลงทำขึ้นนั้นเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง หรือไม่เท่านั้น ไม่ได้มีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นว่าหนังสือหรืออนุสัญญาดังกล่าวมีเนื้อหาชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในส่วนของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยกรณีมีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย[677] ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ[678]

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันการบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่ได้อยู่ บนฐานของการให้ศาลใช้อำนาจวินิจฉัยกรณีขัดแย้งระหว่างองค์กรของรัฐ ได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ศาล ซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นที่น่าสังเกตว่าลักษณะบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นไปในทำนองเดียวกับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แม้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับไม่ได้เหมือนกันทั้งหมด โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ใช้ถ้อยคำว่าปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ใช้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา และองค์กรอิสระ ซึ่งคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา และองค์กรอิสระ ล้วนเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หลักการของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงมีใจความสำคัญเหมือนกันโดยการให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา และองค์กรอิสระ โดยหลักเกณฑ์ในการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... มาตรา 46 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระเป็นผู้ยื่นคำร้อง

---

[677] มาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

[678] มาตรา 210 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในกรณีมีปัญหาต้องวินิจฉัยอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดไว้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่อย่างไร เพราะฉะนั้นจึงหมายถึงการใช้อำนาจทุกประเภทของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรวมความถึงการใช้อำนาจในการกระทำทางรัฐบาลด้วย ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลได้โดยอาศัยบทบัญญัตินี้ เป็นการวินิจฉัยปัญหาว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และปัญหาว่ามีความขัดแย้งระหว่างคณะรัฐมนตรีกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในทำนองเดียวกับที่ศาลเคยวางหลักไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบในเชิงเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาล

2.2.2 การตรวจสอบภายหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

2.2.2.1 บทบาทของศาลในการตรวจสอบ

ตามหลักการที่การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักการนี้เช่นเดียวกันองค์กรอื่นของรัฐ แม้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลปกครอง ศาลยุติธรรมก็ตาม แต่เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจทางบริหารซึ่งมาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้เช่นเดียวกัน ในทำนองเดียวกับการตรวจสอบกระทำทางรัฐบาลก่อนที่การกระทำจะมีผลสำเร็จหรือมีผลผูกพันตามกฎหมาย ในส่วนนี้จะศึกษาเฉพาะบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล สำหรับบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจการตรวจสอบไว้ย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นการตรวจสอบหลังจากการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมาย ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้รัฐบาลมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้เมื่อมีสถานการณ์อันเป็นเหตุให้รัฐบาลจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับสถานการณ์ดังกล่าว โดยต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ และต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนซึ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อรัฐบาลตราพระราชกำหนดย่อมมีผลบังคับใช้เช่นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนดที่ตราขึ้นนั้นย่อมมีผลผูกพันทางกฎหมายแล้ว

แม้ว่าพระราชกำหนดที่รัฐบาลตราขึ้นมีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติทันทีแล้วจึงนำไปให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบเพื่อให้พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติ

ต่อไปก็ตาม แต่ในระหว่างการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ถ้าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาเข้าชื่อกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาที่สมาชิกนั้นเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดที่รัฐบาลตราขึ้นนั้นไม่เข้าเงื่อนไขของการตราพระราชกำหนด คือ การตราพระราชกำหนดไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หรือไม่ใช่กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เมื่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาแล้วแต่กรณีได้รับความเห็นจากสมาชิกแล้ว ภายในสามวันนับแต่ที่ได้รับความเห็นประธานต้องส่งความเห็นของสมาชิกไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ ในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ถ้าศาลเห็นว่าพระราชกำหนดที่ตราขึ้นไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ ส่งผลให้พระราชกำหนดฉบับดังกล่าวไม่มีผลบังคับใช้มาแต่ต้น

สำหรับการตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีหลักการและกระบวนการเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยแต่เพียงว่าการตราพระราชกำหนดเป็นหรือไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะเท่านั้น ศาลไม่มีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่

การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ย่อมเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลในการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับแล้ว เนื่องจากพระราชกำหนดมีผลบังคับใช้ทันทีนับแต่พระราชกำหนดได้ตราขึ้น ส่วนการให้รัฐสภาพิจารณาเห็นชอบเป็นกระบวนการที่ต้องดำเนินการต่อไปภายหลังจากที่ได้ดำเนินการตราเสร็จสิ้นแล้ว และนับแต่ที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาเสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภา ประธานแห่งสภาต้องรอการพิจารณาพระราชกำหนดไว้จนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการตรวจสอบการตราพระราชกำหนดให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.2.2.2 ข้อยกเว้นของการตรวจสอบ

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลสามารถถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นกระทำ

ทางรัฐบาลไว้ อำนาจวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดจึงไม่เกิดประเด็นปัญหาแต่อย่างได แต่ในกรณีไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ อย่างเช่นในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น รวมถึงกรณีของไทยที่รัฐธรรมนูญกำหนดอำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญไว้เพียงบางเรื่อง ปัญหาที่น่าศึกษามีว่าศาลรัฐธรรมนูญสามารถหยิบยกการกระทำทางรัฐบาลที่มีผลผูกพันตามกฎหมายแล้วขึ้นพิจารณาโดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจไว้ได้หรือไม่

ในประเด็นนี้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ แต่กรณีที่รัฐบาลใช้อำนาจกระทำการทางรัฐบาลโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไว้โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ เพียงใด ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบาทหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิด และการตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการเมืองให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ[679] กรณีศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองมักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าศาลใช้อำนาจมากเกินไป แม้ว่าการตรวจสอบการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองนี้มีขึ้นเพื่อให้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ แต่กระนั้นก็ดีถ้าศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่ในส่วนนี้มากเกินไปเท่ากับว่าการกระทำที่เกิดขึ้นจากอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญต้องอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเสียทั้งหมด หรือการจะกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องขอความเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญก่อน ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น เท่ากับว่าการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือในทางบริหาร จะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งในประเด็นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่าการใช้อำนาจรัฐของสถาบันการเมืองมีฐานที่มาจากประชาชนโดยตรง การกระทำในส่วนนี้จึงไม่ควรถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ เพราะในแง่ของที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากประชาชนโดยตรงต่างจากที่มาของฝ่ายบริหาร[680] ดังนั้นการกำหนดให้การกระทำของฝ่ายบริหารประเภทใดอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง

แต่กระนั้นก็ดีการที่จะสรุปว่าการกระทำทางรัฐบาลที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจโดยตรงแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบไม่อาจถูกวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ ย่อมจะส่งผลเสีย

---

[679] กล้า สมุทวณิช, ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับดุลยภาพทางการเมือง พระปกเกล้า, ใน **เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16,** พฤศจิกายน 2557, หน้า 103.

[680] *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 108-110.

ต่อประเทศอย่างร้ายแรง เนื่องจากรัฐบาลมีหน้าที่ดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดินโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติเป็นสำคัญ แม้ว่าองค์กรรัฐสภามีอำนาจในการตรวจสอบก็ตาม แต่อำนาจของรัฐสภาในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้นหากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ถูกตรวจสอบทางศาล โดยให้รัฐสภาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเพียงอย่างเดียวย่อมไม่อาจบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ โดยเฉพาะการกระทำทางรัฐบาลที่ส่งผลต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และกลไกทางรัฐสภาที่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลของฝ่ายบริหารในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ใช่การตรวจสอบที่มีผลถึงการกระทำโดยตรง คงมีผลต่อสถานภาพการดำรงตำแหน่งของตัวบุคคลที่กระทำการเท่านั้น ประเด็นนี้จึงนับเป็นช่องว่างของการตรวจสอบฝ่ายบริหารในทางการเมือง อย่างไรก็ตามถ้าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ทั้งหมด ผลจะกลายเป็นว่าไม่มีการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นกระทำทางรัฐบาลอย่างได เพราะการกระทำทางรัฐบาลศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้ ฉะนั้นเมื่อการกระทำทางรัฐบาลถูกตรวจสอบทางศาลได้ทั้งหมด ย่อมขัดกับแนวคิดและสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาลที่ว่าการกระทำในลักษณะนี้ไม่อาจถูกตรวจสอบทางศาลได้ ด้วยเหตุนี้เมื่อคำนึงผลดีผลเสียต่าง ๆ แล้วเห็นว่าการกระทำทางรัฐบาลที่มีผลผูกพันทางกฎหมายสามารถถูกตรวจสอบได้เฉพาะการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ตามความเห็นของผู้ศึกษาข้างต้นนี้ เมื่อพิจารณาสิทธิของประชาชนในการฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รับรองไว้ การนำคดีเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยช่องทางนี้ถือเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ แม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นจะเสร็จสิ้นลงและมีผลผูกพันตามกฎหมายแล้วก็ตาม เนื่องจากหลักการให้สิทธิแก่ประชาชนดังกล่าวเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

2.3 การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

จากที่ศึกษามาข้างต้นเป็นการกล่าวถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล ในส่วนนี้จึงเป็นการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่อาจมีการตรวจสอบได้ ซึ่งได้แก่ การกระทำดังต่อไปนี้

2.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ

2.3.1.1 การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

ในการทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ซึ่งการแถลงนโยบายนี้ต้องกระทำโดยองค์กรบริหารเท่านั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้การแถลงนโยบายต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติก็ตาม แต่องค์กรบริหารคงไว้ซึ่งดุลพินิจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่จะแถลงต่อรัฐสภา ไม่ใช่กรณีที่องค์กรบริหารถูกผูกพันให้ต้องดำเนินการในทางใดทางหนึ่งอันไม่อาจเลือกตัดสินใจได้ การแถลงนโยบายต่อรัฐสภานี้เป็นอำนาจที่กำหนดไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องกระทำต่อรัฐสภาโดยตรง การกระทำดังกล่าวนี้จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล และไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแถลงนโยบายไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจตรวจสอบการกระทำในส่วนนี้ขององค์กรบริหารได้

2.3.1.2 การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับรวมถึงฉบับพุทธศักราช 2560[681] กำหนดให้การเรียกประชุมรัฐสภา การเปิดและปิดประชุมรัฐสภาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้อยู่ในส่วนที่ว่าด้วยบทที่ใช้แก่สภาทั้งสอง ไม่ได้อยู่ในหมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรีอย่างการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การประกาศสงครามก็ตาม แต่การเรียก การเปิด และปิดประชุมนั้นต้องทำเป็นพระราชกฤษฎีกา[682] ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักการดังกล่าวนี้อยู่ในหมวด 8 ว่าด้วยคณะรัฐมนตรี ดังนั้นการตราพระราชกฤษฎีกาเรียก เปิดและปิดประชุมรัฐสภา จึงเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ขององค์กรบริหารเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ เนื่องจากองค์กรบริหารมีอำนาจตัดสินใจได้ว่าจะเปิดประชุม เรียกประชุมหรือปิดประชุมเมื่อใด การตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เป็นการดำเนินงานในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะการตัดสินใจขององค์กรบริหารย่อมส่งผลต่อการประชุมรัฐสภาซึ่งเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง การกระทำในส่วนนี้จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลทุกศาลรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย

---

[681] มาตรา 122 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

[682] มาตรา 122 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2.3.1.3 การยุบสภาผู้แทนราษฎร

ตามที่ศึกษามาแล้วในภาคที่ 1 ว่าการยุบสภาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี ซึ่งใช้อำนาจทางรัฐบาลไม่ใช่อำนาจทางปกครอง การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลทุกศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ ซึ่งมีคำวินิจฉัยของศาลหลายคดีที่ไม่รับคดีไว้พิจารณา ในที่นี้ขอยกตัวอย่างการยุบสภาผู้แทนราษฎรเมื่อปี พ.ศ. 2549 ประกอบการศึกษา เนื่องจากมีการฟ้องคดียังศาลปกครองตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549 และศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2549

ในปี พ.ศ. 2549 ผู้ฟ้องคดีฟ้องคดีพิพาทต่อศาลปกครองเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและเป็นผู้ชุมนุมเรียกร้องเพื่อตรวจสอบคุณธรรม จริยธรรม และความประพฤติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง อันเนื่องมาจากการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวอ้างเหตุผลในการตราว่าเกิดจากการชุมนุมสาธารณะตั้งข้อเรียกร้องในทางการเมือง เหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขัดต่อข้อเท็จจริงตามสภาพการณ์ทางสังคม บิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากการชุมนุมโดยสงบและเปิดเผยปราศจากอาวุธของประชาชนเป็นสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปและของผู้ฟ้องคดีที่จะสามารถกระทำได้ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน พ.ศ.2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลปกครองมีคำวินิจฉัย ดังนี้ คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่กรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำออกมาในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบ

ด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้

ในส่วนคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลพิจารณาว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาล เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรตุลาการ

ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สอง ซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น แม้เป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการการเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเลือกตั้ง และเนื่องจากการจัดการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชนเข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา ดังนั้นหากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ

ผู้ศึกษาเห็นว่าการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยลักษณะข้อเท็จจริงการยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เป็นเรื่องของสถานการณ์และความได้เปรียบเสียเปรียบในทางการเมือง เนื่องจากเป็นอำนาจของรัฐมนตรีซึ่งใช้ถ่วงดุลหรือตอบโต้ฝ่ายนิติบัญญัติ โดยผลการยุบสภาผู้แทนราษฎรทำให้สภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง และเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ การตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภาอาจเกิดได้หลายสาเหตุ เช่น การขาดเสถียรภาพของรัฐบาล ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร มีความเห็นขัดกันเกี่ยวกับการออกกฎหมาย จึงประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อคืนอำนาจให้แก่ประชาชนเลือกผู้แทนของตนใหม่ เห็นได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ไม่ใช่เรื่องที่จะสามารถทราบได้ล่วงหน้า การตรวจสอบการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีก่อนการยุบสภาจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติ ส่วนการตรวจสอบการยุบสภาผู้แทนราษฎรโดยศาลภายหลังจากการยุบสภามีผลผูกพันทางกฎหมายแล้วนั้น เมื่อมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเกิดขึ้นอล้วย่อมไม่มีสถานภาพของสภาผู้แทนราษฎรหลงเหลืออยู่ที่จะให้ตรวจสอบได้ การตรวจสอบในกรณีนี้จึงไม่อาจนำมาใช้ได้ ดังนั้นสรุปได้ว่าการยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้

2.3.1.4 การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย

การตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมายเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ การอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของศาลนี้ หมายถึง การตรวจสอบอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เป็นดุลพินิจในการพิจารณาเลือกแนวทางตามความเหมาะสมของการบริหารเท่านั้น ดังเช่น ร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าร่างกฎหมายที่เสนอโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีกระบวนการตราชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

หลังจากการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติแล้ว ในกรณีมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาใหม่ หากมีปัญหาว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีหลักการที่เหมือนหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้หรือไม่ ปัญหานี้อยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่ร่างพระราชบัญญัติจะมีผลบังคับใช้ จึงเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่การวินิจฉัยของศาลเป็นการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตรากฎหมาย อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนี้จึงไม่ใช่การตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมาย

2.3.2 การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน

การกระทำของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาล ดังเช่นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ดังนี้[683]

ข้อเท็จจริงแห่งคดีมีว่าผู้ฟ้องคดีเคยรับราชการทหารแล้วถูกปลดออกจากราชการและถอดยศทหารตามคำสั่งกองทัพอากาศ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีต้องหาคดีอาญาถูกฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนและมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษประหารชีวิต ทำให้ไม่มีสิทธิรับเงินบำเหน็จบำนาญ ต่อมาผู้ฟ้องคดีทราบว่ารัฐบาลมีนโยบายคืนเงินบำเหน็จบำนาญให้แก่ข้าราชการที่ต้องโทษให้ได้รับเงินบำเหน็จบำนาญ จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กองทัพอากาศจ่ายเงินบำนาญให้แก่ผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งเห็นพ้องด้วยกับศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากการกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายดังกล่าวมิใช่การใช้อำนาจในทางปกครอง กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

---

[683] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 204/2553

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เป็นการกำหนดนโยบายสาธารณะเพื่อวางแนวทางในการดำเนินการด้านการปกครองและการบริหารประเทศในแต่ละด้านทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง การต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายในด้านใดก็ตามมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยเฉพาะในทางระหว่างประเทศ ซึ่งศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ แต่การนำนโยบายไปปฏิบัติซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินการของข้าราชการฝ่ายปฏิบัติ หากปรากฏข้อเท็จจริงว่านายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมีตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งนี้จึงเป็นอำนาจทางปกครองไม่ใช่อำนาจทางรัฐบาล ดังนั้นถ้าบุคคลดังกล่าวกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำหรือเพิกเฉยการทำหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การดำเนินโครงการรับจำนำข้าวที่ได้ศึกษาไปแล้วในภาคที่ 1 บทที่ 2 การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดอันทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งอาจถูกฟ้องร้องขอให้เพิกถอนการกระทำหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อศาลปกครองได้ โดยเจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการขึ้นไปจนถึงผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยแบ่งส่วนความรับผิดนอกจากนี้อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้อันเป็นการตรวจสอบพฤติกรรมของบุคคลผู้มีตำแหน่งทางการเมือง

2.3.3 การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการส่งทูตไปเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ การลดหรือเพิ่มระดับความสัมพันธ์ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ จากที่ศึกษาแนวคิดทางทฤษฎีและคำวินิจฉัยของศาล ทั้งทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น หลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ มีแนวคิดเช่นเดียวกันที่ไม่ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการดำเนินกิจการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เนื่องจากเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร การที่ศาลจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวในเรื่องดังกล่าวย่อมไม่เหมาะสม ในส่วนการดำเนินการของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของไทยไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาล แต่มีข้อยกเว้นที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้ชัดแจ้ง ในการตรวจสอบว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารจำต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ในส่วนนี้แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ แต่ต้องถือว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกรณีนี้ได้เป็นข้อยกเว้น เพราะตรวจสอบได้แต่ในประเด็นที่ว่าต้องขอหรือไม่ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ส่วนการที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้เป็นหลักทั่วไป เนื่องจากในส่วนเนื้อหาของการ

ตกลงทำหนังสือสัญญาระหว่างประทศอันเป็นผลจากการตัดสินของฝ่ายบริหาร ศาลทุกศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบและรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด

นอกจากนี้การกระทำของฝ่ายบริหารในทางตัดความสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ อย่างการประกาศการสงคราม ไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็ตาม นับแต่คำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 ที่ศาลอ้างว่ารัฐบาลไทยไม่เป็นนิติบุคคลมาเป็นเหตุไม่รับฟ้องคดีเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากการประกาศสงครามของรัฐบาลไทย พบว่าไม่มีคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับการประกาศสงครามของฝ่ายบริหาร แต่เนื่องจากการประกาศสงครามเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่งตามที่ศึกษามาในภาคที่ 1 จึงเห็นควรศึกษาว่าศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำเกี่ยวกับสงครามด้วยหรือไม่

ในการดำเนินการของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการสงครามเป็นการกำหนดนโยบายอย่างหนึ่งของฝ่ายบริหารเช่นกันโดยเป็นเรื่องของกิจการระหว่างประเทศ แต่ที่แยกหัวข้อการศึกษาออกมาเพื่อให้เข้าใจเหตุผลและความจำเป็นที่ศาลไม่อาจเข้าตรวจสอบการกระทำประเภทนี้ได้อย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น ในยามที่ประเทศประสบภัยสงครามจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐบาลต้องตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อความมั่นคงของประเทศ การกระทำประเภทนี้ไม่อาจถูกตรวจสอบก่อนการตัดสินใจกระทำการใด ๆ ได้ เพราะการตัดสินใจเกี่ยวกับการทำหรือไม่ทำสงครามเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างยิ่งและจำเป็นเร่งด่วน การให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายบริหารก่อนมีการดำเนินการย่อมไม่เหมาะสม นอกจากนี้การแสดงท่าทีของประเทศในเรื่องดังกล่าวไม่อาจให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำหลังจากมีการกระทำไปแล้วได้ และหากศาลวินิจฉัยไปคนละทิศทางกับฝ่ายบริหาร ย่อมไม่เป็นผลดีต่อประเทศ เท่ากับการแสดงท่าทีหรือการตัดสินใจของประเทศไม่มีเอกภาพ และทำให้ดูเหมือนว่าศาลเข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของฝ่ายบริหารเสียเอง อย่างไรก็ตามฝ่ายบริหารจะประกาศสงครามได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อน แม้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้การประกาศสงครามเป็นพระราชอำนาจของมหากษัตริย์ แต่บทบัญญัติดังกล่าวอยู่ในหมวดคณะรัฐมนตรีในทำนองเดียวกับการทำหนังสือสัญญาต่างประเทศ เพราะฉะนั้นอำนาจการประกาศสงคราม จึงเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารภายใต้ความเห็นชอบของรัฐสภา เงื่อนไขนี้เป็นเรื่องกระบวนการใช้อำนาจซึ่งหากฝ่ายบริหารได้กระทำการไปโดยไม่ได้มีการดำเนินการให้ถูกต้อง หรือมีการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว แต่คะแนนเสียงของสมาชิกรัฐสภาที่ให้ความเห็นชอบมีไม่ถึงสองในสามเสียงของจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ของรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจในส่วนนี้ได้เพราะไม่ใช่การตรวจสอบดุลพินิจการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร

2.3.4 ความเหมาะสมของการแต่งตั้งรัฐมนตรี

ในหัวข้อ 2.1.1.2 การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ ได้ศึกษามาแล้วว่า การแต่งตั้งรัฐมนตรีเป็นการกระทำของนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีแต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขหรือไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่นายกรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจเสนอบุคคลก็ตามให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี การกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ศาลไม่อาจตรวจสอบการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีได้ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งมีคุณสมบัติหรือมีเงื่อนไขเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะคุณสมบัติที่ถูกตรวจสอบนั้นไม่ใช่การกระทำของนายกรัฐมนตรีจึงไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ในส่วนของการถอดถอนรัฐมนตรีเป็นการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้พิจารณาตามความเหมาะสมของการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ว่ารัฐมนตรีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยไม่มีความผิด หรือไม่ใช่บุคคลที่ต้องห้ามดำรงตำแหน่งก็ตาม การตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในส่วนนี้ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้

บทสรุปวิเคราะห์ ภาค 2

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยการเมือง สรุปได้ว่า รัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นองค์กรหลักในการตรวจสอบการทำงานขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อันเป็นการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันตามกลไกของระบบรัฐสภาในระบอบประชาธิปไตย และเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางการเมือง โดยมีกลไกต่าง ๆ สำหรับเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบ เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเกิดจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร จึงย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกอย่างรัฐสภา กล่าวอีกนัยหนึ่งฝ่ายบริหารมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองในการกระทำทางรัฐบาลต่อรัฐสภาเช่นเดียวกับการกระทำอื่น ๆ ขององค์กร ซึ่งเป็นการตรวจสอบฝ่ายบริหารทางการเมืองด้วยวิถีทางการเมือง

การตรวจสอบโดยรัฐสภามีกลไกที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ด้วยการให้ฝ่ายบริหารขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนดำเนินการด้านการบริหาร เช่น การทำสงคราม การทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ และมีกลไกอีกหลายประการ เช่น การตั้งกระทู้ถาม การตั้งคณะกรรมาธิการ การลงมติไม่ไว้วางใจ แต่ปัญหาที่น่าพิจารณามีว่าการตรวจสอบโดยรัฐสภาไม่ใช่หลักประกันว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการรักษาผลประโยชน์ประเทศ จะสามารถทำได้ทันท่วงทีและมีประสิทธิภาพ ดังตัวอย่างของการใช้กลไกทางรัฐสภาในการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำเป็นต้องมีคะแนนเสียงที่ลงมติไม่ไว้วางใจมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งในทางปฏิบัติความเป็นไปได้ที่รัฐบาลจะถูกลงมติไม่วางใจมีน้อย เนื่องจากเสียงส่วนใหญ่ย่อมเป็นเสียงของฝ่ายที่จัดตั้งรัฐบาล

การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลด้วยการให้อำนาจแก่รัฐสภามีส่วนร่วมในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล มีลักษณะเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลอย่างแท้จริง ส่วนกลไกการมตรวจสอบทางรัฐสภาอื่น ๆ ทั้งการตั้งกระทู้ถาม กลไกทางคณะกรรมาธิการ การอภิปราย การลงมติไม่ไว้วางใจ มีลักษณะเป็นการตรวจสอบตัวบุคคลซึ่งเป็นผู้กระทำการทางรัฐบาลมากกว่าการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เพราะการตรวจสอบโดยใช้กลไกดังกล่าวส่งผลให้ตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารหลุดพ้นจากตำแหน่งไป

นอกจากนี้ประชาชนมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าหลักการของประชาธิปไตยผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นผู้ใช้อำนาจแทนประชาชนแล้วก็ตาม แต่การที่ผู้แทนได้รับมอบอำนาจจากประชาชนไม่ใช่การตัดสิทธิหรืออำนาจของประชาชน

แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามประชาชนยังคงมีสิทธิในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐผ่านทางวิธีการต่าง ๆ ตามที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้

ในส่วนของการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ ศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบต้องไม่ใช่ศาลยุติธรรม ในประเด็นที่ว่าศาลใดควรเป็นศาลที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้น เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลมีจุดยึดโยงกับรัฐธรรมนูญ โดยองค์กรในการกระทำทางรัฐบาลต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิม เหตุผลดังกล่าวเป็นการแยกฐานแห่งอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติออกจากกันอย่างชัดเจน การตรวจสอบกระทำทางรัฐบาลซึ่งอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงควรเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจประการหนึ่งของศาลรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ สำหรับในระบบกฎหมายที่ไม่มีศาลพิเศษอย่างศาลรัฐธรรมนูญ อำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมอยู่ที่ศาลสูงสุดของประเทศนั้น ๆ

ในการพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น ถ้ารัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลไว้ การกระทำทางรัฐบาลนั้น ๆ ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจปฏิเสธการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลนั้นได้ เมื่อปรากฏว่ารัฐบาลได้กระทำการอันเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ฝ่าฝืนหรือต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือใช้อำนาจเกินกว่าขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับได้

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลบางประเภทนั้น แสดงถึงการยอมรับว่าอำนาจของศาลเป็นสิ่งจำเป็นในการ ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน โดยเฉพาะการให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่ากับเปิดโอกาสให้องค์กรตุลาการได้คุ้มครองประโยชน์ของชาติ ดังนั้นไม่ใช่ว่าการกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทจะอยู่นอกเหนืออำนาจของศาล แต่ทั้งนี้ข้อที่ต้องคำนึงถึง คือ การให้อำนาจศาลตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้อาจส่งผลเสียต่อการบริหารราชการแผ่นดิน จึงจำเป็นอย่างยิ่งในการชั่งน้ำหนักระหว่างการรักษาความเป็นอิสระของฝ่ายบริหารกับการให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล ฉะนั้นแล้วการใช้อำนาจของศาลควรจำกัดเฉพาะการตรวจสอบขั้นตอนหรือรูปแบบในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารว่าเป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลไม่อาจใช้อำนาจถึงขั้นตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ เพราะการบริหารราชการแผ่นดินเป็นอำนาจการตัดสินใจดำเนินการทางการบริหารตามความเหมาะสมและตามนโยบายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ได้แถลงต่อรัฐสภา เนื่องจากถ้าให้ศาลตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรของรัฐ

ฝ่ายบริหารได้แล้วจะทำให้รัฐบาลไม่มีอำนาจและอิสระในการตัดสินใจทางบริหาร และส่งผลให้ศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเข้ามามีบทบาทในการบริหารราชการแผ่นดินแทนที่หรือควบคู่กับฝ่ายบริหารอันเป็นการใช้อำนาจที่ผิดวัตถุประสงค์ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้นการกำหนดบทบาทของศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลอย่างเหมาะสม ย่อมเป็นการส่งเสริมให้เกิดดุลยภาพในการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติกับการดำรงอยู่ของหลักการแบ่งแยกอันเป็นหัวใจของระบบการปกครองไทย

นอกจากนี้ในส่วนอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ มีประเด็นที่น่าสนใจ ดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะสามารถอาศัยช่องทางตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (2) ซึ่งให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ เพื่อเป็นฐานในการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ และถ้าศาลมีอำนาจในการวินิจฉัยจะมีขอบเขตอำนาจเพียงใด

ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยกรณีมีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ซึ่งเป็นหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ได้กลับไปใช้หลักการเดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 บัญญัติว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542 ที่อธิบายถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 266 ไว้ ดังนี้ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 แยกได้เป็นสองกรณี ประการแรก องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่ง มีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ เพียงใด หรือประการที่สอง องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปมีปัญหาโต้แย้งกัน

ว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำหรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่ง

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าบทบัญญัติมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 210 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ไม่ได้แตกต่างกัน จึงสามารถนำคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้มาอธิบายอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญภายใต้มาตรา 210 (2) ได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาได้สองประการว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ หรือคณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำองค์กรอื่นหรือไม่ โดยการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เป็นการชี้ขาดว่าการที่คณะรัฐมนตรีกระทำการต่าง ๆ มีอำนาจกระทำการตามกฎหมายหรือไม่ และการใช้อำนาจนั้นไปก้าวล่วงอำนาจขององค์กรอื่นหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจไปชี้ขาดในเนื้อหาของการกระทำของคณะรัฐมนตรีได้ ฉะนั้นหากมีข้อขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาหรือกับองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาล ไม่ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะชี้ขาดว่าเป็นหรือไม่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลไม่สามารถวินิจฉัยไปถึงความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของการกระทำ อันเป็นผลการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยอาศัยบทบัญญัติมาตรานี้ได้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้เพียงการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ดังนั้นอำนาจวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้จึงไม่ใช่การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในประเด็นการริเริ่มให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาล ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภาสามารถร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลโดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 210 ในประเด็นปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ โดยดำเนินการผ่านทางประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาซึ่งหลักการดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมและเป็นไปในทิศทางเดียวกับข้อเสนอแนะของผู้ศึกษา

นอกจากนี้การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดว่ากรณีมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่ารัฐธรรมนูญควรกำหนดให้อำนาจแก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากจะทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารโดยการให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสียก่อนว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องนั้น ๆ ฝ่ายบริหารดำเนินการได้โดยลำพังหรือต้องผ่านกระบวนการทางรัฐสภาอีกขั้นตอนหนึ่ง

ในส่วนของประชาชนมีสิทธิร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลได้โดยอาศัยมาตรา 5 ประกอบ มาตรา 213 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กรณีฝ่ายบริหารมีกระทำทางรัฐบาลอันส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน บุคคลดังกล่าวย่อมสามารถนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรงได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ แต่จำกัดเฉพาะการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลใด ๆ ปัญหาสำคัญอยู่ที่บทบัญญัติมาตรานี้ เพียงแต่บัญญัติไว้ทั่ว ๆ ไปว่ากรณีบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ว่าเป็นการกระทำของใครและเป็นการกระทำประเภทใด

ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. กำหนดแต่เพียงว่าการใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ ต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ หมวด 10 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือผู้ตรวจการแผ่นดินและต้องไม่เป็นการกระทำบางประเภทตามที่กำหนดไว้[684] ซึ่งกระทำทางรัฐบาลไม่ได้อยู่ในข้อยกเว้นที่ห้ามนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาหลักการของมาตรา 5 มาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบมาตรา 47 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) สรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลอยู่ในความหมายของการกระทำตามมาตรา 5 และ 213 หากการกระทำทางรัฐบาลละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนย่อมนำการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้ และมาตรา 213 กำหนดให้การฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญของประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ให้เป็นตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

จากหลักการดังกล่าวนี้ ผู้ศึกษามีข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ เมื่อมีการกระทำทางรัฐบาลเกิดขึ้น ศาลทุกศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ แต่สำหรับศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลได้

---

[684] มาตรา 47 วรรคสอง การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องไม่เป็นการกระทำ ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 10 และหมวด 11

(2) การกระทำที่กฎหมายกำหนดให้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หมวด 10

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยข้าราชการฝ่ายตุลาการ รวมถึงการเดินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(4) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192

(5) การกระทำของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 49

หากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ หากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีการกระทำทางรัฐบาล เช่น การกระทำในทางนโยบาย และประชาชนซึ่งอ้างว่าถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการกำหนดนโยบายของรัฐบาลนำการกระทำดังกล่าวมาฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว เท่ากับศาลรัฐธรรมนูญสามารถอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวในการวินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไร

ประเด็นที่ต้องเคราะห์ คือ การวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพโดยศาลรัฐธรรมนูญ ถือเป็นการวินิจฉัยเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลซึ่งขัดต่อแนวคิดของการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ เนื่องจากการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้ ล้วนแต่เป็นการตรวจสอบเฉพาะปัญหาขอบอำนาจ ขั้นตอนกระบวนการในการกระทำ ไม่ได้มีอำนาจไปวินิจฉัยในเนื้อหาการตัดสินใจแต่ประการใด ผู้ศึกษาเห็นว่ากรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีการกระทำทางรัฐบาลอย่างใด ๆ เช่น การกำหนดนโยบายเพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจ หากประชาชนนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเห็นว่าตนเองถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการดำเนินการขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประเด็นแห่งคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยมีว่าการกระทำนั้นขัดหรือไม่ขัดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการกระทำขัดต่อสิทธิเสรีภาพ การกระทำทางรัฐบาลนั้นย่อมไม่มีผลบังคับ

ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเพียงเท่านี้มีอำนาจทำได้ เพราะเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบว่าการกระทำทางรัฐบาลที่นำมาฟ้องศาลต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ได้มีลักษณะเป็นการตรวจสอบอำนาจการตัดสินใจทางนโยบายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารว่าเหมาะสม ไม่เหมาะสม มีผลดีผลเสียอย่างไร จึงไม่ใช่การตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการเลือกใช้นโยบาย เลือกกระทำหรือไม่กระทำการใด ๆ เพราะฉะนั้นหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพตามแนวทางที่กล่าวมานี้ ย่อมไม่ขัดต่อแนวคิดการกระทำทางรัฐบาล อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่ควรคำนึงถึง คือ หากไม่กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขของการยื่นฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญของประชาชนไว้อย่างชัดแจ้ง ประชาชนอาจนำการกระทำทางรัฐบาลมาฟ้องศาลรัฐธรรมนูญอย่างไร้ขอบเขตและอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้มีปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องศึกษา คือ ถ้ามีการกระทำทางรัฐบาลในกรณีอื่น ๆ ที่ไม่ได้ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประชาชนจะสามารถร้องขอต่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ประชาชนนำการกระทำทางรัฐบาลโดยทั่วไปไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้ และการกระทำทางรัฐบาลบางประเภท มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดวิธีการตรวจสอบไว้แล้ว เช่น การตรวจสอบร่างกฎหมาย ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติโดยประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธาน

วุฒิสภา เป็นผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย จึงถือว่าเพียงพอต่อการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าในกรณีมีการกระทำทางรัฐบาลโดยทั่วไปของฝ่ายบริหาร ประชาชนไม่ควรมีสิทธิในริเริ่มขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

จากหลักการที่ว่าในบริบทของศาลไทยทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ปัญหาที่ควรศึกษามีว่าศาลปกครองสามารถใช้ช่องทางของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 เพื่อตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ตามหลักการของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง โดยในวรรคสามวางข้อจำกัดว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจรวมไปถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรนั้นได้ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ในที่นี้แม้ว่านอกเหนือจากข้อจำกัดดังกล่าวนี้ ศาลเข้ามาพิจารณาคดีเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ท้ายที่สุดแล้วศาลปกครองก็ไม่สามารถพิจารณาคดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลได้ เพราะการใช้อำนาจของศาลปกครองต้องเป็นไปเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งในเรื่องของมีคำสั่งของฝ่ายปกครอง การเพิกถอนคำสั่ง การปฏิบัติการทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดก็ตาม ซึ่งต้องมีฐานที่มาจากการใช้อำนาจทางปกครองเป็นสำคัญ เมื่อการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้เกิดจากอำนาจทางปกครอง การกระทำทางรัฐบาลจึงอยู่นอกอำนาจศาลปกครองอย่างสิ้นเชิง

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญควรมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดในกรณีที่มีข้อสงสัยหรือโต้เถียงกันว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีลักษณะเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ผลการชี้ขาดมีความสำคัญการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากจะทำให้การตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามกลไกการตรวจสอบที่ถูกต้อง

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลและการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล จากการศึกษาหลักการต่าง ๆ อันเป็นพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย แนวคิดในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรของรัฐ โดยเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ผลที่ได้จากการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลของไทย ฝรั่งเศส ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น หลักการกระทำของรัฐในอังกฤษ และแนวคิดของเยอรมนีเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทั้งการตรวจสอบโดยทางรัฐสภา และปัญหาการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ตลอดจนการศึกษาวิเคราะห์ปัญหาของการกระทำทางรัฐบาล และกลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของไทย นำมาสู่บทสรุปและข้อเสนอแนะของการศึกษาได้ ดังนี้

1. บทสรุป

ตามหลักการของการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นหลักพื้นฐานสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย การใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยมีรัฐบาลเป็นผู้ใช้อำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามภารกิจของรัฐ ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีการกระทำได้ทั้งการดำเนินการในทางการเมืองและการปกครอง การดำเนินการทางการเมืองเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ส่วนการดำเนินการในทางปกครอง เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลเป็นอำนาจทางรัฐบาล ผลของการกระทำที่เกิดจากการอาศัยอำนาจเช่นนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยการตัดสินใจของรัฐบาลปรากฏออกมาในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน แตกต่างไปจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางปกครอง การกระทำซึ่งเป็นผลจากอำนาจทางปกครองมีฐานที่มาของอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ โดยฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาการกระทำของเจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติการ การกระทำซึ่งเกิดจากอำนาจทางปกครองนี้เป็นการกระทำทางปกครอง มติคณะรัฐมนตรีที่ออกมาเป็นมติในการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการทางปกครอง

ในการใช้อำนาจรัฐกระทำการทางบริหารต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการเสมอซึ่งก็คือการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่จากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการ

ได้สองลักษณะดังกล่าวข้างต้น นอกจากความแตกต่างในเรื่องอำนาจที่ใช้ในการกระทำแล้ว ยังมีความแตกต่างกันในส่วนของผลของการกระทำด้วย การกระทำอันเป็นผลจากการใช้อำนาจทางปกครองอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นองค์กรตุลาการในระบบศาลเดี่ยวหรือระบบศาลคู่ก็ตาม ดังนั้นองค์กรตุลาการที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนี้อาจเป็นศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีโดยทั่วไป หรือเป็นศาลที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยเฉพาะอย่างศาลปกครอง

ในส่วนของประเทศไทยองค์กรที่มีอำนาจในการวินิจฉัยคดีปกครอง คือ ศาลปกครอง ในขณะที่การใช้อำนาจรัฐกระทำการทางรัฐบาลเป็นเรื่องที่องค์กรตุลาการปฏิเสธการตรวจสอบ อันมีพื้นฐานของแนวคิดที่ว่าในการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีส่วนที่เป็นดุลพินิจในการพิจารณาตัดสินใจเลือกกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล อำนาจการพิจารณาและตัดสินใจทางบริหารนี้ไม่ใช่อำนาจขององค์กรตุลาการ ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ ซึ่งองค์กรตุลาการในที่นี้ หมายถึง ศาลยุติธรรม และศาลปกครอง แต่การกระทำทางรัฐบาลยังคงถูกตรวจสอบโดยกลไกของรัฐสภาและการตรวจสอบโดยประชาชน

เหตุผลที่การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองไม่อาจมีวิธีการตรวจสอบที่เหมือนกัน เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล ซึ่งการเข้าสู่ตำแหน่งมาจากประชาชนเลือกผู้แทนของตนเข้าทำหน้าที่บริหารประเทศผ่านกระบวนการเลือกตั้ง การกำหนดนโยบายการบริหารราชการต่าง ๆ เป็นไปตามที่รัฐบาลได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา การใช้อำนาจกระทำการทางรัฐบาลจึงอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบทางการเมือง การกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวนี้จึงตรวจสอบโดยกระบวนการทางรัฐสภา อีกทั้งรัฐบาลมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนเนื่องจากประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยสามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ตามกลไกในระบอบประชาธิปไตย โดยอำนาจของประชาชนดังกล่าวนี้ต้องใช้ผ่านสมาชิกรัฐสภาซึ่งสอดส่องการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหารแทนประชาชน และการมอบอำนาจตรวจสอบแก่รัฐสภาช่วยเสริมสร้างให้การใช้อำนาจอธิปไตยเกิดดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

จากการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ญี่ปุ่น และไทย ได้ข้อสรุปว่า ทฤษฎีการกระทำทางการเมืองในสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และหลักการกระทำของรัฐในฝรั่งเศส ไม่ใช่ทฤษฎีเดียวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่เกิดขึ้นในฝรั่งเศส และการกระทำทางรัฐบาลตามระบบกฎหมายไทย แต่ทฤษฎีและหลักการดังกล่าวนี้มีแนวคิดสำคัญที่คล้ายคลึงกัน คือ องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการดำเนินงานอันเป็นอำนาจหน้าที่การของฝ่ายบริหาร เนื่องจากเป็นเรื่องไม่เหมาะสมที่จะให้องค์กรตุลาการเข้าไปวินิจฉัยอำนาจดุลพินิจ

ในการตัดสินใจทางบริหาร แต่ในเยอรมนีมีแนวคิดที่ต่างออกไป โดยองค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจทุกประเภทขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

ในการอธิบายและให้ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล พัฒนาการของแนวคิดและทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสเกิดจากการวางแนวคำวินิจฉัยของศาล จากกฎหมาย และความเห็นทางทฤษฎี โดยกฎหมายที่มีอยู่ไม่ได้กล่าวถึงการกระทำดังกล่าวไว้โดยตรง และการอธิบายทางทฤษฎีจากการให้ความเห็นทางวิชาการมีหลากหลายแนวทาง ส่งผลให้ศาลมีบทบาทสำคัญที่สุดในการพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล และการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยการวางหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยขอบเขตและลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลในคดีแต่ละเรื่องซึ่งไม่อาจหาข้อยุติได้ ทำให้มีปัญหาด้านความคลุมเครือและไม่ชัดเจนของขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนของพัฒนาการของแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลของไทย ก่อนมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ศาลฎีกาได้ปฏิเสธการรับพิจารณาคดีที่รัฐบาลไทยประกาศสงคราม ซึ่งเป็นเหตุให้บ้านเรือนของโจทก์เสียหาย ในคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 โดยศาลให้เหตุผลว่ารัฐบาลไม่เป็นนิติบุคคลทำให้โจทก์ไม่สามารถฟ้องคดีได้ หากพิจารณาลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล เห็นได้อย่างชัดเจนว่าการประกาศสงครามของรัฐบาลเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่งเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศและเป็นการกระทำในทางตัดความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าเหตุผลที่แท้จริงในการที่ศาลฎีกาไม่รับพิจารณาคดีนี้เกิดจากการยอมรับว่าการกระทำของรัฐบาลในกรณีดังกล่าวเป็นอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่องค์กรตุลาการไม่ควรเข้าไปตรวจสอบ ซึ่งมีฐานคิดเช่นเดียวกับการกระทำทางรัฐบาลเพียงแต่ในเวลานั้นแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลยังไม่ได้มีการพัฒนาขึ้นในประเทศไทย

ภายหลังจากมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และการมีจัดตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ ศาลได้มีแนวคำวินิจฉัยไม่รับพิจารณาคดีซึ่งเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในทำนองเดียวกัน โดยศาลทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญเห็นสอดคล้องกันว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ ทั้งในเรื่องของการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มีเพียงคดีคำแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชาเท่านั้นที่ศาลปกครองรับคดีไว้พิจารณา ซึ่งความจริงแล้วตามข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาลขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ต้องอยู่นอกเหนืออำนาจวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง และการกระทำทางนโยบายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารศาลก็ไม่รับคดีไว้พิจารณาเช่นกัน

ในส่วนพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลทางกฎหมายนั้น กระทำทางปกครองของไทยได้บัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แตกต่างจากการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่มีการให้นิยามไว้ มีแต่การกำหนดเกณฑ์พิจารณาทางทฤษฎี ซึ่งเมื่อไม่มีนิยามและขอบเขตที่ชัดเจนของการกระทำทางรัฐบาล ทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดขอบเขตการตรวจสอบของศาลปกครองตามที่ได้เคยเป็นปัญหาในคดีดังที่ได้ศึกษามาแล้ว ปัญหาสำคัญจึงอยู่ที่การพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในกรณีใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล อีกทั้งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครอง อันจะทำให้สามารถแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองได้ไว้อย่างชัดเจน การขาดความชัดเจนในเรื่องของคำจำกัดความและเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลส่งผลโดยตรงต่อการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร เนื่องจากกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ แต่ถ้าไม่ใช่การกระทำทางปกครองแล้วศาลปกครองเข้าไปใช้อำนาจ ตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเป็นการที่องค์กรตุลาการเข้าไปก้าวล่วงการใช้อำนาจการตัดสินใจทางบริหาร ดังนั้นเพื่อให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเข้าสู่การตรวจสอบการใช้อำนาจตามกลไกที่วางไว้ได้อย่างถูกต้อง จำเป็นต้องมีข้อสรุปในเรื่องของเกณฑ์การพิจารณาและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล เพื่อให้เกิดความเข้าใจและความชัดเจนในเรื่องความแตกต่างของการกระทำของฝ่ายบริหารแต่ละประเภท โดยเฉพาะต้องกำหนดหลักการพิจารณาให้ชัดเจนว่าการกระทำของฝ่ายบริหารในลักษณะใดเป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล

ผลการศึกษาเรื่องเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาล สรุปได้ว่ามีข้อพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางบริหารว่าเป็นการกระทำทางการเมือง หรือการกระทำอันเป็นงานประจำ ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจว่าเป็นอำนาจดุลพินิจ หรืออำนาจผูกพัน ข้อพิจารณาดังกล่าวนี้ล้วนแต่มีข้อบกพร่อง เนื่องจากเกณฑ์ในเรื่องลักษณะการกระทำไม่มีความแน่นอนในการนำมาใช้ และการวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำในลักษณะใดขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของสภาพสังคม และสถานการณ์ในช่วงเวลาที่มีการกระทำนั้น สำหรับเกณฑ์พิจารณาว่าการกระทำทางบริหารเป็นการใช้อำนาจลักษณะใดระหว่างอำนาจดุลพินิจกับอำนาจผูกพัน การแยกแยะประเภทของอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้กระทำการทำได้ยาก เนื่องจากการกระทำทางบริหารในแต่ละเรื่องย่อมประกอบด้วยอำนาจสองประการดังกล่าวอยู่เสมอ ดังนั้นมีเพียงข้อพิจารณาในการแบ่งแยกและกำหนดการกระทำทางรัฐบาลโดยพิจารณาจากแหล่งที่มาของอำนาจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้กระทำการเท่านั้นที่มีความมั่นคงแน่นอนและนำมาใช้ได้ โดยไม่ได้ขึ้นอยู่ปัจจัยอื่นใด ด้วยเหตุที่อำนาจตามรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่นถูกกำหนดไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับซึ่งแยกจากกันอย่างชัดเจน ดังนั้นเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจึงควรใช้เกณฑ์เรื่องแหล่งที่มาของอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในส่วนลักษณะของการกระทำทางบริหารที่ศาลจำกัดอำนาจตรวจสอบนั้น เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายนิติบัญญัติ และการใช้อำนาจในเรื่อง

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งอาจเป็นการเจริญสัมพันธไมตรี การลดระดับหรือตัดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ขณะที่ในอังกฤษถือว่าการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้ และในส่วนของไทยนอกจากการกระทำสองประเภทนี้แล้วยังรวมถึงงานทางนโยบายของฝ่ายบริหารอีกด้วย

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่ผู้ศึกษาเห็นว่าการที่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเท่ากับเป็นแนวคิดที่ขัดกับหลักนิติรัฐ โดยกรอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมการกระทำของรัฐทุกประเภทรวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารจำต้องมีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ปัญหาสำคัญของการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล คือ การต่อสู้ทางแนวคิดระหว่างการคงไว้ซึ่งดุลพินิจการตัดสินใจในการดำเนินงานของรัฐบาล โดยให้การกระทำทางรัฐบาลอยู่นอกอำนาจตรวจสอบขององค์กรตุลาการกับอีกแนวคิดหนึ่งที่ต้องการรักษาหลักนิติรัฐโดยให้องค์กรตุลาการเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกประเภทรวมถึงการกระทำทางรัฐบาลด้วยโดยไม่มีข้อยกเว้น

จากแนวคิดสองประการดังกล่าวนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าการทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของการใช้อำนาจบริหาร ซึ่งแม้ว่ามีกลไกการตรวจสอบภายในฝ่ายบริหารด้วยกันเองและมีรัฐสภา เป็นองค์กรในการถ่วงดุลอำนาจกับฝ่ายบริหารได้ก็ตาม แต่การทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากองค์กรอื่น เนื่องจากมีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่นทั้งปวง และโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายในการรับรองสิทธิเสรีภาพประชาชน เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางรัฐบาลสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้และป้องกันไม่ให้มีการกระทำอันละเมิดต่อกฎเกณฑ์ของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ จำเป็นต้องมีองค์กรซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจในการกระทำทางรัฐบาลให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ องค์กรตุลาการจึงควรเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลให้อยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญได้

สำหรับประเทศไทยองค์กรตุลาการที่มีความเหมาะสมที่สุด ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ให้มีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลมากจนเกินไปอันจะส่งผลกระทบต่ออำนาจตัดสินใจทางบริหารของฝ่ายบริหาร ฉะนั้นในการตรวจสอบจึงมีข้อจำกัดที่ตรวจสอบได้เฉพาะขอบอำนาจที่กระทำการ เงื่อนไขของขั้นตอน กระบวนการการใช้อำนาจเท่านั้น ไม่อาจตรวจสอบไปถึงการใช้ดุลพินิจที่เป็นอิสระอันเป็นอำนาจวินิจฉัยการกระทำในแต่ละเรื่องได้ เนื่องจากจะทำให้องค์กรตุลาการอันเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน

แทนรัฐบาล และดุลยภาพระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐย่อมเสียไป ดังนั้นกล่าวได้ว่าหัวใจสำคัญที่เป็นฐานความคิดของการกระทำทางรัฐบาลก็คือการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพของความเหมาะสมในการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย จึงจำเป็นต้องรักษาอำนาจบริหารให้เป็นขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง

ในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญ จำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องไม่ให้การทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญกระทบต่อการใช้อำนาจทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร เนื่องจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจำต้องมีอิสระในการตัดสินใจและสามารถดำเนินการทางบริหารได้อย่างต่อเนื่องเท่าที่การใช้อำนาจนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเข้าไปวินิจฉัยในตัวเนื้อหาที่เป็นผลจากการตัดสินใจซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารได้

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลบางประการไว้โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลโดยไม่อาจปฏิเสธได้ อย่างไรก็ดีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอย่างจำกัดโดยตรวจสอบได้เฉพาะการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามขอบเขตที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพราะฉะนั้นฝ่ายบริหารยังคงไว้ซึ่งอำนาจตัดสินใจทางนโยบายซึ่งเป็นอำนาจบริหารได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ในกรณีการกระทำทางรัฐบาลอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบไว้โดยเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลได้โดยวินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองไว้หรือไม่ประการใด ซึ่งการยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามวิธีการนี้ต้องเป็นการยื่นโดยประชาชนซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพเท่านั้น เพราะฉะนั้นการกระทำทางรัฐบาลทั่วไปที่ไม่มีประเด็นการละเมิดดังกล่าวประชาชนไม่อาจนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยได้นอกจากนี้ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีได้ หลักการนี้ไม่ใช่กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญให้อำนาจในการตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีอันจะเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในเชิงเนื้อหา แต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ และหากเป็นอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรี การใช้อำนาจนั้นได้ไปกระทบหรือล่วงล้ำอำนาจองค์กรอื่นหรือไม่

จากการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ สามารถสรุปการกระทำทางรัฐบาลของไทยที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบและการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ ดังนี้

1) การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบ

การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลรัฐธรรมนูญมีได้ทั้งการตรวจสอบก่อนและหลังการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมาย

(1) การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบโดยต้องตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย ได้แก่ การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติไม่ให้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือการตรวจสอบกระบวนการตราพระราชบัญญัติให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบไม่ให้ร่างพระราชบัญญัติที่มีการเสนอให้พิจารณาครั้งหลังมีหลักการที่เหมือนกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้ การตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่ายของคณะรัฐมนตรี การตรวจตรวจสอบโดยการวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารทำขึ้นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่

การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นนี้ เป็นอำนาจที่รับมอบจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรงในการตรวจสอบการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ และการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการทำหนังสือสัญญา การตรวจสอบดังกล่าวนี้เป็นการตรวจสอบขั้นตอน กระบวนการ หรือขอบอำนาจที่กระทำการว่าต้องห้ามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจเกินไปกว่ารัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเป็นช่องทางที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารก่อนหน้าที่ร่างพระราชบัญญัติหรือหนังสือสัญญาระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับทั้งสิ้น จึงเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

(2) การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลหลังการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมาย ได้แก่ การตรวจสอบการตราพระราชกำหนดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

เนื่องจากพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับทันทีเมื่อมีการตราพระราชกำหนด การตรวจสอบการตราพระราชกำหนดในกรณีนี้เกิดขึ้นในระหว่างที่พระราชกำหนดมีผลบังคับใช้แล้ว เพียงแต่อยู่ในช่วงก่อนที่รัฐสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดซึ่งถ้าได้รับอนุมัติจะทำให้มีผลบังคับใช้เป็นพระราชบัญญัติต่อไป ดังนั้นการตรวจสอบว่าในการตราพระราชกำหนดของฝ่ายบริหารมีเงื่อนไขเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ คือ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ จึงเป็นการตรวจสอบหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

ในส่วนของการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น หลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บุคคลมีสิทธินำคดีที่เกิดจากการกระทำอันละเมิดสิทธิเสรีภาพไปฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ทั้งสิ้น ถ้าไม่ใช่การกระทำที่ถูกห้ามไว้

โดยร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในส่วนนี้จึงไม่ได้มุ่งหมายให้นำมาใช้กับการกระทำทางรัฐบาลเท่านั้น แต่การกระทำทางรัฐบาลเป็นประเภทหนึ่งของการกระทำตามความหมายของรัฐธรรมนูญที่ให้ประชาชนนำไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้

2) การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ ได้แก่ การแถลงนโยบายต่อรัฐสภาขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา ได้แก่ การเรียกประชุมรัฐสภา การเปิดและปิดประชุมรัฐสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ความเหมาะสมของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีและการถอดถอนออกจากตำแหน่ง การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในการยุบสภาผู้แทนราษฎรของฝ่ายบริหารโดยนายกรัฐมนตรีนั้น นอกจากเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากเป็นการกระทำของนายกรัฐมนตรีในการถ่วงดุลกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่อาจจะทราบได้ว่าจะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเกิดขึ้นเมื่อใด อีกทั้งการตรวจสอบหลังการยุบสภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถทำได้เช่นกัน เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรย่อมสิ้นสุดลงทำให้ไม่มีวัตถุแห่งการตรวจสอบเหลืออยู่

ส่วนการตัดสินใจของฝ่ายบริหารการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา การเรียก การเปิดและปิดประชุมรัฐสภาการยุบสภาผู้แทนราษฎร การเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ความเหมาะสมของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรี การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบได้นั้น เนื่องจากเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะการกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นดุลพินิจในการตัดสินใจซึ่งอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจมีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ได้

2. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาการพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเกี่ยวกับอำนาจทางรัฐบาลที่ก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลดังที่กล่าวมาแล้วในการศึกษานี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในความหมาย ลักษณะและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะส่งผลโดยตรงต่อกลไกการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมุ่งหมายให้การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลดำเนินไปตามกลไกที่ถูกต้อง

เหมาะสมและเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักนิติรัฐ และสอดคล้องกับหลักนิติธรรม ควบคู่ไปกับการใช้อำนาจบริหารได้อย่างราบรื่นอันเป็นการคงไว้ซึ่งอำนาจบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยจะกล่าวถึงข้อเสนอแนะเฉพาะการกระทำทางรัฐบาลในส่วนของไทยเท่านั้น ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาล

ตามที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในบทสรุปข้างต้นว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองไทยแตกต่างกันเรื่องอำนาจการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร สาเหตุของปัญหาเกิดจากประเด็นการวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร เป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางปกครอง เนื่องจากคดีที่ศาลพิจารณาว่าอยู่ในเขตอำนาจศาลเกิดจากศาลวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้นศาลปกครองมีอำนาจตัดสินการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเฉพาะที่เป็นอำนาจทางปกครอง ศาลจึงไม่อาจก้าวล่วงไปวินิจฉัยการกระทำอันเป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล การค้นหาหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณาการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อรูปแบบการตรวจสอบการใช้อำนาจ โดยเฉพาะการจะกำหนดนิยามสำหรับการกระทำทางรัฐบาลได้นั้นจำเป็นต้องได้ข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่ชัดเจนก่อนว่าจะใช้อะไรเป็นเกณฑ์พิจารณาแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง เมื่อได้ความชัดเจนของสิ่งที่ใช้เป็นเกณฑ์แล้ว ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอนิยามของการกระทำทางรัฐบาลต่อไป ในส่วนนี้จึงแบ่งเป็นการเสนอแนะเกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลและการเสนอแนะเกี่ยวกับนิยามของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะทำให้ลักษณะและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลของไทยมีความชัดเจนมากขึ้น

2.1.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล

จากปัญหาความไม่ชัดเจนของเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลของไทย ส่งผลต่อปัญหาในทางปฏิบัติ โดยการที่ศาลวินิจฉัยลักษณะการกระทำของฝ่ายบริหารอาจแตกต่างกันไปในแต่ละคดี ซึ่งไม่อาจหาข้อสรุปที่แน่ชัดได้ อันส่งผลกระทบต่อกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้นเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้นอีก จึงควรมีการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลที่สามารถนำมาวินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ เมื่อได้ความชัดเจนแล้วว่าการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลมีเกณฑ์ในรูปแบบใด จะเป็นประโยชน์ต่อการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันอันจะส่งผลต่อการพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยให้มี

ความชัดเจนและถูกต้องตามหลักทฤษฎี และจะส่งผลการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลจะเป็นไปตามกลไกที่ถูกต้องเหมาะสมต่อไป

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นผู้ศึกษาขอเสนอเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาล ดังนี้

ประการแรก การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

เกณฑ์ที่ใช้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลข้อแรก จำเป็นต้องเริ่มต้นพิจารณาเสียก่อนว่าองค์กรที่ก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลเป็นองค์กรใด เนื่องจากหากไม่มีองค์กรที่กระทำการแล้วการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแน่นอน โดยที่การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหาร องค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ก็คือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรที่มีการกระทำทางรัฐบาลได้จึงต้องเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้นองค์กรนิติบัญญัติ หรือองค์กรตุลาการ หรือองค์กรของรัฐอื่นใด ไม่อาจมีการกระทำดังกล่าวนี้ได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากโดยสภาพและลักษณะอำนาจหน้าที่ขององค์กรไม่สามารถใช้อำนาจทางบริหารได้ จากที่กล่าวมานี้ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล หากองค์กรที่กระทำการไม่เป็นไปเกณฑ์ขององค์กรตามที่กล่าวมานี้จึงไม่จำเป็น ต้องไปพิจารณาเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาลในข้ออื่นอีกแต่อย่างใด เพราะถึงอย่างไรแล้วก็ไม่อาจมีการกระทำทางรัฐบาลเกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด

ประการที่สอง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

จากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจทางบริหารกระทำการได้สองลักษณะดังกล่าวมาข้างต้น การใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น แต่ในขณะเดียวกันหากเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ถือเป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาลซึ่งผลของการกระทำเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น การริเริ่มเสนอร่างกฎหมาย การตราพระราชกำหนด การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การประกาศสงคราม การดำเนินการทางการทูต การกำหนดนโยบายการบริหารราชการ การแต่งตั้งถอดถอนรัฐมนตรี อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตสำคัญเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแม้ต้องทำเป็นพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร แต่เป็นการกระทำตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ จึงเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน ดังนั้นการกระทำดังกล่าวนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล

การที่ผู้ศึกษาเสนอให้วินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายไทยมีการแบ่งแยกกฎหมายรัฐธรรมนูญกับพระราชบัญญัติออกจากกันอย่างเด็ดขาด ซึ่งในการกำหนดหลักเกณฑ์ให้พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทำให้เกิดการแบ่งแยกการใช้อำนาจทางรัฐบาลและอำนาจทางปกครองได้ขาดจากกันอย่างชัดเจนและเด็ดขาด และการพิจารณาจากฐานที่มาของกฎหมายเช่นนี้มีความมั่นคงและแน่นอนยิ่งกว่าเกณฑ์พิจารณาประการอื่น

ตามที่ผู้ศึกษาเสนอเกณฑ์การพิจารณามาข้างต้นนี้ เกณฑ์พิจารณาสถานะขององค์กรอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจได้ทั้งการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ดังนั้นเกณฑ์เรื่องลักษณะของการใช้อำนาจและกฎหมายที่ให้อำนาจ จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแบ่งแยกระหว่างการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ดังนั้นกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลต้องเข้าองค์ประกอบตามเกณฑ์ทั้งสามประการตามที่ได้เสนอมาข้างต้น

ประการที่สาม การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร

การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ เกิดจากการคำนึงถึงเหตุผลของการเกิดขึ้นและความจำเป็นในการคงอยู่ของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งต้องการให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีอิสระในการตัดสินใจใช้อำนาจทางบริหาร เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรรัฐอื่นใดก็ตามไม่อาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจเช่นนี้ได้อย่างเด็ดขาด การกระทำทางรัฐบาลจึงมีสภาพและลักษณะที่เป็นอำนาจตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ข้อพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลจากลักษณะของอำนาจ มีหลักการในการพิจารณาว่าการกระทำทางรัฐบาลเกิดจากการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยอำนาจดุลพินิจที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้ในการกระทำทางรัฐบาลนั้น เป็นอำนาจอย่างหนึ่งของอำนาจดุลพินิจทางบริหาร และหากจำแนกดุลพินิจทางบริหารออกเป็นอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจแล้ว การกระทำทางรัฐบาลตามข้อเสนอของผู้ศึกษาจึงหมายถึงเฉพาะอำนาจดุลพินิจ

นอกจากนี้ในการศึกษาเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลในทางทฤษฎีมีการเสนอให้ใช้ข้อพิจารณาลักษณะของการกระทำ หากการกระทำมีลักษณะเป็นงานทางการเมืองย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ถ้ามีลักษณะเป็นงานประจำการกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าลักษณะการดำเนินงานของงานทางการเมืองและงานประจำแม้ว่าจะสามารถนำมาแยกแยะได้เช่นกันว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เพียงแต่การแยกแยะระหว่างงานทั้งสองลักษณะนี้ ไม่สามารถที่จะแยกจากกันได้อย่างเด็ดขาดเนื่องจากการตีความว่าการกระทำอย่างหนึ่งเป็นงานประเภทใดอาจขึ้นอยู่กับเหตุผลและความจำเป็นของสถานการณ์ ณ ช่วงเวลาขณะมีการกระทำ ดังนั้นข้อพิจารณาเช่นนี้จึงไม่สมควรนำมาใช้ชี้ขาดการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร

2.1.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนิยามของการกระทำทางรัฐบาล

เมื่อได้ข้อเสนอแนะเรื่องเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในส่วนนี้ผู้ศึกษาขอนำเสนอนิยามของการกระทำทางรัฐบาล เพื่อให้มีการอธิบายในทางวิชาการที่แสดงถึงการกระทำทางรัฐบาลอย่างชัดเจน และป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาการโต้เถียงหรือขัดแย้งกัน

เกี่ยวกับความหมายและลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล ในการกำหนดนิยามของการกระทำทางรัฐบาล ผู้ศึกษาเห็นว่าไม่อาจกำหนดไว้โดยละเอียดว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากการกระทำทางบริหารมีได้หลายลักษณะด้วยกัน จึงไม่สามารถที่จะกำหนดลักษณะกระทำทางรัฐบาลให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตทั้งหมดได้ ด้วยเหตุนี้ผู้ศึกษาเห็นว่านิยามของการกระทำทางรัฐบาลของไทย ควรมีลักษณะ ดังนี้

“การกระทำทางรัฐบาล” หมายความว่า การกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อันเป็นผลจากการใช้อำนาจรัฐทางบริหารซึ่งอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการตัดสินใจดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ทางการเมือง มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งองค์กรของรัฐอื่นใดไม่อาจก้าวล่วงไปใช้อำนาจเช่นนี้ได้ การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบจากศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้แต่จะถูกตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภา และการกระทำดังกล่าวนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล”

ข้อเสนอแนะนิยามของการกระทำทางรัฐบาลข้างต้นที่ผู้ศึกษาเสนอว่าเป็น “การกระทำทางบริหารประเภทหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร อันเป็นผลจากการใช้อำนาจรัฐทางบริหาร ซึ่งอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ. . .” มีข้อพิจารณาที่น่าสนใจ ดังนี้ ตามที่ได้ศึกษามาแล้วในภาคที่ 1 บทที่ 2 หัวข้อ 1.2.1.1 องค์ประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไม่ได้มีเฉพาะพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี แต่หมายความรวมถึงองค์กรอิสระด้วย เนื่องจากเป็นองค์กรรัฐที่ไม่ได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ องค์กรอิสระจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ ซึ่งการดำเนินการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวใช้ได้หลายรูปแบบ อาจเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) สอบสวนรัฐมนตรีว่าขาดคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่ง ต้องเสนอเรื่องต่อประธานสภาเพื่อให้ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย และอำนาจตามกฎหมายอื่น เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ กฎกระทรวง ซึ่งใช้อำนาจได้หลายลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี หากไม่พิจารณาประเด็นที่ว่าตัวองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐบาลเป็นองค์กรบริหารคนละองค์กร โดยพิจารณาเพียงอำนาจที่องค์กรอิสระใช้กระทำการ สมควรที่จะเรียกการกระทำขององค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ได้หรือไม่ เนื่องจากตามหลักของการกระทำทางปกครอง การใช้อำนาจรัฐทางบริหารอันเป็นการกระทำทางปกครองนั้น ไม่ได้จำกัดว่าต้องเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ หรือแม้แต่องค์กรเอกชนก็สามารถมีการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน ถ้าได้กระทำไปโดยใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งหลักการของ

การกระทำทางปกครองนี้เห็นได้ว่าการแม้ตัวผู้กระทำไม่ใช่ฝ่ายปกครองแต่ถ้าใช้อำนาจทางปกครองสามารถเรียกการกระทำนั้นว่าการกระทำทางปกครองได้

ประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นว่า คำว่า การกระทำทางรัฐบาลตามที่ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีรากฐานทางทฤษฎีมาจากการยอมรับว่าอำนาจทางรัฐบาลเป็นอำนาจประเภทหนึ่งของอำนาจทางบริหาร ซึ่งอำนาจทางรัฐบาลนี้มุ่งหมายถึงอำนาจที่ใช้โดยรัฐบาลในความหมายของคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจรัฐแทนรัฐ ผลิตผลของการใช้อำนาจทางรัฐบาลของรัฐบาลจึงเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” แม้ว่าองค์กรอิสระเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางบริหารเหมือนกับองค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหารดั้งเดิมและใช้อำนาจทางบริหารซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญได้ก็ตาม แต่ในแง่ของตัวผู้ใช้อำนาจองค์กรอิสระไม่ใช่รัฐบาล และไม่ได้มีบทบาทหน้าที่เช่นเดียวกับรัฐบาลในการดำเนินการตามภารกิจของรัฐในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะไม่มีอำนาจกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำในทางนโยบาย หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งจัดอยู่ในประเภทของการกระทำทางรัฐบาล ด้วยเหตุผลเหล่านี้ศึกษาจึงเห็นว่า คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” จึงควรสงวนไว้ใช้กับรัฐบาลเท่านั้น โดยการกระทำขององค์กรอิสระไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายใดก็ตาม ควรเรียกอย่างตรงตัวว่า “การกระทำขององค์กรอิสระ” เพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างชัดเจนว่า การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำขององค์กรอิสระแตกต่างกัน ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ นิยามของการกระทำทางรัฐบาลตามที่ผู้ศึกษาเสนอมานี้จึงหมายถึงการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิมเท่านั้น

2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

เมื่อได้ข้อสรุปแล้วว่าการกระทำเช่นใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาประการต่อไป คือ การกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทอยู่นอกเหนือจากการตรวจสอบขององค์กรตุลาการทั้งหมดหรือไม่ โดยที่การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ในกรณีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไว้อย่างชัดแจ้ง ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้อย่างแน่นอนเนื่องจากเป็นอำนาจที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญโดยตรง การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาลอยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรตุลาการ ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจึงขอเสนอความเห็นเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาแนวทางการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต่อไป

2.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

ตามข้อสรุปที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยระบบรัฐสภา โดยไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ซึ่งหมายถึง ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง แต่เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ไม่ใช่อำนาจตามกฎหมายอื่นแต่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งปัจจุบันองค์กรตุลาการของไทยที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐที่กระทำโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อการกระทำทางรัฐบาลกระทำโดยรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรภายใต้รัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นการกระทำประเภทหนึ่งขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารได้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่เป็นการตรวจสอบองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามหลักทั่วไป แต่ตรวจสอบได้เฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ต้องไม่ใช่การตรวจสอบการตัดสินใจในเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญและแก่นแท้ของการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยในส่วนที่ว่าศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบเพียงใดนั้น จะนำเสนอในหัวข้อ 2.2 ต่อไป

2.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับขอบเขตของการตรวจสอบ

ในการตรวจสอบกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดไว้ชัดแจ้งแล้ว เช่น การตรวจสอบการตราพระราชกำหนด การตรวจสอบการเสนอร่างกฎหมาย การตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องจำกัดอำนาจของศาลโดยการตรวจสอบหลักเกณฑ์ ขั้นตอน กระบวนการ วิธีปฏิบัติและขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ก่อให้เกิดการกระทำทางรัฐบาลเท่านั้นว่ามีหรือไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และพึงระวังว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบในเชิงเนื้อหาและดุลพินิจในการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ตลอดจนเรื่องที่เป็นความเหมาะสมของการตัดสินใจได้

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ โดยผลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 213 หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้คุ้มครองไว้ ซึ่งการละเมิดนั้นเกิดจากการกระทำทางรัฐบาล บุคคลนั้นมีสิทธินำคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวได้ และศาลไม่อาจปฏิเสธการรับคดีไว้พิจารณาได้ เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำตามร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) ที่ห้ามนำมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้นคำว่าการกระทำตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในที่นี้มีความหมายทั่วไป จึงย่อมหมายถึงการกระทำทางรัฐบาลด้วย

เมื่อมีการนำการกระทำทางรัฐบาลขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยมีว่าการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากศาลวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่มีผลบังคับต่อไป ในส่วนนี้แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอาจส่งผลต่อการกระทำของฝ่ายบริหาร แต่การตรวจสอบในลักษณะนี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยแต่เพียงว่าการกระทำในเรื่องใด ๆ นั้นต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเนื่องจากขัดหรือแย้งต่อสิทธิเสรีภาพหรือไม่เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้าไปตรวจสอบเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลในส่วนที่เป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามช่องทางนี้จึงเหมือนกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกรณีรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง และการกระทำของฝ่ายบริหารไม่ว่าจะเป็นการกระทำประเภทใดต้องอยู่ในกรอบของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายโดยเฉพาะต้องไม่กระทำการอันละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งที่บุคคลทุกคนได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าไม่จำเป็นต้องกำหนดให้การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำที่เป็นข้อยกเว้นไม่ให้ประชาชนฟ้องตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้ในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ)

2.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับช่วงเวลาในการตรวจสอบ

การกระทำทางรัฐบาลที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ความเหมาะสมในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลแต่ละประเภทแตกต่างกัน ซึ่งอาจมีได้ทั้งการตรวจสอบก่อนและตรวจสอบหลังการกระทำมีผลผูกพันทางกฎหมาย ในส่วนนี้ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนะแนวทางเกี่ยวกับช่วงเวลาที่ศาลสามารถตรวจสอบได้เพื่อให้กลไกของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญเกิดประสิทธิภาพมากที่สุดและไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารจนเกินไป ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญควรมีแนวทางการตรวจสอบ ดังนี้

2.2.3.1 กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

ในช่วงระยะเวลาตั้งแต่มีการกระทำทางรัฐบาลจนถึงก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย การกระทำดังกล่าวยังไม่เสร็จสมบูรณ์และไม่ก่อให้เกิดผลผูกพัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ ได้แก่ การตรวจสอบไม่ให้ร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชบัญญัติ การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติที่มีการเสนอให้พิจารณาครั้งหลังไม่ให้มีหลักการที่เหมือนกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้ การตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้

งบประมาณรายจ่าย การตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งการตรวจสอบทำได้เพียงเท่าที่อยู่ในขอบเขตของการตรวจสอบดังเสนอมาแล้วข้างต้น

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญควรทำหน้าที่ในการชี้ขาดว่าการกระทำของฝ่ายบริหารเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาลด้วย การใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อมีการฟ้องคดีอันเกิดจากการกระทำของฝ่ายบริหาร ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยได้ว่าการกระทำที่นำมาฟ้องนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำทางรัฐบาลศาลต้องปฏิเสธไม่รับคดีไว้พิจารณา อย่างเช่น คดีรับจำนำข้าวที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ยกเว้นในกรณีมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวไว้ ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำในเรื่องนั้นได้

ในส่วนของการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อาจมีการตรวจสอบโดยศาลทุกศาลแม้แต่ศาลรัฐธรรมนูญ คือ การยุบสภาผู้แทนราษฎร โดยที่การใช้อำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นมาตรการของฝ่ายบริหารในการตอบโต้องค์กรนิติบัญญัติตามกลไกของระบบรัฐสภาภายใต้ระบอบประชาธิปไตย ลักษณะการกระทำของการยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงไม่อาจทราบและคาดหมายล่วงหน้าได้เลยว่าจะมีการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น ดังนั้นศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบทั้งช่วงก่อนและหลังมีการประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรได้

2.2.3.2 กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้หลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย

การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เกิดขึ้นหลังจากที่การกระทำทางรัฐบาลเสร็จสิ้นจนมีผลผูกพันทางกฎหมายไปแล้ว หากมีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมจะส่งผลกระทบต่อการดำเนินงานของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล เพราะฉะนั้นการตรวจสอบช่องทางนี้จำเป็นต้องคำนึงถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นด้วย ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งดังที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด

2.2.4 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผู้ยื่นคำร้องขอให้องค์กรตุลาการตรวจสอบ

ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้น จำเป็นต้องมีการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลวินิจฉัยตามขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญต่อไป ทั้งนี้ สืบเนื่องจากการศึกษาเกี่ยวกับการริเริ่มให้มีการการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งได้ศึกษาการริเริ่มให้มีการตรวจสอบโดยสถาบันตามรัฐธรรมนูญ ผู้ศึกษาเห็นว่าผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลควรกำหนดรายละเอียดแนวทางในการริเริ่มคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญด้วยการให้สิทธิแก่สมาชิกสภาผู้แทน

ราษฎร สมาชิกวุฒิสภา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจสอบว่าการจัดทำหนังสือสัญญาสัญญาระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารเป็นกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งตามบทบัญญัติมาตรา 178 วรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้อำนาจเฉพาะแก่คณะรัฐมนตรีในการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีบทบัญญัติ ดังนี้

> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
> มาตรา 178 วรรคท้าย เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ

ข้อเสนอแนะในประเด็นปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่า โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีผลใช้บังคับแล้ว ซึ่งรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการกระทำใดก็ตามไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นจึงไม่อาจมีข้อเสนอแนะในทางกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ในประเด็นนี้ผู้ศึกษาเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคท้าย ดังนี้

> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (แก้ไขเพิ่มเติม) พุทธศักราช 2560
> มาตรา 178 วรรคท้าย เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ

นอกจากนี้ตามหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประชาชนมีสิทธิฟ้องร้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ดังนั้นกรณีบุคคลถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาล บุคคลนั้นย่อมสามารถยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นการริเริ่มคดีโดยประชาชนอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามในการนำคดีเข้าสู่ศาลโดยประชาชนนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดเฉพาะการรับรองสิทธิของประชาชนในการยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้เท่านั้น ส่วนหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขอื่น ๆ ให้เป็นตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) ได้กำหนด

หลักเกณฑ์เรื่องระยะเวลาในการยื่นคำร้อง การกระทำที่ไม่อาจยื่นคำร้องได้ และเงื่อนไขที่ต้องระบุไว้ในคำร้อง ผู้ศึกษาเห็นว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เพียงแต่กำหนดห้ามนำการกระทำบางประการไปยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการกระทำไว้โดยตรงว่าการกระทำที่จะนำไปยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ต้องมีลักษณะอย่างไร ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการรับพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และป้องกันไม่ให้มีการนำคดีมาสู่ศาลรัฐธรรมนูญมากเกินไป จนอาจส่งกระทบต่อการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากองค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญมีเพียงองค์คณะเดียว ซึ่งในประเด็นนี้ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการฟ้องตรงของประชาชนเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลต่อศาลรัฐธรรมนูญที่สามารถนำไปใช้ได้กับทุกการกระทำ ดังนี้

> ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ)
>
> มาตรา 47 วรรคสอง การยื่นคำร้องตามมาตรา 213 ให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงตามรัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่วันที่มีสิทธิยื่นคำร้อง
>
> การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง ต้องเป็นกรณีไม่อาจใช้สิทธิทางศาลตามรัฐธรรมนูญ หมวด 10 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน แล้วแต่กรณี

ผู้ศึกษาเห็นว่า ควรเพิ่มเติมหลักเกณฑ์การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้ในวรรคสองของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. .... (ฉบับศาลรัฐธรรมนูญ) ดังนี้

> มาตรา 47 วรรคสอง การยื่นคำร้องตามมาตรา 213 ให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงตามรัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่วันที่มีสิทธิยื่นคำร้อง
>
> การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามวรรคหนึ่ง บุคคลผู้ยื่นคำร้องต้องได้รับความเสียหายโดยตรงจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ความเสียหายดังกล่าวต้องมีอยู่ในเวลายื่นคำร้อง และการยื่นคำร้องต้องเป็นไปโดยสุจริต

จากผลการศึกษาที่กล่าวมานี้ ส่งผลให้การกำหนดนิยาม เกณฑ์พิจารณาการกระทำทางรัฐบาลมีความชัดเจน นำมาซึ่งการกำหนดกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่างเหมาะสม สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ ก่อเกิดดุลยภาพในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐ และเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม เพื่อดำรงไว้ซึ่งหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **กฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

กมลชัย รัตนสกาววงศ์. **รายงานการวิจัย ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ.** รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

กล้า สมุทวณิช. ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับดุลยภาพทางการเมือง. ใน **เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16.** พฤศจิกายน 2557.

กุลธิดา ขันวิธิ. **สภาผู้แทนราษฎรสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.** ค้นวันที่ 27 สิงหาคม 2559 จาก http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/ewt_dl_link.php/?nid=396

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ. **การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. แนวความคิดอำนาจอธิปไตยของฝรั่งเศส. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545. หน้า 329-340.

โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์. **ความเป็นมาของการปกครองในระบบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย.** กรุงเทพฯ: โครงการเผยแพร่ความรู้ทางรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2518.

ขวัญชัย สันตสว่าง. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531.

ขวัญชัย สันตสว่าง. หลักการว่าด้วยการการกระทำในทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย. **บทบัณฑิตย์.** 44, 4 (ธันวาคม 2531): 1-10.

ชนิตา อึ๊งผาสุก. การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรค 2. **สรรพากรสาส์น.** 58, 4 (เมษายน 2554): 89-111.

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **การเมืองกับบริหาร.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ดวงดีการพิมพ์, 2523.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 22. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

ชำนาญ จันทร์เรือง. **การเมืองคืออะไร.** ค้นวันที่ 27 สิงหาคม 2559 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1242

เชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์. รายงานการศึกษาดูงานของประธานศาลปกครองสูงสุด (ศ.ดร. อักขราทร จุฬารัตน) และคณะระหว่างวันที่ 7-15 พฤศจิกายน 2552 ณ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามคำเชิญของมูลนิธิคอนราดอาเดนาวร์. ใน **ทันข่าวสาร สวว. เก็บสาระมารวมเล่ม (เล่ม 2) (ฉบับที่ 24 เดือนตุลาคม 2552-ฉบับที่ 48 เดือนมีนาคม 2553)** กรุงเทพฯ: สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2554. หน้า 93-106.

จตุพร วงศ์ทองสรรค์. ปัญหาการจัดทำสนธิสัญญาภายใต้มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2550. **วารสารรามคำแหง.** 25, ฉบับพิเศษ (กรกฎาคม-กันยายน 2551): 106-115.

จิรนิติ หะวานนท์. **คำอธิบายกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2559.

จุมพต สายสุนทร. **หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.

ดิสทัต โหตระกิตย์. อำนาจในการออกคำสั่งเรียกเอกสารหรือบุคคลและระบบคณะกรรมาธิการรัฐสภาสาธารณรัฐฝรั่งเศส. **จุลนิติ.** (มีนาคม-เมษายน 2553): 37-43.

เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. **หลักรัฐศาสตร์.** พระนคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515.

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันกับหลักการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการ. **วารสารนิติศาสตร์.** 43, 1 (มีนาคม 2557): 100-135.

ไทยรัฐออนไลน์. ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคดีร้องเลิกจำนำข้าว. (11 ตุลาคม 2555). ค้นวันที่ 22 ธันวาคม 2559 จาก http://www.thairath.co.th/content/297691

ธานินทร์ กรัยวิเชียร. หลักนิติธรรม. **ยุติธรรมคู่ขนาน.** 6, 1 (กันยายน 2554): 1-45.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 3 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. การตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีฝรั่งเศส. ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540. หน้า 269-289.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **สถานะของมติคณะรัฐมนตรี.** ค้นวันที่ 1 พฤษภาคม 2558 จาก http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=640

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551.

นิพนธ์ ใจสำราญ และคณะ. ระบบศาลสหราชอาณาจักร: ที่มาและโครงสร้างของระบบกฎหมายแรงงานของสหราชอาณาจักร. **วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม.** 3, 3 (2554): 139-158.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **แฉเอกสาร "ลับ" ที่สุดปราสาทพระวิหาร พ.ศ. 2505-2551.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มติชน, 2551.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. มุมมองต่องานวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. ใน **รายงานประจำปี 2550 สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง.** กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **รัฐและการจัดโครงสร้างองค์กรในรัฐ.** กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.พ.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลดี บุรีกุล. **ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy).** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2548.

บรรเจิด สิงคะเนติ. การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545. หน้า 341-378.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

ปัทมา สูบกำปัง. **รัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2552.

ประยูร กาญจนดุล. คดีปกครอง. **ดุลพาห.** 41, 5 (กันยายน-ตุลาคม 2537): 51-61.

ประยูร กาญจนดุล. **คำบรรยายกฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548.

พรชัย เลื่อนฉวี. **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

ไพโรจน์ ชัยนาม. นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีจำต้องมาจากสมาชิกรัฐสภาเพียงไร. ใน **หนังสือที่ระลึกเนื่องในงานรำลึก ศาสตราจารย์ ไพโรจน์ ชัยนาม.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555. หน้า 51-116.

ไพโรจน์ ชัยนาม. **สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาค 1.** กรุงเทพฯ: สารศึกษาการพิมพ์, 2524.

พฤทธิสาณ ชุมพล. **ระบบการเมือง: ความรู้เบื้องต้น.** กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2556.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป.** กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 กรณีศาลปกครองกลางรับฟ้องคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยกับกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา. ใน **วิวาทะกูรู สุดยอดแห่งทศวรรษ.** ธีรเดช เอี่ยมสำราญ และราม อินทรวิจิตร, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: มติชน, 2551. หน้า 213-235.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9.** กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2553. หน้า 318-344.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ. แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา. **ไทยโพสต์** (1 กรกฎาคม 2551): 4

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **การกระทำของฝ่ายปกครอง: หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลปกครอง, 2545.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การกระทำทางปกครอง. ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์.** กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545. หน้า 131-163.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครอง. **บทบัณฑิตย์.** 47, 1 (มีนาคม 2534): 15-65.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535. ใน **นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546. หน้า 173-183.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ความหมายและความสำคัญของการจัดตั้งศาลปกครอง. **วารสารกฎหมายปกครอง.** 4 (เมษายน 2538): 12-27.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาในระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ. ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principle of Administrative).** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์. การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557. หน้า 493-522.

วิทยา นภาศิริกุลกิจ. **แนวคำบรรยายระบบการเมืองอังกฤษ.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515.

วิรัช วิรัชนิภาวรรณ. **ศาลรัฐธรรมนูญไทย: วิเคราะห์เปรียบเทียบโครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และการบริหารงานบุคคลกับศาลรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนีและญี่ปุ่น.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2544.

วิษณุ เครืองาม. การบริหารราชการแผ่นดิน. ใน **สารานุกรมไทยสำหรับเยาวชนโดยพระราชประสงค์ ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว** เล่มที่ 27. กรุงเทพฯ: โครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน โดยพระราชประสงค์ในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว, 2546

วิษณุ วรัญญู, ปิยะศาสตร์ ไขว้พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. **ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป.** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.

วุฒิชัย จิตตานุ. ระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ. ใน **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 10 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ.** กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2555. หน้า 97-137.

ศุภสวัสดิ์ ชัชวาล. **ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการการเมืองและข้าราชการประจำ.** กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558.

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. **รายงานฉบับสมบูรณ์โครงศึกษาวิจัย เรื่อง "การทุจริตกรณีการศึกษา: โครงการรับจำนำข้าวทุกเม็ด.** รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2557.

สมบัติ ธำรงธัญวงศ์. **การเมืองอังกฤษ.** พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: เสมาธรรม, 2553.

สมยศ เชื้อไทย. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.

สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. **ป.ป.ช. มีมติเอกฉันท์ ให้เรียกนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร รักษาการณ์นายกรัฐมนตรีมีมารับทราบข้อกล่าวหากรณีทุจริตโครงการรับจำนำข้าว.** ค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2559 จาก http://www.nacc.go.th/images/article/freetemp/article_20140218141420.pdf

สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรีวันที่ 13 กันยายน 2554 เรื่องโครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2554/55**. ค้นวันที่ 2 ธันวาคม 2559 จาก http://www.soc.soc.go.th/SLK/showlist3.asp?pagecode=111388&pdate=2011/

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่องการประเมินกลไกกระบวนการและสัมฤทธิผลของการแก้ไขปัญหาที่ประชาชนร้องเรียน.** รายงานการวิจัย สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2554.

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักภาษาต่างประเทศ. **สภาไดเอทแห่งชาติญี่ปุ่น The National Diet of Japan.** กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2556.

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **ถาม-ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี เล่ม 1.** กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2553.

สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. **สรุปข่าวการประชุมคณะรัฐมนตรีวันที่ 13 กันยายน 2554 เรื่องโครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2554/55.** ค้นวันที่ 2 ธันวาคม 2558 จาก http://www.soc.soc.go.th/SLK/showlist3.asp?pagecode=111388&pdate=2011/09/ 13&pno=1&pagegroup=1

สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล. **รายงานประจำปี 2550 สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550.

สุรพล นิติไกรพจน์. ปัญหาความชอบธรรมทางกฎหมายของ "คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน". **วารสารนิติศาสตร์.** 23, 2 (มิถุนายน 2536): 227-236.

สุรพล นิติไกรพจน์. **รายงานการวิจัย ระบบควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม.** รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.

สุรพล นิติไกรพจน์. **ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติตามพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

สุวิมล สังขพันธุ์. **สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.

หยุด แสงอุทัย. **คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญของคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.** พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515.

อมร จันทรสมบูรณ์. **กฎหมายปกครอง.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.

อมร จันทรสมบูรณ์. คอนสติติวชั่นแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย. ใน **รวมบทความวิชาการ เนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูณ์.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557. หน้า 107-202.

อรณิช รุ่งธิปานนท์. **รัฐสภาสหราชอาณาจักร: สภาสามัญ สภาขุนนาง หน่วยงานสนับสนุน.** กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2553.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย.** กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2551.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. เทคนิคการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส. **วารสารนิติศาสตร์.** 36, 1 (มีนาคม 2550): 28-50.

เอกวิทย์ มณีธร. **มนุษย์กับการเมือง.** กรุงเทพฯ: บ้านหนังสือโกสินทร์, 2550.

Accountability in Governance. Retrieved May 15, 2014 from http://siteresources.worldbank.org/.../AccountabilityGovernance.pdf

Adseá, Ali´cia; Boix, Carles and Payne, Mark. Are You being? Political Accountability and Quality of Government. **The Journal of law, Economics, & Organization.** 19, 2 (2003): 445-490.

Andreas, Joseph N. **The Principle of Legality in Namibian Administrative Law under the Supremacy of the Constitution: A Comparison Analysis with South African Administrative Law.** LLB Dissertation, The University of Namibia, 2011.

Appleby, Gabrielle J. and McDonald, Stephen. Looking at the Executive Power through the High Court's New Spectacles. **Sydney Law Review.** 35 (2013): 253-281.

Assemblée nationale. **Les questions.** Retrieved September 10, 2014 from http:// www.assemblee-nationale.fr/controle/questions.asp

Auby, J-B. Jurisclasseur fasc. 1001. Contentieux administrative–définitions, principes, Orientation. ใน **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย.** เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, บรรณาธิการ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551. หน้า 317-319.

Bakker, R.; Heringa, A. W. and Stroink, F. **Judicial Control, Comparative Essays on Judicial Review.** Ontwerp: Bureau JA Vormgevers Tilburg, 1995.

Bazan, Elizabeth B. Impeachment: An Overview of Constitutional Provisions, Procedure, and Practice. **Congressional Research Service.** (December 9, 2010): 1-32.

Beerman, Jack M. Privatization and Political Accountability. **Fordham Urban Law Journal.** 28, 5 (2000): 1505-1557.

Beramendi, Virginia et al., eds. **Direct Democracy: The International IDEA Handbook.** Stockholm: Bulls Graphics, 2008.

Bergsten, Eric E. **Community Law in the French Courts: The Law of Treaties in Modern Attire.** Boston: BRILL, 1973.

Bhagwan, Vishnoo and Bhushan, Vidya. **World Constitution-A Comparative Study: Political Science.** 9th ed. New Delhi: Sterling Publishers Pvt., 2009.

Bickel, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.** 2nd ed. Bellevue: Yale University Press, 1986.

Böckenförde, Markus. **A Practical Guide to Constitution Building: The Design of the Executive Branch.** Strömsborg: Bulls Graphics, 2011.

Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel. **French Administrative Law.** 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

Cabinet Office. **The Cabinet Manual.** Retrieved January 11, 2015 from http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60641/cabinet-manual.pdf

Cane, Peter. **Administrative Law.** New York: Oxford University Press, 2004.

Calabresi, Steven G.; Berghausen, Mark E. and Albertson, Skylar. The Rise and Fall of the Separation of Powers. **Northwestern University Law Review.** 106, 2 (2012): 527-550.

Capitant, Réne. **De la nature des acte de gouvernement, in Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière.** Paris: Dalloz, 1964 quoted in Moea Vonsy. **L'arrêt Markovic contre Italie (CEDH, 14 décembre 2006) et la théorie française des actes de.** Retrieved September 22, 2015 from http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop5/Vonsy.pdf

CARPENTIER, Élise. **L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable.** Paris: Dalloz, 2006 อ้างถึงใน วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์. การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557. หน้า 493-522.

CARRÉ de MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l' État**. Tome I, Paris: Sirey, 1920 อ้างถึงใน โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น.** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2553.

CARRE de MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l' État.** Paris: Sirey, 1920 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principle of Administrative)**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

CARRÉ de MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l' État**. Tome I, Paris: Recueil Sirey, réimprimé par CNRS, 1962 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การกระทำทางปกครอง. ใน **อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์.** กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545.

CARRÉ de MALBERG, R. **Contribution à la théorie générale de l'État**. Tome I, Paris: Recueil Sirey, réimprimé par CNRS, 1962 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

Catt, Helena. **Democracy in Practice Comparative Politics.** London: Routledge, 1999.

Ceia, Eleonora Mesquita. The Applicability of the Political Question Doctrine in the Foreign Affairs Field: Should International Treaties be regarded as Non-Justiciable Acts?. **The IACL 2007 World Congress Athens.** June 2007. Pp. 1-27.

Cendón, Antonio Bar. Accountability and Public Administration: Concepts, Dimensions, Developments. **Openness and Transparency in Governance: Challenges and Opportunities.** (2000): 22-61.

CE., Sect. Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage. Retrieved June 11, 2015 from https://www.doctrine.fr/d/CE/2014/CETATEXT000028792305

Chavidan. **Doctrine et acte de gouverement.** N.p.: A.J.D.A., 1982 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ. **การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.

Chemerinsky, Erwin. **Constitutional Law: Principles and Policies.** 3rd ed. New York: Aspen, 2006.

Choper, Jesse H. The Political Question Doctrine: Suggested Criteria. **Duke Law Journal.** 54 (2005): 1457-1523.

Chrimrs. **English Constitutional History.** London: Oxford University Press, 1973 อ้างถึงใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาในระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ. ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน.** กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540. หน้า 219-245.

Claus, Laurence. Montesquieu's Mistakes and the True Meaning of Separation. **Oxford Journal of Legal Studies.** 25, 3 (2005): 419-451.

Currie, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany.** Chicaco: University of Chicago Press, 1994.

Danelski, David J. Political Impact of the Japanese Supreme Court. **Notre Dame Law Review.** 49, 5 (1974): 954-980.

Denise, Meyerson. The Rule of Law and The Separation of Powers. **Macquarie Law Journal.** 4 (2004): 1-6.

Derminon, Pierre-Francois. การปฏิรูปรัฐสภา: มุมมองเชิงเปรียบเทียบ (Parliamentary Reform: Comparative Perspectives. **จดหมายข่าวการประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า.** 14, 1 (พฤศจิกายน 2555): 3-7.

Dicey, Albert V. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution.** London: MacMillan, 1959 อ้างถึงใน ธานินทร์ กรัยวิเชียร. หลักนิติธรรม. **ยุติธรรมคู่ขนาน.** 6, 1 (กันยายน 2554): 1-45.

Dye, Thomas R. **Understanding Public Policy.** 13th ed. New Jersey: Pearson Education, 2011.

Eberle, Edward J. The German Idea of Freedom. **Oregon Review of International Law.** (2008): 1-76.

Favoreu, Louis. **Du déni de justice en droit public.** Paris: L.G.D.J., 1964 อ้างถึงใน Ildikó, Marosi and Lóránt, Csink. **Political Questions in the United States and in France.** Retrieve January 15, 2014 from http://www.kre.hu/portal /doc/sic/2009sic4_10marosi-csink.pdf

Fix, Michael P. and Randazzo, Kirk A. Judicial Deference and National Security: Applications of the Political Question and Act of State Doctrines. **Democracy and Security.** 6 (2010): 1-16.

Foster, Christopher. **British Government in Crisis.** Oxford: Bloomsbury, 2005.

Fox, Jonathan. Civil Society and Political Accountability: Propositions for Discussion Presented at: Institutions, Accountability and Democratic Governance in Latin America. **The Helen Kellogg Institute for International Studies University of Notre Dame.** (May 2000): 1-24.

Franck, Thomas M. Democracy, Legitimacy and the Rule of Law: Linkages. **NYU Law School, Public Law and Legal Theory.** 2 (1999). Retrieved September 9, 2013 from http://ssrn.com/abstract=201054

Fried, Charles. The Nature and Important of Liberty. **Harvard Journal of Law & Public Policy.** 29, 1 (September 2005): 3-8.

Friedrich, Carl Joachim. **Foreign Policy in The Making the Search for a New Balance of Power.** New York: Norton & Company, 1938.

Fuentes-Rohwer, Luis. Reconsidering the Law of Democracy: Of Political Questions, Prudence, and the Judicial Role. **William and Mary Law Review.** 47, 6 (2006): 1898-1952.

Garbrie, Jürg Martin. **Political Science Concept Formation (Part II)-David Easton's Authoritative Value Allocation.** Retrieve August 11, 2016 from http://dx. doi.org/10.2139/ssrn.2280252

Gaunder, Alisa. **Routledge Handbook of Japanese Politics.** London: Routledge, 2011.

Georgopoulos, Theodore. The Checks and Balances Doctrine in Member States as a Rule of EC Law-The Cases of France and Germany. **EUSA 8th International Conference.** Nashville Tennessee. 2003.

Giuseppe, Dari-Mattiacci; Nuno, Garoupa and Fernando, Gómez-Pomar. State Liability. **European Review of Private Law.** 4 (2010): 773-811.

Grabenwarter, Christoph. Separation of Powers and the Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies. **Keynote Speech 2nd Congress of the World Conference on Constitutional Justice, Rio de Janeiro.** 16 January 2011.

Great Britain, Ministry of Justice. **The Governance of Britain War Powers and Treaties: Limiting Executive Powers.** Norwich: The Stationery Office, 2007.

Gritzner, Charles F.; Phillips, Douglas A. and Desaulniers, Kristi L. **Japan Modern World Nations Series.** New York: Infobase, 2009.

Gustavsson, Maria. Democratic Origins of Auditing "Good Auditing" in Democratic Perspectives. **The Quality of Government Institute.** (2013): 1-24.

Halstead, T. J. An Overview of the Impeachment Process. **Congressional Research Service.** Retrieved December 15, 2014 from http://www.senate.gov/reference/resources/pdf/98-806.pdf

Held David. **Model of Democracy.** Stanford: Standford University Press, 2006.

Helms, Ludger. Executive Leadership and the Role of "Veto Players" in the United States and Germany. **Program for the Study of Germany and Europe.** 03.2 (2003): 1-23.

Hinarejos, Alicia. **Judicial Control in the European Union: Reforming Jurisdiction in the Intel Governmental Pillars.** Oxford: Oxford University Press, 2009.

House of Commons. **Parliamentary Questions.** Retrieved January 11, 2015 from https://www.parliament.uk/documents/commons-information-office/p01.pdf

House of Lord. Relations between the Executive, the Judiciary and Parliament. **Select Committee on the Constitution 6th Report of Session 2006-07.** July 2007.

Jaffe, Jill. The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law. **Ecology Law Quarterly.** 38 (2011): 1032-1065.

Kamata, Taisuke. Adjudication and the Governing Process: Political Question and Legislative Discretion. **Law and Contemporary Problems.** 53, 1 (1990): 181-199.

Kelly, Richard. **Confidence Motions.** Retrieved September 10, 2014 from http:// researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN02873/SN02873.pdf

Kettl, Donald F. Administrative Accountability and the Rule of Law. **Political Science & Politics.** 42, 1 (January 2009)

Khan, Seema. **Topic Guide on Empowerment and Accountability.** Birmingham: University of Birmingham, 2012.

Kommers, Donald P.; Finn, John E. and Jacobsohn, Gary J. **American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes.** 2nd ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2004.

Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. **The Constitution Jurisprudence of the Federal Republic of German: Third Edition, Revised and Expanded.** Durham: Duke University Press, 2012.

Koopmans, Tim. **Court and Political Institutions: A Comparative View.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Krent, Harold J. **Presidential Powers.** New York: NYU Press, 2005.

Lansford, Tom. **Democracy Political Systems of the World.** New York: Cavendish, Square, 2007.

Legislative Council Secretariat. Systems of Government in Some Foreign Countries: The United Kingdom. **Research and Library Services Division Legislative Council Secretariat.** (2000): 5.

Ling, Bing. The 'Confused Topic' of Act of State under the Hong Kong Basic Law. **The Chinese Journal of Comparative Law.** 1, 1 (2013): 84-111.

Long, Marceau; Weil, Prosper; Delvolvé, Pierre and Genevois, Bruno. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.** 17 édition. Paris: Dalloz, 2009.

Magstadt, Thomas M. **Understanding Politics.** 10th ed. Belmont: Cengage Learning, 2012.

Maranga, Kennedy. The Changing Role of State Responsibility: Comparative Approach. **Journal of Global Affairs and Public Policy.** 1, 1 (2011): 1-24.

Marosi, Ildikó and Csink, Lóránt. **Political Questions in the United States and in France.** Retrieved January 15, 2014 from http://www.kre.hu/portal/doc/sic/2009 /sic4_10_marosi-csink.pdf

Matsudaira, Tokujin. Judicialization of Politics and the Japanese Supreme Court. **Washington University Law Review.** 88, 6 (2011): 1558-1569.

Merriam, C. E. **History of The Theory of Sovereignty Since Rousseau.** Ontario: Batoche Books, 2001.

Mill, John Stuart. **On Liberty.** Ontario: Batoche Books, 2001.

Mojapelo, Phineas M. The Doctrine of Separation of Powers (a South African Perspective). **Advocate.** 26, 1 (April 2013): 37-46.

Morris, Christopher. **The Modern State in The Handbook on Political Theory.** Gerald Gaus and Chandran Kukathas, eds. London: Sage, 2004.

Mourtada-Sabbah, Nada and Cain, Bruce E. **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United Sates.** Lanham: Rowman & Littlefield, 2007.

Newell, Peter and Bellour, Shaula. Mapping Accountability: Origin, Contexts and Implications for Development. **Institute of Development Studies.** 168 (October 2002): 1-28.

Newmyer, R. Kent. **John Marshall and The Heroic Age of the Supreme Court.** Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001.

Nicoleta, SÎRGHI; Laura, CISMAŞ and Dumitru, HOHAN. Game Theory and Social Policy. In **The International Conference on Administration and Business ICEA - FAA 2009.** November 2009.

O'Brien, David M. **Storm Center: The Supreme Court in American Politics.** New York: W. W. Norton & Company, 2005.

Organisation for Economic Co-Operation and Development. **Government at Glance 2009.** Paris: OECD, 2009.

Parliamentary Education Service. **Parliament Explained 3 Parliament & Government Parliament is Responsible for Making the Government Accountable for its Sctions.** London: Parliamentary Education Service, 2007.

Pellet, Alain and Miron, Alina. **Les grandes decisions de la jurisprudence française de droit international public.** Paris: Dalloz, 2015.

Petrović, Milan. The "Acts of Government" and the Legal Notion of Politics. **Law and Politics.** 9, 2 (2011): 85-97.

Plato. **The Law.** Translated by. T. J. Saunders. London: Penguin Classic, 1975 อ้างถึงใน ปรีดี เกษมทรัพย์. **นิติปรัชญา.** กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548.

Port, Kenneth L. The Story of Article 9 of the Japanese Constitution. **Selected Works.** (September 2008): 1-158.

Posner, Eric. Balance-of-Powers Arguments and the Structural Constitution. **Chicago Institute for Law and Economics.** 622 (November 2012): 1-44.

Prakash, Saikrishna. The Essential Meaning of Executive Power. **University of Illinois Law Review.** 3 (December 2003): 701-820.

Prémont, Marie-Claude. Administrative Law. In **Encyclopedic Dictionary of Public Administration.** Retrieved January 15, 2014 from ttp://www.dictionnaire.enap.ca

Ramsey, Michael D. Text and History in the War Powers Debate: A Reply to Professor Yoo. **University of Chicago Law Review.** 69, 4 (2002): 1685-1720.

Rawls, John. **Political Liberalism.** New York: Columbia University Press, 1993.

Richer, Kristen L. The Functional Political Question Doctrine and the Justiciability of Employee Tort Suits Against Military Service Contractors. **New York University Law Review.** 85 (November 2010): 1694-1734.

Riddlesperge, James W. Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President. **The Advanced Placement Program.** (2008): 1-66.

Rogers, William P. Congress, the President, and the War Powers. **California Law Review.** 59, 5 (September 1971): 1193-1214.

Rogowski, Ralf and Gawron, Thomas. **Constitutional Courts in Comparison: The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court.** New York: Berghahn Books, 2002.

Rosenfeld, Michel. The Rule of Law and The Legitimacy of Constitutional Democracy. **Southern California Law Review.** 74 (2001): 1307-1352.

Rosenfeld, Michel and Sajó, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford: Oxford University Press, 2012.

Ryan, McKaig. Aid and Comfort: Rasul v. Bush and the Separation of Powers Doctrine in Wartime. **Campbell Law Review.** 28 (October 2005): 122-143.

Schacter, Mark. When Accountability Fails: A Framework for Diagnosis and Action. **Institution on Governance Policy Brief 9.** (2009): 1-8.

Schiffer, Adam and Carrie Liu, Currier. War Powers, International Alliances, the President, and Congress. In **Government and Politics: United States Balance of Power Between Congress and the President.** New York: The College Board, 2008. Pp. 15-22.

Schmidt, Manfred G. Political Performance and Types of Democracy: Findings from Comparative Studies. **European Journal of Political Research.** 41 (2002): 147-163.

Schmitt, Carl. **The Concept of the Political: Expanded Edition.** Chicago: University of Chicago Press, 2008.

Schmitter, Philippe C. Political Accountability in 'Real-Existing' Democracies: Meaning and Mechanisms. **Florence European University Institute.** (2007): 1-21.

Schwartz, Bernard. **French Administrative Law and the Common-Law World.** New Jercy: The Lawbook Exchange, 2006.

Shelton, Dinah. **International Law and Domestic Legal Systems: Incorporation, Transformation, and Persuasion.** Oxford: Oxford University Press, 2011.

Siegel, Jonathan R. Political Questions and Political Remedies. **GWU Law School, Public Law.** 93 (March 2004): 1-37.

Sparkman, John. Checks and Balances in American Foreign Policy. **Indiana Law Journal.** 52, 2 (January 1977): 432-477.

Spruyt, Hendrik. The Origin, Development, and Possible Decline of the Modern State. **Annual Reviews Political Science.** 5 (2002): 127-149.

Stephenson, Matthew C. When the Devil Turn...The Political Foundations of Independent Judicial Review. **Journal of Legal Studies.** 32, 1 (January 2003): 59-89.

Stewart, Iain. From 'Rule of Law' to 'Legal State': A Time of Reincarnation?. **Macquarie Law.** (November 2007).

Stewart, Iain. Men of Class: Aristotle, Montesquieu and Dicey on 'Separation of Powers' and The Rule of Law. **Macquarie Law Journal.** 4 (2004): 187-223.

Strøm, Kaare, Müller, Wolfgang C. and Bergman Torbjörn. **Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies.** Oxford: Oxford University Press, 2006.

Sutcliffe, Thomas R. The Nile Reconstituted: Executive Statements, International Human Rights Litigation, and the Political Question Doctrine. **Boston University Law Review.** 89 (2009): 295-330.

Sweet, Alec Stone and Keller, Helen. Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems. **Faculty Scholarship.** 88 (2008): 676-712.

Szilágyi, Ilona Mária. Presidential versus Parliamentary Systems. **AARMS** 8, 2 (2009): 307-314.

Tamanaha, Brian Z. **On the Rule of Law: History, Politics, Theory.** Cambridge: The University of Cambridge, 2004.

TatsugoroIsozaki. The So-Called Tochi-Koi (Acte De Gouvernement) and the Constitution of our Country. **Osaka University Law Review.** (1959): 1-14.

Tribe, Lawrence H. **American Constitutional Law.** Mineola, NY: Foundation Press, 1978 quoted in Fix, Michael P. and Randazzo, Kirk A. Judicial Deference and National Security: Applications of the Political Question and Act of State Doctrines. **Democracy and Security.** 6 (2010): 1-16.

Turpin, Colin and Tomkins, Adam. **British Government and the Constitution: Text and Materials Law in Context.** Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

Tushnet, Mark V. Law and Prudence in the Law of Justifiability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine. **North Carolina Law Review.** 80 (2002): 1203-1235.

U. S. Citizenships and Immigration Services. **The Declaration of Independence & the Constitution of the United States.** Retrieved January 15, 2014 from http://www.uscis.gov/sites/default/files/USCIS/.../PDFs/M-654.pdf

Vaughan, Zachary M. The Reach of the Writ: Boumediene v. Bush and the Political Question Doctrine. **The Georgetown Law Journal.** 99 (2011): 869-900.

Vick, Douglas W. The Human Right Act and the British. **Texas International Law Journal.** 37 (2002): 329-372.

VIRALLY, Michel. **L'introuvable acte de gouvernement.** N.p.: RDP, 1952 อ้างถึงใน วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์. การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12.** กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557. หน้า 493-522.

Vishwanadham, Lellala. Doctrine of Separation of Powers and Significance and Importance of Judicial Power in India. **Visual Soft Research Development Technical & Non Technical Journal.** 3, 6 (2012): 237-240.

Wade, E. C. S. Act of State in English Law: Its Relations with International Law. **British Year Book of International Law.** 15, 98 (1934): 98-112.

Wilfried, Bolewski. **Diplomacy and International Law in Globalized Relations.** Berlin: Springer Science & Business Media, 2007.

Wilson, Nigel. **Encyclopedia of Ancient Greece.** London: Routledge, 2013.

Winograd, Morley and Hais, Michael D. **Millennial Momentum: How a New Generation is Remaking America.** Chapel Hill: Rutgers University Press, 2011.

Yamamoto, Hironori. **Tools for Parliamentary Oversight a Comparative Study of 88 National Parliaments.** Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2007.

Youngs Raymond. **English, French and German Comparative Law.** New York: Routledge, 2014.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคำวินิจฉัยของศาล

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
ฝรั่งเศส	1. ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับนิติบัญญัติ 1) การตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติ	กระบวนการตัดสินใจของรัฐบาลเกี่ยวกับกฎหมาย	- C.E., Sect., Rouché, 18 กรกฎาคม 1930 - C.E., Sect. Desreumeaux., 3 พฤศจิกายน 1933 - C.E., Societe l' Alfa, 25 มกราคม 1947 - CE., Allain, 26 กุมภาพันธ์ 1992 - C.E., Tallagrand., 29 พฤศจิกายน 1968 - CE., Meyet et Bouget, 9 ตุลาคม 2002
	2) การตัดสินใจของประธานาธิบดีซึ่งส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์กับอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจตามรัฐธรรมนูญ	- ประธานาธิบดีออกคำสั่งให้จัดทำประชามติในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาว่าด้วยธรรมนูญแห่งยุโรป - ออกพระราชกำหนดเกี่ยวกับการส่งร่างกฎหมายไปให้ประชาชนทำประชามติ	- CE., Hoffer, 22 กุมภาพันธ์ 2005 - CE., Ass. Brocas, 19 ตุลาคม 1962

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
		- การออกรัฐกฤษฎีกายุบสภาสภาผู้แทนราษฎร - การที่ประธานาธิบดีต้องการที่จะเสนอกฎหมายในแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา - การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16	- C.E., Allain, 20 กุมภาพันธ์ 1989 - C.E., Hoffer, 23 กุมภาพันธ์ 2005 - C.E., Rubin de Servens, 2 มีนาคม 1962
	3) การตัดสินใจของรัฐบาลที่เป็นเพียงการตัดสินใจเบื้องต้นของรัฐสภา	- การดำเนินการในกระบวนการทั้งหลายเกี่ยวกับการเลือกตั้ง - การแต่งตั้งสมาชิกคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	- C.E., Maitre, 6 เมษายน 1962 - C.E., Pebellier, 26 มิถุนายน 1946 - C.E., Ass. Hirschowitz. 8 มิถุนายน 1951 - C.E., Ass. Mme Ba, AJDA. 9 เมษายน 1999
	2. ดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- ดำเนินการทางความสัมพันธ์ทางการทูต	- C.E., General Oramat, 5 มีนาคม 1926 - C.E., Moraly, 31 มกราคม 1969
		- การดำเนินการเกี่ยวกับสนธิสัญญา	- C.E., Goffart, 5 สิงหาคม 1921 - C.E., Momon, 22 พฤศจิกายน 1933 - C.E., Dame Caracs, 5 กุมภาพันธ์ 1926 - C.E., Société des étains et wolfram du Tonkin, 1 มิถุนายน 1951 - C.E., Taurin et Mérienne, 29 ตุลาคม 1954 - C.E., de Malglaive, 4 พฤศจิกายน 1970 - C.E., Prefet De La Gironde C. Mhamedi,

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
			18 ธันวาคม 1992 - C.E., Coparex, 13 มิถุนายน 1979 - C.E. Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong, 15 ตุลาคม 1993
		- การสนับสนุนให้มีการดำรงตำแหน่งในองค์กรระหว่างประเทศของพลเมืองฝรั่งเศส	- C.E., Weiss, 20 กุมภาพันธ์ 1953
		- การลงคะแนนเสียงของรัฐมนตรีฝรั่งเศสในสภาความมั่นคงสหภาพยุโรป	- C.E., Ass. Association, 23 พฤศจิกายน 1984
		- การตัดสินใจที่จะระงับความร่วมมือกับอิรักในช่วงสมครามอ่าวเปอร์เซีย	- C.E., Gisti et Mrap, 23 กันยายน 1992
		- การเสนอชื่อบุคคลให้เป็นผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ	- C.E., Sect. Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage, 28 มีนาคม 2014
		- การคุ้มครองบุคคลและทรัพย์สินที่เป็นของชาวฝรั่งเศส	- C.E., Dame Cramencel, 2 มีนาคม 1966
		- ผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศไม่ให้ความคุ้มครองแก่ชาวฝรั่งเศส	- C.E., Arnando, 8 เมษายน 1972

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
		- พลเมืองฝรั่งเศสที่ถูกคุมขังในต่างประเทศฟ้องว่าไม่ได้รับความช่วยเหลือทางกงสุลอย่างเพียงพอ - การดำเนินการเกี่ยวกับการเสนอหรือไม่เสนอข้อพิพาทไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ	- C.E., Corbier, 1 มิถุนายน 1943 - C.E., Gény, 9 มกราคม1952
	3. การดำเนินการด้านความมั่นคง	- การดำเนินการทางทหารของฝรั่งเศสในสงครามโคโซโว - การออกมาตรการของรัฐบาลในการปฏิเสธการให้ทรัพย์สินอยู่ในการยึดครองของศัตรูในช่วงเวลาของสงคราม - การที่ประธานาธิบดีให้ดำเนินการทดลองนิวเคลียร์ที่หมู่เกาะมหาสมุทรแปซิฟิค - การกำหนดเขตพื้นที่ปลอดภัยในน่านน้ำระหว่างประเทศสำหรับการทดสอบอาวุธนิวเคลียร์	- C.E., Mégret et Mekhantar, 5 กรกฎาคม 2000 - C.E., Sohr, 22 พฤศจิกายน 1949 - C.E., Association Greenpeace France, 29 กันยายน 1995 - C.E., Ass. Paris de Bollardière, 11 กรกฎาคม 1975
		- การที่รัฐบาลออกคำสั่งให้สถานีวิทยุกระจายเสียงฝรั่งเศสส่งสัญญาณรบกวนการกระจายเสียงไปยังคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ - การตัดสินใจที่จะอนุญาตให้เครื่องบินทหารของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษผ่านน่านฟ้า	- TC., Radiodiffusion française, 2 กุมภาพันธ์ 1950 - C.E., Comité contre la guerre en Irak, 30 ธันวาคม 2003

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
อังกฤษ	การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- การกระทำเพื่อปลดปล่อยการค้าทาสในต่างประเทศ แต่จำเลยกระทำเกินคำสั่งทำให้มีผู้ได้รับความเสียหาย - การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝรั่งเศสที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน - กระบวนการเกี่ยวกับสนธิสัญญา - การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ - การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูต - การปฏิบัติการรักษาสันติภาพของกองทัพอังกฤษ - การจัดการหรือการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- Buron V. Denman (1848) 2 Ex. (67) - Johnstone v. Peddlar (1921) 2 A.C. - Walker v. Baird (1892) A.C. 491 (P.C.) - J.H. Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry. (1990) 2 A.C. 418 (HL). - Salaman v. Secretary of State for india (1906) 1 K.B. 613 - Duff Development Co. v. Government of Kelantan (1924) A.C. 797 (H.L.) - Agbor v. Metropolitan Police Commissioner (1969) - AG v Nissan (1970) AC. 179 - Buttes Gas and Oil Co v Hammer (1982) AC 888
	การดำเนินการด้านความมั่นคง	- การทำสงคราม การสร้างสันติภาพ การสงบศึก	- Rustomjee v. R. (1876) 2 QBD 69. - In R. v. Bottrill, exp. Kuechenmeister

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
		- การกระทำของฝ่ายบริหารในการเคลื่อนย้ายกำลังทางทหาร หรือการผนวกดินแดนของประเทศอื่น - พิจารณาการกระทำที่ปฏิเสธการยอมรับสัมปทาน	(1947) K.B 41 (C.A.). - West Rand Central Gold Mining Co., v. The king (1905) 2 K.B. 391 (South African Republic). - Cook v. Sprigg (1899) A.C. 572
สหรัฐอเมริกา	1) การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- ประธานาธิบดีมีอำนาจฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญา - การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาล - การฟ้องแถลงการณ์ของสหรัฐอเมริกา - การตัดสินใจที่จะรับรองหรือไม่รับรองรัฐบาลของต่างประเทศ	- Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1976 - Oetjen v Central Leather Co., 246 U.S. 297, 302 (1918). - United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936) - Bernstein v Nederlandsche-AmerikaanscheStoomvaart-Maatschappij, 210 F. 2d 375 (1954) - Duff Development Co. v. Government of Kelantan (1924) A.C. 797 (H.L.)
	2) การดำเนินการด้านความมั่นคง	- นโยบายการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ในเหตุการณ์การกักขังชาวอเมริกันเชื้อสายญี่ปุ่น	- Korematsu v. United States323 U.S. 214 (1944).

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
		- ประธานาธิบดีออกคำสั่งกับกองกำลังทหารของสหรัฐอเมริกาในช่วงสงคราม - การออกคำสั่งให้ทหารไปร่วมรบในสงครามเวียดนาม - ประธานาธิบดีส่งกองกำลังทหารไปยังประเทศนิคารากัว - การร้องขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐด้านความมั่นคงในประเทศอื่นเป็นความผิด - การคุมขังบุคคลที่เป็นศัตรูตามข้อบังคับของกระทรวงมหาดไทย - การตัดสินใจรวมดินแดนเข้ากับดินแดนของรัฐอื่น - การฟ้องเพื่อให้มีการปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศ - ประเด็นว่าหน่วยงานการบินแห่งสหพันธรัฐ (Federal Aviation Authority-FAA) มีอำนาจตัดสินว่าน่านฟ้าจำเป็นต่อการป้องกันชาติหรือไม่	- Holtzman v Schlesinger, 414 US 1316 (1973) - Gililgan v. Morgan, 413 U.S. 1 (1973). - Mora v. Mcnamara, 389 U.S. 934 (1967) - Crockett v. Regan, 720 F. 2d 1355 (D.C. Cir. 1983) - Schneider v. Kissinger, 412 F. ed 190 D.C. Cir. (2005). - In R. v. Bottrill. exp.Kuechenmeister (1947) K.B. 41 (C.A) - West Rand Central Gold Mining Co., v. The king (1905) 2 K.B. 391 - Kwan v. United States 272 F.3d - Custer County Action Ass'n v. Garvey 256 F. 3d

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
ญี่ปุ่น	1) การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- การออกกฎหมายอาญาพิเศษตามสนธิสัญญาความมั่นคงระหว่างสหรัฐอเมริกากับญี่ปุ่น	- 13 KEISHŪ 13, 3225, 3232 (Sup. Ct. Grand Bench, Dec. 16, 1959)
	2) การดำเนินการด้านความมั่นคง	- การกระทำเกี่ยวกับการที่รัฐป้องกันตนเอง	- HANREI JIHŌ 712, 24 (Sapporo Dist. Ct., Sep. 7, 1973)
ไทย	1) การดำเนินการทางนโยบาย	- รัฐบาลมีนโยบายคืนเงินบำเหน็จบำนาญแก่ข้าราชการที่ต้องโทษ - การจำคุกผู้ฟ้องคดีโดยอาศัยอำนาจแห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502	- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 204/2553 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 666/2552
	2) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับนิติบัญญัติ	- การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย - การขอให้ศาลสั่งเร่งรัดการดำเนินการเวนคืนโดยตราพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ - การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติ - การที่คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาให้ความเห็นชอบและสั่งการให้ยกร่างกฎหมาย - การใช้ดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนด	- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2551 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2546 - คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 14/2546 - คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521

ประเทศ	ประเภทการกระทำ	ลักษณะการกระทำ	คดี
		- การยุบสภาผู้แทนราษฎร	- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.3 /2549 - คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549
	3) การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	- คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น - การที่คณะรัฐมนตรีเสนอบันทึกการประชุมคณะกรรมาธิการเขตแดนร่วม ไทย-กัมพูชา เพื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ - บันทึกข้อตกลงร่วมระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา	- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 397/2553 - คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 182/2553

ภาคผนวก ข

การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลตรวจสอบได้และตรวจสอบไม่ได้

การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลตรวจสอบได้และและตรวจสอบไม่ได้

การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลตรวจสอบไม่ได้	**การกระทำทางรัฐบาลที่ศาลตรวจสอบได้**	
	การตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย	**การตรวจสอบหลังการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย**
การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา		
การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา		
การยุบสภาผู้แทนราษฎร		
การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย	ร่างพระราชบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ**หรือไม่**	การตราพระราชกำหนดของรัฐบาลเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่
	ร่างพระราชบัญญัติที่มีการเสนอให้พิจารณาครั้งหลังมีหลักการที่เหมือนหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้**หรือไม่**	
การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการ		
การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	การวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่	
ความเหมาะสมของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรี และการถอดถอน		
		การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นางสาวสุชาดา เรืองแสงทองกุล
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2548
	นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2554
	ประกาศนียบัตรเนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมกฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยภา ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2549
	ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความ สภาทนายความ ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2550
ประสบการณ์การทำงาน	พ.ศ. 2555-2559 อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเชีย
	พ.ศ. 2559–ปัจจุบัน อาจารย์ประจำ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม