



## รายงานการศึกษาวิจัย

หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ  
ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี  
หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติ  
การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29



โดย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์  
เสนอ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ





# รายงานการศึกษาวิจัย

เรื่อง

“หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ  
ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี  
หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติ  
การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29”

เสนอ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

โดย

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

## ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

## National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

รายงานการศึกษาวิจัยเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ  
ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการ  
ของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ พ.ศ. 2560  
มาตรา 29.-- กรุงเทพฯ : กลุ่มงานวิจัยและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ  
สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2564.  
400 หน้า.

1. คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ--ไทย--วิจัย. I. ชื่อเรื่อง.

342.5930269

ISBN 978-616-8033-72-2

ชื่อเรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการ  
ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี  
หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติ  
การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29

ปีที่พิมพ์ พฤศจิกายน 2564

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550  
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ  
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210  
โทรศัพท์ 02 141 7777 โทรสาร 02 143 9500  
[www.constitutionalcourt.or.th](http://www.constitutionalcourt.or.th)

ดำเนินการจัดทำโดย กลุ่มงานวิจัยและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ

พิมพ์ที่ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ  
บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด

9 ซ.ลาดพร้าว 64 แยก 14 ถ.ลาดพร้าว

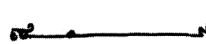
แขวงวังทองหลาง เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

โทรศัพท์ 02 530 4114 โทรสาร 02 108 8951

## คำนำ

รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของ ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29” สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจาก สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นผู้ศึกษาวิจัยโดยได้ ดำเนินการศึกษาวิจัยโดยนำเสนอแนวความคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของ ฝ่ายบริหาร มติคณะรัฐมนตรี และการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการ และได้ศึกษาถึงที่มาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติการจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 และกลไกในการตรวจสอบความชอบด้วย กฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ในระบบ กฎหมายไทยและระบบกฎหมายของต่างประเทศ โดยเปรียบเทียบกรณีของ ไทยกับต่างประเทศ ประกอบด้วย สหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส และสหราชอาณาจักร พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขสภาพ ปัญหา

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษาวิจัย ฉบับนี้ จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิง ในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านและหน่วยงานต่าง ๆ สามารถนำ ข้อค้นพบที่ได้จากการศึกษาไปใช้ประโยชน์ทางวิชาการต่อไป



(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

# สารบัญ

หน้า

คำนำ .....	(1)
สารบัญ.....	(2)
<b>บทที่ 1 บทนำ .....</b>	<b>1</b>
1.1 หลักการและเหตุผล .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ .....	9
1.3 กรอบแนวคิดการวิจัย (Conceptual Framwork).....	10
1.4 ขอบเขตการดำเนินงาน .....	10
1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย .....	13
1.6 ผลสัมฤทธิ์ของงานที่คาดว่าจะได้รับ.....	14
1.7 กระบวนการศึกษาวิจัย .....	14
1.8 รายชื่อคณะผู้วิจัย.....	17
<b>บทที่ 2 ข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบการกระทำ</b>	
<b>ของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ.....</b>	<b>18</b>
2.1 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐ	
และประเภทการกระทำของรัฐ .....	18
2.1.1 แนวคิดว่าการกระทำของรัฐ .....	18
2.1.2 ประเภทการกระทำของรัฐ .....	20
2.1.2.1 การกระทำทางนิติบัญญัติ.....	20
2.1.2.2 การกระทำของฝ่ายบริหาร .....	21
2.1.2.3 การกระทำทางตุลาการ .....	21
2.2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของฝ่ายบริหาร” .....	22
2.2.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	22
2.2.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร .....	24

2.2.2.1	การกระทำทางรัฐบาล .....	24
2.2.2.2	การกระทำทางปกครอง .....	25
2.3	แนวคิดพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ.....	27
2.3.1	หลักพื้นฐานของการควบคุมและตรวจสอบ การกระทำของรัฐ.....	28
2.3.1.1	หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung).....	28
2.3.1.2	หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง และฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz) .....	29
2.3.1.3	หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (die Gewährleistung persönlicher Grundrechte).....	32
2.3.1.4	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung).....	32
2.3.2	การควบคุมตรวจสอบกระทำของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการ.....	35
2.3.2.1	ระบบศาลเดี่ยว.....	35
2.3.2.2	ระบบศาลคู่.....	36
2.3.3	ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	37
2.3.3.1	ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการกำหนดเขตอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	37
2.3.3.2	ศาลรัฐธรรมนูญกับโครงสร้างในการทำภารกิจ ของรัฐ .....	38
(1)	ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ.....	38

(2) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการ ....	38
(3) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการ ที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.....	40
2.3.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองหลักความ เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ .....	40
(1) การตรวจสอบการกระทำทั้งหลาย ของรัฐ.....	41
(2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” .....	43
2.3.3.4 ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญกับการกระทำ ของรัฐ.....	47
(1) หลัก political question doctrine.....	47
(2) การกระทำของรัฐ (Act of state).....	50
(3) การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement).....	51
(4) การกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfreie Hoheitsakte).....	54

### บทที่ 3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี

หรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรีในต่างประเทศ .....	58
3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	58
3.1.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร.....	58
3.1.1.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	58
3.1.1.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร .....	59
(1) การกระทำของรัฐบาล .....	59
(2) การกระทำทางปกครอง.....	61

3.1.2	ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มี	
	มติคณะรัฐมนตรี.....	61
3.1.2.1	ความหมายของมติคณะรัฐมนตรี.....	61
3.1.2.2	ประเภทของมติคณะรัฐมนตรี.....	63
	(1) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดมาตรการ	
	ในทางบริหารที่เป็นงานประจำ.....	63
	(2) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนด	
	นโยบาย.....	64
	(3) มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น	
	“ยุทธศาสตร์ชาติ” .....	65
3.1.2.3	กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี .....	65
3.1.2.4	สถานะของมติคณะรัฐมนตรี.....	66
3.1.3	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ	
	คณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี .....	67
3.1.3.1	หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบ	
	ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	67
	(1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด	
	ของรัฐธรรมนูญ .....	67
	(2) ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับ	
	รัฐธรรมนูญ.....	67
	(3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กร	
	ตามรัฐธรรมนูญ.....	68
	(4) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ	
	ของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ.....	68
	(5) การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายบริหารกับ	
	การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ..	69

3.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย	
ของมติคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ.....	70
(1) อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการ	
ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ.....	70
(2) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร	
โดยศาลรัฐธรรมนูญ.....	71
(2.1) ขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหาร	
ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ	
ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	71
(2.2) ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการ	
ตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล.....	71
(2.3) ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในมิติ	
ของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” ...	72
(3) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบ	
ความชอบด้วยกฎหมายของมติ	
คณะรัฐมนตรี.....	72
(3.1) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบ	
ความชอบด้วยกฎหมายของมติ	
คณะรัฐมนตรีด้วยคำฟ้องประเภท	
“ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่	
ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ”	
(Organstreitverfahren).....	72
(3.2) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบ	
ความชอบด้วยกฎหมายของ	
มติคณะรัฐมนตรี ด้วยคำฟ้องประเภท	
“การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ	
ของประชาชน	
(Verfassungsbeschwerde)” .....	74

(3.3) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของ มติคณะรัฐมนตรีด้วยคำฟ้องประเภท “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ของรัฐธรรมนูญ แบบนามธรรม” (abstrakte Normenkontrolle) ...	76
(4) แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี.....	77
(4.1) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1999 .....	77
(4.2) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1994 .....	78
(4.3) แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบการกระทำ ของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง .....	79
3.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	81
3.2.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร .....	81
3.2.1.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	81
3.2.1.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร .....	82
(1) การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement).....	82
(1.1) ทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง (théorie du mobile politique)..	83
(1.2) การดำเนินงานของรัฐบาล (fonction gouvernementale).....	84
(1.3) การกระทำผสม (acte mixte).....	84

(1.4) เกณฑ์ทางอำนาจ (les règles de compétence).....	85
(1.5) การกระทำตามรัฐธรรมนูญ (les actes tournés vers l'ordre constitutionnel).....	85
(1.6) การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้ (actes injusticiables).....	86
(1.7) การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (acte constitutionnel institutionnel).....	86
(2) การกระทำทางปกครอง.....	87
3.2.1 ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี .....	88
3.2.1.1 คณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres) .....	88
3.2.1.2 กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีและประเภทของมติคณะรัฐมนตรี .....	91
(1) การพิจารณามติในเรื่องทั่วไป (les textes de portée générale) .....	91
(2) การพิจารณามติเพื่อทำคำสั่งเฉพาะเรื่อง (les décisions individuelles).....	92
(3) การประชุมเพื่อติดตามการดำเนินงานที่สำคัญของรัฐมนตรี .....	92
3.2.1.3 สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส.....	93
(1) สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในความเห็นของนักวิชาการ.....	93

(2) สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ .....	94
3.2.1.4 ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศ ฝรั่งเศส.....	96
(1) มติคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศสไม่มีผลทางกฎหมาย โดยตรง.....	96
(2) ผลทางอ้อมของมติคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศส...	97
3.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี .....	99
3.2.3.1 หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญ.....	99
(1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนูญ .....	100
(2) ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับ รัฐธรรมนูญ.....	105
(3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กร ตามรัฐธรรมนูญ.....	108
(4) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ.....	111
(5) การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายบริหารกับ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ..	112
3.2.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรี โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส.....	119
(1) อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ.....	120

(1.1) อำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ ขัดต่อรัฐธรรมนูญ.....	120
(1.2) อำนาจอื่น ๆ ของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญ .....	131
(2) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.....	136
(2.1) ขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหาร ที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ .....	137
(2.2) ข้อจำกัดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบการกระทำ ทางรัฐบาล .....	144
(2.3) ข้อจำกัดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในมิติของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” .....	145
(3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของมติคณะรัฐมนตรี โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ.....	147
3.2.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรีโดยศาลปกครอง.....	148
(1) เงื่อนไขและขอบเขตของการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมาย.....	149
(2) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมาย .....	151
(3) แนวคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรี .....	153

(3.1) คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ที่ 58502 เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 1962.....	154
(3.2) คำพิพากษาสภาแห่งรัฐคดี “Labonne” เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 1919.....	159
(3.3) คำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) คดี “Radio diffusion francaise” เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1950.....	161
3.3 สหราชอาณาจักร (The United Kingdom).....	166
3.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร.....	168
3.3.1.1 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร.....	169
(1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยแท้.....	169
(2) อำนาจหน้าที่ในส่วนที่ต้องไปประสานหรือ ทำร่วมกับองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐหลักอื่น....	170
3.3.1.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	170
(1) การกระทำของรัฐ (Act of State).....	170
(1.1) อำนาจในทางบริหาร.....	171
(1.2) อำนาจในทางนิติบัญญัติ.....	172
(2) การกระทำทางปกครอง (Act of administrative).....	172
3.3.2 คณะรัฐมนตรีและการกระทำของคณะรัฐมนตรี.....	172
3.3.2.1 คณะรัฐมนตรี.....	174
(1) นายกรัฐมนตรี (The Prime Minister)...	174
(2) รัฐมนตรี (Ministers).....	175
3.3.2.2 จริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี.....	176
3.3.2.3 การตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี (Collective Cabinet decision-making)....	177

(1) การจัดองค์กรเป็นสองระดับ	
ของรัฐมนตรี .....	177
(1.1) กลุ่มคณะรัฐมนตรี (Cabinet) .....	177
(1.2) กลุ่มคณะกรรมการย่อย	
ของคณะรัฐมนตรี (Cabinet	
Committee).....	178
(2) มติคณะรัฐมนตรี.....	179
3.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี	
หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี .....	181
3.3.3.1 หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ	
ของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ .....	181
(1) การควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐ	
(Act of State).....	181
(2) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง	
(Act of administrative).....	182
3.3.3.2 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำ	
ของรัฐ (Act of State).....	183
(1) คดี Rahmatullah (No.2) (Respondent)	
v. Ministry of Defence.....	184
(2) คดี Al-Waheed and Serdar Mohammed	
v. Ministry of Defence.....	185
(3) คดี Belhaj v Straw.....	185

#### บทที่ 4 มติคณะรัฐมนตรี และการตรวจสอบมติคณะรัฐมนตรี

ตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ	
พ.ศ. 2560 .....	187
4.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยมติคณะรัฐมนตรี .....	187
4.1.1 ความหมายของมติคณะรัฐมนตรี.....	187

4.1.2	สถานะของมติคณะรัฐมนตรี.....	195
4.1.2.1	มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น “กฎ” .....	196
4.1.2.2	มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นคำสั่ง ทางปกครอง.....	198
4.1.2.3	มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นนโยบาย.....	199
4.1.2.4	สถานะของมติคณะรัฐมนตรีที่จำแนก ตามแนวความคิด .....	200
	(1) แนวความคิดของศาลฎีกา .....	200
	(2) แนวความคิดของคณะกรรมการ กฤษฎีกา.....	201
	(3) แนวความคิดของนักนิติศาสตร์.....	202
4.1.3	ประเภทของมติคณะรัฐมนตรี.....	204
4.1.3.1	มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดมาตรการ ในทางบริหารที่เป็นงานประจำที่มีลักษณะ เป็นการกระทำทางปกครองที่ถูกตรวจสอบ โดยศาลปกครองได้.....	205
4.1.3.2	มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบาย ในฐานะรัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบโดยตรง ต่อรัฐสภา.....	205
4.1.4	กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี .....	210
4.1.4.1	กระบวนการออกมติของคณะรัฐมนตรีให้เป็นไป ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่อง และการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการ เสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 .....	210
4.1.4.2	กระบวนการจัดทำมติคณะรัฐมนตรีตามคู่มือ การจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี ....	212

	(1) การจัดทำมติคณะรัฐมนตรีในกรณีทั่วไป..	212
	(2) การจัดทำมติคณะรัฐมนตรีในกรณี เร่งด่วน .....	214
4.2	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี...	220
4.2.1	มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล .....	220
4.2.1.1	การตั้งกระทู้ถาม .....	221
4.2.1.2	การเปิดอภิปราย .....	221
4.2.1.3	การตั้งคณะกรรมการ .....	221
4.2.1.4	การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณ ของแผ่นดิน .....	222
4.2.1.5	การให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญากับ นานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ...	222
4.2.2	มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง.....	222
4.3	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี โดยองค์กรตุลาการ .....	224
4.3.1	หลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำของฝ่ายบริหาร.....	227
4.3.1.1	หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ..	227
	(1) ความหมายแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนุญ .....	229
	(2) ผลความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนุญ .....	229
	(3) การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุด ของรัฐธรรมนุญ .....	230
4.3.1.2	การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กร ตามรัฐธรรมนุญ.....	232
	(1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) .....	233
	(2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน.....	234

(3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.).....	234
(4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.)...	235
(5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.....	236
4.3.1.3 หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ .....	236
(1) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ .....	239
(1.1) การควบคุมตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองโดยศาลปกครอง .....	240
(1.2) การควบคุมตรวจสอบการกระทำ ทางปกครองโดยศาลอื่น .....	249
(2) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำ ทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ.....	249
(2.1) เหตุผลในการตรวจสอบการกระทำ ทางรัฐบาลโดยศาลปกครอง.....	250
(2.2) ความจำเป็นของการตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการ.....	251
(2.3) การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล โดยองค์กรตุลาการ.....	252
4.3.2 การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย.....	254
4.3.2.1 ขอบเขตการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	254
(1) การตรวจสอบร่างกฎหมาย.....	255
(2) การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว..	256

(3) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร ที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ.....	257
(3.1) กรณีการตรวจสอบการตรา พระราชกำหนด.....	257
(3.2) กรณีการตรวจสอบหนังสือสัญญา ระหว่างประเทศ.....	258
(3.3) กรณีการตรวจสอบการมีส่วนได้เสีย ในการใช้งบประมาณรายจ่าย.....	259
(4) การตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.....	259
(5) การตรวจสอบสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติ ของบุคคล.....	260
(6) การตรวจสอบการกระทำที่ละเมิด ต่อสิทธิเสรีภาพ.....	260
4.3.2.2 ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ การกระทำทางรัฐบาล.....	261
(1) การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา.....	263
(2) การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุม รัฐสภา.....	263
(3) การยุบสภาผู้แทนราษฎร.....	264
(4) การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอ หรือไม่เสนอร่างกฎหมาย.....	265
(5) การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหาร ราชการแผ่นดิน.....	265
(6) การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ.....	266
(7) ความเหมาะสมของการแต่งตั้งรัฐมนตรี...	267
(8) การกระทำอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติ ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้.....	267

4.3.3	ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์การตุลาการของไทย.....	270
4.3.3.1	ขั้นตอนการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณา.....	270
	(1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ รัฐบาล .....	270
	(2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ ปกครอง.....	272
4.3.3.2	กระบวนการในการพิจารณา .....	277
	(1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ รัฐบาล .....	277
	(1.1) กระบวนการในการพิจารณา ของศาลรัฐธรรมนูญ .....	277
	(1.2) กระบวนการในการพิจารณา หรือควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา..	278
	(2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ ปกครอง.....	279
4.3.3.3	ผลของการพิจารณา .....	282
	(1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ รัฐบาล .....	282
	(2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ ปกครอง.....	282

4.3.4	แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี.....	284
4.3.4.1	แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี.....	284
(1)	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.5/2546.....	284
(2)	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.14/2546 .....	284
(3)	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.21/2546 .....	285
(4)	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.26/2546 .....	286
(5)	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546 .....	286
(6)	คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 .....	287
(7)	คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551.....	287
(8)	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.23/2558 .....	288
(9)	คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.410/2563.....	289
4.3.4.2	แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี.....	289
(1)	คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2554.....	289
(2)	คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2553.....	290
(3)	คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34/2552.....	290

	(4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 .....	291
	(5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 .....	292
	(6) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562.....	293
4.4	การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 .....	294
4.4.1	เงื่อนไขและขอบเขตของการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมาย.....	300
4.4.2	ขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมาย.....	301
4.4.3	ผลของการพิจารณาตรวจสอบความชอบ ด้วยกฎหมาย.....	301
<b>บทที่ 5</b>	<b>บทวิเคราะห์</b> .....	<b>303</b>
5.1	วิเคราะห์สถานะของพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 .....	303
5.1.1	วิเคราะห์สถานะของพระราชบัญญัติจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 .....	303
5.1.2	วิเคราะห์สถานะของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติ จัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 .....	307
5.1.2.1	ลักษณะของบทบัญญัติมาตรา 29 .....	307
5.1.2.2	เนื้อหาของการตรวจสอบตามมาตรา 29 .....	308
5.1.2.3	ความมุ่งหมายของมาตรา 29 .....	310
5.2	วิเคราะห์สถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติ จัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ว่าเป็นการกระทำ ประเภทใด .....	312

5.3	วิเคราะห์เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29...321	
5.3.1	หลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ.....	321
5.3.2	ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำ ของฝ่ายบริหาร.....	325
5.3.3	ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” .....	326
5.3.3.1	ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้หรือไม่ .....	327
5.3.3.2	ขอบเขตของการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” มีขอบเขตเพียงใด .....	332
5.4	วิเคราะห์ขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญ.....	336
5.5	วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญว่าควรมีขอบเขตในการตรวจสอบ เพียงใด.....	339
<b>บทที่ 6</b>	<b>บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b> .....	<b>348</b>
6.1	บทสรุป .....	348
6.2	ข้อเสนอแนะ .....	352
<b>บรรณานุกรม</b>	.....	<b>356</b>
	ภาษาไทย.....	356
	ภาษาอังกฤษ.....	362

ภาษาฝรั่งเศส .....	364
ภาษาเยอรมัน .....	367

#### ภาคผนวก

รายงานสรุปการสัมมนารับฟังความคิดเห็น	
รายงานการศึกษาวิจัย .....	371
สรุปผลการสัมมนารับฟังความคิดเห็น .....	372



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 หลักการและเหตุผล

ภายใต้การปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา องค์การที่มีบทบาทหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน คือ รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี โดยองค์การดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินตามที่ได้เสนอต่อรัฐสภา รวมถึงการใช้อำนาจในการบริหารงานในส่วนราชการต่าง ๆ ในฐานะที่เป็นองค์การสูงสุดของฝ่ายปกครอง จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการในเรื่องปกครองบ้านเมืองให้มีความผาสุก สงบเรียบร้อย และบังคับกิจการใด ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนมีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายในการบริหารกิจการของประเทศทั้งหมด

ในทางทฤษฎี การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลอาจแบ่งออกได้ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ลักษณะแรก เป็นการใช้อำนาจรัฐของรัฐบาล “ในฐานะฝ่ายบริหาร” เกี่ยวกับการวางนโยบายต่าง ๆ เพื่อใช้ในการบริหารประเทศถือเป็นการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางการเมืองหรือการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) ทั้งนี้ การกระทำในทางนโยบายหรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นย่อมหลุดพ้นจากการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ลักษณะที่สอง คือ การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาล “ในฐานะฝ่ายปกครอง” ซึ่งศาลย่อมมีอำนาจเข้ามาควบคุมการกระทำในฐานะฝ่ายปกครองของรัฐบาลได้ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองไม่ใช่การใช้อำนาจในทางนโยบาย ดังนั้น การกระทำต่าง ๆ ที่รัฐได้ดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครองย่อมผูกพันอยู่ภายใต้หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลจึงสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายปกครองได้ กล่าวคือ เป็นหลักการตรวจสอบความชอบด้วย

<sup>1</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ เสนอต่อ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ : พีเพรส), 2553, หน้า 63–64.

กฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Act of administrative) โดยองค์กรตุลาการ อันเป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 158 ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่และอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดิน ตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน (collective accountability) โดยมีเจตนารมณ์ เพื่อที่จะทำให้การบริหารราชการแผ่นดินมีความเชื่อมโยงกับบริบทด้านความมั่นคง ด้านเศรษฐกิจ และสังคม<sup>2</sup> จึงส่งผลให้การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ออกมา ในรูปแบบของ “มติคณะรัฐมนตรี” ซึ่งมีความหมายว่า ผลของการตัดสินใจร่วมกัน ของคณะรัฐมนตรีในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ใน รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายของคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการอนุมัติร่างกฎหมาย การอนุมัติงบประมาณ การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การกำหนดระเบียบแบบแผนการปฏิบัติราชการ เป็นต้น<sup>3</sup>

โดยทั่วไปแล้ว มติคณะรัฐมนตรีมีอยู่เป็นจำนวนมาก เนื่องจากเป็นเครื่องมือ สำคัญอย่างหนึ่งในการทำให้การบริหารงานแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีดำเนินการได้ สามารถจัดประเภทมติของคณะรัฐมนตรีได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ โดยพิจารณา จากฐานที่มาของอำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี คือ มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้ อำนาจทางรัฐบาลหรือในฐานะของฝ่ายบริหาร และมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้ อำนาจในทางปกครอง<sup>4</sup>

ในส่วนของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล จะต้องเป็นการใช้อำนาจในเรื่องของการกำหนดนโยบายและแผนการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศจัดเป็นขั้นตอน สำคัญทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับการรวบรวมผลประโยชน์หรือข้อเรียกร้อง

<sup>2</sup> คณะอนุกรรมการบันทึกเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญฯ, ตารางสรุปเจตนารมณ์รายมาตราของร่างรัฐธรรมนูญ ภาคผู้ว่าการเมืองที่ดีและระบบผู้แทนที่ดี (เล่ม 2).

<sup>3</sup> คณะทำงานศึกษามติคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ถาม – ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี (เล่ม 1), สิงหาคม 2557, หน้า 1-22.

<sup>4</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณี เปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, หน้า 72-74.

ความต้องการ และปัญหาของประชาชนเพื่อเข้าสู่กระบวนการกำหนดนโยบายหรือแนวทางของรัฐบาลในการแก้ไขปัญหาโดยองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่ตามกฎหมาย<sup>5</sup> ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 64 ของหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐเป็นแนวทางในการที่รัฐจะตรากฎหมายหรือกำหนดนโยบายใด ๆ ให้สอดคล้องกับเป้าหมายในการพัฒนาประเทศ ซึ่งรวมไปถึงมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องการเสนอริเริ่ม แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายการจัดทำงบประมาณการเงินการคลังของประเทศด้วย<sup>6</sup>

ในขณะที่มติคณะรัฐมนตรี ซึ่งบางครั้งเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง กล่าวคือ เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีศักดิ์ของกฎหมายเสมือนกับพระราชบัญญัติ เช่น มติคณะรัฐมนตรีเรื่องการพิจารณาความดีความชอบแก่ข้าราชการและลูกจ้างประจำ เป็นต้น<sup>7</sup> ซึ่งในกรณีนี้ มติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะของการกำหนดแบบแผนหรือระเบียบในการปฏิบัติราชการ จึงถือว่า คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครองมีมติคณะรัฐมนตรีโดยใช้อำนาจทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง ซึ่งอาจจะมิได้มีลักษณะเป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือมีสภาพเป็นขั้นตอนในการออกกฎหรือคำสั่ง หรือมีสภาพเป็นแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจหรือมีสภาพเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารก็ได้

การแบ่งแยกประเภทของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้น จะส่งผลต่อการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี กรณีมติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจในทางบริหารหรือที่เรียกว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้น ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว การกระทำของคณะรัฐมนตรีที่ได้กระทำไปแล้ว ในทางการเมืองย่อมหลุดพ้นจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย หรือ

<sup>5</sup> อมร จันทรมบูรณ์, “การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชาขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร”, สำนักงานศาลปกครอง, 2551, หน้า 1-35.

<sup>6</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง, 2551, เข้าถึงจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1264>.

<sup>7</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”, เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับต้น รุ่นที่ 12 พ.ศ. 2549, 2549, หน้า 21.

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ<sup>8</sup> อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าว มีแนวคิดของนักวิชาการบางส่วนเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่อยู่ภายใต้การปกครองตามหลักนิติรัฐ กล่าวคือ รัฐไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ไม่มีการกระทำใดของรัฐที่จะไม่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ หรือสถาบันตรวจสอบอื่น ๆ ดังนั้นมติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจในทางรัฐบาลหรือไม่ ก็ย่อมต้องถูกตรวจสอบด้วยเช่นเดียวกัน แต่จะตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือองค์กรตรวจสอบอื่นใด ก็อาจจะแตกต่างกันไปตามหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการตรวจสอบนั่นเอง ในทางตรงกันข้าม หากมติของคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง ซึ่งมีสภาพเป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง ขั้นตอนในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง แนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจหรือมาตรการภายในฝ่ายบริหาร ซึ่งแต่ละกรณีก็จะส่งผลกระทบต่อการใช้ศาลจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้แตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะดังกล่าวก็จะต้องถูกตรวจสอบและอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 9 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542<sup>9</sup> แล้ว

<sup>8</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย,” ใน คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (กรุงเทพ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา), 2547, หน้า 141-142.

<sup>9</sup> มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับกรกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

เห็นว่า ประเภทของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายมี 2 ประเภทด้วยกัน คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นกฎ และมติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนมติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพอยู่นอกเหนือลักษณะของกฎและคำสั่งทางปกครอง ที่กล่าวไปแล้วข้างต้นนั้น เป็นกรณีที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้โดยตรง เนื่องจากการกระทำทางปกครองที่เป็นกระบวนการหรือเรื่องภายในของฝ่ายบริหารที่จะดำเนินการ หากให้อำนาจศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบได้ทุกกรณีก็จะเสมือนหนึ่งว่าศาลกำลังทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินด้วยตนเองหรือเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง กระนั้นแม้ศาลปกครองจะไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางปกครองในบางลักษณะได้โดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นที่ที่ของฝ่ายบริหารที่จะต้องควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในกรณีต่าง ๆ นั้น ด้วยตนเองตามหลักเกณฑ์และกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นนโยบาย หรือแนวปฏิบัติก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดที่ต้องปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีใดแล้วพบว่ามติของคณะรัฐมนตรีนั้น อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมาย อาจดำเนินการได้ 2 กรณี คือ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติในเชิงนโยบายให้ดำเนินการเรื่องใด ซึ่งมีกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินการ หน่วยงานของรัฐก็ยังไม่สามารถดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีได้จนกว่าจะแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเสียก่อน หรือกรณีที่สอง หน่วยงานของรัฐพบว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เคยปฏิบัติอยู่ ขัดหรือแย้งกับกฎหมายให้หน่วยงาน

---

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

ของรัฐเสนอขอปรับปรุงหรือขอยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย

เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ ได้กำหนดให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามแนวทาง ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดให้รัฐพึงดำเนินนโยบายแห่งรัฐให้ครอบคลุมในด้านต่าง ๆ ตามมาตรา 64-78 นอกจากนี้ ในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีนั้น รัฐธรรมนูญ มาตรา 158 บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตาม “หลักความรับผิดชอบร่วมกัน” จึงทำให้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีมีการตัดสินใจในรูปแบบของมติร่วมกันหรือที่เรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” ซึ่งอาจแบ่งได้ 2 ประเภท คือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำและเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ส่วนอีกประเภทหนึ่ง คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นงานนโยบายโดยแท้และเป็นงานสำคัญที่คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและจะต้องมีความสอดคล้องกับแนวนโยบายแห่งรัฐ<sup>10</sup>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังกำหนดต่อไปในมาตรา 65 ว่า รัฐพึงจัดให้มี “ยุทธศาสตร์ชาติ” สำหรับใช้เป็นเป้าหมายในการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล เพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการร่วมกัน นั่นจึงทำให้นอกจากที่การบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีจะต้องสอดคล้องกับแนวนโยบายแห่งรัฐแล้วยังจะต้องสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติที่กำหนดขึ้นด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากในการตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินดังกล่าว กรณีที่มติคณะรัฐมนตรีมีลักษณะที่เป็นงานประจำหรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ก็สามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ ขณะที่กรณีมติคณะรัฐมนตรี

<sup>10</sup> เกรียงไกร เจริญชนาววัฒน์ และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, หน้า 72-74.

เป็นเรื่องของการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินย่อมถูกตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ผ่านกระบวนการในการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา หรือโดยการตั้งกระทู้ถามหรือการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจได้ ต่อมาได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 โดยมีเจตนารมณ์ให้กฎหมายดังกล่าวเป็นกรอบหลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องของการจัดทำ กำหนดเป้าหมาย และระยะเวลา รวมถึงสาระสำคัญที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติ ให้สอดคล้องและเกิดการบูรณาการร่วมกัน<sup>11</sup> กลไกที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้คือ การกำหนดกลไกการตรวจสอบการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐว่า สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือไม่ ดังปรากฏในมาตรา 29<sup>12</sup> ซึ่งบัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติและวุฒิสภาทราบ ในกรณีที่เห็นว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท อันเป็นผลมาจากมติคณะรัฐมนตรีหรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง โดยวุฒิสภามีหน้าที่และอำนาจในการติดตาม เสนอแนะ และเร่งรัดการจัดทำและดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ และในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่าการณดังกล่าวเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว และหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่

<sup>11</sup> บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ.....

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ในระหว่างอายุของวุฒิสภา ตามมาตรา 269 (4) ของรัฐธรรมนูญในกรณีที่การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ แจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณา และมีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ โดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องพิจารณาและมีมติให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ โดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 7 (13) โดยถือเป็นคดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นที่กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีและการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้น ในทางปฏิบัติมติคณะรัฐมนตรีมีทั้งการกำหนดมาตรการในทางบริหารที่เป็นงานประจำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองได้ และบางกรณีเป็นการกำหนดนโยบายในฐานะรัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา ดังนั้น การที่จะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีนั้น ควรจะมีขอบเขตหรือกระบวนการอย่างไร ในการศึกษาเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวนี้ จึงมีความจำเป็นในการศึกษาในเชิงเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศที่ใช้รูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาหรือกึ่งรัฐสภา ที่มีคณะรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นองค์กรฝ่ายบริหารเช่นเดียวกันกับของประเทศไทย ได้แก่ สหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่อให้เห็นถึงแนวคิด หลักการ และองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ ตลอดจนกระบวนการในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีว่าประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีระบบและกลไกเป็นเช่นไร เพื่อที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้ใช้เป็นข้อมูลทางวิชาการอันเป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 ต่อไป

โดยนัยนี้ ประเด็นปัญหาสำคัญซึ่งต้องศึกษาวิเคราะห์ คือ แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของรัฐมนตรีที่ส่งผลให้หน่วยงานรัฐไม่อาจ

ดำเนินการใด ๆ ในลักษณะที่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติได้ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดี มีประเด็นปัญหาว่า มติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าว จัดเป็นมติคณะรัฐมนตรีประเภทใด ซึ่งการพิจารณาว่า มติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร หรือในฐานะฝ่ายปกครอง ย่อมจะส่งผลกระทบต่อ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีและการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยองค์การที่แตกต่างกัน ซึ่งในการศึกษาเบื้องต้นพบว่า ณ ปัจจุบัน ประเทศไทยมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาลักษณะหรือสภาพของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีอื่นจะถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนแต่อย่างใด ประกอบกับ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้มีการกำหนดขั้นตอน กระบวนการในการวินิจฉัย ความชอบด้วยกฎหมายของกรณีดังกล่าว จึงนำไปสู่ปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่อง เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาวิจัย ในหัวข้อ **“หลักเกณฑ์ และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29”** เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลทางวิชาการที่จะใช้ประกอบการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์

1.2.1 เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

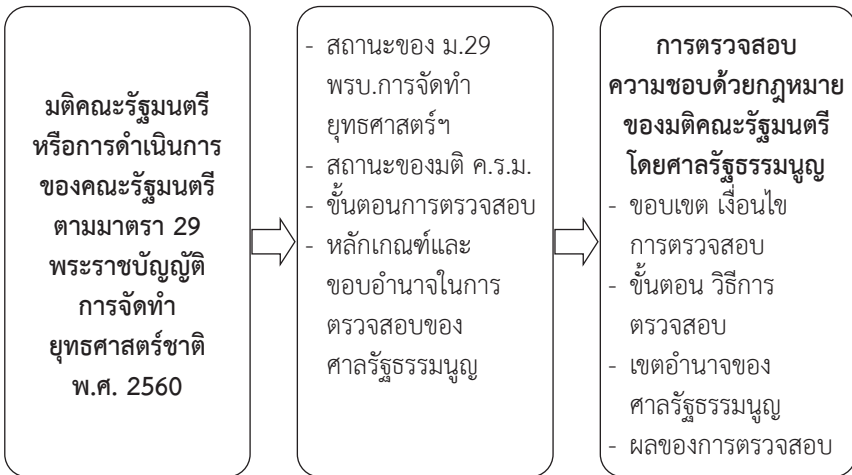
1.2.2 เพื่อศึกษาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

1.2.3 เพื่อศึกษาขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของประเทศไทยกับต่างประเทศ

1.2.4 เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย และศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย กับศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

1.2.5 เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี รวมถึงแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทยกับต่างประเทศ

### 1.3 กรอบแนวคิดการวิจัย (Conceptual Framework)



### 1.4 ขอบเขตการดำเนินงาน

1.4.1 ศึกษารากฐานความเป็นมาและพัฒนาการของแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 ที่กำหนดให้

ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีของประเทศไทย

1.4.2 ศึกษาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 (13) ศึกษาขั้นตอน กระบวนการ หลักเกณฑ์ และวิธีพิจารณาในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีของประเทศไทยและต่างประเทศ 3 ประเทศ ซึ่งประกอบด้วย ประเทศสหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส โดยรวบรวม ประมวล และวิเคราะห์แนวความคิด และหลักการของกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเปรียบเทียบกับประเทศไทย

1.4.3 รวบรวมแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและประเทศสหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เกี่ยวกับกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยนำเสนอว่าในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีหลักการและขอบเขตการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีอย่างไร พร้อมทั้งนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญไทย

1.4.4 ศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ตลอดจนนำเสนอแนวทางในการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่สามารถนำไปปรับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้โดยให้ศึกษาเปรียบเทียบกรณีของประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยศึกษาเปรียบเทียบกรณีของไทยกับประเทศสหราชอาณาจักร สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.4.5 จัดให้มีการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษาเพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุมหรือสัมมนามาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์ที่เกี่ยวข้องจากสถาบันการศึกษา องค์กรภาคประชาชน ส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง และนักวิชาการอิสระ

ในสาขาที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง จำนวนไม่น้อยกว่า 50 คน เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย

#### 1.4.6 ศึกษาจากเอกสาร ตำราและงานวิจัย ดังนี้

(1) ศึกษาจากงานวิจัยเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีที่ได้ศึกษาไว้แล้ว ในประเด็นต่าง ๆ

(2) ศึกษาให้เห็นถึงแนวคิดเกี่ยวกับที่มาและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29

(3) ศึกษาหลักพื้นฐานในทางทฤษฎี หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

(4) ศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

(5) ศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

(6) ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยและต่างประเทศ

1.4.7 จัดหาผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์ หรือรัฐศาสตร์ พิจารณาให้ความเห็นร่างรายงานการศึกษาที่ผ่านการประชุมหรือสัมมนามาตามข้อ 1.4.5 แล้ว เพื่อนำความเห็นดังกล่าวมาประกอบการพิจารณาร่างรายงานการศึกษาที่เสนอให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาตรวจรับต่อไป

1.4.8 หลังจากเสร็จสิ้นโครงการ นำผลการวิจัยเผยแพร่ในวารสารวิชาการ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ และคณะผู้วิจัยจะดำเนินการจัดพิมพ์เอกสารสรุปผลการวิจัย

เพื่อเผยแพร่ไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจที่เกี่ยวข้องต่อไป ทั้งนี้ ในส่วนของเนื้อหาในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์จะดำเนินการภายใต้ความเห็นชอบของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## 1.5 วิธีการดำเนินการวิจัย

การวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาวิเคราะห์จากเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) ได้แก่ รัฐธรรมนูญ กฎหมาย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาศาลปกครอง ตลอดจนเอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) ได้แก่ ตำรา รายงานการวิจัย บทความทางวิชาการ และวิทยานิพนธ์ทั้งที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในรูปแบบของเอกสารและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ สารสนเทศ (Internet) ที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวข้องกับประเด็นของการศึกษาวิจัยนี้ แล้วนำมาวิเคราะห์ เพื่อประมวลเป็นข้อเสนอแนะต่อไป

นอกจากนี้เมื่อได้ข้อเสนอแนะในเบื้องต้นแล้ว คณะผู้วิจัยจะดำเนินการจัดประชุมหรือสัมมนาทางวิชาการ โดยจะดำเนินการเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือผู้เชี่ยวชาญในสาขาที่เกี่ยวข้อง รวมถึงส่วนราชการ และรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐ หรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนา เพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย จำนวนรวมกัน ไม่น้อยกว่า 50 คน และจะประชาสัมพันธ์ให้ตัวแทนเครือข่ายจากภาคประชาชน และบุคคลผู้สนใจตลอดจนนิสิต นักศึกษาเข้ามามีส่วนร่วมในการประชุมหรือสัมมนา เพื่อนำความคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่ได้มาปรับปรุงผลการศึกษาวิจัยต่อไป

ทั้งนี้ ภายหลังจากงานวิจัยดำเนินการเสร็จสมบูรณ์ คณะผู้วิจัยจะดำเนินการจัดพิมพ์เอกสารสรุปผลการวิจัย เพื่อเผยแพร่ไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจที่เกี่ยวข้องต่อไป ทั้งนี้ ในส่วนของเนื้อหาในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์จะดำเนินการภายใต้ความเห็นชอบของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

## 1.6 ผลสัมฤทธิ์ของงานที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำฐานข้อมูล ทางวิชาการดังกล่าว เสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเพื่อใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ และมีฐานะรองรับความน่าเชื่อถือเป็นไปตามหลักวิชา

1.6.2 ประชาชนทั่วไปหน่วยงานของรัฐและเอกชน สถาบันการศึกษา และชุมชนมีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรี

1.6.3 ทุกภาคส่วนสามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นแนวทางในการ ศึกษาต่อยอดทางวิชาการมีใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาขั้นตอนต่อไป

## 1.7 กระบวนการศึกษาวิจัย

รายละเอียดการดำเนินโครงการ	เดือนที่					
	1	2	3	4	5	6
1. ศึกษากรอบแนวความคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง แผนการดำเนินงานโครงการ กระบวนการและขั้นตอน การดำเนินงาน เก็บรวบรวมและศึกษาข้อมูลตามที่ กำหนดในขอบเขตการศึกษาพร้อมรายละเอียดเบื้องต้น จัดทำรายงานการศึกษาเบื้องต้น (Inception Report) (ภายใน 1 เดือน) ประกอบด้วย 1. กรอบแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง 2. แผนการดำเนินงานโครงการรวมทั้งกระบวนการ และขั้นตอนการดำเนินงาน ตลอดจนการเก็บรวบรวม และศึกษาข้อมูลตามที่กำหนดในขอบเขตการศึกษา พร้อมรายละเอียดเบื้องต้น	↔					
2. เก็บข้อมูลและจัดทำเค้าโครง การศึกษาเปรียบเทียบ ที่มา และเจตนารมณ์ของมาตรา 29	↔					

รายละเอียดการดำเนินโครงการ	เดือนที่					
	1	2	3	4	5	6
3. ศึกษาหลักเกณฑ์ ขอบเขต ขั้นตอน และกระบวนการ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ของไทย และเปรียบเทียบกับต่างประเทศ		←→				
4. ศึกษาหลักเกณฑ์ และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ของไทย และเปรียบเทียบกับต่างประเทศ		←→				
5. ศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจาก การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติ คณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี			←→			
6. จัดทำรายงานการศึกษาขั้นกลาง (Interim Report) (ภายใน 3 เดือน) ประกอบด้วย 1. รายงานความคืบหน้าของการศึกษา 2. การวิเคราะห์ข้อมูลที่เกี่ยวข้อง รายละเอียดของ การศึกษา 3. การนำข้อสังเกตของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่มีต่อรายงานการศึกษาเบื้องต้น (Inception Report) มาปรับปรุง			↔			
7. วิเคราะห์รายงานการศึกษาขั้นกลางและดำเนินการ ศึกษาวิจัยตามกรอบการศึกษาเพิ่มเติม เพื่อปรับปรุง ผลการศึกษาให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และนำข้อสังเกตของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมาปรับปรุงให้รายงาน มีความสมบูรณ์				←→		

รายละเอียดการดำเนินโครงการ	เดือนที่					
	1	2	3	4	5	6
<p>8. จัดทำร่างรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ (Draft Final Report)</p> <p>(ภายใน 4 เดือน) ประกอบด้วย</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. รายงานผลการศึกษิตตามขอบเขตการดำเนินงานทั้งหมด</li> <li>2. รายงานผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบ</li> <li>3. นำข้อสังเกตของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อรายงานการศึกษาชั้นกลาง (Interim Report) มาปรับปรุง</li> <li>4. กำหนดการจัดการประชุมสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา</li> </ol>				↔		
<p>9. จัดประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากผู้ทรงคุณวุฒิ 50 คน เพื่อนำข้อเสนอแนะในร่างรายงานการศึกษา มาปรับปรุงให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุม/สัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็น พร้อมทั้งข้อสังเกตของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อร่างรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ มาจัดทำรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ (Final Report) ต่อไป</p>					↔	
<p>10. จัดทำรายงานผลการศึกษิตฉบับสมบูรณ์ (Final Report)</p> <p>(ภายใน 6 เดือน) และแก้ไขรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการให้ความเห็นชอบรายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์</p>						↔
<p>11. ภายหลังจากวิจัยดำเนินการเสร็จสมบูรณ์ คณะผู้วิจัยจะดำเนินการจัดพิมพ์เอกสารสรุปผลการวิจัยเพื่อเผยแพร่ไปยังหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจที่เกี่ยวข้องต่อไป ทั้งนี้ ในส่วนของเนื้อหาในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์จะดำเนินการภายใต้ความเห็นชอบของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ</p>						↔

## 1.8 รายชื่อคณะผู้วิจัย

คณะผู้วิจัยประกอบด้วย

1. ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ หัวหน้าโครงการ  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต นักวิจัยหลัก  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร นักวิจัยหลัก  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
4. อาจารย์ ดร.ฉานิทธิ์ สันตะพันธุ์ นักวิจัยหลัก  
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์  
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
5. อาจารย์ อมรรัตน์ อำมาตเสนา นักวิจัย  
อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์  
สำนักวิชารัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์
6. นายวิชา เนตรหัสสัย นักวิจัย  
พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2  
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

## บทที่ 2

### ข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการ

เพื่อให้เกิดความเข้าใจในแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีที่ได้ศึกษาในงานวิจัยฉบับนี้ ในบทที่ 2 นี้จะได้กล่าวถึง (2.1) แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐและประเภทการกระทำของรัฐ (2.2) แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของฝ่ายบริหาร” และ (2.3) และแนวคิดพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

#### 2.1 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐและประเภทการกระทำของรัฐ

##### 2.1.1 แนวคิดว่าด้วยการกระทำของรัฐ

โดยที่ “รัฐ” เป็นนิติบุคคล รัฐจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ด้วยตนเองได้ การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องกระทำการโดยผ่านบุคคลธรรมดาทั้งหลายที่ดำรงตำแหน่งเป็นบุคคลของรัฐทั้งสิ้น เพียงแต่กฎหมายให้ถือว่า การกระทำของบุคคลธรรมดาเหล่านั้น หากได้กระทำภายในขอบเขตและเงื่อนไข หรือวิธีที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธิดังกล่าวนั้นย่อมตกได้แก่รัฐ และในขณะเดียวกัน หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่บางประการ หน้าที่ดังกล่าวนั้นก็ตกเป็นหน้าที่ของรัฐมิใช่หน้าที่เป็นการส่วนตัวของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐซึ่งกระทำโดย “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” นั้น มีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ<sup>13</sup>

ก. การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ

<sup>13</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ, เข้าถึงจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=241>, หน้า 1.

ข. การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐอันได้ทาลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่ และ

ค. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชน โดยผ่านบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้เนื่องการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงอาจมิได้กระทำอยู่ภายในขอบเขต เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดานั้น อาจจะทำโดยมีเจตนาที่จะทุจริตต่อหน้าที่ หรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือพยายามปิดบังการใช้อำนาจรัฐเพื่อตนเองหรือกลุ่มของตนเอง

ดังนั้น การทำภาระหน้าที่ของรัฐซึ่งแยกออกเป็นนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ องค์กรเหล่านี้ล้วนต้องอาศัยคนทำแทน กฎหมายมหาชนจึงต้องวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปฏิบัติภาระหน้าที่ดังกล่าว ดังต่อไปนี้<sup>14</sup>

ก. กฎเกณฑ์การเข้าสู่ตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งในองค์กรเพื่อปฏิบัติหน้าที่

ข. เมื่อเข้าสู่ตำแหน่งในองค์กรของรัฐแล้ว คนนั้นหรือคนกลุ่มนั้นก็สามารถใช้หน้าที่และอำนาจขององค์กรในตำแหน่งได้ และเนื่องจากหน้าที่หรือภารกิจไม่ใช่สมบัติส่วนตัวของคน อำนาจจึงถูกจำกัดโดยกฎหมายจะใช้อำนาจเกินที่กฎหมายกำหนดไม่ได้

ค. เมื่อคนปฏิบัติภาระหน้าที่หรือภารกิจ กฎหมายก็ต้องให้ความคุ้มครองกันคนที่ปฏิบัติภารกิจนั้น ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายจึงสร้างหลักการคุ้มครองภาระหน้าที่ของคนที่ใช้อำนาจทำแทนรัฐจากการกระทำของคนนอก

ง. นอกจากความคุ้มครองก่อภาระหน้าที่แล้ว กฎหมายยังต้องให้เอกสิทธิของอำนาจมหาชนแก่คนผู้ปฏิบัติหน้าที่นั้นให้สามารถสั่งการฝ่ายเดียวให้คนอื่นต้องทำตามและบังคับตามคำสั่งนั้นได้

<sup>14</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, รัฐ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4, (กรุงเทพ : วิญญูชน) 2560, หน้า 176.

การใช้อำนาจรัฐซึ่งใช้โดยบุคคลธรรมดาที่เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อาจเกิดความบกพร่องจากการกระทำดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบ การใช้อำนาจรัฐในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลาย ในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน การใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว กล่าวคือ ในด้านหนึ่งการใช้อำนาจรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนซึ่งเป็นอำนาจที่เหนือบุคคลและเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในอีกด้านหนึ่งจึงต้องให้การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวสามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจเหนือของประชาชน ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” อันเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตย

## 2.1.2 ประเภทการกระทำของรัฐ

การกระทำของรัฐซึ่งกระทำโดย “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อาจเป็นการกระทำโดย “องค์กรเดียว” หรืออาจกระทำโดย “องค์กรกลุ่ม” ก็ได้ ซึ่งในที่นี้อาจแยกการกระทำของรัฐออกเป็น การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายบริหาร และการกระทำทางตุลาการ โดยมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายต่าง ๆ ดังนี้

### 2.1.2.1 การกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ หมายถึง การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถือว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยที่จะตรากฎหมายใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปได้ โดยลักษณะของกฎหมายที่จะใช้บังคับจะต้องมีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) ทั่วไป (general) นอกจากนี้ยังต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนุญ เช่น การตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังมิได้ หรืออาจกล่าวโดยรวมกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจะขัดต่อ “หลักนิติธรรม” มิได้ โดยที่ประเทศที่มีรัฐธรรมนุญเป็นลายลักษณ์อักษรจะยึดถือ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญ” ดังนั้น ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนุญจึงต้องมีระบบในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนุญของกฎหมาย ซึ่งอาจแยกออกเป็นระบบกระจายอำนาจการตรวจสอบ

ซึ่งเป็นระบบที่ใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือระบบรวมศูนย์การตรวจสอบ อันเป็นระบบที่ใช้ในภาคพื้นยุโรปโดยมี “ศาลรัฐธรรมนูญ” เป็นองค์กรในการควบคุมตรวจสอบ

### 2.1.2.2 การกระทำของฝ่ายบริหาร

การกระทำของฝ่ายบริหาร หมายถึง การกระทำที่มีใช้การกระทำ ในทางนิติบัญญัติและมีใช้การกระทำในทางตุลาการ แต่เป็นการกระทำที่เป็นการ บังคับใช้กฎหมายไม่ว่าจะจะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือในระดับ รัฐธรรมนูญ ซึ่งจะมีผลทำให้การกระทำของฝ่ายบริหารมีสถานะในทางกฎหมาย ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีที่เป็นการบังคับใช้กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ การกระทำทางบริหารดังกล่าวย่อมมีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (Administrative Act) แต่หากเป็นการกระทำที่เป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ การกระทำนั้นย่อมมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (Government Act) ซึ่งจะ นำไปสู่ระบบการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกันกล่าวคือ หากเป็น “การกระทำ ทางปกครอง” ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลทั่วไป ซึ่งขึ้นอยู่กับระบบของศาล ประเทศนั้น ๆ ว่าเป็นระบบศาลเดี่ยวหรือระบบศาลคู่ หากเป็นประเทศที่ใช้ระบบ ศาลคู่ โดยทั่วไปแล้วอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองที่จะควบคุมตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว แต่สำหรับ “การกระทำทางรัฐบาล” แล้วโดยทั่วไปย่อมไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่จะอยู่ภายใต้ การตรวจสอบขององค์กรทางการเมือง เช่น รัฐสภา ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียด เกี่ยวกับการกระทำทางบริหารในหัวข้อต่อไป

### 2.1.2.3 การกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการ หมายถึง การวินิจฉัยข้อพิพาทขององค์กร ตุลาการ การวินิจฉัยข้อพิพาทจึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่เกิดข้อพิพาท และเสนอเรื่องมายังศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้น ลักษณะของการ เป็นองค์กรตุลาการจึงมีลักษณะที่สำคัญ 5 ประการ คือ ก. เป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท ข. เป็นองค์กรที่ถูกผูกกับกฎหมาย ค. ผู้พิพากษาหรือตุลาการมีหลักประกันความอิสระ ในการทำหน้าที่พิพากษาอรรถคดี ง. คำพิพากษาขององค์กรนั้นมีลักษณะเป็น “res judicata” กล่าวคือองค์กรที่วินิจฉัยนั้นไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษา ของตนเองได้ และ จ. องค์กรนั้นต้องมีวิธีพิจารณาความเป็นหลักประกันให้แก่คู่ความ

ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาขององค์กรนั้น เมื่อศาลใดศาลหนึ่งได้มีการพิพากษาคดีแล้วย่อมมีการกำหนดให้มีกระบวนการอุทธรณ์หรือฎีกาไปยังศาลที่สูงกว่า ทั้งนี้ก็เพื่อให้ศาลที่สูงกว่าได้ตรวจสอบคำพิพากษาของศาลในระดับล่างจนถึงศาลฎีกาหรือศาลสูงสุดก็จะเป็นศาลสุดท้ายที่จะตรวจสอบคำพิพากษาของศาลในระดับล่างแต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญที่มีระบบในการ “ร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsbeschwerde) อาจมีการกำหนดให้คำพิพากษาของศาลสูงสุดนั้นอาจถูกร้องทุกข์ต่อไปยังศาลรัฐธรรมนูญได้ หากผู้ร้องเห็นว่าคำพิพากษาของศาลสูงสุดนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ประเทศที่นำระบบนี้มาใช้คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี<sup>15</sup>

## 2.2 แนวคิดและทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของฝ่ายบริหาร”

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึง 2.2.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร และ 2.2.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยมีรายละเอียด ดังนี้

### 2.2.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร

ในการพิจารณาลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารมีลักษณะการกระทำที่หลากหลายและมีฐานอำนาจในการกระทำที่แตกต่างกันจึงทำให้การกระทำของฝ่ายบริหารมีหลายลักษณะ ในการพิจารณาถึง “องค์กรของฝ่ายบริหาร” นั้น องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิม ในกรณีพระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหาร อำนาจรัฐที่ใช้กระทำการทางบริหาร หรืออำนาจทางบริหาร แยกออกเป็นสองลักษณะ ได้แก่ อำนาจทางบริหาร และอำนาจทางปกครอง ในแง่สถานะขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถแยกพิจารณาได้สองสถานะเช่นกัน คือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล (Government) และองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในฐานะเป็นฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง (Administrative Organs)<sup>16</sup> ในแง่การกระทำ

<sup>15</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2563, หน้า 121.

<sup>16</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การกระทำทางปกครอง,” ใน อาจารย์บุชา รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมรจันทรมุขมุนี (กรุงเทพฯ : สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545), หน้า 137.

การกระทำอันเกิดจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารใช้อำนาจในฐานะรัฐบาล เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (Government Act) ส่วนการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะฝ่ายปกครอง เรียกว่า การกระทำทางปกครอง (Administrative Act)<sup>17</sup> อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญที่ใช้โดยคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีนี้ ในทางตำราเรียกว่า “อำนาจทางรัฐบาล (Pouvoir Gouvernemental) และผลผลิตของการใช้อำนาจนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล (Acte de Gouvernement) การแยกอำนาจทางบริหารออกเป็น “อำนาจทางรัฐบาล” และ “อำนาจทางปกครอง” นี้ เป็นผลสืบเนื่องมาจากทฤษฎานิติศาสตร์และระบบกฎหมายสมัยใหม่ ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐ มีศักดิ์หรือค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายอื่น ดังนั้น การกระทำทางรัฐบาล คือ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ส่วนการกระทำทางปกครอง คือ การบังคับใช้กฎหมาย<sup>18</sup>

จากข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหารโดยพิจารณาจากลักษณะขององค์กรและการกระทำได้ ดังนี้

ก. การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำในทางนิติบัญญัติและไม่ใช่การกระทำในทางตุลาการ

ข. การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำในลักษณะของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญและการบังคับใช้กฎหมาย

ค. การกระทำของฝ่ายบริหารอาจกระทำโดยองค์กรที่แตกต่างกัน กล่าวคือ อาจกระทำโดยองค์กรที่เรียกว่า “รัฐบาล” หรืออาจกระทำโดยองค์กรฝ่ายประจำที่เรียกว่า “องค์กรฝ่ายปกครอง”

จากลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวข้างต้นนี้เอง จึงจำเป็นที่จะจำแนกประเภทการกระทำของฝ่ายบริหารว่าสามารถแยกออกเป็นกี่ประเภทและมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

<sup>17</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง, (กรุงเทพ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 6-7.

<sup>18</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562, หน้า 21.

## 2.2.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึงประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งแยกออกเป็น การกระทำทางรัฐบาล การกระทำทางปกครอง และการกระทำในลักษณะอื่น

### 2.2.2.1 การกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาล หมายถึง การกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีแหล่งที่มาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และลักษณะการใช้อำนาจกระทำกรนี้เป็นอำนาจดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งผลการตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลอยู่ในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายการบริหาร โดยอาจแยกการกระทำทางรัฐบาลออกเป็น ก. การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ข. การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ ค. การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ง. การกระทำของฝ่ายบริหารด้านความมั่นคง และ จ. การกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย<sup>19</sup> จากการใช้ความหมายดังกล่าว จึงนำมาสู่ข้อพิจารณา “การกระทำทางรัฐบาล” ดังนี้<sup>20</sup>

(1) ข้อพิจารณาจากลักษณะของการกระทำทางบริหาร การกระทำทางบริหารมีลักษณะการกระทำอยู่ 2 ลักษณะ กล่าวคือ ก. ลักษณะที่เป็นการกระทำทางการเมือง และ ข. ลักษณะที่เป็นการกระทำอันเป็นงานประจำ การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมืองมิใช่การกระทำในลักษณะที่เป็นงานประจำ การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นการกระทำทางการเมืองเพื่อตอบสนองความต้องการของสังคม ดังนั้น ฝ่ายบริหารจึงใช้ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลในความมุ่งหมายเพื่อบรรลุความมุ่งหมายของภารกิจของฝ่ายบริหารซึ่งมีหน้าที่ในการดูแลรักษาความสงบทั้งภายในและภายนอกประเทศรวมทั้งภารกิจที่เกี่ยวกับความเป็นอยู่ของประชาชนโดยรวม

<sup>19</sup> สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาล และปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560, หน้า 84.

<sup>20</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 84.

(2) ข้อพิจารณาจากลักษณะของอำนาจ หากพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจ การกระทำทางรัฐบาลเป็นลักษณะของการใช้อำนาจในทาง การเมืองเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคม ดังนั้น การกระทำทางรัฐบาล จึงมีลักษณะเป็นอำนาจดุลพินิจในทางการเมืองที่ฝ่ายบริหารมีความอิสระในการ ตัดสินใจที่จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ หรือหากจะดำเนินการจะดำเนินการ ภายใต้งบเงื่อนไขหรือด้วยวิธีการใด ๆ ย่อมอยู่ภายใต้ดุลพินิจอิสระของฝ่ายบริหาร ทั้งสิ้น ซึ่งตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพันซึ่งเป็นการดำเนินการที่ผูกพันตามที่กฎหมาย กำหนดลักษณะของการดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นลักษณะของการกระทำอันเป็น ลักษณะงานประจำของฝ่ายบริหารนั่นเอง

(3) ข้อพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ หากพิจารณา จากแหล่งที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำ ที่มีฐานอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรืออาจจะเรียกว่าเป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ ซึ่งแตกต่างจากการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีแหล่งที่มาของอำนาจตามกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่า การกระทำที่มีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติ จึงเรียกรกระทำดังกล่าวว่า “การกระทำทางปกครอง” จากพื้นฐานของฐานอำนาจ ที่แตกต่างกันนี้เองที่นำไปสู่ข้อพิจารณาประการสำคัญในเรื่องการควบคุมตรวจสอบ การกระทำของฝ่ายบริหาร หากเป็น “การกระทำทางปกครอง” โดยทั่วไปแล้วย่อม อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการ หากประเทศนั้นใช้ระบบศาลคู่ การกระทำดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของ “ศาลปกครอง” ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ ขององค์กรตุลาการหากแต่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรทางการเมือง

### 2.2.2.2 การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง หมายถึง ผลผลิตของการใช้อำนาจ ทางปกครองของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งการทำความเข้าใจการกระทำทางปกครองจำเป็นต้องทำความเข้าใจ “ฝ่ายปกครอง” และ “อำนาจทางปกครอง”<sup>21</sup> โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

<sup>21</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, หน้า 21.

(1) ความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” (Administration) หมายถึง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐ

ก. หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร คือ บรรดาหน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนหนึ่งคนใด

ข. องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง คือ บรรดาองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบด้วยพระมหากษัตริย์ (พระมหากษัตริย์นอกจากจะทรงเป็นประมุขของรัฐ กล่าวคือ ทรงเป็นผู้แทนของรัฐ ในความสัมพันธ์กับต่างประเทศและเป็นสัญลักษณ์แห่งความเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกันของคนในชาติแล้ว ยังทรงเป็นประมุขของ “ฝ่ายบริหาร” ด้วย) คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และบรรดาบุคคลและคณะบุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลโดยตรงหรือโดยอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ดังนั้น องค์กรของรัฐ “ฝ่ายบริหาร” อาจแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ “รัฐบาล” (Government) กับ “องค์กรฝ่ายปกครอง” (administrative organs) หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” (administrative officials)<sup>22</sup>

ค. หน่วยงานอิสระของรัฐ คือ องค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้จัดตั้งขึ้นและได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางบริหารกระทำการต่าง ๆ โดยไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลอย่างใด ๆ ของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีอื่นคนใดคนหนึ่ง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามนัยที่กล่าวนี้แยกออกได้เป็นสองประเภท คือ ก. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญ กับ ข. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย<sup>23</sup>

ง. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ คือ หน่วยงานของรัฐที่ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลหรือควบคุมดูแลของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี

<sup>22</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 17.

<sup>23</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 18.

หรือรัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐเหล่านี้บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของศาล บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการของสภานิติบัญญัติ บ้างก็เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบงานธุรการขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ<sup>24</sup>

จ. เจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานอิสระของรัฐ คือ บรรดาเจ้าหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระตามกฎหมาย

(2) ความหมายของ “อำนาจทางปกครอง” กล่าวโดยทั่วไปคือ อำนาจทางบริหารของรัฐหรืออำนาจรัฐที่ใช้กระทำการต่าง ๆ ที่มีใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ แบ่งได้ 2 ประเภท คือ<sup>25</sup>

ประเภทที่หนึ่ง อำนาจบริหารที่มีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งอาจเรียกว่า “อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญ”

ประเภทที่สอง อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ (อำนาจบริหารที่มีแหล่งที่มาจากราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนด) หรือเรียกว่า “อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย”

ดังนั้น “อำนาจทางปกครอง” คือ อำนาจทางบริหารตามกฎหมาย อำนาจทางบริหารตามรัฐธรรมนูญย่อมไม่ใช่อำนาจทางปกครอง<sup>26</sup>

### 2.3 แนวคิดพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาถึง 2.3.1 หลักพื้นฐานของการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของรัฐ 2.3.2 การควบคุมตรวจสอบกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ และ 2.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร

<sup>24</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 18.

<sup>25</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 20.

<sup>26</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 20.

### 2.3.1 หลักพื้นฐานของการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของรัฐ

หากพิจารณาถึงบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะพบว่าหลักการที่สำคัญ 2 หลักการ กล่าวคือ หลักประชาธิปไตย (das demokratische Prinzip) และหลักนิติรัฐ (das Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้หลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย แต่หากจะกล่าวถึงประเด็นเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น หลักการที่บทบาทสำคัญ คือ หลักนิติรัฐโดยที่หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ที่เป็นหลักการพื้นฐาน ในที่นี้จึงสามารถแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ 4 หลักย่อย ดังนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (die Gewaehrleistung persoenlicher Grundrechte) และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### 2.3.1.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักการนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาดหากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ<sup>27</sup> อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกว่า “การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ” (funktionelle Gewaltenteilung) และ “การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล”(personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกร้องให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่ อำนาจใดอำนาจหนึ่ง หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (funktionelle Gewaltenteilung) และในแง่ของตัวบุคคล (personelle Gewaltenteilung) แล้ว กรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจ โดยเบ็ดเสร็จในขณะที่เดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่น โดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ

### 2.3.1.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หรือเรียกว่า “หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง” หลักในเรื่องนี้เป็น การเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการก็ดี หรือฝ่ายปกครองก็ดีจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็น การกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิ

<sup>27</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน : หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2561, หน้า 71.

ของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ดังนี้

(ก) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความเห็นชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz)<sup>28</sup> ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ ดังนี้

(ก.1) ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายหรือเรียกว่า ความผูกพันของฝ่ายตุลาการในทางปฏิเสธกล่าวคือ เป็นความผูกพันที่จะต้องไม่พิจารณาพิพากษาให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

(ก.2) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน ในกรณีนี้เป็นการเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการยอมรับการผูกพันตนอย่างเคร่งครัดต่อกฎหมาย แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้คำนึงถึงข้อเท็จจริงอันเป็นลักษณะพิเศษในกรณีใดกรณีหนึ่งก็ตาม

<sup>28</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2562, หน้า 26.

(ก.3) ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง ในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

(ข) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง” (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung)<sup>29</sup> ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือหลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundstz des Vorrangs des Gesetzes) และหลักไม่มีกฎหมายไม่อำนาจ (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes)

(ข.1) หลักความมาก่อนของกฎหมาย (der Grundstz des Vorrangs des Gesetzes) ซึ่งหมายความว่า การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปแบบบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลาย รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(ข.2) หลักไม่มีกฎหมายไม่อำนาจ (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องให้ทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็น การขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเจือใจของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบทสิทธิของปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเจือใจของกฎหมายดังกล่าว

<sup>29</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 27.

### 2.3.1.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (*die Gewährleistung persönlicher Grundrechte*)

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนถือว่าเป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ/นิติธรรม ทั้งนี้ เพราะถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักที่มีคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะมนุษย์เป็นเป้าหมายในการดำเนินการกิจของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐ หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนยังประกอบด้วยหลักการย่อยหลายหลัก กล่าวคือ ก. หลักความผูกพันโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพขององค์กรของรัฐทั้งหลาย ข. หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ ค. หลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักความพอสมควรแก่เหตุ และหลักนิติธรรม หลักการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้อถือว่าเป็นหลักสำคัญที่องค์กรในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะอาศัยพื้นฐานของหลักดังกล่าวเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

### 2.3.1.4 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (*der Vorrang der Verfassung*)

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หมายความว่า รัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายซึ่งขัดกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้<sup>30</sup> ผลในทางเนื้อหาของการละเมิดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นที่ได้รับความสนใจในทางกฎหมาย อันนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในทางทฤษฎีนั้น วางอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดเรื่องลำดับขั้นของกฎหมาย หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียงหลักการของความขัดแย้งในทางรูปแบบ (*das formelle Kollisionsprinzip*)

<sup>30</sup> Ekkehart Stein, Staatsrecht, 14 Aufl., Tübingen 1993; S.13

(กล่าวคือ เป็นความขัดแย้งของกฎหมายที่ต่างลำดับชั้นกันเท่านั้น) และการทำให้กฎหมายที่ขัดแย้งดังกล่าวมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น (ursprüngliche Nichtigkeit) หรือการทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา (spätere Vernichtigkeit) หากแต่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดยังได้เน้นย้ำไว้ในรัฐธรรมนูญถึงสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งเช่นกัน กล่าวคือ เรื่องของความผูกพัน (Verbindlichkeit) และเรื่องของการทำให้สามารถบรรลุความมุ่งหมาย (Durchsetzbarkeit) ของรัฐธรรมนูญที่สัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ<sup>31</sup> จากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้เองที่ทำให้องค์กรที่รับอำนาจไปจากรัฐธรรมนูญทั้งหลายต้องถูกผูกพันกับรัฐธรรมนูญและผลของความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญจึงทำให้เกิดระบบในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นระบบที่ใช้ในภาคพื้นยุโรปและกลายเป็นระบบที่มีอิทธิพลไปในบรรดาประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก

กล่าวโดยสรุป จากการศึกษาหลักพื้นฐานของการควบคุมและตรวจสอบการกระทำของรัฐ ซึ่งประกอบด้วย (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (das Prinzip der Gewaltentrennung) (2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz) (3) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (die Gewaehrleistung personlicher Grundrechte) และ (4) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (der Vorrang der Verfassung) ถือว่าเป็นหลักที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่ต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ในขณะที่เดียวกัน การควบคุมตรวจสอบดังกล่าวก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของ “หลักนิติรัฐ” ซึ่งมีพัฒนาการมาจากความมุ่งหมายที่ต้องการจะจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง ต่อมาความมุ่งหมายดังกล่าวถูกทำให้เป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยกำหนดเป้าหมายของอำนาจรัฐจะต้องเคารพสิทธิของปัจเจกบุคคล ดังนั้น รัฐที่เป็นนิติรัฐ จึงต้องให้การรับรองสิทธิของปัจเจกบุคคลและใช้อำนาจรัฐภายในขอบเขตของกฎหมาย และนำมาสู่พัฒนาการของนิติรัฐสมัยใหม่ที่หลักนิติรัฐ

<sup>31</sup> Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20. Band 1981, S.486

ประกอบด้วยหลักการย่อยหลายหลักการ ซึ่งทุกหลักการย่อยล้วนมีความมุ่งหมายที่จะจำกัดอำนาจของรัฐทั้งสิ้น หากสรุปความหมายของหลักนิติรัฐ อาจสรุปได้ว่า รัฐที่ปกครองโดยหลักนิติรัฐ คือ รัฐที่ยอมผูกพันตนโดยกฎหมายและกฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายทั่วไป<sup>32</sup>

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันได้เลือกบัญญัติรับรอง “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2550 และต่อเนื่องมาถึงรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2560 แต่หากจะค้นหาความมุ่งหมายของ “หลักนิติธรรม” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2560 ว่ามีความมุ่งหมาย กล่าวคือ มีทิศทางไปในทาง “หลักนิติธรรม” หรือ “หลักนิติรัฐ” ตามที่กล่าวมาข้างต้น ในที่นี้อาจค้นหาเจตนารมณ์ดังกล่าวได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ 2560 โดยแยกออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 บททั่วไป และส่วนที่ 2 หมวดศาล โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) บททั่วไป (มาตรา 1 – มาตรา 5) ของรัฐธรรมนูญได้วางหลักการพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับระบอบการปกครองโดยกฎหมาย ดังนี้ ก. หลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (มาตรา 2) ข. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (มาตรา 3 วรรคหนึ่ง) ค. หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล (มาตรา 4) และ ง. หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (มาตรา 5)

(2) หมวด 10 ศาล (มาตรา 188 – มาตรา 199) ในหมวดศาลได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 บททั่วไป ส่วนที่ 2 ศาลยุติธรรม ส่วนที่ 3 ศาลปกครอง ส่วนที่ 4 ศาลทหาร และหมวด 11 ศาลรัฐธรรมนูญ

จากการพิจารณาเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญ 2560 ทั้งสองส่วนข้างต้นอาจนำมาสู่ข้อพิจารณาเบื้องต้นได้ว่า หลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ 2560 มีทิศทางตามหลักนิติรัฐของระบบชีวิตลอร์ดของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยมีเหตุผล ดังนี้

<sup>32</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติรัฐ/นิติธรรม ในฐานะ “เกอท์” จำกัดอำนาจรัฐ, หน้า 25.

ก. ระบบคอมมอนลอว์แบบอังกฤษไม่ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (supremacy of constitution) หากแต่ถือหลักความสูงสุดของรัฐสภา (supremacy of parliament) ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญ 2560 ยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักการดังกล่าวนี้เป็นการสอดคล้องกับระบบกฎหมายของไทยในภาคพื้นทวีปยุโรปและสอดคล้องกับหลักนิติรัฐที่ว่าหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ

ข. ระบบคอมมอนลอว์ไม่มีการแยกระบบศาลแต่ใช้ระบบศาลเดียว ในขณะที่รัฐธรรมนูญ 2560 แยกระบบศาลออกจากศาลยุติธรรมถึง 3 ศาล กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง และศาลทหาร โดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองเป็นการยืนยันระบบกฎหมายที่แยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ในระบบกฎหมายมหาชนยังแยกระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง ด้วยเหตุนี้จึงแยกระบบศาลออกเป็นศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงสรุปได้ว่า ระบบรัฐธรรมนูญของไทยเป็นระบบที่วางพื้นฐานแนวความคิดแบบ “นิติรัฐ” ตามระบบซีวิลลอว์ของประเทศในภาคพื้นยุโรป ดังนั้น การตีความคำว่า “หลักนิติธรรม” ที่ปรากฏในมาตรา 3 วรรคสอง และมาตรา 26 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ จึงต้องตีความไปในทิศทางดังกล่าว ซึ่งย่อมาหมายความว่า หลักนิติธรรม (ตามรัฐธรรมนูญไทย) เป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นข้อจำกัดของการใช้อำนาจอธิรัฐ หรือเป็นข้อผูกพันของการใช้อำนาจอธิรัฐทั้งหลาย การใช้อำนาจอธิรัฐที่ละเมิดหรือฝ่าฝืนหลักนิติธรรมย่อมส่งผลต่อปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ

### 2.3.2 การควบคุมตรวจสอบกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการอาจแยกออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบศาลเดี่ยว และระบบศาลคู่ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### 2.3.2.1 ระบบศาลเดี่ยว

ระบบศาลเดี่ยว เป็นระบบที่ใช้ในประเทศคอมมอนลอว์ เช่น ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เป็นต้น ระบบศาลเดี่ยวจึงไม่มีการแบ่งแยกศาลออกตามความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง เช่น ศาลปกครอง ศาลแรงงาน

ศาลภาษี ดังนั้น ข้อพิพาททั้งหลายจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียว โดยมีศาลฎีกาเป็นศาลที่อยู่ในระดับชั้นสูงสุดและมีเขตอำนาจในคดีทั้งปวง แต่อย่างไรก็ตาม ภายในศาลยุติธรรมอาจมีการแยกเป็นศาลชำนาญพิเศษภายในศาลยุติธรรมเอง เช่น ศาลแรงงาน ศาลภาษี ดังนั้น คดีที่ฟ้องการกระทำของฝ่ายบริหารย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้ แต่อย่างไรก็ตามระบบศาลเดี่ยวของระบบคอมมอนลอว์ก็ได้พัฒนาแนวความคิดที่ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณาวินิจฉัยในบางเรื่องที่เป็นกรกระทำของฝ่ายบริหาร โดยอังกฤษได้พัฒนาแนวคิดว่าด้วย “การกระทำของรัฐ” (act of state) ในขณะที่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้พัฒนาหลัก political question doctrine ซึ่งเป็นหลักที่ศาลจะจำกัดตนเองไม่เข้าไปวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมือง รายละเอียดของการกระทำทั้งสองประการจะได้กล่าวรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

### 2.3.2.2 ระบบศาลคู่

ระบบศาลคู่เป็นระบบที่ใช้ในประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะฝรั่งเศสและเยอรมนี ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยทั่วไปแล้วอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีการแบ่งเขตอำนาจระหว่างศาลปกครองกับศาลรัฐธรรมนูญ โดยพิจารณาจากฐานอำนาจในการกระทำการกล่าวคือ กรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายการกระทำนั้นย่อมมีลักษณะเป็น “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งหากมีข้อพิพาทย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบ ส่วนการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมายได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามามีอำนาจตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารได้หรือไม่เพียงใด ถึงแม้ในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่จะมีศาลที่มีเขตอำนาจที่ชัดเจนในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารก็ตาม แต่ประเทศในภาคพื้นยุโรปก็มีการพัฒนาแนวคิดที่เป็นข้อจำกัดของอำนาจตุลาการในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร ในฝรั่งเศสได้พัฒนาแนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ในขณะที่เยอรมนีมีการพัฒนาแนวคิดว่าด้วยการกระทำของรัฐที่ปราศจากตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfreie Hoheitsakte) ซึ่งเป็นประเด็นที่จะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

กล่าวโดยสรุป การควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการไม่ว่าจะเป็นระบบศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ต่างได้พัฒนาแนวคิดที่เป็นข้อจำกัดของการเข้าไปควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ โดยแนวคิดดังกล่าวอาจเรียกต่างกันไปไม่ว่าจะเป็น “การกระทำของรัฐ” (act of state) ของอังกฤษ หรือหลัก political question doctrine ของสหรัฐอเมริกา หรือการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส หรือการกระทำของรัฐที่ปราศจากตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfreie Hoheitsakte) ของเยอรมนี แต่สิ่งที่สอดคล้องต้องกันของทั้งสี่แนวคิดคือเป็นข้อจำกัดของอำนาจตุลาการที่จะเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว

### **2.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร**

ในส่วนนี้จะกล่าวถึงศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารใน 4 ประเด็น ได้แก่ (2.3.3.1) ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ (2.3.3.2) ศาลรัฐธรรมนูญกับโครงสร้างในการทำภารกิจของรัฐ (2.3.3.3) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และ (2.3.3.4) ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญกับการกระทำของรัฐโดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### **2.3.3.1 ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ**

การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามหลักการมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ (der Grundsatz der Aufzaehlung der einzelnen Gegenstaende) อันเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องตามที่กำหนดไว้ หรือเรียกว่า “หลักกำหนดอำนาจศาลให้มิอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้” (Enumerationsprinzip) ดังนั้น เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (Generalklausel) ดังนั้น เรื่องที่ได้กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ๆ ย่อมไม่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ ได้ ส่วนที่ถือว่ามีสำคัญในการกำหนดเขตอำนาจ

ของศาลรัฐธรรมนูญมักจะมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญ มักจะมีบทบัญญัติว่าในกรณีอื่น ๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>33</sup>

### 2.3.3.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับโครงสร้างในการทำภารกิจของรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้อาจแยกพิจารณาได้ 3 ประการ<sup>34</sup> คือ

(1) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (2) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการ และ (3) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### (1) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

หลักเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsorgan) เกณฑ์ที่เป็นข้อพิจารณาในทางรูปแบบ (formell) ของศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้มีการบัญญัติถึงการมีอยู่, สถานะและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญ สำหรับหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหา (materiell) ของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น คือให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการทำภารกิจที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจอธิปไตยสูงสุดของรัฐ<sup>35</sup> ความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นองค์กรที่มีบทบาทลักษณะที่ขัดแย้งกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ<sup>36</sup> และความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการตีความรัฐธรรมนูญ<sup>37</sup>

#### (2) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการ

การกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการถือว่าเป็นพื้นฐานในการกำหนดขอบเขตอำนาจในการทำหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ในทัศนะ

<sup>33</sup> Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, 14. Ergaenzungslieferung, Stand : 1995, Verlag C.Beck, Muechen 1995, Paragahp 13, p.5

<sup>34</sup> Kurt Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die uebrigen Verfassungsorgan, Bundesverfassungsgerichtliche Aggumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit, Bd.2Vol. 736, PETER LANG, Frankfurt am Main-Berlin-New York-Paris, p.33

<sup>35</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 34.

<sup>36</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 36.

<sup>37</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 39.

ของ Schlaich ซึ่งได้มีการเสนอบทความในการประชุมวิชาการของผู้บรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1980 ที่เมือง Innsbruck เห็นว่าเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุด การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการนั้นเป็นการกำหนดภาระหน้าที่ในทางกฎหมายและเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ความเป็นองค์กรตุลาการมีเงื่อนไขที่เป็นข้อจำกัดในลักษณะที่เป็นในทางรูปแบบ (formell) และในทางเนื้อหา (materiell) กล่าวคือ ในทางรูปแบบ (formell) นั้น องค์กรตุลาการนั้นถูกผูกพันอยู่กับการดำเนินการตามกระบวนการวิธีพิจารณาถือว่าเป็นขอบเขตข้อจำกัดในการทำภาระหน้าที่ของศาล เช่น ข้อจำกัดกักระบบของผู้มีสิทธิในการยื่นคำร้องและข้อจำกัดประเภทของคดี ประเด็นที่มีความสำคัญยิ่งกว่าข้อจำกัดในทางรูปแบบ แต่เป็นข้อจำกัดที่เกิดจากธรรมชาติของความเป็นองค์กรตุลาการของศาลรัฐธรรมนูญ นั่นคือข้อพิจารณาในทางเนื้อหา (materiell) จากการพิจารณาไต่ตรองข้อจำกัดดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้เรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายเป็นภารกิจของฝ่ายบริหารก็ดี ฝ่ายนิติบัญญัติก็ดี รวมถึงองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐอื่น ๆ และกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกผูกพันต่อกฎหมายดังกล่าว

สำหรับขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก่อให้เกิดผล 2 ประการ กล่าวคือ **ประการแรก** เงื่อนไขพื้นฐานของการกระทำทางตุลาการในการพิจารณาวินิจฉัยนั้นจะต้องเป็นกรณีหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย ดังนั้น กรณีนี้ย่อมมีขอบเขตที่เป็นข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญ หากประเด็นในเรื่องที่จะวินิจฉัยนั้นการให้เหตุผลจากการวินิจฉัยของศาลไม่สามารถจำกัดอยู่เฉพาะกับหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ แต่จะต้องอาศัยการประเมินค่าในทางการเมืองมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยแล้ว กรณีดังกล่าวนี้ ย่อมถือได้ว่าเป็นการเกินขอบเขตอำนาจในทางเนื้อหาของความเป็นองค์กรตุลาการ **ประการต่อมา** เป็นเรื่องความเข้มข้นของการควบคุมโดยศาลรัฐธรรมนูญ (die Intensitaet der verfassungsgerichtlichen Kontrolle) ซึ่งย่อมขึ้นอยู่กับเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญที่นำมาใช้กับข้อเท็จจริง ในแต่ละกรณี ซึ่งเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญจะนำมาใช้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตรวจสอบที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่การตรวจสอบในขอบเขตจะมีความเข้มข้นเพียงใด

และขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตเพียงใด ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรทางการเมืองความเห็นที่ว่า ความผูกพันของการควบคุมโดยศาลรัฐธรรมนูญต่อกฎเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญมาจาก ความเข้าใจว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลโดยแท้จากพื้นฐานดังกล่าวทำให้ขอบเขต ที่เกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรทางการเมืองและส่วนที่ขาดความ ชัดเจนของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงเป็นส่วนที่เป็นขอบเขตอิสระของฝ่าย นิติบัญญัติที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>38</sup>

### **(3) ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการที่เป็นองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ**

ภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการดำเนินภารกิจคู่ (Doppelfunktion) กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญมีภารกิจในฐานะที่เป็น “องค์กร ตุลาการ” ในขณะที่เดียวกันก็มีภารกิจในฐานะ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ด้วย<sup>39</sup> กล่าวโดยสรุปในการพิจารณาถึงความเป็นศาลรัฐธรรมนูญนั้นมิใช่การพิจารณาถึง ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นศาลที่อิสระและขอบเขตอันจำกัดของการเป็น องค์กรตุลาการ กล่าวคือ การผูกพันต่อกฎเกณฑ์ทั้งหลายและโครงสร้างในการจัด องค์กรที่เป็นองค์กรตุลาการ หากแต่ยังต้องพิจารณาถึงศาลรัฐธรรมนูญ จากหลักเกณฑ์ที่เป็นผลมาจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญและหลักเกณฑ์ที่มีพื้นฐาน มาจากการแบ่งบทบาทของรัฐธรรมนูญภายใต้องค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีบทบาท ในการผลักดันหรือขับเคลื่อนรัฐ<sup>40</sup>

#### **2.3.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองหลักความเป็น กฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ**

ในการศึกษาประเด็นนี้มีประเด็นข้อพิจารณา 2 ประการ คือ (1) การตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ และ (2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

<sup>38</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 58.

<sup>39</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 74.

<sup>40</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 91

### (1) การตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นศาลสุดท้ายที่วินิจฉัยประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญจึงได้กำหนดให้การกระทำทั้งหลายของรัฐ อยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างกว้างขวางของศาล เพราะการกระทำของรัฐทั้งหลาย ย่อมอยู่ภายใต้ความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงอยู่ ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญได้ และด้วยเหตุนี้จึงมีการกล่าวกันว่า เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นเสมือนการสวมมงกุฎให้กับหลักนิติรัฐ<sup>41</sup> หากพิจารณา ถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ที่เกี่ยวกับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ในขอบเขตของการกระทำในทางอาญา การกระทำในทางข้อเท็จจริง และการกระทำ ทางปกครองทั้งหลาย ในปัจจุบันนี้การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและของรัฐบาล ย่อมอยู่ภายใต้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเขตอำนาจ ของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผล มาจากหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (die Konsequenz des Vorrangs der Verfassung) ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดก่อให้เกิด ความผูกพันทางกฎหมายโดยปราศจากข้อจำกัดใด ๆ หนึ่งย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดว่า อำนาจในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมมีผลกระทบต่ออำนาจการใช้ อำนาจของรัฐสภาและรัฐบาล กล่าวเฉพาะกรณีของรัฐบาลนั้นย่อมไม่รวมถึง การกระทำในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” กล่าวโดยทั่วไปในรัฐที่ปกครอง โดยรัฐธรรมนูญจะมีการกำหนดหลักการพื้นฐานว่า รัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมาย สูงสุดที่กำหนดการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทั้งหลาย ด้วยเหตุนี้ หลักเกณฑ์ ทางกฎหมายย่อมเป็นเงื่อนไขของการกระทำของรัฐ ซึ่งย่อมมีความหมายว่า การตีความ และการคุ้มครองสิทธิจากการกระทำขององค์กรของรัฐดังกล่าวย่อมอยู่ในอำนาจ ขององค์กรตุลาการ ซึ่งหมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อควบคุมความชอบด้วย กฎหมายที่ไม่ใช่องค์กรทางการเมือง ในกรณีที่ไม่มีการมีศาลรัฐธรรมนูญ การวินิจฉัย ในประเด็นดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติโดยลำพังว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ การตรวจสอบ

<sup>41</sup> Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980, p.14

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจึงอยู่ภายใต้ฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว การที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นการแสดงออกถึงการแบ่งภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐ รัฐบาลดำเนินการในทางการเมือง รัฐสภาตรากฎหมาย ประมุขของรัฐทำหน้าที่ในฐานะตัวแทนของรัฐและประชาชน ส่วนศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญ<sup>42</sup>

พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาและรัฐบาลซึ่งมีหลักการควบคุมอำนาจระหว่างอำนาจสภากับรัฐบาล หากแต่เป็นการควบคุมที่ไม่มีประสิทธิภาพ โดยมีรัฐบาลและเสียงข้างมากของสภาฝ่ายหนึ่งและฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นฝ่ายค้านในสภาอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ การที่จะถ่วงดุลต่อเสียงข้างมากของสภาได้มีเพียงวิธีเดียว คือ การให้มีศาลรัฐธรรมนูญที่สามารถวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงกลายเป็นองค์กรในการควบคุมที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับการคุ้มครองกฎเกณฑ์สูงสุดของรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันถือว่าเป็นปัจจัยที่สำคัญในการคุ้มครองฝ่ายข้างน้อยเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ<sup>43</sup>

สำหรับในออสเตรเลียความสัมพันธ์ของศาลรัฐธรรมนูญต่ออำนาจรัฐอื่น ๆ นั้นอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี คือ<sup>44</sup>

**กรณีแรก** เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยหลักเกณฑ์องค์กรของรัฐ อาจถูกควบคุมได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่เป็นศาลเลือกตั้ง

**กรณีที่สอง** เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับปัญหาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการออกกฎหมาย ปัญหานี้มิได้มีปัญหาเฉพาะในขอบเขตของฝ่ายบริหารเท่านั้น หากแต่ยังมีปัญหาเช่นเดียวกันในขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้จึงเป็นการพิจารณาวินิจฉัยที่เกี่ยวกับข้อพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง

<sup>42</sup> เฟิงอ่าง, หน้า 15.

<sup>43</sup> เฟิงอ่าง, หน้า 16.

<sup>44</sup> Karl Korinek, Joerg P. Mueller, Klaus Schlaich, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefuege der Staatsfunktionen, Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 39, Walter de Gruyter-Berlin-New York 1981, p.22

**กรณีที่สาม** เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำขององค์กรของรัฐที่สามารถถูกควบคุมตรวจสอบได้ อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เป็นเรื่องการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและเรื่องร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde)

ความสัมพันธ์ของศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจรัฐอื่นในสองกรณีแรกโดยทั่วไปแล้วไม่เป็นปัญหามากนัก ปัญหาของเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อพิจารณาสำคัญ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจรัฐอื่นที่การกระทำขององค์กรเหล่านั้นถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญ ในขอบเขตดังกล่าวเป็นปัญหาทั้งในขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจฝ่ายบริหารและอำนาจศาลรัฐธรรมนูญกับอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ<sup>45</sup>

กล่าวโดยสรุป การตรวจสอบการกระทำของรัฐนั้น ย่อมเป็นผลมาจากการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐทั้งหลายไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งย่อมมีผลทำให้ศาลเป็นองค์กรที่มีบทบาทหลักในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ โดยเฉพาะการตรวจสอบว่าการกระทำนั้นอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากพิจารณาจากองค์กรทางการเมืองแล้วองค์กรทางการเมืองย่อมมีข้อจำกัดในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากการกระทำของฝ่ายการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการตรวจสอบประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ

## **(2) ข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “กฎหมาย” กับ “การเมือง”**

ฝ่ายที่คัดค้านการมีอยู่ของศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกประเด็นหลักในการโต้แย้งศาลรัฐธรรมนูญว่า ศาลเป็นองค์กรที่มีขอบเขตจำกัดในการวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวกับการเมือง ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกำหนดขอบเขตขององค์กรตุลาการในการวินิจฉัยเรื่องทางการเมือง ในกรณีที่เนื้อหาของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งองค์กรที่ร่างรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในลักษณะที่เป็น “เงื่อนไขทั่วไป” กิติ หรือการประเมินเป้าหมายหรือการประเมินคุณค่าของรัฐธรรมนูญก็ตีเกิดมีข้อสงสัยจากบทบัญญัติเหล่านี้ในกรณีเหล่านี้จึงนำไปสู่การตีความเพื่อวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>45</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 23.

ตามที่ศนะของ C. Schmitt เห็นว่า โดยลักษณะของสิ่งเหล่านี้ย่อมไม่ใช่การวินิจฉัย โดยองค์กรศาล กรณีเช่นนี้ย่อมไม่ใช่คำวินิจฉัยของศาล หากแต่ต้องเป็นการตัดสินใจทางการเมือง<sup>46</sup> ในทัศนะของ K. Stern เห็นว่า ความเห็นดังกล่าวไม่ถูกต้อง เพราะทัศนะดังกล่าวเข้าใจคลาดเคลื่อนในลักษณะของศาลรัฐธรรมนูญและเข้าใจลักษณะของศาลเป็นเช่นเดียวกับลักษณะของการเมือง ซึ่งในที่นี้จะขอเน้นย้ำให้เห็นถึงความแตกต่างของเรื่องดังกล่าวใน 2 ประการ คือ<sup>47</sup>

**ประการที่หนึ่ง** บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ถูกละเมิดโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้น ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายทางการเมือง เป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับการกระทำทางการเมือง เพราะบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดเรื่องการใช้อำนาจทางการเมือง การแบ่งอำนาจทางการเมืองและการจำกัดการใช้อำนาจทางการเมือง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง นอกจากนี้ ยังเกี่ยวกับการจัดระเบียบพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมโดยรวม หากกล่าวโดยสรุปเป็นการให้ความหมายของ “อำนาจ” และ “กฎหมาย”

**ประการที่สอง** การเมืองเป็นเรื่องที่มีความขัดแย้งซึ่งหมายถึงมีลักษณะของการพลวัต เปลี่ยนแปลงลักษณะของอำนาจการเมืองในปัจจุบันย่อมมีความมุ่งหมายไปที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ในทัศนะของ Kaufmann เห็นว่า ข้อพิพาททางการเมือง หมายถึง ข้อพิพาทที่ไม่สามารถค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ การให้ความหมายดังกล่าวย่อมมั่นใจได้ว่าจะไม่ผิดพลาด การจะค้นหาจุดแบ่งแยกระหว่าง “กฎหมาย” กับ “การเมือง” นั้น ให้พิจารณาถึงเงื่อนไขของการเป็น “กฎหมาย” ถือว่าเป็นจุดแบ่งแยกในเรื่องดังกล่าว<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980, p.17.

<sup>47</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 18.

<sup>48</sup> Rudolf Dolzer, Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, Schriften zum Oeffentlichen Recht, Band 181, Duncker und Humblot/Berlin 1971, p.53

ข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้นนั้นถือว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” ที่เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยรัฐ” (Staatsrecht) ซึ่งมีส่วนที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันอย่างยิ่ง หากพิจารณาของเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจากเรื่องของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” แล้วในทัศนะของ Kurt Vogel เห็นว่าขอบเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีขอบเขตที่จำกัดอยู่ที่การให้เหตุผลในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ๆ ไม่สามารถจะนำหลักเกณฑ์จากรัฐธรรมนูญมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัยได้ หากแต่จะต้องอาศัยหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากรัฐธรรมนูญและจะต้องนำความต้องการทางการเมืองของสังคมและประเด็นคุณค่าในทางการเมืองมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาวินิจฉัย<sup>49</sup> ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ Josef Wintrich ที่เห็นว่า ขอบเขตอันเป็นข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีขอบเขตอยู่ที่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้น ไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาวินิจฉัยได้ ตุลาการไม่สามารถหาจุดเชื่อมโยงในกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมายของรัฐธรรมนูญมาใช้ในการวินิจฉัยได้ ดังนั้น ขอบเขตอันเป็นข้อจำกัดในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นจุดเริ่มต้นของการตัดสินของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารดังกล่าวจึงเป็นการกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (justizlose Hoheitsakte)<sup>50</sup>

ตัวอย่างของคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในมิติของ “กฎหมาย” และ “การเมือง” ได้แก่ คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961 และคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1993

<sup>49</sup> Kurt Vogel, Das Bundesverfassungsgericht und die uebrigen Verfassungsorgan, Bundesverfassungsgesetzliche Aggumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Bd.2Vol. 736, PETER LANG, Frankfurt am Main-Berlin-New York-Paris, p.57

<sup>50</sup> Josef Wintrich, Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, herausgegeben von Theodor MAUNZ, ISAR VERLAG MUENCHEN, 1956, p.208

ในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐ ฉบับลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1961<sup>51</sup> หรือที่เรียกว่า “คดีสถานีโทรทัศน์ครั้งที่ 1” (1. Rundfunk-Urteil) เป็นคดีอันเนื่องมาจากเมื่อ ค.ศ. 1960 Konrad Adenauer นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้มีแผนการที่จะสร้างสถานีโทรทัศน์โดยใช้ชื่อว่า “Deutschland-Fernsehen” โดยการก่อตั้งองค์กรในรูปแบบห้างหุ้นส่วนจำกัด ความรับผิด (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) เพื่อดำเนินกิจการดังกล่าว โดยเฉพาะ จึงได้มีการผ่านกฎหมายเพื่อให้อำนาจแก่สหพันธ์รัฐในการก่อตั้งกิจการดังกล่าว ต่อมาในวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1960 จึงได้มีการก่อตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัด ความรับผิดที่ชื่อว่า “Deutschland-Fernsehen-GmbH” โดยมีวัตถุประสงค์ ในการนำเสนอรายการโทรทัศน์ที่แสดงให้เห็นถึงภาพลักษณะของประเทศเยอรมัน ไปยังผู้ชมทั้งที่อยู่ในประเทศเยอรมันและในต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มลรัฐจำนวน 4 มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐเฮ็สเซิน (Hessen) นิเดอร์ซัคเซิน (Niedersachsen) ฮัมบวร์ก (Hamburg) และเบรเมน (Bremen) ได้ฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐเพื่อให้ ศาลวินิจฉัยถึงความชอบด้วยกฎหมายการก่อตั้งและการดำเนินกิจการในรูปแบบ ดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การก่อตั้งและการดำเนินกิจการในรูปแบบดังกล่าวนอกจากจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติว่าด้วยการแบ่งอำนาจในการตรากฎหมายระหว่างสหพันธ์รัฐและมลรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็น การขัดต่อหลักความร่วมมือและประพัตินต่อกันอย่างซื่อสัตย์ระหว่างสหพันธ์รัฐ และมลรัฐ (Grundsatz der bundesfreundlichen Verhaltens) ทั้งยังเป็นการ กระทำที่แทรกแซงเสรีภาพของมลรัฐในการแสดงความคิดเห็นและการสื่อสาร ของมลรัฐ โดยเฉพาะการยิ่งเสรีภาพในการสื่อสารผ่านกิจการสถานีโทรทัศน์ อันเป็น เสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 5 ของกฎหมายพื้นฐาน ด้วยเหตุนี้การก่อตั้ง และการดำเนินกิจการ “Deutschland-Fernsehen” จึงเป็นการกระทำ ต่อรัฐธรรมนูญ

<sup>51</sup> BVerfGE 12, 205.

ในคำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ ฉบับลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1993<sup>52</sup> หรือที่เรียกว่า “คดีกฎหมายทางอาญาว่าด้วยการทำแท้งครั้งที่ 2” (Schwangerschaftsabbruch II) นั้น ศาลได้วินิจฉัยว่า มาตรา 218b ที่กำหนดให้การทำแท้งในขณะที่ยังไม่เกิด 12 สัปดาห์ และเป็นการทำแท้งที่ได้รับการรับรองจากแพทย์ เป็นการกระทำที่ไม่มีความผิดทางอาญานั้น เป็นกฎหมายที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน และสิทธิในชีวิตและร่างกายตามมาตรา 2 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นการสนับสนุนให้เกิดการทำแท้งอย่างเสรี ทั้ง ๆ ที่รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในชีวิตและร่างกายของทารกด้วยการกำหนดหน้าที่ให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ในการที่จะรักษาครรภ์ของตนไว้ให้เป็นหน้าที่ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป และกำหนดข้อยกเว้นให้หญิงที่ตั้งครรภ์ทำแท้งได้ด้วยเหตุจำเป็นบางประการเท่านั้น

ถึงแม้คำพิพากษาทั้งสองฉบับจะก่อให้เกิดการถกเถียงในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับบทบาทและหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมาก แต่ก็เป็นที่แสดงให้เห็นว่า ในการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ถึงแม้ศาลจะใช้เกณฑ์ตามกฎหมายก็ตาม แต่ก็เป็นการวินิจฉัยที่ส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจทางการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

### 2.3.3.4 ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญกับการกระทำของรัฐ

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึง (1) หลัก political question doctrine (2) การกระทำของรัฐ (Act of state) (3) การกระทำทางรัฐบาล (Government Act) และ (4) การกระทำของรัฐที่ปราศจากตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfreie Hoheitsakte) โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### (1) หลัก political question doctrine

ในสหรัฐอเมริกา ศาลได้จำกัดขอบเขตของตนเอง หากศาลจะต้องตัดสินคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐที่มีลักษณะในทางการเมือง คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับมาเป็นเวลายาวนานแล้วว่า ศาลมีอำนาจ

<sup>52</sup> BVerfGE 88, 203.

ในการพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะเรื่องประเด็นปัญหาในทางกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการเมือง ศาลจะพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะสิทธิของบุคคลหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน แต่ศาลจะไม่พิจารณาวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับอำนาจอธิปไตย ปัญหาทางการเมืองจะได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือโดยประธานาธิบดีหรือรัฐสภา<sup>53</sup> หลัก political question doctrine มีพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนาน โดยมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการเกิดขึ้นของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เป็นความสัมพันธ์ของศาลสูงสุดกับมลรัฐต่าง ๆ

ข้อความคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ใช้โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) โดย W.Scharpf ได้ศึกษาแนวความคิดว่าด้วย political question doctrine ที่ใช้โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาอย่างละเอียดและให้ความเห็นว่า<sup>54</sup> การยอมรับหลัก political question doctrine ของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกานั้น สามารถค้นพบได้ในคำวินิจฉัยแรกในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในคดี *Mabury v. Madison* หลังจากนั้นในคดี *Marshall* ซึ่งศาลสูงสุดได้ให้เหตุผลว่า การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ถูกตรวจสอบโดยศาลสูงสุดนั้นต้องเป็นกรณีจำเป็นที่ไม่อาจจะหลีกเลี่ยงได้ โดยศาลสูงสุดให้เหตุผลว่า ตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกานั้นประธานาธิบดีดำเนินการโดยการกำหนดนโยบายและดำเนินการตามนโยบายนั้นโดยดุลพินิจของประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีมีความรับผิดชอบเฉพาะต่อประเทศเท่านั้น ซึ่งดุลพินิจในการดำเนินการของฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่และไม่มีอำนาจใดที่จะไปตรวจสอบดุลพินิจนั้นได้ ตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้

<sup>53</sup> Hans Schneider, *Gerichtsfreie Hoheitsakte, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten, RECHT UND STAAT IN GESCHICHTE UND GEGENWART, VERLAG J.C.B. MOHR 9PAUL SIEBECK, TUBINGEN 1951, p.60.*

<sup>54</sup> Rudolf Doizer, *Die staatstheoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts, Schriften zum Oeffentlichen Recht, Band 181, Duncker und Humblot/Berlin 1971, p.100.*

ยึดถือหลักการดังกล่าวมาโดยตลอด<sup>55</sup> หลัก political question doctrine ได้นำมาใช้โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในขอบเขต ดังต่อไปนี้

ก. ในเรื่องที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลัก political question doctrine ได้นำมาใช้ในการพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับความตกลงระหว่างประเทศ ปัญหาเขตแดนของสหรัฐอเมริกา ปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับในทางการทูต และปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาและการพำนักอาศัยของชาวต่างประเทศ นอกจากนี้ยังรวมถึงการประกาศสงครามและภาวะฉุกเฉิน

ข. ในขอบเขตของการเมืองภายในประเทศ หลัก political question doctrine ได้นำมาใช้ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการวางกฎเกณฑ์ในปัญหาของชาวอินเดียนแดง รูปแบบของรัฐบาลประชาธิปไตยในแต่ละมลรัฐ กระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการตรากฎหมายและการแบ่งเขตเลือกตั้ง

สำหรับเหตุผลของหลัก political question doctrine มีเหตุผลว่าศาลเองไม่สามารถนำความเห็นของศาลเองมาเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้ หากแต่ควรจะปล่อยให้องค์กรทางการเมืองตัดสินใจในปัญหาเหล่านั้นเอง การให้เหตุผลของศาลสูงสุดในการนำหลัก political question doctrine มาใช้ส่วนใหญ่จะใช้ประโยคที่ว่า

“...such matters are so exclusively entrusted to the political branches of the governments as to be largely immunes from judicial inquiry or interference...” (342 U.S. 588) หรือ

“...these conditions are appropriate for the considerations of the political departments of the Government. The questions they involve are essentially political and not justiciable” (307 U.S. 454) หรือ

“...Especially it the definition of our relations to foreign nations confided not to the Courts, but to another branch of government” (235 N.Y. 258)

<sup>55</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 101.

การให้เหตุผลของศาลสูงสุดเกือบทั้งหมดเป็นไปในลักษณะดังกล่าว โดยสาระสำคัญแล้วไม่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความยากในการทำให้หลัก political question doctrine นั้นมีความแน่นอนชัดเจนมากขึ้น ถึงแม้จะมีความยุ่งยากในการกำหนดขอบเขตที่แน่นอนชัดเจนของหลัก political question doctrine แต่หลักดังกล่าวก็ถูกนำมาใช้และความพยายามในทางวิชาการที่จะทำให้หลัก political question doctrine มีความชัดเจนมากขึ้น<sup>56</sup>

## (2) การกระทำของรัฐ (Act of state)

ในขณะที่ฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Government Act) ที่มีความหมายมิใช่เพียงในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ยังรวมถึงการกระทำอื่น ๆ อีกหลายประการ ในขณะที่การกระทำของรัฐ (Act of state) ในความหมายของอังกฤษมีลักษณะแคบกว่าการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส การกระทำของรัฐ (Act of state) ของอังกฤษมักจะเกี่ยวกับเรื่องทางการเมืองระหว่างประเทศ การกระทำของรัฐ (Act of state) เช่น การประกาศสงคราม การออกคำสั่งให้ปิดกั้นการเดินทางทะเล ข้อตกลงว่าด้วยสันติภาพ การยอมรับรัฐบาลของต่างประเทศหรือการยอมรับรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่ง การให้ความคุ้มครองทางการทูต และการกำหนดเขตแดนของประเทศ<sup>57</sup>

สำหรับประเด็นที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ (Act of state) นั้น Wade เห็นว่าการกระทำของรัฐที่ได้รับการยอมรับว่าปราศจากการถูกตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของความสัมพันธ์กับต่างประเทศ และเฉพาะที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกษัตริย์และรัฐอื่นหรือต่อชาวต่างชาติ เท่าที่เรื่องนั้นมีได้รับความคุ้มครองจากสถาบันพระมหากษัตริย์เท่าที่มีการพำนักอาศัยอยู่ในเขตแดนของอังกฤษ จากข้อพิจารณาของ Wade จึงมีประเด็นพิจารณาว่า

<sup>56</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 102.

<sup>57</sup> Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten, RECHT UND STAAT IN GESCHICHTE UND GEGENWART, VERLAG J.C.B. MOHR 9PAUL SIEBECK), TUBINGEN 1951, p.56.

การให้ความหมายของการกระทำของรัฐดังกล่าวนี้จำกัดขอบเขตเฉพาะกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือรวมเรื่องการเมืองภายในประเทศด้วย ในประเด็นนี้ Keir และ Lawson ผู้เขียนตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้ให้ความเห็นว่า การกระทำของพระมหากษัตริย์ในเรื่องความสัมพันธ์กับต่างประเทศถือว่าเป็นการกระทำเดี่ยวที่ “การกระทำของรัฐ” (Act of state) ในกฎหมายอังกฤษ ในขณะที่ Wade เห็นว่าการกระทำที่ไม่ใช่เรื่องความสัมพันธ์กับต่างประเทศ แต่เป็นเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เช่น การใช้อำนาจยุบสภาผู้แทนราษฎร การจัดการกองกำลังรักษาพระองค์ การกระทำเหล่านี้ก็มีลักษณะเดียวกับการกระทำของรัฐในความสัมพันธ์กับต่างประเทศซึ่งศาลของอังกฤษไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้ การกระทำในลักษณะดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับจากองค์กรตุลาการของอังกฤษ แต่อย่างไรก็ตามการกระทำของรัฐภายในดังกล่าวมีเพียงจำนวนน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับกระทำในความสัมพันธ์กับต่างประเทศ จึงทำให้มีการให้ความหมายของการกระทำของรัฐจำกัดอยู่กับกลุ่มที่เป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับต่างประเทศเท่านั้น<sup>58</sup>

### **(3) การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement)**

ตามแนวทฤษฎีของฝรั่งเศสนั้นในช่วงเริ่มต้นมีการปฏิเสธถึงการมีอยู่ของการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) แต่ต่อมามีความพยายามในทางวิชาการที่จะกำหนดขอบเขตของการกระทำดังกล่าว ในปัจจุบันแนวความคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลยังคงมีบทบาทในทางปฏิบัติของระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยการกระทำดังต่อไปนี้ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล และด้วยเหตุนี้จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat)<sup>59</sup>

ก. การกระทำในทางการเมือง เช่น มาตรการของรัฐบาลในความสัมพันธ์กับตัวแทนประชาชน, มาตรการที่เป็นการดำเนินการในทางทหาร, ในอดีตรวมถึงการอภัยโทษ

<sup>58</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 57..

<sup>59</sup> Hans Schneider, *Gerichtsfreie Hoheitsakte, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten, RECHT UND STAAT IN GESCHICHTE UND GEGENWART, VERLAG J.C.B. MOHR 9PAUL SIEBECK, TUBINGEN 1951, p.48.*

ข. การกระทำในทางการทูต การกระทำที่อยู่ในกลุ่มนี้ ได้แก่ การผนวกดินแดนและผลที่ตามมาจากการผนวกดินแดนเกี่ยวกับการคุ้มครองทางการทูตต่อชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ

ค. มาตรการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินการในช่วงสงคราม สิทธิเรียกร้องต่อรัฐอันเนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากสงคราม

สำหรับแนวคิดในทางกฎหมายของเยอรมนี Hans Schneider ได้ศึกษาถึงการกระทำของรัฐที่ปราศจากการถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfree Hoheitsakte) ในระบบกฎหมายเยอรมนีและมีการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคิดของฝรั่งเศส, อังกฤษและสหรัฐอเมริกา โดย Hans Schneider เห็นว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญเยอรมนีได้นำหลักอำนาจฟ้องคดีอันเป็นหลักประกันในการฟ้องคดีต่อศาลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่<sup>60</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมนีมาบัญญัติไว้ในกรณีเช่นนี้ ยังจะมีการกระทำของรัฐที่ปราศจากการถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfree Hoheitsakte) อยู่หรือไม่<sup>61</sup> ซึ่งในเบื้องต้น Walter Jellinek ปฏิเสธถึงการยกเว้นการตรวจสอบโดยศาลปกครองต่อการกระทำที่มีลักษณะพิเศษของการกระทำทางรัฐบาล แต่ต่อมามีความเป็นไปได้ (ภายหลังจากรัฐธรรมนูญเยอรมนีมีผลใช้บังคับ) ซึ่งอาจจะมีการกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfree Hoheitsakte)<sup>62</sup> ซึ่งมีความเห็นในทางวิชาการจำนวนมากที่มีความเห็นว่า เจเนอไซของหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (มาตรา 19 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญเยอรมนี) นั้นอาจมีขอบเขตที่จำกัดต่อการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) ได้ แต่มีงานในทางวิชาการมากมายที่ให้ข้อสังเกตต่อกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองในทางตรงข้ามว่า จากหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ (มาตรา 19 วรรคสี่

<sup>60</sup> มาตรา 19 (การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน)

(4) หากบุคคลใดถูกละเมิดสิทธิโดยอำนาจมหาชน บุคคลนั้นชอบที่จะใช้สิทธิในทางศาลได้ในกรณีที่ไม่มีการฟ้องคดีในเวลานั้น ให้ฟ้องยังศาลยุติธรรม

<sup>61</sup> Hans Schneider, Gerichtsfree Hoheitsakte, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten. p.36.

<sup>62</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 37.

รัฐธรรมนูญเยอรมนี) ไม่อาจยกเว้นการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) ได้ มีเพียงคำอธิบายรายมาตราของ Eyer mann และ Froehler เท่านั้นที่กล่าวไว้เพียงสั้น ๆ ว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) นั้นไม่ใช่ “การกระทำทางปกครอง” (Verwaltungsakt) ดังนั้น จึงไม่อาจจะฟ้องโต้แย้ง การกระทำดังกล่าวต่อศาลปกครองได้<sup>63</sup> ซึ่งก็สอดคล้องกับตำรากฎหมายปกครอง ของ Hans Peters และ Ernst Forsthoff โดย Hans Peters เห็นว่า ศาลปกครอง ย่อมมีอำนาจจำกัดในการตรวจสอบการกระทำที่เป็นการตัดสินใจทางการเมือง เช่น การยุบสภา, การประกาศสงคราม การกระทำดังกล่าวย่อมไม่อยู่ในขอบเขต ของ “คำสั่งทางปกครอง” ส่วน Ernst Forsthoff ได้ให้ข้อสังเกตในประเด็นดังกล่าวว่า โดยระบบของศาลเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระและไม่มีความรับผิดชอบ ทางการเมือง ดังนั้น กรณีจึงไม่ใช่ภาระหน้าที่ของศาลที่ตัดสินใจในทางการเมือง ดังนั้น ตามความเห็นของ Ernst Forsthoff จึงเห็นด้วยกับการมีอยู่ของการกระทำของรัฐ อันเป็นการกระทำของรัฐที่ปราศจากการถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfree Hoheitsakte) โดยให้เหตุผลถึงการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบ ขององค์กรตุลาการว่ามิได้เกิดจากลักษณะของการกระทำของรัฐนั้น ๆ แต่แท้จริงแล้ว เกิดจากข้อจำกัดในระบบขององค์กรตุลาการเอง แต่ในขณะที่ Herbert Krueger มีความเห็นในทางตรงกันข้ามว่า เป็นเพราะความไม่สามารถขององค์กรตุลาการ ที่ตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวได้ และด้วยเหตุนี้เองจึงได้มีข้อจำกัด ในการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) การให้เหตุผลดังกล่าว ถือว่าเป็นสาระสำคัญที่เป็นประเด็นสำคัญในเรื่องนี้เพราะเป็นการเชื่อมโยงความ สัมพันธ์ระหว่างอำนาจตุลาการกับการบริหารรัฐ<sup>64</sup> ในทัศนะของ Erich Kaufmann เห็นว่า ประเด็นปัญหาที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองเป็นขอบเขตที่ไม่อยู่ใน เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะประเด็นปัญหาทางการเมืองการพิจารณา วินิจฉัยไม่สามารถหากเกณฑ์ทางกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา วินิจฉัยได้<sup>65</sup>

<sup>63</sup> เฟิงอ่าง, หน้า 37.

<sup>64</sup> เฟิงอ่าง, หน้า 38.

<sup>65</sup> เฟิงอ่าง, หน้า 44.

#### (4) การกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (*gerichtsfree Hoheitsakte*)

ตามทัศนะของ Hans Schneider เห็นว่า<sup>66</sup> ตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนี รัฐบาลสหพันธ์อาจทำคำสั่งไปยังมลรัฐ โดยทั่วไปแล้วเป็นการส่งไปยังรัฐมนตรีของมลรัฐ ในกรณีที่รัฐบาลสหพันธ์เห็นว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน (มาตรา 84 วรรคห้า, มาตรา 85 วรรคสาม รัฐธรรมนูญเยอรมนี) จากบทบัญญัติดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลว่า กรณีปัญหาที่มีความเร่งด่วนย่อมอยู่ภายใต้การตัดสินใจของรัฐบาลสหพันธ์และไม่สามารถถูกตรวจสอบจากศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามมาตรา 93 วรรคสาม รัฐธรรมนูญเยอรมนีได้ ลักษณะที่คล้ายกันคือ กรณีที่มีปัญหาว่า ร่างกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายเร่งด่วนหรือไม่ และด้วยเหตุนี้ความจำเป็นเร่งด่วนของกระบวนการตรากฎหมายตามมาตรา 81 รัฐธรรมนูญเยอรมนี ซึ่งจากถ้อยคำของกฎหมายนั้นชัดเจนว่า รัฐบาลสหพันธ์เป็นผู้วินิจฉัยว่าเป็นกรณีเร่งด่วนหรือไม่ ลักษณะเช่นเดียวกันนี้ ย่อมนำมาใช้กับประเด็นปัญหาว่า กฎหมายที่ได้รับการพิจารณาจากสภาผู้แทนราษฎรแล้ว รัฐบาลสหพันธ์รับไว้ได้หรือไม่ (มาตรา 81 วรรคสอง รัฐธรรมนูญเยอรมนี) หรือในกรณีปัญหาที่มีความสำคัญยิ่งว่า รัฐบาลสหพันธ์วินิจฉัยมติของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา ซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายตามแผนงบประมาณของรัฐบาลเพิ่มสูงขึ้น (มาตรา 113 รัฐธรรมนูญเยอรมนี) ได้หรือไม่ ตามความเห็นของ Hans Schneider เห็นว่า ผู้มีอำนาจวินิจฉัยในกรณีนี้มีเฉพาะรัฐบาลสหพันธ์เท่านั้น ไม่มีความเป็นไปได้ที่จะนำประเด็นปัญหานี้ให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ การตัดสินใจของรัฐบาลสหพันธ์ย่อมอยู่ภายใต้การควบคุมทางการเมืองของสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น (โดยการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล)

การจำกัดอำนาจในการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญไม่เพียงเป็นประโยชน์ต่อรัฐบาลสหพันธ์เท่านั้น หากยังเป็นประโยชน์ต่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ดังเช่น กรณีของการกระทำของรัฐสภา (*parlamentarische Akte*) ซึ่งชัดเจนว่าไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ตัวอย่างเช่น มติของ

<sup>66</sup> Hans Schneider, *Gerichtsfreie Hoheitsakte*, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten. p.33

คณะกรรมการการตามมาตรา 44 วรรคสี่<sup>67</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมนี รวมทั้งปัญหาว่า ความจำเป็นตามกฎหมายของกฎหมายในระดับสหพันธ์มีอยู่หรือไม่ (มาตรา 72 วรรคสอง<sup>68</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมนี) ในกรณีเช่นนี้ย่อมเป็นอำนาจโดยเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติของสหพันธ์เท่านั้นที่จะวินิจฉัยในเรื่องนี้ กรณีสุดท้ายที่จะกล่าวถึงคือ กรณีตามมาตรา 129 วรรคหนึ่ง<sup>69</sup> รัฐธรรมนูญเยอรมนี ตามบทบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้รัฐบาลสหพันธ์โดยการหารือร่วมกับวุฒิสภาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่หรือการมอบอำนาจในการออกรัฐกฤษฎีกา การตัดสินใจเหล่านี้เป็นการการกระทำที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งหมายความว่า การกระทำเหล่านี้ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ ในกรณีเหล่านี้ ศาลสามารถตรวจได้เฉพาะว่าการกระทำเหล่านี้ได้กระทำโดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่หรือไม่และกระทำการในเชิงรูปแบบที่ถูกต้องหรือไม่<sup>70</sup>

ในกรณีที่กล่าวมาข้างต้น การจำกัดการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ รวมทั้ง การควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญจากการกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ (gerichtsfree Hoheitsakte) นั้น ย่อมมีผลมาจากถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายหรือจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

<sup>67</sup> มาตรา 44 (คณะกรรมการการเพื่อค้นหาความจริง)

(4) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเพื่อค้นหาความจริงไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยเรื่องดังกล่าว ศาลมีความอิสระที่จะประเมินและวินิจฉัยข้อเท็จจริงอันเป็นพื้นฐานการค้นหาความจริงดังกล่าว

<sup>68</sup> มาตรา 72 (อำนาจในการออกกฎหมายที่ให้อำนาจทั้งสหพันธ์และมลรัฐ)

(2) สหพันธ์มีอำนาจในการออกกฎหมาย ในกรณีที่มีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยกฎหมายในทางกฎหมายของสหพันธ์ เพื่อให้กฎหมายมีลักษณะที่เดียวกันสำหรับการบังคับใช้ในขอบเขตสหพันธ์ทั้งหมด หรือเพื่อเป็นการรักษาความเป็นเอกภาพในทางกฎหมาย หรือในทางเศรษฐกิจอันเป็นผลประโยชน์โดยรวมของสหพันธ์รัฐ

<sup>69</sup> มาตรา 129 (การมีผลบังคับต่อไปของการมอบอำนาจในการออกกฤษฎีกา)

(1) เท่าที่บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีผลบังคับใช้ต่อไปเป็นกฎหมายของสหพันธ์ได้มอบอำนาจในการออกกฤษฎีกา หรือข้อบัญญัติทั่วไปทางปกครอง รวมทั้ง การดำเนินการตามการกระทำทางปกครองให้เรื่องดังกล่าวตกทอดไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจในเรื่องนั้นๆ ในกรณีที่มีข้อสงสัยให้รัฐบาลสหพันธ์เป็นผู้วินิจฉัยโดยการตกลงกับสภาสูงสหพันธ์ คำวินิจฉัยดังกล่าวต้องเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย

<sup>70</sup> Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten. p.34.

คำตอบของกรณีเหล่านี้ย่อมต้องถือว่าเป็นผลมาจาก “ธรรมชาติของสิ่งนั้น” (Natur der Sache) ตัวอย่างที่แสดงให้เห็นชัดเจนโดยปราศจากข้อสงสัยคือ กรณีของ นายกรัฐมนตรี อาจกำหนดแนวนโยบายทางการเมืองของตนซึ่งย่อมอยู่ภายใต้ ข้อจำกัดของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และย่อมเป็นสิทธิของนายกรัฐมนตรี ที่กำหนดให้เรื่องใด ๆ เป็นเรื่องที่อยู่ภายในแนวนโยบายของตน<sup>71</sup>

ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงกลายเป็นขอบเขตข้อจำกัดในการควบคุม ตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในขอบเขตดังกล่าว กรณีย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น ขอบเขตดังกล่าวจะต้องถูกเน้นย้ำให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยฝ่าย วิชาการและโดยเฉพาะอย่างยิ่งจากคำวินิจฉัยของศาลเอง สิ่งที่ไม่ควรเกิดอย่างย้ง ก็คือ ศาลรัฐธรรมนูญกระทำการผิดพลาดต่อบทบาทของการเป็นผู้คุ้มครอง รัฐธรรมนูญและมีผลทำให้กลายเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐบาลซึ่งมิได้รับมอบหมาย จากรัฐธรรมนูญให้ทำหน้าที่ในการนำพาสังคม กรณีเช่นนี้จะกลายเป็น “รัฐบาล โดยตุลาการ” (government des juges)<sup>72</sup>

การกระทำของรัฐดังต่อไปนี้ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐที่ปราศจาก การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ” (gerichtsfreie Hoheitsakte) เช่น การตัดสินใจ ของรัฐสภา การกระทำในทางารชุต (การตัดสินใจเกี่ยวกับเอกสิทธิ์ทางการชุต การยอมรับสถานะความเป็นรัฐของรัฐใดรัฐหนึ่ง การให้ความคุ้มครองทางการชุต) การสั่งการในทางยุทธการ (การตัดสินใจเพิ่มกองกำลังเสริมของตำรวจ การเสริม กำลังตามแนวชายแดน) การกระทำทางรัฐบาล (การกำหนดแนวนโยบาย ทางการเมืองของนายกรัฐมนตรี การตัดสินใจเกี่ยวกับมาตรการทางการคลังของรัฐบาล ตามมาตรา 113 รัฐธรรมนูญเยอรมนี) จ. การกระทำของประธานาธิบดี (การอภัยโทษ การมอบเครื่องราชอิสริยาภรณ์)<sup>73</sup>

<sup>71</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 34.

<sup>72</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 35.

<sup>73</sup> เฟ็งอ้าง, หน้า 47.

กล่าวโดยสรุป บรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยที่มีบทบาทหลักในระบบกฎหมายของโลก กล่าวคือ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ ฝรั่งเศสและเยอรมนี ต่างได้พัฒนาแนวคิดในการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของรัฐโดยองค์กรตุลาการ โดยสหรัฐอเมริกาได้พัฒนา “หลัก political question doctrine” อังกฤษได้พัฒนาแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำของรัฐ” (Act of state) ฝรั่งเศสได้พัฒนาแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” (Government Act) ส่วนเยอรมนีได้พัฒนาแนวคิดที่ว่าด้วย “การกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ” (gerichtsfreie Hoheitsakte) หลักการที่ตรงกันของทั้งสองแนวคิด คือ การสร้างข้อจำกัดของอำนาจตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำของรัฐในลักษณะดังกล่าว ซึ่งการกระทำของรัฐที่ได้รับการพัฒนาในแต่ละประเทศย่อมมีขอบเขตที่กว้างแคบแตกต่างกันไป นอกจากนี้ ยังมีความแตกต่างในเรื่องระบบของศาลที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบ ซึ่งแต่ละประเทศมีระบบการควบคุมตรวจสอบที่แตกต่างกันไป ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

## บทที่ 3

### การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรีในต่างประเทศ

ในบทนี้จะได้กล่าวถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรีในต่างประเทศ ดังนี้ (3.1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (3.2) สาธารณรัฐฝรั่งเศส (3.3) สหราชอาณาจักร

#### 3.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สำหรับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรีของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่จะได้กล่าวในส่วนนี้ นั้น จะได้กล่าวถึงลักษณะและประเภทของ (3.1.1) การกระทำของฝ่ายบริหาร (3.1.2) ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี และ (3.1.3) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรี

##### 3.1.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร

ในหัวข้อการกระทำของฝ่ายบริหารนี้ จะได้กล่าวถึง (3.1.1.1) ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร และ (3.1.1.2) ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยมีรายละเอียด ดังนี้

##### 3.1.1.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร

หนึ่งในองค์ประกอบที่จะทำให้ “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) เกิดขึ้นได้จริงก็คือ ในรัฐนั้นจะต้องมีการแบ่งแยกอำนาจกันระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ฝ่ายบริหาร (Exekutive) และฝ่ายตุลาการ (Judikative) ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz, GG) ก็ได้มีการรับรอง “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Gewaltenteilungsprinzip) ไว้ในมาตรา 20 วรรคสอง ซึ่งกำหนดให้อำนาจรัฐ (Staatsgewalt) อันมีที่มาจากประชาชนนั้น ต้องแสดงออกโดยองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่การตรากฎหมาย

(die Gesetzgebung) ในการใช้บังคับกฎหมาย (die vollziehende Gewalt) และในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยใช้กฎหมาย (die Rechtsprechung) อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารสามารถกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ ทั้งในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” หรือ “ฝ่ายปกครอง” ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถแบ่งการกระทำของฝ่ายบริหารได้เป็น “การกระทำของรัฐบาล” ประการหนึ่ง และ “การกระทำทางปกครอง” อีกประการหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

### 3.1.1.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร

#### (1) การกระทำของรัฐบาล

ในระบบกฎหมายเยอรมันก็มีการกล่าวถึงข้อความคิดว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) โดยที่การกระทำทางรัฐบาลนั้นหมายถึงความมีส่วนร่วมขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ และมักจะเป็นการกระทำที่มีผลบังคับผูกพันในทางกฎหมายอย่างจำกัดเท่านั้น<sup>74</sup> ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำตามภารกิจของรัฐบาลอันเกี่ยวข้องกับ “การดำเนินวิถีชีวิตของรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsleben)<sup>75</sup> นั่นเอง ด้วยเหตุนี้ จึงสามารถสรุปลักษณะของ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ 3 ประการดังต่อไปนี้

**ประการที่หนึ่ง** ในแง่ขององค์กรที่เกี่ยวข้องนั้น การกระทำทางรัฐบาลจึงไม่ได้จำกัดอยู่เพียงแค่การกระทำของรัฐบาลในฐานะที่เป็น “รัฐบาลในเชิงการจัดการองค์การ” (Regierung im institutionellen Sinne) เท่านั้น กล่าวคือแม้รัฐบาลจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยได้กระทำในฐานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หากการกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับ “การดำเนินวิถีชีวิตของรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญ” แล้ว การกระทำเช่นนั้นก็ย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้

<sup>74</sup> Schröder, in : HbdStR III, S 67 Rn. 7.

<sup>75</sup> Schröder, in : HbdStR III, S 67 Rn. 7.

**ประการที่สอง** ในแง่ลักษณะของความผูกพันในการใช้อำนาจ กล่าวคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่รัฐบาลมีอิสระในการออกแบบ (Gestaltungsfreiheit) อย่างกว้างขวาง เพื่อให้เป็นไปตามเจตจำนงทางการเมืองของตน การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่มีความผูกพันในทางกฎหมายอย่างหลวม ๆ (lockere rechtliche Bindung)

**ประการที่สาม** ในแง่ลักษณะของการกระทำนั้น การกระทำย่อมเกี่ยวข้องกับ การตัดสินใจทางการเมืองต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การตัดสินใจทางการเมือง เพื่อให้เป็นไปตามภารกิจในทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร (Regierungsfunktion) ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น การกำหนดแนวนโยบายของรัฐ การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติร่วมกับรัฐสภา การดำเนินกิจการระหว่างประเทศ การดำเนินภารกิจทางการเงินการคลังและการงบประมาณของรัฐ เป็นต้น<sup>76</sup>

อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของการใช้อำนาจตาม **ภารกิจในทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร (Regierungsfunktion)** นอกจากจะปรากฏอยู่ในบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจในการกำหนดนโยบายของนายกรัฐมนตรี (Kanzlerprinzip) อำนาจในการกำหนดนโยบายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Ressortprinzip) และบทบัญญัติว่าด้วยอำนาจในการกำหนดนโยบายของคณะรัฐมนตรี (Kabinettsprinzip) แล้ว ยังอาจถูกจำกัดได้ด้วยบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) บทบัญญัติว่าด้วยหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (verfassungsgestaltende Grundentscheidung) และบทบัญญัติว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการดำเนินภารกิจของรัฐ (Staatszielbestimmungen) อีกด้วย<sup>77</sup> และด้วยแนวคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยไร้ช่องว่างที่ปรากฏตามมาตรา 19 วรรคสี่ของกฎหมายพื้นฐานนั้น ส่งผลให้แม้กระทั่งการกระทำทางรัฐบาล (Regierungsakt) ก็อาจเป็นวัตถุประสงค์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและโดยศาลรัฐธรรมนูญเช่นกัน<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Schröder, in : HbdStR III, § 67 Rn. 11.

<sup>77</sup> Schröder, in : HbdStR III, § 67 Rn. 13.

<sup>78</sup> Schröder, in : HbdStR III, § 67 Rn. 14.

## (2) การกระทำทางปกครอง

การกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง (die Verwaltung) นั้น เป็นการกระทำอย่าง “ตรงไปตรงมา” (loyal) เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือแนวนโยบายของรัฐบาล ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า ฝ่ายปกครองนั้น เป็น “แขนของรัฐบาลที่ยื่นออกมา” (verlängerter Arm der Regierung) เพื่อช่วยเหลือให้การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลบรรลุผล<sup>79</sup>

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่ได้กระทำหน้าที่ในฐานะที่เป็น “แขนของรัฐบาลที่ยื่นออกมา” เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองอาจได้รับมอบให้ใช้ดุลพินิจของตนได้ และในกรณีของการปกครองตนเองตามกฎหมายท้องถิ่น ฝ่ายปกครองย่อมมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่อย่างกว้างขวาง

### 3.1.2 ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี

#### 3.1.2.1 ความหมายของมติคณะรัฐมนตรี

ในระบอบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีไม่ได้มีการกำหนดนิยามของ “มติคณะรัฐมนตรี” ไว้อย่างชัดเจนเหมือนในระบอบกฎหมายไทย แต่การศึกษาลักษณะทั่วไปของการกระทำของมติคณะรัฐมนตรี สามารถศึกษาได้จากภารกิจของ “รัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ” (Bundesregierung) ดังต่อไปนี้

**รัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesregierung)** เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร (Spitze der exekutiven Bundesgewalt) ซึ่งประกอบไปด้วยนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundeskanzler) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Bundesminister) โดยภารกิจของรัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐนั้น มีความกว้างขวางเป็นอย่างยิ่ง จนยากที่จะกำหนดขอบเขตเป็นที่แน่นอนได้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) ที่กล่าวถึงหน้าที่ของรัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหน้าที่ทั้งหมดของรัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐ (Teilausschnitte einer im übrigen vorausgesetzten Gesamtaufgabe) เท่านั้น<sup>80</sup> โดยในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเมืองนั้น

<sup>79</sup> Schröder, in : HbdStR III, § 67 Rn. 29.

<sup>80</sup> Schröder, in : HdbStR III, § 67 Rn. 7.

รัฐบาลบาลแห่งสหพันธรัฐมีเขตอำนาจทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางการเมือง (politische Allzuständigkeit)<sup>81</sup> ในการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธรัฐ (Bundeskanzler) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Bundesminister) สามารถกระทำได้ทั้งที่เป็นรูปแบบขององค์กรเดี่ยว (Zuständigkeit einzelner Regierungsmidglieder) และองค์กรกลุ่ม (Zuständigkeit der Bundesregierung als eine kollegial gebildeten Verfassungsorgan) โดยในกรณีที่ถูกกฎหมายพื้นฐานไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าการใช้อำนาจของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรเดี่ยวหรือเป็นองค์กรกลุ่ม ต้องถือว่าการใช้อำนาจเช่นนั้น ต้องอาศัยมติของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม<sup>82</sup>

ตัวอย่างของการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในฐานะที่เป็นองค์กรเดี่ยว ซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายพื้นฐาน ได้แก่ อำนาจที่เกี่ยวข้องกับกองกำลังทหารและหน่วยจู่โจมพิเศษ ตามมาตรา 65a และมาตรา 115b ของกฎหมายพื้นฐาน อำนาจในการออกกฎหมายตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ทางเลือกที่หนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางการเงินการคลังบางประการ ตามมาตรา 108 วรรคสาม ประโยคที่สอง และมาตรา 112 ของกฎหมายพื้นฐาน อำนาจในการออกกฎหมายตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ทางเลือกที่สอง รวมไปถึงอำนาจในการกำหนดแนวนโยบายตามมาตรา 65 ประโยคที่หนึ่ง และประโยคที่สองของกฎหมายพื้นฐาน

นอกจากนี้ ตัวอย่างของการปฏิบัติหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม หรือที่เรียกว่า “คณะรัฐมนตรี” (Bundeskabinett) ได้แก่ สิทธิในการใช้มาตรการบังคับของมลรัฐ (Recht zur Ausübung von Bundeszwang) ตามมาตรา 37 ของกฎหมายพื้นฐาน สิทธิในการตั้งคณะกรรมการร่วมระหว่างสภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐและสภาตัวแทน

<sup>81</sup> Weckerling-Wilhelm, in : Umbach/Clemen, Grundgesetz Mitarbeiterkommentar, Art. 62 Rn. 7.

<sup>82</sup> Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, § 67 Rn. 754.

ของมลรัฐ (Vermittlungsausschuss) ตามมาตรา 77 วรรคสอง ประโยคที่สี่ของกฎหมาย  
พื้นฐาน สิทธิในการเสนอร่างกฎหมาย ตามมาตรา 76 ของกฎหมายพื้นฐาน สิทธิในการ  
กำกับดูแลหรือควบคุมดูแลหน่วยงานทางปกครองของมลรัฐ อำนาจในการออกกฎ  
ตามมาตรา 80 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ทางเลือกที่หนึ่ง รวมไปถึงสิทธิในการ  
ออกระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) เพื่อบังคับการให้  
เป็นไปตามกฎหมายของมลรัฐ ตามมาตรา 83 มาตรา 84 วรรคสอง และมาตรา 85  
วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจในทางการเงิน  
การคลังบางประการ ตามมาตรา 113 และมาตรา 114 ของกฎหมายพื้นฐาน  
รวมไปถึงอำนาจในการกำหนดแนวนโยบายตามมาตรา 65 ประโยคที่สาม  
ของกฎหมายพื้นฐาน

ด้วยเหตุนี้ หากประสงค์จะศึกษามติคณะรัฐมนตรีในความหมาย  
อย่างกว้างที่เทียบเคียงได้กับมติของคณะรัฐมนตรีในระบบกฎหมายไทย ก็จำเป็นต้อง  
ต้องศึกษาภารกิจของคณะรัฐมนตรีทั้งหมดไม่ว่าผลของการกระทำ  
ของคณะรัฐมนตรีที่ออกมาในรูปของ “มติ” (Beschlussfassung) นั้น จะมีลักษณะ  
เป็นกฎ คำสั่งทางปกครอง แนวปฏิบัติภายในฝ่ายปกครอง หรือมีลักษณะเป็นเพียง  
การกำหนดแนวนโยบายก็ตาม แต่หากประสงค์จะศึกษามติคณะรัฐมนตรีในความหมาย  
อย่างแคบ “มติคณะรัฐมนตรี” จะหมายความเพียงแค่มติของคณะรัฐมนตรีที่มี  
ลักษณะเป็นการกำหนดแนวนโยบาย ตามมาตรา 65 ประโยคที่สามของกฎหมาย  
พื้นฐานเท่านั้น<sup>83</sup>

### 3.1.2.2 ประเภทของมติคณะรัฐมนตรี

#### (1) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดมาตรการในทางบริหาร ที่เป็นงานประจำ

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดมาตรการในทางบริหารที่มีไว้  
เป็นการกำหนดนโยบาย อาจมีสถานะได้หลายรูปแบบ แต่ส่วนใหญ่มักอยู่ในรูปแบบ  
ของการออก “กฎ” (Rechtsverordnung) และการกำหนด “ระเบียบภายใน  
ฝ่ายปกครอง” (Verwaltungsvorschriften) ซึ่งอาจเป็นวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ

<sup>83</sup> โปรดดูรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1.1.2 (2)

ความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองได้ หากระเบียบภายในฝ่ายปกครอง เช่นว่านั้นมีลักษณะมาตรการภายในฝ่ายปกครองที่เป็นแนวทางในการทำให้กฎหมายเป็นรูปธรรม (normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften) อันเป็นมาตรการทางปกครองที่จำกัดดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในเรื่องที่เกี่ยวกับ ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะและมีความละเอียดชัดเจนจนกระทั่งมีผลต่อบุคคล ภายนอกโดยตรง

## (2) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบาย

มาตรา 65 กฎหมายพื้นฐานได้แบ่งอำนาจในการกำหนดแนวนโยบาย รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (Bundesregierung) ไว้ 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

**ประเภทที่หนึ่ง** อำนาจในการกำหนดนโยบายของนายกรัฐมนตรี (Richtlinien kompetenz หรือ Kanzlerprinzip) ตามมาตรา 65 ประโยคที่หนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นการวางแนวนโยบายอย่างกว้างเพื่อการนำไปปฏิบัติ โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงที่รับผิดชอบต่อไป (umsetzungs- und konkretisierungsbedürftige Rahmenentscheidung)<sup>84</sup> ด้วยเหตุนี้ คู่กรณีของแนวนโยบาย ของนายกรัฐมนตรี จึงไม่ใช่คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น แต่มีเพียง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ละกระทรวงเท่านั้น โดยนายกรัฐมนตรีจะมีอำนาจ ในการวางแนวนโยบายก็ต่อเมื่อ การวางแนวนโยบายเช่นว่านั้นมีได้อยู่ในความ รับผิดชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 65 ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน ดังที่จะกล่าวในลำดับถัดไป

**ประเภทที่สอง** อำนาจในการกำหนดนโยบายของรัฐมนตรีว่าการ กระทรวง (Ressortprinzip) ตามมาตรา 65 ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งเป็นอำนาจในการตัดสินใจขั้นสุดท้าย (Letztentscheidungs befugnis) ในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการบุคคล งบประมาณ และการบริหารจัดการอื่น ๆ ที่อยู่ในภารกิจของกระทรวงนั้น ๆ โดยที่ภารกิจของแต่ละ กระทรวงนั้น เป็นไปตามที่นายกรัฐมนตรีได้กำหนดไว้เมื่อทำการแต่งตั้งรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 64 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 9 ประโยคที่หนึ่ง

<sup>84</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 7. Aufl., München 2016, § 15 Rn. 21.

แห่งระเบียบในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ Geschäftsordnung der Bundesregierung, GO-ReG)<sup>85</sup> ทั้งนี้ อำนาจในการกำหนดนโยบายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง ไม่ใช่อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงในฐานะที่เป็นสมาชิกของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (Mitglied der Bundesregierung) แต่เป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็น “ผู้นำของภารกิจในแต่ละกระทรวง” (Resortleiter)<sup>86</sup> อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจในการกำหนดนโยบายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงก็ต้องอยู่ภายใต้อำนาจในการกำหนดนโยบายของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 65 ประโยคที่สาม ของกฎหมายพื้นฐาน ดังที่จะกล่าวในลำดับถัดไป

**ประเภทที่สาม** อำนาจในการกำหนดนโยบายของคณะรัฐมนตรี (Kabinettsprinzip) ตามมาตรา 65 ประโยคที่สาม ของกฎหมายพื้นฐาน โดยที่คณะรัฐมนตรีจะมีอำนาจในการกำหนดแนวนโยบายก็ต่อเมื่อเกิดข้อขัดแย้งระหว่างนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้วยกันเอง รวมไปถึงอำนาจในการพิจารณาประเด็นปัญหาที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงภายในและภายนอกประเทศ เศรษฐกิจ สังคม การคลัง หรือวัฒนธรรม และมีผลของการพิจารณาในรูปแบบของมติ (Beschlussfassung) ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 15 แห่งระเบียบในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ

### (3) มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น “ยุทธศาสตร์ชาติ”

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ไม่ปรากฏว่ามีมติคณะรัฐมนตรีที่มีผลบังคับผูกพันที่เคียงได้กับ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 แต่อย่างใด

#### 3.1.2.3 กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี

กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีลักษณะ 3 ประการ ดังต่อไปนี้ **ประการที่หนึ่ง** สมาชิกทุกรายจะต้องได้รับข้อมูล

<sup>85</sup> Epping, in : Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, § 65 Rn. 6.

<sup>86</sup> Epping, in : Epping/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, § 65 Rn. 6.

อันเกี่ยวข้องกับมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวอย่างเพียงพอ **ประการที่สอง** การพิจารณามติคณะรัฐมนตรีจะต้องเกิดจากความมีส่วนร่วมของสมาชิกคณะรัฐมนตรีในจำนวนที่มากเพียงพอ อันเป็นที่มาของการกำหนดองค์ประชุม (Quorum) ขั้นต่ำที่ใช้ในการพิจารณามติคณะรัฐมนตรี และ **ประการที่สาม** มติคณะรัฐมนตรีจะต้องเกิดจากการลงมติสนับสนุนของเสียงข้างมากขององค์ประชุม<sup>87</sup>

ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการเสนอมติในประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับระหว่างนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือเกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐมนตรีว่าการกระทรวงด้วยกันเอง หรือที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาที่สำคัญอันเกี่ยวข้องกับความมั่นคงภายในและภายนอกประเทศ เศรษฐกิจ สังคม การคลัง หรือวัฒนธรรม แล้วมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลแห่งสหพันธรัฐกำหนดให้ในการพิจารณามติเช่นนั้น ต้องมีสมาชิกของคณะรัฐมนตรีอย่างน้อยกึ่งหนึ่งของสมาชิกของคณะรัฐมนตรีเข้าร่วมการประชุม และต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากของผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมด โดยในกรณีที่มีคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานของที่ประชุม (ซึ่งโดยปกติแล้วก็คือ นายกรัฐมนตรี) เป็นผู้ลงคะแนนเสียงชี้ขาด

### 3.1.2.4 สถานะของมติคณะรัฐมนตรี

เมื่อศึกษาความหมาย ประเภท และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีแล้ว ก็จะพบว่าโดยหลักการแล้ว มติคณะรัฐมนตรีย่อมมีสถานะเป็นเพียงการกำหนดนโยบายของรัฐบาลเท่านั้น เว้นเสียแต่ว่า คณะรัฐมนตรีจะได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งสืบเนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีนั้น เพื่อออกคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือการกำหนดระเบียบภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งการกระทำเหล่านี้จะมีผลบังคับตามกฎหมายและเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองได้หรือไม่นั้น เป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป ดังจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

<sup>87</sup> Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, § 67 Rn. 763.

### 3.1.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

#### 3.1.3.1 หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ

##### (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ภายใต้การปกครองโดยยึดหลัก “นิติรัฐ” (Rechtsstaat) นั้น อำนาจ  
ของรัฐ (Staatsgewalt) ทั้งปวง ไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ (Legislative)  
อำนาจบริหาร (Exekutive) หรืออำนาจตุลาการ (Judikative) ก็ตาม ล้วนต้องผูกพัน  
ต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ  
(Vorrang der Verfassung) จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญที่ทำให้หลักนิติรัฐดำรงอยู่ได้  
โดยหลักการดังกล่าวก่อให้เกิดผลที่สำคัญ 3 ประการ<sup>88</sup> ได้แก่

**ประการที่หนึ่ง** บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นมาตรฐาน  
ความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติอื่น ๆ นั้น จะต้องมีความแตกต่างอย่างชัดเจน  
จากบทบัญญัติที่ถูกตรวจสอบ และต้องใช้หลักการตีความที่เป็นอิสระจากบทบัญญัติ  
ที่ถูกตรวจสอบ ซึ่งเป็นไปตาม “หลักการแบ่งแยก” (Konzept der Trennung)

**ประการที่สอง** หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผล  
เป็นการจัดความสัมพันธ์และองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ในลักษณะของลำดับชั้นที่ลดหลั่น  
กันไปด้วยในตัว

**ประการที่สาม** หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผล  
ทำให้กระบวนการทางการเมืองมีลักษณะเป็นกฎหมายมากขึ้น

โดยในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด  
ของรัฐธรรมนูญเป็นหลักการที่มีที่มาจากหลักความผูกพันของการกระทำของรัฐ  
ต่อรัฐธรรมนูญตามมาตรา 1 วรรคสาม รวมไปถึงหลักนิติรัฐและหลักการปกครอง  
ในระบอบประชาธิปไตยตามมาตรา 20 วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน<sup>89</sup>

##### (2) ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

เพื่อเป็นการประกันความดำรงอยู่ของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด  
ของรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น รัฐจึงต้องวางกลไกในการควบคุมความ

<sup>88</sup> รายละเอียดเป็นไปตาม Wahl, Rainer, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat 20. Band 1981, S. 486.

<sup>89</sup> Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015, § 1 Rn. 34.

ชอบด้วยกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ (Normenkontrolle) ไว้ด้วย โดยการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบหลัก<sup>90</sup> ได้แก่

**รูปแบบที่หนึ่ง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม (abstrakte Normenkontrolle)** ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีที่ยังไม่มีข้อพิพาทในชั้นศาล อันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้การตีความกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบ โดยอาจเป็น “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเชิงป้องกัน” (präventive Normenkontrolle) ก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมาย หรืออาจเป็น “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในเชิงแก้ไข” (repressive Normenkontrolle) หลังกฎหมายนั้นประกาศใช้แล้วก็ได้

**รูปแบบที่สอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรม (konkrete Normenkontrolle)** ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทในชั้นศาล อันเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการใช้การตีความกฎหมายอันเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบแล้ว

### (3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ได้แก่ การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือหรือการควบคุมด้วยระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ตาม และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมทางการเมือง ในการตั้งกระทู้ถามหรือการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจภายในสภา หรือการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่นก็ตาม

### (4) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการนั้น มาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐานได้กำหนดให้บุคคล

<sup>90</sup> รายละเอียดเป็นไปตาม บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2561, หน้า 56-63.

ที่ถูกระทบสิทธิโดยการใช้อำนาจรัฐ (öffentliche Gewalt) สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาล เพื่อให้ศาลรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของตนได้ อันเป็นการที่กฎหมายพื้นฐานได้สร้าง “หลักประกันประสิทธิภาพของการได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการ” (Garantie effektiven Rechtsschutz) นั้นเอง

เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันประสิทธิภาพของการได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการอย่าง “ไร้ช่องว่าง” (lückenloser Schutz) ให้แก่ประชาชน ที่ได้รับการกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจรัฐ “อำนาจรัฐ” (öffentliche Gewalt) ตามความหมายของมาตรา 19 วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐานหมายถึงการกระทำของฝ่ายบริหารทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางปกครองก็ตาม<sup>91</sup>

#### **(5) การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายบริหารกับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ**

หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายของบริหารนั้น ใช้บังคับกับทั้งการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ แนวคิดที่แบ่งแยกระหว่างการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง เพื่อตัดอำนาจศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลตั้งแต่ต้น โดยเฉพาอย่างยิ่ง แนวคิดที่ว่า “การเมืองต้องมาก่อนกฎหมาย” (Politik vor Recht)<sup>92</sup> จึงเป็นแนวคิดที่ไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐ และไม่อาจนำมาปรับใช้ได้อีกในปัจจุบัน<sup>93</sup> สิ่งที่สามารถยืนยันหลักคิดที่ปฏิเสธความมีอยู่ของ “การกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล” (justizfreie Hoheitsakte)<sup>94</sup> กล่าวมาข้างต้นได้ก็คือ การที่กฎหมาย

<sup>91</sup> Enders, in : Epping/Hillgruber, BeckOK GG, § 19 Rn. 55.

<sup>92</sup> Wysk, in : Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Rn. 80.

<sup>93</sup> Ehlers/Schneider, in : Schoch/Schneider, VwGO, § 40 Rn. 118.

<sup>94</sup> “การกระทำของรัฐที่ปราศจากการตรวจสอบโดยศาล” (justizfreie Hoheitsakte หรือ gerichtsfreie Hoheitsakte) แบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่ 1) การกระทำทางรัฐบาล (Regierungsakt) 2) การอภัยโทษ (Gnadenentscheidung) 3) นิติสัมพันธ์จากความสัมพันธ์ในสถานะรูปแบบพิเศษ (Sonderstatusverhältnis) เช่น ทหาร ข้าราชการ นักเรียน และ 4) ความสัมพันธ์ภายในองค์กรของรัฐ (Innenrechtsstreitigkeiten) อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับแล้วในปัจจุบัน รายละเอียดดู Wysk, in : Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, § 40 Rn. 77.

พื้นฐานได้กำหนดให้การกระทำทางรัฐบาลเป็นวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในประเภทคดี “ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreitverfahren) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 13 ข้อ 5 และมาตรา 63 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ไว้อย่างชัดเจน<sup>95</sup>

อย่างไรก็ตาม การแบ่งการกระทำของฝ่ายบริหารออกเป็นการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองนั้น ก็ยังส่งผลถึงขอบเขตของอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ยิ่งการกระทำของรัฐบาลเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางการเมืองมากขึ้นเท่าใด อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก็ยิ่งน้อยลงเท่านั้น<sup>96</sup>

### 3.1.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี

#### โดยศาลรัฐธรรมนูญ

#### (1) อำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจะถูกจำกัดไว้ด้วยประเภทของคดีที่ถูกกำหนดไว้ล่วงหน้า (Enumerationsprinzip)<sup>97</sup> ด้วยเหตุนี้ คดีที่สามารถนำขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญต้องเป็นคดีที่ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 93 ของกฎหมายพื้นฐาน เช่น คดีอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreitverfahren) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม (abstrakte Normenkontrolle) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2a การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (Verfassungsbeschwerde) มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4

<sup>95</sup> โปรดดูรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1.3.2

<sup>96</sup> โปรดดูรายละเอียดต่อไปในหัวข้อ 3.1.3.2 (2.3)

<sup>97</sup> Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 7. Aufl., München 2016, § 50 Rn. 9 ff.

## (2) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลรัฐธรรมนูญ

### (2.1) ขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ ของศาลรัฐธรรมนูญ

ถึงแม้ว่าการกระทำของฝ่ายบริหารประการใดประการหนึ่งจะเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยธรรมชาติก็ตาม แต่หากเป็นการกระทำของรัฐบาลที่อยู่ในลักษณะของประเภทคดีใดประเภทคดีหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจที่จะตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลเช่นว่านั้นได้ โดยรูปแบบคำฟ้องที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ได้แก่ คดีอันเกี่ยวเนื่องกับข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Organstreitverfahren) การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (Verfassungsbeschwerde) และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม (abstrakte Normenkontrolle)

### (2.2) ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำ ของรัฐบาล

ถึงแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวจะแสดงให้เห็นว่า กลไกในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (Verfassungsbeschwerde) ในระบบกฎหมายเยอรมัน จะรองรับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐอย่างกว้างขวาง ซึ่งอาจรวมไปถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐบาลก็ตาม แต่การใช้กลไกดังกล่าวในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐบาล มีข้อจำกัดที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับ “อำนาจในการร้องทุกข์” (Beschwerdebefugnis) กล่าวคือ ประชาชนที่ต้องการจะใช้สิทธิในการร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็น “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้” เท่านั้น โดยในระบบกฎหมายเยอรมันยังได้มีการขยายความของการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวว่าต้องเป็นการกระทบสิทธิ “ที่เกิดขึ้นแล้ว” (gegenwärtig) “ต่อผู้ร้องทุกข์” (eigen) “โดยตรง” (unmittelbar) อีกด้วย<sup>98</sup> ด้วยเหตุนี้ การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลซึ่งโดยหลักแล้วไม่ได้มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก จึงไม่อาจกระทำได้

<sup>98</sup> รายละเอียดเป็นไปตาม Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2015, § 3 Rn. 166 ff.

(2.3) ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในมิติของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง”

ถึงแม้ว่าการกระทำทางรัฐบาลจะเป็นวัตถุประสงค์ที่นำขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญได้ แต่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลนั้น เป็นไปได้อย่างจำกัดยิ่ง ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการจำกัดตนเองขององค์กรตุลาการ (judicial self-restraint)<sup>99</sup> อันเป็นหลักการที่ส่งผลให้การใช้อำนาจของศาลในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำที่มีลักษณะที่เป็นการเมือง (politische Qualität) สูง ต้องกระทำโดยระมัดระวังมากยิ่งขึ้น<sup>100</sup>

**(3) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี**

(3.1) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีด้วยคำฟ้องประเภท “ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (Organstreitverfahren)

การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในประเภทคดี “ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (Organstreitverfahren) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 1 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 13 ข้อ 5 และมาตรา 63 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการ ดังต่อไปนี้

#### 1. ขั้นตอนการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณา

การเสนอคำฟ้องคดีประเภท “ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ (Zulässigkeit) ดังต่อไปนี้

<sup>99</sup> รายละเอียดเป็นไปตาม Schenke, in : Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. IV Rn. 225.

<sup>100</sup> อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่า การใช้เกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับลักษณะของความเป็นการเมืองของการกระทำทางปกครองมาเป็นข้อพิจารณาในการจำกัดอำนาจของตุลาการนั้น เป็นสิ่งที่กระทำได้อย่างในทางปฏิบัติ จึงไม่ควรเป็นปัจจัยที่จะนำมาจำกัดอำนาจของตุลาการ รายละเอียดโปรดดู Schröder, in : HbdStR III, § 67 Rn. 14.

**ผู้มีสิทธิฟ้องคดี (Antragsberechtigte) และผู้ถูกฟ้องคดี (Antragsgegner)** ได้แก่ องค์กรลำดับสูงสุดของสหพันธรัฐทุกองค์กร (all obersten Bundesorgane) กล่าวคือ องค์กรของสหพันธรัฐที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือกำกับดูแลขององค์กรอื่น อันได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐ (Bundespräsident) สภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag) รัฐบาลแห่งสหพันธรัฐ (Bundesregierung) สภาตัวแทนของมลรัฐ (Bundesrat) รวมไปถึงองค์กรหรือส่วนหนึ่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ที่กฎหมายพื้นฐานหรือระเบียบในการดำเนินงานของสภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐหรือสภาตัวแทนของมลรัฐได้กำหนดให้สิทธิบางประการไว้เป็นการเฉพาะ<sup>101</sup> เช่น พรรคการเมือง หรือสมาชิกสภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐ

**วัตถุแห่งคดี (Streitgegenstand)** ได้แก่ มาตรการ (Maßnahme) หรือการงดเว้นกระทำการ (Unterlassung) อย่างใดอย่างหนึ่งที่เป็นรูปธรรม อันเป็นมาตรการที่มีนัยสำคัญในทางกฎหมาย (rechtserheblich)<sup>102</sup> ด้วยเหตุนี้ การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นเพียงการเตรียมการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น การจัดทำร่างกฎหมาย จึงยังไม่อาจเป็นวัตถุของคดีประเภทนี้ได้

**อำนาจในการฟ้องคดี (Antragsbefugnis)** กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีต้องกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่า ตนได้รับกระหนาบสิทธิจากมาตรการหรือการงดเว้นกระทำการของผู้ถูกฟ้องคดี อันเป็นสิทธิที่องค์กรของตนได้รับมอบตามรัฐธรรมนูญ เช่นใดบ้าง

**รูปแบบของคำฟ้อง (Form) และระยะเวลาในการเสนอคำฟ้อง (Frist)** โดยผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำฟ้องเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>103</sup> และต้องฟ้องคดีภายใน 6 เดือน นับแต่ผู้ฟ้องคดีรู้ถึงความมีอยู่ของมาตรการหรือการงดเว้นกระทำการของผู้ถูกฟ้องคดี<sup>104</sup>

<sup>101</sup> มาตรา 63 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>102</sup> มาตรา 64 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>103</sup> มาตรา 23 ประกอบ มาตรา 64 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>104</sup> มาตรา 64 วรรคสาม แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

## 2. กระบวนการในการพิจารณา

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคำฟ้องที่ชอบด้วยรูปแบบแล้วต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของคำฟ้อง (Begründetheit) ต่อไป โดยพิจารณาว่ามาตรการหรือการงดเว้นกระทำการของผู้ฟ้องคดีเป็นมาตรการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่ และเป็นมาตรการหรือการงดเว้นกระทำการที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างหรือไม่

## 3. ผลของการพิจารณา

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับคดีประเภท “ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ศาลรัฐธรรมนูญสามารถยืนยันว่ามาตรการหรือการงดเว้นกระทำการของผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นมาตรการหรือการงดเว้นกระทำการที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่เท่านั้น<sup>105</sup> คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีเช่นนี้จึงไม่มีผลเป็นการเพิกถอนหรือยืนยันความเป็นโมฆะของมาตรการของผู้ถูกฟ้องคดี แต่มีผลเพียงให้ผู้ถูกฟ้องคดีต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>106</sup>

(3.2) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีด้วยคำฟ้องประเภท “การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน (Verfassungsbeschwerde)”

การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในประเภทคดี “การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” (Verfassungsbeschwerde) มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 13 ข้อ 8a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการ ดังต่อไปนี้

### 1. ขั้นตอนการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณา

การเสนอคำฟ้องคดีประเภท “การร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญของประชาชน” ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ (Zulässigkeit) ดังต่อไปนี้

<sup>105</sup> มาตรา 67 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>106</sup> Morgenthaler, in : Epping/Hillgruber, BeckOK GG, § 93 Rn. 17.

ผู้มีสิทธิร้องทุกข์ (Beschwerdefähigkeit) ได้แก่ “บุคคลทุกคน” (jedermann) ซึ่งหมายถึง บุคคลผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั่นเอง

วัตถุแห่งคดี (Beschwerdegegenstand) ได้แก่ การกระทำของรัฐทั้งหมด (jeder Akt der öffentlichen Gewalt) ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 4 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 90 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

อำนาจในการร้องทุกข์ (Beschwerdesbefugnis) กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีต้องกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่า ตนเป็นบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ เท่านั้น โดยในระบบกฎหมายเยอรมันยังได้มีการขยายความของการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าวว่าต้องเป็นการกระทบสิทธิ “ที่เกิดขึ้นแล้ว” (gegenwärtig) “ต่อผู้ร้องทุกข์” (eigen) “โดยตรง” (unmittelbar) เท่านั้น

รูปแบบของคำร้องทุกข์ (Form) และระยะเวลาในการเสนอคำร้องทุกข์ (Frist) โดยผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำร้องทุกข์เป็นลายลักษณ์อักษร<sup>107</sup> และต้องร้องทุกข์ภายใน 1 เดือน นับแต่ผู้นั้นได้มีการแจ้งหรือประกาศให้ทราบถึงการกระทำนั้น ๆ แล้วแต่กรณี<sup>108</sup>

การใช้สิทธิทางศาลมาอย่างครบถ้วนแล้ว (Rechtswegerschöpfung) กล่าวคือ ผู้ยื่นคำร้องทุกข์จะต้องใช้สิทธิทางศาลที่ตนมี เช่น การยื่นฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองให้ครบถ้วน ก่อนที่จะร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เงื่อนไขในการใช้สิทธิทางศาลอย่างครบถ้วนนี้ ต้องอยู่ภายใต้ “หลักความคาดหมายได้ในการใช้สิทธิทางศาลให้ครบถ้วน” (Vorbehalt der Zumutbarkeit) ด้วย กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยคำร้องทุกข์ได้ แม้ผู้ยื่นคำร้องทุกข์จะต้องใช้สิทธิทางศาลที่ตนมีอย่างครบถ้วน หากการรอคอยที่จะต้องใช้สิทธิทางศาลอย่างครบถ้วน จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องทุกข์เกินสมควร<sup>109</sup>

<sup>107</sup> มาตรา 23 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>108</sup> มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>109</sup> Morgenthaler, in : Epping/Hillgruber, BeckOK GG, § 93 Rn. 69.

## 2. กระบวนการในการพิจารณา

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคำฟ้องที่ชอบด้วยรูปแบบแล้ว ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของคำฟ้อง (Begründetheit) ต่อไปโดยพิจารณาว่าการกระทำของรัฐอันเป็นวัตถุประสงค์ เป็นกระทำการที่กระทบสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างหรือไม่

## 3. ผลของการพิจารณา

ผลของการพิจารณาของศาลย่อมผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตามแนวทางที่สอดคล้องกับกฎหมาย

(3.3) **ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีด้วยคำฟ้องประเภท “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม” (abstrakte Normenkontrolle)**

การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในประเภทคดี “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม” (abstrakte Normenkontrolle) ตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2 ของกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 13 ข้อ 6 และ มาตรา 76 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการ ดังต่อไปนี้

### 1. ขั้นตอนการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณา

การเสนอคำฟ้องคดีประเภท “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม” ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายในเชิงรูปแบบ (Zulässigkeit) ดังต่อไปนี้

ผู้มีสิทธิฟ้องคดี (Antragsberechtigte) ได้แก่ สมาชิกหนึ่งในสี่ของสภาผู้แทนแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag) รวมไปถึง สภาตัวแทนของมลรัฐ (Bundesrat) และรัฐบาลแห่งมลรัฐ (Landesregierung)

วัตถุแห่งคดี (Prüfungsgegenstand) ได้แก่ กฎเกณฑ์ (Rechtsnorm) ทั้งหมดไม่ว่าจะเป็น รัฐบัญญัติของสหพันธรัฐ (Bundesrecht) รัฐบัญญัติของมลรัฐ (Landesrecht) หรือกฎหมายลำดับรอง (untergesetzliches Recht) ก็ตาม

อำนาจในการฟ้องคดี (Antragsbefugnis) กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีต้องกล่าวอ้างมาในคำฟ้องว่า ได้เกิดข้อโต้แย้ง (Meinungsverschiedenheit) หรือข้อสงสัย (Zweifel) ในความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายของกฎเกณฑ์อันเป็นวัตถุแห่งคดี

รูปแบบของคำฟ้อง (Form) และระยะเวลาในการเสนอคำฟ้อง (Frist) โดยผู้ฟ้องคดีต้องยื่นคำฟ้องเป็นลายลักษณ์อักษร<sup>110</sup> โดยคำฟ้องในรูปแบบดังกล่าวไม่มีกำหนดระยะเวลาการฟ้อง<sup>111</sup>

## 2. กระบวนการในการพิจารณา

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคำฟ้องที่ชอบด้วยรูปแบบแล้ว ต้องพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาของคำฟ้อง (Begründetheit) ต่อไป โดยพิจารณาว่ากฎเกณฑ์อันเป็นวัตถุของคดีเป็นกฎเกณฑ์ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่

## 3. ผลของการพิจารณา

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับคดีประเภท “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญแบบนามธรรม” ศาลรัฐธรรมนูญสามารถประกาศให้กฎเกณฑ์อันเป็นวัตถุของคดีเป็นโมฆะ (nichtig) ซึ่งจะส่งผลทำให้กฎเกณฑ์นั้นตกเป็นโมฆะตั้งแต่ต้น (ex tunc, von Anfang an)

### **(4) แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี**

(4.1) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1999<sup>112</sup>

กรณีตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการประกาศใช้ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschriften) เพื่อสร้างความชัดเจนให้แก่เจ้าหน้าที่ของมลรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของสหพันธรัฐ ทั้งนี้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 85 วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน โดยประเด็นปัญหา

<sup>110</sup> มาตรา 23 ประกอบ มาตรา 64 วรรคสอง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ

<sup>111</sup> Degenhart, Christoph, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, § 11 Rn. 830.

<sup>112</sup> BVerfG, Beschluss vom 2.3.1999 = JuS 2000, 601.

ที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยก็คือ การประกาศใช้ระเบียบภายในฝ่ายปกครอง ตามมาตรา 7 วรรคสอง a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ (Atomgesetz) สามารถกระทำได้โดยรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งในฐานะที่เป็นองค์กรเดียว หรือต้องกระทำ โดยอาศัยมติของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่ม

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า การประกาศใช้ระเบียบภายในฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าว ไม่ได้มีผลเป็นเพียง การกำหนดมาตรการที่มีผลบังคับผูกพันภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ยังเป็น มาตรการของฝ่ายปกครองที่มีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างสหพันธรัฐและ มลรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ในมุมมองของสหพันธรัฐและมลรัฐแล้ว ระเบียบภายใน ฝ่ายปกครองในกรณีดังกล่าวมีสถานะเป็น “การกระทำที่มีผลบังคับผูกพันที่เหนือ ไปกว่าการให้คำแนะนำทั่วไป” (verbindlicher, nicht bloß empfehlender Rechtsakt)<sup>113</sup>

เนื่องจากผลกระทบที่มีต่อนิติสัมพันธ์ระหว่างสหพันธรัฐและ มลรัฐเช่นว่านี้การประกาศใช้ระเบียบภายในฝ่ายปกครองตามมาตรา 7 วรรคสอง a แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ จึงต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจมติ ของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรกลุ่มเท่านั้น<sup>114</sup>

(4.2) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1994<sup>115</sup>

กรณีตามคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวเป็นกรณี ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการจัดให้มี มติคณะรัฐมนตรี โดยมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ผู้ร้องทุกข์ ซึ่งเป็นบริษัทที่ประกอบกิจการ เกี่ยวกับการพัฒนาและค้าอาวุธแห่งหนึ่งได้ร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ ได้ยื่นคำขอ ต่อเจ้าหน้าที่ตุลาการเพื่อขอส่งออกผลิตภัณฑ์ของตนสำหรับนำไปใช้ในการพัฒนา อาวุธในอิรัก เจ้าหน้าที่ตุลาการปฏิเสธคำขอดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า ผู้ร้องทุกข์ไม่ได้ ยื่นคำขอให้ถูกต้องตามระเบียบว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (Außenwirtschaft-

<sup>113</sup> BVerfG, Beschluss vom 2.3.1999 = JuS 2000, 601 (601).

<sup>114</sup> คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่มีการวินิจฉัยในลักษณะเดียวกัน โปรดดู คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1969 (BVerfG, Beschluss vom 17.7.1969 = NJW 1970, 29).

<sup>115</sup> BVerfG, Beschluss vom 11.10.1994 = NJW 1995, 1537.

tsverordnung, AWW) อันเป็นระเบียบที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ประกาศใช้ โดยอาศัยอำนาจของรัฐบัญญัติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ (Außenwirtschaftsgesetz, AWG) เมื่อผู้ฟ้องคดีใช้สิทธิทางศาลในศาลอื่นครบถ้วนแล้ว แต่ยังไม่อาจได้การรับรองหรือคุ้มครองสิทธิของตน ผู้ร้องทุกข์จึงได้ยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการในการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี เพื่อให้มีการประกาศใช้ระเบียบว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศ โดยกล่าวอ้างว่า ในการพิจารณาเพื่อลงมติคณะรัฐมนตรีในรอบแรก มีรัฐมนตรีที่เข้าร่วมพิจารณาเพียง 7 คน (รวมนายกรัฐมนตรี) จากทั้งหมด 14 คน และในการลงเสียงนั้น มีรัฐมนตรีผู้ออกเสียงเห็นด้วยกับมติดังกล่าวเพียง 3 คน ไม่เห็นด้วย 2 คน และสงวนสิทธิในการออกเสียง 3 คน กระบวนการในการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งตนยังเป็นผู้มีอำนาจในการร้องทุกข์ (Beschwerdebefugnis) เนื่องจากเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 ววรรคหนึ่ง และเสรีภาพทางทรัพย์สิน ตามมาตรา 14 ของกฎหมายพื้นฐานของผู้ร้องทุกข์ได้รับการกระทบกระเทือนจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว

ศาลรัฐธรรมนูญพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ถึงแม้ว่าในกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว จะมีจำนวนผู้มีส่วนร่วมในการพิจารณาและผู้ลงมติน้อย แต่เมื่อมีการแจ้งข้อมูลให้สมาชิกคณะรัฐมนตรีทราบอย่างทั่วถึง ทั้งองค์ประกอบและการลงมติก็เป็นไปตามระเบียบที่ได้กำหนดไว้ กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย ผู้ร้องทุกข์จึงไม่ใช่ผู้ที่ได้รับการกระทบกระเทือนสิทธิจากมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงยกคำร้อง

(4.3) แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง

ตัวอย่างของคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลปกครอง ได้แก่ คำพิพากษาของศาลปกครองแห่งเมืองโคโลญ ฉบับลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 2010 อันเป็นคดีที่ศาลปกครองมีโอกาสดำเนินคดีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการออกคำสั่งเพื่อส่งผู้ร้ายข้ามแดน

การจะวินิจฉัยว่าคดีใดเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ศาลไม่อาจตัดสินได้โดยเพียงตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการกระทำที่ไม่อาจตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ หรือที่เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรา 19 วรรคสี่ ประโยคที่หนึ่งของกฎหมายพื้นฐาน กำหนดให้ปัจเจกบุคคลที่ได้รับการกระทบสิทธิจากการกระทำของรัฐ (öffentliche Gewalt) สามารถนำคดีขึ้นอยู่ศาลได้ อันเป็นบทบัญญัติที่รับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพ (effektiv) และปราศจากช่องว่าง (lückenlos)

แม้บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ผู้ฟ้องคดีในการใช้ดุลพินิจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยพิจารณาจากความเหมาะสมในเชิงการเมืองระหว่างประเทศ (außenpolitische Zweckmäßigkeitserwägungen) ก็ตาม ก็ยังไม่สามารถได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ (justizfreier Hoheitsakt) องค์ประกอบของการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับการเมืองระหว่างประเทศ (Berücksichtigungsfähigkeit) ไม่ได้มีผลต่อเขตอำนาจศาล (Zulässigkeit) แต่มีผลต่อขอบเขตของอำนาจศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐเท่านั้น

นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวข้องกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็ไม่ใช่ภารกิจหลักของรัฐบาลอันจะจัดให้อยู่ในการกระทำของรัฐที่เป็นการวางนโยบายสำหรับการบริหารประเทศได้ การจะวินิจฉัยว่าการกระทำเช่นว่านี้จะเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้หรือไม่นั้น จึงต้องพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการกระทำการนั้น เป็นกฎหมายที่กระทบสิทธิของคู่ความหรือผู้ที่เกี่ยวข้องหรือไม่

จากข้อเท็จจริง กฎหมายที่ใช้เป็นฐานอำนาจในการส่งผู้ร้ายข้ามแดนก็คือ มาตรา 74 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG) ถึงแม้ว่ารัฐบัญญัติจะมีความเกี่ยวข้องกับกิจการระหว่างประเทศก็ตาม แต่รัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวก็ยังเกี่ยวข้องกับความช่วยเหลือต่าง ๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและ

เสรีภาพของปัจเจกบุคคล การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่อาจตรวจสอบโดยศาลปกครองได้ หากเป็นกรณีที่คำฟ้องเป็นไปตามเงื่อนไขของการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

### 3.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติให้คณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres) เป็นองค์กรกลุ่มที่ใช้อำนาจทางบริหาร (l'organe de la collégialité gouvernementale) ประกอบด้วย ประธานาธิบดี (le président de la République) นายกรัฐมนตรี (Le Premier Ministre) และรัฐมนตรีต่าง ๆ (Les ministres) ที่<sup>116</sup> เป็นองค์กรสำคัญที่ดำเนินการบริหารงานและกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ โดยมีหน้าที่และอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญทั้งในเรื่องของการบังคับบัญชาฝ่ายปกครอง การดำเนินการทางนโยบาย การควบคุมและการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ ตามหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุล โดยผลผลิตที่สำคัญของการใช้อำนาจในทางบริหารของคณะรัฐมนตรีคือ “มติคณะรัฐมนตรี” โดยในหัวข้อนี้จะได้กล่าวถึง (3.2.1) การกระทำของฝ่ายบริหาร (3.2.2) ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี (3.2.3) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 3.2.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึง (3.2.1.1) ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร และ (3.2.1.2) ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร

##### 3.2.1.1 ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหาร

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” ต้องเป็นการกระทำที่เกิดจากการ

<sup>116</sup> รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ไม่ได้ระบุจำนวนของรัฐมนตรีไว้ โดยการที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดจำนวนไว้อย่างตายตัว ทำให้เกิดความยืดหยุ่นในการบริหารราชการแผ่นดิน สามารถปรับให้เหมาะสมกับสถานการณ์ ดังนั้น ขนาดของคณะรัฐมนตรีภายใต้การนำของประธานาธิบดีแต่ละคนจึงแตกต่างกันไป โดยทั่วไปจะประกอบไปด้วยรัฐมนตรีจำนวนตั้งแต่ 20-50 คน

ใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง โดยอำนาจทางปกครอง เป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารของรัฐ ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่อำนาจตุลาการ ดังนั้น อำนาจใดที่มีใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการ ถือว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในทางบริหารทั้งสิ้น แต่อย่างไรก็ตามอำนาจหน้าที่ในทางบริหารของรัฐ สามารถจำแนกการใช้อำนาจได้เป็น 2 ประเภท คือ อำนาจหน้าที่ทางปกครอง และอำนาจหน้าที่ในทางรัฐบาล

หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกอำนาจในทางบริหารของรัฐนี้ สามารถแบ่งแยกได้โดยใช้กฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจเป็นเกณฑ์<sup>117</sup> กล่าวคือ การกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจหน้าที่ในทางบริหารที่อำนาจนั้นมีแหล่งที่มาโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Acte de gouvernement) เช่น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภา เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา กรณีที่เป็นเรื่องในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เป็นภารกิจระหว่างรัฐ เช่น การทำสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก หรือสัญญาระหว่างประเทศ ดังนี้ หากได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารโดยแท้ จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเมื่อเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วนั้น จึงไม่อยู่ในการพิจารณาพิพากษาหรือการทำความคำสั่งของศาลปกครอง ดังจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

### 3.2.2.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร

#### (1) การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement)

คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement)” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ไม่มีการบัญญัติถึงความหมายและลักษณะของการกระทำ

<sup>117</sup> หลักการในการจำแนกการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ปรากฏในทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลหลายทฤษฎีด้วยกัน แต่ทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับในการแบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง โดย ศาสตราจารย์ Raymond Carré de Malberg ในหนังสือเรื่อง Contribution à la théorie générale de l'Etat; Tome 1 และเกณฑ์ในการแบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองนี้ศาลปกครองเป็นแนวทางเดียวกับที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 (คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น JTEPA)

ทางรัฐบาลไว้โดยตรง แต่มีวิวัฒนาการทางทฤษฎีในประเทศฝรั่งเศสมากกว่าสองร้อยปี โดยที่ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เกิดจาก แนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (หรือที่เรียกว่าสภาแห่งรัฐ) (Conseil d'État) โดยการที่ผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะรับพิจารณา การกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหาร โดยในระยะแรกเป็นผลสืบเนื่องจากการมี ข้อพิจารณาทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดี รวมทั้งในระยะต่อมาได้มีความเห็น ทางวิชาการที่ได้อธิบายการกระทำทางรัฐบาลใน 4 ทางทฤษฎีไว้อย่างกว้างขวาง ซึ่งจะนำมาสู่การอธิบายลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล โดยมีรายละเอียดดังนี้

### (1.1) ทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง (*théorie du mobile politique*)

ทฤษฎีมูลเหตุทางการเมืองเป็นการอธิบาย<sup>118</sup> อย่างไรก็ดี เมื่อเริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 3<sup>119</sup> ทฤษฎีนี้ก็ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยศาลปกครอง เพื่อปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาคดีอีก<sup>120</sup> โดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 ในคดี Prince Napoléon<sup>121</sup> ศาลไม่รับพิจารณาความชอบ ด้วยกฎหมายของคำปฏิเสธของรัฐมนตรีที่จะใส่ชื่อผู้ร้องลงในรายชื่อ นายพล ซึ่งตีพิมพ์ในบัญชีรายชื่อทหารประจำปี (*Annuaire militaire*) เนื่องจากการกระทำที่มีมูลเหตุทางการเมือง จากการกลับคำวินิจฉัยของศาลนี้ได้รับการยืนยัน ในคำวินิจฉัยศาลชี้ขาดคดีขัดกันฝรั่งเศส (*Tribunal des conflits*) ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 1880, ในคดี Marquigny และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1887, ในคดี Duc d'Aumale et Prince Murat นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐยังคงยืนยันการเลิกใช้ทฤษฎีมูลเหตุทางการเมืองในการวินิจฉัยคดี

<sup>118</sup> Lafitte, Recueil Lebon, p.371 (คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเกี่ยวกับสถานะ ของตระกูล Bonaparte เกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมือง (question politique) ซึ่งเป็นปัญหาที่อยู่ใน อำนาจของรัฐบาล)

<sup>119</sup> 4 กันยายน ค.ศ. 1870 ถึง 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1940

<sup>120</sup> CHAPUS René, Droit administratif général, Tome 1, 15e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2001, pp.947-948.

<sup>121</sup> Recueil Lebon, p.155, concl. David, Recueil Dalloz 1875.3.18 :

ของศาลปกครองในคำวินิจฉัยลงวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000, Assoc. Comité Tous frères โดยศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศส (François Mitterrand) ที่ให้ตัดแต่งหลุมศพจอมพล Pétain ทุกวันที่ 11 พฤศจิกายน ซึ่งเป็นวันที่ระลึกวันสงบศึกสงครามโลกครั้งที่ 1 ระหว่างปี ค.ศ. 1986 - 1992 เป็นคำสั่งทางปกครอง (décisions administratives)

### (1.2) การดำเนินงานของรัฐบาล (fonction gouvernementale)

ในแนวความคิดนี้นักกฎหมายอธิบายว่า ในการดำเนินกิจกรรมหรือในการบริหารงานของฝ่ายบริหารมีได้ทั้งกิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล (activité/function gouvernementale) และ กิจกรรม/การดำเนินงานทางปกครอง (activité/function administrative) ซึ่งการจำแนกระหว่าง กิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล (fonction gouvernementale) และกิจกรรมหรือการดำเนินงานทางปกครอง (fonction administrative) ช่วยให้สามารถค้นพบเหตุผลที่แท้จริงของแนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลได้<sup>122</sup> โดยให้เหตุผลว่า ในการทำงาน of ฝ่ายบริหารในลักษณะการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้ดำเนินกิจกรรมหรือดำเนินงานทางรัฐบาล (fonction gouvernementale) อย่างไรก็ตามแนวคิดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีความชัดเจน

### (1.3) การกระทำผสม (acte mixte)

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1947 ในคดี Gombert นั้น ตุลาการ CÉLIER ได้แสดงความคิดเห็นว่าการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลปกครองจะเข้าไปควบคุมได้แต่เฉพาะการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ทั้งนี้ ศาลจะต้องงดเว้นไม่เข้าไปควบคุมการกระทำที่มีอำนาจอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>123</sup> การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมได้เพราะว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่ได้มีแค่อำนาจของฝ่ายบริหารที่เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ยัง

<sup>122</sup> DUCROCO Théophile, Cours de droit administratif et de législation française des finances, Paris : Fontemoing, 7e édition, t.I, 1897 - 1905, n°52, p.71.

<sup>123</sup> La décision du Conseil d'État du 28 mars 1947, Gombert, Sirey 1947, III, p.89, concl. Célér.

มีอำนาจของรัฐสภาหรืออำนาจของรัฐอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับ ซึ่งอำนาจอื่น ๆ นี้ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง จึงทำให้การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมโดยศาลปกครองนั่นเอง

#### (1.4) เกมกติกาทางอำนาจ (*les règles de compétence*)

Michel VIRALLY<sup>124</sup> เสนอแนวความคิดที่ว่า เหตุที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมโดยศาลได้นั้นเป็น “เกมปกติเรื่องเกณฑ์ทางอำนาจ” (*jeu normal des règles du compétence*) ซึ่งหมายความว่า ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้เนื่องจากศาลไม่สามารถปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในคดีที่ได้แย้งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในส่วนของกรกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้เพราะศาลไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนที่รัฐสภาในการควบคุมฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ ข้อจำกัดเหล่านี้ล้วนแต่เป็นข้อจำกัดทางอำนาจที่ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้นั่นเอง

#### (1.5) การกระทำตามรัฐธรรมนูญ (*les actes tournés vers l'ordre constitutionnel*)

Jacques PUISOYE<sup>125</sup> ได้นำเสนอความคิดที่ว่าถ้าไม่นับรวมการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐที่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการที่ศาลยอมปรับใช้ทฤษฎีความเสี่ยงแล้ว การกระทำทางรัฐบาลได้แก่ “การกระทำตามรัฐธรรมนูญ” (*les actes tournés vers l'ordre constitutionnel*) อันจะหมายถึง การเปิด-ปิดสมัยประชุมรัฐสภา การเลื่อนสมัยประชุมรัฐสภา การตัดสินใจเกี่ยวกับวาระการประชุมสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การใช้อำนาจริเริ่มของรัฐบาลเกี่ยวกับ

<sup>124</sup> VIRALLY Michel, “L'introuvable «acte de gouvernement»”, RDP, 1952, pp.317-358.

<sup>125</sup> PUISOYE Jacques, “Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement”, AJDA, I. Doctrine, 1965, pp.215-218. และ FAVOREU Louis, «Pour en finir avec la «théorie» des actes de gouvernement», in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, paris, 2003, p.613, 615. และ FAVOREU Louis, «L'acte de gouvernement : acte provisoirement et accidentellement injusticiable», RFDA, 1987, p.544.

กฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ, การยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ, การแต่งตั้งประธานและตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) โดยประธานาธิบดี ดังนั้น การกระทำเหล่านั้นเท่านั้นที่จะนับว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่สามารถถูกนำไปฟ้องต่อศาล

(1.6) การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้ (*actes injusticiables*)

การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้เป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธการกระทำทางรัฐบาลอย่างสิ้นเชิง นำเสนอโดย Louis FAVOREU ซึ่งเสนอให้เปลี่ยนจากคำว่า การกระทำทางรัฐบาล (*actes de gouvernement*) เป็นการกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้ (*actes injusticiables*) ทั้งนี้ ที่การกระทำทางรัฐบาลถูกนำมาฟ้องไม่ได้นั้นไม่ได้เป็นเพราะลักษณะ (*nature*) ของการกระทำ แต่เป็นเพราะความบังเอิญ (*par accident*) กล่าวคือที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถนำไปฟ้องศาลได้นั้นเนื่องจากตุลาการฝรั่งเศสมีข้อจำกัดทางอำนาจหรือขาดอำนาจนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้วิธีพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร (*la procédure de résolution des conflits entre organes du pouvoir*) ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศเยอรมัน อิตาลี สเปน จะทำให้การกระทำทางรัฐบาล โดยเฉพาะการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนใหญ่สามารถถูกนำไปโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

(1.7) การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (*acte constitutionnel institutionnel*)

Élise CARPENTIER<sup>126</sup> ได้เชื่อมโยงแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญและเสนอทางแก้ปัญหานั้นในแนวทางเดียวกับ Louis FAVOREU โดย Élise CARPENTIER โดยได้เสนอให้เปลี่ยนนิยามการกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (*acte constitutionnel institutionnel*) เนื่องจากเห็นว่า มีการกระทำจำนวนมากที่เรียก

<sup>126</sup> CARPENTIER Élise, “L’acte de gouvernement n’est pas insaisissable”, RFDA, n°4 juillet-août 2006, Dalloz, Paris, 2006, pp.661-677.

CARPENTIER Élise, La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels, Clermont- Ferrand, Fondation Varenne, 2006, 545 p.

กันว่า การกระทำทางรัฐบาลรวมอยู่ในกลุ่มของการกระทำทางรัฐธรรมนูญ (actes constitutionnels) อย่างไรก็ตาม การกระทำทางรัฐธรรมนูญสามารถจำแนกได้เป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญที่ผู้รับผล คือ ปังเจกชน การกระทำนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญต่อปังเจกชน” (actes constitutionnels individuels) ส่วนการกระทำตามรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่งนั้นจะเกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (organes constitutionnels) การกระทำประเภทนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (actes constitutionnels institutionnels) การกระทำทางรัฐบาลส่วนใหญ่แล้ว ก็คือ การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่กระทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับแบบเฉพาะเจาะจงจากรัฐธรรมนูญ นั่นเอง

## (2) การกระทำทางปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นว่า คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในทางบริหารไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการตรารัฐกำหนด รัฐกฎฎีกา และการดำเนินงานประจำ แต่อย่างไรก็ดี แม้จะเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นบริหาร แต่ลักษณะของอำนาจอาจเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในกรณีที่มีการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” (Actes administratifs) และอยู่ในการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

โดยลักษณะของการกระทำทางปกครองที่เป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับงานประจำ โดยระบบสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับงานประจำที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” แต่ไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายและในเรื่องที่เป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหารซึ่งมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เช่น การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมใช้อำนาจนิติบัญญัติ<sup>127</sup>, คำวินิจฉัย

<sup>127</sup> แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ เช่น C.E. Sect. 18 juillet 1930. Rouché - การปฏิเสศการยื่นร่างกฎหมายต่อรัฐสภา, C.E. 3 novembre 1933. Desreumaux - ความล่าช้าในการประกาศใช้กฎหมาย, C.E. Ass. 19 janvier 1934. Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet - การถอนร่างกฎหมายจากรัฐสภา, C.E. Sect. 25 juillet 1947. Société l'Alfa - การไม่ดำเนินการบางเรื่องเพื่อรับร่างรัฐบัญญัติให้เร็วขึ้น

หรือคำสั่งการของรัฐบาลในการเรียกประชุมสภา หรือการออกพระราชกฤษฎีกา เรียกประชุมองค์การที่ดูแลการเลือกตั้ง, การดำเนินการเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้ง สมาชิกวุฒิสภา<sup>128</sup>, การสั่งการของประธานาธิบดีบางประการที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ขององค์การตามรัฐธรรมนูญ, การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม หรือการอภัยโทษของประธานาธิบดี

### 3.2.1 ประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี

สำหรับการกล่าวถึงประเภท สถานะ และกระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีนั้น ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึง (3.2.1.1) คณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres) (3.2.1.2) กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีและประเภทของมติคณะรัฐมนตรี (3.2.1.3) สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส และ (3.2.1.4) ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

#### 3.2.1.1 คณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรี (Conseil des ministres)

ในระบบฝ่ายบริหารแบบทวิภาค (L'exécutif bicéphale) ที่ฝ่ายบริหารประกอบไปด้วยประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรี เป็นการกำหนดให้อำนาจของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีความเข้มแข็งขึ้นมากกว่าในสาธารณรัฐที่ 4 โดยการประชุมคณะรัฐมนตรีนั้น รัฐธรรมนูญให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นประธานการประชุมคณะรัฐมนตรี<sup>129</sup> แต่อย่างไรก็ดีในกรณีพิเศษ นายกรัฐมนตรีสามารถทำหน้าที่ประธานในการประชุมคณะรัฐมนตรีแทนประธานาธิบดีได้ โดยต้องมีการมอบหมายอย่างชัดเจนและมีวาระการประชุมที่กำหนดไว้แน่นอน<sup>130</sup>

ในการแต่งตั้งรัฐมนตรีนั้น นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้เสนอรายชื่อผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่อประธานาธิบดี และประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้แต่งตั้ง โดยการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีประธานาธิบดี

<sup>128</sup> แนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ เช่น C.E. 2 novembre 1951. Tixier รัฐบาลออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้ง, C.E. 6 avril 1962. Maitre. การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง

<sup>129</sup> มาตรา 9 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

<sup>130</sup> มาตรา 21 วรคสรี รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

ดำเนินการตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี<sup>131</sup> โดยมาตรา 21 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 นายกรัฐมนตรีมีอำนาจในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันชาติ และรับผิดชอบการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้งใช้อำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร แต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและทหาร รวมทั้งอาจมอบอำนาจบางประการให้รัฐมนตรีได้ แต่อย่างไรก็ดี นายกรัฐมนตรีก็มีใช้ผู้บังคับบัญชาของรัฐมนตรีต่าง ๆ และไม่มีอำนาจบังคับให้รัฐมนตรีดำเนินการตามที่ตนต้องการได้หากรัฐมนตรีผู้นั้นปฏิเสธที่จะปฏิบัติ

อนึ่ง รัฐมนตรีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสสามารถจำแนกประเภทได้ 4 ประเภท โดยไม่มีการจัดลำดับศักดิ์ในคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ รัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรีมีสถานะทางกฎหมายเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกับนายกรัฐมนตรีที่ไม่มีสถานะเหนือรัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรี โดยรัฐมนตรีจำแนกได้ดังนี้<sup>132</sup>

1) รัฐมนตรีแห่งรัฐ (Le ministre d'Etat) มีทั้งการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งกิตติมศักดิ์ หรือเป็นการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง มีหน้าที่คอยกำกับดูแลกระทรวง โดยมอบตำแหน่งดังกล่าวให้รัฐมนตรีที่มาจากพรรคการเมืองเสียงข้างมาก ที่ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่มีสิทธิพิเศษใดเหนือกว่ารัฐมนตรีคนอื่น<sup>133</sup>

2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Le ministre) มีหน้าที่และอำนาจรับผิดชอบกระทรวงที่ได้รับมอบหมาย

3) รัฐมนตรีที่รับมอบอำนาจ (Le ministre délégué) ทำหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวง โดยมีบทบาทและหน้าที่ตามที่ได้รับมอบจากนายกรัฐมนตรี

<sup>131</sup> มาตรา 8 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

<sup>132</sup> “Quel est le rôle d'un Gouvernement?”, <https://www.vie-publique.fr/fiches/19454-quel-est-le-role-dun-gouvernement>, 7 juillet 2020, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 20 ธันวาคม 2563

<sup>133</sup> ในสมัยของประธานาธิบดี Emmanuel Macron ซึ่งเข้ารับตำแหน่งในปี ค.ศ. 2017 ได้แต่งตั้งรัฐมนตรีแห่งรัฐ จำนวน 4 คน ในสมัยนายกรัฐมนตรี Edouard Philippe ได้แก่ Gérard Collomb à l'Intérieur, Nicolas Hulot, François de Rugy à la Transition écologique และ François Bayrou à la Justice.

4) รัฐมนตรีที่ไม่ได้รับมอบหมายให้เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวง (Le secrétaire d'Etat) ผู้ที่ได้รับตำแหน่งนี้อยู่ภายใต้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรืออยู่ภายใต้อำนาจของนายกรัฐมนตรี

อย่างไรก็ดี แม้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งคณะรัฐมนตรีไว้ แต่ได้กำหนดข้อห้ามในการดำรงตำแหน่งในรัฐบาล (Les incompatibilités gouvernementale) ว่าผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีในรัฐบาลไม่อาจดำรงตำแหน่งสมาชิกรัฐสภา ตำแหน่งวิชาชีพในระดับชาติ ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าตำแหน่งใด และไม่อาจประกอบวิชาชีพใด ๆ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีได้<sup>134</sup> แต่อย่างไรก็ดีรัฐมนตรีสามารถดำรงตำแหน่งที่ได้รับการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นในเวลาเดียวกันได้ ได้แก่ สมาชิกสภาเทศบาล สมาชิกสภาจังหวัด และสมาชิกสภาภาค

สำหรับการทำงานของคณะรัฐมนตรีนั้น ในระยะเวลาปกติจะมีการจัดประชุมรายสัปดาห์ โดยกำหนดไว้ทุกวันพุธ ตามรูปแบบที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาได้แก่ ในช่วงก่อนการประชุม ประธานาธิบดีและนายกรัฐมนตรีจะประชุมหารือจากนั้นเป็นการดำเนินการตามวาระ 3 ส่วน<sup>135</sup> ได้แก่ ส่วนแรก «partie A» เป็นการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติหรือรัฐกฤษฎีกา ส่วนที่สอง «partie B » เป็นการประชุมเกี่ยวกับการประชุมตามวาระที่เสนอเพื่อพิจารณา และส่วนที่สาม «partie C » (communications ministérielles) ดำเนินการโดยรัฐมนตรีที่มีหน้าที่และอำนาจรับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในกรณีที่ต้องมีการสื่อสารกับต่างประเทศหรือเป็นเรื่องทางการทูต<sup>136</sup> ภายหลังจากประชุมทุกครั้งจะจัดทำเอกสารเพื่อเก็บไว้ในหอจดหมายเหตุแห่งชาติ เพื่อเป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ โดยประกอบด้วยเอกสาร ดังนี้ ร่างวาระการประชุม (avant-projet d'ordre du jour), วาระการประชุม (ordre du jour), ภาคผนวกของวาระการประชุม

<sup>134</sup> มาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

<sup>135</sup> VITAL-DURAND Emmanuel, Mémento des institutions politiques françaises, Les fondamentaux, Hacette, p.44.

<sup>136</sup> GÉVART Pierre, Le président de la République et les institutions françaises, Editions l'Étudiant, 2007, p.34.

(additif à l'ordre du jour), บันทึกการประชุม (notes d'organisation), บันทึกมติที่ประชุม (relevé de décisions), การแถลงมติที่ประชุมต่อสาธารณะ (communiqué de presse) และข่าวประชาสัมพันธ์ (voire revue de presse)<sup>137</sup>

### 3.2.1.2 กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรีและประเภทของมติคณะรัฐมนตรี

การประชุมและการจัดทำมติคณะรัฐมนตรี (Délibération du Conseil des ministres) เกิดขึ้นใน 3 ลักษณะ ดังนี้<sup>138</sup>

#### (1) การพิจารณามติในเรื่องทั่วไป (les textes de portée générale)

การพิจารณามติในเรื่องทั่วไปของคณะรัฐมนตรี ได้แก่ การพิจารณาร่างรัฐบัญญัติ (projets de lois) รัฐกำหนด (ordonnances) รัฐกฤษฎีกา (décrets) ซึ่งต้องดำเนินการโดยที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเท่านั้น

สำหรับอำนาจของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาร่างรัฐบัญญัติ (projets de lois) ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 49 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 โดยกำหนดให้นายกรัฐมนตรีภายหลังจากความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีอาจขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรไว้กับการลงมติผ่านร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งได้ ในกรณีดังกล่าวให้ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบร่างรัฐบัญญัติฉบับนั้นแล้ว เว้นแต่จะมีการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลภายใน 24 ชั่วโมงหลังจากนั้น และสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้<sup>139</sup> กล่าวคือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 1 ใน 10 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งหมดที่มีอยู่ เสนอญัตติให้รัฐบาลแสดงความรับผิดชอบโดยการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล โดยยื่นญัตติไม่น้อยกว่า 48 ชั่วโมง โดยการนับคะแนนเสียงในญัตติให้ับเฉพาะคะแนนเสียงที่เห็นด้วย โดยมีองค์มติก่อนมากกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิก

<sup>137</sup> Ibid

<sup>138</sup> “Qu'est-ce qu'un Conseil des ministres ?”. <https://www.vie-publique.fr/fiches/19475-quest-ce-quun-conseil-des-ministres>, 7 juillet 2020, เข้าถึงข้อมูลวันที่ 20 ธันวาคม 2563

<sup>139</sup> มาตรา 49 วรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

ทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร<sup>140</sup> เช่นนี้จะเห็นได้ว่า แม้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในทางนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตามนายกรัฐมนตรีต้องดำเนินการผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และอยู่ภายใต้การตรวจสอบถ่วงดุลของสภาผู้แทนราษฎร

สำหรับอำนาจในการตรารัฐกำหนด (ordonnances) และรัฐกฤษฎีกาที่ตราโดยมติคณะรัฐมนตรี (les décrets délibérés en conseil des ministres) มาตรา 13 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร โดยให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในรัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่พิจารณาในการประชุมของคณะรัฐมนตรี โดยการตรารัฐกำหนดนั้น มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่กำหนดให้การตรารัฐกำหนดตราขึ้นโดยที่ประชุมคณะรัฐมนตรีหลังจากได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐ โดยให้รัฐกำหนดมีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ได้ประกาศใช้ และจะสิ้นผลใช้บังคับหากรัฐบาลไม่ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติให้สภายับรับรัฐกำหนดต่อรัฐสภาในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีสถานะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นอำนาจทางบริหารไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง

### (2) การพิจารณามิติเพื่อทำคำสั่งเฉพาะเรื่อง (les décisions individuelles)

กฎหมายกำหนดให้การพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองในบางกรณีต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะในเรื่องที่มีความสำคัญ เช่น การแต่งตั้งข้าราชการระดับสูง หรือการมีมติในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดิน โดยมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้จะมีสถานะเป็นได้ทั้งการตัดสินใจทางนโยบาย กฎ หรือคำสั่งทางปกครอง และเป็นมติที่ผูกพันการดำเนินงานในการบริหารราชการแผ่นดินที่มีลักษณะเป็นงานประจำ ดังจะได้กล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

### (3) การประชุมเพื่อติดตามการดำเนินงานที่สำคัญของรัฐมนตรี

ในแต่ละสัปดาห์ คณะรัฐมนตรีจะประชุมเพื่อติดตามการดำเนินงานที่สำคัญของรัฐมนตรีในเรื่องที่รัฐมนตรีคนไหนคนใดได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบ โดยรัฐมนตรีจะแถลงต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีถึงความก้าวหน้าที่ได้ดำเนินการหรือขอความเห็นจากคณะรัฐมนตรี ในกรณีนี้ ในการประชุมในแต่ละสัปดาห์

<sup>140</sup> มาตรา 49 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ฉบับวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958

ของคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะแถลงต่อที่ประชุมถึงสถานการณ์ระหว่างประเทศด้วย

### 3.2.1.3 สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส

การศึกษาเรื่องสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส สามารถแยกออกเพื่อศึกษาได้เป็น 2 ประเด็น ดังนี้<sup>141</sup>

#### (1) สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในความเห็นของนักวิชาการ

บทบาทของคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศสมีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากคณะรัฐมนตรีของประเทศอื่น ๆ<sup>142</sup> เพราะสำหรับประเทศฝรั่งเศสแล้ว คณะรัฐมนตรีและคณะรัฐบาลไม่ใช่สิ่งเดียวกัน เนื่องจากประธานาธิบดีมีส่วนร่วมในคณะรัฐมนตรีในฐานะประธานในที่ประชุม แต่ประธานาธิบดีไม่มีส่วนร่วมใด ๆ ในคณะรัฐบาล<sup>143</sup> และอำนาจของคณะรัฐมนตรีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดจึงมีเพียงการพิจารณาร่างกฎหมายต่าง ๆ ที่มีการบัญญัติไว้ว่าจะต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรียิ่งไปกว่านั้น ในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรียังถูกจำกัดให้เป็นเพียงสถานที่ที่มีการรับรองการตัดสินใจในเรื่องสำคัญ ๆ ของประเทศมากกว่าที่จะเป็นที่ที่มีการไตร่ตรองเรื่องต่าง ๆ ร่วมกัน<sup>144</sup> ทั้ง ๆ ที่โดยหลักการแล้ว องค์กรที่อยู่ในรูปแบบของคณะอย่างคณะรัฐมนตรีนั้นควรจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ลงมติรับรองมาตรการ คำสั่งหรือร่างกฎหมายต่าง ๆ ผ่านการออกเสียงลงคะแนนตามหลักประชาธิปไตย<sup>145</sup>

<sup>141</sup> นั้นท์วัฒน์ บรมานันท์ และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง เขตอำนาจของมติคณะรัฐมนตรี ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2553), หน้า 191-194.

<sup>142</sup> Jean GICQUEL et Jean-Eric GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 22e édition (Paris : Montchrestien, 2008), p.605.

<sup>143</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431 dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire (Paris : Economica, 2009), p.376.

<sup>144</sup> Jean GICQUEL, Jean-Eric GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, p.605.

<sup>145</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431 cité dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT. La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, p.378.

ในความเห็นของ Maurice HORIOU คณะรัฐมนตรีฝรั่งเศสเป็นเพียงคณะกรรมการที่ประกอบไปด้วยรัฐมนตรีที่มาประชุมร่วมกันเพื่อกำหนดมาตรการหลักของรัฐบาล โดยที่ไม่ได้ทำให้มาตรการเหล่านั้นกลายเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่มีผลบังคับใช้<sup>146</sup> นักวิชาการท่านอื่น ๆ แม้จะไม่ได้แสดงความเห็นเกี่ยวกับสถานะของตัวมติคณะรัฐมนตรีเองโดยตรง แต่ก็มีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่า ในปัจจุบัน คณะรัฐมนตรีกลายเป็นที่ที่มีการรับรองคำสั่งหรือร่างต่าง ๆ ที่มีการตัดสินใจมาก่อนแล้วล่วงหน้าว่าจะรับร่างหรือคำสั่งนั้น ๆ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น สำหรับ P.ARDANT et O.DUHAMEL แล้ว คณะรัฐมนตรีในสาธารณรัฐที่ 5 เป็นเพียงทางผ่านบังคับสำหรับร่างกฎหมายและคำสั่งแต่งตั้งต่าง ๆ โดยที่ไม่เคยเป็นสถานที่ที่ใช้กำหนดนโยบายของรัฐบาลเลย<sup>147</sup> ด้วยเหตุนี้ Guy CARCASSONNE จึงเห็นว่า คณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตัดสินใจ แต่เป็นเพียงสถานที่ที่มีการตัดสินใจเกิดขึ้นโดยที่คณะรัฐมนตรีไม่ได้เป็นผู้ทำการตัดสินใจ<sup>148</sup> ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นของ René CHAPUS ที่ว่า อำนาจในการออกกฎหมายหรือคำสั่งต่าง ๆ เป็นอำนาจเฉพาะบุคคลของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เพราะฉะนั้นในทางกฎหมายจึงไม่มีคำสั่งใดที่มาจากองค์กรในรูปองค์คณะ ไม่ว่าจะป็นรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี<sup>149</sup>

## **(2) สถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ**

ด้วยเหตุที่คณะรัฐมนตรีของฝรั่งเศสมีบทบาทจำกัดต่างจากของประเทศอื่น ๆ สถานะของมติคณะรัฐมนตรีจึงไม่ค่อยถูกหยิบยกมาพูดถึง อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐมีโอกาสตัดสินคดีเพื่อพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของมติ

<sup>146</sup> Maurice HAURIU, Précis de Droit constitutionnel, Sirey, 1929, p.362, cité dans Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431 cité dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, p.466.

<sup>147</sup> Philippe ARDANT et Olivier DUHAMEL, «Dyarchie», Pouvoirs, n° 91, 1999, p.17.

<sup>148</sup> Guy CARCASSONNE, La Constitution, 9e édition, (Paris : Éditions du Seuil, 2009), p.85.

<sup>149</sup> René CHAPUS, Droit administratif général Tome I, 15e édition (Paris, Montchrestien, 2001), p.207.

คณะรัฐมนตรีอย่างน้อย 1 ครั้ง โดยมีคำวินิจฉัยหลักในเรื่องดังกล่าวคือ คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977<sup>150</sup> ในคดีนี้ La Compagnie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux ได้ฟ้องศาลปกครองขอให้ยกเลิกหนังสือเวียนของผู้อำนวยการด้านสถาปัตยกรรมของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงวัฒนธรรม (Directeur de l'architecture du Secrétaire d'État à la Culture) ที่กำหนดให้มีการยกเลิกกฎหมายพิเศษที่บังคับใช้กับอาคารโยธา (régime particulier bâtiments civils) ตามมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 15 และ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 เพื่อพิจารณาตามคำขอของผู้ฟ้อง สภาแห่งรัฐเริ่มต้นจากการวินิจฉัยสถานะของมติคณะรัฐมนตรี โดยสภาแห่งรัฐเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีที่คณะรัฐมนตรีได้รับ “ข้อกำหนดหลักการ” (la décision de principe) ว่าด้วยการยกเลิกกฎหมายพิเศษที่บังคับใช้กับอาคารโยธา เป็นเพียงการประกาศเจตนารมณ์ของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น (Déclaration d'intention du gouvernement) ไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลได้

อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางท่านเห็นว่า การที่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยดังกล่าวเพราะต้องการที่จะสงวนอำนาจในการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีที่จะนำมติคณะรัฐมนตรีไปบังคับใช้หรือไม่ก็ได้ ในกรณีที่เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจนายกรัฐมนตรีไว้เป็นการเฉพาะ เช่น ในกรณีขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญ แม้จะได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีแล้ว แต่นายกรัฐมนตรีอาจตัดสินใจจะไม่ดำเนินการต่อได้ หรือมติคณะรัฐมนตรีรับร่างรัฐบัญญัติตามมาตรา 39 แห่งรัฐธรรมนูญ ภายหลังได้รับความเห็นชอบ นายกรัฐมนตรีสามารถไม่นำร่างดังกล่าวไปเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาได้ แต่คำที่สภาแห่งรัฐเลือกใช้ขาดความเหมาะสม แทนที่จะวินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงประกาศเจตนารมณ์ สภาแห่งรัฐควรจะยอมรับว่ามติคณะรัฐมนตรีออกคำสั่งได้เช่นเดียวกับองค์กรอื่น ๆ ที่อยู่ในรูปองค์คณะ เช่น สภาเทศบาลสามารถกระทำได้ เพราะในความเป็นจริงแล้วประธานาธิบดีและ

<sup>150</sup> คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ เรื่อง Cie des architectes en chef des bâtiments civils ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977, Recueil Lebon, p.463.

คณะรัฐมนตรีต่างก็มีอำนาจที่แยกออกจากกัน ซึ่งจะเห็นได้ชัดขึ้นในช่วงที่ประธานาธิบดีและรัฐบาลมาจากคนละฝ่ายกัน<sup>151</sup> เช่น แต่เดิมคำขึ้นต้นข่าวประชาสัมพันธ์การประชุมคณะรัฐมนตรีจะใช้ว่า “ประธานาธิบดีได้เรียกประชุมคณะรัฐมนตรีที่ทำเนียบประธานาธิบดี” แต่ในช่วงที่ประธานาธิบดีและเสียงข้างมากในสภาไม่ได้มาจากฝ่ายเดียวกัน คำขึ้นต้นจะใช้ว่า “คณะรัฐมนตรีได้ประชุมกันที่ ทำเนียบประธานาธิบดีโดยมีประธานาธิบดีเป็นประธานในที่ประชุม”<sup>152</sup> หรือ “คณะรัฐมนตรีได้รับร่างรัฐกฤษฎีกา...”<sup>153</sup>

### 3.2.1.4 ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศฝรั่งเศส

สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่ามติคณะรัฐมนตรีของฝรั่งเศสไม่มีผลทางตรง แต่มติเหล่านี้ก็มีผลทางอ้อมได้ในหลายรูปแบบ ดังจะได้ศึกษาต่อไป

#### (1) มติคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศสไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรง

ในคดี Cie des architectes en chef des bâtiments civils et palais nationaux ในปี ค.ศ. 1977 นอกจากสภาแห่งรัฐจะวินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงการประกาศเจตนารมณ์ของคณะรัฐมนตรีแล้วยังได้ระบุอีกด้วยว่า “โดยตัวของมติคณะรัฐมนตรีเองนั้นไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรง และไม่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอน ด้วยเหตุว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ทำเกินขอบอำนาจได้” ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยืนยันคำวินิจฉัยนี้อีกครั้งในคำวินิจฉัยวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987<sup>154</sup>

ในคดี Commune d'Amnéville ในปี ค.ศ. 1987 นายกเทศมนตรีเมือง Mandeville ได้ฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีลงวันที่

<sup>151</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431 cité dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, p.379.

<sup>152</sup> Christiane GOAUD, « Le Conseil des ministres sous la V République », RDP, 1988, p.494.

<sup>153</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431 cité dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, p.379.

<sup>154</sup> คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ C.E., Commune d'Amnéville ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1987, Recueil Lebon, p.526.

29 มีนาคม ค.ศ. 1984 ที่จัดทำแผนการปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมเหล็กของประเทศ โดยเชิญชวนให้กลุ่มอุตสาหกรรมเหล็ก 2 กลุ่ม คือ Usinor และ Sacilor มารวมตัวกัน เพื่อทำการผลิตร่วมกันในโรงงานบางแห่ง ส่งผลให้มีการปิดการผลิตของโรงงาน Sacilor ซึ่งตั้งอยู่ที่ Gandrange เพราะเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองที่ทำเกินขอบอำนาจสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า “มติที่คณะรัฐมนตรีได้กำหนดแผนพัฒนาเศรษฐกิจโดยมีการเชิญชวนให้บริษัท 2 บริษัท รวมตัวเพื่อทำการผลิตสินค้าบางอย่างร่วมกัน ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงด้วยตัวของมันเอง และไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลเพิกถอน ด้วยเหตุว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ทำเกินขอบอำนาจได้”

จากคำวินิจฉัยดังกล่าว มติคณะรัฐมนตรีสามารถมีผลต่อบุคคลที่สามและนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ถ้ามีการลงนามโดยประธานาธิบดี (ในกรณีที่เป็นรัฐกำหนดและรัฐกฎีกาตามความในมาตรา 13 แห่งรัฐธรรมนูญ) หรือโดยนายกรัฐมนตรี (ในกรณีที่เป็นร่างรัฐบัญญัติของรัฐบาลตามความในมาตรา 39 แห่งรัฐธรรมนูญ หรือการขอผูกพันความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อสภาผู้แทนราษฎรตามความในมาตรา 49 แห่งรัฐธรรมนูญ) เช่นเดียวกับการที่รัฐบัญญัติจะไม่มีผลต่อบุคคลที่สามก่อนมีการประกาศใช้<sup>155</sup>

## **(2) ผลทางอ้อมของมติคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศส**

แม้ว่าตามคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ มติคณะรัฐมนตรีจะไม่มีผลโดยตรงในทางกฎหมาย แต่มีได้หมายความว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่มีผลใด ๆ เลย เพราะในทางอ้อมหลังจากมีการพิจารณาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและมีมติคณะรัฐมนตรีออกมา ร่างรัฐบัญญัติที่ผ่านการรับรองจะถูกเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา และถ้ารัฐสภาให้การรับรองก็จะกลายเป็นกฎหมายที่ใช้ในการปกครองประเทศ นอกจากนี้ มติบางอย่างก็จะกลายเป็นนโยบายที่รัฐบาลใช้ในการบริหารประเทศหนึ่ง การที่มติคณะรัฐมนตรีจะถูกนำไปใช้เป็นนโยบายทางการเมืองอย่างได้ผล

<sup>155</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431, dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, pp.378 – 379.

จำเป็นที่จะต้องได้รับเสียงสนับสนุนจากประชาชน ด้วยเหตุนี้จึงมีความพยายามที่จะอธิบายหรือแสดงความคิดเห็นต่อมติเหล่านั้นอยู่เสมอ โดยผ่านการแถลงข่าวหรือเมื่อไปปฏิบัติหน้าที่ในต่างจังหวัดเพื่อให้ได้รับการยอมรับจากประชาชน<sup>156</sup>

แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีจะไม่มีผลโดยตรงทางกฎหมาย และผลโดยอ้อมจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการประกาศเป็นกฎหมายออกมาบังคับใช้ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังคงให้ความสำคัญ กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะทำการตรวจสอบว่ามีการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรีเกิดขึ้นจริงตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีต้องการขอผูกพันความรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร มาตรา 49 กำหนดไว้ว่าจะทำเช่นนั้นได้ ต้องผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อน<sup>157</sup> โดยจะดูจากบันทึกการประชุมว่ามีการยกเรื่องนี้มาพิจารณาหรือไม่<sup>158</sup> เพราะฉะนั้นจึงมีใช้การตรวจสอบอย่างละเอียด<sup>159</sup> เนื่องจากในบันทึกการประชุมจะมีเพียงการสรุปโดยย่อเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นแม้ที่ประชุมจะไม่เห็นด้วยกับการขอผูกพันความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรีก็มิอาจทำอะไรได้ เพราะเพียงแค่มิการบันทึกว่าได้มีการพูดถึงเรื่องนี้ในที่ประชุมก็ถือว่าได้ทำตามเงื่อนไขที่มาตรา 49 กำหนดแล้ว ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น<sup>160</sup> หรือในกรณีของร่างรัฐบัญญัติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบว่าร่างนั้นได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐ และผ่านการพิจารณาในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีก่อนที่จะมีการเสนอต่อรัฐสภาหรือไม่ เช่นกัน<sup>161</sup> แต่ภายหลังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยว่า คำแปรญัตติของร่างรัฐบัญญัติที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของรัฐสภา ที่เสนอโดยรัฐบาลไม่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมคณะรัฐมนตรี<sup>162</sup> ทั้งที่บางครั้งคำแปรญัตตินั้นได้แก้ไขหลักใหญ่ใจความของร่างรัฐบัญญัติที่เคยผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี

<sup>156</sup> Ibid., p.466, p.495.

<sup>157</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 89-264 DC, 89-268 DC และ 89-269 DC.

<sup>158</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 95-370 DC, 89-268 DC และ 89-269 DC.

<sup>159</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 2004-503 DC.

<sup>160</sup> Guy CARCASSONNE, La Constitution, p.222.

<sup>161</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 90-285 DC และ 93-329 DC.

<sup>162</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 93-329 DC.

มาก่อนก็ตาม<sup>163</sup> พัฒนาการของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าศาลให้ความสำคัญกับการตรวจสอบว่าร่างรัฐบัญญัติต่าง ๆ ได้รับการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรีตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่นั้นน้อยลงเรื่อย ๆ<sup>164</sup>

ศาลปกครองก็ให้ความสำคัญกับบทบาทของของคณะรัฐมนตรีในการพิจารณาร่างกฎหมายด้วยเช่นกัน โดยได้วินิจฉัยว่า “รัฐกำหนดจะต้องผ่านการพิจารณาจากที่ประชุมคณะรัฐมนตรีในทุกกรณี” แต่ในส่วนของรัฐกฤษฎีกาศาลปกครองกลับมีคำวินิจฉัยที่ทำให้บทบาทของคณะรัฐมนตรีลดน้อยลง กล่าวคือในบางครั้งประธานาธิบดีได้ลงนามในรัฐกฤษฎีกาที่ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี สภาแห่งรัฐเห็นว่ารัฐกฤษฎีกานั้นไม่มีความผิดปกติใด ๆ ถ้าหากนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารตามความในมาตรา 21 แห่งรัฐธรรมนูญ ได้ลงนามในรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวเช่นเดียวกัน<sup>165</sup> ไม่ว่ารัฐกฤษฎีกานั้นจะมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป<sup>166</sup> หรือเฉพาะบุคคลก็ตาม<sup>167</sup>

### 3.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

ในหัวข้อนี้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ (3.2.3.1) หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (3.2.3.2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ (3.2.3.3) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรอื่น

#### 3.2.3.1 หลักการพื้นฐานของการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สำหรับหัวข้อนี้ คณะผู้วิจัยจะนำเสนอเนื้อหาสาระโดยลำดับดังนี้

(1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (2) ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้

<sup>163</sup> คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เลขที่ 2006-535 DC.

<sup>164</sup> Marie-Anne COHENDET, Article 9 Le Président de la République préside le Conseil des ministres, p.431, cité dans François LUCHAIRE, Gérard CONAC, Xavier PRETOT, La Constitution de la République française, Analyse et commentaire, p.378.

<sup>165</sup> René CHAPUS, Droit administratif général Tome I, p.210.

<sup>166</sup> คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ C.E., Sicard et autres ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1962.

<sup>167</sup> คำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ C.E., Pontillon ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1965.

ขัดกับรัฐธรรมนูญ (3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (4) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ และ (5) การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายบริหารกับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

### (1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ถ้าพิจารณาโดยทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย (théorie pure de droit) กล่าวคือ กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎหมายอื่นย่อมสูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่รับมา รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษกว่ากฎหมายอื่น ๆ ตรงที่มีศักดิ์และฐานะสูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด เพราะรัฐธรรมนูญจะกำหนดองค์กร กระบวนการ และรูปแบบของกฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายทั้งหมด ซึ่งส่งผลสำคัญ 2 ประการ ในระบบกฎหมาย คือ **ประการแรก** กฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และ**ประการที่สอง** การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแบบนี้กระทำได้ยาก โดยองค์กรและวิธีการพิเศษยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายอื่น ๆ เรียกสภาพนี้ว่า ความเป็นกฎหมายสูงสุดที่มั่นคงของรัฐธรรมนูญ (la rigidité constitutionnelle)<sup>168</sup>

ในประเทศฝรั่งเศสมีทฤษฎีหลายข้อที่อธิบายว่า เพราะเหตุใดรัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสูงสุด ซึ่งอาจสรุปได้ ดังนี้<sup>169</sup>

**(1.1) คำอธิบายเชิงอุดมการณ์ทางการเมืองแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย** กล่าวคือ ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม (contrat social) ที่สมาชิกในสังคมทุกคนร่วมตกลงกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองสังคมนั้น ๆ เมื่อรัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ก่อตั้งสังคมและระบอบการเมืองการปกครองของสังคมนั้น รัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่เหนือทุกส่วนของสังคมการเมืองนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครอง ทุกฝ่ายต้องเคารพรัฐธรรมนูญ คำอธิบายนี้มีรากฐานมาจากทฤษฎีสัญญาประชาคมของจอห์น ล็อก และฌอง ฌาค รุสโซ

<sup>168</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ : นิติธรรม), 2538, หน้า 17.

<sup>169</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 18-23.

ซึ่งปรากฏเป็นรูปธรรมครั้งแรกในคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 (The Declaration of Independence) และตอนท้ายของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 (La Déclaration des Droit de l'Homme et du citoyen)

**(1.2) คำอธิบายเชิงกระบวนการในการตรารัฐธรรมนูญ:** การมีส่วนร่วมโดยตรงของประชาชนโดยวิธีการพิเศษ ผู้ที่เริ่มใช้คำอธิบายแบบนี้ คือ ซีเอแยส (Sièyès) โดยซีเอแยสชี้ให้เห็นว่า ในกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ นั้นมีข้อแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายธรรมดาอาจตราขึ้นโดยรัฐสภาตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ แต่การจัดทำรัฐธรรมนูญใช้วิธีการพิเศษ โดยประชาชนจะต้องมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อม ซึ่งมักไม่ปรากฏในการตรากฎหมายธรรมดา เช่น ประชาชนจะต้องเลือกตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Convention) ขึ้นมาเป็นการเฉพาะแยกออกจากรัฐสภาธรรมดา และหลักการสำคัญของเนื้อหาที่จะใส่ในร่างรัฐธรรมนูญอาจต้องนำมาขอความเห็นชอบจากประชาชนก่อนยกร่างและเมื่อยกร่างแล้วเสร็จ ก่อนมีผลใช้บังคับต้องนำกลับไปให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ ก่อนในเมื่อวิธีการจัดทำรัฐธรรมนูญมีลักษณะพิเศษเช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นกฎหมายสูงสุดนั่นเอง

**(1.3) คำอธิบายเชิงที่มาของอำนาจในการจัดทำรัฐธรรมนูญ:** การแบ่งแยกระหว่างอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) และอำนาจอื่น ผู้ที่ใช้คำอธิบายแบบนี้คนแรก คือ ซีเอแยสเช่นกัน โดยถือว่าอำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (pouvoir constituant) สูงสุดโดยเหตุผลหลักสองประการคือ

**ประการแรก** ก่อนมีรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายใด ๆ อยู่เหนือและผูกมัดอำนาจในการก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบองค์กรอยู่เลย อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และให้กำเนิดรัฐธรรมนูญจึงเป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เป็น “ผู้สร้าง” รัฐธรรมนูญ เมื่อเป็น “ผู้สร้าง” อำนาจนี้จึงเป็นอำนาจที่อยู่เหนือ “สิ่งที่ถูกสร้าง” และเป็นสิ่งที่อยู่เหนืออำนาจขององค์กรทั้งหลายที่ถูกสร้างขึ้น (pourvoir constitué)

**ประการที่สอง** เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบ และก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองในการปกครอง ผลก็คือ รัฐธรรมนูญจึงอยู่เหนือทั้งกฎหมายอื่น ๆ และองค์กรอื่น ๆ ที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญนั้น องค์กรอื่นที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ รัฐสภา ฝ่ายบริหาร ศาล ตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงเป็นองค์กรที่ได้รับมอบอำนาจ (pouvoir constitué) มาจากรัฐธรรมนูญ และจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองทั้งสิ้น

**(1.4) คำอธิบายเชิงเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ** ซึ่งอธิบายได้ว่า รัฐธรรมนูญสูงสุดเพราะรัฐธรรมนูญมีเนื้อหาเป็นการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองขึ้น และจัดการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย ทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจเพื่อจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้มีมากเกินไปประการหนึ่ง และเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลอีกประการหนึ่ง ผู้ที่อธิบายเชิงนี้ ได้แก่ ผู้ร่างคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ดังที่ปรากฏในมาตรา 16 ที่ว่า “สังคมใดไม่มีการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน อีกทั้งไม่มีการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย สังคมนั้นหากรัฐธรรมนูญไม่” โดยนัยนี้ถ้ารัฐธรรมนูญจะให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคแก่ประชาชน โดยจำกัดอำนาจรัฐให้ได้ผล รัฐธรรมนูญก็ต้องเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกฎหมายใดทั้งหมด ดังนั้นความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในทัศนะนี้จึงมีรากฐานมาจาก “เนื้อหา” ของรัฐธรรมนูญนั่นเอง

**(1.5) คำอธิบายเชิงรูปแบบ** ที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในทัศนะของคำอธิบายทำนองนี้ก็เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งองค์กรผู้มีอำนาจอธิปไตย และแบ่งสรรอำนาจระหว่างองค์กรเหล่านั้นขึ้น เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐธรรมนูญจึงเป็นกฎหมายสำคัญที่สุดและสูงสุดตามไปด้วย โดยมีพิกัดต้องพิเคราะห์เรื่องอื่นใด ไม่ว่าทางเนื้อหา วิธีการร่าง อุดมการณ์สัญญาประชาคม ฯลฯ เลยขอแต่เพียงเป็น “รัฐธรรมนูญ” หรือมีชื่อว่า “รัฐธรรมนูญ” และจัดตั้งองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยขึ้นก็เพียงพอที่จะสูงสุดได้ในตัวเอง

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นแนวคิดรากฐานประการแรกที่น่าไปสู่ “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” และ

การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นองค์กรที่พิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดในเวลาต่อมา

เมื่อระบอบการเมืองการปกครองเปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตย ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะ ฝ่ายปกครองซึ่งมีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรง ต้องดำเนินการ โดยชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้นแต่ในระยะเริ่มแรกนี้ ยังไม่มีการเน้นให้องค์กร นิติบัญญัติโดยเฉพาะรัฐสภาต้องกระทำการโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและ กฎหมายด้วย ที่เป็นเช่นนี้เพราะมีแนวคิดว่ารัฐสภาเป็นองค์กรผู้แทนประชาชน เจ้าของอำนาจสูงสุดอยู่แล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เสียเองประการหนึ่ง กับเห็นว่าสิ่งที่รัฐสภาตราออกมาซึ่งได้แก่ รัฐบัญญัตินั้นเป็นการ แสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้ว จึงไม่น่าที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะการที่องค์กรผู้แทนปวงชนได้ออกรัฐบัญญัติมา เท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่า รัฐบัญญัตินั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นประการที่สอง ดังนั้น ในบางประเทศจึงไม่มี องค์กรและกลไกควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเลย เช่น ในฝรั่งเศสก่อนปี ค.ศ. 1958 ดังนั้น ในปลายศตวรรษที่ 18 และต้นศตวรรษที่ 19 หลักความชอบด้วยกฎหมาย จึงมุ่งควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองเป็นหลัก

อย่างไรก็ตาม เริ่มมีแนวคิดอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษรมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุด (Suprématie de la Constitution écrite) และมีศักดิ์เหนือกฎหมายอื่นที่กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งมิได้ จึงมีความ จำเป็นที่จะต้องรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดด้วยการกำหนดให้มีระบบควบคุม กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ นอกเหนือไปจากการบัญญัติรับรองความเป็นกฎหมาย สูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร หรือการกำหนดให้การ แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องเป็นไปโดยวิธีการพิเศษที่ยากกว่าการแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายธรรมดาซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ระบบควบคุม กฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญจึงถูกพัฒนาขึ้นโดยนักนิติศาสตร์ไปพร้อม ๆ กับหลัก ที่ว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>170</sup>

<sup>170</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษา กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา), 2563, หน้า 185-186.

ดังนั้น เมื่อต่อมาการควบคุมกฎหมายธรรมดาที่รัฐสภาออกไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นในคดี *Marbury V. Madison* ในปี ค.ศ. 1803 ที่สหรัฐอเมริกา โดยจอห์น มาร์แชล ได้ใช้ตรรกะที่ง่ายแต่ทรงพลังว่า ถ้ารัฐธรรมนูญมีศักดิ์สูงกว่ากฎหมายธรรมดา ในกรณีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ ศาลก็ต้องใช้รัฐธรรมนูญ ทำให้ประเทศทั้งหลายในยุโรป โดยเฉพาะในปี ค.ศ. 1920 ออสเตรียเป็นประเทศแรกที่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อควบคุมมิให้กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ และต่อมา “ศาลรัฐธรรมนูญ” ก็ได้แพร่หลายไปทั่วยุโรปและทั่วโลก โดยเฉพาะเยอรมนี อิตาลีและฝรั่งเศส ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในระบบของตนภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ดังนั้น ในศตวรรษที่ 20 จึงถือว่าไม่เพียงแต่ฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องเคารพความชอบด้วยกฎหมาย แต่องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการ และองค์กรอื่นในรัฐจะต้องเคารพกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญด้วยและการกระทำใด ๆ ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญก็จะถูกศาล ซึ่งอาจจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลยุติธรรมพิพากษาว่าการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมูลฐานของประชาชนที่สำคัญไว้ ซึ่งมีผลทำให้องค์กรของรัฐทุกองค์กร โดยเฉพาะองค์กรนิติบัญญัติไม่อาจที่จะออกกฎหมายมาจำกัดตัดทอนสิทธิเสรีภาพที่วางนี้โดยปราศจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ได้ อนึ่ง แม้รัฐธรรมนูญจะให้อำนาจจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไว้ก็ตาม แต่องค์กรนิติบัญญัติก็ไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพอันเป็นการฝ่าฝืนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพนั้น หรือฝ่าฝืนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้ ทั้งกฎหมายดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ใช้ได้ทั่วไป ไม่ใช่กฎหมายที่ตราสำหรับกรณีใดกรณีหนึ่ง ยิ่งกว่านั้นกฎหมายที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพนั้นต้องออกโดยประชาชนเอง หรือออกโดยผู้แทนของประชาชน

ดังนั้น เพื่อจะให้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ ก็ต้องมีระบบควบคุมมิให้การกระทำทางนิติบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลรัฐธรรมนูญจึงถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อเป็นศาลพิเศษที่มีเขตอำนาจเฉพาะในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัตินั้นเอง<sup>171</sup>

<sup>171</sup> บรรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 275-278.

## (2) ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ

ในขณะที่หลายประเทศในยุโรปทยอยกันจัดตั้งองค์กรและกลไกการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แต่ประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีองค์กรและกลไกการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญ เนื่องจากยึดถือแนวคิดที่ว่า กฎหมาย (รัฐบัญญัติ) คือ การแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน (*l'expression de la volonté générale*) ตามทฤษฎีสัญญาประชาคมของฌอง ฌาคส์ รูสโซ จึงไม่มีองค์กรใดจะสามารถทำให้เจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนสิ้นผลไปได้ แต่เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้มีการจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (*le Conseil Constitutionnel*) ขึ้นเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายบางประเภท<sup>172</sup>

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอยู่ในรูปแบบของคณะกรรมการประกอบด้วย ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง ได้แก่ อธิบดีประธานาธิบดีทุกคนซึ่งจะได้รับสิทธิดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต และตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้ง ได้แก่ ผู้ที่ประธานาธิบดีแต่งตั้ง 3 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง 3 คน และประธานวุฒิสภาแต่งตั้ง 3 คน โดยตุลาการรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 9 ปี และจะได้รับแต่งตั้งอีกไม่ได้ ทั้งนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญจะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี สมาชิกวุฒิสภา หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่ได้กำหนดห้ามไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เช่น กรรมการในคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคม ข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐ หรือผู้บริหารพรรคการเมืองในขณะเดียวกันไม่ได้<sup>173</sup>

อย่างไรก็ตาม ระบบการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส เน้นหนักไปในการควบคุม “ร่างกฎหมาย” หรือการควบคุมก่อนการประกาศใช้ (*le contrôle a priori*) เป็นสำคัญ<sup>174</sup> เนื่องจากอิทธิพลทางความคิดของรูสโซดังกล่าว นักกฎหมายของฝรั่งเศสก็ยังคงเห็นว่ากฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว

<sup>172</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2548, หน้า 5.

<sup>173</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากรกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 193.

<sup>174</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ, รายงานการวิจัย เรื่อง เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 264 และมาตรา 266, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2543, หน้า 83.

ย่อมเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชนย่อมไม่อาจจะขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสัญญาประชาคมได้ จึงยังคงไม่มีกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วหรือการควบคุมหลัง (*le contrôle a posteriori*) ส่งผลให้ในช่วงปี ค.ศ. 1958 จนถึงก่อนปี ค.ศ. 2008 ประเทศฝรั่งเศสมีเพียงกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือการควบคุมก่อนการประกาศใช้ (*le contrôle a priori*) เท่านั้น

จากกระแสการปรับตัวเข้าหากันของระบบกฎหมายทั่วโลก (*convergence des systèmes juridiques*) อันเป็นคลื่นลูกหนึ่งของกระแสโลกาภิวัตน์ (*mondialisation*) ผนวกกับแนวคิดของนักกฎหมายฝรั่งเศสที่เล็งเห็นถึงความจำเป็นของการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ไว้มากมาย แต่อาจถูกกฎหมายที่รัฐสภาออกมามีตรอนได้โดยไม่มีกลไกควบคุมตรวจสอบ จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 เพื่อกำหนดกลไกการควบคุมกฎหมายหลังประกาศใช้ขึ้นเป็นครั้งแรกมีชื่อเรียกว่า «*Question prioritaire de constitutionnalité*» : QPC

ทั้งนี้ ปัจจุบันระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสมี 3 ประเภทด้วยกัน คือ<sup>175</sup>

(2.1) การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ตามมาตรา 34 ประกอบมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 เมื่อพิจารณาบทบัญญัติทั้งสองมาตราข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าแม้ว่าในมาตรา 34 จะกำหนดเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะตรารัฐธรรมนูญไว้ แต่ก็ยังมีการจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาเอาไว้อีก โดยในตอนต้นของมาตรา 34 ได้บัญญัติให้รัฐสภาสามารถตรารัฐธรรมนูญกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องต่าง ๆ ในขณะที่ตอนกลางของมาตรา 34 กำหนดให้รัฐสภาสามารถตรารัฐธรรมนูญกำหนดหลักการที่สำคัญในหลาย ๆ เรื่อง ซึ่งในกรณีหลังนี้เป็นกรจำกัดอำนาจของรัฐสภาที่จะกำหนดเพียงหลักการสำคัญ ๆ ส่วนรายละเอียด เนื้อหาสาระ

<sup>175</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 19-27.

ของกฎหมายคงมอบให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยต่อไป

ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 34 และมาตรา 37 จึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายได้ในหลายกรณีด้วยกัน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยจะตรวจสอบว่า กฎหมายที่จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่เกินขอบเขตที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ซึ่งหากรัฐสภาตรากฎหมายเกินกว่าขอบอำนาจที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ก็จะเป็นการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ถือเป็นการตรากฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

**(2.2) การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ให้ต้องทำ** ร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และร่างข้อบังคับรัฐสภา (réglements des assembles parlementaires) จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญ เหตุผลที่ต้องบังคับให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ก็เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับจึงต้องทำการตรวจสอบให้แน่นอนว่าได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ส่วนร่างข้อบังคับของรัฐสภาก็เช่นกัน คือ ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนประกาศใช้ว่าร่างข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นกัน เพราะเนื้อหาของข้อบังคับสภาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมาย ซึ่งหากขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมายผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติก็จะเกิดปัญหาตามมาในภายหน้าได้

### (2.3) การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้

กฎหมายธรรมดาและพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagement international) อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หากมีการร้องขอ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 วรรคสอง สำหรับกฎหมายธรรมดา และมาตรา 54 สำหรับกรณีพันธกรณีระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008 โดยรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008) ได้มีการเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเภทที่สามารถทำได้ คือ อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ที่เรียกว่า “ปัญหาซึ่งต้องพิจารณาก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (Question prioritaire de constitutionnalité: QPC) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 61-1 ว่า หากในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีในศาล คู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพอันรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาอาจส่งปัญหาดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

### (3) การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ในประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่มีนิยามหรือการบัญญัติถึงคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 โดยตรง แต่ในมาตรา 11<sup>176</sup> ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติคำว่า “สถาบันแห่งอำนาจมหาชน”

<sup>176</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2549, หน้า 27 แปลคำว่า 'l'organisation des pouvoirs publics' ว่า “การจัดระเบียบสถาบันการเมืองแห่งรัฐ”

มาตรา 11 โดยคำเสนอแนะของรัฐบาลในระหว่างสมัยประชุมของรัฐสภาหรือโดยการเสนอร่วมกันของสภาทั้งสอง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐอาจประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา กำหนดให้มีการออกเสียงประชามติต่อร่างรัฐบัญญัติทุกฉบับที่เกี่ยวกับการจัดระเบียบสถาบันการเมืองแห่งรัฐ การเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับนโยบายทางด้านเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือต่อบริการสาธารณะเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว หรือเพื่ออนุญาตให้มีการให้ความเห็นชอบสนธิสัญญาที่แม้จะไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่ก็อาจมีผลกระทบต่อการทำงานของสถาบันต่าง ๆ

(l'organisation des pouvoirs publics) ไว้ เช่นเดียวกับมาตรา 16<sup>177</sup> ที่บัญญัติคำว่า “อำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ” (Pouvoirs publics constitutionnels) ไว้ ซึ่งคำหลังเป็นคำที่มีความหมายแคบกว่าคำแรก<sup>178</sup> ที่โดยคำก็มีความหมายไม่ชัดเจน (ambigue) และกว้างมาก (large)<sup>179</sup> โดยรวมถึงกองทัพ (l'armée) และศาลปกครองทั้งหลาย (les juridictions de l'ordre administratif) ด้วย<sup>180</sup>

ดังนั้น สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ จึงน่าจะเทียบได้กับแนวคิด “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ของเยอรมนี กล่าวคือ สถาบันหรือองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้น ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม และศาลอาญาชั้นสูง<sup>181</sup>

ในการพิจารณาหลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาแยกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง<sup>182</sup>

<sup>177</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส, หน้า 33 แปลคำว่า Pouvoirs publics constitutionnels ว่า “สถาบันทางการเมืองแห่งรัฐ”

มาตรา 16 ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน และการดำเนินการตามปกติของสถาบันทางการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจใช้มาตรการที่จำเป็นสำหรับการจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวได้ภายหลังจากที่ได้มีการปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี ประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว

<sup>178</sup> Dominique TURPIN, Contentieux Constitutionnel (Paris : P.U.F., 1986), p.128.

<sup>179</sup> Simon-Louis FORMERY, La Constitution Commenté Article par Article (Paris : Hachette; 1994, p.35).

<sup>180</sup> Les conclusions Henry sur C.E. Ass., 2 mars 1962 : Rubin de Servens, cité RDP., 1962, p.288.

<sup>181</sup> Dominique TURPIN, Contentieux Constitutionnel, p.128.

<sup>182</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัย เรื่อง การขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2549, หน้า 11.

(3.1) การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แบ่งออกได้เป็น 4 ลักษณะ ได้แก่ การใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรนิติบัญญัติ การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรบริหาร การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ และ การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ลักษณะร่วมกันของการใช้อำนาจในลักษณะนี้คือ การใช้อำนาจในระดับอำนาจอธิปไตยตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งย่อมอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะ เป็นปัญหาเกี่ยวกับเนื้อหาของรัฐธรรมนูญก็ดี ปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญก็ดี หรือปัญหาการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ดี เช่น การตีความว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ กรณีนี้ย่อมเป็นปัญหาเกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมเข้าเงื่อนไขดังกล่าว แต่หากเป็นการตีความว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจ ย่อมไม่เกี่ยวกับการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

สำหรับการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นประกอบด้วย **ประการที่หนึ่ง** องค์กรที่ใช้อำนาจนั้นจะต้องเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” หรือเป็นบุคคลหรือองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจ องค์กรตามรัฐธรรมนูญหมายถึง องค์กรที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญโดยตรง และรัฐธรรมนูญได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้น เงื่อนไขแรกจึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่จะนำไปสู่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากองค์กรนั้นมีชื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงเงื่อนไขอื่น ๆ อีก หากไม่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นบุคคลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กำหนดก็ย่อมมีอำนาจได้เช่นกัน เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ย่อมถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 เป็นผู้ที่มีสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด **ประการที่สอง** องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในการกระทำการ ดังนั้น หากองค์กรตามรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจ

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในการกระทำการ กรณีย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ<sup>183</sup>

(3.2) การใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ได้แก่ การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางปกครอง” คือ กรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น อำนาจในการออกระเบียบ การบริหารงานบุคคลของเจ้าหน้าที่ในสังกัด ซึ่งย่อมต้องอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”<sup>184</sup>

#### (4) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจของรัฐอย่างน้อยประกอบด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักนิติรัฐสำหรับหลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอริปไตย (la séparation des pouvoirs)<sup>185</sup> ซึ่งอธิบายอย่างสั้น ๆ ได้ว่า ในรัฐรัฐหนึ่งจะมีการแบ่งองค์กรที่ใช้อำนาจอริปไตยออกเป็นหลายฝ่าย แต่ละฝ่ายมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่การแบ่งแยกนั้นมิได้ปราศจากความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับองค์กรที่ใช้อำนาจอริปไตยด้วยกัน กล่าวคือ แต่ละองค์กรย่อมถูกตรวจสอบและถ่วงดุล (Check and balance) ได้โดยองค์กรอื่นเสมอแน่นอน

ส่วนหลักนิติรัฐ (L'Etat de droit) หมายความว่า รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย การกระทำของรัฐต้องเคารพและเป็นไปตามกฎหมาย (ซึ่งผ่านความเห็นชอบ

<sup>183</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้ง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3),” ใน รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2547, หน้า 76-77.

<sup>184</sup> สมคิด เลิศไพฑูริย์, รายงานการวิจัย เรื่อง การขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ, หน้า 11.

<sup>185</sup> วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ), 2530, หน้า 226-244, บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2548, หน้า 69-71 และเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2548, หน้า 167-194.

ของผู้แทนปวงชน) โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำที่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ และการกระทำนั้นต้องเป็นไปตามวิธีการรูปแบบ และวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้จึงเกิดหลักการที่เรียกว่า “ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ” (le principe de légalité หรือ juridicité) ขึ้น และหากรัฐกระทำการใดโดยฝ่าฝืนหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายแล้วก็ต้องมีกลไกและกระบวนการที่จะให้มืองค์กรของรัฐเข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำนั้นได้ ที่เรียกว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ” (le contrôle de légalité) ซึ่งในทุกระบบกฎหมายทั่วโลกก็มอบหน้าที่ในการควบคุมนี้ให้แก่องค์กรตุลาการหรือศาล ซึ่งอาจจะเป็นศาลยุติธรรม อย่างในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา หรือศาลรัฐธรรมนูญกับศาลปกครองอย่างในฝรั่งเศส เยอรมันก็ได้ และกำหนดให้มืองค์กรควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนี้เองที่ทำให้หลักนิติรัฐมีประสิทธิผลบังคับได้จริง มิใช่หลักการบนกระดาษเท่านั้น<sup>186</sup>

ด้วยหลักการดังกล่าวนี้เอง จึงอธิบายได้ว่า การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กร สามารถถูกควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการได้ทั้งสิ้น

ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นหลักการย่อยของ “หลักนิติรัฐ” อันเป็นพื้นฐานสำคัญที่จะนำไปสู่อำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้ามาควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

### **(5) การแบ่งแยกการกระทำของฝ่ายบริหารกับการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ**

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายบริหาร (l'Executif) คือ ฝ่ายที่มีบทบาทหลักในการนำกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกไปบังคับใช้ ซึ่งในฝ่ายบริหารจำแนกองค์กรได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่ รัฐบาลและฝ่ายปกครอง

<sup>186</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 53.

**รัฐบาล**เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแผนทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น ได้แก่ **ฝ่ายปกครอง** ซึ่งมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการ ในรายละเอียดเป็นปกติประจำวัน โดยปฏิบัติงานต่างๆ เพื่อสนองความต้องการหรือ ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน ซึ่งเรียกว่า บริการสาธารณะ (public service) กล่าวคือ ไม่ได้มีแต่รัฐบาลเท่านั้นที่เป็นผู้ปกครองประเทศ แต่ยังมีฝ่ายปกครอง ซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่อีกเป็นจำนวนมากซึ่งเป็นกำลังในการปกครองประเทศ อยู่ด้วย<sup>187</sup> โดยนัยนี้ อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารจึงอาจจำแนกได้เป็นสองส่วน คือ

1. **อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาล** (le Gouvernement) เป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งคณะรัฐมนตรีใช้ร่วมกันอย่างหนึ่ง และ

2. **อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง** (l'Administration) อันเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแต่ละคนเป็นผู้ใช้ในการบริหารงาน ของกระทรวงหรือทบวงการเมืองที่ตนเป็นผู้ปกครองบังคับบัญชา

อำนาจหน้าที่ทั้งสองส่วนนี้ยากที่จะแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด เพราะมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ แต่อาจวางแนวใหญ่ ๆ ได้ดังนี้

**อำนาจหน้าที่ในฐานะรัฐบาล** ได้แก่ อำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดและ ดำเนินนโยบายของรัฐบาล กิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของรัฐบาลนั้น คือ กิจการประเภทสำคัญ ๆ เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำ เพื่อความดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ และความมั่นคงของประเทศ เช่น การวางแผนเศรษฐกิจของชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การติดต่อดำเนินงาน ระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเพื่อบริหารราชการของประเทศ เป็นต้น

ส่วน**อำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายปกครอง**นั้น ได้แก่ อำนาจหน้าที่ในการ ดำเนินการที่ต้องปฏิบัติเป็นปกติธุระเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบาย ที่รัฐบาลวางไว้ เป็นการปฏิบัติในรายละเอียดที่มีกลไกในทางปฏิบัติมากมายหลาย ประการซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำอยู่เป็นประจำ และการปฏิบัติกิจการในทางปกครองนั้น

<sup>187</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย), 2549, หน้า 30-31.

นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแต่ละคนพร้อมด้วยข้าราชการและพนักงานตามกระทรวงทบวงการเมืองต่าง ๆ เป็นผู้ปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยสั่งการด้วยตนเองทุกเรื่องไปเหมือนกับกิจการในหน้าที่ของรัฐบาล เว้นแต่เรื่องสำคัญที่เกี่ยวกับนโยบายซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงย่อมจะนำขึ้นเสนอขอคำวินิจฉัยจากคณะรัฐมนตรีก่อนปฏิบัติ เพราะฉะนั้น กิจการในหน้าที่ของฝ่ายปกครองรัฐบาลจึงมอบหมายให้กระทรวงและทบวงการเมืองต่าง ๆ เป็นผู้ปฏิบัติแทนโดยตลอด กิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของฝ่ายปกครองก็คือ กิจการต่าง ๆ ที่อยู่ในหน้าที่ของกระทรวงทบวงการเมืองต่าง ๆ เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การป้องกันประเทศ การสาธารณสุข การคมนาคม การเกษตร การอุตสาหกรรม การเศรษฐกิจ

กิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลนั้นจะทำได้แต่โดยรัฐบาลเท่านั้น กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีจะต้องปฏิบัติและรับผิดชอบกิจการนั้นร่วมกัน แต่กิจการอันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองรัฐบาลจะมอบให้องค์การปกครองอื่น ๆ รับผิดชอบก็ได้ เช่น การมอบอำนาจหน้าที่ในการปกครองท้องถิ่นให้แก่เทศบาล เป็นต้น หรือแม้แต่จะมอบให้เอกชนรับไปทำแทนก็ได้ เช่น การให้สัมปทานเอกชนจัดทำบริการสาธารณะบางอย่าง เป็นต้น<sup>188</sup>

จากการแบ่งแยกการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสองลักษณะดังกล่าวข้างต้น ได้นำไปสู่การสร้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) กล่าวคือ ศาลฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งได้แก่

(ก) การกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่น มติคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างรัฐบัญญัติต่อรัฐสภา<sup>189</sup> หรือคำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศสให้นำร่างรัฐบัญญัติไปให้ประชาชนออกเสียงประชามติ<sup>190</sup> นอกจากนี้แล้วยังมี

<sup>188</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 31-33.

<sup>189</sup> C.E., 9 mai 1961, mutuelle nationale des étudiants de France.

<sup>190</sup> C.E., 27 octobre 1961, le groupement national.

(ก.1) การเตรียมการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นต้น

(ก.2) การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐบาล เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการลงมติในร่างกฎหมาย

(ก.3) การประกาศใช้รัฐบัญญัติ การกล่าวอ้างว่ารัฐบัญญัติที่มีรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้นั้นไม่เนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(ก.4) การกระทำของประธานาธิบดีฝรั่งเศส เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ<sup>191</sup>

**(ข) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ** สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสปฏิเสธไม่รับพิจารณาในเรื่องความสมบูรณ์หรือการตีความสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของฝรั่งเศส เช่น คราวหนึ่งมีคดีเกี่ยวกับการเนรเทศคนอเมริกันออกจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1909 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเนื่องจากการใช้อำนาจเกินขอบเขต (recours pour excès de pouvoir) และได้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศ เพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะเหตุว่ารัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหมือนกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส<sup>192</sup>

อย่างไรก็ตาม บรรทัดฐานคำพิพากษามีได้ชี้ชัดว่า ศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา แต่ก็พอสรุปประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ ดังนี้

<sup>191</sup> C.E., 2 mars 1962, Rubin de Servens.

<sup>192</sup> บวรศักดิ์ อวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 178.

(ข.1) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูต ตลอดจนการตีความสนธิสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

(ข.2) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ การไม่ยอมตรวจลงตราหนังสือเดินทาง (visa) ให้ แต่การปฏิเสธในกรณีหลังนี้ปัจจุบันศาลปกครองยอมรับพิจารณาตัดสินแล้ว

(ข.3) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ส่งข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสิน

(ข.4) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากบรรทัดฐานคำพิพากษาสภาแห่งรัฐจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลและรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้<sup>193</sup>

การกระทำทางรัฐบาลก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายคือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ในการดำเนินงานบางอย่างรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่าการกระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ และขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ ถ้ามีการฟ้องร้องคดีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ศาลปกครองย่อมไม่รับฟ้องเพราะถือว่าไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาได้ เมื่อไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองแล้ว เท่ากับเปิดโอกาสให้รัฐบาลกระทำการใด ๆ ได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับควบคุมทางกฎหมายของศาล แต่การกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ใน การควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้ ต่อมา

<sup>193</sup> บรรศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 179.

คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ และศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ได้พัฒนาหลักการกระทำทางรัฐบาล โดยวางหลักว่า การกระทำใดจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลก็ต่อเมื่อศาลคดีขัดกันและสภาแห่งรัฐเห็นว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะเหตุผลแห่งความเหมาะสม ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลจึงต้องพิจารณาคำพิพากษาเป็นรายคดีไป<sup>194</sup>

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่า ตามหลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่อาจนำไปฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้ไม่ว่าในศาลใด ๆ ก็ตาม เนื่องจากการกระทำของรัฐบาล ภายใต้ทฤษฎีนี้เป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางการเมือง เช่นเดียวกับการกระทำทางทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และหลักการกระทำของรัฐบาลในอังกฤษมีหลักการทำนองเดียวกันว่าศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหาร<sup>195</sup> แต่กระนั้นก็ตาม ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลยังคงมีข้อบกพร่องอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ภายใต้หลักนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลเป็นองค์กรซึ่งสำคัญที่สุดในการตรวจสอบให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย เมื่อไม่อาจฟ้องร้องรัฐบาลอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาลแล้ว จะส่งผลให้การกระทำดังกล่าวนี้ไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ นอกจากนี้ แม้แต่ในสหรัฐอเมริกาและอังกฤษที่ใช้หลักนิติธรรม หากมีการกระทำที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือกระทำการขัดต่อกฎหมายย่อมนำคดีไปฟ้องยังศาลได้ ดังนั้น เมื่อศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำบางอย่าง จึงไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมเช่นเดียวกัน

จากปัญหาที่กระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ทำให้เกิดช่องว่างของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือก่อความเสียหายแก่ส่วนรวมแล้ว เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดการจัดโครงสร้างการเมืองการปกครอง และองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งกรอบการใช้อำนาจรัฐ การกระทำขององค์กรของรัฐ

<sup>194</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 180-181.

<sup>195</sup> สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล, หน้า 210.

ฝ่ายบริหารและองค์กรอื่นของรัฐจึงต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด<sup>196</sup> ฉะนั้นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารประเทศเท่าที่อยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ฝ่ายบริหารอาจมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบได้เช่นกัน จึงจำเป็นต้องมีกลไกการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหาร โดยที่ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งนอกเหนือจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อระงับข้อขัดแย้งของสังคม ทั้งปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันและระหว่างเอกชนกับรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ โดยประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีสิทธิฟ้องต่อศาล และขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการกระทำ หรือขอให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้<sup>197</sup> การนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงนับเป็นช่องทางหลักในการเยียวยาความเสียหายของประชาชน โดยการตรวจสอบทางศาลเป็นการตรวจสอบที่สำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้รับการประกันความเป็นอิสระที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์กรอื่นใด ดังนั้น การตรวจสอบประเภทนี้จัดได้ว่าเป็นระบบการตรวจสอบที่เป็นหลักประกันในการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ประชาชนได้ดีที่สุด<sup>198</sup> ทำให้ประชาชนให้ความไว้วางใจศาลยิ่งกว่าองค์กรอื่นในการปกป้องและคุ้มครองไม่ให้รัฐทำลายสิทธิเสรีภาพของประชาชน ความสำคัญของบทบาทหน้าที่ของศาลสะท้อนอยู่ในคำกล่าวที่ว่า “รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐหากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ”<sup>199</sup> ถ้อยคำนี้แสดงถึง

<sup>196</sup> ชาลูนชัย แสงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2554, หน้า 75.

<sup>197</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ความหมายและความสำคัญของการจัดตั้งศาลปกครอง,” วารสารกฎหมายปกครอง 14 (เมษายน 2538), หน้า 7-9.

<sup>198</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ และคณะ, การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2553, หน้า 69-70.

<sup>199</sup> บรรเจิด สิงคนะนิติ, “การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ,” ใน รวบรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net), (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2545, หน้า 344.

ความสำคัญของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐให้เป็นไปตามกฎหมายได้อย่างชัดเจน เพราะฉะนั้นการห้ามไม่ให้ศาลเข้าตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมขัดกับหลักนิติรัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้จึงจำเป็นต้องให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

### 3.2.3.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

โดยที่องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบและป้องกันไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันผิดกฎหมายอันเป็นไปตามหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบเพื่อให้การใช้อำนาจรัฐอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย<sup>200</sup> จุดมุ่งหมายสำคัญของอำนาจตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารไม่ว่าจะเป็นศาลในระบบใดก็ตามจึงเป็นไปเพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยไม่ชอบอันหมายถึง การใช้อำนาจที่ไม่เป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตลอดจนเพื่อไม่ให้มีการกระทำอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบของศาลต้องไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดปัญหาหรือเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร ข้อสำคัญอยู่ที่ศาลไม่อาจใช้อำนาจตุลาการถึงขั้นตรวจสอบดุลพินิจที่แท้จริงของฝ่ายบริหารได้<sup>201</sup>

ศาลรัฐธรรมนูญ คือ นวัตกรรมที่เกิดขึ้นในยุโรปราวต้นศตวรรษที่ 20 เพื่อเป็นกลไกหลักในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของอำนาจมหาชน กล่าวสำหรับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสก็เป็นองค์กรคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตลอดจนควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติ รวมถึงตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติ คุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ การควบคุมความถูกต้องของการ

<sup>200</sup> Meyerson Denise, “The Rule of Law and the Separation of Powers,” Macquarie Law Journal 4 (2004) : 4 อ้างถึงใน สุชาดา เรืองแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล, หน้า 212.

<sup>201</sup> อมร จันทรมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง), 2542, หน้า 104.

เลือกตั้งประธานาธิบดี และตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงประชามติ โดยในหัวข้อนี้ คณะผู้วิจัยจะได้แบ่งการนำเสนอออกเป็น หัวข้อย่อย ได้แก่ (1) อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (2) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (3) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และ (4) แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

### **(1) อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ**

อำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสอาจจำแนกได้เป็น 2 กลุ่มหลัก ได้แก่ (1.1) กลุ่มแรกเป็นอำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (1.2) กลุ่มที่สองเป็นอำนาจหน้าที่อื่น ๆ ซึ่งได้แก่ อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและเกี่ยวกับการให้ประชาชนออกเสียงประชามติ

#### **(1.1) อำนาจในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ**

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1958 บัญญัติให้มีกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) ข้อบังคับรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) กฎหมายทั่ว ๆ ไป (lois ordinaires) และพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux) ถูกควบคุมโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ไม่มีองค์กรใด ๆ มาควบคุมเนื่องจากยังยึดถือทฤษฎีความเป็นอธิปไตยของรัฐสภา อนึ่ง การควบคุมมิให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ ยังรวมไปถึงการควบคุมในขณะร่างกฎหมายด้วย การขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (inconstitutionnalité) นี้ มีหลายรูปแบบแต่มีสาระเดียวกัน กล่าวคือ กฎหมายทุกฉบับจะต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อ<sup>202</sup> (1) รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 รวมถึง

<sup>202</sup> Chantebout BERNARD, Droit Constitutionnel et Science Politique (Paris : Collection Armand Collin, 1982), p.472.

คำปรารภ (Préambule) (2) คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 (3) คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) และ (4) กฎบัตรสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 (Charte de l'environnement) โดยเป็นผลจากคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ได้บัญญัติรับรองถึงสถานะของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และกฎบัตรสิ่งแวดล้อม ส่งผลให้คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 คำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1946 และกฎบัตรสิ่งแวดล้อม ค.ศ. 2004 ยังคงมีผลใช้บังคับในปัจจุบันและอยู่ในสถานะเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย (valeur constitutionnelle) ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในปัจจุบันของฝรั่งเศสมี 3 รูปแบบ ดังได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ได้แก่

**รูปแบบแรก** การควบคุมขอบเขตในการใช้อำนาจนิติบัญญัติระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มีบทบัญญัติที่จำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ กล่าวคือ แม้รัฐสภาจะเป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติ แต่ก็ถูกจำกัดอำนาจดังกล่าวในมาตรา 34 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจรัฐสภาในการตรารัฐบัญญัติ (loi) ได้เฉพาะบางเรื่อง ส่วนเรื่องอื่นที่มีได้ระบุไว้ในมาตรา 34 จะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร (règlement) ได้ บทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 37 มีบัญญัติไว้ ดังนี้

**“มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติ**

**รัฐบัญญัติ กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้**

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเกณฑ์แรงงาน และการเกณฑ์ทรัพย์สินในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสนาหา

- การกำหนดความผิดอาญาชั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลชั้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตรา และวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรา

เช่นกัน รัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น
- การจัดตั้งองค์การมหาชนประเภทต่าง ๆ ขึ้นใหม่
- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้าราชการพลเรือนและ

ข้าราชการทหาร

- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจภาครัฐไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบทั่วไปในการป้องกันประเทศ
- การปกครองตนเอง อำนาจหน้าที่ และรายได้ขององค์กร

ปกครองส่วนท้องถิ่น

- การศึกษา
- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพย์สินสิทธิ และข้อผูกพันตามกฎหมายแพ่ง

และพาณิชย์

- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงาน และการประกันสังคม

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับงบประมาณกำหนดรายได้และค่าใช้จ่ายของรัฐตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคม กำหนดเงื่อนไขทั่วไปเกี่ยวกับความสมดุลทางการเงิน บัญชีประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติเกี่ยวกับการวางแผนกำหนดเป้าหมายของกิจกรรม  
ทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

บทบัญญัติมาตรานี้อาจจะบัญญัติเพิ่มเติมและขยายความได้  
โดยการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ”

“มาตรา 37 เรื่องใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ  
ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร

รัฐบัญญัติซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจการตรากฎหมาย  
ของฝ่ายบริหารอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมได้ภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจาก  
สภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ใช้บังคับภายหลังจากวันที่  
รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการ  
รัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นกำหนดหลักเกณฑ์ที่อยู่ในอำนาจ  
การตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามความในวรรคก่อน”<sup>203</sup>

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 34 และมาตรา 37 แล้ว จะเห็น  
ได้ว่า แม้ว่าในมาตรา 34 จะกำหนดเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะตรารัฐบัญญัติไว้  
แต่ก็ยังมีจำกัดอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาเอาไว้อีก โดยในตอนต้น  
ของมาตรา 34 ได้บัญญัติให้รัฐสภาสามารถตรารัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์เรื่องต่าง ๆ  
ในขณะที่ตอนกลางของมาตรา 34 กำหนดให้รัฐสภาสามารถตรารัฐบัญญัติกำหนด  
หลักการที่สำคัญในหลาย ๆ เรื่อง ซึ่งในกรณีหลังนี้เป็นการจำกัดอำนาจของรัฐสภา  
ที่จะกำหนดเพียงหลักการสำคัญ ๆ ส่วนรายละเอียด เนื้อหาสาระของกฎหมาย  
คงมอบให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่จะกำหนดรายละเอียดปลีกย่อยต่อไป

ดังนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตรา 34 และมาตรา 37  
จึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะจำกัดอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย  
และเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ได้ในหลายกรณี  
ด้วยกัน

<sup>203</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส, หน้า 47-51.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีหน้าที่ควบคุมขอบเขตการใช้ อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญโดยจะตรวจสอบว่า กฎหมายที่จัดทำโดยฝ่ายนิติบัญญัติจะไม่เกิน ขอบเขตที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 ซึ่งหากรัฐสภาตรากฎหมายเกินกว่าขอบอำนาจ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 ก็จะเป็นการใช้อำนาจก้าวล่วงเข้าไปในขอบเขตการ ตรากฎหมายของฝ่ายบริหารที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้<sup>204</sup>

**รูปแบบที่สอง การควบคุมที่รัฐธรรมนูญบังคับไว้ให้ต้องทำ** รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 กำหนดให้ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (lois organiques) และร่างข้อบังคับรัฐสภา (règlements des assemblées parlementaires) จะต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วย รัฐธรรมนูญก่อนบังคับใช้ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 แห่งรัฐธรรมนูญ ดังนี้

**“มาตรา 61** ก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบ รัฐธรรมนูญ และก่อนที่จะมีการใช้บังคับข้อบังคับรัฐสภา ให้ส่งร่างกฎหมายและ ร่างข้อบังคับดังกล่าวไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายและร่างข้อบังคับดังกล่าวเสียก่อน

เพื่อความมุ่งหมายอย่างเดียวกันก่อนที่จะมีการประกาศใช้ รัฐบัญญัติ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ หรือนายกรัฐมนตรี หรือประธานสภา ผู้แทนราษฎร หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคนอาจร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัตินั้นก่อนได้

ในกรณีตามที่บัญญัติไว้ในสองวรรคก่อน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะต้องวินิจฉัยภายในกำหนดระยะเวลาหนึ่งเดือน แต่ในกรณีเร่งด่วนตามที่รัฐบาล ร้องขอให้วินิจฉัยภายในเวลาแปดวัน

ในกรณีดังกล่าวข้างต้น การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยย่อมทำให้การนับระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการประกาศใช้กฎหมาย หายุดลง”

<sup>204</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ, หน้า 21-22.

จากบทบัญญัติมาตรา 61 จะเห็นได้ว่า บรรดากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยอัตโนมัติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกรณีนี้รวมถึงกฎข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐสภา (réglement des assemblées parlementaires) ด้วย<sup>205</sup> โดยในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญระบุว่าก่อนประกาศใช้ บรรดาร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและร่างกฎข้อบังคับต่าง ๆ ของรัฐสภา จะต้องผ่านการตรวจสอบและได้รับการยืนยันจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนว่าไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจึงจะประกาศใช้ร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวได้ การตรวจสอบนี้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน เว้นแต่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉินซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวจะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายหรือร่างกฎข้อบังคับดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ แต่ถ้าหลักการสำคัญของร่างดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าร่างนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับก็ได้<sup>206</sup>

เหตุผลที่ต้องบังคับให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ก็เพราะกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพิเศษที่อยู่ในลำดับศักดิ์ที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ แต่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาทั่วไป ดังนั้น ก่อนที่จะประกาศใช้บังคับจึงต้องทำการตรวจสอบให้แน่นอนว่าได้จัดทำขึ้นโดยถูกต้องตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่และมีเนื้อหาสาระที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

<sup>205</sup> Jacques CADART, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel (Paris : L.G.D.J., 1975), p.162.

<sup>206</sup> Bernard CHANTEBOUT, Droit Constitutionnel et Science Politique, p.603.

ส่วนร่างข้อบังคับของรัฐสภาที่เช่นกัน คือ ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบก่อนประกาศใช้ว่าร่างข้อบังคับนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่เช่นกัน เพราะเนื้อหาของข้อบังคับสภาส่วนใหญ่แล้วจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมาย ซึ่งหากขั้นตอนและวิธีการในการตรากฎหมายผิดไปจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติก็จะเกิดปัญหาตามมาในภายหน้าได้

**รูปแบบที่สาม การควบคุมที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าสามารถทำได้** กฎหมายธรรมดาและพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagement international) อาจถูกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้หากมีการร้องขอ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 61 วรรคสอง สำหรับกฎหมายธรรมดาที่ยังไม่ประกาศใช้ มาตรา 54 สำหรับกรณีพันธกรณีระหว่างประเทศ และกรณีสุดท้ายที่เพิ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008 คือ การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้วหรือที่เรียกว่าปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (OPC)

**1. การควบคุมกฎหมายธรรมดาที่ยังไม่ประกาศใช้ (Lois ordinaires)**<sup>207</sup> หลังจากที่ร่างกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วและกำลังรอการประกาศใช้<sup>208</sup> ในกรณีที่ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่า 60 คน หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 60 คน มีเหตุอันควรสงสัยว่าร่างกฎหมายนั้นจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บรรดาผู้ซึ่งกฎหมายได้ให้อำนาจเหล่านี้สามารถร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาร่างกฎหมายดังกล่าวว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

การพิจารณาดังกล่าว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 เดือน เว้นแต่กรณีที่รัฐบาลร้องขอเป็นการฉุกเฉิน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 8 วัน และ

<sup>207</sup> Maurice DUVERGER, Le Systeme Politique Francais (Paris : P.U.F., 1985), p.448.

<sup>208</sup> มาตรา 10 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “ประธานาธิบดีจะต้องประกาศใช้กฎหมายภายในระยะเวลา 15 วัน หลังจากที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ซึ่งในช่วงระยะเวลา 15 วันนี้ก็จะเป็นช่วงที่ผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายกำหนดสามารถร้องขอต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ถ้าเกิดความสงสัยว่ากฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ”.

ในระหว่างที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้น ร่างกฎหมายดังกล่าว จะถูกระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (มาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958)

การวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น กระทำได้สองวิธี คือ (1) วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นไม่สามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ (2) วินิจฉัยว่าร่างกฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญบางส่วน หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นสามารถแยกออกต่างหากจากร่างกฎหมายนั้นได้ ประธานาธิบดีก็มีอำนาจที่จะเลือกประกาศใช้ร่างกฎหมายนั้น เฉพาะในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือจะสั่งให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งหนึ่งก็ได้

อนึ่ง การควบคุมดังกล่าวนี้ใช้เฉพาะร่างกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายที่ได้ผ่านความเห็นชอบของประชาชนโดยการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ (referendum) ซึ่งถือว่ามีมาจากการต้องการที่แท้จริงของประชาชน<sup>209</sup>

**2. การควบคุมพันธกรณีระหว่างประเทศ (engagements internationaux)** ตามมาตรา 54 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับคำร้องขอของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาโตสภาหนึ่ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหกสิบคน หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหกสิบคน วินิจฉัยว่าข้อผูกพันระหว่างประเทศใดมีข้อกำหนดใดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การอนุญาตให้มีการให้สัตยาบัน หรือให้ความเห็นชอบต่อข้อผูกพันระหว่างประเทศดังกล่าวจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้ว”

ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ถูกร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ร่างพันธกรณี

<sup>209</sup> Maurice DUVERGER, Le Systeme Politique Francais, p.448.

ระหว่างประเทศดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มิใช่แก้ไขร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว โดยผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นหลัก โดยร่างพันธกรณีระหว่างประเทศที่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนี้ หมายความว่ารวมถึงสนธิสัญญา (traités) และข้อตกลง (accord) ระหว่างประเทศด้วย

ผู้มีสิทธิร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาพันธกรณีระหว่างประเทศ คือ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร และถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาเห็นว่า ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นมีบางส่วนที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือให้ประเทศคู่สัญญาทบทวนร่างพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นเสียก่อน รัฐสภาจึงสามารถให้การภาคยานุวัติแก่ร่างพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าวได้<sup>210</sup>

**3. ปัญหาซึ่งต้องพิจารณาก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Question prioritaire de constitutionnalité : QPC) บัญญัติไว้ในมาตรา 61-1 ว่า “หากในระหว่างที่มีการพิจารณาคดีในศาล คู่ความโต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพอันรัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้ สภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาอาจส่งปัญหาดังกล่าวให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด”**

สำหรับหลักการของกลไกการควบคุมรัฐธรรมนูญตีที่ประกาศใช้แล้วมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 61-1 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติถึงกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาคำร้องที่ริเริ่มโดยคู่ความและได้ผ่านการกลั่นกรองโดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลฎีกา (Cour de cassation) มาตรา 61-1 มาจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 และรายละเอียดการใช้บังคับได้บัญญัติไว้ในรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ฉบับลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 2009

<sup>210</sup> Ibid., p.450.

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนอันว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Question prioritaire de constitutionnalité : QPC) เริ่มมีผลใช้บังคับวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2010 มีผลให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ สิ้นผลไป (มาตรา 62)<sup>211</sup>

มาตรา 61-1 ได้สร้างมาตรการใหม่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ) เนื่องจากก่อนหน้านี้รัฐธรรมนูญมาตรา 61 เปิดโอกาสให้มีการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เฉพาะก่อนที่กฎหมายจะประกาศใช้เท่านั้น โดยผู้มีอำนาจในการยื่น ได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ นายกรัฐมนตรี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 60 คน หรือสมาชิกวุฒิสภา จำนวน 60 คน

เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็เป็นอันถูกยกเลิกไปนับแต่วันที่ประกาศคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือวันอื่นที่กำหนดในคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้มีผลเฉพาะผู้เกี่ยวข้องเท่านั้น แต่มีผลผูกพันองค์กรของรัฐ และทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ ส่วนวิธีการเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 2 ทวิ ของรัฐกำหนด 1958 แก้ไขเพิ่มเติม 2009 ซึ่งกำหนดเงื่อนไขในการรับคำร้องไว้พิจารณา ซึ่งประกอบด้วยเงื่อนไขด้านเนื้อหาและรูปแบบ

ก) เงื่อนไขด้านเนื้อหา มาตรา 23-1 แห่งรัฐกำหนด ค.ศ. 1958 แก้ไขเพิ่มเติม 2009 บัญญัติเงื่อนไขด้านเนื้อหาในการดำเนินการสอบสวนพิจารณา ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ ดังนี้

“คำร้องที่จะยื่นต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลฎีกาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้นต้องเป็น

<sup>211</sup> Christine MAUGÜÉ et Jaque-Henri STAHL, La Question Prioritaire de Constitutionnalité (Paris : Dalloz, 2011), pp.1-27.

คำร้องที่เขียนเป็นลายลักษณ์อักษรพร้อมระบุเหตุผล โดยต้องไม่เคยมีการยื่นมาก่อนและศาลไม่สามารถยกประเด็นปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ขึ้นพิจารณาเอง

ในการยื่นคำร้องต่อศาลฎีกา ถ้าอัยการมิได้เป็นคู่ความ จะต้องมีการแจ้งการยื่นคำร้องให้อัยการได้ทราบด้วย”

**1) ผู้มีสิทธิยื่น** ปัญหาสามารถยื่นคำร้องได้แต่เฉพาะต่อศาลฎีกาหรือสภาแห่งรัฐ ศาลไม่สามารถยกขึ้นโดยอัตโนมัติ ดังนั้น ปัญหาต้องมาจากกรณีที่เป็นคดีพิพาทในศาลเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมนั่นเอง ผู้พิพากษาในคดีต่าง ๆ ต่อให้เห็นว่ากฎหมายที่กำลังจะใช้แก่คดีนั้นละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญก็ไม่สามารถส่งปัญหาดังกล่าวไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ ต้องเป็นการยกขึ้นโดยคู่ความเท่านั้น

**2) ศาลที่มีอำนาจส่ง** การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติตามมาตรา 61-1 เป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบหลังรัฐบัญญัติมีผลใช้บังคับ เป็นการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบรูปธรรมที่มีคดีในศาลและเกิดประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และสงวนให้ศาลฎีกากรณีประเด็นเกิดในศาลยุติธรรม หรือสภาแห่งรัฐ กรณีประเด็นเกิดในศาลปกครองเป็นผู้ส่งคำร้องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเท่านั้น ศาลอื่นจึงไม่มีอำนาจส่งคำร้องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) ศาลอาญาชั้นสูงที่มีเขตอำนาจเหนือประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ (Haute Cour de justice chargée de juger le Président de la République) องค์กรทางปกครองอิสระ (Autorités administratives indépendantes) ในส่วนของการวินิจฉัยลงโทษ และคณะอนุญาโตตุลาการตลอดจนศาลสูงแห่งอนุญาโตตุลาการ (Cour supérieure d'arbitrage)

**3) สารະสำคัญของคำร้อง** การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแบบใหม่ที่ฝรั่งเศสเพิ่งนำมาใช้นี้ จำกัดเฉพาะกรณีรัฐบัญญัติมีข้อความที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองเท่านั้น ประเด็นที่ว่ารัฐบัญญัติมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่นๆ ที่ไม่ใช่สิทธิและเสรีภาพหรือไม่

ไม่อาจส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ อีกนัยหนึ่ง ในกรณีดังกล่าว คือ สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรอง ไม่ใช่รัฐธรรมนูญทั้งหมด นักกฎหมายบางคนจึงกล่าวว่า นี่ไม่ใช่การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบาลบัญญัติ แต่เป็นเพียงการควบคุมความชอบด้วยสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของรัฐบาลบัญญัติเท่านั้น

**ข) เงื่อนไขด้านรูปแบบ** คู่ความต้องทำคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรประกอบด้วยเหตุผล เพื่อให้คำร้องได้รับการพิจารณา ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ต้องมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ ต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คดี ต้องเป็นกรณีที่ยังไม่เคยมีคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาก่อน ยกเว้นสถานการณ์มีการเปลี่ยนแปลงไป และต้องเป็นประเด็นที่เป็นสาระสำคัญแก่คดี<sup>212</sup>

*(1.2) อำนาจอื่น ๆ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ*

เป็นอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการทางการเมือง อันได้แก่ การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ประธานาธิบดี และการออกเสียงประชามติ

**(ก) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับรัฐสภา** ปัจจุบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยจะควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครว่า มีสิทธิสมัครเข้ารับเลือกตั้ง (inéligibilité) หรือไม่ และควบคุมการประกอบอาชีพอื่น (incompatibilité) ที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

**(ก.1) การตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติ** มาตรา 59 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการคัดค้านผลการเลือกตั้ง ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้พิจารณาชี้ขาดเกี่ยวกับความถูกต้องของการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา” บทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังนี้ คือ

<sup>212</sup> Ibid., pp.77-114.

1) ในกรณีแรก คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติก็ต่อเมื่อมีการร้องโดยผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือผู้ที่ได้รับเลือกตั้ง ซึ่งจะต้องร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญภายใน 10 วัน นับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง

2) ในกรณีที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่พิจารณากระบวนการเลือกตั้งทั้งหมด แต่จะพิจารณาเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการประกาศผลเท่านั้น

**(ก.2) การควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งและการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร<sup>213</sup>**

1) การควบคุมคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งนั้น เป็นหน้าที่ของ “**ตัวแทนรัฐบาลประจำภาค**” (Commissaire de la République) ที่จะต้องตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับเลือกตั้งว่ามีสิทธิที่จะสมัครหรือไม่ ถ้ามีข้อสงสัยก็จะต้องระงับการลงทะเบียนไว้ก่อนและร้องไปยังศาลปกครองชั้นต้น (tribunal administratif) ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่การลงทะเบียนดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจสั่งห้ามผู้สมัครผู้นั้นสมัครเข้ารับเลือกตั้งได้ในกรณีขาดคุณสมบัติดังกล่าว ซึ่งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นนี้อาจถูกคัดค้านได้ถ้ามีการร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขอให้การเลือกตั้งเป็นโมฆะ

ถ้าตัวแทนรัฐบาลประจำภาคไม่ไปร้องต่อศาลปกครองชั้นต้นภายใน 24 ชั่วโมง ถือว่าตัวแทนรัฐบาลประจำภาคต้องลงทะเบียนรับสมัครผู้นั้นถ้าผู้ขาดคุณสมบัติเข้ารับเลือกตั้งได้รับเลือกตั้ง ผู้สมัครรับเลือกตั้งอื่นหรือผู้ที่ได้รับเลือกตั้งอื่นอาจร้องคัดค้านการเลือกตั้งนั้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ภายใน 10 วัน นับแต่วันประกาศผล คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดว่าการเลือกตั้งนั้นเป็นโมฆะถ้าผู้ได้รับเลือกตั้งนั้นขาดคุณสมบัติจริง

ถ้าระยะเวลา 10 วัน นับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้งได้ล่วงพ้นไปแล้ว ผู้มีอำนาจร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าการเลือกตั้งเป็นโมฆะ

<sup>213</sup> Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, Le Conseil Constitutionnel (Paris : P.U.F., 1978), pp.49-53.

เพราะผู้ได้รับเลือกตั้งขาดคุณสมบัติ คือ สภาไต่สภาหนึ่ง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (gardé de Sceaux) หรืออัยการ (ministère public)

2) การควบคุมการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรณีนี้เกิดขึ้นภายหลังการเลือกตั้ง ผู้มีอำนาจร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมหรือสภาไต่สภาหนึ่ง และถ้าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าผู้ได้รับเลือกตั้งประกอบอาชีพอื่นซึ่งต้องห้ามก็จะถูกปลดออกจากตำแหน่ง

(ก.3) การควบคุมข้อบังคับของรัฐสภา (réglement des Assemblées) มาตรา 61 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ระบุว่า ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ข้อบังคับของรัฐสภาจะต้องผ่านการตรวจสอบจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะตีความเคร่งครัดมากในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจและวิธีการพิจารณา<sup>214</sup> นอกจากนี้ บรรดาข้อบังคับที่ออกมาแก้ไขข้อบังคับเดิมก็จะต้องผ่านการตรวจสอบเช่นกัน<sup>215</sup>

(ข) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับประธานาธิบดี ในระบบการเมืองปัจจุบันของประเทศฝรั่งเศส คณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ควบคุมการเลือกตั้งประธานาธิบดี แต่จะไม่เข้าไปแทรกแซงการบริหารงานของประธานาธิบดี นอกจากเกิดกรณีที่ประธานาธิบดีไม่อยู่<sup>216</sup> หรือเกิดกรณี *empechement*<sup>217</sup> นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำในกรณีที่ประธานาธิบดีจะใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 อีกด้วย

(ข.1) การควบคุมความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดี<sup>218</sup> มาตรา 58 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดูแลตรวจสอบความถูกต้องของการเลือกตั้งประธานาธิบดี รวมทั้งเป็น

<sup>214</sup> *Ibid.*, pp.54-57.

<sup>215</sup> มาตรา 17 แห่งรัฐกำหนดประกอบรัฐธรรมนูญที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958.

<sup>216</sup> เช่น หายสาบสูญ ถูกลักพาตัวไป ป่วยหนักรักษาไม่หายหรือเป็นบ้า

<sup>217</sup> ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Impeachment” คือ กรณีที่รัฐสภากล่าวหาว่าประธานาธิบดีกระทำความผิดในหน้าที่ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้

<sup>218</sup> Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, *Le Conseil Constitutionnel*, pp.58-60.

ผู้ตรวจสอบข้อร้องเรียนและเป็นผู้ประกาศผลการเลือกตั้ง” ดังนั้น หน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้จึงกว้างกว่ากรณีของการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ

1) การเตรียมการเลือกตั้ง หน้าที่ของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ คือ เตรียมคำสั่งต่าง ๆ เกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นที่ปรึกษาของรัฐบาลเกี่ยวกับการจัดเตรียมการเลือกตั้ง ทำหน้าที่รับสมัครและตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครตลอดจนจัดทำรายชื่อผู้สมัครเสนอสู่สาธารณชน

2) การควบคุมดูแลขั้นตอนการหาเสียงเลือกตั้ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปแทรกแซงในขั้นตอนของการหาเสียงเลือกตั้ง เพราะเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมการเลือกตั้ง (commission nationale du controle de la campagne électorale) ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมการหาเสียงและให้ความยุติธรรมแก่ผู้สมัครทุกคนในการหาเสียง

3) การประกาศผล คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะควบคุมการนับคะแนนโดยตรวจสอบจำนวนเสียงของผู้สมัครแต่ละคนที่ได้รับในรอบแรกและรอบสอง และจะประกาศชื่อผู้สมัครที่ได้คะแนนเสียงข้างมากเป็นประธานาธิบดี ซึ่งในกรณีที่มีปัญหาและผู้สมัครรายใดรายหนึ่งเห็นว่ามีความผิดอันควรสงสัย ก็สามารถร้องต่อคณะกรรมการรัฐธรรมนูญภายใน 48 ชั่วโมง นับจากการประกาศผลเพื่อขอคัดค้านกระบวนการเลือกตั้งทั้งหมดได้

(ข.2) อำนาจของตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้<sup>219</sup> ถ้าประธานาธิบดีไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจแต่งตั้งประธานวุฒิสภาให้ปฏิบัติหน้าที่แทนประธานาธิบดีเป็นการชั่วคราวได้ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตามมาตรา 7 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

<sup>219</sup> Ibid, pp.61-64; Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVOTIAN (et al.), Droit constitutionnel, 17e édition (Paris : Dalloz, 2015), pp.338-339.

1) การค้นหาความจริงในกรณี *empêchement* ของประธานาธิบดี คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปค้นหาความจริงในเรื่องนี้ และรวมถึงการค้นหาความจริงในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุกับประธานาธิบดีหรือเจ้าหน้าที่ ลูกโลกพาตัว หรือหายสาบสูญด้วย

2) เมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เข้าไปค้นหาความจริงในข้อ 1) แล้ว ก็จะทำหน้าที่ประกาศผลขั้นเด็ดขาดว่าเกิดมีปัญหอะไรกับประธานาธิบดี ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็สามารถสั่งให้ประธานาธิบดีพ้นจากตำแหน่งได้หากเห็นว่าประธานาธิบดีไม่สามารถปฏิบัติงานได้ตามปกติ

3) ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยและไม่สามารถจัดให้มีการเลือกตั้งขึ้นภายในกำหนดอันเนื่องมาจากการครบวาระของประธานาธิบดีหรือเกิดเหตุการณ์ตามข้อ 1) และข้อ 2) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจเลื่อนการเลือกตั้งออกไปได้<sup>220</sup>

**(ข.3) บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958** มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจพิเศษแก่ประธานาธิบดีที่จะสั่งการได้อย่างอิสระทุกอย่างในกรณีที่เกิดวิกฤตการณ์ภายในที่รุนแรงหรือเกิดการรุกรานจากภายนอก ซึ่งทำให้การปฏิบัติงานตามปกติ ไม่สามารถกระทำต่อเนื่องได้<sup>221</sup> แต่การใช้อำนาจดังกล่าวนี้ ประธานาธิบดีจะต้องปรึกษากับนายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจพิเศษดังกล่าวมิให้ขัดต่อ

<sup>220</sup> ในปี ค.ศ. 1969 ที่ประธานาธิบดี Charles de Gaulle ลาออก และในปี ค.ศ. 1974 ที่ประธานาธิบดี Georges Pompidou ถึงแก่กรรม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ขยายระยะเวลาเลือกตั้งออกไปอีก และนอกจากนี้ ก็ยังได้กำหนดอำนาจของประธานวุฒิสภา (President du Senat) ซึ่งรักษาการแทนประธานาธิบดีด้วย

<sup>221</sup> Maurice DUVERGER, *Le Systeme Politique Français*, p.456.

รัฐธรรมนูญ<sup>222</sup> นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยังทำหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนด้วย<sup>223</sup> และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้ อนึ่ง คำแนะนำ (consultatif) ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้แก่ประธานาธิบดีนั้น จะไม่มีการเผยแพร่สู่สาธารณชน โดยจะรับทราบเฉพาะประธานาธิบดีเท่านั้น<sup>224</sup>

**(ค) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญกับประชาชน** รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้ประชาชนสามารถออกเสียงประชามติได้ใน 3 กรณี คือ การออกเสียงประชามติต่อการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ การออกเสียงประชามติต่อร่างกฎหมายที่ประธานาธิบดีเสนอให้ประชาชนออกเสียงประชามติ และการออกเสียงประชามติต่อการเปลี่ยนแปลงเขตดินแดนของประเทศ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติ (référendum) และทำหน้าที่ประกาศผลดังกล่าวด้วย ซึ่งในรัฐกำหนดที่ 58-1067 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1958 ระบุไว้ว่า รัฐบาลจะต้องปรึกษากับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติและยังมีหน้าที่ให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับองค์ที่จะเผยแพร่ขั้นตอนและวิธีการในการลงคะแนนเสียงแสดงประชามติด้วย

## **(2) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ**

ในหัวข้อนี้ คณะผู้วิจัยจะนำเสนอ (2.1) ขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (2.2) ข้อจำกัด

<sup>222</sup> การใช้อำนาจของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 นี้มีการใช้เพียงครั้งเดียวในปี ค.ศ. 1961 คือ เกิดมีการแย่งชิงอำนาจของรัฐโดยใช้กำลังทหาร ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณากรณีดังกล่าวในสองประเด็นด้วยกัน คือ ก) เกิดเหตุร้ายแรง ซึ่งจะคุกคามต่อสถาบันของชาติ และ ข) เป็นการขัดขวางต่อการบริหารงานตามปกติของรัฐบาล ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงอนุมัติให้ใช้อำนาจพิเศษดังกล่าว

<sup>223</sup> Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, Le Conseil Constitutionnel, p.62.

<sup>224</sup> Lavroff-Dmitri GEORGE, Le systeme politique Francais (Paris : Dalloz, 1975), p.372; Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVOTIAN (et al.), Droit constitutionnel, p.339.

ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลและ (2.3) ข้อจำกัดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในมิติของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง”

(2.1) ขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหารที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ

ดังได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่า แนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลเป็นการอธิบายถึงการกระทำบางประเภทที่โดยหลักแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ได้แก่ การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันในทางการเมืองเท่านั้น เหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จะพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับการมอบอำนาจการตรวจสอบการกระทำบางประการของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การควบคุมการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มีให้ชัดต่อรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ประกาศขึ้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชน และคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้ จึงกล่าวได้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็มีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร แต่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญ

ได้ให้อำนาจการตรวจสอบไว้หรือไม่ ในฝรั่งเศสสำหรับการใช้อำนาจพิเศษ ในเหตุฉุกเฉินของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลประเภทหนึ่ง ก่อนที่จะใช้อำนาจนี้ได้ประธานาธิบดีต้องปรึกษาหารือ นายกรัฐมนตรี ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร และคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ ปัญหาจึงอยู่ที่หากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะก้าวเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแล้ว จะมีการกระทำในลักษณะใดบ้างหรือไม่ ที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลหรือที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบได้

เมื่อสำรวจงานทางวิชาการในประเทศฝรั่งเศส พบว่าข้อพิจารณาเกี่ยวกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลถูกหยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์หาข้อโต้แย้งทางวิชาการต่อบทบาทของศาลปกครองที่ปฏิเสธไม่รับวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยนักกฎหมายฝรั่งเศสหลายท่านพยายามวิเคราะห์ว่าเหตุผลที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหาร ซึ่งพอจะจัดกลุ่มได้เป็น 6 กลุ่ม<sup>225</sup>

กลุ่มแรก นักกฎหมาย Léon AUCOC<sup>226</sup>, Léon BÉQUET<sup>227</sup>, Maurice HAURIUO<sup>228</sup>, Théophile DUCROCQ<sup>229</sup>, René JACQUELIN<sup>230</sup>, Jean

<sup>225</sup> วรรณญา ทศนิยมศรีวงศ์ “การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?” ใน รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) เล่ม 12, (กรุงเทพ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2557, หน้า 496-500.

<sup>226</sup> Léon AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées* (Paris, Dunod, 2<sup>e</sup> édition, 1878), tome 1, p.78 ; 3<sup>e</sup> édition, 1885, tome 1, p.92.

<sup>227</sup> Léon BÉQUET, entrée « Contentieux administratif », *Répertoire du droit administratif*, tome VIII (Paris : Dupont, 1891), pp.217-218.

<sup>228</sup> Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif*, 3<sup>e</sup> édition (Paris : Larose & Forcel, 1897), p.283.

<sup>229</sup> Théophile DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, 7<sup>e</sup> édition, tome 1 (Paris : A. Fontemoing, 1897), n° 52, p.71, 87.

<sup>230</sup> René JACQUELIN, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel* (Paris : A. Giard, 1891), p.439; René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif* (Paris : Giard et Brière, 1899), p.310.

APPLETON<sup>231</sup>, Édouard LAFERRIÈRE<sup>232</sup> และ René CAPITANT<sup>233</sup> อธิบายว่า  
ในการดำเนินกิจกรรมหรือในการบริหารงานของฝ่ายบริหารนั้นอาจมีได้ทั้งกิจกรรม  
หรือการดำเนินงานทางรัฐบาล (activité ou fonction gouvernementale) และ  
กิจกรรมหรือการดำเนินงานทางปกครอง (activité ou fonction administrative)<sup>234</sup>  
รวมถึง René CHAPUS ยืนยันว่าการจำแนกระหว่าง การดำเนินงานทางรัฐบาล  
(fonction gouvernementale) และการดำเนินงานทางปกครอง (fonction  
administrative) ช่วยให้สามารถค้นพบเหตุผลที่แท้จริงของแนวความคิดเรื่อง  
การกระทำทางรัฐบาลได้<sup>235</sup> กล่าวคือ นักกฎหมายกลุ่มนี้เชื่อว่า ในการทำงาน  
ของฝ่ายบริหารนั้นได้ทั้งกิจกรรมหรือการดำเนินงานทางรัฐบาล และกิจกรรมหรือ  
การดำเนินงานทางปกครองโดยนัยนี้การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement)  
เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้ดำเนินกิจกรรมหรือดำเนินงานทางรัฐบาล  
(fonction gouvernementale) นั้นเอง อย่างไรก็ตาม ความพยายามในการแยก  
การดำเนินงานทางรัฐบาลออกจากการดำเนินงานทางปกครอง ไม่ประสบความสำเร็จ  
เท่าไรนัก เนื่องจากยังถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีความชัดเจน<sup>236</sup>

<sup>231</sup> Jean APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif* (Paris : Dalloz, 1927), p.288.

<sup>232</sup> Édouard LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2 (Paris : Berger-Levrault, 1888), p.31.

<sup>233</sup> René CAPITANT, «De la nature des actes de gouvernement», *Mélanges Julliot de la Morandière* (Paris : Dalloz, 1964), pp.112, 115 ; René Capitant, *Cours de principes de droit public* (Paris : Les cours de droit, 1956), pp.17 et 18.

<sup>234</sup> Pierre SERRAND, «Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, n° 4, 2010 [online] <http://juspoliticum.com/article/Administrer-et-gouverner-Histoire-d-une-distinction-219.html>

<sup>235</sup> René CHAPUS, «L'acte de gouvernement, monstre ou victime?», *L'administration et son juge* (Paris : PUF, 1999), pp.85-86.

<sup>236</sup> Pierre-Henri CHALVIDAN, «Doctrines et acte de gouvernement», *AJDA*, 1982, p.8; René CHAPUS, «Actes de gouvernement», *Encyclopédie Dalloz*, n° 88, cité par René CAPITANT, « De la nature des actes de gouvernement », *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1964, p.111 ; Charles EISENMANN, « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques », *Encyclopédie française*, tome 10 (Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964), p.302 cité par Pierre SERRAND, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, n° 4, 2010.

แนวความคิดที่สอง มีการนำเสนอแนวความคิดเรื่อง “การกระทำผสม” (acte mixte) โดย CÉLIER ได้แสดงความคิดเห็นว่าการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น ศาลปกครองควบคุมได้แต่เฉพาะการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ศาลจะต้องเว้นไม่เข้าไปควบคุมการกระทำที่มีอำนาจอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง<sup>237</sup> การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมได้เพราะว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่ได้มีแค่อำนาจของฝ่ายบริหารที่เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ยังมีอำนาจของรัฐสภาหรืออำนาจของรัฐอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งอำนาจอื่น ๆ นี้ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง จึงทำให้การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมโดยศาลปกครองนั่นเอง

แนวความคิดที่สาม Michel VIRALLY เสนอแนวความคิดที่ว่า เหตุที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมโดยศาลได้นั้นเป็น “เกมปกติเรื่องเกณฑ์ทางอำนาจ” (jeu normal des règles du compétence) นั่นคือ ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้เพราะว่าศาลไม่สามารถปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในคดีที่ได้แย้งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในส่วนของกรกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้เพราะศาลไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนที่รัฐสภาในการควบคุมฝ่ายบริหาร<sup>238</sup> ข้อจำกัดเหล่านี้ล้วนแต่เป็นข้อจำกัดทางอำนาจที่ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้นั่นเอง

แนวความคิดที่สี่ Jacques PUISOYE ได้นำเสนอความคิดที่ว่า ถ้าไม่นับรวมการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐที่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการที่ศาลยอมปรับใช้ทฤษฎีความเสียหายแล้ว การกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ “การกระทำตามรัฐธรรมนูญ” (les actes tournés vers l'ordre constitutionnel)

<sup>237</sup> La décision du Conseil d'État du 28 mars 1947, Gombert, Sirey 1947, III, p.89, concl. Céliér.

<sup>238</sup> Michel VIRALLY, «L'introuvable «acte de gouvernement»», RDP, 1952, pp.317-358.

นั่นก็คือ การเปิด-ปิดสมัยประชุมรัฐสภา การเลื่อนสมัยประชุมรัฐสภา การตัดสินใจเกี่ยวกับวาระการประชุมสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การใช้อำนาจริเริ่มของรัฐบาลเกี่ยวกับกฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ การยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ การแต่งตั้งประธานและสมาชิกตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) โดยประธานาธิบดี การกระทำเหล่านี้เท่านั้นที่จะนับว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่สามารถถูกนำไปฟ้องต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม<sup>239</sup>

แนวความคิดที่ห้า เป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธการกระทำทางรัฐบาลอย่างสิ้นเชิง แนวความคิดนี้ถูกนำเสนอโดย Louis Favoreu ซึ่งเสนอให้เปลี่ยนจากคำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (actes de gouvernement) เป็น “การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้” (actes injusticiables) Louis FAVOREU อธิบายว่า ที่การกระทำทางรัฐบาลถูกนำมาฟ้องไม่ได้นั้นไม่ได้เป็นเพราะลักษณะ (nature) ของมัน แต่เป็นเพราะความบังเอิญ (par accident) กล่าวคือ ที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถนำไปฟ้องศาลได้นั้นเป็นเพราะว่าผู้พิพากษาของฝรั่งเศสมีข้อจำกัดทางอำนาจหรือขาดอำนาจนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้วิธีพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กร (la procédure de résolution des conflits entre organes du pouvoir) ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศเยอรมัน อิตาลี สเปน จะทำให้การกระทำทางรัฐบาล โดยเฉพาะการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนใหญ่สามารถถูกนำไปโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้<sup>240</sup>

แนวคิดที่หก นำเสนอโดย Élise CARPENTIER ซึ่งคล้ายคลึงกับแนวคิดของ Jacques PUISOYE ที่โยงการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญและเสนอทางแก้ปัญหาในแนวทางเดียวกับ Louis FAVOREU โดย Élise CARPENTIER

<sup>239</sup> Jacques PUISOYE, « Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement », AJDA, I. Doctrine, 1965, pp.215-218.

<sup>240</sup> Louis FAVOREU, « Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement », Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET (Paris : Dalloz, 2003), pp.613, 615 ; Louis FAVOREU, « L'acte de gouvernement : acte provisoirement et accidentellement injusticiable », RFDA, 1987, p.544.

เสนอให้เปลี่ยนนิยามการกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (acte constitutionnel institutionnel) เนื่องจากเห็นว่ามีการกระทำจำนวนมากที่เรียกกันว่าการกระทำทางรัฐบาล (ซึ่งศาลยุติธรรมและศาลปกครองปฏิเสธที่จะรับพิจารณา) รวมอยู่ในกลุ่มของการกระทำทางรัฐธรรมนูญ (actes constitutionnels) อย่างไรก็ตาม การกระทำทางรัฐธรรมนูญสามารถจำแนกได้เป็น การกระทำทางรัฐธรรมนูญที่ผู้รับผล คือ ปัจเจกชน การกระทำนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญต่อปัจเจกชน” (actes constitutionnels individuels) ส่วนการกระทำตามรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่งนั้นจะเกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (organes constitutionnels) การกระทำประเภทนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (actes constitutionnels institutionnels) การกระทำทางรัฐบาลส่วนใหญ่แล้วก็คือ “การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่กระทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับแบบเฉพาะเจาะจงจากรัฐธรรมนูญ” นั่นเอง ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ถ้าหากประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำหลาย ๆ อย่างที่นำไปฟ้องศาลไม่ได้ก็จะลดลง และเหลือเพียงแค่การกระทำของตุลาการรัฐธรรมนูญ (actes du juge constitutionnel) และคำถามทางการเมือง (les questions politiques) เท่านั้นที่ยังคงหลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาล<sup>241</sup>

จากความเห็นทางวิชาการข้างต้น พอสรุปได้ว่า ในบรรดาการกระทำของฝ่ายบริหารที่เข้าใจกันว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้น แท้จริงแล้วมีการกระทำบางลักษณะที่สามารถแยกออกจากการกระทำทางรัฐบาลประเภทที่องค์กรตุลาการไม่สามารถควบคุมตรวจสอบได้โดยแน่แท้ จึงหมายความว่า หากยอมรับว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ตามที่เคยเข้าใจกันว่าเป็นสิ่งที่

<sup>241</sup> Élise CARPENTIER, «L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable», RFDA, n°4 juillet-août 2006 (Paris : Dalloz, 2006), pp.661-677; Élise CARPENTIER, La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels, (Clermont-Ferrand : Fondation Varenne, 2006), p.545

องค์การตุลาการไม่สามารถตรวจสอบได้เลยนั้น คือ “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (acte constitutionnel institutionnel) การกระทำทางรัฐบาลก็ควรที่จะถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบให้มีการเคารพรัฐธรรมนูญ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมสามารถตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในบางลักษณะได้

เบื้องต้นจึงต้องพิจารณาก่อนว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” คืออะไร มีองค์ประกอบอย่างไร ซึ่ง Élise Carpentier ได้อธิบายไว้ ดังนี้<sup>242</sup>

(ก) ผู้กระทำการ ต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรที่ได้รับมอบหมายอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ<sup>243</sup>

(ข) ที่มาของอำนาจ ไม่จำเป็นจะต้องมาจากรัฐธรรมนูญอย่างเดียว แต่อาจมาจากบทบัญญัติที่โดยทาง “เนื้อหา” (sens matériel) มีลักษณะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (nature constitutionnelle) เช่น รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

(ค) ลักษณะพิเศษของอำนาจ ต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเทียบเท่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญ “อย่างเฉพาะเจาะจง” ซึ่งการใช้อำนาจที่ได้รับมอบนี้สะท้อนให้เห็นถึงการใช้อำนาจอธิปไตย

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญข้างต้นโดยนำการกระทำทางรัฐบาลมาปรับเข้ากับองค์ประกอบดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล (ส่วนใหญ่) มีลักษณะเดียวกันกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร<sup>244</sup> เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้น

<sup>242</sup> Élise CARPENTIER, «L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable», pp.661-677.

<sup>243</sup> Élise CARPENTIER, « L'organe, l'acte et le conflit constitutionnels », AJC, vol. XX, 2004, pp.57-91.

<sup>244</sup> ฝ่ายบริหารในประเทศฝรั่งเศส หมายความว่า ประธานาธิบดี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี และอาจรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ.

ตามรัฐธรรมนูญโดยได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญให้ใช้อำนาจในการกระทำการต่าง ๆ และหากพิจารณาถึงที่มาของอำนาจแล้ว การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญแทบทั้งสิ้น และการมอบอำนาจนั้นเป็นการมอบอำนาจแบบเฉพาะเจาะจง ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนั้นได้ด้วยตนเอง อย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ขึ้นกับการตัดสินใจของอำนาจอื่น เช่น การยุบสภา การเปิด-ปิด หรือเลื่อนประชุมสภา การเสนอกฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย การแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดี การทำข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น

### (2.2) ข้อจำกัดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

อย่างไรก็ตาม แม้จะได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนหน้านี้ว่า มีการกระทำทางรัฐบาลบางลักษณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปตรวจสอบได้ แต่ก็หมายความว่าไม่ได้หมายถึงการกระทำทางรัฐบาลทุกรูปแบบที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ เพราะเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า มีการกระทำทางรัฐบาลที่มีลักษณะทางการเมืองโดยแท้ซึ่งศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ ได้แก่ การแถลงนโยบายต่อรัฐสภาขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา ได้แก่ การเรียกประชุมรัฐสภาการเปิดและปิดประชุมรัฐสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมาย ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ความเหมาะสมของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรีและการถอดถอนออกจากตำแหน่ง การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในการยุบสภาผู้แทนราษฎรของฝ่ายบริหารโดยนายกรัฐมนตรีนั้น นอกจากเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากเป็นการกระทำของนายกรัฐมนตรีในการถ่วงดุลกับฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งไม่อาจจะทราบได้ว่าจะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเกิดขึ้นเมื่อใด อีกทั้งการตรวจสอบหลังการยุบสภาผู้แทน

ราษฎรไม่สามารถทำได้เช่นกัน เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรย่อมสิ้นสุดลงทำให้ไม่มี  
วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบเหลืออยู่

ส่วนการตัดสินใจของฝ่ายบริหารการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา  
การเรียก การเปิดและปิดประชุมรัฐสภาการยุบสภาผู้แทนราษฎร การเสนอหรือไม่เสนอ  
ร่างกฎหมาย การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน ความเหมาะสม  
ของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐมนตรี การตัดสินใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง  
ประเทศ ซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบได้นั้น เนื่องจากเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะ  
มีการกระทำหรือไม่กระทำกรอย่างใด ๆ อันเป็นดุลพินิจในการตัดสินใจ  
ซึ่งอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่อาจมีการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล  
ดังกล่าวนี้ได้<sup>245</sup>

(2.3) ข้อจำกัดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในมิติของ “กฎหมาย” กับ  
“การเมือง”

เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำของฝ่ายบริหาร” ซึ่งไม่ใช่  
“กฎหมาย” หรือบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว คงต้องพิจารณากันว่า  
“การกระทำของฝ่ายบริหาร” นั้นสามารถถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้แค่ไหน  
เพียงไร ซึ่งประเด็นนี้ขึ้นอยู่กับอำนาจหน้าที่ที่องค์กรคุ้มครองความเป็นกฎหมาย  
สูงสุดของรัฐธรรมนูญได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยอำนาจ  
ของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศใดจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละ  
ประเทศ<sup>246</sup>

หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การกระทำทางรัฐบาลได้อยู่ภายใต้  
การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ก็ย่อม  
หมายความว่า รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นที่มาสูงสุดของระบบการเมืองและระบบกฎหมาย  
ได้มอบอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล  
ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้  
ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ แต่กรณีที่รัฐบาลใช้อำนาจกระทำการ

<sup>245</sup> สุขาดา เรื่องแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล,  
หน้า 269.

<sup>246</sup> วรัญญา ทักษิณศรีวงศ์ “การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?”, หน้า 509.

ทางรัฐบาลโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาล ในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไว้โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจ ตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้หรือไม่ เพียงใด ย่อมต้องพิจารณาจากบทบาทหน้าที่ที่สำคัญของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิด และการตรวจสอบการใช้อำนาจและการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการเมืองให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ<sup>247</sup> กรณีศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการใช้อำนาจของสถาบันการเมือง มักจะถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าศาลใช้อำนาจมากเกินไป แม้ว่าการตรวจสอบการใช้อำนาจของสถาบันการเมืองนี้มีขึ้นเพื่อให้บทบาทยุติแห่งรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับได้ แต่กระนั้นก็ดี ถ้าศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่ในส่วนนี้มากเกินไปเท่ากักับการกระทำที่เกิดขึ้นจากอำนาจภายใต้รัฐธรรมนูญ ต้องอยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเสียทั้งหมด หรือการจะกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องขอความเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญก่อน ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น เท่ากักับการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือในทางบริหาร จะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลรัฐธรรมนูญเสียก่อน ซึ่งในประเด็นนี้อาจถูกโต้แย้งได้ว่าการใช้อำนาจรัฐของสถาบันการเมืองมีฐานที่มาจากประชาชนโดยตรง การกระทำในส่วนนี้จึงไม่ควรถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ เพราะในแง่ของที่มาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มาจากประชาชนโดยตรงต่างจากที่มาจากฝ่ายบริหาร<sup>248</sup> ดังนั้น การกำหนดให้ การกระทำของฝ่ายบริหารประเภทใดอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ จึงต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง แต่กระนั้นก็ดี การที่จะสรุปว่าการกระทำทางรัฐบาลที่รัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจโดยตรงแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ไม่อาจถูกวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ ย่อมจะส่งผลเสียต่อประเทศอย่างร้ายแรง เนื่องจากรัฐบาลมีหน้าที่ดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน

<sup>247</sup> กล้า สมุทวณิช, ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับคุณภาพทางการเมืองพระปกเกล้า, ในเอกสารประกอบการประชุมวิชาการ สถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16, พฤศจิกายน 2557, หน้า 103 อ้างถึงใน. สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล, หน้า 246.

<sup>248</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 108-110.

โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติเป็นสำคัญ แม้ว่าองค์กรรัฐสภา มีอำนาจในการตรวจสอบก็ตาม แต่อำนาจของรัฐสภาในการตรวจสอบการกระทำ ทางรัฐบาลไม่ได้ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้น หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ถูกตรวจสอบ ทางศาล โดยให้รัฐสภาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเพียงอย่างเดียวย่อมไม่อาจ บรรลุผลตามเจตนารมณ์ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้โดยเฉพาะการกระทำ ทางรัฐบาลที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย รัฐธรรมนูญ และกลไกทางรัฐสภาที่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลของฝ่ายบริหาร ในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ให้การตรวจสอบที่มีผลถึงการกระทำโดยตรง คงมีผลต่อ สถานภาพการดำรงตำแหน่งของตัวบุคคลที่กระทำการเท่านั้น ประเด็นนี้จึงนับเป็น ช่องว่างของการตรวจสอบฝ่ายบริหารในทางการเมือง อย่างไรก็ตาม ถ้าให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ทั้งหมด ผลจะ กลายเป็นว่าไม่มีการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นกระทำทางรัฐบาล เพราะการกระทำ ทางรัฐบาลศาลไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้ ฉะนั้นเมื่อการกระทำทางรัฐบาลถูกตรวจสอบทางศาลได้ทั้งหมด ย่อมขัดกับแนวคิด และสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาลที่ว่า การกระทำในลักษณะนี้ไม่อาจ ถูกตรวจสอบทางศาลได้ ด้วยเหตุนี้เมื่อคำนึงผลดีผลเสียต่าง ๆ แล้วเห็นว่า การกระทำ ทางรัฐบาลที่มีผลผูกพันทางกฎหมายสามารถถูกตรวจสอบได้เฉพาะการกระทำ ทางรัฐบาลที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน<sup>249</sup>

### (3) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรี

#### โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

แม้จะมีข้อเสนอของนักวิชาการในฝรั่งเศสว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ สามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจขององค์กร ตามรัฐธรรมนูญได้ดังกล่าวยังไปข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบันยังไม่พบ การยื่นฟ้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรีหรือ การกระทำของคณะรัฐมนตรีต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลย จะมีเพียงบางคดี

<sup>249</sup> สุชาติ เรืองแสงทองกุล, การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล, หน้า 246-247.

ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณา “ความมีอยู่” ของมติคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็น “เงื่อนไข” ความสมบูรณ์ของการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ดังที่อธิบายไว้ในหัวข้อก่อนหน้านี้เท่านั้น ซึ่งเหตุผลของการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้มีบทบาทหลักในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรีนั้นมี 2 ประการ ได้แก่

**ประการแรก** ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการบัญญัติเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ (compétence d’attribution) และมีได้มีการบัญญัติเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยกฎหมายอื่นเพิ่มเติมไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อพิจารณาเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทั้ง 3 กลุ่ม ดังที่นำเสนอไปในหัวข้อ อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แล้วนั้นจะพบว่า ไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี รวมไปถึงการกระทำหรือการใช้อำนาจใด ๆ ของคณะรัฐมนตรี

**ประการที่สอง** ความรับรู้โดยทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ มติคณะรัฐมนตรีมีโอกาที่จะเข้าลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ (acte réglementaire) ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ดังนั้น ด้วยเหตุผลสองประการนี้ แม้ในแวดวงวิชาการของฝรั่งเศส จะมีคำอธิบายว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีได้ แต่ในปัจจุบันจึงยังไม่ปรากฏการฟ้องร้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรีไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

### 3.2.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี

#### โดยศาลปกครอง

ในหัวข้อนี้คณะผู้วิจัยจะแบ่งการนำเสนอออกเป็น 3 หัวข้อ เริ่มจาก (1) เงื่อนไขและขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย จากนั้นจะอธิบายถึง (2) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และ (3) แนวคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

### (1) เงื่อนไขและขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

เงื่อนไขเหล่านี้เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีก่อนที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยเนื้อหาสาระแห่งคดีได้ อันได้แก่ การตรวจสอบว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่เข้าเงื่อนไขใดข้อหนึ่ง ศาลจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เงื่อนไขเหล่านี้ได้แก่ ลักษณะของนิติกรรมที่ถูกฟ้อง บุคคลผู้ฟ้องคดี เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบและระยะเวลาการฟ้องคดี และเงื่อนไขประการสุดท้าย ได้แก่ การที่ไม่อาจเยียวยาได้ โดยการฟ้องคดีประเภทอื่นกล่าวคือ เป็นกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง

(1.1) ลักษณะของนิติกรรมที่ถูกฟ้อง ศาลจะรับพิจารณาเฉพาะคำฟ้องที่เป็นการฟ้องเพิกถอนนิติกรรมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ การกระทำที่ถูกฟ้องนั้นจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif)

(1.2) เงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ฟ้องคดี ตามกฎหมายฝรั่งเศสผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิทางศาล (capacité d'ester en justice) หลักเกณฑ์นี้ใช้กับการฟ้องคดีของนิติบุคคลด้วย ฉะนั้น หากนิติบุคคลนี้ไม่ได้ตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลย่อมไม่อาจรับฟ้องได้ นอกจากนั้น ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้เสียหายในคดีปกครองด้วย กล่าวคือ เป็นผู้ที่เดือดร้อนเสียหายจากนิติกรรมทางปกครองนั้น ส่วนได้เสียนั้นอาจเป็นส่วนได้เสียทางทรัพย์สินและจิตใจ เช่น ส่วนได้เสียของผู้ที่มีความเชื่อและปฏิบัติการเฉลิมฉลองสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ตนเองเคารพนับถือ<sup>250</sup> หรือส่วนได้เสียของศิษย์เก่าของโรงเรียนที่มีชื่อเสียงในการปกป้องรักษาเกียรติยศชื่อเสียงของโรงเรียน เป็นต้น

ส่วนได้เสียนั้นจะต้องเป็นส่วนได้เสียส่วนตัวแต่ก็ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นส่วนได้เสียเฉพาะแต่เพียงผู้เดียว เช่น ผู้ฟ้องร้องที่เป็นผู้ใช้บริการสาธารณะ<sup>251</sup> หรือเป็นผู้เสียหาย หรือเป็นผู้อยู่อาศัยในตำบลท้องถิ่นหนึ่ง<sup>252</sup> สามารถมอบหมายให้บุคคลที่มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องขอให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในการบริการสาธารณะหรือเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตภายในท้องถิ่นนั้น

<sup>250</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1908 คดี abbé Deliard, Rec.

<sup>251</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 21 ธันวาคม 1906, คดี Syndicat du quartier Croix de Séguéy-Tivoli

<sup>252</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 29 มีนาคม 1901 คดี Casanova, Gr. Ar

โดยอาศัยสิทธิในฐานะผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น หรือเป็นผู้ได้รับความเสียหายจากภัยพิบัติที่เกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ถูกฟ้องร้อง<sup>253</sup>

ส่วนได้เสียนี้อาจไม่ใช่ส่วนได้เสียเกี่ยวกับเรื่องเอกชนเท่านั้น แต่อาจเป็นส่วนได้เสียในกิจการของรัฐก็ได้ เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งองค์กรใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ไม่ว่าจะเป็นนายกเทศมนตรี (maire) หรือคณะเทศมนตรี (conseil municipal) หรือแม้แต่สมาชิกแต่ละคนของคณะเทศมนตรีก็ย่อมมีสิทธิในอันที่จะโต้แย้งคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ เมื่อคำสั่งนั้นทำให้สถานะหรือผลประโยชน์ของท้องถิ่นของเขาเสียหาย<sup>254</sup> แต่หลักการอันนี้ใช้ได้เฉพาะต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น กล่าวคือ สำหรับเจ้าหน้าที่ตามสายบังคับบัญชาไม่อาจจะโต้แย้งคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่ออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาได้ แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะทำให้สถานะหรือผลประโยชน์ของส่วนราชการที่เขาทำอยู่เสียหาย ทั้งนี้ เว้นแต่กรณีคำสั่งของผู้บังคับบัญชานั้นกระทบโดยตรงต่อสถานะส่วนตัวในทางการทำงานของผู้นั้นได้บังคับบัญชาผู้นั้น

### (1.3) วิธีพิจารณารูปแบบคำฟ้องและระยะเวลาการฟ้องคดี คำฟ้อง

จะต้องติดอากรตามที่กฎหมายกำหนด การฟ้องคดีไม่จำเป็นต้องมีนายความ แต่คำฟ้องต้องระบุถึงข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี และต้องแนบเอกสารอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งมา 1 ชุด

ระยะเวลาการฟ้องคดีโดยทั่วไปต้องฟ้องคดีภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองหรือนับแต่วันที่ได้มีการประกาศกฏนั้น

### (1.4) การไม่อาจเยียวยาได้ด้วยวิธีการฟ้องคดีประเภทอื่น ศาลจะ

รับฟ้องไว้พิจารณาเมื่อการแก้ไขเยียวยาวิธีอื่นนั้นให้ประโยชน์แก่ผู้ฟ้องคดีน้อยกว่า การฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การโต้แย้งคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สร้างภาระทางภาษีเงินได้ ศาลย่อมรับฟ้องไว้ได้ แม้ว่าเอกชนอาจใช้หนทางเยียวยาอื่น อันได้แก่ การฟ้องคดีภาษีอากรที่เอกชนอาจขอให้ศาลยกเลิกภาระภาษีที่คิดคำนวณไม่ถูกต้องเสีย แต่ถึงแม้จะมีหนทาง

<sup>253</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 1950 คดี Gicquel.

<sup>254</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 มิถุนายน 1902, คดี maire de Nérès-Bains.

โต้แย้งวิธีนี้ แต่การยกเลิกคำสั่งที่ก่อให้เกิดภาวะภาษีที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายนั้น (การฟ้องคดีเพราะเหตุกระทำเกินอำนาจ) ย่อมให้ประโยชน์แก่เอกชนมากกว่า การฟ้องร้องขอให้ศาลยกเลิกคำสั่งให้ชำระภาษีเพียงเพราะเหตุว่าคำสั่งนั้นคำนวณ ภาษีผิดพลาด (l'imposition irrégulière)

## (2) ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศส หากพิจารณาจากหลักการดังกล่าวข้างต้นและ ประเภทคดีปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีก็เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในฝ่ายบริหาร ที่อาจจะถูกฟ้องเป็นคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย หรือเป็นคดีที่ขอให้ศาลใช้อำนาจเต็มได้

อย่างไรก็ตาม ในคดีฟ้องให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบ ด้วยกฎหมาย การฟ้องคณะรัฐมนตรีต่อศาลปกครองในคดีประเภทนี้แตกต่าง จากการฟ้องคณะรัฐมนตรีต่อศาลปกครองไทย เนื่องจากโดยหลักของการฟ้องคดีปกครอง ตามกฎหมายไทยนั้น ศาลจะกำหนดให้ผู้ที่มิอำนาจในการออกกฎหรือคำสั่ง ทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้นเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ดังนั้น ศาลจะพิจารณา ว่าตามกฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้ใดเป็นผู้ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจในการออกกฎหรือ คำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งในกฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติของกฎหมายหลายฉบับ ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เช่น ในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการของรัฐวิสาหกิจดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ในกฎหมาย ฝรั่งเศสนั้นถือว่าการฟ้องคดีเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น เป็นการฟ้องตัวการกระทำคือ ตัวกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ตัวบุคคลหรือเจ้าหน้าที่ที่ออกกฎหรือคำสั่ง ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีในคดีประเภทนี้จึงเป็นตัวกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่ตัวเจ้าหน้าที่ ที่ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น<sup>255</sup> คณะรัฐมนตรีหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้อง กับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองจึงไม่ใช่ผู้ถูกฟ้องคดีในคดีประเภทนี้

<sup>255</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 209 ; Chales DEBBASCH et Jean-Claude RICCI, Contentieux administratif, 7e edition (Paris : Dalloz, 1999), pp.348-349.

นอกจากนั้น กฎหมายฝรั่งเศสก็ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการออกกฎหมายหรือคำสั่งใดไว้โดยเฉพาะ เช่น ในเรื่องการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารหรือกฎหมายลำดับรอง ไม่ว่าจะเป็นรัฐกฤษฎีกา หรือรัฐกำหนด แม้เรื่องดังกล่าวจะต้องเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนดำเนินการก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ก็บัญญัติให้เป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่ได้รับมอบอำนาจจากนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ออกรัฐกฤษฎีกา (มาตรา 21)<sup>256</sup> หรือให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจออกรัฐกำหนด หรือรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี (มาตรา 13<sup>257</sup> และมาตรา 38)<sup>258</sup> ไม่ใช่โดยคณะรัฐมนตรี ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี หรือออกโดยต้องหารือต่อสภาแห่งรัฐหรือองค์กรอื่นก่อนก็ตาม ก็เป็นรัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดีหรือนายกรัฐมนตรี<sup>259</sup> ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีในคดีฟ้องเพิกถอนรัฐกำหนดหรือรัฐกฤษฎีกา จึงไม่ใช่คณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการฟ้องเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็จะเรียกให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเข้ามาชี้แจงแก้ต่างในคดีนั้นเสมือนกับเป็นผู้ถูกฟ้องคดีในคดีนั่นเอง

<sup>256</sup> **มาตรา 21** นายกรัฐมนตรีเป็นผู้กำหนดแนวทางการดำเนินการของรัฐบาล รับผิดชอบในการป้องกันประเทศ ดูแลการบังคับใช้กฎหมาย ภายใต้บังคับบทบัญญัติในมาตรา 13 นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกกฎหมายของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนและข้าราชการทหาร

นายกรัฐมนตรีอาจมอบอำนาจบางประการของนายกรัฐมนตรีให้แก่รัฐมนตรีได้.

<sup>257</sup> **มาตรา 13** ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐเป็นผู้ลงนามในรัฐกำหนดและรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรี.

<sup>258</sup> **มาตรา 38** เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการดำเนินงานของตน รัฐบาลอาจขออนุมัติต่อรัฐสภาตรารัฐกำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้อย่างจำกัดในเรื่องซึ่งโดยปกติแล้วอยู่ในอำนาจการตราบัญญัติของรัฐสภาได้

รัฐกำหนดดังกล่าวจะต้องตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐกำหนดนี้มีผลใช้บังคับนับแต่วันที่ได้ประกาศใช้ แต่จะสิ้นผลใช้บังคับหากรัฐบาลมิได้เสนอร่างบัญญัติให้สัปดาห์นับรัฐกำหนดดังกล่าวต่อรัฐสภาในระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ตรารัฐกำหนด

เมื่อพ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดจะกระทำได้อีกแต่โดยรัฐบัญญัติในเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตราบัญญัติของรัฐสภา.

<sup>259</sup> Jean RIVÉRO et Jean WALINE, Droit Administratif, 8e édition (Paris : Dalloz, 2000), p.67.

(3) **แนวคำพิพากษาศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี**  
จากกรณีดังกล่าวข้างต้นอาจเห็นได้ชัดเจนขึ้นหากพิจารณาตัวอย่างรูปแบบคำฟ้องคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Modèle de requête pour excès de pouvoir) ต่อศาลปกครองฝรั่งเศส ที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องกรอกเพื่อยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง

**ตัวอย่างแบบคำฟ้องคดีฟ้องเพิกถอนกฎ  
หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองฝรั่งเศส**

ประธานศาลปกครองประจำกรุงปารีส  
ตุลาการศาลปกครองประจำกรุงปารีส  
7, ถนน de Jouy  
75181, Paris Cédex 04

คำฟ้องให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง...(ให้ระบุชื่อกฎหรือคำสั่ง)

โดย ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี และหมายเลขโทรศัพท์  
ให้เพิกถอน กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่จะให้เพิกถอน

ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดี

ข้ออ้างข้อเถียง

คำขอ

ลายมือชื่อผู้ฟ้องคดี

จะเห็นได้จากแบบคำฟ้องดังกล่าวว่า ในการฟ้องคดีให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้ คือ

1. ชื่อและที่อยู่ของศาลปกครองที่จะฟ้อง
2. กฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

3. ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี และหมายเลขโทรศัพท์
4. ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์แห่งคดี
5. ข้ออ้างข้อเถียง
6. คำขอของผู้ฟ้องคดี
7. ลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดี

การฟ้องคดีดังกล่าวจึงไม่ต้องระบุรายละเอียดเกี่ยวกับตัวเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เพราะผู้ถูกฟ้องคดีหรือจำเลยที่แท้จริงคือตัวกฎหรือคำสั่ง ไม่ใช่ตัวเจ้าหน้าที่<sup>260</sup> ซึ่งต่างจากกฎหมายไทยซึ่งผู้ฟ้องคดีต้องระบุชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีในคำฟ้องด้วย<sup>261</sup> ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศส จึงไม่มีการฟ้องคณะรัฐมนตรีเป็นคดีประเภทฟ้องให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะได้ร่วมพิจารณาเรื่องดังกล่าวด้วยก็ตาม เช่น

(3.1) คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) ที่ 58502 เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 1962

**ข้อเท็จจริง** รัฐบัญญัติ (loi) ลงวันที่ 13 เมษายน 1962 ที่เป็นผลเนื่องมาจากคำแถลงการณ์ของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 ให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการออกรัฐกำหนด (ordonnance) ต่าง ๆ หรือรัฐกฤษฎีกา (décret) ที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี กำหนดมาตรการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหาร เพื่อที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามคำแถลงการณ์ดังกล่าวของรัฐบาล ประธานาธิบดีจึงอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวออกรัฐกำหนด เลขที่ 62-618 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 1962

<sup>260</sup> อย่างไรก็ตาม ในคำฟ้อง ผู้ฟ้องคดีอาจระบุในคำขอโดยอ้างถึงหน่วยงานทางปกครองที่ประสงค์จะฟ้อง ไม่ว่าจะระบุไว้ชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ก็เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในระบบใดระบบที่จะดำเนินการกำหนดตัวผู้ถูกฟ้องคดีให้ถูกต้องต่อไป (Olivier Gobin, *Contentieux administrative*, 2e édition (Paris : Litec, 1999), pp.209-210).

<sup>261</sup> พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 คำฟ้องให้ใช้ถ้อยคำสุภาพและต้องมี (1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี (2) ชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี (3) ...

ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ (Cour militaire de justice) ซึ่งเป็นศาลพิเศษขึ้นแทนที่ศาลทหารสูงสุด (Haute tribunal militaire) โดยให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ตัวการหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเหตุการณ์จลาจลที่เกิดขึ้นที่ประเทศอัลจีเรีย ศาลทหารดังกล่าวได้พิพากษาให้ลงโทษนาย Y André นาย E...Marc และนาย Z... Daniel ผู้ต้องขังทั้งสามจึงได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนรัฐกำหนด ลงวันที่ 1 มิถุนายน 1962 ที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ที่ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษดังกล่าว

**คำพิพากษา** ในประเด็นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมยกข้อต่อสู้ว่าคดีนี้เป็นคดีที่ศาลไม่มีอำนาจรับไว้พิจารณาได้นั้น เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 13 เมษายน 1962 ที่ประชาชนลงประชามติให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายดังกล่าวที่ให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการออกรัฐกำหนดต่าง ๆ หรือรัฐกฤษฎีกาที่ผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี กำหนดมาตรการต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหาร เพื่อที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งแถลงการณ์ของรัฐบาลดังกล่าวแล้ว เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยลำพัง เพียงแต่ให้อำนาจประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่จะใช้อำนาจในการออกกฎ (pouvoir réglementaire) ในกรณีที่มีเหตุการณ์พิเศษ ภายในกรอบและขอบเขตที่รัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนด โดยออกรัฐกำหนดกำหนดมาตรการต่าง ๆ ที่โดยปกติแล้วจะต้องออกเป็นรัฐบัญญัติ ดังนั้น รัฐกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงยังมีสถานะเป็นกฎที่อาจจะฟ้องต่อสภาแห่งรัฐให้เพิกถอนได้

สำหรับคำขอร้องสอดของนาย X..., B..., Plait, A... และนาย André นั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า นาย X..., B..., Plait, A... และนาย André มีส่วนได้เสียที่จะร้องขอให้เพิกถอนรัฐกำหนดพิพาทนี้ได้ ดังนั้น จึงให้รับคำร้องของบุคคลดังกล่าวไว้พิจารณา

สำหรับคำขอให้เพิกถอนรัฐกำหนด เลขที่ 62-618 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 1962 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษนั้น พิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้มติตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติ

ลงวันที่ 13 เมษายน 1962 ดังกล่าวข้างต้นจะให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ในทางนิติบัญญัติที่เกี่ยวกับคำสั่งการของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 เกี่ยวกับประเทศอัลจีเรีย และมาตรการดังกล่าวอาจรวมถึงการจัดตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่ประเทศอัลจีเรีย แต่ก็ปรากฏจากถ้อยคำและเนื้อหาของบทกฎหมายดังกล่าวว่า การจัดองค์กรและการดำเนินงานของศาลดังกล่าวจะลิดรอนสิทธิและหลักประกันในการใช้สิทธิต่อสู้คดี (Droit de la défense) ได้เท่าที่จำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งการของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 เมื่อคำนึงถึงบริบททางการเมืองในเวลานั้น

พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญและความร้ายแรงของภัยอันตรายที่รัฐกำหนดพิพาทในคดีนี้นำมาสู่หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาที่กำหนดไว้และการตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือโต้แย้งแล้ว ไม่ปรากฏจากการไต่สวนว่าการจัดตั้งศาลพิเศษดังกล่าวจะเป็นกรณีจำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งการของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 นั้น ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะโต้แย้งว่ารัฐกำหนดพิพาทที่ได้ออกโดยเกินขอบเขตของบทบัญญัติมาตรา 2 แห่งรัฐธรรมนูญดีลงวันที่ 13 เมษายน 1962 นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจะต้องถูกเพิกถอน

#### คำบังคับ จึงพิพากษา ดังนี้

1. อนุญาตให้นาย X... Raymond, B... Bernard, D..André, A... Rene และนาย André C... ร้องสอดเข้ามาในคดีนี้ได้
2. ให้เพิกถอนรัฐกำหนด เลขที่ 62-618 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 1962 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ
3. ให้ส่งสำเนาคำพิพากษานี้ให้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม

จะเห็นได้ว่า คดีนี้สภาแห่งรัฐได้พิพากษาในปี ค.ศ. 1962 ซึ่งเป็นช่วงที่เกิดจลาจลขึ้นในประเทศอัลจีเรีย ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวรัฐบาลฝรั่งเศสได้ออกคำสั่งการเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 ถึงมาตรการและวิธีการแก้ปัญหาที่เกิดจากการจลาจลดังกล่าว แต่การปฏิบัติตามคำสั่งการดังกล่าวของรัฐบาลจำต้องใช้

มาตรการหรือวิธีการที่ต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าว ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้เสนอร่างรัฐบัญญัติมอบอำนาจในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้รัฐสภาพิจารณา แต่กลับเสนอร่างรัฐบัญญัตินั้นให้ประชาชนลงประชามติโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1958 ซึ่งประชาชนได้ลงประชามติเห็นด้วยกับร่างรัฐบัญญัติดังกล่าว โดยร่างรัฐบัญญัตินั้นให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในการออกกฎหมายหรือมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามคำแถลงการณ์ของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 ดังกล่าว ซึ่งมาตรการดังกล่าวอาจรวมถึงการจัดตั้งศาลพิเศษที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีอาญาแก่ผู้กระทำความผิดที่เกี่ยวเนื่องกับเหตุการณ์จลาจลที่ประเทศอัลจีเรีย ซึ่งโดยปกติจะต้องกระทำโดยรัฐบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภา

รัฐบาลจึงอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติมอบอำนาจดังกล่าว ออกรัฐกำหนด (ordonnance) จัดตั้งศาลทหารพิเศษ (Cour militaire de justice) ซึ่งเป็นศาลพิเศษขึ้นแทนที่ศาลทหารสูงสุด (Haute tribunal militaire) โดยให้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่ตัวการหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับเหตุการณ์จลาจลที่เกิดขึ้นที่ประเทศอัลจีเรีย และมีวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษ ต่อมาศาลทหารพิเศษดังกล่าวได้เข้ามาพิจารณาคดีที่ผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับความเป็นธรรมจากรัฐกำหนดดังกล่าว จึงฟ้องสภาแห่งรัฐในฐานะเป็นสภาแห่งรัฐให้เพิกถอนรัฐกำหนดดังกล่าว

เช่นเดียวกับการพิจารณาคดีของศาลปกครองไทย คดีมีประเด็นที่สภาแห่งรัฐต้องพิจารณาอยู่ 2 ประเด็น คือ สภาแห่งรัฐจะรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้หรือไม่ และหากรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้แล้ว จะพิพากษาคดีนี้อย่างไร

**ประเด็นแรก** ที่มีปัญหาว่าสภาแห่งรัฐจะรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น ก็เนื่องจากคดีนี้เป็นการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติที่มาจากการลงประชามติตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเดิมนั้น ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐบัญญัติไม่ว่าโดยเหตุใด ๆ เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติ ไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง

ในประเด็นนี้ สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งรัฐบัญญัติมอบอำนาจดังกล่าวไม่ได้ให้อำนาจประธานาธิบดีในการออกกฎหมายเหมือนรัฐสภา แต่ให้อำนาจในการออกรัฐกำหนดซึ่งเป็นการใช้อำนาจในการออก “กฎ” ของฝ่ายบริหาร จึงไม่ใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่ศาลปกครองย่อมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจรับคดีนี้ไว้พิจารณาได้ เป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir)

**ประเด็นที่สอง** คือ รัฐกำหนดดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ในประเด็นนี้ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐบัญญัติมอบอำนาจซึ่งให้อำนาจรัฐบาลในการออกรัฐกำหนดหรือมาตรการต่าง ๆ เพื่อที่จะปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลเมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 แล้วก็เห็นว่า การใช้อำนาจของรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการออกกฎหมายหรือมาตรการอื่น ก็ต้องอยู่ภายในกรอบหรือขอบเขตของรัฐบัญญัติมอบอำนาจซึ่งเป็นที่มาของอำนาจของรัฐบาล คือ ต้องเป็นการใช้อำนาจสิทธิของบุคคล รวมทั้งหลักประกันในการใช้สิทธิต่อผู้คดี (Droit de la défense) **เท่าที่จำเป็น** เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลดังกล่าว เมื่อคำนึงถึงบริบททางการเมืองในเวลานั้น ดังนั้น การออกรัฐกำหนดจัดตั้งศาลทหารพิเศษรวมตลอดถึงวิธีพิจารณาคดีพิเศษที่สิทธิของบุคคลนั้น จะชอบด้วยกฎหมายก็ต่อเมื่อเป็นกรณีจำเป็นเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาว่าเป็นกรณีจำเป็นหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์หรือบริบททางการเมืองในขณะนั้นว่ามีความร้ายแรงถึงขนาดที่จำเป็นที่จะต้องออกมาตรการหรือรัฐกำหนดนั้นหรือไม่

หลังจากนั้น สภาแห่งรัฐจึงวินิจฉัยว่าจากการได้สวนของศาลไม่ปรากฏว่าการจัดตั้งศาลพิเศษและกำหนดวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษดังกล่าวเป็นกรณีจำเป็นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามคำสั่งของรัฐบาลนั้น โดยพิจารณาถึงความสำคัญและความร้ายแรงของหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐกำหนดฉบับดังกล่าวที่มีต่อหลักกฎหมายอาญาทั่วไป และบริบทของสังคมในขณะนั้น กล่าวคือ สภาแห่งรัฐได้พิจารณาถึงหลักความได้สัดส่วน (principe de proportionnalité) ของปัญหาที่เกิดขึ้นกับมาตรการที่ใช้แก้ปัญหา นั้นว่ามีสัดส่วนเหมาะสมหรือไม่

และเมื่อไม่เข้าหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่รัฐบัญญัติมอบอำนาจให้ไว้ รัฐบาลจึงไม่มีอำนาจที่จะออกรัฐกำหนดดังกล่าวได้ สภาแห่งรัฐจึงพิพากษาให้เพิกถอนรัฐกำหนดดังกล่าว ซึ่งหากเทียบกับกฎหมายไทยแล้ว ก็คงเป็นกรณีที่ศาลพิพากษาให้เพิกถอนกฎหมายเหตุที่ได้ออกโดยไม่ชอบเนื่องจากการกระทำโดยนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งรัฐบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

จากตัวอย่างคดีนี้ แม้ว่ารัฐกำหนดดังกล่าวจะผ่านการพิจารณาจากคณะรัฐมนตรี แต่การฟ้องคดีดังกล่าวก็เป็นการฟ้องตัวรัฐกำหนดซึ่งเป็นภูมินตนเอง ไม่ได้ฟ้องประธานาธิบดีหรือคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการบังคับใช้รัฐกำหนดนี้อยู่ในความรับผิดชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม รัฐมนตรีดังกล่าวจึงได้เข้ามาเป็นตัวแทนรัฐในการชี้แจงและต่อสู้คดีดังกล่าว และต่อมาเมื่อศาลปกครองเห็นว่ารัฐกำหนดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาให้เพิกถอน ศาลปกครองก็มีคำสั่งให้ส่งสำเนาคำพิพากษาให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องทั้งสองทราบด้วย

(3.2) คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐคดี “Labonne” เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 1919

**ข้อเท็จจริง :** แต่เดิม การจราจรทางบกโดยทางรถยนต์นั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ต่อมาได้มีการออกรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 1899 ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็น “ประมวลกฎหมายจราจร” สมัยใหม่ฉบับแรกของฝรั่งเศส โดยรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้มีการออก “ใบรับรองความสามารถในการขับซีรถยนต์” ให้แก่ผู้ขับขี่ ซึ่งต่อมาใบรับรองนั้นได้เป็นที่มาของ “ใบอนุญาตขับซีรถยนต์” ในปัจจุบัน รัฐกฤษฎีกาดังกล่าวได้ให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีเพิกถอนใบรับรองดังกล่าว ถ้าปรากฏว่าผู้ได้รับใบรับรองนั้นได้กระทำความผิดลหุโทษ 2 ครั้ง ภายในปีเดียวกัน หลังจากนั้น ผู้ว่าราชการจังหวัดได้ออกข้อบังคับจังหวัดลงวันที่ 4 ธันวาคม ค.ศ. 1913 โดยอาศัยอำนาจตามรัฐกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว ต่อมานาย Labonne ซึ่งได้กระทำความผิดและถูกผู้ว่าราชการจังหวัดเพิกถอนใบรับรองดังกล่าว ได้โต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาและข้อบังคับจังหวัดดังกล่าว โดยอ้างว่าได้ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คดีนี้มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยเบื้องต้นว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจออกรัฐกฤษฎีกากำหนดให้ผู้ซึ่งจะต้องมีใบรับรองความสามารถในการขับขี่รถยนต์หรือไม่ เนื่องจากโดยปกติตามกฎหมายอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในท้องถิ่นนั้นเป็นของผู้ว่าราชการจังหวัดและนายกเทศมนตรี

**คำวินิจฉัย :** “...พิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้ว่าผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีจะมีหน้าที่ดูแลรักษาทางสาธารณสุขและความปลอดภัยในการจราจร โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 22 ธันวาคม ค.ศ. 1789 - 8 มกราคม ค.ศ. 1890 และฉบับลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1884 และแม้ว่าจะไม่มีการมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติก็ตาม ประมุขของรัฐ (ประธานาธิบดี) ก็มีอำนาจของตนเองที่จะกำหนดมาตรการรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งมีผลใช้บังคับในอาณาเขตทั้งหมดของประเทศได้ โดยผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีก็ยังคงมีอำนาจเต็มทั้งในการออกกฎเพิ่มเติมไปจากกฎ (รัฐกฤษฎีกา) ที่ประมุขของรัฐได้ออก เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณสุขในท้องถิ่นนั้น...”<sup>262</sup>

คดีนี้สภาแห่งรัฐพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากไม่ปรากฏเหตุว่ารัฐกฤษฎีกาได้ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย น่าสังเกตว่าคดีนี้มีการโต้แย้งว่ารัฐกฤษฎีกาที่ออกโดยประธานาธิบดีนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการออกรัฐกฤษฎีกานั้นจะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่ก็ไม่ได้มีการฟ้องคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด

คดีนี้เป็นตัวอย่างคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในการจราจรทางบกในภูมิภาคและท้องถิ่น ซึ่งกฎหมายให้อำนาจผู้ว่าราชการจังหวัดหรือนายกเทศมนตรีในการดูแลรักษาทางสาธารณสุขและความปลอดภัยในการจราจร แต่ไม่ได้บัญญัติให้อำนาจดังกล่าวแก่ประธานาธิบดี โดยเฉพาะ เมื่อผู้ฟ้องคดีถูกเพิกถอนใบรับรองความสามารถในการขับขี่รถยนต์ จึงได้ยื่นฟ้องเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนใบรับรองดังกล่าว ซึ่งเป็นคดีที่ศาลปกครองรับไว้พิจารณาได้ โดยเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir)

<sup>262</sup> Marceau LONG, Prosper WEIL et Guy BRAIBANT, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7e édition (Paris : Sirey, 1978), pp.160-163.

นอกจากนี้ ประเด็นที่น่าสนใจในคดีนี้คือ ประเด็นเบื้องต้นของคดีที่ว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจทั่วไปในการออกกฎหมายหรือมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นในการรักษา ความสงบเรียบร้อยได้หรือไม่ ซึ่งสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า ประธานาธิบดีมีอำนาจ ดังกล่าวและอาจใช้ได้ภายในอาณาเขตของประเทศฝรั่งเศส และเป็นอำนาจ ของประธานาธิบดีโดยเฉพาะ แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง ก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่ประธานาธิบดีมีอำนาจหน้าที่ ต้องดูแลดำเนินการไปได้ (เทียบเคียงคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐคดี Heyriès ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1918) ดังนั้น ประธานาธิบดีจึงมีอำนาจออกรัฐกฤษฎีกา กำหนดให้ผู้ซึ่งต้องมิได้รับรองความสามารถในการขับชื้อรถยนต์ได้ รัฐกฤษฎีกา จึงชอบด้วยกฎหมาย

### (3.3) คำพิพากษาของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits)

คดี “Radio diffusion francaise” เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 1950

**ข้อเท็จจริง :** เมื่อปี ค.ศ. 1939 ได้มีการตั้งสถานีวิทยุชื่อ “Radio Andorre” ในรัฐอิสระ Andorra ซึ่งมีเขตแดนอยู่ระหว่างประเทศฝรั่งเศสและ ประเทศสเปน โดยสถานีวิทยุดังกล่าวอยู่ในความอำนวยการร่วมกันของประธานาธิบดี ฝรั่งเศสและสังฆราชสเปน ต่อมาเมื่อประเทศอื่นได้ยื่นคำประท้วงมายังรัฐบาลฝรั่งเศสว่า สถานีวิทยุดังกล่าวได้กระจายเสียงในคลื่นความถี่ที่เป็นของรัฐอื่นตามสนธิสัญญา ซึ่งประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีอยู่ ประธานาธิบดีฝรั่งเศสพยายามที่จะเพิกถอน ใบอนุญาตให้กระจายเสียงของสถานีวิทยุดังกล่าว แต่ไม่สำเร็จเนื่องจากไม่ได้รับความยินยอมจากสังฆราชสเปน ซึ่งเป็นผู้ร่วมอำนวยการ ในวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1948 รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้สั่งให้ “สถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศส” (Radio diffusion francaise) ส่งคลื่นรบกวนการกระจายเสียงของสถานีวิทยุ ดังกล่าว เป็นเหตุให้เมืองต่าง ๆ ที่อยู่ทางตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศฝรั่งเศส ไม่อาจรับคลื่นของสถานีวิทยุดังกล่าวได้ บริษัทซึ่งเป็นตัวแทนโฆษณาแต่ผู้เดียว ของสถานีวิทยุดังกล่าวจึงยื่นคำร้องฉุกเฉินต่อศาลยุติธรรม ขอให้สั่งห้ามมิให้ ผู้อำนวยการสถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นรบกวนดังกล่าว

ศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีสเห็นว่า เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม เนื่องจากเป็นการที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินหรือเสรีภาพอย่างร้ายแรง (voie de fait) ซึ่งฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลอุทธรณ์ดังกล่าว คดีจึงได้ส่งให้ศาลคดีขัดกันวินิจฉัย

ศาลคดีขัดกันพิเคราะห์แล้ว เห็นว่า รัฐบาล (ประเทศฝรั่งเศส) ได้ใช้มาตรการดังกล่าวแก่การกระจายเสียงของสถานีวิทยุที่ตั้งอยู่ในอาณาเขตนอกประเทศฝรั่งเศส และไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฝรั่งเศส โดยสถานีวิทยุดังกล่าวอยู่ในอำนาจอำนวยการร่วมกันของประธานาธิบดีฝรั่งเศสและสังฆราชสเปน ซึ่งไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส ดังนั้น การกระทำในฐานะดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล...<sup>263</sup>

คดีนี้ต่างจากสองคดีแรก เนื่องจากไม่ได้เป็นคำพิพากษาที่พิพากษาชี้ขาดคดีในเนื้อหาของสภาแห่งรัฐ แต่เป็นคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des conflits) เนื่องจากบริษัทที่เสียหายได้นำคดีไปฟ้องที่ศาลยุติธรรมเพื่อให้สั่งห้ามมิให้ผู้ดำเนินการสถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นรบกวนสถานีวิทยุดังกล่าว และศาลอุทธรณ์ได้รับคดีนี้ไว้พิจารณาโดยเห็นเป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมแล้ว แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมคดีจึงต้องส่งมาให้ศาลคดีขัดกันเป็นผู้วินิจฉัย

ศาลคดีขัดกันได้วินิจฉัยว่าคดีนี้ไม่อยู่ในอำนาจของศาล ไม่ว่าจะเป็ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เนื่องจากประธานาธิบดีฝรั่งเศสไม่ได้ใช้อำนาจในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส แต่ใช้อำนาจในฐานะที่เป็นผู้อำนวยการหรือผู้ปกครองรัฐอิสระ Andorra ดังนั้น หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ชอบ ก็คงเป็นเรื่องที่บริษัทต้องไปฟ้องที่ศาลอื่น เช่น ศาลในรัฐอิสระ Andorra ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันย่อมผูกพันสภาแห่งรัฐ ทำให้สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้ จึงไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเนื้อหาของคดีว่าการกระทำของประธานาธิบดีฝรั่งเศส หรือผู้อำนวยการสถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

<sup>263</sup> Ibid., pp.337-338.

น่าสังเกตว่าคดีนี้ แม้จะเป็นเรื่องที่รัฐบาลได้สั่งการให้สถานีวิทย  
กระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นรบกวนการกระจายเสียงของสถานีวิทยุตั้งกล่าว  
แต่ก็ไม่ได้มีการฟ้องคณะรัฐมนตรีเช่นกัน

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าไม่มีการฟ้องคณะรัฐมนตรีเป็นคดีประเภทนี้  
ในประเทศฝรั่งเศส<sup>264</sup>

สำหรับการฟ้องคดีละเมิดเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้น  
ศาลปกครองและศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยวางหลักแยกความรับผิดชอบ  
ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ไว้โดยให้พิจารณาว่าละเมิดนั้นเกิดจาก  
ความผิดส่วนตัว (faute personnelle) ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่นั้น  
ให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและฟ้องคดี  
ต่อศาลยุติธรรม แต่หากละเมิดดังกล่าวเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติย่อมถือว่าเป็น  
ละเมิดที่เป็นความผิดของหน่วยงาน ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องให้รัฐหรือ  
หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบตามหลักกฎหมายปกครอง แต่ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง<sup>265</sup>  
ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่มีสิทธิฟ้องคณะรัฐมนตรีให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน  
เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ได้

ตามกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนกฎ  
หรือการกระทำทางปกครองที่ผ่านการพิจารณาหรือความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี  
หรือฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำดังกล่าวได้ก็ตาม แต่ผู้ถูกฟ้องคดี  
คือ ตัวกฎหรือการกระทำนั้น หรือหน่วยงานของรัฐในกรณีนี้ฟ้องเป็นคดีละเมิด  
จึงไม่มีคดีที่ฟ้องคณะรัฐมนตรีโดยตรงต่อศาลปกครองไม่ว่าจะเป็นคดีฟ้องให้เพิกถอน  
การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (recours pour excès de pouvoir)  
คือ ฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือคดีฟ้องขอให้  
ศาลใช้อำนาจเต็ม (recours de plein contentieux) คือ คดีฟ้องให้คณะรัฐมนตรี  
รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำละเมิดจากมติคณะรัฐมนตรี

<sup>264</sup> อมร วาณิชวิวัฒน์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี (รายงาน  
การวิจัยเสนอต่อสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2552), หน้า 262.

<sup>265</sup> T.C. 30 juill. 1873 Pelletier, Rec 1er supplt 117 concl. David.

จากข้อมูลที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอมาจะเห็นได้ว่า การศึกษาเปรียบเทียบระหว่างการฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีต่อศาลปกครองฝรั่งเศสอันเนื่องมาจากขั้นตอนการเสนอเรื่องและกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นไปได้ยาก และมีข้อจำกัดมาก เนื่องจากกฎหมายของทั้งสองประเทศบัญญัติไว้แตกต่างกัน ทำให้โดยปกติจะไม่มีกรฟ้องคณะรัฐมนตรีต่อศาลปกครองฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม การกระทำทางปกครองซึ่งในประเทศไทยทำโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีนั้น แม้ว่าในประเทศฝรั่งเศสอาจจัดทำโดยประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรีดังตัวอย่างที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักกฎหมายทำนองเดียวกัน คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งการกระทำดังกล่าวก็อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง แต่การที่ศาลปกครองจะพิพากษาเพิกถอนการกระทำทางปกครองดังกล่าวหรือไม่ ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เช่นเดียวกับกฎหมายไทย เช่น ต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ ต้องกระทำให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนด ต้องทำให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจนั้น หรือต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในประการอื่น เป็นต้น

สำหรับการฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีอันเนื่องมาจากขั้นตอนการเสนอเรื่องและกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีนั้น จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองของฝรั่งเศสไม่พบกรณีที่มีการหยิบยกประเด็นดังกล่าวขึ้นมากล่าวไว้ในคำพิพากษา ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาคดีนาย X... Raymond, B... Bernard, D.. André, A... Rene และนาย André C... หรือคดี Labonne หรือคดี Radio diffusion française ที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น เนื่องจากขั้นตอนการเสนอเรื่องและกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีนั้นถือเป็นเรื่องภายในของรัฐบาลที่ไม่ได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายหรือกระทบสิทธิหน้าที่ของบุคคล (acte faisant grief) ที่จะเป็นเหตุให้นำมาฟ้องคดีที่ศาลปกครองได้ ดังนั้น การฟ้องคดีจึงเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นผลมาจากการดำเนินการดังกล่าว นอกจากนี้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับขั้นตอนการเสนอเรื่อง

และกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีก็เป็นความลับของทางราชการ ไม่ใช่ข้อมูลที่เปิดเผยต่อบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลภายนอกจะมีโอกาสได้ทราบเฉพาะส่วนที่เป็นข่าวประชาสัมพันธ์ (communiqué officiel) หลังการประชุมของคณะรัฐมนตรีที่ทางโฆษกรัฐบาลเสนอต่อสาธารณชนเท่านั้น ซึ่งก็คล้ายกับกรณีของประเทศไทย ซึ่งบุคคลภายนอกย่อมไม่มีโอกาสเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวหากไม่ได้รับความร่วมมือจากสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ดังนั้น การศึกษาเปรียบเทียบการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีจึงทำได้ แต่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดหลายประการดังกล่าว<sup>266</sup>

กล่าวโดยสรุป การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีฝรั่งเศสซึ่งเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร เช่น การตรารัฐกำหนด รัฐกฎฎีกาและการดำเนินงานประจำนั้นมีบางการกระทำโดยเฉพาะที่เป็นงานประจำเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง และมีผลผลิตของการใช้อำนาจเป็น “การกระทำทางปกครอง” (Actes administratifs) ซึ่งอยู่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” แต่ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” กล่าวคือ ไม่ตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายและเป็นอำนาจเฉพาะของฝ่ายบริหาร เช่น การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมใช้อำนาจนิติบัญญัติ คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาลในการเรียกประชุมสภา หรือการออกรัฐกฎฎีกาเรียกประชุมองค์ครที่ดูแลการเลือกตั้ง การดำเนินการเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา การสั่งการของประธานาธิบดีบางประการที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ขององค์ครตามรัฐธรรมนูญ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม หรือการอภัยโทษของประธานาธิบดี

<sup>266</sup> อมร วาณิชวิวัฒน์ และคณะ, คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี, หน้า 263-264.

### 3.3 สหราชอาณาจักร (The United Kingdom)

สหราชอาณาจักรชื่อเต็มเป็นทางการ คือ สหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือ (The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ประกอบด้วย ประเทศอังกฤษ (England) สกอตแลนด์ (Scotland) เวลส์ (Wales) และไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) มีประมุขของรัฐในระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (Constitutional Monarchy) ภายใต้การขับเคลื่อนทางการเมืองการปกครองโดยรัฐบาลกลางและรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือ (Government and Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ทั้งนี้ ประเทศสกอตแลนด์ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือต่างได้รับการโอนอำนาจ (Devolution) ให้มีอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารกิจการพื้นฐานภายในประเทศของตนตามความยินยอมของรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรโดยออกเป็นกฎหมาย และตามนโยบายของรัฐสภากลาง ตลอดจนจากผลการทำประชามติอย่างใดก็ตาม ยังคงอยู่รวมกันภายใต้เงื่อนไขการรวมกันตามกฎหมายสหภาพและทั้งประเทศสกอตแลนด์ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือต่างก็มีผู้แทนในรัฐสภาแห่งราชอาณาจักร ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงรัฐบาลกลางแห่งสหราชอาณาจักร โดยทั่วไปมักจะคุ้นเคยในชื่อเรียกว่า “British Government” หรือ “Her Majesty’s Government” ซึ่งเป็นทั้งรัฐบาลของอังกฤษและรัฐบาลกลางแห่งสหราชอาณาจักร หรือในกรณีเช่นเดียวกันเมื่อกล่าวถึงรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักร จึงหมายถึงรัฐสภาแห่งเวสต์มินสเตอร์ (Palace of Westminster) กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษนั่นเอง ด้วยเหตุนี้เอง ประเทศอังกฤษจึงเป็นศูนย์กลางของรัฐบาลกลางและรัฐสภากลางของประเทศต่าง ๆ ที่รวมเป็นสหราชอาณาจักร

สำหรับเนื้อหาในส่วนของสหราชอาณาจักรของงานวิจัยนี้ขอใช้คำเรียกรัฐบาลกลางแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่า “รัฐบาลอังกฤษ” โดยมีกลุ่มบุคคลที่ขับเคลื่อนงานทางการเมืองฝ่ายบริหารของรัฐบาลอังกฤษ คือ คณะรัฐมนตรี (Cabinet) และคำเรียกรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่และไอร์แลนด์เหนือว่า “รัฐสภาอังกฤษ” ซึ่งเป็นคำที่สั้นกระชับและเป็นที่คุ้นเคยในทางวิชาการ ทั้งนี้ เพราะทั้งรัฐบาลอังกฤษและรัฐสภาอังกฤษต่างก็มี

สถานะและบทบาทเป็นรัฐบาลกลางและรัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือด้วยในคราวเดียวกัน

ระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษใช้ระบบรัฐธรรมนูญไม่เขียนลายลักษณ์อักษร (Unwritten Constitution) กล่าวคือ ไม่ได้มีการรวบรวมกฎเกณฑ์ในการปกครองประเทศอยู่ในเอกสารฉบับเดียว สำคัญหรือแนวปฏิบัติที่เป็นกฎเกณฑ์ทางการเมืองการปกครองหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Constitutional Law) ของอังกฤษกระจัดกระจายอยู่ในรูปของกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Statutes) ในรูปของพระราชบัญญัติ (Act) ต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับสถาบันหรือกฎเกณฑ์ในทางการเมืองการปกครอง และพระราชอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ (Royal prerogative) ที่ยังคงตกทอดมาถึงปัจจุบันซึ่งส่วนใหญ่ใช้ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี รวมถึงจารีตประเพณีทางการเมือง (Conventions) ที่มีอยู่มากมาย และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการเมืองการปกครองที่พัฒนาขึ้นโดยผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมตามระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ตลอดจนข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ส่งผลต่อกฎหมายและกฎเกณฑ์ทางการเมืองการปกครองภายในของอังกฤษ ดังนั้น อังกฤษจึงไม่ได้ยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และไม่มีการจัดระบบและกลไกในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่อังกฤษยึดหลักความเป็นสูงสุดของรัฐสภา (The Supremacy of Parliament) โดยพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดและผูกพันบังคับใช้กับประชาชนทั่วราชอาณาจักร<sup>267</sup> อย่างไรก็ตาม ฝ่ายบริหารของอังกฤษก็มีบทบาทอย่างยิ่งในทางการเมืองการปกครองในปัจจุบัน ทั้งนี้ จากพัฒนาการของระบบรัฐสภาสมัยใหม่ของอังกฤษได้พัฒนามาสู่ระบบการปกครองโดยคณะรัฐมนตรี (Cabinet government) จนถึงการเป็นระบบการปกครองโดยนายกรัฐมนตรี (Prime-Ministerial government) ในปัจจุบัน ระบบรัฐสภาของอังกฤษมีการปรับตัวอยู่ตลอดเวลา

<sup>267</sup> Introduction of the Cabinet Manual, the UK Constitution, Paragraph 4-5, the Cabinet Manual : A guide to laws, conventions and rules on the operation of government. (2011). p.2-3. (<https://www.gov.uk>, เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

ในทางประวัติศาสตร์ และนับตั้งแต่ที่กษัตริย์และสภาขุนนาง (House of Lords) ได้กลายเป็นเพียงส่วนประกอบของรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของอังกฤษ ที่มีใช้ส่วนที่มีอำนาจอย่างแท้จริงในทางการเมืองแล้ว สภาสมาญ (House of Commons) หรือสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติได้กลายมาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรี (Cabinet) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการปกครองระบบรัฐสภาอังกฤษ เพราะนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีส่วนใหญ่มีที่มาจากสภาสมาญ ทำให้คณะรัฐมนตรีดูเหมือนว่าจะจะเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพและเป็นองค์กรที่เป็นศูนย์รวมของอำนาจทางการเมืองการปกครองของอังกฤษ ในปัจจุบันที่ขับเคลื่อนงานในฐานะเป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งแยกพิจารณาสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของมติคณะรัฐมนตรี ได้ดังนี้

### 3.3.1 การกระทำของฝ่ายบริหาร

ฝ่ายบริหาร (The Executive) ของอังกฤษนั้น ทำหน้าที่เป็นรัฐบาลกลางของสหราชอาณาจักรด้วย โดยมีองค์ประกอบแบ่งออกเป็น 2 ส่วนหลัก ได้แก่ กษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของรัฐ (Head of State) และคณะรัฐมนตรี (The Cabinet) โดยหัวหน้าคณะรัฐมนตรีคือนายกรัฐมนตรี (Prime Minister) ซึ่งทั้งสองส่วนหลักนี้ จะมีการใช้อำนาจร่วมกันระหว่างกษัตริย์กับคณะรัฐมนตรีตามจารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ภายใต้รูปแบบของการเมืองการปกครองของอังกฤษประมุขของรัฐหรือกษัตริย์มีแนวคิดตามหลักรัฐธรรมนูญอังกฤษ คือ “The King can do no wrong” หรือ “พระมหากษัตริย์ทำอะไรไม่ผิด”<sup>268</sup> ซึ่งนำไปสู่ความไม่ต้องการรับผิดชอบที่มีอยู่อย่างบริบูรณ์ในทางการเมืองของกษัตริย์ ผ่าน “หลักการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการหรือการลงนามกำกับ” (Countersign) ในการกระทำการใด ๆ ของประมุขของรัฐ อันเป็นรูปแบบการปกครองระบอบกษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (The Constitutional Monarchy) ที่หลาย ๆ ประเทศทั่วโลกที่มีประมุขของรัฐเป็นกษัตริย์ได้นำรูปแบบดังกล่าวไปประยุกต์ใช้ กล่าวคือ การกระทำการใด ๆ

<sup>268</sup> ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป), พิมพ์ครั้งที่ 2, เล่ม 1, พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495, หน้า 296.

ในทางการเมืองของกษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญจะต้องมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการโดยนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีเสมอ สำหรับการกระทำของฝ่ายบริหารของอังกฤษที่ทำหน้าที่เป็นรัฐบาลกลางของสหราชอาณาจักรด้วยนั้น แยกพิจารณาได้ดังนี้

### 3.3.1.1 อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารแบ่งเป็น 2 ส่วน ดังนี้

#### (1) อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยแท้

อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยแท้ หมายถึง ภารกิจหน้าที่หลักของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การกำหนดนโยบายบริหารประเทศ และการกระทำต่าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมถึงภารกิจหน้าที่ในส่วนที่ตกทอดมาจากพระราชอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ (Royal prerogative) ในอดีตซึ่งถือเป็นภารกิจหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยแท้เช่นกัน ได้แก่ การต่างประเทศ อาทิ การทูต การเจริญสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ ฯลฯ และหน้าที่หลักอันเป็นภารกิจที่อยู่ในความรับผิดชอบโดยตรงของฝ่ายบริหาร คือ การป้องกันประเทศและการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ

สำหรับการกำหนดนโยบายต่าง ๆ ในการขับเคลื่อนการบริหารประเทศอันเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารอังกฤษนั้น นโยบายต่าง ๆ จะถูกแถลงในรัฐสภาและอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา อันเป็นกลไกของการปกครองในระบอบรัฐสภา (Parliamentary system of government) ทั้งนี้ หลักการทั่วไปเกี่ยวกับนโยบายรัฐบาลหรือแนวนโยบายของรัฐ หรือยุทธศาสตร์ชาติจะไม่ได้มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเหมือนดังเช่นของประเทศไทย เนื่องจากที่กล่าวข้างต้นแล้วว่าอังกฤษใช้ระบบรัฐธรรมนูญลายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาลอังกฤษจะเปิดเผยต่อสาธารณะผ่านการแถลงในที่ประชุมรัฐสภาโดยนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี อีกทั้งมีการให้ข้อมูลในเว็บไซต์ทางการของรัฐบาลอังกฤษ โดยจะแยกประเภทเป็นนโยบายในด้านต่าง ๆ ของรัฐบาลปัจจุบัน อาทิ ด้านการออกจากการเป็นสมาชิกประชาคมยุโรป (Brexit) ด้านธุรกิจและอุตสาหกรรม (Business and Industry) เรื่องโคโรนาไวรัส 19 (COVID-19) ด้านอาชญากรรม กระบวนการยุติธรรม และกฎหมาย (Crime, Justice and Law) ด้านการระหว่างประเทศ (International)

ด้านการศึกษา การฝึก และทักษะ (Education, training and skills) ด้านสวัสดิการรัฐ (Welfare) สิ่งแวดล้อม (Environment) ฯลฯ<sup>269</sup>

## **(2) อำนาจหน้าที่ในส่วนที่ต้องไปประสานหรือทำร่วมกับองค์กร ผู้ใช้อำนาจรัฐหลักอื่น**

อำนาจในส่วนนี้ หมายถึง อำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ การริเริ่มเสนอกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน การประกาศบังคับใช้กฎหมาย และการตรากฎหมายในกรณีจำเป็นเร่งด่วน และที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการ ได้แก่ การอภัยโทษบุคคลที่ต้องคำพิพากษาหรือวินิจฉัยตัดสินโดยฝ่ายตุลาการแล้ว

### **3.3.1.2 ประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหาร**

การกระทำของฝ่ายบริหารของอังกฤษแยกพิจารณาได้ ดังนี้

#### **(1) การกระทำของรัฐ (Act of State)**

ในอังกฤษนั้นจะไม่มีหลักในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) แต่หากพิจารณาแล้วจะพบว่าทั้งสองเรื่องมีความใกล้เคียงกัน<sup>270</sup> ซึ่งหลักการที่ศาลสูงสุด (The Supreme Court) ของสหราชอาณาจักรยกขึ้นในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของรัฐ (Act of State) ศาลสูงสุดเรียกหลักการดังกล่าวว่า “Crown Act of State” หมายถึง การกระทำของรัฐหรือของรัฐบาลอังกฤษ สำหรับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า “การกระทำของรัฐ (Act of State)” นั้น ในอังกฤษถือเป็นการใช้อำนาจร่วมกันระหว่างประมุขของรัฐและคณะรัฐมนตรี หลายกรณีเป็นไปตามจารีตประเพณีทางการเมือง จึงมักเรียกว่า “Crown Act of State” การกระทำของรัฐแห่งราชบัลลังก์ ซึ่งตามขอบเขตของพระราชอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ (Royal Prerogative power) นั้น ในทางจารีตประเพณีทางการเมืองการปกครองแล้วถือว่าเป็นอำนาจที่สืบทอดและเหลืออยู่ของกษัตริย์ เป็นอำนาจที่มีการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา ซึ่งแต่เดิมนั้นจะใช้โดย

<sup>269</sup> นโยบายรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ที่ <https://www.gov.uk/search/policy-papers-and-consultations> (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

<sup>270</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาลกรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, หน้า 137.

กษัตริย์ผู้ครองราชย์เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในขณะที่บรรดารัฐมนตรีได้ใช้อำนาจ  
ดั้งเดิมดังกล่าวหลายประการ ทั้งโดยใช้เองและโดยการถวายคำแนะนำให้กษัตริย์  
ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าว ซึ่งพระองค์ก็มีพันธะตามรัฐธรรมนูญที่จะต้อง  
ทรงปฏิบัติตาม แต่ถึงกระนั้น กษัตริย์ก็ทรงสิทธิในการที่ได้รับแจ้งและปรึกษาหารือ  
ให้คำแนะนำและให้การสนับสนุน ตลอดจนถึงเดือนรัฐมนตรี<sup>271</sup> ทั้งนี้ การใช้  
พระราชอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ต้องมีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีลงนาม  
รับสนองพระบรมราชโองการเสมอ ซึ่งได้แก่

(1.1) อำนาจในทางบริหาร

อำนาจในทางบริหาร มีดังนี้

- การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ซึ่งในทางปฏิบัติถือเป็นพระราช  
อำนาจโดยแท้ของกษัตริย์ แต่ในทางปฏิบัติก็จะทรงยึดถือและปฏิบัติตามจารีต  
ประเพณีในทางการเมืองที่จะต้องเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีที่นั่งมากที่สุด  
ในสภาผู้แทนราษฎร

- การแต่งตั้งรัฐมนตรีและให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง  
เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติก็จะทรงยึดถือและ  
ปฏิบัติตามจารีตประเพณีในทางการเมืองที่จะต้องแต่งตั้งหรือให้รัฐมนตรีพ้นจาก  
ตำแหน่งตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอ

- การต่างประเทศ เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์  
ในพิธีการต่าง ๆ ในทางการทูต การรับแขกบ้านแขกเมือง การทำสนธิสัญญา การเจริญ  
สัมพันธไมตรีระหว่างประเทศ ฯลฯ ทั้งนี้ จะทรงปฏิบัติกิจการที่รัฐบาลประสาน  
และเสนอแนะ อีกทั้ง ปัจจุบันการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ  
เป็นนโยบายของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ซึ่งในทางปฏิบัติกษัตริย์ก็จะไม่ทรงเข้ามา  
แทรกแซงรัฐบาล<sup>272</sup>

<sup>271</sup> Chapter 1, Royal Prerogative, Paragraph 1.5, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.8.

<sup>272</sup> โปรดดูนโยบายด้านต่างประเทศของรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรได้ที่ <https://www.gov.uk/search/policy-papers-and-consultations> (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

### (1.2) อำนาจในทางนิติบัญญัติ

อำนาจในทางนิติบัญญัติ มีดังนี้

- การแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์ที่มีมาแต่ดั้งเดิม

- อำนาจในการเรียกประชุมและเปิดประชุมรัฐสภา เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์ที่มีมาแต่ดั้งเดิม

- อำนาจในการประกาศบังคับใช้กฎหมายหรือยับยั้งร่างกฎหมาย เป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์ที่ทรงลงพระปรมาภิไธยกฎหมายที่จะประกาศบังคับใช้ หรือจะทรงยับยั้งร่างกฎหมายเพื่อส่งกลับคืนให้รัฐสภาพิจารณาใหม่ แต่ในทางปฏิบัติก็จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้ง

- อำนาจยุบสภาเป็นพระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติก็จะทรงยึดถือและปฏิบัติตามจารีตประเพณีในทางการเมืองที่จะต้องใช้พระราชอำนาจนี้เมื่อนายกรัฐมนตรีเสนอ

(1.3) พระราชอำนาจในฐานะที่มาของเกียรติยศและความยุติธรรม อาทิ การสถาปนาฐานันดรศักดิ์และการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ การพระราชทานอภัยโทษตามที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเสนอ

### (2) การกระทำทางปกครอง (Act of administrative)

การกระทำทางปกครอง ได้แก่ การกระทำการต่าง ๆ ของฝ่ายบริหารให้เป็นไปตามกฎหมาย อาจปรากฏในรูปของมติคณะรัฐมนตรีที่ส่งผลทางกฎหมายโดยตรง อาทิ มติคณะรัฐมนตรีที่ส่งกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ<sup>273</sup> หรือการกระทำการอื่นของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายปกครองที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติในการดำเนินการขับเคลื่อนงานต่าง ๆ อันอยู่ในภารกิจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง

#### 3.3.2 คณะรัฐมนตรีและการกระทำของคณะรัฐมนตรี

รัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรหรือรัฐบาลอังกฤษ (Government of the United Kingdom/ British Government/ HM Government) นั้นประกอบด้วย

<sup>273</sup> สุวิมล สังฆะพันธุ์. สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535, หน้า 204-205.

นายกรัฐมนตรี (Prime Minister) และรัฐมนตรีต่าง ๆ (Ministers) ที่เรียกรวมว่า “รัฐมนตรีของกษัตริย์หรือรัฐมนตรีแห่งราชบัลลังก์ (Ministers of the Crown)” น่าจะคล้าย ๆ กับคำเรียกที่เราคุ้นเคยในประเทศไทยว่า “รัฐบาลในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว” ซึ่งมีการทำงานร่วมกันในรูปขององค์กรกลุ่มที่เรียกว่า “คณะรัฐมนตรี (Cabinet)” นับตั้งแต่ ค.ศ. 2011 เป็นต้นมา ได้มีการจัดทำคู่มือคณะรัฐมนตรี (The Cabinet Manual) โดยนายเดวิด คาเมรอน (David Cameron) นายกรัฐมนตรี ซึ่งมีการระบุเหตุผลในการจัดทำคู่มือดังกล่าวสรุปสาระสำคัญได้ว่า เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและรับผิดชอบต่อมากขึ้น คู่มือคณะรัฐมนตรีจะกำหนดกฎเกณฑ์ภายในและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐบาล เป็นครั้งแรกที่จารีตประเพณีทางการเมืองที่กำหนดวิธีการดำเนินงานของรัฐบาลที่โปร่งใส่ถูกนำมาประมวลเข้าไว้ด้วยกัน เป็นลายลักษณ์อักษรและเผยแพร่ต่อสาธารณะ เพื่อเป็นเกณฑ์ในการทำงานของรัฐบาลร่วมกับองค์กรอื่น ๆ ในระบอบประชาธิปไตยของอังกฤษ นอกจากนี้ ยังมีการให้เหตุผลที่น่าสนใจและเป็นข้อสังเกตที่สำคัญในการสนับสนุนการทำให้แนวทางปฏิบัติงานของคณะรัฐมนตรีเป็นลายลักษณ์อักษรอันเนื่องมาจากการที่ในช่วงเวลานั้น อังกฤษมีรัฐบาลผสม (Coalition Government) ครั้งแรกในรอบกว่า 60 ปี คู่มือดังกล่าวจะเป็นการกำหนดซึ่งกฎหมาย จารีตประเพณีทางการเมือง และกฎอื่น ๆ ที่จะไม่เปลี่ยนแปลงไปตามการเปลี่ยนรัฐบาลแต่ละชุด อีกทั้งเป็นเกณฑ์การดำเนินงานที่ชัดเจนและแน่นอนในยุคของรัฐบาลผสม สำหรับคู่มือคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้ ผู้เชี่ยวชาญด้านรัฐธรรมนูญได้มีส่วนร่วมในการร่างและจัดทำขึ้น จึงกลายมาเป็นคู่มือคณะรัฐมนตรีที่ใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน ซึ่งมีเนื้อหาตั้งแต่การยืนยันรูปแบบของรัฐ รูปแบบการปกครอง ประมุขของรัฐ หลักเกณฑ์การจัดตั้งรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี อำนาจหน้าที่ การดำเนินงาน จริยธรรมต่อตำแหน่ง ความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี ความสัมพันธ์และการทำงานที่ประสานกับองค์กรอื่น ๆ ตลอดจนเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของคณะรัฐมนตรี<sup>274</sup> คณะรัฐมนตรีมีโครงสร้าง องค์ประกอบ การกำกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี และการตัดสินใจร่วมกันหรือการมีมติคณะรัฐมนตรี แยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>274</sup> โปรดดูรายละเอียดใน The Cabinet Manual 2011, Ibid, 106p.

### 3.3.2.1 คณะรัฐมนตรี

#### (1) นายกรัฐมนตรี (The Prime Minister)

นายกรัฐมนตรีมีสถานะและบทบาทเป็นหัวหน้าคณะรัฐบาล มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานในฐานะฝ่ายบริหารภายใต้การตรวจสอบและไว้วางใจจากสภาสามัญ (The House of Commons) ซึ่งก็คือ สภาผู้แทนราษฎร นายกรัฐมนตรีได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งโดยประมุขของรัฐ ซึ่งปัจจุบันคือ สมเด็จพระราชินีนาถเอลิซาเบธที่ 2 (Queen Elizabeth II) ตามจารีตประเพณีทางการเมือง ในปัจจุบันนายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาสามัญ (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) และเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองที่คุมเสียงข้างมากในสภาสามัญ นายกรัฐมนตรีจะต้องสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่งตามพระราชบัญญัติ Promissory Oaths ค.ศ. 1868<sup>275</sup>

สำหรับอำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีนั้น ส่วนใหญ่แล้วเป็นไปตามจารีตประเพณีทางการเมือง (Conventions) มีเพียงเล็กน้อยที่กำหนดตามบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยทั่วไปแล้วนายกรัฐมนตรีจะมีบทบาทเป็นผู้นำในเรื่องสำคัญ ๆ ของรัฐ นายกรัฐมนตรีมีอำนาจโดยแท้ที่เป็นอำนาจดั้งเดิมของฝ่ายบริหาร (prerogatives) ตามจารีตประเพณีทางการเมืองบางประการ อาทิ การเสนอแนะการแต่งตั้งรัฐมนตรี การกำหนดสมาชิกภาพของคณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการสิทธิการของคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม ในบางสถานการณ์นายกรัฐมนตรีอาจปรึกษากับผู้อื่นก่อนใช้อำนาจดั้งเดิมเหล่านั้น<sup>276</sup> นอกจากนี้ นายกรัฐมนตรียังมีอำนาจในการเสนอแนะประมุขของรัฐในการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ (The Royal Prerogative powers) ตามจารีตประเพณีทางการเมืองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับรัฐบาล อาทิ พระราชอำนาจในการแต่งตั้งหรือให้พ้นจากตำแหน่งหรือการอนุมัติให้ลาออกจากตำแหน่งของรัฐมนตรี และพระราชอำนาจตามพระราชบัญญัติ Parliaments Act 2011 ในการประกาศให้มีการเลือกตั้งทั่วไปซึ่งสมาชิกสภาสามัญ<sup>277</sup>

<sup>275</sup> Paragraph 3.1 and 3.2, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.21.

<sup>276</sup> Paragraph 3.3, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.21.

<sup>277</sup> Paragraph 3.4, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.21.

อีกทั้ง ตามจารีตประเพณีทางการเมืองในทุก ๆ สัปดาห์นายกรัฐมนตรีต้องเข้าเฝ้าฯ ประมุขของรัฐเพื่อกราบทูลรายงานการดำเนินงานของรัฐบาล<sup>278</sup> รวมถึงถวาย คำแนะนำแก่ประมุขของรัฐในการแต่งตั้งสมาชิกระดับสูงของโบสถ์อังกฤษ (Church of England) ผู้พิพากษาอาวุโส ข้าราชการพลเรือนระดับสูง ตลอดจนกรรมการ บริหารของหลายสถาบันตามที่กฎหมายกำหนด<sup>279</sup>

## (2) รัฐมนตรี (Ministers)

รัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งโดยประมุขของรัฐตามคำแนะนำ ของนายกรัฐมนตรีโดยทั่วไปแล้วรัฐมนตรีในรัฐบาลอังกฤษแบ่งเป็น 4 ประเภท ได้แก่ รัฐมนตรีอาวุโส (senior ministers) รัฐมนตรีที่อาวุโสน้อย (junior ministers) ฝ่ายกฎหมาย (The Law Officers) และวิป (whips) เหล่านี้เป็นเพียงการแบ่งตาม ภาระงานในหน้าที่ ไม่ได้มีนัยสำคัญในทางกฎหมายหรือในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ และตามจารีตประเพณีทางการเมืองผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิก รัฐสภา กล่าวคือ เป็นสมาชิกสภาสามัญหรือสมาชิกสภาขุนนาง ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว รัฐมนตรีส่วนใหญ่เป็นสมาชิกสภาสามัญ<sup>280</sup> สำหรับการแต่งตั้งและการพ้นจาก ตำแหน่งของรัฐมนตรีดังที่กล่าวมาข้างต้นเป็นพระราชอำนาจของกษัตริย์ รัฐมนตรี ของอังกฤษนั้นมียานาจซึ่งกำหนดโดยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา และอำนาจ กระทำการตามหลักคอมมอนลอว์ อีกทั้งอำนาจในกรณีที่กษัตริย์ทรงใช้พระราช

<sup>278</sup> กษัตริย์อังกฤษในปัจจุบันยังทรงมีอิทธิพลต่อรัฐบาลในทางอ้อมอันเป็นบทสรุปที่คลาสสิกของหนังสือ ของนายเบซอท (Walter Bagehot) คือ พระราชอำนาจที่จะได้รับการปรึกษาจากรัฐบาล (the right to be consulted) พระราชอำนาจในการส่งเสริมนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาล (the right to encourage) และ พระราชอำนาจที่จะตักเตือนรัฐบาล (the right to warn) สืบเนื่องมาจากธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมือง ที่ปฏิบัติกันเสมอมาและยังคงปฏิบัติ ในปัจจุบัน คือ การได้รับสำเนาหรือเอกสารรายงานจากคณะรัฐมนตรี และการเข้าเฝ้าฯของนายกรัฐมนตรีทุกสัปดาห์ สัปดาห์ละครั้ง (ช่วงเย็นของวันอังคาร) ซึ่งอาจจะทรงใช้ พระราชอำนาจทั้ง 3 ประการ ที่กล่าวมาต่อนายกรัฐมนตรีผู้เป็นหัวหน้าคณะรัฐมนตรีและผู้คุมนโยบาย บริหารประเทศก็อาจเป็นได้ เนื่องจากกษัตริย์ทรงครองราชย์เป็นเวลานาน ทรงมีประสบการณ์และ ทรงรู้ข้อเท็จจริงและผ่านปัญหาในทางการเมืองมาหลายยุคหลายสมัยและหลายรัฐบาล, โปรดดูอมรรัตน์ กุลสุจริต, (2541) ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ เปรียบเทียบ กรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี ญี่ปุ่น และไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 124-125.

<sup>279</sup> Paragraph 3.5, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.21.

<sup>280</sup> Paragraph 3.7-3.9 and 3.13-3.17, the Cabinet Manual 2011, Ibid, pp.22-23.

อำนาจดั้งเดิมของกษัตริย์ตามจารีตประเพณีทางการเมืองร่วมกับรัฐมนตรีหรือผ่านการแนะนำของรัฐมนตรี<sup>281</sup>

สรุปได้ว่าอำนาจของบรรดารัฐมนตรีภายใต้การนำของนายกรัฐมนตรีที่ได้รวมกันเป็นองค์กรกลุ่มที่เรียกว่า “คณะรัฐมนตรี” นั้น ส่วนใหญ่มาจากกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา พระราชอำนาจดั้งเดิม และกฎหมายทั่วไปหรือคอมมอนลอว์ คณะรัฐมนตรีผูกพันต่อหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งบทบาทของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีส่วนใหญ่เป็นไปตามจารีตประเพณีทางการเมือง นายกรัฐมนตรีถือเป็นที่ปรึกษาหลักของกษัตริย์ เป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมีความรับผิดชอบโดยรวมในนามขององค์กรรัฐบาล<sup>282</sup> ทั้งนี้ บรรดารัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่นายกรัฐมนตรีได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา<sup>283</sup>

### 3.3.2.2 จริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี

เกี่ยวกับเรื่องจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีนั้นถูกกำหนดโดยประมวลว่าด้วยจริยธรรมรัฐมนตรี (Ministerial Code) ซึ่งมีการกำหนดในคู่มือคณะรัฐมนตรีว่าเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีแต่ละคนในการที่จะจัดทำประมวลว่าด้วยจริยธรรมรัฐมนตรี ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติอาจเป็นเพียงการแก้ไขปรับปรุงจากของเดิมที่นายกรัฐมนตรีในสมัยก่อนหน้าได้ประกาศไว้ ปัจจุบันเป็นฉบับ ค.ศ. 2019 ที่จัดทำโดยนายบอริส จอห์นสัน (Boris Johnson) นายกรัฐมนตรีคนปัจจุบัน โดยประมวลว่าด้วยจริยธรรมรัฐมนตรีนั้นกำหนดหลักการอันเป็นมาตรฐานทางจริยธรรมที่รัฐมนตรีพึงปฏิบัติ บรรดารัฐมนตรีต่างถูกคาดหวังให้ประพฤติปฏิบัติตนตามแนวทางที่เป็นมาตรฐานขั้นสูงสุดที่เหมาะสมกับตำแหน่งรัฐมนตรี อีกทั้งต้องมั่นใจว่าจะไม่มีกรณีการขัดกันซึ่งผลประโยชน์หรืออาจจะเกิดกรณีดังกล่าวระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกับผลประโยชน์ส่วนตัว รัฐมนตรีมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมายภายใน รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศและพันธกรณีตามสนธิสัญญา อีกทั้งบริหารงานด้วยความยุติธรรมและรักษาไว้ซึ่งความซื่อสัตย์สุจริต โดยปฏิบัติตามหลักการดำรงตนของรัฐมนตรี 7 ประการ ได้แก่ 1) การเห็นแก่ประโยชน์

<sup>281</sup> Paragraph 3.24-3.45, the Cabinet Manual 2011, Ibid, pp.23-26.

<sup>282</sup> Paragraph 12-13, the Cabinet Manual 2011, Ibid, pp.3-4.

<sup>283</sup> Paragraph 15, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.4.

ส่วนรวมมากกว่าส่วนตน 2) ยึดมั่นในความสุจริต 3) มีความเที่ยงธรรมเป็นกลาง  
4) มีความรับผิดชอบ 5) เป็นผู้เปิดกว้างรับฟัง 6) มีความซื่อสัตย์ และ 7) มีความ  
เป็นผู้นำ นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดข้อปฏิบัติและข้อห้ามรัฐมนตรีในกรณีที่พ้นจาก  
ตำแหน่งรัฐมนตรีไปยังไม่เกินสองปี<sup>284</sup>

### 3.3.2.3 การตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี (Collective Cabinet decision-making)

การปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีอังกฤษซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่  
เป็นรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรด้วยนั้น ในเบื้องต้นต้องทำความเข้าใจเรื่อง  
การจัดองค์กรในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีของอังกฤษก่อน แล้วจึงตามด้วย  
การพิจารณาในเรื่องการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรีแยกพิจารณาได้ ดังนี้

#### (1) การจัดองค์กรเป็นสองระดับของรัฐมนตรี

รัฐมนตรีในรัฐบาลอังกฤษหรือรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรมีจำนวน  
ค่อนข้างมาก (ปัจจุบันมีจำนวน 119 คน)<sup>285</sup> มีการจัดองค์กรอันเป็นที่รวมของบรรดา  
รัฐมนตรีในการปฏิบัติหน้าที่เป็น 2 กลุ่ม หรือ 2 ระดับ ได้แก่ คณะรัฐมนตรี (Cabinet)  
จำนวน 1 คณะ และคณะกรรมการของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Committees)  
ซึ่งมีจำนวนหลายคณะย่อย และในแต่ละคณะย่อยประกอบด้วยกรรมการที่เป็น  
รัฐมนตรี ซึ่งมีทั้งรัฐมนตรีที่เป็นสมาชิกในคณะรัฐมนตรี (Cabinet ministers) และ  
รัฐมนตรีที่ไม่ได้เป็นสมาชิกในคณะรัฐมนตรี สรุปลักษณะสำคัญของทั้งสององค์กรได้  
ดังนี้

##### (1.1) กลุ่มคณะรัฐมนตรี (Cabinet)

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสำคัญที่เป็นศูนย์กลางของระบบ  
การเมืองการปกครองของอังกฤษและเป็นองค์กรกลุ่มที่มีอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจ  
ในนามของรัฐบาลแห่งอังกฤษและรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักร มีลักษณะเป็นการ  
ปฏิบัติหน้าที่ในรูปขององค์กรกลุ่มภายใต้หลักความรับผิดชอบร่วมกันคณะรัฐมนตรี

<sup>284</sup> ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ Paragraph 3.46-3.47, the Cabinet Manual 2011, *ibid*, p26. และ  
Ministerial Code 2019 (<https://www.gov.uk>, เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

<sup>285</sup> How government works, <https://www.gov.uk/government/how-government-works>  
(เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี (The British Prime Minister) ซึ่งมีสถานะและบทบาทในอันดับที่หนึ่งในบรรดารัฐมนตรีอื่น ๆ ที่เป็นสมาชิกในคณะรัฐมนตรี (Cabinet ministers) ตามหลักการอันเป็นจารีตประเพณีทางการเมืองที่ว่า “primus inter pares” ซึ่งหมายความว่า เป็นอันดับแรกในบรรดาผู้ที่เท่ากัน (first among equals)<sup>286</sup> ดังนั้น นายกรัฐมนตรีจึงเป็นประธานในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรียังเป็นผู้เลือกรัฐมนตรีที่จะเข้ามาอยู่ในคณะรัฐมนตรี (Cabinet) ซึ่งส่วนใหญ่จะเลือกจากบรรดารัฐมนตรีอาวุโส (senior ministers) และการก่อตั้งคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นจารีตประเพณีในทางการเมือง ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขตามกฎหมายฉบับใด ซึ่งส่วนใหญ่รัฐมนตรีที่สังกัดคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีตำแหน่งเป็นรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงต่าง ๆ โดยชื่อตำแหน่งคือ “Secretary of State” บางส่วนมีชื่อตำแหน่งตามจารีตประเพณีทางการเมือง เช่น ตำแหน่ง “Chancellor of the Exchequer” ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง หรือตำแหน่ง “Chief Whip” หัวหน้าวิปรัฐบาล เป็นต้น รัฐมนตรีที่เป็นสมาชิกในคณะรัฐมนตรีทุกคนรวมทั้งนายกรัฐมนตรีเป็นองคมนตรี (Privy counsellors) โดยตำแหน่ง ซึ่งปัจจุบันคณะรัฐมนตรีอังกฤษมีจำนวนรัฐมนตรีทั้งสิ้น 21 คน (รวมนายกรัฐมนตรีด้วย)<sup>287</sup>

### (1.2) กลุ่มคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Committee)

นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ตัดสินใจโดยคำแนะนำของเลขาธิการคณะรัฐมนตรีในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการจัดให้มีคณะกรรมการย่อยของ

<sup>286</sup> ศ.ดร.วิษณุ เครืองาม ได้แปลคำว่า “the first among equals” หมายความว่า เป็นที่หนึ่งในบรรดาผู้ที่เท่ากัน โดยถือว่านายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเท่ากันหมดแต่นายกมาเป็นที่หนึ่ง และมีอำนาจพิเศษบางประการที่รัฐมนตรีอื่นไม่มี โปรดดู วิษณุ เครืองาม คำบรรยายหลักสุนทรนิทกฎหมายมหาชนภาครัฐรุ่นที่ 2 เรื่อง “รัฐบาลในด้านที่มา การบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจของนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรี” ณ ห้องประชุมปรีดี พนมยงค์ และห้องประชุมสมภพ โทตระกิตย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันพุธที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547.

<sup>287</sup> ปัจจุบันรัฐบาลอังกฤษหรือรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรมีจำนวนรัฐมนตรีทั้งสิ้น 119 คน แยกเป็นตำแหน่งนายกรัฐมนตรี (Prime Minister) รัฐมนตรีในคณะรัฐมนตรี (Cabinet Ministers) 20 คน (ยังไม่รวมนายกรัฐมนตรี) และรัฐมนตรี (Ministers) อื่น ๆ อีก 98 คน ประจำกระทรวงหรือหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ดู <https://www.gov.uk/government/how-government-works> (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563) และดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ Paragraph 4.5, the Cabinet Manual 2011, อ้างแล้ว, p.31.

คณะรัฐมนตรี (Cabinet Committee) พิจารณาคัดเลือกประธานและรองประธาน (ถ้ามี) ตลอดจนกรรมการในคณะกรรมการย่อยๆ ชุดต่าง ๆ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ โดยปกติจะมีการประกาศรายละเอียดทุก ๆ สองปีในแถลงการณ์ของรัฐมนตรีที่เป็นลายลักษณ์อักษรต่อรัฐสภา โดยปกติแล้วคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีจะมีการจัดตั้งขึ้นตามภาระงานของรัฐบาล โดยเฉพาะเกี่ยวกับรัฐหรือกิจการภายในประเทศหรือความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ตามความเหมาะสม และอาจมีการจัดตั้งขึ้นเฉพาะกิจเพื่อพิจารณาประเด็นปัญหาใดปัญหาหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น ปัญหาการก่อการร้าย เป็นต้น เช่นนี้เอง คณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรี จึงมีบทบาทสำคัญในการช่วยทำให้การดำเนินงานของรัฐบาลมีประสิทธิภาพมากขึ้น และยังเป็นองค์กรที่ลดแรงกดดันที่มีต่อคณะรัฐมนตรีได้เป็นอย่างดี การดำเนินงานของคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีมีลักษณะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในรูปขององค์กรกลุ่มภายใต้หลักความรับผิดชอบร่วมกันเช่นเดียวกับของคณะรัฐมนตรีในประเด็นนี้จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าการตัดสินใจของคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีมีผลผูกพันเช่นเดียวกับการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี<sup>288</sup>

## (2) มติคณะรัฐมนตรี

รัฐบาลอังกฤษประกอบด้วยรัฐมนตรีจำนวนมากจึงเป็นเป็นองค์กรขนาดใหญ่และซับซ้อน ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกลไกที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการในการหารือเกี่ยวกับปัญหาต่าง ๆ และการสร้างฉันทามติ แก่ปัญหาความขัดแย้งเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจและดำเนินการให้มีความก้าวหน้าและพัฒนาต่อไป โดยจารีตประเพณีทางการเมืองแล้ว การตัดสินใจร่วมกันหรือการมีมติของคณะรัฐมนตรี (Cabinet) และของคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรี (Cabinet Committee) นั้นจะมีผลผูกพันสมาชิกของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารทั้งหมด และโดยที่คณะรัฐมนตรีและของคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยบรรดาระัฐมนตรีต่าง ๆ ทำให้มติขององค์กรทั้งสองนี้อยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา อันถือว่าเป็นการตัดสินใจร่วมกันที่เรียกว่า “มติของคณะรัฐมนตรี” (Collective Cabinet decision-making) อย่างไรก็ตาม ภายใต้หลักความรับผิดชอบร่วมกัน

<sup>288</sup> Paragraph 4.9-4.12, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.32.

ดังกล่าวไม่ได้ปิดกั้นรัฐมนตรีที่จะแสดงความคิดเห็นได้อย่างตรงไปตรงมาในการอภิปรายถกเถียงกันในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีหรือที่ประชุมคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรี เพียงแต่เป็นกรอบกำหนดให้มีการรักษาความเป็นเอกภาพขององค์กรหากได้มีการตัดสินใจร่วมกันเป็นมติออกมาแล้ว<sup>289</sup>

คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตัดสินใจในฐานะรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักร ทั้งนี้ จุดมุ่งหมายของคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีคือการกำหนดกรอบภาระงานให้แก่บรรดารัฐมนตรีทั้งหลายในการตัดสินใจร่วมกันเป็นมติในประเด็นที่เป็นนโยบายหรือปัญหาในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการย่อยของคณะรัฐมนตรีนี้จัดตั้งขึ้นโดยจารีตประเพณีในทางการเมือง ไม่ได้มีบทบัญญัติที่เป็นรายละเอียดที่ชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งสองนี้ในกฎหมายใด ๆ จึงเป็นภารกิจของรัฐบาลที่จะกำหนดหรือจัดการให้ได้มาซึ่งกระบวนการในการจัดให้มีการตัดสินใจร่วมกัน จะเห็นได้ว่าระบบคณะรัฐมนตรีตั้งอยู่บนหลักการของความรับผิดชอบร่วมกัน (collective responsibility) ซึ่งหมายความว่าความรับผิดชอบร่วมกันทั้งในส่วนของนโยบายและการตัดสินใจร่วมกันในนามของรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักร<sup>290</sup> และการกำหนดนโยบายและการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาลแห่งสหราชอาณาจักรจึงเป็นเรื่องที่ผ่านการพิจารณาร่วมกันและเห็นชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีเป็นมติคณะรัฐมนตรีภายใต้หลักการของความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี

จากลักษณะของการตัดสินใจบนหลักการของความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีที่ปรากฏออกมาในรูปของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้นนั้น จะเห็นว่าสถานะของมติคณะรัฐมนตรีของสหราชอาณาจักรก็คล้ายกับของประเทศไทยที่ตัวมติไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมาย แต่จะผูกพันสมาชิกของรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารทั้งหมด และนำไปสู่การกระทำของฝ่ายบริหารทั้งในรูปของการกระทำของรัฐ (Act of State) ได้แก่ การใช้พระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์หรือประมุขของรัฐ

<sup>289</sup> ดูารัมภบทใน Chapter Four, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.30.

<sup>290</sup> Paragraph 4.1-4.2, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.31.

ร่วมกับคณะรัฐมนตรีหรือโดยการเสนอแนะของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี (โปรดดู 3.3.1.2 ข้อ 1.1-1.3 ข้างต้น) หรือการกระทำการที่เป็นเรื่องนโยบายทางการเมือง หรือการต่างประเทศของรัฐบาล และในรูปแบบของการกระทำทางปกครอง (Act of administrative) ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีที่ส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ ตลอดจนการกระทำการอื่นของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายปกครอง ที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ในการดำเนินการขับเคลื่อนงานต่าง ๆ อันอยู่ในภารกิจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง

### **3.3.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี**

#### **3.3.3.1 หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการ**

ข้อความคิดว่าด้วยการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการในประเทศอังกฤษนั้น จากกรที่อังกฤษหรือสหราชอาณาจักรไม่มีศาลรัฐธรรมนูญที่จะควบคุมผลกระทบบหรือการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่ถูกรวบรวมเข้าไว้เป็นเอกสารฉบับเดียว ดังนั้นอำนาจอธิปไตยของรัฐสภาจึงไม่ถูกจำกัดโดยศาลใด ๆ<sup>291</sup> แยกพิจารณาได้ ดังนี้

#### **(1) การควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐ (Act of State)**

สำหรับการกระทำการของรัฐ ดังที่กล่าวรายละเอียดมาแล้วข้างต้น จะพบว่าเป็นกรณีของการใช้พระราชอำนาจโดยแท้ของกษัตริย์หรือประมุขของรัฐร่วมกับคณะรัฐมนตรี อีกทั้งเป็นกรณีที่มีเกี่ยวข้องกับนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลที่จะเสนอแนะผ่านนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี สำหรับระบบการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยองค์กรตุลาการของประเทศอังกฤษนั้น จะพบว่าศาลยุติธรรมได้มีการจำกัดอำนาจของศาลในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งที่เป็นการใช้อำนาจในรูปของการกระทำของรัฐ ซึ่งศาลถือว่าเป็นเรื่องทางการเมืองหรือเรื่องนโยบาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศศาลเห็นว่าตนไม่มีความชำนาญและเป็นเรื่อง

<sup>291</sup> Introduction of the Cabinet Manual, the UK Constitution, Paragraph 4, the Cabinet Manual 2011, p.2.

ทางการเมือง หากเกิดปัญหาที่ต้องแก้ไขโดยวิธีทางการเมือง นอกจากนี้ หากเป็นเรื่องนโยบายต่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายนั้น รัฐสภาจะไม่กำหนดเนื้อหารายละเอียดของนโยบายดังกล่าว เพราะเห็นว่าจะทำให้การบริหารประเทศของฝ่ายบริหารจะเกิดความไม่สะดวกและขาดความคล่องตัว<sup>292</sup>

คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ชี้ขาดและมีมติร่วมกันในนโยบายทั้งหมดของรัฐบาล การตัดสินใจทำในคณะรัฐมนตรีและมีผลผูกพันกับสมาชิกทุกคนของรัฐบาล ข้อตกลงร่วมกันจะแสดงไว้อย่างชัดเจน และหากรัฐมนตรีคนใดที่ไม่ยอมรับนโยบายที่มาจากมติคณะรัฐมนตรีแล้ว ก็จะถูกคาดหวัง คาดหมาย หรือถูกเรียกร้องว่าต้องลาออก บรรดารัฐมนตรีนั้นปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความรับผิดชอบต่อรัฐสภา หมายรวมถึงความรับผิดชอบต่องานในนโยบาย การตัดสินใจ และการกระทำต่าง ๆ ของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน<sup>293</sup>

สำหรับระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษนั้น รัฐสภาถือเป็นศูนย์กลางของระบอบประชาธิปไตยของสหราชอาณาจักร บรรดารัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อประชาชนผ่านทางรัฐสภา ซึ่งประมวลจริยธรรมก็ได้ระบุรายละเอียดชัดเจนเรื่องความรับผิดชอบที่รัฐมนตรีมีต่อรัฐสภา<sup>294</sup> ดังนั้น สรุปได้ว่าในเรื่องนโยบายของรัฐบาลนั้นมาจากการตัดสินใจหรือมีมติร่วมกันของคณะรัฐมนตรี และส่วนใหญ่ถือเป็นเรื่องการกระทำของรัฐ ที่ระบบการเมืองการปกครองของอังกฤษกำหนดให้ผู้มีหน้าที่ตรวจสอบคือรัฐสภา

## *(2) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง (Act of administrative)*

ในกรณีที่ฝ่ายบริหารกระทำกรณีสถานะของฝ่ายปกครอง ในระบบอังกฤษนั้นหากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนหรือเป็นคดีปกครองที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐถูกฟ้องร้อง คดีปกครองดังกล่าวจะอยู่ในความรับผิดชอบหรืออยู่ใน

<sup>292</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รายงานการศึกษาวินิจฉัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาลฯ กรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, หน้า 137, 153.

<sup>293</sup> Introduction of the Cabinet Manual, Paragraph 13 and 14, the Cabinet Manual 2011, Ibid, p.3-4.

<sup>294</sup> ไปรอดู Chapter 5, the Cabinet Manual 2011, Ibid, pp.39-47.

เขตอำนาจของของศาลแพ่งคดีปกครอง (Administrative Court) สำหรับศาล  
แพ่งคดีปกครองของอังกฤษนี้เป็นศาลพิเศษในศาล High Court แผนก Queen's  
Bench Division ซึ่งมีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ (judicial review) คดีปกครอง  
จากคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง (Administrative Tribunals)<sup>295</sup>

โดยสรุปแล้วการกระทำของรัฐบาลหรือของคณะรัฐมนตรี  
แห่งสหราชอาณาจักร โดยหลักจะผ่านการปรึกษาหารือและเห็นชอบร่วมกันเป็นมติ  
คณะรัฐมนตรีภายใต้หลักความรับผิดชอบนั้น กรณีหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเมือง  
หรือนโยบายโดยเฉพาะนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นการกระทำ  
ของรัฐ (Act of State) แล้วนั้นจะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม โดยแนว  
คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ยึดหลักความคุ้มกันของรัฐทั้งในส่วนของการกระทำ  
ของรัฐของสหราชอาณาจักรและยังรวมไปถึงการกระทำของรัฐต่างชาติที่จะไม่อยู่  
ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหราชอาณาจักร อย่างไรก็ตาม การควบคุม  
การกระทำของรัฐในสหราชอาณาจักรจะเป็นไปตามกลไกของระบบรัฐสภา ได้แก่  
การตั้งกระทู้ถามรัฐบาลในการประชุมสภา การอภิปรายไม่ไว้วางใจโดยสภาสามัญ  
(House of Commons) หรือสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ โดยการปกครองในระบบ  
รัฐสภานั้นฝ่ายบริหารต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภาโดยเฉพาะ  
สภาสามัญ

### 3.3.3.2 แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของรัฐ (Act of State)

โดยมีคำพิพากษาคดีสำคัญ ๆ ที่แสดงถึงการยืนยันหลักการที่ศาล  
จะไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐ เช่น คดี Buron V. Denman (1848)  
เกี่ยวกับการที่กองทัพเรืออังกฤษทำลายอาคารของชาวสเปน หรือ คดี Agbor V.  
Metropolitan Police Commissioner (1969) ที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจ  
ของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้การร้องขอจากหน่วยงานของรัฐอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์  
ระหว่างประเทศ<sup>296</sup>

<sup>295</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาลฯ, อ้างแล้ว, หน้า 137, 153.

<sup>296</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, “การกระทำทางรัฐบาล (Act of Government)”, วารสารจตุรนิติ (มี.ค.-เม.ย.54),  
หน้า 73.

นอกจากนี้ มีคดีสำคัญ 3 คดี ในปี ค.ศ. 2017 อันเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำการของรัฐบาลสูงสุด (The Supreme Court)<sup>297</sup> ของสหราชอาณาจักร พิจารณาพิพากษา ศาลสูงสุดยกหลัก “Crown Act of State Doctrine” หมายถึง หลักการกระทำการของรัฐบาลหรือของรัฐบาลอังกฤษมาประกอบในการพิจารณาคดี และในอีกด้านหนึ่งของคดีที่เกิดขึ้นยังเกี่ยวข้องไปถึงรัฐอื่นด้วย กล่าวคือ มีการกระทำการของเจ้าหน้าที่ของรัฐหลายประเทศเกี่ยวข้องในคดี ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร(The UK Supreme Court)ยังได้ยกหลัก “Foreign Act of State Doctrine” ขึ้นพิจารณา หมายถึง หลักการกระทำการของรัฐต่างชาติ ซึ่งแนวคำวินิจฉัยโดยภาพรวม คือ การที่ศาลสูงสุดพิพากษาว่า ศาลจะไม่ก้าวเข้าไปวินิจฉัยในเรื่องที่เป็นการกระทำการของรัฐ (Act of State) กล่าวคือ ไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรม (non-justiciable) ซึ่งมีคดีที่น่าสนใจ ดังนี้

### *(1) คดี Rahmatullah (No.2) (Respondent) v. Ministry of Defence*

คดีนี้เป็นกรณีที่นายยานุส รามาตุลลา (Yanus Rahmatullah) ชาวปากีสถาน ผู้ฟ้องคดี ร้องว่าถูกควบคุมตัวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกทำร้ายร่างกายโดยกองกำลังของสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาในช่วงความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในประเทศอิรักและประเทศอัฟกานิสถาน คดีนี้ต่อสู้ไปจนถึงศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักร โดยศาลสูงสุดให้เหตุผลประกอบคำพิพากษายกหลัก “Crown Act of State Doctrine” อธิบายและพิพากษาสรุปสาระสำคัญได้ว่า การกระทำการโดยใช้อำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่รัฐบาลมีโดยธรรมชาติ และการกระทำการที่เจ้าหน้าที่ของกองทัพสหราชอาณาจักรดังกล่าวได้มีการให้สัตยาบันว่าเป็นการกระทำในนามของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามนโยบายต่างประเทศ

<sup>297</sup> ศาลสูงสุด (The Supreme Court) ปัจจุบันได้แยกเป็นอิสระออกจากการที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของสภาขุนนาง (House of Lord) และเป็นเพียงคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ (The Appellate Committee) นั้น โดยแยกออกมาเป็นอิสระเริ่มปฏิบัติหน้าที่ในปี ค.ศ.2009 ประกอบด้วยผู้พิพากษา 12 คน แต่งตั้งโดยสมเด็จพระราชินีเอลิซาเบธที่ 2 ภายใต้การเสนอของคณะกรรมการแต่งตั้งตุลาการเป็นองค์กรอิสระที่ไม่ได้สังกัดรัฐสภา, <https://www.supremecourt.uk/> (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

ของสหราชอาณาจักร เรื่องดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรม (non-justiciable)<sup>298</sup>

### (2) คดี *Al-Waheed and Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*

คดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ นาย Abd Ali Hameed Al-Waheed และ นาย Serdar Mohammed กล่าวหาว่ากองทัพอังกฤษควบคุมตัวพลทหารต้องสงสัย 2 คน โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในช่วงที่เข้าร่วมในปฏิบัติการรักษาสันติภาพในอิรัก และอัฟกานิสถานภายใต้การมอบหมายหน้าที่จากสภาความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Security Council) โดยผู้ฟ้องอ้างว่าขัดต่อบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพและความปลอดภัยของบุคคลในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Article 5 of the European Convention on Human Rights) คดีนี้ศาลสูงสุดให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาสรุปสาระสำคัญได้ว่า กองทัพอังกฤษมีอำนาจในการควบคุมนักโทษในระยะเวลาที่มากกว่า 96 ชั่วโมง ในกรณีที่มีความจำเป็นและเพื่อการรักษาความมั่นคง และเป็นปฏิบัติการภายใต้มติของสภาความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ อันเป็นข้อตกลงหรือพันธกรณีระหว่างประเทศที่ภาคีสมาชิกจะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นการกระทำในนามของรัฐถือเป็นการกระทำของรัฐ<sup>299</sup>

### (3) คดี *Belhaj v Straw*

คดีนี้เป็นกรณีที่โจทก์ นาย Belhaj และภรรยา กล่าวหาว่า สหราชอาณาจักรมีส่วนเกี่ยวข้องในปฏิบัติการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีให้ข้อมูลพื้นฐานที่อยู่ของโจทก์ต่อรัฐบาลลิเบีย จนนำไปสู่การจับกุมโจทก์ กรณีมีการทรมานอย่างโหดร้ายและย่ำยีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต่อโจทก์ในระหว่างการส่งตัว

<sup>298</sup> Rahmatullah (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants), Judicial Committee of The Privy Council website, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0002.html>, (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

<sup>299</sup> JUDGMENT Abd Ali Hameed Al-Waheed (Appellant) v Ministry of Defence (Respondent) Serdar Mohammed (Respondent) v Ministry of Defence (Appellant), Judicial Committee of The Privy Council website, <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2014-0219-judgment.pdf>, (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

โจทก์กลับลิเบีย การกระทำตามข้อกล่าวหาเกิดขึ้นในประเทศมาเลเซีย ไทย และ ลิเบีย โดยปฏิบัติการของเจ้าหน้าที่มาเลเซีย ไทย และสหรัฐอเมริกา คดีนี้ศาลสูงสุด ให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาสรุปสาระสำคัญได้ว่า รัฐบาลอังกฤษผูกพันที่ต้องอยู่ ภายใต้หลักความคุ้มกันของรัฐ และหลักการกระทำของรัฐต่างชาติ (Foreign Act of State Doctrine) ซึ่งหมายถึง ศาลอังกฤษควรหลีกเลี่ยงการไต่สวนในเรื่อง ความถูกต้องของการกระทำของรัฐต่างชาติที่ได้มีการดำเนินการหรือกระทำการ ในดินแดนของรัฐต่างชาติเหล่านั้น โดยที่ศาลยืนยันหลักการที่ว่าศาลจะไม่ตัดสิน การทำธุรกรรมของรัฐอธิปไตยต่างประเทศ ซึ่งเหตุผลไม่ได้มาจากเรื่องการใช้ ดุลพินิจของศาล แต่เป็นเรื่องธรรมชาติของกระบวนการยุติธรรม<sup>300</sup>

ทั้งนี้ ในสหราชอาณาจักรเองมีกฎหมายรับรองซึ่งความคุ้มกันของรัฐ ได้แก่ พระราชบัญญัติความคุ้มกันของรัฐ ค.ศ.1978 (State Immunity Act 1978) ที่บัญญัติหลักในเรื่องการดำเนินคดีในสหราชอาณาจักรโดยรัฐอื่นหรือเพื่อจะต่อต้าน รัฐอื่น โดยหลักแล้วรัฐจะได้รับความคุ้มกันไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลยุติธรรม ของสหราชอาณาจักร

<sup>300</sup> Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants) , Judicial Committee of The Privy Council website, <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2014-0264.html>, (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

## บทที่ 4

### มติคณะรัฐมนตรี และการตรวจสอบ

#### มติคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

ในบทนี้จะได้กล่าวถึง (4.1) ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยมติคณะรัฐมนตรี (4.2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี (4.3) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยศาลรัฐธรรมนูญ (4.4) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

#### 4.1 ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยมติคณะรัฐมนตรี

##### 4.1.1 ความหมายของมติคณะรัฐมนตรี

รัฐบาลเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยองค์ประกอบของฝ่ายบริหาร ประกอบไปด้วย

**ประการแรก** พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือถูกกล่าวหา และไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองและกฎหมาย ดังนั้น พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้จำเป็นต้องให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสมอ โดยคณะรัฐมนตรีจัดเป็นองค์กรของรัฐในลักษณะองค์กรกลุ่ม ในกรณีกฎหมายกำหนดว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจได้โดยมีเงื่อนไขให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำและยินยอมเสียก่อน เช่น การตราพระราชกำหนดเป็นคำแนะนำที่ทำให้องค์กรผู้รับคำแนะนำจำต้องทำตามคำแนะนำ (Avis Conform) ซึ่งผลของคำแนะนำดังกล่าวทำให้องค์กรผู้มีอำนาจแท้จริงตามกฎหมาย คือ องค์กรผู้ให้คำแนะนำ (คณะรัฐมนตรี)

**ประการที่สอง** คือ คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีอื่นอีกจำนวนไม่เกินสามสิบห้าคน

**ประการที่สาม** นายกรัฐมนตรี และ

## ประการสุดท้าย คือ รัฐมนตรีแต่ละคน

ในส่วนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวง หรือรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวง ซึ่งสังกัดสำนักงานนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง มีอำนาจหน้าที่เฉพาะตามแต่ละกระทรวง ในขณะที่ตำแหน่งอื่น ได้แก่ รองนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง รัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง และรัฐมนตรีช่วยว่าการทบวง ต้องได้รับมอบหมายให้กระทำแทนจากนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวง รัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากระทรวง หรือรัฐมนตรีว่าการทบวงซึ่งสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีหรือกระทรวง บรรดาองค์กร หรือเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับหรือควบคุมดูแลโดยตรงหรือโดยทางอ้อมของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง อย่างไรก็ตามหากพิจารณาอำนาจรัฐที่ใช้กระทำแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสมัยใหม่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิมแต่รวมถึงองค์กรอิสระด้วย เนื่องจากองค์กรอิสระได้รับมอบให้ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกัน โดยอำนาจรัฐที่องค์กรอิสระใช้ทำการ ไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจตุลาการแต่อย่างใด

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งหมายถึง พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ รัฐบาล (The Government) กับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative) กล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐบาล หมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ฝ่ายการเมือง ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า ในระบบราชการ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง เป็นองค์ประกอบส่วนบทของระบบราชการ ซึ่งทำการโดยข้าราชการการเมืองในแง่ของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง เป็นการกระทำที่มีลักษณะ กล่าวคือ การดำเนินงานของรัฐในทางนโยบาย อันเป็นงานทางการเมือง (Gubernative) และการดำเนินงานที่มีลักษณะเป็นการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการปฏิบัติภารกิจอื่นในทางปกครอง การบริหาร ส่วนนี้เรียกว่า การปกครอง หน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการปกครองดังกล่าว คือ ฝ่ายปกครอง

ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำเป็นองค์ประกอบส่วนล่าง ซึ่งกระทำการโดยข้าราชการประจำ ในส่วนขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เป็นส่วนประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างแคบ ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างกว้าง นอกจากหมายถึงหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแล้ว รวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และหน่วยงานอิสระด้วย จากการแบ่งแยกองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ออกเป็นสองประเภทข้างต้น ทำให้บรรดาบุคคลหรือคณะบุคคลในองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารไม่ได้เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเสมอไป เฉพาะองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับ ควบคุม ดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใด คนหนึ่งที่เป็นฝ่ายปกครอง ส่วนพระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนสามารถกระทำการได้ทั้งในฐานะ เป็นรัฐบาลและองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง การที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นฝ่ายปกครองนั้น มีฐานะ เป็นผู้บังคับบัญชาหรือกระทรวงหรือทบวงนั่นเอง

จากที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นได้ทั้งรัฐบาล และฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำในฐานะรัฐบาล การกระทำประเภทนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล (Government Act) กับการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำไปในฐานะ เป็นฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) การกระทำทางรัฐบาลอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกระทำทางรัฐประศาสนโยบาย การแบ่งแยก ลักษณะการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นไปตามทฤษฎีไม่ได้ เป็นไปตามกฎหมาย โดยการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองเกิดขึ้น จากการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหาร หรือรัฐมนตรีได้เช่นเดียวกัน การกระทำทางปกครองจึงเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของการใช้อำนาจทางบริหาร ทั้งนี้ การกระทำทางปกครอง นอกเหนือจากการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแล้วยังรวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย แต่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจเกิดขึ้น จากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ กระทำของเจ้าหน้าที่ประเภทนี้จึงมิได้เฉพาะ การกระทำทางปกครองเท่านั้น

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจในฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจนี้มีทั้งฝ่ายการเมืองซึ่งหมายถึงคณะรัฐมนตรีและฝ่ายปฏิบัติการซึ่งเป็นข้าราชการประจำ โดยฝ่ายปฏิบัติการจัดเป็นฝ่ายปกครอง โดยแท้ ทั้งนี้ จะต้องไม่ใช่การกระทำในทางนิติบัญญัติ ตุลาการ หรือการกระทำในทางการเมือง อันเป็นการนิยามการกระทำทางปกครองในเชิงปฏิเสธ และนิยามในเชิงเนื้อหา การกระทำทางปกครองส่งผลต่อสิทธิ หน้าที่ หรือการให้ประโยชน์แก่ประชาชน หรือการที่ฝ่ายปกครองได้วางแผนการดำเนินการต่าง ๆ การกระทำดังกล่าวนี้ ประกอบด้วย การกระทำในรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ซึ่งนับเป็นเครื่องมือของฝ่ายปกครองในการทำให้การดำเนินกิจกรรมบรรลุผลสำเร็จจากกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรมด้วยการนำกฎหมายมาใช้บังคับ เช่น การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (ออกตามความในพระราชกฤษฎีกากำหนดท้องที่ที่เป็นเขตปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 1518 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532) มติคณะรัฐมนตรีให้ต่ออายุข้าราชการซึ่งมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์แล้วตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2504

การกระทำทางปกครองและการกระทำทางรัฐบาลมีจุดมุ่งหมายในการบริหารราชการแผ่นดินให้ครอบคลุมการพัฒนาทุกมิติเช่นเดียวกัน แตกต่างกันที่การกระทำทางรัฐบาลเป็นการริเริ่มกำหนดกรอบหรือแนวทางการดำเนินการในการบริหารราชการแผ่นดินในรูปของนโยบายในทางรัฐศาสตร์เทียบได้กับการกำหนดนโยบายสาธารณะที่รัฐบาลตัดสินใจเลือกกระทำหรือไม่กระทำการต่าง ๆ เช่น การแก้ไขปัญหาที่ขัดแย้งในสังคม การนำพาสังคมไปสู่ความขัดแย้งกับสังคมอื่น การแจกจ่ายสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นรูปธรรมและนามธรรมให้แก่สมาชิกในสังคม ส่วนการกระทำทางปกครองเป็นการนำนโยบายบริหารราชการแผ่นดินที่กำหนดไว้มาสู่การปฏิบัติให้สอดคล้องกับความต้องการของประชาชน ซึ่งหากพิจารณาในแง่ของคำสั่งแล้ว คำสั่งทางการเมืองกับคำสั่งทางปกครองแตกต่างกัน ตรงที่คำสั่งเกี่ยวกับปัญหาสำคัญเป็นคำสั่งทางการเมือง ส่วนในเรื่องปัญหาที่มีความสำคัญน้อยลงมาเป็นคำสั่งทางปกครอง

แม้ว่าการใช้อำนาจทางปกครองเป็นอำนาจทางบริหารอย่างหนึ่ง และผู้ใช้ อำนาจเป็นบุคคลในรัฐบาลเช่นเดียวกัน แต่การกระทำทางรัฐบาลนั้นรัฐบาลไม่มี อำนาจมอบหมายการทำหน้าที่ดังกล่าวให้แก่องค์กรอื่นได้ ในขณะที่การกระทำ ทางปกครองไม่ใช่อำนาจเฉพาะเหมือนกับการกระทำทางรัฐบาล การกระทำ ประเภทนี้จึงไม่ต้องใช้อำนาจร่วมกันในรูปแบบของคณะรัฐมนตรีและสามารถ มอบหมายให้กับกระทรวงต่าง ๆ ได้ ทั้งนี้ อำนาจมอบอำนาจให้กับองค์กรปกครอง อื่น ๆ หรือมอบให้กับเอกชนก็ได้ ฉะนั้น รัฐบาล รัฐมนตรีแต่ละกระทรวงในฐานะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการนำนโยบายมาปฏิบัติให้เกิดผลสำเร็จจริง รัฐมนตรีแต่ละคน มีฐานะเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการประจำในกระทรวง ทบวง กรมของตน การใช้ อำนาจกรณีนี้ลักษณะเป็นผู้ปฏิบัติการซึ่งเป็นงานในหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเป็นกิจวัตร หรือเป็นงานประจำ เพื่อให้ภารกิจตามที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลสัมฤทธิ์ผล มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพันที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายได้ การกระทำ ทางปกครองเปรียบได้กับกลไกหรือเครื่องมือของรัฐบาลในการทำให้ภารกิจของรัฐ บรรลุผลสำเร็จ โดยไม่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือองค์กรของรัฐอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ

การใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของฝ่ายปกครอง ผลิตผลของการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ เป็นการกระทำทางปกครอง แต่การกระทำ ทางบางประเภทที่เป็นการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน แม้อำนาจที่ใช้อำนาจไม่ใช่ ฝ่ายปกครองก็ตาม ถือเป็นข้อยกเว้นว่าการกระทำทางปกครองอาจมาจากองค์กรอื่น ได้เช่นกัน ซึ่งมีอยู่ด้วยกันสองกรณี กรณีแรก กรณีฝ่ายนิติบัญญัติใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัตินอกเหนือไปจากการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจัดเป็นการกระทำ ทางปกครองเช่นเดียวกัน เช่น สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเห็นชอบในการแต่งตั้ง ข้าราชการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กรณีที่สอง กรณีองค์กรเอกชน เช่น สภานายความ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติในการจดทะเบียนออกใบอนุญาต ให้เป็นทนายความ นอกจากนี้ การใช้อำนาจตามกฎหมายบางประการไม่ใช่อำนาจ ทางปกครอง ถ้าเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ ถือเป็นอำนาจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม ซึ่งผลของการใช้อำนาจประเภทนี้ เรียกว่า การกระทำในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม (Acte Judiciaire)

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะถือเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลหรือฝ่ายปกครอง ไม่อาจพิจารณาเพียงว่าองค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจเท่านั้น จำต้องพิจารณาจากลักษณะของอำนาจที่ใช้ในการปฏิบัติงานด้วย กรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำในฐานะรัฐบาลย่อมมีความรับผิดชอบร่วมกับคณะรัฐมนตรี แต่หากแยกปฏิบัติย่อมเป็นการใช้อำนาจเป็นรายบุคคล ซึ่งกระทำในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาที่มีความรับผิดชอบเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ปกครอง การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนี้พิจารณาจากลำดับชั้นของกฎหมาย (Hierarchy of Law) เป็นสำคัญว่าได้กระทำโดยอาศัยฐานที่มาแห่งอำนาจใดระหว่างอำนาจตามรัฐธรรมนูญกับกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติ เป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกประเภทการกระทำของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำทางปกครอง ไม่ได้เป็นเรื่องเฉพาะของรัฐบาลชุดใด ชุดหนึ่ง แต่ผลผูกพันทุกรัฐบาล สืบเนื่องจากแนวคิดที่รัฐมีสถานะเป็นนิติบุคคลสามารถแยกออกจากปัจเจกชนแต่ละคนได้ จึงมีอำนาจบังคับการให้เข้าไปตามความประสงค์ของรัฐ โดยการใช้อำนาจของรัฐแสดงออกจากการกระทำของผู้ปกครอง ดังนั้นผู้ปกครองจึงกระทำการในนามของรัฐและมีผลผูกพันรัฐ เพราะฉะนั้น แม้มีการเปลี่ยนแปลงทางการเมือง และมีรัฐบาลชุดใหม่เข้ามาบริหารราชการแผ่นดินแทน คณะรัฐบาลชุดใหม่มีหน้าที่สานต่อการกระทำทางรัฐบาลตามที่รัฐบาลก่อนได้มีการกระทำไว้อันเป็นไปตามหลักความสืบเนื่องของรัฐ

จากที่กล่าวไปแล้วในข้างต้น กล่าวได้ว่า “รัฐบาล” หมายถึง “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยเป็นคณะบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่กระทำการ ตัดสินใจ หรือกำหนดนโยบายในเรื่องต่าง ๆ ที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญเป็นแหล่งที่มาสำคัญของอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีถือเป็นหัวหน้ารัฐบาลซึ่งจัดเป็นองค์กรภายใต้ฝ่ายบริหาร และยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติราชการบางอย่างในฐานะ “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ส่งผลให้นอกจากจะเป็นฝ่ายบริหารแล้วยังทำหน้าที่เป็นฝ่ายปกครองโดยมีลักษณะ ดังนี้

1) คณะรัฐมนตรีในฐานะเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร มีลักษณะเป็นผู้ดำเนินการในรูปแบบ “คณะบุคคล” เพื่อบริหารราชการในประเทศภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร

2) คณะรัฐมนตรีในฐานะเป็นองค์กรสูงสุดฝ่ายปกครอง มีลักษณะเป็น “เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง” ระดับผู้บังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สังกัดหน่วยงานที่ตนรับผิดชอบและหน้าที่อื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง

อย่างไรก็ดีในการทำงานของคณะรัฐมนตรี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 158 ได้บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตาม “หลักความร่วมมือกัน” โดยการทำงานของคณะรัฐมนตรีจะต้องทำงานร่วมกันและตัดสินใจดำเนินงานให้ออกมาในรูปแบบของ “มติคณะรัฐมนตรี” ซึ่งการพิจารณามติแต่ละประการจะแตกต่างกันออกไปตามสถานะของคณะรัฐมนตรี กล่าวคือ การมีมติเรื่องแนวนโยบายย่อมเป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร แต่เมื่อใดที่มีมติออกมาในรูปแบบคำสั่งหรือการกระทำทางปกครอง มตินั้นย่อมอยู่ภายใต้กระบวนการและกฎหมายของฝ่ายปกครอง

ตามที่กล่าวไปแล้วในข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า “มติคณะรัฐมนตรี” คือ ผลการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดทางการเมืองในฝ่ายบริหาร เพื่อให้ส่วนราชการ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องรับไปดำเนินการหรือถือปฏิบัติต่อไป โดยมติคณะรัฐมนตรีมิได้มีสถานะเป็นกฎหมาย หากแต่เป็นเพียงคำสั่งการในทางบริหารเท่านั้น<sup>301</sup>

มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล หรืออาจเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น โดยหลักการของฝ่ายบริหารย่อมมีลักษณะเป็นแนวนโยบายหรือความเห็นของคณะรัฐมนตรีที่ร่วมกันดำเนินงาน เพื่อให้เกิดผลในทางนโยบายของฝ่ายบริหาร และอาจเป็นการกระทำทางปกครองก็ได้ โดยสามารถจำแนกลักษณะและประเภทของมติคณะรัฐมนตรีตามฐานที่มาของอำนาจได้ ดังนี้

<sup>301</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, แนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548, สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, พฤศจิกายน, 2559, หน้า 12-14.

1) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล<sup>302</sup> หรือมติคณะรัฐมนตรีทางบริหารซึ่งเป็นเรื่องการตัดสินใจและสั่งการทางบริหารในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดทางการเมืองในฝ่ายบริหาร ได้แก่

- (1) การมีมติเกี่ยวกับนโยบายและแผนการบริหารราชการแผ่นดิน
- (2) การมีมติเกี่ยวกับการริเริ่ม เสนอ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย
- (3) การมีมติเกี่ยวกับการเงินการคลังและงบประมาณของรัฐ
- (4) การมีมติเกี่ยวกับการตรากฎหมายฝ่ายบริหาร
- (5) การมีมติเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน

2) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการอำนาจปกครอง<sup>303</sup> หรือมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎ หรือมติที่มีผลบังคับทั่วไปในระบอบราชการ เพื่อให้ถือปฏิบัติไปตลอดจนกว่าจะมีการแก้ไขหรือยกเลิก เช่น ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีลำดับเทียบเท่าพระราชบัญญัติในการออกมติคณะรัฐมนตรี เพื่อให้มีผลในการบริหารราชการแผ่นดินตามอำนาจหน้าที่ ได้แก่

(1) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือมติที่มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอก โดยมักเป็นมติซึ่งกำหนดแนวทางการปฏิบัติหรือดำเนินงานของทางราชการซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลภายนอกหรือประชาชนโดยทั่วไป เช่น มติคณะรัฐมนตรีกำหนดการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ป่า เป็นต้น

(2) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นขั้นตอนในการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

(3) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพแนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ (อำนาจผูกพัน และอำนาจดุลพินิจ)

- (4) มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นมาตรการภายในฝ่ายบริหาร

<sup>302</sup> สิทธิพร เสดาภาน, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 13

<sup>303</sup> สิทธิพร เสดาภาน, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 16

อย่างไรก็ตาม ยังสามารถจำแนกประเภทของมติคณะรัฐมนตรีได้ ตามขอบเขตการบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรี<sup>304</sup> ได้ดังนี้

(1) มติคณะรัฐมนตรีที่มีขอบเขตเฉพาะใช้กับหน่วยงานเจ้าของเรื่อง หรือที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะจัดทำเป็นหนังสือภายนอกของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ลงนามโดยเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

(2) มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับทุกกระทรวง ทบวง กรม ซึ่งจะจัดทำ เป็นหนังสือเวียนยืนยันมติคณะรัฐมนตรี ลงนามโดยเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เช่นกัน

หากมติคณะรัฐมนตรีนั้นเกี่ยวข้องเฉพาะบางหน่วยงาน สำนักเลขาธิการ คณะรัฐมนตรีจะยืนยันหรือแจ้งมติคณะรัฐมนตรีตามรูปแบบที่ (1) แต่หลักมติ คณะรัฐมนตรีนั้นเกี่ยวข้องกับทุกกระทรวง ทบวง กรม หรือเป็นหลักการหรือแนวทาง ที่หน่วยงานของรัฐ ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ เจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ๆ จะต้อง ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็จะยืนยัน หรือแจ้งมติคณะรัฐมนตรีตามรูปแบบที่ (2)

โดยทั่วไปแล้ว มติคณะรัฐมนตรีมักจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่คณะรัฐมนตรี ได้มีมติ (ในบางกรณี มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องอาจกำหนดวันใช้บังคับไว้เป็นวันอื่น เป็นการเฉพาะเรื่องก็ได้) ส่วนราชการ หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่ เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ จะปฏิบัติหรือดำเนินการใด ๆ อันเป็นการขัดกับมติคณะรัฐมนตรี โดยอ้างว่าไม่ทราบว่ามีมติคณะรัฐมนตรีกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้แล้วมิได้ ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ จึงเป็นการสมควรที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะได้ ตรวจสอบมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นเสียก่อน<sup>305</sup>

#### 4.1.2 สถานะของมติคณะรัฐมนตรี

สำหรับในประเทศไทย มติคณะรัฐมนตรีเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างยิ่งในการ บริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคณะรัฐมนตรี ของไทยมีอำนาจและหน้าที่มากมายในการกำหนดนโยบายการบริหารราชการ แผ่นดิน และการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ ทั้งตามอำนาจหน้าที่

<sup>304</sup> สุวิมล สังข์พันธุ์, สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี, หน้า 170-188.

<sup>305</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, คู่มือการทำงานของรัฐมนตรี, หน้า 23-24.

กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายมากมายหลายฉบับ ทำให้บทบาทของคณะรัฐมนตรีจึงมีอยู่อย่างมากมายและกว้างขวาง มติคณะรัฐมนตรีในบางครั้งจึงเป็นได้ทั้งการกำหนดนโยบาย การกำหนดระเบียบแบบแผนการบริหารหรือปฏิบัติราชการ ในขณะที่เดียวกันก็อาจจะเป็นการประสานหรือชี้ขาดความเห็นในเรื่องต่าง ๆ ของส่วนราชการด้วย

ในส่วนของสถานะของมติคณะรัฐมนตรีในประเทศไทย มีการให้ความเห็นไปในทางที่หลากหลายแตกต่างกัน บางเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารออกกฎเกณฑ์ขึ้นบังคับในลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมาย โดยไม่เสนอต่อรัฐสภา ในขณะที่บางฝ่ายก็เห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหาร ในฐานะผู้บังคับบัญชาตามระบบการบังคับบัญชา อันมีการลงโทษทางวินัยกำกับอยู่ มติคณะรัฐมนตรีจึงมีสถานะที่ไม่ใช่กฎหมายโดยแท้ อย่างไรก็ตาม มีความเห็นบางส่วน กล่าวว่า มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์อันมีสภาพบังคับก็เป็นกฎหมาย ความเห็นดังกล่าว เนื่องมาจากว่า แนวคิดของนักกฎหมายส่วนมากในประเทศไทยยึดถือกันว่า “กฎหมาย” จะต้องออกโดยรัฐสภา เช่น พระราชบัญญัติ และกฎหมายที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจออกโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ อันได้แก่ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง เท่านั้น

แต่อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายในปัจจุบันได้ยอมรับแล้วว่าหากมติคณะรัฐมนตรีได้มีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์และระบบกฎหมายยอมรับในการใช้กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ มติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมมีลักษณะเป็นกฎ อันถือว่าเป็นกฎหมายในความหมายอย่างกว้าง ดังนั้น ในการพิจารณาสถานะของมติคณะรัฐมนตรี จึงอาจจะต้องพิจารณาเนื้อหาและผลการบังคับใช้ของมติคณะรัฐมนตรีเป็นกรณีไป โดยอาจจะจำแนกมติคณะรัฐมนตรีได้เป็น 3 ลักษณะ ดังนี้<sup>306</sup>

#### 4.1.2.1 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็น “กฎ”

มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการและข้าราชการถือปฏิบัติเป็นการทั่วไป แม้จะไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรง แต่ส่วนราชการสามารถนำมติคณะรัฐมนตรีไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลในทางกฎหมาย

<sup>306</sup> ศุภย์ความรู้กลาง กรมชลประทาน, สถานะมติคณะรัฐมนตรี, กรมชลประทาน, 2558, หน้า 1-8.

ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น ๆ เช่น การกำหนดวันหยุดราชการ เป็นต้น ในทางตรงกันข้ามหากส่วนราชการหรือเจ้าหน้าที่ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามก็จะต้องได้รับผลร้ายโดยถือเป็นความผิดทางวินัยโดยตรงฐานขัดคำสั่งผู้บังคับบัญชา ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้จึงมีผลบังคับตามความเป็นจริงและมีฐานะเป็นกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรีลงวันที่ 30 ตุลาคม 2544 ซึ่งรับทราบมติของคณะกรรมการกลั่นกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีที่ให้อำนาจเงิน เพิ่มพิเศษในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานรัฐวิสาหกิจ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นพนักงานในตำแหน่งสายงานหลักซึ่งหาบุคลากรทดแทนได้ยากและปฏิบัติงานด้าน Science and Technology ซึ่งเคยได้รับเงินเพิ่มเติมพิเศษอยู่เดิมก่อนที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ระงับการจ่ายและมีตำแหน่งต่ำกว่าระดับผู้อำนวยการฝ่ายหรือตำแหน่งเทียบเท่าที่เรียกซึ่งเป็นอย่างอื่นลงมา มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎ หรือมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพก่อสร้างและผู้ประกอบการอาชีพอื่นกับทางราชการที่มีผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา มีลักษณะเป็นกฎและมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปในส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ ต้องถือปฏิบัติตาม

อย่างไรก็ตาม มติดังกล่าวไม่มีผลบังคับให้ประชาชนหรือบุคคลภายนอกกระบบราชการปฏิบัติตามโดยตรง เนื่องจาก มติคณะรัฐมนตรีที่วางกฎเกณฑ์ให้ส่วนราชการหรือข้าราชการปฏิบัตินี้ไม่ได้อยู่ในรูปแบบของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารที่กฎหมายรองรับ

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรรัฐฝ่ายปกครอง อาจมีเรื่องใดเรื่องหนึ่งบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ ซึ่งในกรณีนี้ต้องถือว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมีสภาพเป็นกฎหมายลำดับรองหรือเป็นกฎที่เป็นลูกบท เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้วางระเบียบ โดยที่มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ มีข้อแตกต่างจากมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร โดยมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ แต่มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นเพียงการใช้ อำนาจให้ความเห็นชอบกฎเกณฑ์รูปแบบนั้น ๆ ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุด

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นเพียงการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินในการตัดสินใจร่วมกันของคณะรัฐมนตรี อำนาจนี้อาจมาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งระเบียบ หรือธรรมเนียมปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีมิได้ปฏิบัติหน้าที่ในงานด้านนโยบายเท่านั้น แต่ได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายปกครองด้วย มติคณะรัฐมนตรีจึงอาจมีลักษณะเป็นงานนโยบายที่เป็นการกำหนดทิศทางและนโยบายเกี่ยวกับการบริหารงานอย่างใดอย่างหนึ่งที่หน่วยงานที่ควบคุมดูแล หรือรับผิดชอบในเรื่องนั้นต้องรับไปเพื่อให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี หรืออาจจะเป็นคำสั่งซึ่งมีผลทางกฎหมายเป็นการเฉพาะราย หรือกรณีหนึ่งกรณีโดยเฉพาะ หรืออาจจะมีลักษณะเป็นกฎซึ่งมีผลเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผู้ที่อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติตาม

โดยในกรณีที่เป็นการปฏิบัติเป็นกฎนั้น อาจจะเป็นกฎซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง เช่น กฎหมายบางฉบับกำหนดให้คณะรัฐมนตรีออกกฎหมายลำดับรองได้ หรือเป็นกฎที่เป็นอิสระออกโดยอาศัยหลักการทั่วไปที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารประเทศตามรัฐธรรมนูญ จึงจำเป็นต้องมีอำนาจดูแลการใช้บังคับเป็นกฎหมายและการจัดการองค์กรให้เป็นไปโดยเรียบร้อยทำนองเดียวกับอำนาจของผู้บังคับบัญชาในองค์กรต่าง ๆ ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปในการจัดองค์กรและเป็นเรื่องการวางหลักเกณฑ์ที่สามารถนำไปใช้บังคับกับข้อเท็จจริงในกรณีต่าง ๆ ให้เกิดผลทางกฎหมายได้เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอื่น มติคณะรัฐมนตรีในลักษณะของกฎนี้มุ่งต่อผลในกฎหมายแก่บุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารโดยหน่วยงานและบุคคลในองค์กรฝ่ายบริหารให้ปฏิบัติตาม เช่น การไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีถือเป็นความผิดทางวินัยอย่างหนึ่งและคณะรัฐมนตรีเคยมีมติให้หน่วยราชการกำชับเจ้าหน้าที่ให้ถือปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีโดยเคร่งครัด หากฝ่าฝืนให้พิจารณาลงโทษทางวินัยทุกราย

#### 4.1.2.2 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง

มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่มีผลทางกฎหมายโดยตรงสู่บุคคลภายนอกเป็นการเฉพาะราย เช่น การแต่งตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ตามกฎหมาย นอกจากนั้น อาจจะมีลักษณะเป็นคำสั่งในทางสาระของเรื่อง เช่น การวินิจฉัยให้กระทรวง ทบวง กรมใด ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นต้น หรือมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบการแต่งตั้ง โยกย้ายข้าราชการระดับสูงต่าง ๆ ถือว่ามีสถานะเป็นคำสั่งทางปกครอง

ตามที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 465/2547 กรณีมติคณะรัฐมนตรีซึ่งแต่งตั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และจำนวนเงินชดเชยพิเศษแทนการจัดสรรที่ดินแปลงอพยพ โครงการพัฒนาลุ่มน้ำป่าสัก อันเนื่องมาจากพระราชดำริ ซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 3 และมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ให้ผู้ใด มีสิทธิและไม่สิทธิที่จะได้รับเงินชดเชยพิเศษฯ เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง หรือตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 182/2549 ซึ่งผู้ฟ้องคดี ได้อ้างว่าคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจ่ายเงินช่วยเหลือผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากโครงการก่อสร้างเขื่อนสิรินธร ตามมติเมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2540 แต่ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้รับเงินช่วยเหลือ จึงฟ้องขอให้ศาลสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจ่ายเงินค่าชดเชยให้แก่ผู้ฟ้องคดีภายในเวลาที่ศาลกำหนด และผู้ถูกฟ้องคดีเป็นหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

#### 4.1.2.3 มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นนโยบาย

มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นนโยบายนั้น เป็นการกำหนดแนวทางการบริหารงานแผ่นดินอย่างใดอย่างหนึ่งนอกเหนือจากที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา เช่น ในกรณีของการกำหนดเรื่องความสัมพันธ์กับต่างประเทศหรือในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือในการกำหนดแนวทางปฏิบัติทางสังคมและวัฒนธรรม จึงมิใช่ลักษณะกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรีในบางกรณีเป็นการดำเนินงานภายในของฝ่ายปกครองที่ยังไม่ได้ส่งผลกระทบต่อบุคคลใด ๆ ไม่มีผลทางกฎหมายโดยตรงสู่บุคคลภายนอก หรืออาจกล่าวได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น เช่น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.9/2549 วินิจฉัยให้มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2548 ที่อนุมัติให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งแปรรูปมาจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยระดมทุนเพื่อใช้ในการก่อสร้าง โรงไฟฟ้าเพิ่มเติม รวมทั้งเห็นชอบให้มีการจัดสรรกำลังการผลิตให้กับบริษัทดังกล่าว ในปี พ.ศ. 2549-2558 เป็นเรื่องการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ ในด้านของการผลิตไฟฟ้าจำหน่ายประชาชนของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ มิได้มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงไม่มีลักษณะเป็นกฎ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2546 ได้วินิจฉัยให้มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 7 มีนาคม พ.ศ.2538 และวันที่ 17 กันยายน พ.ศ. 2549 เรื่อง การนับอายุบุคคล เพื่อคำนวณวันเกษียณอายุราชการ ที่ให้ถือปฏิบัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ตรวจชำระใหม่ เป็นเพียงการอธิบาย บทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตามเท่านั้น มิได้มีสภาพเป็นกฎ

#### 4.1.2.4 สถานะของมติคณะรัฐมนตรีที่จำแนกตามแนวความคิด

นอกจากที่กล่าวไปแล้วนั้น อาจกล่าวถึงสถานะของมติคณะรัฐมนตรี โดยการจำแนกตามแนวความคิด ได้ดังนี้

##### (1) แนวความคิดของศาลฎีกา

ตามคำพิพากษาศาลฎีกาจำนวนมากสะท้อนให้เห็นว่า ศาลฎีกาไทย มีแนวความเห็นว่ามีมติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย และมติคณะรัฐมนตรีไม่อาจจะบังคับให้ขัดกับกฎหมายได้ เช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 450/2541 แม้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ตั้งสำนักงานกลางบริษัทจังหวัดขึ้นและลงมติให้ขึ้นอยู่ในกระทรวงพาณิชย์ ก็ไม่ทำให้กระทรวงพาณิชย์มีอำนาจมากกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ เพราะคณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามกฎหมายไม่ใช่ลงมติให้มีผลได้นอกกฎหมาย

นอกจากกรณีดังกล่าว ศาลฎีกายังเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงนโยบายหรือแนวทางปฏิบัติเท่านั้น เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2584/2523 มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ส่วนราชการเจ้าของสัญญาใช้ดุลพินิจต่ออายุสัญญาให้ผู้รับจ้าง

ตามความเหมาะสม โดยไม่ต้องปรับเป็นเพียงนโยบายหรือแนวทางปฏิบัติเท่านั้น หากมีผลแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาไม่ การที่โจทก์เห็นว่าไม่สมควรต่ออายุสัญญา ให้จำเลยยังถือไม่ได้ว่าการบอกเลิกสัญญาของโจทก์เป็นไปโดยมิชอบ และมติคณะรัฐมนตรีไม่อาจอ้างขึ้นเพื่อยกเว้นบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังเช่นในคำพิพากษาฎีกาที่ 1882/2518 โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของกรมสรรพากร โจทก์ฎีกาในประเด็นหนึ่งว่า คณะรัฐมนตรีมีมติคำสั่งห้ามมิให้หรือพินดําเนินการตรวจสอบภาษีค้างจ่ายก่อน พ.ศ. 2502 จำเลยจึงไม่มีสิทธิตรวจสอบภาษีค้างจ่ายได้ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า แม้จะฟังว่า คณะรัฐมนตรีมีมติเช่นนั้นจริง และเป็นมติของคณะรัฐมนตรีในสมัยปฏิวัติก็อาจลบล้างกฎหมาย (ประมวลรัษฎากร) ที่ให้ตรวจสอบภาษีค้างจ่ายได้ เพราะเป็นเพียงคำสั่งของคณะรัฐมนตรีไม่ใช่คำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติ จึงไม่ใช่กฎหมาย

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลฎีกาจะมีแนวคิดว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมายไม่อาจจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ หรือมติคณะรัฐมนตรีไม่อาจยกขึ้นมามีอำนาจเป็นข้อยกเว้นบทกฎหมายได้ แต่ศาลฎีกาก็ได้ยอมรับว่า มติคณะรัฐมนตรีมีผลใช้บังคับภายในส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ โดยถือว่าเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหาร ข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ และพนักงานองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาฎีกาที่ 2825/2525 และเมื่อมติคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ศาลฎีกาจะเพิกถอนมติของคณะรัฐมนตรีมิได้

## (2) แนวความคิดของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในขณะนั้น ได้เคยให้สังเกตเกี่ยวกับเรื่องนี้ว่า เมื่อคำนึงถึงความเข้าใจของนักกฎหมายไทย คำว่า “กฎหมาย” ย่อมหมายถึงบทกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น และหมายถึงกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติหรือตามรัฐธรรมนูญ<sup>307</sup> ประกอบกับ คณะกรรมการร่างกฎหมาย

<sup>307</sup> ชาลูนัย แสงวงศ์, คำแถลงการณ์ของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน ประกอบคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 24/2531 เรื่อง การเบิกจ่ายค่าสอนพิเศษ, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 3, ธันวาคม 2531, หน้า 921.

(ที่ประชุมใหญ่) ได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับสถานะของมติคณะรัฐมนตรีไว้ในเรื่องสิทธิทำไม่ในเขตป่าสัมปทานว่า มติคณะรัฐมนตรีและมติสภาบริหารคณะปฏิวัติมิใช่เป็นกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ตามนัยข้อ 7 แห่งสัมปทาน มติคณะรัฐมนตรีและมติสภาบริหารคณะปฏิวัติต่างเป็นเพียงคำสั่งในทางบริหาร ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามนั้น<sup>308</sup>

นอกจากความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเห็นว่ามติคณะรัฐมนตรี มีลักษณะเป็นข้อบังคับซึ่งในบังคับต่อเจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารได้แล้ว ยังมีความเห็นอีกแง่หนึ่งว่า มติคณะรัฐมนตรีหรือข้อสั่งการของคณะรัฐมนตรีบางเรื่องเป็นงานนโยบาย ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภาตามระบบและกลไกในการควบคุมที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นงานนโยบาย จึงไม่มีสถานะเป็นกฎหมายแต่อย่างใด หากแต่เป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ซึ่งอาจจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกให้เหมาะสมกับสถานการณ์ภายในประเทศและต่างประเทศได้ และสถาบันรัฐสภาจะเป็นผู้ควบคุม มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นงานนโยบายตามวิถีทางของระบบรัฐสภาอยู่แล้ว<sup>309</sup>

### (3) แนวความคิดของนักนิติศาสตร์

นายมีชัย ฤชุพันธ์ ขณะดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีไว้ว่า<sup>310</sup> มติคณะรัฐมนตรีนั้นไม่มีผลอะไรจะนำไปใช้ขัดกับกฎหมายได้ มติคณะรัฐมนตรีมีผลแต่นำไปเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ แต่จะขัดกฎหมายไม่ได้ ที่ว่าเปลี่ยนแปลงกฎหมายได้ คือ เมื่อมติคณะรัฐมนตรีมีอย่างนี้แล้ว เจ้าหน้าที่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องไปแก้กฎหมายให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี ฉะนั้น ผลของมติคณะรัฐมนตรีจึงไป

<sup>308</sup> อมร จันทรมบูรณ์, กฎหมายปกครองกับการบริหารประเทศ (ที่กำลังพัฒนา), ครอบรอบ 48 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 3, ธันวาคม 2525, หน้า 839-864.

<sup>309</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์, กรุงเทพฯ : การศาสนา, 2533, หน้า 49-51.

<sup>310</sup> มีชัย ฤชุพันธ์, คำบรรยาย เรื่อง ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการชี้แจงข้อซักถามของการประชุมคณะรัฐมนตรี ในรายงานสรุปผลการสัมมนาข้าราชการและพนักงานรัฐวิสาหกิจระดับอธิบดีและผู้ว่าการรัฐวิสาหกิจ เรื่อง แนวปฏิบัติการนำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี

แก้ไขกฎหมายได้มติคณะรัฐมนตรีมีผลบังคับในหมู่ข้าราชการเสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมาย ถ้าไม่ทำจะมีความผิดทางวินัย ไม่มีผลบังคับต่อประชาชนแต่อย่างใด มติคณะรัฐมนตรีเป็นเพียงข้อผูกพันภายใน

ในขณะที่ ศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ได้กล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี<sup>311</sup> ไว้ว่า

(1) คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรในทางบริหารสูงสุดตามระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน และมีอำนาจปกครองบังคับบัญชาฝ่ายปกครองทั้งปวงตามกฎหมาย การใช้อำนาจบริหารสูงสุดและการปกครองบังคับบัญชาดังกล่าว อาจแสดงออกโดยการมีคำสั่ง ออกประกาศ หรือระเบียบต่าง ๆ โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 หรือโดยการมีมติคณะรัฐมนตรีให้ผู้เกี่ยวข้องปฏิบัติตาม แต่มติคณะรัฐมนตรีไม่ใช่กฎหมาย เพราะไม่ได้มาจากแหล่งอำนาจหรือบ่อเกิดที่จะออกกฎหมายในลักษณะนี้ได้เอง ทั้งการใช้อำนาจในลักษณะนี้ก็ไม่มีการยอมรับรองสถานะว่าสามารถเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเพิกถอนกฎหมายอื่นได้ ไม่ว่าจะเป็กฎหมายในลำดับสูงหรือเป็นกฎหมายอนุบัญญัติลำดับใดก็ตาม แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าความการฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรีจะไม่มีสภาพบังคับเสียเลย โดยผู้ฝ่าฝืนอาจมีความผิดทางวินัยสำหรับผู้เป็นข้าราชการ หรือผู้ฝ่าฝืนอาจจะมาได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ตามกฎหมาย เป็นต้น

(2) ในฐานะองค์กรในทางบริหาร คณะรัฐมนตรีจึงไม่อาจมีมติในเรื่องอันอยู่ในวงงานของรัฐสภาและศาลได้

(3) อย่างไรก็ตามในฐานะองค์กรในทางบริหาร คณะรัฐมนตรีย่อมมีอำนาจออกมติในส่วนราชการบริหารทั้งหลาย ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 218 ราชการบริหาร แบ่งออกเป็น ราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนภูมิภาค และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น ในเบื้องต้นต้องถือว่า อำนาจของคณะรัฐมนตรีในทางบริหารย่อมครอบคลุมระเบียบบริหารราชการแผ่นดินทั้งสามส่วน มิใช่ส่วนใดส่วนหนึ่ง แต่ในการใช้อำนาจเข้าไปส่วนใด ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด แม้ในราชการบริหารส่วนกลางเองก็ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด มิใช่ว่าคณะรัฐมนตรีจะเข้าไปมีมติคำสั่งการหรือกำหนดได้ทุกเรื่อง

<sup>311</sup> บทสัมภาษณ์ของศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม อ้างถึงใน สุวิมล สังข์พันธุ์, สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี.

ซึ่งจากแนวคิดในเรื่องสถานะของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว อาจจะนำมาสู่การสรุปผลในกรณีของการไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี<sup>312</sup> ได้ดังนี้

(1) ความผิดทางวินัย เช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 82 (2) บัญญัติให้ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามมติของคณะรัฐมนตรี มาตรา 84 บัญญัติให้ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ไม่ปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี ผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดทางวินัย และมาตรา 85 (7) บัญญัติให้การไม่ปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรงเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

(2) ความผิดทางแพ่ง (ละเมิด) หากผลของการไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการหรือบุคคลอื่น ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

(3) ความผิดทางอาญา หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบเป็นความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตต้องรับโทษ”

(4) ความผิดทางปกครอง โดยอาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองให้มีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้เพิกถอนการกระทำที่ไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีนั้น

#### 4.1.3 ประเภทของมติคณะรัฐมนตรี

โดยทั่วไปแล้ว มติคณะรัฐมนตรีจะมีลักษณะเป็นการตัดสินใจร่วมกันในทางนโยบายก็ตาม แต่หากพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีแต่ละเรื่อง ทำให้อาจแบ่งแยกประเภทของมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้ในการบริหารประเทศได้ 2 ประเภท ดังนี้<sup>313</sup>

<sup>312</sup> คณะทำงานศึกษามติคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, غام - ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี, สิงหาคม 2557, หน้า 1-22.

<sup>313</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, บทบรรณาธิการ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ครั้งที่ 190 “การกระทำทางรัฐบาล” เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1235>, (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

#### 4.1.3.1 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดมาตรการในทางบริหาร ที่เป็นงานประจำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่ถูกตรวจสอบ โดยศาลปกครองได้

มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ  
ซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ เป็นการมติคณะรัฐมนตรีที่มีการใช้อำนาจทางปกครอง  
ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปได้ เพราะมติ  
คณะรัฐมนตรีดังกล่าวก่อให้เกิดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง  
ต่าง ๆ ซึ่งจำต้องผูกพันตามมติดังกล่าวในการปฏิบัติราชการ

ด้วยเหตุนี้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ไปกระทำหรือคำสั่ง  
ใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแล้ว การกระทำ  
ทางปกครองดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย  
โดยศาลปกครองได้ และย่อมที่จะถูกเพิกถอนได้เช่นเดียวกัน หากการใช้อำนาจนั้น  
เป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

#### 4.1.3.2 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบายในฐานะ รัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบโดยตรงต่อรัฐสภา

มติคณะรัฐมนตรีที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดนโยบายในการบริหาร  
ราชการแผ่นดิน ซึ่งมีลักษณะเป็นงานด้านนโยบายโดยแท้โดยเป็นงานที่คณะรัฐมนตรี  
ในฐานะฝ่ายบริหารจำต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ตามมาตรา 162 ของรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

“มติคณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบาย  
ต่อรัฐสภา ซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ  
และต้องชี้แจงแหล่งที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินนโยบาย  
โดยไม่มีการลวงมติดูความไว้วางใจ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่

ก่อนแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามวรรคหนึ่ง หากมีกรณีที่สำคัญและ  
จำเป็นเร่งด่วน ซึ่งหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะกระทบต่อประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน  
คณะรัฐมนตรีที่เข้ารับหน้าที่จะดำเนินการไปพลางก่อนเท่าที่จำเป็นก็ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวมีความสอดคล้องกับสาระสำคัญในหมวด  
แนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งแสดงให้เห็นว่านโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินมีความสำคัญ

อันจะถือเป็นแนวทางในการบริหารประเทศให้มีความเจริญก้าวหน้าต่อไป ดังความที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฯ ฉบับเดียวกัน มาตรา 64 ว่า “บทบัญญัติในหมวดนี้ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน”

จึงเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้ความสำคัญกับการควบคุมการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรีเป็นอย่างมาก และถึงแม้ว่าการกำหนดให้คณะรัฐมนตรีจะต้องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ทั้ง 15 มาตรา เป็นแนวนโยบายในการบริหารประเทศจะไม่ได้กำหนดบทลงโทษหรือข้อความบังคับอย่างแน่นอนชัดเจนก็ได้ แต่ถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่บังคับให้พรรคการเมืองใดก็ตามที่เข้ารับหน้าที่ในฐานะรัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามแนวนโยบายแห่งรัฐอย่างสิ้นเชิง

อย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการบริหารด้านนโยบาย จะต้องได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ไม่ว่าจะเป็นกรณีก่อนที่คณะรัฐมนตรีเข้าทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ หรือภายหลังการทำหน้าที่บริหารประเทศ ซึ่งเห็นได้จากบทบัญญัติที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรี นโยบายต่อรัฐสภาก่อนจะเข้ารับบริหารราชการแผ่นดินตามมาตรา 162 และรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร และรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในการกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 164 และการกำหนดให้รัฐสภาสามารถตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีได้โดยการตั้งกระทู้ถามหรือการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลได้อีกด้วย ซึ่งหมายความว่ามติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นลักษณะการกำหนดนโยบายในฐานะรัฐบาลก็ย่อมที่จะได้รับการตรวจสอบจากรัฐสภาดังที่ได้กล่าวไปแล้วเช่นเดียวกัน

จากประเภทของมติคณะรัฐมนตรีที่ได้กล่าวไปแล้วในข้างต้น จะเห็นได้ว่า มาตรา 164 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา ซึ่งหลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี ดังกล่าวนั้น สามารถกล่าวโดยสรุปได้ ดังนี้

โดยหลักแล้วความรับผิดชอบของรัฐมนตรี อาจแบ่งได้เป็นสองกลุ่ม คือ

**1. ความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี** และความรับผิดชอบเฉพาะตัวของรัฐมนตรี ซึ่งความรับผิดชอบเฉพาะตัวนั้นเป็นความรับผิดชอบรัฐมนตรีที่เข้าไปดำรงตำแหน่งในกระทรวงต่าง ๆ ต่อสภาผู้แทนราษฎรในการบริหารราชการในหน้าที่ของตนไม่ว่าการบริหารราชการนั้นจะเกิดผลประการใดก็ตาม แต่ถ้าการบริหารราชการนั้นเกิดผลเสียหายต่อส่วนรวม รัฐมนตรีคนนั้นก็อาจถูกตั้งกระทู้ถาม หรือถูกเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจได้ ซึ่งความรับผิดในกรณีที่เป็นกรณีเฉพาะตัวของรัฐมนตรีจะครอบคลุมทุกเรื่องของแต่ละกระทรวง เช่น เรื่องนโยบายของกระทรวง การออกกฎหมายหรือระเบียบ การออกคำสั่ง เป็นต้น ซึ่งนอกจากความรับผิดที่เป็นกรณีเฉพาะตัวของรัฐมนตรีนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้การบริหารราชการแผ่นดินของประเทศจะต้องดำเนินการไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา และต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี

**2. ความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีทั้งคณะ** เป็นความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาในการบริหารราชการตามนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรีไม่ว่าการบริหารราชการนั้นจะเกิดผลประการใดก็ตาม แต่ถ้าการบริหารราชการนั้นเกิดผลเสียหายต่อส่วนรวม นายกรัฐมนตรีก็อาจถูกตั้งกระทู้ถาม หรือถูกเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจได้ โดยความรับผิดชอบร่วมกันนี้จะครอบคลุมทุกเรื่องของคณะรัฐมนตรี เช่น เรื่องนโยบายของคณะรัฐมนตรี เรื่องการเสนอร่างพระราชบัญญัติ การออกพระราชกำหนด การออกพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ความรับผิดชอบร่วมกันจะมีที่มาจากกรณีที่มีมติในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี

ความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี กรณีประเทศไทยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีต้องเป็นคณะ ซึ่งมีธรรมเนียมที่ยึดมาตั้งแต่ในอังกฤษ ซึ่งเป็นต้นแบบว่า คณะรัฐมนตรีอังกฤษจะต้องมีการเคารพที่เรียกว่า collective responsibility แปลว่า ต้องเคารพในความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 164 กล่าวคือ รัฐมนตรีจะต้องบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตาม

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา และรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตน

โดยหลัก collective responsibility เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ มีสาระสำคัญคือ ต้องรับผิดชอบต่อสาธารณชนและรัฐสภา เป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน หมายความว่า คณะรัฐมนตรีจะพูดคนละภาษา เห็นเรื่องเดียวกันเป็นคนละอย่าง หรือทะเลาะกัน ให้สาธารณชนเห็นไม่ได้เป็นอันขาด เป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษที่ยึดถือกันอย่างเคร่งครัดว่า ต่อหน้าสาธารณชน ต่อสภาผู้แทนราษฎร ที่เรียกว่า สภาสามัญในอังกฤษนั้น คณะรัฐมนตรีต้องเป็นปึกแผ่นแน่นหนากลมเกลียวสามัคคีกัน ป้องกันการบริหารราชการแผ่นดินและมติคณะรัฐมนตรีที่ออกมาแล้ว ซึ่งหมายความว่า ถ้ารัฐมนตรีคนใดรับการตัดสินใจหรือมติคณะรัฐมนตรีไม่ได้ และต้องการแสดงความไม่เห็นด้วยในที่สาธารณะหรือในสภาพมีสิทธิจะทำได้ต่อเมื่อลาออกจากการเป็นรัฐมนตรี ถ้าไม่ลาออกแล้วมาวิพากษ์วิจารณ์ มติคณะรัฐมนตรีหรือการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีในที่สาธารณะ นายกรัฐมนตรีอังกฤษจะปลดรัฐมนตรีคนนั้นทันทีเพราะถือว่าไม่เคารพหลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี<sup>314</sup>

### ก. มติคณะรัฐมนตรีย่อมผูกพันรัฐมนตรีทุกคน

การตัดสินใจร่วมกันของรัฐมนตรีในฐานะสมาชิกในคณะรัฐมนตรีเป็นเรื่องของการทำงานร่วมกันเป็นหมู่คณะ โดยเป็นองค์กรที่อาจเรียกได้ว่ามีอำนาจสูงสุดในด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งรัฐมนตรีไม่อาจใช้อำนาจตัดสินใจหรือวินิจฉัยสั่งการโดยลำพัง การตัดสินใจร่วมกันของรัฐมนตรีจึงมาในรูปแบบของการประชุมปรึกษาทั้งคณะ หรือที่เรียกว่า คณะรัฐมนตรี ซึ่งในประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภา (Parliamentary System) อย่างประเทศไทยนั้น คณะรัฐมนตรีมีลักษณะพิเศษ กล่าวคือ ต้องรับผิดชอบต่อสภา (Common responsibility) เพราะการบริหารอยู่ภายใต้พื้นฐานของความไว้วางใจร่วมกันจากสภา จึงต้องมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยรัฐมนตรีทุกคนจะมีคะแนนเสียงเท่ากันในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ส่วนนายกรัฐมนตรีนั้นเป็นหนึ่งในบรรดาผู้มีสิทธิเท่ากันเท่านั้น

<sup>314</sup> คณะกรรมการมฉกรยร่างรัฐธรรมนูญ, สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป, สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, มีนาคม 2558, หน้า 47-50.

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ความรับผิดชอบที่สำคัญที่สุดของรัฐมนตรี คือ ความรับผิดชอบที่รัฐมนตรีทั้งคณะมีร่วมกันอันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยความรับผิดชอบประเภทนี้จะเกิดขึ้นในวงงานของรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีทั้งคณะร่วมกัน เช่น นโยบายของคณะรัฐมนตรี การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา การออกพระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา การทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ ความรับผิดชอบส่วนใหญ่มาจากมติในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งถือเป็นหลักว่า ภายในที่ประชุมคณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีแต่ละคนสามารถแสดงความคิดเห็นได้ ไต่แย้งกันได้ เมื่อมีมติออกมาอย่างใดอย่างหนึ่งย่อมผูกมัดรัฐมนตรีทุกคน ไม่ควรที่ใครจะออกมาโต้แย้งคัดค้านภายนอกที่ประชุม หรือแสดงความคิดเห็นเป็นอย่างอื่นอีก ในกรณีที่รัฐมนตรีคนใดไม่อาจปฏิบัติตามมตินั้นหรือไม่อาจได้ข้อว่าร่วมรู้เห็นกับมตินั้น ก็จะแสดงความรับผิดชอบส่วนตัวโดยการลาออก

#### **ข. ความรับผิดชอบร่วมกันมีเฉพาะนโยบายของรัฐมนตรีเท่านั้น**

คณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) ในนโยบายทั่วไปของรัฐบาล และรัฐมนตรีแต่ละคนก็ต้องรับผิดชอบงานในกระทรวงที่ตนสังกัด ดังที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 164 ระบุว่า รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ในเรื่องที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา ในการกำหนดนโยบายและการดำเนินการตามนโยบายของคณะรัฐมนตรี<sup>315</sup>

#### **ค. ความรับผิดชอบต่อตำแหน่งหน้าที่ในฐานะรัฐมนตรี**

ความรับผิดชอบทางการเมืองของคณะรัฐมนตรีแสดงออกโดยการรับผิดชอบต่อร่วมกันต่อรัฐสภา ไม่ว่าจะโดยวิธีการที่สภาผู้แทนราษฎรเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ หรือการตั้งกระทู้ถามให้คณะรัฐมนตรีต้องตอบก็ตาม โดยคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีทุกคนต้องรับผิดชอบร่วมกันในผลของการตัดสินใจนั้นที่ออกมาเป็นมติคณะรัฐมนตรี ไม่ว่าในขณะที่ยังประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องนั้น รัฐมนตรีคนนั้นจะอยู่ในที่ประชุมหรือไม่ก็ตาม และในกรณีที่รัฐมนตรีคนใดไม่เห็นด้วยกับมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่อง ขอบที่จะใช้วิธีลาออกจากตำแหน่ง แทนการแถลงหรือให้สัมภาษณ์คัดค้านทั้งที่ร่วมเป็นคณะรัฐมนตรีอยู่

<sup>315</sup> สุขุม นวลสกุล และวิศิษฐ์ ทีวีเศรษฐ์, คณะรัฐมนตรี, หนังสือประกอบการสอนวิชาการเมืองการปกครองไทย, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 159-187.

## ง. การเปิดอภิปรายและลงความเห็นเป็นความลับ

การรักษาความลับในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและเอกสารการประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นหลักปฏิบัติสากล กล่าวคือ การอภิปรายในที่ประชุมคณะรัฐมนตรีถือเป็นความลับที่ไม่พึงเปิดเผย เนื่องจากการอภิปรายดังกล่าวเป็นหัวใจสำคัญของหลักความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี หากเปิดเผยอาจกระทบต่อความเป็นเอกภาพและประสิทธิภาพในการพิจารณาเรื่องต่าง ๆ ของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร การนำข้อมูลต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคง เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเสนอต่อคณะรัฐมนตรีจึงมีความสำคัญและถือเป็นความลับ สอดคล้องกับแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ระเบียบการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517 ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2540<sup>316</sup>

### 4.1.4 กระบวนการจัดให้มีมติคณะรัฐมนตรี

การประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นกลไกหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (สลค.) ในฐานะเป็นฝ่ายเลขานุการของคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การวิเคราะห์เรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาของนายกรัฐมนตรี

**4.1.4.1 กระบวนการออกมติของคณะรัฐมนตรีให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548<sup>317</sup> และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548<sup>318</sup>**

ตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 กำหนดให้การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่อง ดังต่อไปนี้<sup>319</sup>

1) เรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือให้ต้องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

<sup>316</sup> ศักดิ์ ผาสุนทรินทร์, การปกครองของไทย, โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2514, หน้า 144.

<sup>317</sup> พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>318</sup> ระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>319</sup> มาตรา 4 พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

- 2) ร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชกำหนด
- 3) เรื่องที่ต้องเสนอให้สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาอนุมัติ หรือให้ความเห็นชอบ
  - 4) ร่างพระราชกฤษฎีกา
  - 5) ร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนด
  - 6) ร่างระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลบังคับแก่ส่วนราชการโดยทั่วไป
- 7) เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย
- 8) การริเริ่มโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่มีวงเงินตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่โครงการลงทุนที่กำหนดในแผนงานที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหรือเห็นชอบกับแผนงานนั้นแล้ว
- 9) เรื่องที่ขอทบทวนหรือยกเว้นการปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี ระเบียบ ข้อบังคับหรือประกาศตาม 6)
  - 10) ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติราชการทั่วไปหรือจะมีผลเป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการ
  - 11) เรื่องที่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดินนอกเหนือจากที่ได้รับอนุมัติไว้แล้วตามกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรืองบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม
  - 12) เรื่องที่นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลนำเสนอหรือมีคำสั่งให้เสนอคณะรัฐมนตรี
  - 13) เรื่องที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้เสนอคณะรัฐมนตรี  
โดยเรื่องที่ต้องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ถ้าคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นเรื่องที่เป็นภารกิจปกติหรือมีแนวปฏิบัติที่ชัดเจนอยู่แล้ว คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายเป็นการทั่วไปให้นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นผู้อนุมัติ ให้ความเห็นชอบ หรือมีคำสั่งแทนคณะรัฐมนตรีก็ได้ ในกรณีเช่นนั้นให้ถือว่าความเห็นชอบหรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีเป็นมติ

ของคณะรัฐมนตรี และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548<sup>320</sup>

ทั้งนี้ ในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี ให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าของเรื่องกำหนดประเด็นที่ประสงค์จะให้คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้ความเห็นชอบหรือมีมติในเรื่องใดให้ชัดเจน ถ้าคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติให้ความเห็นชอบหรือมีมติในเรื่องที่เสนอ ให้ถือว่ามติของคณะรัฐมนตรีมีผลผูกพันเฉพาะหลักการแห่งประเด็นที่เสนอ เว้นแต่มติของคณะรัฐมนตรีจะระบุไว้ชัดเจนถึงรายละเอียดในการอนุมัติเห็นชอบหรือมีมติ<sup>321</sup> โดยเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติในเรื่องใดแล้ว ให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ติดตามและรวบรวมผลการปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น เพื่อรายงานให้คณะรัฐมนตรีทราบเป็นระยะ ๆ หรือในกรณีจำเป็นจะเสนอนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาทบทวนมติของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้นก็ได้<sup>322</sup>

มติคณะรัฐมนตรีเรื่องใดที่มีการแถลงเป็นการเปิดเผยแล้ว ให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจัดทำสรุปเรื่องและเปิดเผยต่อประชาชนทางสื่ออิเล็กทรอนิกส์ด้วย และในกรณีที่มีการประชุมโดยเปิดเผย ให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรีทุกครั้งที่มีการประชุม แล้วเสนอให้คณะรัฐมนตรีเพื่อทราบ กรณีที่ประชุมคณะรัฐมนตรีมีข้อทักท้วงหรือแก้ไขประการใด ให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีดำเนินการแก้ไขโดยเร็ว<sup>323</sup>

#### 4.1.4.2 กระบวนการจัดทำมติคณะรัฐมนตรีตามคู่มือการจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี

##### (1) การจัดทำมติคณะรัฐมนตรีในกรณีทั่วไป<sup>324</sup>

ในกรณีการเสนอเรื่องเข้าที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นเรื่องปกติหรือทั่วไป ส่วนราชการหรือหน่วยงานเจ้าของเรื่องจะเสนอเรื่องไปยังสำนักเลขาธิการ

<sup>320</sup> มาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>321</sup> มาตรา 10 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>322</sup> มาตรา 11 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>323</sup> ข้อ 20 ประกอบข้อ 21 แห่งระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>324</sup> กระทรวงพาณิชย์, ขั้นตอนการดำเนินการวาระการประชุมคณะรัฐมนตรี, เข้าถึงได้จาก [http://otm.moc.go.th/ewt\\_dl\\_link.php?nid=205](http://otm.moc.go.th/ewt_dl_link.php?nid=205), (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

คณะรัฐมนตรี (สลค.) โดยการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี กำหนดให้ผู้มีอำนาจในการลงนามเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เป็นอำนาจของรัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้ลงนามเสนอเรื่อง เนื่องจากเรื่องที่เสนอจากกระทรวงโดยหน่วยงานภายในกระทรวงนั้น ควรที่จะต้องผ่านการรับรู้และเห็นชอบจากรัฐมนตรีเจ้าสังกัดที่รับผิดชอบกำกับดูแลกระทรวงนั้นในเชิงนโยบายก่อนทุกเรื่อง<sup>325</sup>

เมื่อเจ้าหน้าที่ของ สลค. ที่รับผิดชอบได้ดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องและครบถ้วนของเอกสารในเรื่องที่จะเสนอ โดยเป็นการตรวจสอบว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 หรือไม่<sup>326</sup>

หลังจากได้ผ่านการตรวจสอบ เจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นหารวบรวมข้อมูล ข้อกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรี ข้อเสนอของนายกรัฐมนตรี ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและแนวทางปฏิบัติอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดทำบันทึกสรุปเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี โดยบันทึกสรุปดังกล่าว จะประกอบไปด้วย ข้อเสนอของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง ความเป็นมาของเรื่อง สาระสำคัญที่เป็นข้อเท็จจริง เหตุผลจำเป็นที่ต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีและความเร่งด่วนของเรื่อง ประกอบกับสรุปข้อกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรีและความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งการเสนอความเห็นในประเด็นพิจารณาของ สลค. เพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี

ในกรณีปกติการประชุมของคณะรัฐมนตรีจะต้องมีรัฐมนตรีเข้าร่วมการประชุมไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนคณะรัฐมนตรีทั้งหมดที่มีอยู่<sup>327</sup> ประกอบกับการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งวิธีการบริหาร

<sup>325</sup> มาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

<sup>326</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ขั้นตอนการจัดทำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี กรณีการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมติคณะรัฐมนตรี เข้าถึงได้จาก [https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/plan2017\\_04.pdf](https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/plan2017_04.pdf), (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

<sup>327</sup> มาตรา 8 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

ราชการแผ่นดินวิธีหนึ่ง คือ การประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาตัดสินใจเชิงนโยบายหรือพิจารณาอนุมัติ อนุญาตให้ความเห็นชอบตามที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ เสนอ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีได้มีข้อมูลข้อเท็จจริงที่ครบถ้วน ประกอบการพิจารณาตัดสินใจ การเชิญผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงต่อคณะรัฐมนตรี จึงมีความสำคัญ เมื่อการประชุมคณะรัฐมนตรีเสร็จสิ้นในแต่ละครั้ง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี จะดำเนินการจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี หลังจากที่ได้เจ้าหน้าที่ได้จัดทำบันทึกสรุปเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีแล้ว เรื่องดังกล่าวจะเข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรี และได้ผลการประชุมที่เรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” โดย สลค. จะจัดทำหนังสือยืนยัน เพื่อแจ้งมติคณะรัฐมนตรีให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่อไป

## (2) การจัดทำมติคณะรัฐมนตรีในกรณีเร่งด่วน<sup>328</sup>

ในการประชุมคณะรัฐมนตรีแต่ละครั้ง มีเรื่องที่ต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีเป็นจำนวนมาก โดยปกติแล้วเรื่องดังกล่าวจะถูกส่งไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (สลค.) ล่วงหน้าเพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องมีโอกาสตรวจสอบความเหมาะสมและข้อกฎหมายว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่ รวมทั้งตรวจสอบในด้านอื่น ๆ เช่น ผลกระทบในทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง ความมั่นคง ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นต้น เนื่องจากรัฐบาลควรได้รับทราบทุกแง่มุมที่เกี่ยวข้องก่อนที่จะกระทำการตัดสินใจในเรื่องใด ๆ

อย่างไรก็ตาม การเสนอเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เรื่องสำคัญ และมีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีมักจะถูกเสนอเข้าสู่ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีในวันประชุมหรือก่อนการประชุมเล็กน้อย ซึ่งในกรณีดังกล่าวจะถูกจัดเป็นวาระจร เช่น เรื่องการเสนอกฎหมายสำคัญ เรื่องการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ การแต่งตั้งกรรมการต่าง ๆ เรื่องการลงนามความตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น

ในกรณีปกติ สลค. ต้องจัดส่งวาระการประชุมพร้อมด้วยเอกสารที่เกี่ยวข้องให้คณะรัฐมนตรีทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 1 วัน ก่อนการประชุม

<sup>328</sup> สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ขั้นตอนการจัดทำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี กรณีการแต่งตั้งคณะกรรมการตามมติคณะรัฐมนตรี เข้าถึงได้จาก [https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/plan2017\\_04.pdf](https://www2.soc.go.th/wp-content/uploads/2019/02/plan2017_04.pdf), (เข้าถึงเมื่อ 16 ธันวาคม 2563).

คณะรัฐมนตรี แต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนนายกรัฐมนตรีจะอนุมัติให้เสนอ โดยไม่ต้องส่งวาระการประชุมล่วงหน้าก็ได้ แต่ในกรณีที่เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่มีผลให้มีการอนุมัติงบประมาณ นายกรัฐมนตรีจะอนุมัติเรื่องดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สำคัญของประเทศหรือประชาชน การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า “วาระจร”

โดยการที่จะวิเคราะห์ว่ากรณีใดเป็นกรณีเร่งด่วนนั้น จะต้องพิจารณาจากปัจจัยสำคัญอันส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในการพิจารณาสั่งการอนุมัติให้นำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจร ซึ่งประกอบด้วย

1. เป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เช่น เรื่องที่มีกำหนดเวลา อาทิ การลงนามความตกลงระหว่างประเทศ ที่มีกำหนดการไว้ล่วงหน้าแล้ว เรื่องมาตรการทางภาษีที่มีกำหนดประกาศใช้บังคับ

2. หากเป็นเรื่องที่มีผลให้มีการอนุมัติงบประมาณ จะต้องเป็นกรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สำคัญของประเทศหรือประชาชน เช่น การพิจารณาแผนหรือโครงการ และงบประมาณเกี่ยวกับการฟื้นฟู เยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากภัยธรรมชาติ

ปัจจัยในเรื่องความฉุกเฉิน ความจำเป็นเร่งด่วน ผลประโยชน์สำคัญของประเทศหรือประชาชน การรักษาความลับของทางราชการ และผลกระทบต่ออันมัยสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดินในด้านต่าง ๆ ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งบ่งชี้ว่า ควรจะนำเรื่องใดเสนอต่อคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจรหรือไม่ เพื่อมิให้ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย และสามารถอธิบายสังคมได้ รวมถึงแสดงความโปร่งใสและธรรมาภิบาลในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี

“วาระจร” ตามความหมายที่ระบุไว้ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน กำหนดไว้ว่า วาระจร หมายถึง เรื่องที่มีบรรจุไว้ในระเบียบวาระ แต่ได้นำเข้ามาพิจารณาเป็นพิเศษในการประชุมคราวนั้น ประกอบกับในคราวประชุมคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 6 กันยายน 2554 คณะรัฐมนตรีได้มีมติรับทราบการกำหนดวิธีการประชุมคณะรัฐมนตรี ซึ่งนายกรัฐมนตรีได้อนุมัติตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเสนอ โดยได้กล่าวถึงระเบียบวาระจรไว้ว่า ในส่วนของเรื่องที่เสนอในวันประชุมคณะรัฐมนตรีเรียกว่า ระเบียบวาระจร ประกอบด้วยเรื่องพิจารณาและเรื่องเพื่อทราบ

ซึ่งส่วนราชการเจ้าของเรื่องเห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องเสนอเรื่องต่อ คณะรัฐมนตรี โดยให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดเป็นผู้ลงนามเสนอเรื่องในที่ประชุม คณะรัฐมนตรีและลงนามในเอกสารที่แจ้งว่าเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ที่สมควรนำเสนอคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจร ซึ่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะนำเสนอต่อ คณะรัฐมนตรีต่อเมื่อนายกรัฐมนตรีได้อนุมัติแล้ว อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 แห่งพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 กำหนดให้อาจเสนอเรื่องได้โดยไม่ต้องส่งเอกสารวาระการประชุมล่วงหน้าได้ เฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน โดยอนุมัติของนายกรัฐมนตรี

การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจรนั้น ประกอบด้วย 3 ขั้นตอนหลัก ดังนี้

### **ขั้นตอนที่ 1 การรับเรื่อง**

การรับเรื่องที่เสนอเป็นวาระจร อาจจำแนกตามระยะเวลาการเสนอ เรื่องมาที่ สลค. เป็นสองกรณี

**กรณีที่เสนอก่อนวันประชุม** เรื่องที่เสนอมาก่อนวันประชุมและ สลค. ได้ทำบันทึกสรุปเรื่องและเสนอไปแล้ว โดยเรื่องที่เสนอมายู่ในขั้นตอน รอกการอนุมัติจากนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรี ให้นำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี หากเป็นเรื่องที่เข้าข่ายมาตรา 9 สำนัก/กองจะประสานติดตามเรื่องจากเจ้าหน้าที่ ของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรี เพื่อมาดำเนินการเสนอเป็นวาระจร ทั้งนี้ เลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้พิจารณาก่อนเสนอนายกรัฐมนตรีเสนอเป็นอนุมัติ เป็นวาระจร ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่จะตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของเรื่อง ให้สอดคล้องกับพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

อย่างไรก็ตาม หากเป็นเรื่องที่ต้องขอความเห็นประกอบการพิจารณา ของคณะรัฐมนตรี สำนักเจ้าของเรื่องจะถามความเห็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและ นำเรื่องเสนอเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนเสนอนายกรัฐมนตรีอนุมัติ เป็นวาระจร เมื่อนายกรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติให้บรรจุเรื่องเป็นวาระจร สลค. จะส่ง เรื่องให้กองการประชุมคณะรัฐมนตรีดำเนินการจัดเข้าระเบียบวาระการประชุม ต่อไป

**กรณีเรื่องเสนอในวันประชุม** หรืออาจเรียกว่า เรื่องใหม่ เป็นเรื่องที่ ส่วนราชการส่งมาที่ สลค. ในวันที่มีการประชุมคณะรัฐมนตรี กรณีนี้ สลค. จะรับเรื่อง ที่ฝ่ายประสานงานหน้าห้องประชุมคณะรัฐมนตรี และเจ้าหน้าที่ส่วนราชการเจ้าของ เรื่องต้องกรอกแบบเสนอเรื่องเป็นวาระจร และรัฐมนตรีเจ้าสังกัดจะต้องลงนาม เพื่อเสนอนายกรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บรรจุเรื่องนั้นเป็นวาระจร อย่างไรก็ตามรัฐมนตรีเจ้าของเรื่องอาจส่งเรื่องให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้โดยตรง ซึ่งเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะให้เจ้าหน้าที่จัดทำสำเนาส่งทีมจร เพื่อวิเคราะห์เรื่องและตรวจสอบความถูกต้อง ครบถ้วนของเอกสารอีกครั้งหนึ่ง และให้เลขานุการของเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเตรียมเสนอเรื่องเป็นวาระจร เพื่อเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนเสนอนายกรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติ เป็นวาระจร เมื่อนายกรัฐมนตรีได้อนุมัติให้บรรจุเรื่องเป็นวาระจรแล้ว สลค. จะส่งเรื่อง ไปให้กองประชุมดำเนินการจัดเข้าระเบียบวาระการประชุมต่อไป

## ขั้นตอนที่ 2 การวิเคราะห์เรื่อง

เมื่อ สลค. ได้รับเรื่องแล้วจะนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการวิเคราะห์ เรื่องและพิจารณาจัดระดับความสำคัญของเรื่องว่าเรื่องใดสมควรจัดเป็นวาระจร หรือวาระปกติ โดยจะมีการพิจารณาตามปัจจัยที่ว่ามีผลกระทบต่อการแก้ไขปัญหา ของประเทศชาติและประชาชนที่สำคัญหรือไม่

ปัจจัยที่ 1 ความจำเป็นเร่งด่วน และเหตุผลที่ไม่สามารถดำเนินการ ได้ล่วงหน้า

ปัจจัยที่ 2 กรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์ ของประเทศหรือประชาชน

ปัจจัยที่ 3 การรักษาความลับของทางราชการ

ปัจจัยที่ 4 ผลกระทบอันมีนัยสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ใน 4 ด้าน คือ ด้านการเมืองภายในประเทศ ด้านการเมืองระหว่างประเทศ ด้านเศรษฐกิจ ด้านสังคม

โดยการจัดความสำคัญของเรื่องที่มีการเสนอเป็นวาระจรมัน มีความ สำคัญเนื่องจากเพื่อให้เรื่องที่มีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและ เพื่อประโยชน์ของประเทศหรือของประชาชนได้รับการพิจารณาก่อน ทั้งนี้

การจัดความสำคัญของเรื่อง แบ่งได้สามระดับ คือ *ระดับสำคัญ* หมายความว่า เรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วนซึ่งไม่สามารถดำเนินการได้ล่วงหน้า เรื่องที่เสนอเป็นวาระจรในระดับนี้ เข้าเกณฑ์ปัจจัยที่ 1 เพียงปัจจัยเดียวก็เพียงพอ *ระดับสำคัญมาก* คือ เรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งไม่สามารถดำเนินการได้ล่วงหน้าและเป็นกรณีฉุกเฉินและมีความจำเป็นเพื่อรักษาประโยชน์สำคัญของประเทศหรือประชาชน หรือเรื่องที่มีผลกระทบนัยสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เรื่องที่เสนอในระดับนี้จะต้องเข้าเกณฑ์ปัจจัยที่ 1 ร่วมกับปัจจัยที่ 2 หรือปัจจัยที่ 4 ข้อใดข้อหนึ่ง *ระดับสำคัญมากที่สุด* คือ เรื่องที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ไม่สามารถดำเนินการได้ล่วงหน้าและเป็นความลับของทางราชการ หรือเรื่องที่มีผลกระทบอันมีนัยสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน หรือเป็นความลับของทางราชการและมีผลกระทบอันมีนัยสำคัญต่อการบริหารราชการแผ่นดิน โดยจะเข้าเกณฑ์ปัจจัยที่ 1 ร่วมกับปัจจัยที่ 3 หรือ 4 ข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อรวมกันก็ได้

เมื่อเรื่องที่เป็นวาระจรถูกจัดระดับความสำคัญแล้ว เลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะทำเรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุดเสนอนายกรัฐมนตรีพิจารณา ก่อนทำให้การแก้ไขปัญหาของประเทศและประชาชนเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทันเวลา บรรเทาความเสียหายที่จะเกิดขึ้นและรักษาผลประโยชน์ของประเทศไว้ได้

### **ขั้นตอนที่ 3 การเสนอเรื่อง**

ในการเสนอเรื่องเป็นวาระจรต่อนายกรัฐมนตรี สลค. จะจัดเตรียมเรื่องตามระดับความสำคัญและจะประทับตราวาระจรแทนการจดบันทึกเพื่อเสนอเรื่องได้ทันเวลา ตราประทับวาระจรจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจร และเมื่อนายกรัฐมนตรีได้สั่งการบรรจุเรื่องเข้าสู่การประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจรแล้ว กองการประชุมคณะรัฐมนตรีจะดำเนินการจัดเตรียมระเบียบวาระการประชุมตามข้อเสนอรื่องนั้นๆ ต่อไป

อย่างไรก็ตาม เมื่อเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ถูกจัดเป็นวาระจรในระเบียบวาระการประชุม คณะรัฐมนตรีก็จะดำเนินการประชุมจนได้ผลของการประชุมที่เรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” เช่นเดียวกับกับเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีในกรณีทั่วไป โดยสรุปผลของการประชุมของคณะรัฐมนตรี จะจัดทำขึ้นโดย สลค. ซึ่งเป็นฝ่ายเลขานุการ โดยการจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี

จะประกอบไปด้วย การกล่าวรายงานของเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำคัญของเรื่อง ความเห็นของส่วนราชการ ข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีที่ให้นโยบายมติคณะรัฐมนตรี และสุดท้ายคือ มติคณะรัฐมนตรีโดยยึดตามหนังสือยืนยันมติคณะรัฐมนตรี<sup>329</sup>

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าวาระจรมีหลักการปฏิบัติงานเกี่ยวกับวาระจรถูกกำหนดตามมติคณะรัฐมนตรี คือ

1. ในการประชุมคณะรัฐมนตรีควรมีจำนวนเรื่องที่คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาเหมาะสมกับระยะเวลาที่ใช้ในการประชุมคณะรัฐมนตรีแต่ละครั้ง

2. การส่งเรื่องไปยัง สลค. ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องส่งเรื่องไปยัง สลค. ล่วงหน้า

3. ไม่ควรเสนอเรื่องใดๆ มาในเวลากระชั้นชิดจนต้องนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นวาระจรถูก

4. ให้มีเรื่องที่เสนอคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจรถูกได้เท่าที่จำเป็นตามนัยพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

5. เพื่อให้การตัดสินใจของคณะรัฐมนตรีเป็นไปอย่างรอบคอบ โดยไม่ควรเสนอเรื่องมาเพื่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาเป็นวาระจรถูก ยกเว้นเป็นเรื่องที่มีลักษณะสอดคล้องกับปัจจัยที่แสดงถึงความเร่งด่วน

6. หากมีเรื่องจำเป็นเร่งด่วนต้องเสนอคณะรัฐมนตรีเป็นวาระจรถูกขอให้รัฐมนตรีเจ้าของเรื่องแจ้งข้อมูลให้นายกรัฐมนตรีทราบเป็นการภายในล่วงหน้า โดยด่วนก่อนวันประชุมคณะรัฐมนตรี ส่วนการเสนอเรื่องอย่างเป็นทางการให้หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องส่งให้ สลค. ภายในเวลา 09.00 น.

7. ให้ สลค. ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานของรัฐถือปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัด

<sup>329</sup> กองการประชุมคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, คู่มือการจัดทำสรุปผลการประชุมคณะรัฐมนตรี, มีนาคม 2559, หน้า 1-89.

## 4.2 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี

โดยหลักแล้วการจัดทำมติคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ต้องตรวจสอบข้อมูลและถ้อยคำต่าง ๆ ที่จะปรากฏในมติคณะรัฐมนตรี เช่น มติคณะรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง ชื่อกฎหมาย คำศัพท์วิชาการ ชื่อคณะกรรมการ ชื่อหน่วยงาน ชื่อโครงการ ชื่อสถานที่ ชื่อการประชุม วันที่เกิดเหตุการณ์ ก่อนเสนอร่างมติคณะรัฐมนตรีให้รัฐมนตรีที่คณะรัฐมนตรีมอบหมายให้เป็นผู้ตรวจพิจารณา ร่างมติคณะรัฐมนตรี ตรวจสอบและลงนามรับรองความถูกต้องก่อนนำไปจัดทำหนังสือแจ้งมติคณะรัฐมนตรี ต่อไป<sup>330</sup>

แต่ในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ในกระบวนการตรวจสอบภายในองค์กรนั้นพบว่า มิได้มีระเบียบหรือคู่มือใดกำหนดกระบวนการดังกล่าวเอาไว้โดยชัดเจน มีเพียงกระบวนการ กลไกที่กฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญวางหลักการไว้ ดังนี้

### 4.2.1 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล

เมื่อคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ก็ย่อมที่จะถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล ถือเป็นกรกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในด้านนโยบายในการบริหารประเทศหรือในทางรัฐประศาสนนโยบาย ซึ่งเป็นอำนาจทางการเมืองโดยแท้ จึงเป็นการใช้อำนาจที่ตรงกันข้ามกับการใช้อำนาจหน้าที่ที่เป็นการเฉพาะเจาะจงในการบังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สังกัดกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบหรือหน้าที่อื่น ๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย อันจะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะเห็นได้ว่า สถาบันที่มีหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล หรือเป็นการตรวจสอบ

<sup>330</sup> คณะทำงานศึกษามติคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, غام – ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี, สิงหาคม 2557, หน้า 1-22.

การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารนั้น คือ รัฐสภา โดยรัฐสภาเป็นสถาบันที่มีหน้าที่ในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน โดยรัฐธรรมนูญฯ ได้กำหนดวิธีการควบคุมตรวจสอบที่เรียกว่า การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การให้ความยินยอม ในกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา การตั้งคณะกรรมการ ดังนี้

#### **4.2.1.1 การตั้งกระทู้ถาม**

คำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาถามต่อนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เพื่อขอให้ตอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานของรัฐบาลในเรื่องใด ๆ โดยไม่มีการลงมติที่จะทำให้มีผลเปลี่ยนแปลงต่อการดำเนินของคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ใช้เพื่อควบคุมการบริหารงานของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลนั่นเอง ตามมาตรา 150 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

#### **4.2.1.2 การเปิดอภิปราย**

การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา ใช้สิทธิที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเสนอญัตติขอเปิดการอภิปราย โดยเป็นการกล่าวถ้อยคำในเชิงแสดงความคิดเห็นและปรึกษาหารือ ในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา โดยมีข้อบังคับการประชุมสภาเป็นกรอบกติกาบังคับการอภิปรายและประธานในที่ประชุมสภาเป็นผู้ดูแลอภิปรายเป็นไปโดยเรียบร้อย โดยปกติเมื่อเสร็จสิ้นการอภิปรายหรือที่เรียกว่าการปิดอภิปรายแล้วก็จะมีการลงมติเห็นชอบ รับรองหรือไม่เห็นชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง

#### **4.2.1.3 การตั้งคณะกรรมการ**

ตามมาตรา 129 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการสามัญ เพื่อกระทำกิจการพิจารณาสอบหาข้อเท็จจริงหรือศึกษาเรื่องใด ๆ และรายงานให้สภาทราบตามระยะเวลาที่สภากำหนด

การตั้งคณะกรรมการพิจารณาเพื่อกระทำกิจการ พิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภานั้น เป็นไปตามเจตนารมณ์ของสภาที่ต้องการจะให้พิจารณาศึกษาในรายละเอียดเพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ก่อนที่จะนำเสนอผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา โดยมีมติ

ความเห็นชอบของสภาผ่านไปยังคณะรัฐมนตรีต่อไป และถือว่าการพิจารณาศึกษา หรือสอบสวนประเด็นปัญหาหรืออุบัติเหตุ ใดๆ ของคณะกรรมการตามที่ สภา มอบหมายนั้นเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินรูปแบบหนึ่ง ผลการพิจารณาเป็นเพียงข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านสภาไปยังฝ่ายบริหารเท่านั้นมิได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

#### 4.2.1.4 การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดิน

การควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณของแผ่นดินเป็นกระบวนการ ควบคุมการดำเนินงานคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลฝ่ายบริหารของสภาที่ใช้มา เป็นระยะเวลาอันยาวนานจนถึงปัจจุบัน คือ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติ งบประมาณรายจ่ายประจำปี ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่าย ซึ่งหมายความว่า งบประมาณรายจ่าย ประจำปีใด ใดๆ ของฝ่ายบริหารก่อนที่จะนำมาใช้บังคับนั้น จะต้องได้รับการพิจารณา อนุมัติจากสภาก่อน

#### 4.2.1.5 การให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญากับนานา ประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

ตามมาตรา 178 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดว่า หนังสือสัญญาที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ ได้แก่ หนังสือ สัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือหนังสือสัญญาอื่นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศ อย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

#### 4.2.2 มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง

โดยปกติมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองมักอยู่ภายใต้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง แต่มีมติคณะรัฐมนตรีบางประเภทที่ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้โดยตรง คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นขั้นตอนในการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครอง มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นนโยบายหรือแนวปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจ และ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นมาตรการภายในฝ่ายบริหาร

โดยเฉพาะการตรวจสอบมติคณะรัฐมนตรีประเภทดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับ  
ภายในฝ่ายบริหารว่า มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นแนวนโยบายหรือแนวปฏิบัตินั้น  
ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานหรือถูกต้องเหมาะสมกับวัตถุประสงค์  
ของการที่จะจำกัดกรอบอำนาจดุลพินิจขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือไม่  
ซึ่งการที่ฝ่ายปกครองจะยอมรับแนวปฏิบัติมาใช้เพื่ออ้างอิงในการใช้อำนาจดุลพินิจได้  
มีหลักในการพิจารณาว่า

(1) แนวปฏิบัติชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ แนวปฏิบัติมีเนื้อหา  
ข้อความขัดหรือแย้งกับกฎหมายหรือไม่ ซึ่งกฎหมายในที่นี้หมายถึงกฎหมาย  
ในระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั่นเอง

(2) การให้นำหนักแก่แนวปฏิบัติ เพราะความที่แนวปฏิบัติมีลักษณะ  
แตกต่างกันไปจากกฎหมายลำดับรอง เพราะหากเป็นกฎหมายลำดับรองแล้วก็จะ  
ต้องใช้กับทุกกรณีเหมือนกันหมดจะยกเว้นผลบังคับในกรณีเฉพาะเรื่องไม่ได้ ตราบใด  
ที่กฎหมายลำดับรองนั้นยังมีผลใช้บังคับอยู่การที่จะทำให้น้ำหนักหรือความสำคัญ  
กับแนวปฏิบัติมีผลต่อการใช้ดุลพินิจ

เช่นเดียวกันกับมติคณะรัฐมนตรีที่มีสภาพเป็นมาตรการภายในฝ่ายบริหาร  
ที่คณะรัฐมนตรีซึ่งถือเป็นองค์กรสูงสุดในฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจในฐานะที่เป็น  
ผู้บังคับบัญชาออกมาตรการภายในขึ้นใช้บังคับ แม้ไม่อาจถูกตรวจสอบความชอบ  
ด้วยกฎหมายโดยศาลได้ในกรณีนี้ ฝ่ายบริหารเองก็ต้องพิจารณาถึงความชอบ  
ด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกำหนดมาตรการภายในของฝ่ายบริหาร  
ซึ่งในกรณีของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย  
อาจจะเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองเป็นผู้ตรวจสอบหรือพบเห็นถึง  
ความบกพร่อง ความไม่สมบูรณ์ หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ  
ทางปกครอง โดยที่ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองนั้นอาจจะเลือกใช้วิธีการในการ  
เยียวยาความบกพร่องของการกระทำทางปกครองนั้น หรือตัดสินใจยกเลิกหรือ  
เพิกถอนการกระทำทางปกครองนั่นเอง<sup>331</sup>

<sup>331</sup> มาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

อย่างไรก็ตาม กระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ก่อนจึงถึงขั้นตอนกระบวนการตรวจสอบโดยศาล มีกระบวนการตรวจสอบจากหน่วยงานที่ต้องปฏิบัติตามหรือมีผลผูกพันกับมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว โดยหากว่าหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีใดแล้วพบว่ามติคณะรัฐมนตรีนั้นขัดหรือแย้งกับกฎหมาย จะต้องดำเนินการ ดังต่อไปนี้<sup>332</sup>

(1) กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติในเชิงนโยบายให้ดำเนินการเรื่องใด ซึ่งมีกฎหมายที่เป็นอุปสรรคในการดำเนินการ หน่วยงานของรัฐก็ยังไม่สามารถดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นได้จนกว่าจะแก้ไขกฎหมาย เพื่อให้เกิดอำนาจในการดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเสียก่อน

(2) กรณีที่หน่วยงานของรัฐพบว่ามติของคณะรัฐมนตรีที่เคยปฏิบัติอยู่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายให้หน่วยงานของรัฐเสนอขอปรับปรุงหรือขอยกเลิกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย

#### 4.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตุลาการ

ปัจจุบันภายใต้ระบบโลกาภิวัตน์ (Globalization) มีส่วนสำคัญทำให้หลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ พัฒนามาสู่การมีหลักการร่วมกันของบรรดาระัฐเสรีประชาธิปไตย ในประเทศที่มีหลักการปกครองด้วยกฎหมายหรือนิติรัฐ หรือนิติธรรม อย่างเช่นในประเทศไทย ซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ความว่า การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญไทยมีจุดมุ่งหมายให้ใช้หลักนิติธรรมเพื่อจำกัดอำนาจรัฐหรือเพื่อผูกพันการใช้อำนาจรัฐต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย<sup>333</sup>

<sup>332</sup> คณะทำงานศึกษามติคณะรัฐมนตรี สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, ถาม – ตอบ เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี, หน้า 1-22.

<sup>333</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, นิติธรรมในฐานะ “เกอท์” จำกัดอำนาจรัฐ, เข้าถึงได้จาก <https://graduate.sru.ac.th/wp-content/uploads/2018/11/Rule-of-law.pdf>

หลักการที่เป็นแก่นสาระสำคัญของหลัก “นิติธรรม” หรือ “นิติรัฐ” มีสาระและองค์ประกอบหลายประการ โดยหลักสำคัญประการหนึ่ง คือ หลักการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย กล่าวคือ การตรวจสอบว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายใดที่ขัดหรือแย้งหรือไม่ สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญหรือไม่ กล่าวได้ว่า นอกจากเป็นระบบและกลไกตรวจสอบอำนาจนิติบัญญัติว่าเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ อย่างไรแล้ว ในอีกมิติถือว่าเป็นระบบที่เป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนไปพร้อมกันด้วย ในแง่หลักการแล้วเป็นการสร้างระบบป้องกันแก้ไขปัญหาว่า “กฎหมาย” ที่ผ่านนิติบัญญัติออกมานั้นไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดรับรองไว้ โดยที่มีองค์กรพิจารณาชี้ขาดกรณีดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่มีชื่ออื่นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตามแต่จะออกแบบ ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวเรียกว่า “การควบคุมความชอบตามรัฐธรรมนูญของกฎหมาย” นั้น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้มีการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ หลักการประกันและข้อจำกัดสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครองไว้ นั้นสามารถนำไปใช้ปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรม หน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ

(1) การควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้บังคับ

การตรวจสอบร่างกฎหมายอยู่ในกระบวนการตรากฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์หลัก คือ การป้องกันมิให้ร่างกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กระบวนการในการตรวจสอบศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจควบคุมได้ทั้งเนื้อหาของกฎหมาย และวิธีการในการตรากฎหมาย ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมตรวจสอบร่างกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นวิธีการหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลมีอำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

ของประชาชนในลักษณะป้องกัน โดยร่างกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>334</sup>

(2) การตรวจสอบกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ

ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังประกาศใช้บังคับ โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยการใช้สิทธิต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว ทั้งนี้ การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังการประกาศใช้บังคับโดยศาลรัฐธรรมนูญ สามารถสรุปช่องทางที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประกอบด้วย

1. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับ โดยผ่านกระบวนการศาล (ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร) ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212

2. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับ โดยผ่านกระบวนการผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230

3. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับ โดยผ่านกระบวนการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน มาตรา 247

4. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหลังกฎหมายประกาศใช้บังคับ โดยบุคคลยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังประกาศใช้บังคับนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 4/2542 ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่าขัดหรือแย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ จะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น และ

<sup>334</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, การให้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2546, หน้า 160.

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26-34/2545 ว่า การที่ผู้ร้องโต้แย้งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยไม่ได้โต้แย้งว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในประเด็นนี้ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ดังนั้น เครื่องมือหรือกลไกที่เป็นรูปธรรมสำหรับการตรวจสอบว่ากฎหมายหรือร่างกฎหมายหรือการกระทำใดมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญมีความศักดิ์สิทธิ์ในแง่ของการบังคับใช้จริง รวมทั้งดำรงอยู่ในฐานะสูงสุดในระบบกฎหมายของประเทศ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยในหัวข้อนี้จะพิจารณาการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ดังต่อไปนี้

#### 4.3.1 หลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหาร

การปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหารซึ่งประกอบด้วยคณะรัฐมนตรีและหน่วยงานของรัฐหรือฝ่ายปกครอง ซึ่งมีการกิจในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนนั้น การจะดำเนินการจัดทำภารกิจดังกล่าวให้สำเร็จได้ จำเป็นที่ฝ่ายบริหารต้องใช้อำนาจมหาชนซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งต้องมีกฎหมายเป็นฐานอำนาจรับรองให้ดำเนินการได้ ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารเพื่อให้การใช้อำนาจมหาชนของฝ่ายบริหารมีฐานทางกฎหมายรองรับและอยู่ภายในกรอบของกฎหมายไม่ไปกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

##### 4.3.1.1 หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (Supremacy of the Constitution) ซึ่งเป็นผลของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ เนื่องจากหากได้พิเคราะห์โดยทฤษฎีบริสุทธิแห่งกฎหมายที่ว่า กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎหมายอื่น ย่อมสูงกว่ากฎหมายที่ออกมา และจากการที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายที่มีที่มาจากอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์กรทางการเมือง และเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นมาทั้งระบบ โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดถึงองค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองในการปกครองรัฐ และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตลอดจนกำหนดรับรองและคุ้มครอง

สิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ที่อยู่เหนือกฎเกณฑ์อื่นทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น

กล่าวคือ รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายที่ออกตามอำนาจแห่งรัฐธรรมนูญหรือลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญไม่สามารถขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญได้<sup>335</sup> รวมทั้งการกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมที่มีกระบวนการแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาเพื่อเป็นหลักประกันให้สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีความเป็นสูงสุดมิให้มีการออกกฎหมายมาล่วงละเมิดอำนาจนี้ได้ ในตะวันตกเรียกอำนาจดังกล่าวว่า “judicial Review Power” ซึ่งเป็นอำนาจที่ใช้รัฐธรรมนูญให้เกิดในทางปฏิบัติและทำให้รัฐธรรมนูญเป็นจริงเป็นจังมีอำนาจประกาศิตสมกับการที่มีการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักประกันสูงสุด และจากนัยของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมที่ต้องกำหนดถึงกลไกในการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปอย่างชอบธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอันเป็นหลักประกันสูงสุด และจากนัยของทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยมที่ต้องกำหนดถึงกลไกในการใช้อำนาจรัฐให้เป็นไปอย่างชอบธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ ผนวกกับผลของความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญจึงทำให้การใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญได้รับหลักประกันที่จะไม่ถูกลบล้างโดยกฎเกณฑ์ที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญได้<sup>336</sup>

การดำรงสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ด้วยการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้นั้น มีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์แห่งหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญที่มาจากรากฐานตามแนวคิด เรื่องลำดับชั้นของกฎหมายที่ถือกันว่ากฎหมายนั้นมีหลายรูปแบบย่อมต้องมีรูปแบบหนึ่งที่เหมาะสมว่าอยู่สูงกว่ารูปแบบอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม ใด ๆ ก็ดี เรื่องลำดับชั้นของกฎหมายก็ได้ถูกพัฒนาการมาจากแนวคิดและทฤษฎีทางกฎหมายโดยประกอบด้วยแนวคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายบ้านเมือง

<sup>335</sup> วุฒิชัย จิตदान, สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก, 2545, หน้า 18.

<sup>336</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 143.

ทฤษฎีสัญญาประชาคม และพัฒนาการจากแนวคิดในเรื่องลำดับชั้นของกฎหมาย ด้วยกันเองในภาคพื้นยุโรป ในเรื่องของหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ได้ก่อให้เกิดผลตั้งคำถามถึงความต่าง ๆ ที่อธิบายเกี่ยวกับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ประกอบด้วย ดังนี้

### (1) ความหมายแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ทั้งหมดที่รัฐนั้นจะต้องปฏิบัติตาม ทำให้รัฐธรรมนูญมีคุณค่าหรือลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎเกณฑ์อื่นของรัฐทั้งหมด โดยได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะไม่อาจบังคับใช้ได้ต่อไป จึงมีผลทำให้รัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐ มีลำดับศักดิ์อยู่เหนือกฎหมายอื่นใด<sup>337</sup>

### (2) ผลความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

หลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งมีผลเสียเปล่ามาแต่เริ่มต้นหรือทำให้ไม่มีผลบังคับในเวลาต่อมา อนึ่งหลักแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญนี้ยังได้ก่อให้เกิดผลแห่งความผูกพันเพื่อความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญที่จะต้องมีความสัมพันธ์กับบทบัญญัติของกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่ กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้และการแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ซึ่งมีกระบวนการอย่างหนึ่งในการสร้างกลไกเพื่อคุ้มครองรัฐธรรมนูญ<sup>338</sup> ดังนี้

1. กฎหมายอื่นใดในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้เป็นการประกันสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญมีสถานะเหนือกว่ากฎหมายทั้งปวงแล้ว ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะมีอยู่ก่อนหรือหลังจากประกาศใช้รัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม กฎหมายดังกล่าวจะขัดหรือแย้งต่อ

<sup>337</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/ นิติรัฐ ในสถานะเกณฑ์จำกัดอำนาจรัฐ, หน้า 47.

<sup>338</sup> อัจฉนา พึ่งเย็น, การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), หน้า 38-39.

รัฐธรรมนูญมิได้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าหากยอมให้กฎหมายอื่นใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมไร้ผลไปและกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นอาจวางหลักเกณฑ์ใหม่แทนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้แล้ว ซึ่งจะเป็นการขยายอำนาจให้กับองค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภาในการตรากฎหมาย<sup>339</sup>

## 2. การแก้ไขรัฐธรรมนูญทำได้ยากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายพื้นฐานของรัฐที่ก่อตั้งอำนาจแห่งรัฐและกำหนดกรอบการใช้อำนาจรัฐรวมทั้งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ และระหว่างรัฐกับประชาชน กฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับในรัฐล้วนมีกระบวนการที่ต้องอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การที่จะพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องสำคัญและจะต้องกระทำได้โดยยากยิ่งกว่าการแก้ไขกฎหมายทั่วไป ในส่วนขององค์กรที่จะเข้ามามีอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น ด้วยเหตุที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญภายใต้อำนาจอธิปไตยแห่งรัฐซึ่งถูกก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในทางทฤษฎีเรื่องอำนาจของการก่อตั้งองค์กรสูงสุดที่จะมีอำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นองค์กรที่ให้รัฐธรรมนูญนั้น แต่องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งสาม อันประกอบด้วย องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการนั้นมีฐานะที่ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญจึงไม่อาจเป็นองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ อาจทำได้เพียงเป็นองค์กรที่เสนอแนะสภาพปัญหาและวางแนวทางในการขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้น

### (3) การคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เครื่องมือที่ทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ<sup>340</sup> ประกอบไปด้วยเครื่องมือดังต่อไปนี้

#### 1. การทำให้รัฐธรรมนูญแก้ไขยาก

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งอำนาจรัฐ แบ่งแยกอำนาจรัฐและจำกัดขอบเขตของอำนาจรัฐ รวมทั้งกำหนดหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลาย

<sup>339</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 18-23.

<sup>340</sup> บรรเจิด สิงคนะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะเกณฑ์จำกัดอำนาจรัฐ, หน้า 51-53.

จึงมีพื้นฐานและอยู่ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติของกฎหมายทั้งหลายที่บัญญัติโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐล้วนมีพื้นฐานและอยู่ในขอบเขตของรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงควรจะให้แก้ไขยากกว่าบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ดังนั้น หากองค์กรนิติบัญญัติสามารถจะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้เช่นเดียวกับวิธีการแก้ไขกฎหมายธรรมดา ในกรณีของการแก้ไขกฎหมายย่อมมีหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขได้โดยวิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยที่การแก้ไขรัฐธรรมนูญไม่อาจใช้วิธีการเดียวกับการแก้ไขกฎหมายธรรมดา โดยเหตุนี้การแก้ไขรัฐธรรมนูญจึงกำหนดให้เป็นสิทธิขององค์กรผู้ให้รัฐธรรมนูญ

## 2. การให้สิทธิในการต่อต้าน

ความมั่นคงของรัฐธรรมนูญย่อมขึ้นอยู่กับความผูกพันขององค์กรของรัฐที่มีต่อรัฐธรรมนูญ ในที่นี้จึงเป็นการเชื่อมโยงความมั่นคงของรัฐธรรมนูญกับสิทธิการต่อต้าน ซึ่งอย่างน้อยที่สุดย่อมมีความสำคัญในทางทฤษฎี สิทธิในการต่อต้านได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านผู้ปกครอง ซึ่งปกครองโดยไม่ชอบ แต่การใช้สิทธิดังกล่าวไม่อาจกระทำได้หากเป็นการต่อต้านการปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการปกครองโดยพระราช

ตัวอย่างของการบัญญัติสิทธิในการต่อต้านในรัฐธรรมนูญ เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 65 กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิต่อต้านโดยสันติวิธีซึ่งการกระทำใด ๆ ที่เป็นไปเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”

## 3. หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจย่อมเรียกร้องความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งแบ่งเนื้อหาหรือแบ่งภารกิจของการใช้อำนาจรัฐ การแบ่งแยกอำนาจ หรือแบ่งแยกภารกิจของรัฐ ย่อมทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การควบคุมรัฐโดยใช้หลัก Checks and balances ซึ่งเป็นหลักที่มีเป้าหมายอยู่ที่การทำให้เกิดความมั่นคงต่อความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักการ

สำคัญของรัฐธรรมนูญ การนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้ปรากฏอย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญของอเมริกา ค.ศ. 1787 ความเป็นไปได้ของหลักการแบ่งแยกอำนาจนำไปใช้ได้อย่างหลากหลาย หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบประธานาธิบดีย่อมแตกต่างไปจากหลักการแบ่งแยกอำนาจในระบบรัฐบาลภายใต้ระบบรัฐสภา

#### 4. การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

พัฒนาการของการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น เป็นประเด็นที่มีความเห็นขัดแย้งกันอย่างยิ่ง ฝ่ายที่เห็นด้วยการให้ศาลเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายมีความเห็นว่าศาลสามารถทำให้เกิดความมั่นคงต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ เพราะตามหลักการแบ่งแยกอำนาจศาลเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นองค์กรที่เป็นอิสระในการวินิจฉัยกฎหมาย ภาระหน้าที่ดังกล่าวจึงมีการขยายขอบเขตเพื่อคุ้มครองต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย ตามความเห็นของ Sieyès ได้เรียกร้องว่าการคุ้มครองรัฐธรรมนูญให้กระทำโดยศาลรัฐธรรมนูญ แต่ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการให้ศาลมาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็อ้างหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยอ้างว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจห้ามมิให้อำนาจรัฐอำนาจหนึ่งใช้อำนาจเหนืออำนาจรัฐอีกอำนาจหนึ่ง หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร้องว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายย่อมอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกันในส่วนที่สัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐต่าง ๆ ย่อมมีความอิสระภายใต้ความเห็นของตนเองในการที่จะตีความรัฐธรรมนูญ ความอันตรายที่ให้ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย คือ การทำให้อำนาจของศาลกลายเป็นการใช้อำนาจทางการเมือง<sup>341</sup>

#### 4.3.1.2 การควบคุมตรวจสอบการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นฉบับปัจจุบัน เป็นองค์กรของรัฐ

<sup>341</sup> นพดล เสงเจริญ, ศาลรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน, ในรวมบทความวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), 2544, หน้า 23.

ที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับการกิจของรัฐตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และกฎหมาย โดยองค์กรของรัฐเหล่านี้จะมีหลักประกันให้สามารถปฏิบัติภารกิจได้ โดยอิสระ พ้นจากการแทรกแซงขององค์กรของรัฐอื่นหรือสถาบันทางการเมืองอื่น ๆ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีดังต่อไปนี้

**(1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.)**

เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลและจัดให้มีการเลือกตั้งรวมถึงการออกเสียง ประชามติให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 224 กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนี้

1) จัดหรือดำเนินการให้มีการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎร การเลือกสมาชิกวุฒิสภา การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหาร ท้องถิ่น และการออกเสียงประชามติ

2) ควบคุมดูแลการเลือกตั้งและการเลือกตั้งตาม (1) ให้เป็นไป โดยสุจริตและเที่ยงธรรมและควบคุมดูแลการออกเสียงประชามติให้เป็นไปโดยชอบ ด้วยกฎหมาย เพื่อการนี้ ให้มีอำนาจสืบสวนหรือไต่สวนได้ตามที่จำเป็นหรือที่เห็น สมควร

3) เมื่อผลการสืบสวนหรือไต่สวนตาม (2) หรือเมื่อพบเห็น การกระทำที่มีเหตุอันควรสงสัยว่า การเลือกตั้งหรือการเลือกตั้งตาม (1) มิได้เป็นไป โดยสุจริตหรือเที่ยงธรรม หรือการออกเสียงประชามติเป็นไปโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ให้มีอำนาจสั่งระงับ ยับยั้ง แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการเลือกตั้งหรือการเลือก หรือการออกเสียงประชามติ และสั่งให้ดำเนินการเลือกตั้ง เลือก หรือออกเสียง ประชามติใหม่ในหน่วยเลือกตั้งบางหน่วย หรือทุกหน่วย

4) สั่งระงับการใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้ง หรือผู้สมัครรับเลือกตั้งตาม (1) ไว้เป็นการชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกินหนึ่งปี เมื่อมี หลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้นั้นกระทำการหรือรู้เห็นกับการกระทำของบุคคลอื่น ที่มีลักษณะเป็นการทุจริต หรือทำให้การเลือกตั้งหรือการเลือกมิได้เป็นไปโดยสุจริต หรือเที่ยงธรรม

5) ดูแลการดำเนินงานของพรรคการเมืองให้เป็นไปตามกฎหมาย

6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

## (2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน

มีหน้าที่ในการดูแลแก้ไขปัญหาและหาทางเยียวยาความเดือดร้อนของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 230 กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน ดังนี้

1) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใด ๆ บรรดาที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม แก่ประชาชน หรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

2) แสวงหาข้อเท็จจริงเมื่อเห็นว่ามิผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้จัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น

3) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้ทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมีได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วน ตามหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ

## (3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(ป.ป.ช.)

เป็นองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแล ตรวจสอบพฤติกรรมการทุจริตหรือประพฤติมิชอบในหน่วยงานของรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดังนี้

1) ไต่สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ใดมีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหรือฝ่าฝืน

หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง เพื่อดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

2) ไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายแรงผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

3) กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ รวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

4) หน้าที่และอำนาจอื่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

#### **(4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (คตง.)**

มีหน้าที่ตรวจสอบการใช้เงินงบประมาณของหน่วยงานรัฐ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 240 กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ดังนี้

- 1) วางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน
- 2) กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน
- 3) กำกับการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตาม (1) และ (2) และกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงิน การคลังของรัฐ
- 4) ให้คำปรึกษา แนะนำ หรือเสนอแนะเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ รวมทั้งการให้คำแนะนำแก่หน่วยงานของรัฐในการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน

5) สั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมาย  
ว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ

#### (5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

องค์กรที่มีหน้าที่ดูแล ตรวจสอบไม่ให้มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน  
โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 247 กำหนดอำนาจ  
หน้าที่ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ดังนี้

1) ตรวจสอบและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องเกี่ยวกับการ  
การละเมิดสิทธิมนุษยชนทุกกรณีโดยไม่ล่าช้าและเสนอแนะมาตรการหรือแนวทาง  
ที่เหมาะสมในการป้องกันหรือแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชน รวมทั้งการเยียวยา  
ผู้ได้รับความเสียหายจากการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน  
ที่เกี่ยวข้อง

2) จัดทำรายงานผลการประเมินสถานการณ์  
ด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศเสนอต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และเผยแพร่  
ต่อประชาชน

3) เสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการส่งเสริมและ  
คุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง  
การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย กฎ ระเบียบหรือคำสั่งใดๆ เพื่อให้สอดคล้องกับ  
หลักสิทธิมนุษยชน

4) ชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้า  
ในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์ เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่  
ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม

5) สร้างเสริมทุกภาคส่วนของสังคมให้ตระหนักถึงความ  
สำคัญของสิทธิมนุษยชน

6) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

#### 4.3.1.3 หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยองค์กรตุลาการ

รัฐบาลเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ  
แห่งราชอาณาจักรไทย โดยองค์กรประกอบฝ่ายบริหารมีองค์ประกอบดังนี้ ประการแรก

พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากพระมหากษัตริย์  
ไม่อาจถูกฟ้องร้องหรือถูกกล่าวหา และไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางการเมือง  
และกฎหมาย ดังนั้น พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้จำเป็นต้องให้คณะรัฐมนตรี  
ถวายคำแนะนำและลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเสมอ โดยคณะรัฐมนตรี  
จัดเป็นองค์กรของรัฐในลักษณะองค์กรกลุ่ม ในกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า  
พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจได้โดยมีเงื่อนไขให้คณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ  
และยินยอมเสียก่อน เช่น การตราพระราชกำหนดเป็นคำแนะนำที่ทำให้องค์กร  
ผู้รับคำแนะนำจำต้องทำตามคำแนะนำ ซึ่งผลของคำแนะนำดังกล่าวทำให้องค์กร  
ผู้มีอำนาจแท้จริงตามกฎหมาย คือ องค์กรผู้ให้คำแนะนำ (คณะรัฐมนตรี)  
**ประการที่สอง** คือ คณะรัฐมนตรี ประกอบด้วย นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอื่น  
อีกจำนวนไม่เกินสามสิบห้าคน **ประการที่สาม** นายกรัฐมนตรีและประการสุดท้าย  
คือ รัฐมนตรี

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาอำนาจรัฐที่ใช้กระทำการแล้ว องค์กรของรัฐ  
ฝ่ายบริหารสมัยใหม่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดั้งเดิมเท่านั้น  
แต่รวมถึงองค์กรอิสระด้วยเนื่องจากองค์กรอิสระได้รับมอบให้ใช้อำนาจบริหาร  
เช่นเดียวกัน โดยอำนาจรัฐที่องค์กรอิสระใช้กระทำการไม่ใช่อำนาจนิติบัญญัติ  
หรืออำนาจตุลาการแต่อย่างใด<sup>342</sup>

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งหมายถึง พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี  
นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ “รัฐบาล” (The Government)  
กับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative)  
กล่าวอีกนัยหนึ่ง รัฐบาล หมายถึง องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง ส่วนองค์กร  
ของรัฐฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หมายถึง องค์กรของรัฐ  
ฝ่ายบริหารฝ่ายประจำ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง เป็นองค์ประกอบ  
ส่วนบนของระบบราชการซึ่งกระทำการโดยข้าราชการการเมืองในแง่การกระทำ  
ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายการเมือง เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการ

<sup>342</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การกระทำทางปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,  
หน้า 9.

ดำเนินงานของรัฐบาลในทางนโยบาย และการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ตลอดจนการปฏิบัติการกิจอื่นในทางปกครองการบริหารส่วนนี้เรียกว่าการปกครอง<sup>343</sup>

ส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารฝ่ายประจำเป็นองค์ประกอบส่วนล่าง ซึ่งกระทำโดยข้าราชการประจำ ในส่วนองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง เป็นส่วนประกอบขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างแคบ

สำหรับองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองตามความหมายอย่างกว้าง นอกจากหมายถึงหน่วยงานของรัฐฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองแล้ว ยังรวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และหน่วยงานอิสระด้วย

เมื่อองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นได้ทั้งรัฐบาลและฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำในฐานะรัฐบาล การกระทำประเภทนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล (Government Act) กับการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำไปในฐานะเป็นฝ่ายปกครอง เป็นการกระทำทางปกครอง (Administrative Act) การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีได้เช่นเดียวกัน การกระทำทางปกครองจึงเป็นการกระทำประเภทหนึ่งของการใช้อำนาจทางบริหาร ทั้งนี้ การกระทำทางปกครองนอกเหนือจากการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแล้วรวมถึงเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย แต่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจเกิดขึ้นจากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้<sup>344</sup>

จากที่ได้กล่าวไปข้างต้น อาจกล่าวได้ว่า มติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรี อันเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน มติคณะรัฐมนตรีจึงเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่งที่จะทำให้เกิดการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีดำเนินการไปได้ โดยการแสดงออกซึ่งอำนาจดังกล่าวของคณะรัฐมนตรี อาจจะแสดงออกได้สองลักษณะคือ

<sup>343</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, การกระทำทางปกครอง, ใน อาจารย์ยิบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ, หน้า 137.

<sup>344</sup> เพิ่งอ้าง, หน้า 134-135.

เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล และมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง ซึ่งจะเห็นได้ว่า ทั้งสองลักษณะมิใช่การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติอันอาจจะก่อให้เกิดการควบคุมตรวจสอบการกระทำภายใต้การควบคุมความชอบตามรัฐธรรมนูญของกฎหมายได้เช่นเดียวกับการร่างกฎหมายหรือกฎหมายที่ใช้บังคับแล้ว แต่การตรวจสอบมติคณะรัฐมนตรีในสองลักษณะข้างต้นจะต้องอาศัยหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี โดยแบ่งเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล ดังต่อไปนี้

### (1) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กร

#### ตุลาการ

ฝ่ายปกครอง เป็นองค์กรที่รับภาระหน้าที่ที่มีความแตกต่างหลากหลาย อันเป็นภาระหน้าที่ที่มีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการดำเนินการโดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้น โดยทั่วไปแล้วเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเพื่อประโยชน์ของส่วนรวม และเป็นองค์กรที่จะต้องมีความรับผิดชอบในการดำเนินการ โดยในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ฝ่ายปกครองจะมีเครื่องมือสำคัญที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” คือ การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ๆ ที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ประกอบกับการกระทำทางปกครองตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานคือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย<sup>345</sup> กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบด้วยตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนจะต้องผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชน และต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ จึงต้องสามารถควบคุมตรวจสอบได้ว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยอาจเป็นการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครองเองหรือองค์กรภายนอกก็ได้ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ หรือ

<sup>345</sup> กมลชัย รัตนสกวาศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), 2551, หน้า 26-27.

โดยศาลปกครองนั้น เป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอก มีลักษณะเป็นการควบคุมแบบแก้ไขหรือการควบคุมภายหลังการดำเนินการเพื่อให้ประชาชนมีหลักประกัน ประชาชนผู้ถูกระทบสิทธิจะต้องสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ เพราะองค์กรตุลาการมีหลักประกันความเป็นอิสระ ประชาชนจึงได้รับหลักประกันว่าเรื่องของตนจะได้รับการพิจารณาอย่างถูกต้อง เป็นธรรม ปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรอื่น<sup>346</sup>

(1.1) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลปกครอง

การควบคุมโดยองค์กรตุลาการหรือศาล เนื่องจากศาลมีหลักประกันความเป็นอิสระในการวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ หากฟ้องคดีอย่างถูกต้อง ศาลก็มีหน้าที่ต้องพิจารณาพิพากษาคดีเสมอ ประชาชนจึงได้รับหลักประกันว่า “ทุกข์” หรือความเดือดร้อนของตนจะได้รับการเยียวยาในเวลาอันสมควร วิธีพิจารณาคดีของศาลก็เป็นไปโดยเปิดเผย สาธารณชนสามารถเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ คู่กรณีสามารถนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มานำเสนอสนับสนุนข้ออ้างข้อเถียงของตนและหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ รวมทั้งศาลต้องให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยคดีของตนทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้ปรากฏแก่คู่กรณีและสาธารณชนเสมอ<sup>347</sup> จึงเป็นหลักประกันได้ว่าศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจ โดยเฉพาะหากศาลนั้นเป็นศาลปกครองที่แยกระบบออกจากศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายเอกชน เนื่องจากศาลปกครองมีวิธีพิจารณาคดีที่ต่างจากการพิจารณาคดีตามกฎหมายเอกชน โดยคำนึงถึงการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครองที่มีอำนาจรัฐและความเป็นได้เปรียบเหนือเอกชน กระบวนพิจารณาในคดีปกครองจึงมุ่งสร้างความสมดุลในความไม่เสมอภาคระหว่างคู่กรณีที่เป็นฝ่ายปกครองกับเอกชน โดยใช้ระบบไต่สวนที่เน้นบทบาทของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อช่วยฝ่ายเอกชน ไม่ผลักระบบการนำเสนอข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานไปที่เอกชนผู้ฟ้องคดีเช่นในระบบวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะพยานหลักฐานส่วนใหญ่มักจะเป็นเอกสารที่อยู่ใ

<sup>346</sup> ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, หน้า 95.

<sup>347</sup> บรรศักดิ์ อูวรรณโณ “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 13 ตอน 2, พ.ศ. 2530 หน้า 14-16.

ความครอบครองของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการยากที่เอกชนจะสามารถนำเสนอเอกสารดังกล่าวต่อศาลได้ ค่าใช้จ่ายในการพิจารณาคดีปกครองก็จะถูกกว่า การพิจารณาคดีแพ่ง เพราะคดีส่วนใหญ่ของศาลปกครอง ไม่จำเป็นต้องมีนายความ เอกสารต่าง ๆ ไม่ต้องผ่านการรับรองของเจ้าหน้าที่ศาลเช่นในกระบวนการพิจารณาทางแพ่งซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียม สามารถส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนหรือส่งตามระบบราชการปกติได้ ค่าธรรมเนียมศาลก็ถูกกว่าในคดีแพ่ง วิธีพิจารณาคดีปกครอง จึงมีความเรียบง่าย รวดเร็ว และประหยัด<sup>348</sup>

ศาลปกครองจะควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในการปฏิบัติงานหรือดำเนินกิจการทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนทั้งในลักษณะที่เป็นการกระทำทางปกครองและสัญญาทางปกครอง โดยมีขอบเขตที่ต่างไปจากการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สามารถควบคุมได้ ทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์หรือความเหมาะสม ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่ศาลจะควบคุมเฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่เข้าไปควบคุมเรื่องความเหมาะสม<sup>349</sup> กล่าวคือ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจ ศาลปกครองจะตรวจสอบ แต่เพียงว่า การใช้อำนาจนั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากการใช้อำนาจนั้น เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองจะไม่ตรวจสอบว่า การใช้อำนาจนั้น มีความเหมาะสมหรือไม่ เช่น กรณีตัวอย่างของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21 ที่กล่าวแล้วว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจเลือก ที่จะปฏิบัติโดยการไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอน ใบอนุญาตทางใดทางหนึ่ง หากฝ่ายปกครองเลือกที่จะสั่งเพิกถอนใบอนุญาตโดยการ ใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบว่าการสั่ง เพิกถอนใบอนุญาตนั้นไม่เหมาะสม และให้สั่งพักใช้ใบอนุญาตแทน<sup>350</sup>

<sup>348</sup> โภคิน พลกุล, “รูปแบบและวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง”, วารสารนิติสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 12, พ.ศ. 2524, หน้า 38-86.

<sup>349</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, หน้า 56.

<sup>350</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, หน้า 18-21.

**คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง** ศาลปกครองเป็นสถาบันหรือองค์กรที่มีความเชี่ยวชาญในด้านกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน จัดตั้งขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งระหว่างประชาชนกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ โดยอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของศาลปกครองคือ ตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าได้ดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือให้ความเป็นธรรมแก่ประชาชนเพียงพอแล้วหรือไม่ ถ้าการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ถูกต้อง ศาลปกครองก็จะวินิจฉัยให้ยกเลิกเพิกถอนคำสั่ง หรือการกระทำดังกล่าว ดังนั้น กล่าวได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นจะมีผลในทางปฏิบัติก็แต่โดยที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ และระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 กำหนดว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแยกออกเป็นการกระทำทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และการกระทำทางกายภาพ หรือที่เรียกว่า “ปฏิบัติการ” การกระทำทางปกครองที่กล่าวมาเป็นการใช้อำนาจที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการได้เองฝ่ายเดียวโดยไม่จำเป็นต้องให้เอกชนยินยอมก่อน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ เช่น การออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งอนุญาต อนุมัติ คำสั่งแต่งตั้ง ประกาศผลการสอบแข่งขันเข้ารับราชการหรือเข้าศึกษาต่อซึ่งเป็นกรณีของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ก็เช่น การก่อสร้างสะพาน ถนน การขุดลอกคลอง สาธารณะหรือท่อระบายน้ำสาธารณะ การก่อสร้างห้องสุขาสาธารณะ หรือการก่อสร้างที่พักคนโดยสาร

โดยลักษณะคดีตามที่กล่าวมานี้ ได้แก่ คดีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9  
วรรคหนึ่ง (1) นั้นเองและคดีดังกล่าว มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติให้  
ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมด  
หรือบางส่วน จึงมักเรียกคดีประเภทนี้ว่าเป็นคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่ง  
หรือสั่งห้ามการกระทำ แต่การที่ศาลปกครองจะเพิกถอนหรือสั่งห้ามการกระทำ  
ทางปกครองได้ ก็เพราะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วย

2. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่  
ล่าช้าเกินสมควร เช่น กรมทะเบียนการค้ามีหน้าที่รับจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและ  
บริษัท หรือกรมที่ดินมีหน้าที่ในการรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมอสังหาริมทรัพย์  
หากกรมทะเบียนการค้าหรือกรมที่ดินปฏิเสธไม่รับคำขอหรือรับคำขอแล้วไม่พิจารณา  
คำขอว่าสมควรจดทะเบียนให้ตามคำขอหรือไม่ ถือเป็น การละเลยต่อหน้าที่  
ตามกฎหมาย แต่ถ้ารับคำขอมาแล้วแต่ดำเนินการล่าช้า เช่น กรณีการจดทะเบียนเรื่องใด  
กฎหมายหรือระเบียบภายในระบุว่าให้พิจารณารับจดทะเบียนหรือไม่ภายใน 3 วัน  
หากพ้นกำหนดก็ถือว่าปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้ ก็ต้อง  
พิจารณาจากระยะเวลาตามปกติวิสัยว่าเรื่องนั้นจะต้องใช้เวลาเท่าใด หากพ้น  
ระยะเวลาไปแล้วก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

คดีลักษณะดังกล่าวนี้ได้แก่คดีที่กล่าวไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2)  
ซึ่งตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองมีอำนาจพิพากษา  
สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่  
ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

3. คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือ  
ความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจาก  
การใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง  
หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติ  
หน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีตามลักษณะนี้ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้น  
ต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การใช้อำนาจขององค์การบริหารส่วนตำบล  
ในการกำหนดแนวเขตเพื่อขุดคลองและทำถนน หากทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนหรือเสียหาย  
ก็เป็นคดีละเมิดที่ฟ้องต่อศาลปกครองได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 271/2545

(ประชุมใหญ่) แต่ถ้าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามปกติ เช่น พนักงานขับรถของทางราชการขับรถชนคนบาดเจ็บ หรือนายแพทย์โรงพยาบาลผ่าตัด ผิดพลาดทำให้คนไข้พิการ อย่างนี้ไม่ใช่เป็นละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม สำหรับกรณีความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น กรณีการฟ้องคดีเพื่อเรียกเงินค่าทดแทนจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คดีประเภทที่ (3) นี้มีข้อสังเกตว่าน่าจะเป็นกรณีที่ประชาชนฟ้องทางราชการได้ฝ่ายเดียว

ลักษณะคดีตาม ข้อ 3 นี้ได้แก่ กรณีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) นั้นเอง ซึ่งมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองพิพากษาให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อเยียวยาการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นนั้น

4. คดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น คูคลอง ถนน สายส่งไฟฟ้า โครงการประปาของเทศบาล เป็นต้น

ลักษณะคดีตาม ข้อ 4 นี้ได้แก่ กรณีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) นั้นเอง และมาตรา 72 (3) ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการพิพากษาให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สิน หรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญาหรือเพื่อปฏิบัติตามสัญญา

5. คดีพิพาททางปกครองอื่นๆ เช่น คดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น มาตรา 118 ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้ กรมเจ้าท่าฟ้องศาลเพื่อบังคับให้ผู้ปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างล่วงล้ำลำน้ำหรือถอนสิ่งก่อสร้างดังกล่าว หรือคดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เช่น มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 หรือมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ที่บัญญัติให้ผู้ที่ไม่พอใจ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน

ลักษณะตาม ข้อ 5 นี้ ได้แก่ คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) และ (6) นั้นเอง และศาลมีอำนาจตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้น กระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกรณีที่มีการฟ้อง ให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

อย่างไรก็ดี คดี 3 ประเภท ที่กฎหมายบัญญัติมิให้อยู่ในอำนาจ ของศาลปกครอง ได้แก่ การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการ ของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นฎีกาพิเศษสังกัดศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลเยาวชน และครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้า ระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นฎีกาพิเศษอื่น

อนึ่ง การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) พร้อมกับเรียกค่าเสียหายฐานละเมิดตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ไปด้วย ย่อมทำได้ในกรณีเช่นนี้ศาลจะมีอำนาจพิพากษาทั้งตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) หรือมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3)

หากพิจารณาเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 สามารถจำแนกเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครองได้ ซึ่งเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบ ด้วยกฎหมายนั้นหากจำแนกตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แล้วมีอยู่ด้วยกัน 10 ประการ คือ

(1) เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำโดยไม่มีอำนาจนั้น ได้แก่ กรณีที่ผู้ที่กระทำการไม่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ ของรัฐ โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือกรณีที่ผู้กระทำการมีฐานะเป็นหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้นๆ เช่น ในเรื่องใบอนุญาต สถานบริการ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 กำหนดให้อำนาจในการออก หรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นของผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับกรุงเทพฯ

มหานคร และผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดอื่น ๆ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่น ๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระดับตำแหน่งที่สูงกว่าหรือต่ำกว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เช่น สารวัตร ในสถานีตำรวจนครบาลแห่งใดแห่งหนึ่ง หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จะไม่มีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตสถานบริการได้ หากปรากฏกรณีทำนองนี้ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ

(2) เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เหตุใดในกรณีนี้ความจริงแล้วอาจรวมเป็นเหตุเดียวกับเหตุประการแรกได้เพราะต่างก็เป็นเรื่องของความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม เพื่อความชัดเจนมิให้ต้องตีความความหมายของความบกพร่องในเรื่องอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ว่าจำกัดหรือขยายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง กฎหมายจึงกำหนดให้มีกรณีการกระทำ “นอกเหนืออำนาจหน้าที่” อีกกรณีหนึ่ง ซึ่งหมายถึงว่าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยถูกต้องตามกฎหมายอยู่แล้ว และมีอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เพียงแต่ได้กระทำการไปนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ เช่น กรณีการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นเทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด ฯลฯ ซึ่งโดยหลักจะมีอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะในเขตพื้นที่การปกครองของตนเท่านั้น ดังนั้น หากเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งหนึ่งใช้อำนาจไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งหรือออกข้อบัญญัติของท้องถิ่นให้มีผลใช้บังคับในพื้นที่การปกครองของเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งอื่น ต้องถือว่าเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่

(3) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย นับว่าเป็นเหตุที่มีความหมายกว้างที่สุด และสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่พื้นฐานของศาลปกครองเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครองใดก็ตามที่เป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งสิ้น

(4) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้ก็เช่น กฎหมายกำหนดว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องนั้นต้องกระทำเป็นหนังสือ ดังนั้น หากไม่ได้กระทำเป็นหนังสือก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุนี้ หรือกฎหมายกำหนดว่าการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรใดก่อนเพื่อขอคำปรึกษาหารือหรือขอความเห็น ดังนั้น หากได้มีการกระทำไปโดยไม่ผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรเช่นนั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุนี้เช่นกัน

(5) เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การจะมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งโดยทั่วไปหน่วยงานฯ หรือเจ้าหน้าที่ฯ จะต้องปฏิบัติตามวิธีการต่าง ๆ ซึ่งอาจมีรายละเอียดและลักษณะที่หลากหลายแตกต่างกันตามสภาพของงาน อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพและเกิดความรวดเร็ว บางครั้งฝ่ายปกครองจะต้องปรับวิธีการต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ด้วย โดยบางกรณีอาจใช้วิธีการหนึ่ง แต่ในบางกรณีอาจใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่ง หรือดัดแปลงไม่ใช้วิธีการดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ จึงมุ่งหมายเฉพาะการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นเท่านั้น โดยคำนึงถึงว่า วิธีการที่ฝ่ายปกครองอาจนำมาใช้มีอยู่มากมายหลากหลาย แต่เฉพาะกรณีวิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่หากมีการไม่ปฏิบัติตามจะกระทบต่อความถูกต้องสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

(6) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต อย่างไรก็ตามจึงเรียกว่าเป็นการกระทำ “โดยไม่สุจริต” นั้น โดยหลักจะพิจารณาจากมูลเหตุ (motif) ของเจ้าหน้าที่ในการกระทำทางปกครองนั้น ๆ เป็นต้นว่า เจ้าหน้าที่ที่ได้ดำเนินการไปโดยใช้เหตุผลส่วนตัวหรือโดยกลั่นแกล้งผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เช่น การที่ข้าราชการรายหนึ่งกับผู้บังคับบัญชาามีเรื่องขัดใจ โดยข้าราชการรายนั้นได้เคยร้องเรียนตามกฎหมายกล่าวหาผู้บังคับบัญชาของตน ซึ่งในที่สุดปรากฏว่าข้อร้องเรียนไม่มีมูลความจริงแต่อย่างใด ฝ่ายผู้บังคับบัญชาไม่พอใจจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการรายนั้น โดยอ้างว่าการกระทำดังกล่าวของข้าราชการ

รายนั้ก่อกำให้เกิดความเสียหายต่อภาพลักษณ์และชื่อเสียงของหน่วยงานอันเป็น  
มูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง กรณีนี้เห็นได้ว่า เป็นการแต่งตั้งกรรมการสอบสวน  
ทางวินัยโดยไม่สุจริตนั้นคือเป็นการใช้อำนาจโดยมิวัตถุประสงค์นอกเหนือ  
จากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นความไม่พอใจส่วนตัวที่ถูกผู้ได้บังคับบัญชาโรงเรียน  
ทั้งๆ ที่การใช้สิทธิร้องเรียนตามกฎหมายเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของหลักการ  
ปกครองในระบอบประชาธิปไตย และกฎหมายก็บัญญัติรับรองสิทธิของข้าราชการ  
ที่จะร้องเรียนผู้บังคับบัญชาได้

(7) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม  
เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เป็นเหตุที่สอดคล้องกับหลักความ  
เสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล และมีการ  
บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาโดยตลอด

(8) เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น  
เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้มีความหมายว่า การจะมีการกระทำ  
ทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หากจะมีชั้นตอนใดที่ต้องปฏิบัติตามก็ต้องเป็น  
ชั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นถ้าปรากฏว่า ฝ่ายปกครองได้ให้เอกชนปฏิบัติ  
ตามชั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็นชั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือ  
สร้างขึ้นเองโดยไม่จำเป็นแก่การมีการกระทำทางปกครองเช่นนั้นแต่ประการใด  
ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(9) เป็นการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร  
ความหมายของการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรนั้นมีลักษณะ  
ใกล้เคียงกับการสร้างชั้นตอนโดยไม่จำเป็น เพียงแต่เหตุในกรณีนี้จะพิจารณาในแง่  
ที่ว่า เป็นภาระที่เกิดกับประชาชน และเป็นภาระที่เกินสมควรหรือไม่ ภาระในที่นี้  
อาจเป็นภาระอย่างใดก็ได้ เช่น ภาระทางด้านค่าใช้จ่าย หรือภาระที่ต้องกระทำการ  
หรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง

(10) เป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในการใช้อำนาจ  
ของหน่วยงานฯ หรือเจ้าหน้าที่ฯ หากกฎหมายกำหนดให้เลือกพิจารณาตัดสินใจ  
ได้ว่า จะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือเลือกพิจารณาตัดสินใจได้ว่า จะกระทำอย่างใด  
อย่างหนึ่งตามที่กฎหมายให้ทางเลือกไว้ กรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครอง

มีอำนาจพิจารณาเลือกกระทำการ หรือมักเรียกกันว่า “อำนาจดุลพินิจ” และโดยปกติย่อมเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยแท้ดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายให้อำนาจเป็นผู้เลือกตัดสินใจ การเข้าไปตรวจสอบจะเท่ากับว่าศาลทำตนเป็นเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เสียเอง

### (1.2) การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยศาลอื่น

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองบางอย่าง ไม่ได้เป็นข้อพิพาทอันจะถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง แต่ถูกตรวจสอบโดยศาลชั้นฎีกาพิเศษตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคสอง (3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชั้นฎีกาพิเศษอื่น

### (2) หลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นผลมาจากการใช้อำนาจรัฐรูปแบบหนึ่งของฝ่ายบริหาร การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่ต้องใช้ในการตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่จะถูกรับตรวจสอบโดยกลไกทางรัฐสภาและประชาชน เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลเป็นอำนาจทางบริหารขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและการกระทำของฝ่ายบริหารต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายเช่นเดียวกับการกระทำอื่นของรัฐ

“การกระทำทางรัฐบาล” หรือในภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า act de government เป็นแนวคิดของนักทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่อ้างเพื่อจำกัดของศาลปกครองในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” แล้วย่อมไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองเป็นเรื่องการใช้อำนาจบริหารไม่ใช่อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวของฝ่ายบริหาร เนื่องจากความสัมพันธ์ดังกล่าวอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่กฎหมายปกครอง

ที่ศาลปกครองจะเข้าไปตรวจสอบได้ หากศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าวอาจเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตามจากการศึกษาหลักการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์การตุลาการพบข้อพิจารณา ดังนี้

### (2.1) เหตุผลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลปกครอง

การกระทำทางรัฐบาลซึ่งหลักการนี้ได้แบบอย่างของประเทศฝรั่งเศส มาปรับใช้ ดังเช่น คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ ที่ว่า “...ถ้าเป็นนิติกรรมหรือการกระทำที่ได้ทำลงโดยรัฐบาลโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีหรือทำลงโดยเหตุผลทางการเมือง (interct politiquc) นั้นจะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล” ซึ่งประเด็นดังกล่าวศาลปกครองไทยได้มีการวางหลักโดยความเห็นของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเหมือนกัน เป็นการนำเอาแนวความคิดของต่างประเทศมากำหนดหลักเกณฑ์ทั้งจากประเทศที่ใช้กฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ คือ

**ประการแรก** ถ้าการกระทำในทางนโยบาย การที่รัฐบาลมีนโยบายวางแผนพัฒนาประเทศในด้านต่าง ๆ นั้นจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง นโยบายของรัฐต้องนำมาฟ้องศาลไม่ได้ หรือไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็ตาม

**ประการที่สอง** การกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับนิติบัญญัติ เช่น การที่ฝ่ายบริหารไม่เรียกประชุมสภามัชยวิสามัญ แม้อีกฝ่ายหนึ่งจะเข้าชื่อกันครบก็ถือว่าไม่อยู่ในอำนาจศาล หรือกรณีถ้านายกรัฐมนตรีไม่นำร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านวุฒิสภาแล้วกราบบังคมทูลภายในเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเช่นนี้ จะมาฟ้องศาลว่านายกรัฐมนตรีละเลยหน้าที่ไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ศาลเข้าไปตรวจสอบไม่ได้

**ประการที่สาม** การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การกระทำทางการทูต การจัดทำหรือเลิกสัญญา ได้แก่ การกระทำทางการทูต การจัดทำหรือเลิกสัญญา การดำเนินการขององค์การระหว่างประเทศ เช่น การดำเนินคดีของศาลโลก การดำเนินเกี่ยวกับการประกาศสงคราม เป็นต้น

การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นหน้าที่ของรัฐสภาอันเป็นระบบวิธีควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครอง

ของหลายประเทศ ถือเป็นเรื่องของการใช้อำนาจในฐานะฝ่ายบริหาร ไม่ใช่ในฐานะฝ่ายปกครอง จึงไม่ใช้การกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

## (2.2) ความจำเป็นของการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

หลักการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามแนวคิดของฝรั่งเศส เป็นการกระทำที่ไม่อาจนำไปฟ้องร้องให้รับผิดชอบได้แม้ว่าในศาลใด ๆ ก็ตาม เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลภายใต้ทฤษฎีนี้เป็นเรื่องที่รัฐบาลต้องรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบทางการเมือง ซึ่งการกระทำทางทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และอังกฤษมีหลักการในทำนองเดียวกันว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม หลักการทางทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลยังคงมีข้อบกพร่องอยู่เช่นกัน กล่าวคือ ภายใต้หลักนิติรัฐ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลเป็นองค์กรที่สำคัญที่สุดในการตรวจสอบให้การกระทำของรัฐชอบด้วยกฎหมาย เมื่อไม่อาจฟ้องร้องรัฐบาลอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาลแล้ว จะส่งผลให้การกระทำดังกล่าวไม่เป็นไปตามหลักนิติรัฐ ปัญหาที่การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ทำให้เกิดขอบว่างของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือก่อความเสียหายแก่ส่วนรวมแล้ว เมื่อพิจารณาถึงรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดการจัดโครงสร้างการเมืองการปกครอง และองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งกรอบการใช้อำนาจรัฐ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ รวมทั้งกรอบการใช้อำนาจรัฐ การกระทำขององค์กรของฝ่ายบริหาร และองค์กรอื่นของรัฐ จึงต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่ขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในรัฐที่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ฉะนั้นฝ่ายบริหารมีอำนาจในการบริหารประเทศเท่าที่อยู่ภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญ แต่ทั้งนี้ ฝ่ายบริหารอาจมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบได้เช่นกัน จึงต้องมีกลไกในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหาร โดยที่ศาลเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการอันเป็นอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งนอกเหนือจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเพื่อระงับข้อขัดแย้งของสังคม

โดยประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำขององค์กรรัฐฝ่ายบริหาร มีสิทธิฟ้องต่อศาล และขอให้ศาลสั่งเพิกถอนการกระทำ หรือขอให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนได้ การนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงนับเป็นช่องทางหลักในการเยียวยาความเสียหายของประชาชน ความสำคัญของบทบาทหน้าที่ของศาลสะท้อนอยู่ในคำกล่าวที่ว่า “รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐหากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ” ซึ่งแสดงถึงความสำคัญของศาลในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรรัฐให้เป็นไปตามกฎหมายได้อย่างชัดเจน เพราะฉะนั้นการที่ห้ามไม่ให้ศาลเข้าตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมขัดกับหลักนิติรัฐ ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล<sup>351</sup>

### (2.3) การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการ

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของศาล อาจเกิดจากศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง พิจารณาได้ดังนี้ การแบ่งระบบกฎหมายออกเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์นอกจากแนวคิดในการใช้กฎหมายที่แตกต่างกันแล้ว ยังส่งผลต่อแนวคิดของการมีระบบศาลที่แตกต่างกันด้วย ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ มีฐานความคิดที่มุ่งเน้นให้ทุกคนในสังคมมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ดังนั้นพลเมืองของรัฐทุกคนไม่ว่าอยู่ในฐานะใดย่อมอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้ศาลเดียวกัน ในระบบนี้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลยุติธรรมจะเป็นศาลหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนระบบซีวิลลอว์ยึดหลักการระบบศาลคู่มีสาระสำคัญคือ แยกศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีในคดีที่รัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปเกี่ยวข้องออกมาเป็นอีกศาลหนึ่ง เรียกว่าศาลปกครอง โดยนอกจากศาลยุติธรรมและศาลปกครองแล้ว ในบางประเทศได้กำหนดให้มีองค์กรตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกองค์กรหนึ่งคือ ศาลรัฐธรรมนูญ มีลักษณะเป็นศาลพิเศษ ซึ่งนอกเหนือจากมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังมี

<sup>351</sup> ชาลูนชัย แสงวงศ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, หน้า 75.

บทบาทสำคัญในการตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ ดังนั้น การใช้อำนาจของรัฐของฝ่ายบริหารจึงอยู่ภายใต้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญด้วย<sup>352</sup>

โดยที่องค์กรตุลาการมีอำนาจตรวจสอบและป้องกันไม่ให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันผิดกฎหมายอันเป็นไปตามหลักการถ่วงดุลและตรวจสอบ เพื่อให้การใช้อำนาจรัฐอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย จุดมุ่งหมายสำคัญของอำนาจตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารไม่ว่าจะจะเป็นศาลในระบบใดก็ตาม จึงเป็นไปเพื่อไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจโดยไม่ชอบ และเพื่อไม่ให้มีการกระทำอันกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่กระนั้นก็ดีการตรวจสอบของศาลต้องไม่ถึงขนาดก่อให้เกิดปัญหาหรือเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร ข้อสำคัญอยู่ที่ศาลไม่อาจใช้อำนาจตุลาการถึงขั้นตรวจสอบดุลพินิจที่แท้จริงของฝ่ายบริหารได้ และไม่อาจตรวจสอบฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลไม่ว่าจะจะเป็นศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง แต่การกระทำดังกล่าวนี้ อยู่ภายใต้การตรวจสอบทางรัฐสภาตามกลไกทางการเมืองและอาจถูกตรวจสอบโดยประชาชน เนื่องจากหากศาลสามารถตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ จะกลายเป็นว่าศาลมีอำนาจเหนือกว่าฝ่ายบริหาร<sup>353</sup> อย่างไรก็ตามเนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่กำหนดระบบการเมืองการปกครองตลอดจากการใช้อำนาจอธิปไตย ดังนั้น ถ้าฝ่ายบริหารกระทำการขัดหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ย่อมต้องมีกลไกในการตรวจสอบการกระทำเช่นนั้นได้ ด้วยเหตุนี้การกระทำทางรัฐบาลที่อยู่ นอกเหนืออำนาจตุลาการจึงไม่รวมถึงศาลรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ฉะนั้นกรณีมีปัญหาว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ย่อมเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวได้ การให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว มุ่งหมายถึงเฉพาะในประเทศไทย ที่มีศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศไทย ส่วนประเทศที่ไม่มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ แยกออกเป็นเอกเทศ โดยรวมอยู่ในศาลยุติธรรม ศาลที่ควรมีอำนาจในการตรวจสอบ

<sup>352</sup> กมลชัย รัตนสากววงศ์, รายงานการวิจัยศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ, หน้า 18-21.

<sup>353</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, การกระทำทางรัฐบาล : การศึกษากรณีเปรียบเทียบ, หน้า 69-70.

การกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ ศาลสูงสุดของประเทศเหล่านั้น เนื่องจากศาลยุติธรรมมีบทบาทเป็นทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ<sup>354</sup>

#### 4.3.2 การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ในมาตรา 210 ความว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังนี้

- (1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย
- (2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ
- (3) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติไม่ให้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชบัญญัติให้เป็นไปโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบไม่ให้ร่างพระราชบัญญัติที่มีการเสนอให้พิจารณาครั้งหลังมีหลักการที่เหมือนกันหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยั้งไว้ การตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่าย การตรวจสอบโดยวินิจฉัยว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำขึ้น ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นนี้เป็นอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรงในการตรวจสอบการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ

##### 4.3.2.1 ขอบเขตการกระทำที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการพิจารณา

<sup>354</sup> บรรเจิด สิงคะเนติ, การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ, รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ [www.pup-law.net](http://www.pup-law.net), หน้า 344.

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บุคคลและ การกระทำที่ถูกตรวจสอบ ได้แก่ การตรวจสอบองค์กณัติบัญญัติ การตรวจสอบ องค์การบริหาร การตรวจสอบองค์การตามรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบสมาชิกภาพ หรือคุณสมบัติของบุคคล การตรวจสอบการกระทำที่ละเมิดสิทธิเสรีภาพ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

### (1) การตรวจสอบร่างกฎหมาย

ในการเสนอร่างกฎหมาย ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติ และร่าง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ นอกจากเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กณัติบัญญัติ แล้ว คณะรัฐมนตรีมีสิทธิเสนอร่างกฎหมายได้เช่นเดียวกัน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจตรวจสอบร่างกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นการตรวจสอบ ร่างกฎหมายก่อนที่จะประกาศใช้บังคับมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจาก มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิก ของทั้งสองสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ของทั้งสองสภาได้ยื่นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธาน รัฐสภาแล้วแต่กรณี เพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในส่วนของการตรวจสอบ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ มิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากคณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญได้โดยข้อเสนอแนะของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กร อิสระที่เกี่ยวข้อง ในกรณีศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอิสระที่เกี่ยวข้อง<sup>355</sup> มีความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเห็นชอบ มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือทำให้ไปสามารถปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้อง

<sup>355</sup> มาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ตามรัฐธรรมนูญได้ ให้เสนอความเห็นไปยังรัฐสภาและให้รัฐสภาประชุมร่วมกัน เพื่อพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับความเห็นดังกล่าว ให้รัฐสภามีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมตามข้อเสนอของศาลฎีกา ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรอิสระตามที่เห็นสมควรได้<sup>356</sup>

ในกรณีที่ร่างกฎหมายถูกยับยั้งโดยวุฒิสภา ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่าร่างกฎหมายที่เสนอใหม่มีหลักการเดียวกันหรือคล้ายกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งหรือไม่ ซึ่งอำนาจวินิจฉัยร่างกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ หรือเป็นร่างกฎหมายที่มีลักษณะต้องห้ามเพราะเหมือนหรือคล้ายกับร่างกฎหมายที่ถูกยับยั้งไว้จึงเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจในการตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณรายจ่ายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการ โดยรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยว่า การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมการ การเสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมการ มีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่<sup>357</sup>

อย่างไรก็ตามเนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลต้องเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเท่านั้น ฉะนั้นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่ตรวจสอบองค์กรนิติบัญญัติทั้งการตรวจสอบกฎหมาย ตรวจสอบส่วนได้เสียของสมาชิกรัฐสภา ซึ่งเกิดจากการกระทำของสมาชิกรัฐสภาเองย่อมไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจขององค์กรนิติบัญญัติซึ่งโดยสภาพองค์กรไม่อาจมีการกระทำทางรัฐบาลได้

## (2) การตรวจสอบกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว

เมื่อร่างกฎหมายผ่านการพิจารณาและพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยมีผลใช้บังคับแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วย

<sup>356</sup> มาตรา 132 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>357</sup> มาตรา 144 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญของกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อเห็นว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญและให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ<sup>358</sup>

นอกจากนั้น ในกรณีที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดี ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องด้วยมาตรา 5 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บทบัญญัติใดแห่งกฎหมายจึงไม่อาจขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เนื่องจากสิ่งที่ศาลตรวจสอบ คือ กฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว ซึ่งเป็นการตรวจสอบกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ศาลไม่ได้ตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ หรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด จึงไม่ถือเป็นการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล<sup>359</sup>

### **(3) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ**

#### **(3.1) กรณีการตรวจสอบการตราพระราชกำหนด**

อำนาจการตรากฎหมายเป็นขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่องค์กรฝ่ายบริหารมีอำนาจในการตรากฎหมายด้วยโดยการตราพระราชกำหนดขึ้นในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ

<sup>358</sup> มาตรา 231 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>359</sup> มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ คณะรัฐมนตรีจะตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ซึ่งมีผลใช้บังคับทันทีเมื่อการตราพระราชกำหนดเป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวข้องกับกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดได้ เนื่องจากก่อนที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนด สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิเข้าเสนอความเห็นต่อประธานสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือการป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่

### (3.2) กรณีการตรวจสอบหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยหนังสือสัญญาที่องค์การของรัฐฝ่ายบริหารทำขึ้น โดยทำหน้าที่ชี้ขาดว่าหนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง รวมทั้งการวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาอื่น ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม การค้า และการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง อันได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีเขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วนหรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่<sup>360</sup>

<sup>360</sup> มาตรา 178 วรรคสอง และวรรคท้ายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

### (3.3) กรณีการตรวจสอบการมีส่วนได้เสียในการใช้งบประมาณ

รายจ่าย

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใด ๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมการมีส่วนไม่ว่าด้วยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายกระทำการหรืออนุมัติการกระทำการจะกระทำมิได้หรือรู้ว่าการกระทำดังกล่าวแล้วแต่มิได้สั่งยับยั้ง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วว่ามี การฝ่าฝืนรัฐธรรมนูญให้คณะรัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ นับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัย

ในการนี้การกระทำของคณะรัฐมนตรีในการเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำใด ๆ เกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณนั้น เป็นกรณีองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกระทำการโดยใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการกระทำในทางรัฐบาล การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการกระทำของคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือกรรมการในการใช้งบประมาณรายจ่ายเป็นการให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล<sup>361</sup>

#### (4) การตรวจสอบองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาพิพากษาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ ในกรณีของคณะรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้เป็นลักษณะทั่วไปว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยก็ต่อเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี โดยบทบัญญัติดังกล่าวมีความมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยเฉพาะกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ไม่ได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เป็นเนื้อหาได้

<sup>361</sup> มาตรา 210 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

### (5) การตรวจสอบสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของบุคคล

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้ศาลมีอำนาจวินิจฉัยการพ้นสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา และรัฐมนตรีในการเข้าสู่ตำแหน่งรัฐมนตรีมาจากนายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์และทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง เพราะฉะนั้น การเสนอบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีและการถอดถอนออกจากตำแหน่งจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลของนายกรัฐมนตรีซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาลทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง อีกทั้งในเรื่องความเหมาะสมของผู้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีไม่มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ หากนายกรัฐมนตรีแต่งตั้งให้บุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเป็นรัฐมนตรี และไม่เพียงแต่การแต่งตั้งรัฐมนตรีนั้นอาจคำนึงความรู้สึกของประชาชนเรื่องความเหมาะสมหรือความรู้ความเชี่ยวชาญในกระทรวงที่รับผิดชอบ ในส่วนของการถอดถอนรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งเป็นอำนาจดุลพินิจขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีเช่นกัน การปรับเปลี่ยนคณะรัฐมนตรีของนายกรัฐมนตรีเป็นเรื่องความเหมาะสมของการบริหารงานขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในกรณีดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบคุณสมบัติของรัฐมนตรีที่ได้รับการแต่งตั้งได้ว่าเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่<sup>362</sup>

### (6) การตรวจสอบการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพ

ขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติไว้ว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศบทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้”<sup>363</sup>

รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว กำหนดให้ “กฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำ” ที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับไม่ได้ ประกอบกับ

<sup>362</sup> มาตรา 82 และมาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>363</sup> มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 213 ให้สิทธิบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ได้กำหนดสาระสำคัญในการวินิจฉัยคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ ไว้ในมาตรา 46 โดยการใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยต้องยื่นคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียก่อน และต้องไม่เป็นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1. การกระทำทางรัฐบาล
2. รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว
3. กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นครบถ้วน
4. เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว
5. การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192
6. การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

#### 4.3.2.2 ข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

ตามที่กล่าวมาแล้วจะเห็นว่า การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลสามารถถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งกรณีที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด แต่ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้ และรัฐบาลใช้อำนาจกระทำการทางรัฐบาลโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไว้โดยตรง ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบการกระทำ

ทางรัฐบาลได้หรือไม่ นั่น เห็นว่าเนื่องด้วยบทบาทหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิด และการตรวจสอบการใช้อำนาจ และการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันการเมืองให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่ในขณะเดียวกัน หากศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจในการตรวจสอบในส่วนนี้มากจนเกินไป อาจส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น และเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติหรือในทางบริหารได้ ดังนั้น การที่จะกำหนดให้การกระทำใดของฝ่ายบริหารอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญจึงต้อง ให้ความระมัดระวังอย่างยิ่ง

ด้วยเหตุดังกล่าว จะอาจพิจารณาได้ว่า ในกรณีที่การกระทำทางรัฐบาลใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบ ไม่อาจถูกวินิจฉัยโดยศาลรัฐธรรมนูญได้ มิฉะนั้นจะส่งผลเสียต่อประเทศอย่างร้ายแรง เนื่องจากรัฐบาลมีหน้าที่ดำเนินการตามแนวนโยบายด้านการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติเป็นสำคัญ แม้ว่าองค์กรรัฐสภา มีอำนาจในการตรวจสอบก็ตาม แต่อำนาจของรัฐสภาในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้ครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้น หากการใช้อำนาจดังกล่าวไม่ถูกตรวจสอบทางศาล โดยให้รัฐสภาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลเพียงอย่างเดียวย่อมไม่อาจบรรลุผลตามเจตนารมณ์ของการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ โดยเฉพาะการกระทำทางรัฐบาลที่ส่งต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และกลไกทางรัฐสภาที่เป็นการตรวจสอบตัวบุคคลของฝ่ายบริหาร ในการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ใช้การตรวจสอบที่มีผลถึงการกระทำโดยตรง คงมีผลต่อสถานภาพการดำรงตำแหน่งของตัวบุคคลที่กระทำการเท่านั้น อย่างไรก็ตามถ้าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลได้ทั้งหมดก็จะส่งผลให้ไม่มีการกระทำใดของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะการกระทำทางรัฐบาล ศาลไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้ เว้นที่แต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจไว้

นอกจากข้อจำกัดในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น จากการศึกษาพบว่า การกระทำทางรัฐบาลบางประการที่ไม่ได้อยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

### (1) การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

ในการทำหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา ซึ่งการแถลงนโยบายนี้ต้องกระทำโดยองค์กรบริหารเท่านั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญกำหนดให้การแถลงนโยบายต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติก็ตาม แต่องค์กรบริการคงไว้ซึ่งดุลพินิจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลที่จะแถลงต่อรัฐสภา ไม่ใช่กรณีที่องค์กรบริหารถูกผูกพันให้ต้องดำเนินการทางใดทางหนึ่งอันไม่อาจเลือกตัดสินใจได้ การแถลงนโยบายต่อรัฐสภานี้เป็นอำนาจที่กำหนดไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารต้องกระทำต่อรัฐสภาโดยตรง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล และไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการแถลงนโยบายไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจตรวจสอบการกระทำในส่วนนี้ขององค์กรบริหารได้

### (2) การดำเนินการเกี่ยวกับการประชุมรัฐสภา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560<sup>364</sup> กำหนดให้การเรียกประชุมรัฐสภา การเปิดและปิดประชุมรัฐสภาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งแม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวนี้อยู่ในส่วนที่ว่าด้วยบทที่ใช้แก่สภาทั้งสองไม่ได้อยู่ในหมวดที่ว่าด้วยคณะรัฐมนตรีอย่างการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ การประกาศสงครามก็ตาม แต่การเรียกการเปิด และปิดประชุมนั้นต้องทำเป็นพระราชกฤษฎีกา<sup>365</sup> ซึ่งการตราพระราชกฤษฎีกาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาเรียกเปิดและปิดประชุมรัฐสภาจึงเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี การใช้อำนาจดังกล่าวขององค์กรบริหารเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจ เนื่องจากองค์กรบริหารมีอำนาจตัดสินใจได้ว่า จะเปิดประชุม เรียกประชุมหรือปิดประชุมเมื่อใด การตัดสินใจในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นการ

<sup>364</sup> มาตรา 122 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>365</sup> มาตรา 122 วรรคท้าย ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เป็นการดำเนินงานในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหาร กับฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะการตัดสินใจขององค์กรบริหารย่อมส่งผลต่อการประชุม รัฐสภาซึ่งเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง การกระทำในส่วนนี้จึงเป็นการกระทำ ทางรัฐบาล ซึ่งไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลทุกศาลรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญด้วย

### (3) การยุบสภาผู้แทนราษฎร

การยุบสภาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรีซึ่งใช้อำนาจทางรัฐบาล ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่ศาลทุกศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2549 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลพิจารณาว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วย บทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภา ผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นการกระทำ ทางรัฐบาล เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นดุลพินิจ ของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กร ตุลาการ ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สอง ซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น แม้เป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการ การเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการเลือกตั้งและเนื่องจากการ จัดการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทน ของปวงชนเข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบ รัฐสภา ดังนั้น หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการ เลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของ องค์กรตุลาการ

#### (4) การตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอ ร่างกฎหมาย

การตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอหรือไม่เสนอร่างกฎหมายเป็นการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ การอยู่นอกเหนือการตรวจสอบของศาลนี้หมายถึง การตรวจสอบอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่เป็นดุลพินิจในการพิจารณาเลือกแนวทางตามความเหมาะสมของการบริหารเท่านั้น ดังเช่นร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... แต่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าร่างกฎหมายที่เสนอโดยองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีกระบวนการตราขอด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

หลังจากการยั้งยั้งร่างพระราชบัญญัติแล้ว ในกรณีมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติให้สภาแทนราษฎรและวุฒิสภาพิจารณาใหม่ หากมีปัญหาว่าร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีหลักการที่เหมือนหรือคล้ายกับร่างพระราชบัญญัติที่มีการยับยั้งไว้หรือไว้ ปัญหาขึ้นอยู่กับอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก่อนที่ร่างพระราชบัญญัติจะมีผลบังคับใช้ จึงเป็นการตรวจสอบก่อนการกระทำทางรัฐบาลมีผลผูกพันทางกฎหมาย แต่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้จึงไม่ใช่การตรวจสอบดุลพินิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมาย

#### (5) การกระทำเกี่ยวกับนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน

การกระทำของฝ่ายบริหารในการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาล ดังนี้<sup>366</sup>

ข้อเท็จจริงแห่งคดีมีว่า ผู้ฟ้องคดีเคยรับราชการทหารแล้วถูกปลดออกจากราชการและถอยศทหารตามคำสั่งกองทัพอากาศ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีต้องคดีอาญาถูกฐานฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อนและมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษประหารชีวิต ทำให้ไม่มีสิทธิรับเงินบำเหน็จบำนาญ ต่อมาผู้ฟ้องคดี ทราบว่ารัฐบาลมีนโยบายคืนเงินบำเหน็จบำนาญให้แก่ข้าราชการที่ต้องโทษให้ได้รับเงินบำเหน็จ

<sup>366</sup> คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 204/2553

บ้านาญ จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้กองทัพอากาศจ่ายเงิน บ้านาญให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งเห็นพ้องด้วยกับศาลปกครองชั้นต้น ที่มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากการกำหนดนโยบายและการดำเนินการ ตามนโยบายดังกล่าวมิใช่การใช้อำนาจในทางปกครอง กรณีจึงไม่อยู่ในอำนาจ พิพากษาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

การกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินขององค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหาร เป็นการกำหนดนโยบายสาธารณะเพื่อวางแนวทางในการดำเนินการ ด้านการปกครองและการบริหารประเทศในแต่ละด้านทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง และการต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายในด้านใดก็ตาม มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยเฉพาะในทางระหว่างประเทศ ซึ่งศาลไม่มี อำนาจตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ แต่การนำนโยบายไปปฏิบัติเป็นขั้นตอน การดำเนินการของข้าราชการฝ่ายปฏิบัติ หากปรากฏว่านายกรัฐมนตรีนหรือรัฐมนตรี มีตำแหน่งหน้าที่ตามกฎหมายโดยเฉพาะในการกำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบาย ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีนหรือรัฐมนตรีที่ได้รับการ แต่งตั้งนี้จึงเป็นอำนาจทางปกครองไม่ใช่อำนาจทางรัฐบาล ดังนั้น ผู้กระทำความผิด ต่อตำแหน่งหน้าที่ไม่จะเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำหรือเพิกเฉยการทำหน้าที่ ตามกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดอันเกิดจากการกระทำ ของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งอาจถูกฟ้องร้องขอให้เพิกถอนการกระทำหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อ ศาลปกครองได้

#### **(6) การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ**

การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การส่งทูตไปเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศ การลดหรือเพิ่มระดับความสัมพันธ์ การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ เป็นลักษณะการดำเนินงานของฝ่ายบริหาร ที่ไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาล แต่มีข้อยกเว้นที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ ตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้ชัดเจน ในการตรวจสอบว่าหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ดำเนินการโดยฝ่ายบริหารจำต้อง

ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่ ในส่วนนี้แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศได้ แต่ต้องถือว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกรณีนี้ได้เป็นข้อยกเว้น เพราะตรวจสอบได้แต่ในประเด็นที่ว่าต้องขอหรือไม่ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ส่วนการที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้เป็นหลักทั่วไป เนื่องจากในส่วนของเนื้อหาของการตกลงทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศอันเป็นผลจากการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ศาลทุกศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบและรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญไว้แต่อย่างใด

### **(7) ความเหมาะสมของการแต่งตั้งรัฐมนตรี**

การแต่งตั้งรัฐมนตรีเป็นการกระทำของนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีแต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขหรือไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่นายกรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจเสนอบุคคลก็ตามให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรี การกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวนี้ศาลไม่อาจตรวจสอบการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีได้ แต่ศาลมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งมีคุณสมบัติหรือเงื่อนไขเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะคุณสมบัติที่ถูกตรวจสอบนั้นไม่ใช่การกระทำของนายกรัฐมนตรีจึงไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ในส่วนของการถอดถอนรัฐมนตรีเป็นการตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้พิจารณาตามความเหมาะสมของการบริหารราชการแผ่นดิน แม้ว่ารัฐมนตรีถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งโดยไม่มีมติ หรือไม่ใช่บุคคลที่ต้องห้ามดำรงตำแหน่งก็ตาม การตัดสินใจของนายกรัฐมนตรีในส่วนนี้ไม่อาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้

### **(8) การกระทำอื่น ๆ ที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้**

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ได้กำหนดขอบเขตในตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการออกพระราชกำหนด ซึ่งเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมิให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ไว้ 2 กรณี ดังปรากฏในมาตรา 172 และมาตรา 173 ดังนี้

**ประการแรก** ขอบเขตในแง่วัตถุประสงค์ที่ตรวจสอบตามมาตรา 174 คือ พระราชกำหนดที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ของเงื่อนไขการออกพระราชกำหนดได้นั้น คือ พระราชกำหนดทั่วไปตามมาตรา 172 เท่านั้น ไม่รวมถึงพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งไม่มีการบัญญัติกลไกการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขในการออกไว้แต่อย่างใด

**ประการที่สอง** ขอบเขตของเงื่อนไขหรือเหตุแห่งการออกพระราชกำหนดที่ศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้นั้น จำกัดเฉพาะเหตุที่ปรากฏในมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ดังที่มาตรา 173 บัญญัติว่า “...พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง...” ได้แก่ การรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะเท่านั้น ไม่รวมถึงเงื่อนไขการออกพระราชกำหนดในมาตรา 172 วรรคสอง คือ มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ทั้งนี้ ย่อมเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตยเนื่องจากเหตุในมาตรา 172 วรรคหนึ่งนั้นย่อมเป็นเหตุในทางภาวะวิสัย (objective) ที่ไม่ว่าผู้ใดรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถพิสูจน์ทราบได้ว่า พระราชกำหนดฉบับนั้นออกมาโดยมีเหตุใดเหตุหนึ่งตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งหรือไม่ แต่เหตุใดมาตรา 172 วรรคสองนั้นเป็นเหตุในทางอัตวิสัย (subjective) กล่าวคือ เป็นเหตุเฉพาะที่มีแต่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บริหารประเทศเท่านั้นที่จะทราบได้ว่าสถานการณ์ใดมีลักษณะที่ฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งอาจเทียบได้กับการพิจารณาความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจซึ่งหากให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบเงื่อนไขได้ ย่อมเท่ากับว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ การกำหนดเช่นนี้ ย่อมสอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายขององค์กรในระบบกฎหมายมหาชนซึ่งมีลักษณะเป็นการกระจายอำนาจการตีความ (décentralisée interprétation)<sup>367</sup> กล่าวคือ เมื่อกฎหมายกำหนดให้องค์กรหนึ่งมีอำนาจตีความในบางเรื่องแล้วองค์กรอื่นก็จะไม่มีอำนาจเข้ามาตีความในเรื่องนั้นได้อีกซึ่งในกรณีนี้ คือ รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเท่านั้นเป็นผู้มีอำนาจในการตีความว่าสถานการณ์ใดเป็นเหตุฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจตีความได้อีกนั่นเอง

<sup>367</sup> เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 327.

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า แต่เดิมรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มาตรา 185 บัญญัติถึงขอบเขตของเงื่อนไขที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบว่า พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 ได้ทั้งเงื่อนไขในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง กล่าวคือ รวมถึงกรณีเป็นเหตุฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วน อันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 คือ ลดอำนาจของรัฐบาลลง การใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐบาลจึงถูกตรวจสอบมากขึ้น เนื่องจากในขณะใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้มีการออกพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 เพื่อใช้บังคับกับสถานการณ์ความรุนแรงในภาคใต้ซึ่งดำเนินมาเป็นเวลาหลายปีแล้ว จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่ารัฐบาลเลือกออกพระราชกำหนดในเรื่องดังกล่าว ซึ่งไม่ใช่เรื่องฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วน อันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้เนื่องจากต้องการหลีกเลี่ยงกระบวนการนิติบัญญัติในรัฐสภาซึ่งมีกลไกการถ่วงดุลโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภา<sup>368</sup> ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จึงอนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบเหตุแห่งการออกพระราชกำหนดได้ทั้งเหตุที่เป็นเงื่อนไขภายนอก (การรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ) และเงื่อนไขภายในคือความจำเป็นรีบด่วนอันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2560 ได้เปลี่ยนแปลงขอบเขตดังกล่าว กลับไปกำหนดลักษณะเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบเงื่อนไขการออกพระราชกำหนดของรัฐบาลได้เฉพาะเงื่อนไขในมาตรา 172 วรรคหนึ่งเท่านั้น ไม่สามารถตรวจสอบเงื่อนไขความฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนอันมีอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามมาตรา 172 วรรคสองได้

นอกเหนือจากรูปแบบการกระทำตาม (1) ถึง (8) ดังกล่าวไปแล้ว ในข้างต้น ยังปรากฏการกระทำที่เป็นลักษณะของกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏในประเทศไทยอีกหลายอย่างที่มีรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้องค์กรตุลาการ หรือศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบ กล่าวคือ การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจ

<sup>368</sup> บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 485.

ของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ เช่น การแก้ไขกฎหมายเทียบรางวัลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การเลือกและแต่งตั้งองคมนตรี การให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่งหรือการแต่งตั้งหรือการให้ข้าราชการในพระองค์พ้นจากตำแหน่งหรือการกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ เช่น การประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึกและการประกาศสงคราม หรือการสถาปนาหรือถอดถอนฐานันดรศักดิ์ การพระราชทานหรือเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ การพระราชทานอภัยโทษ หรือการกระทำทางรัฐบาลที่อาจไม่ได้ถูกกล่าวถึงในที่นี้ อันเป็นการกระทำใด ๆ ทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งเป็นข้อจำกัดขององค์การตุลาการที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำเหล่านั้น<sup>369</sup>

#### 4.3.3 ขั้นตอน และกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์กรตุลาการของไทย

จากการศึกษาที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีนั้น หากพิจารณาจากฐานที่มาของอำนาจอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ ๆ คือ มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล และมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น การที่จะกล่าวถึงขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงมติคณะรัฐมนตรีใน 2 ลักษณะ ดังนี้

##### 4.3.3.1 ขั้นตอนการเสนอเรื่องเพื่อพิจารณา

##### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล

การกระทำใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล ก็ย่อมที่จะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยการกระทำทางรัฐบาล หรือกรณีมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาลถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีนั้น เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลหรือองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นมติคณะรัฐมนตรีชอบด้วยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญหรือไม่

<sup>369</sup> เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, การกระทำทางรัฐบาล, บทความจากงานวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, หน้า 62-77.

จึงอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ซึ่งกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยความชอบ ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมายปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจ ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรอิสระ และมีหน้าที่ ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล อาจปรากฏ ในกรณีมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบายและแผนการบริหารราชการแผ่นดิน การเริ่มเริ่ม เสนอ แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย การเงิน การคลังและงบประมาณของรัฐ เกี่ยวกับการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร และการบริหารราชการแผ่นดิน

ดังนั้น ในกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือกฎหมาย ในระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติกำหนดให้การ ดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรีรูปแบบใดอยู่ภายใต้ การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ การเสนอเรื่องมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจ รัฐบาลให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น ก็อาจจะทำได้โดยการยื่นคำร้องโดยตรง ต่อศาลรัฐธรรมนูญ

แต่หากเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี ที่ไม่มีบทบัญญัติในระดับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว อาจถือได้ว่า ในกรณีนั้น มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นอำนาจใช้อำนาจทางรัฐบาลดังกล่าว ไม่ได้มีความมุ่งหมายให้ถูกตรวจสอบได้โดยศาล แต่อย่างไรก็ตาม ได้กล่าวมาแล้ว ในข้างต้นว่า แม้ว่ากรกระทำนั้นจะไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล แต่ก็อาจอยู่ภายใต้ การตรวจสอบของสถาบันหรือองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาลหรือองค์กรตุลาการ กล่าวคือ เมื่อคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการ บริหารราชการแผ่นดินก็ย่อมที่จะถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งในที่นี้ หมายถึง รัฐสภา เนื่องจากรัฐสภาเป็นสถาบันที่มีหน้าที่ในการควบคุมการบริหาร ราชการแผ่นดิน โดยมีวิธีการควบคุมตรวจสอบแตกต่างไปจากการควบคุมตรวจสอบ โดยศาลหรือองค์กรตุลาการ ซึ่งมักจะใช้วิธีการตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การให้

ความยินยอมในกรณีที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา การตั้งคณะกรรมการ เป็นต้น

## (2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง

เมื่อการใช้อำนาจปกครอง กระทำการใดในทางปกครองที่แม้จะอยู่ในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีก็ย่อมเป็นการกระทำทางปกครองได้เช่นเดียวกัน เพราะมติคณะรัฐมนตรีคือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของคณะรัฐมนตรี ซึ่งอาจเทียบได้กับฝ่ายปกครอง ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งกรณีศาลปกครองสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ จะต้องพิจารณาถึงอำนาจศาลปกครอง ซึ่งจากการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 ประกอบพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง พบว่า คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง มีดังนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

โดยการยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาในกรณีของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีอาจดำเนินการดังนี้

1. เรื่องที่นำมาฟ้องต้องเป็นคดีปกครอง และต้องเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง คือ เป็นกรณีตามมาตรา 9 และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

2. ต้องยื่นฟ้องต่อศาลที่มีอำนาจ อำนาจศาลในที่นี้หมายถึงทั้งอำนาจและเขตอำนาจ กล่าวคือ คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ก็จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นจะฟ้องไปยังศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ ในทางกลับกันคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ก็จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น อีกทั้งการยื่นฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนั้น ซึ่งในศาลปกครองชั้นต้น ได้แก่ ศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นหรือศาลที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่เขตศาลนั้น ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจครอบคลุมทุกพื้นที่ของประเทศ

3. คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือและมีรายการตามที่กำหนดไว้และยื่นโดยถูกวิธี โดยการฟ้องคดีปกครองไม่มีแบบของคำฟ้องกำหนดไว้เฉพาะ แต่ต้องทำเป็นหนังสือ ฟ้องด้วยวาจาไม่ได้ ใช้ถ้อยคำสุภาพ มีรายการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือต้องระบุ ชื่อ ที่อยู่ของผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี ข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี คำขอและลายมือชื่อผู้ฟ้องคดี โดยต้องแนบพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องไปพร้อมคำฟ้อง โดยผู้ฟ้องคดีต้องจัดทำสำเนาคำฟ้องและสำเนาพยานหลักฐานตามจำนวนผู้ถูกฟ้องคดีด้วย

สำหรับวิธีการยื่นคำฟ้องนั้นจะยื่นด้วยตนเองหรือมอบอำนาจให้ผู้อื่นยื่นแทนหรือจะส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้ อนึ่ง ในกรณีที่มีผู้ประสงค์จะฟ้องคดีหลายคนในเหตุเดียวกัน บุคคลดังกล่าวจะยื่นคำฟ้องร่วมกันเป็นฉบับเดียว โดยมอบให้ผู้ฟ้องคดีคนหนึ่งเป็นตัวแทนของผู้ฟ้องคดีทุกคนก็ได้ ในกรณีนี้ถือว่าการกระทำของตัวแทนผู้ฟ้องคดีในกระบวนการพิจารณาผูกพันผู้ฟ้องคดีทุกคนด้วย

4. ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถตามกฎหมาย โดยหลักแล้วผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ที่มีความสามารถในการทำนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากผู้ฟ้องคดีมีข้อบกพร่องในเรื่องความสามารถก็จะต้องดำเนินการแก้ไขตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้ อย่างไรก็ตาม สำหรับการฟ้องคดีปกครองนั้น มีข้อยกเว้นอนุญาตให้ผู้เยาว์ที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ฟ้องคดีด้วยตนเองได้ถ้าศาลอนุญาต

5. ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กล่าวคือ จะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งในความเป็นจริงส่วนใหญ่แล้วผู้เสียหายในคดีปกครองก็คือประชาชนทั่วไปที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครอง แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจเป็นผู้เสียหายและผู้ฟ้องคดีปกครองได้เช่นกัน

สำหรับกรณีความรับผิดชอบทางละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของฝ่ายปกครองหรือสัญญาทางปกครองนั้น มีความชัดเจนอยู่ในตัวว่า “ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้” นั้นจะต้องเป็นผู้ที่ถูก “โต้แย้งสิทธิ” เท่านั้น เพราะเขาต้องเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” โดยสภาพ และสิทธิของเขาถูกโต้แย้งด้วยการกระทำละเมิดหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของฝ่ายปกครอง หรืออสังหาริมทรัพย์ของเขาถูกเวนคืน

ในคดีเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คงถือหลักเดียวกับคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ส่วนคดี ที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ แต่ก็ต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีที่กำลังมาข้างต้น ด้วยว่ามีลักษณะคล้ายคลึงหรือแตกต่างกันเพียงใด แต่สำหรับคดีที่กฎหมายกำหนด ให้ฝ่ายปกครองฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำ อย่างหนึ่งอย่างใด ไม่มีประเด็นต้องพิจารณาถึงความหมายของคำว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” เพราะผู้ฟ้องคดีก็คือฝ่ายปกครองและเป็นการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด

6. ต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนด กรณีที่ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองต้องฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เช่น ฟ้องคดีเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยต้องฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ทราบผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ เป็นต้น กรณีฟ้องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรต้องยื่นฟ้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ดังกล่าว หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่เห็นว่าไม่มีเหตุผล หรือมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ให้ยื่นฟ้องภายใน 1 ปี และถ้าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องฟ้องภายใน 5 ปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องเมื่อใดก็ได้ และในบางกรณีถ้าคู่กรณีมีคำขอหรือศาลปกครองเห็นเองว่าคดีที่ยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

7. ก่อนฟ้องคดีปกครองต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการนั้นเสียก่อนในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย

ในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควรหรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด เช่น ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ก่อสร้างอาคารต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นภายใน 60 วัน หรือตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติให้ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรีและไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ภายใน 15 วัน เป็นต้น ซึ่งหากยังไม่มีการอุทธรณ์ตามกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ หากมีการอุทธรณ์แล้ว และได้มีการสั่งการตามการอุทธรณ์นั้นแล้ว หรือไม่มีการสั่งการภายในระยะเวลาอันสมควรหรือในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดจึงจะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ในกรณีของคดีสัญญาและละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นนั้น ไม่มีบทบัญญัติใดบังคับให้เอกชน ผู้ฟ้องคดีต้องขอให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดทางละเมิดหรือตามสัญญาเสียก่อน จึงจะสามารถฟ้องคดีปกครองได้ คงมีกรณีตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เท่านั้น ที่วางหลักว่าผู้เสียหายจะขอให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ตน อันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดก็ได้ และถ้าไม่พอใจผลการวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐ ก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป (พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ มาตรา 14) อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้บังคับว่าต้องดำเนินการที่กล่าวมาเสียก่อนจึงจะมีสิทธิฟ้องคดี ด้วยเหตุนี้ เอกชนผู้เสียหายจึงสามารถฟ้องคดีละเมิดต่อศาลปกครองได้เลย ถ้าเป็นกรณีที่เข้าข่ายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)

8. การชำระค่าธรรมเนียมศาล โดยทั่วไปการฟ้องคดีปกครองไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล (กรณีการฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร) แต่ถ้าเป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินอันสืบเนื่องจากคดีพิพาทเกี่ยวกับการทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น

ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เว้นแต่ที่ศาลมีคำสั่งให้ยกเว้นค่าธรรมเนียมศาล

### 4.3.3.2 กระบวนการในการพิจารณา

#### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล

##### (1.1) กระบวนการในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ

###### 1. การพิจารณารับคำร้อง

การที่จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคดีสามารถกระทำได้ 2 กรณี คือ กรณีจัดทำเป็นคำร้อง หรือกรณีการจัดทำเป็นหนังสือราชการเพื่อยื่นต่อศาล

###### 2. การแจ้งผู้ร้องและส่งสำเนาคำร้องให้ผู้ถูกร้อง

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งรับคำร้องที่มีคู่กรณีไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้วให้ส่งสำเนาคำร้องแก่ผู้ร้องหรือมีคำสั่งแจ้งให้ผู้ถูกร้องมารับสำเนาคำร้องภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด เมื่อผู้ถูกร้องได้รับสำเนาคำร้องให้ยื่นคำชี้แจงข้อกล่าวหาภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำร้องหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด

###### 3. องค์คณะและการพิจารณาคดี

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2561 มาตรา 59 กำหนดให้การนั่งพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้กระทำโดยเปิดเผย เว้นแต่ศาลเห็นเป็นการสมควรเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบริเวณที่ทำการศาลหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ศาลมีอำนาจกำหนดบุคคลที่อยู่ในห้องพิจารณาคดีได้ นอกจากนั้นในมาตรา 60 ยังกำหนดให้คู่กรณีสามารถอ้างตนเอง บุคคล และหลักฐานอื่นเป็นพยาน และมีสิทธิตรวจพยานหลักฐานหรือขอสำเนาหลักฐานของตนเองหรือของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในเวลาทำการก็ได้ ประกอบกับมาตรา 63 ศาลอาจอนุญาตให้มีการไต่สวนพยานที่อยู่นอกที่ทำการศาลก็ได้ตามที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายร้องขอ โดยอาจใช้ระบบประชุมทางจอภาพและให้ถือว่ากระทำในห้องพิจารณาของศาล

#### 4. การทำคำวินิจฉัยหรือคำสั่ง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 75 กำหนดให้การวินิจฉัยคดี ตุลาการซึ่งเป็นองค์คณะทุกคนต้องทำความเห็นส่วนตัวเป็นหนังสือ พร้อมทั้งแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมและให้ที่ประชุมปรึกษาหารือร่วมกันก่อนแล้วจึงลงมติ ดังนั้น จึงถือเป็นหน้าที่ของตุลาการทุกคนที่ต้องร่วมนั่งพิจารณาและร่วมทำคำวินิจฉัย เว้นแต่มีเหตุถูกคัดค้านหรือมีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ นอกจากนี้ความเห็นส่วนตัวของตุลาการให้ทำโดยลับและต้องเผยแพร่ต่อสาธารณะตามข้อกำหนดของศาล

##### (1.2) กระบวนการในการพิจารณา หรือควบคุมตรวจสอบ

###### โดยรัฐสภา

1. การตั้งกระทู้ถาม คือ คำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือราษฎรมนตรี หรือนายกรัฐมนตรี เพื่อขอให้ตอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานของรัฐบาลในเรื่องใด ๆ โดยไม่มีการลงมติที่จะทำให้มีผลเปลี่ยนแปลงต่อการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ใช้เพื่อควบคุมการบริหารงานคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล

2. การเปิดอภิปราย คือ การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาใช้สิทธิที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเสนอญัตติขอเปิดอภิปราย โดยเป็นการกล่าวถ้อยคำในเชิงแสดงความคิดเห็นและปรึกษาหารือในที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา โดยมีข้อบังคับการประชุมสภาเป็นกรอบกติกาบังคับการอภิปรายและมีประธานในที่ประชุมสภาเป็นผู้ควบคุมดูแลให้การอภิปรายเป็นไปโดยเรียบร้อย โดยปกติเมื่อเสร็จสิ้นการอภิปรายหรือที่เรียกว่าการปิดอภิปรายแล้ว ก็จะมีการลงมติเห็นชอบ รับรอง หรือไม่เห็นชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามญัตติที่ดำเนินการอภิปราย เช่น ลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี เป็นต้น แต่ในบางกรณีการอภิปรายอาจไม่ต้องลงมติ เช่น การที่สมาชิกวุฒิสภาขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน

3. การตั้งคณะกรรมการพิจารณา เพื่อกระทํากิจการ พิจารณา สอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภานั้น เป็นไปตาม

เจตนารมณ์ของสภาที่ต้องการจะให้พิจารณาศึกษารายละเอียดเพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ก่อนที่จะนำผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา โดยมติความเห็นชอบของสภามานำไปยังคณะรัฐมนตรีต่อไป และถือว่าการพิจารณาศึกษาหรือสอบสวนประเด็นปัญหาหรือญัตติใด ๆ ของคณะกรรมการตามที่สภามอบหมายนั้นเป็นการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินรูปแบบหนึ่ง

## **(2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง**

เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง เป็นลักษณะการกระทำทางปกครองอันเป็นวัตถุในคดีปกครอง ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง ซึ่งเป็นศาลที่มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง การกระทำละเมิดในทางปกครองหรือการทำสัญญาทางปกครอง อันเป็นเรื่องของกฎหมายมหาชน

โดยศาลปกครองใช้ระบบการพิจารณาแบบไต่สวน กล่าวคือ ศาลแสวงหาความจริงเองควบคู่กับหลักการให้สิทธิโต้แย้ง หรือหลักการฟังความสองฝ่าย ระหว่างฝ่ายผู้ฟ้องคดีกับฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งแตกต่างจากระบบกล่าวหาของศาลยุติธรรม นอกจากนี้ระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองยังมีการถ่วงดุลการใช้อำนาจระหว่างตุลาการศาลปกครองด้วยกัน โดยระบบคำตัดสินพิพากษา 2 ชั้น อันอาจสรุปกระบวนการพิจารณาคดีปกครองได้ดังนี้

### **1. ผู้ฟ้องคดี**

ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหาย หรือผู้ที่อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถูกโต้แย้งสิทธิตามความในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพราะแม้เพียงสิทธิประโยชน์ หรือสถานภาพทางกฎหมายของตนถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำ หรืองดเว้นกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ผู้ที่อยู่ในฐานะที่อาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้จากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของเจ้าหน้าที่ เหตุที่จะนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นจะต้องมีความใกล้ชิดถึงขั้นที่การกระทำหรืองดเว้นกระทำจะต้องก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิประโยชน์ หรือสถานภาพ ทางกฎหมายของผู้ฟ้องคดี

อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หรือเหตุการณ์ หรือผลกระทบดังกล่าวจะต้องเกิดแก่ผู้ฟ้องคดี ในอนาคตอย่างแน่นอน เช่น การขอให้สั่งเพิกถอนประกาศกฎกระทรวงที่ยังไม่มีผลใช้บังคับ

## 2. รับคำฟ้องและตรวจคำฟ้องเบื้องต้น

คำฟ้องต้องทำเป็นหนังสือยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลปกครอง หรืออาจส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้ การยื่นฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนา หรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น สำหรับคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งคำฟ้องต้องใช้ถ้อยคำสุภาพ และมีรายการตั้งที่ระบุไว้ในมาตรา 45 และคำฟ้องใดที่มีรายการไม่ครบ หรือไม่ชัดเจน หรือไม่อาจเข้าใจได้ คือ อ่านแล้วไม่เข้าใจว่าผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหายในเรื่องใด หรือมีความประสงค์ให้ศาลกำหนดคำสั่งเป็นประการใด ก็จะเป็นหน้าที่ของสำนักงานศาลปกครองให้คำแนะนำแก่ผู้ฟ้องคดีเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้องนั้นให้ถูกต้อง และกฎหมายให้ถือว่าวันที่ยื่นฟ้องครั้งแรกเป็นหลัก ในการนับอายุความ หากผู้ฟ้องคดีไม่ยอมรับคำฟ้องคืนไปเพื่อแก้ไขเจ้าหน้าที่ของศาลปกครองต้องรับคำฟ้องนั้นไว้จะปฏิเสธไม่ได้

## 3. การส่งจ่ายสำนวนให้องค์คณะและแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดี

เมื่ออธิบดีศาลปกครองชั้นต้นได้รับคำฟ้องจากเจ้าหน้าที่ของศาลแล้ว อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นจะส่งจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะพิจารณาพิพากษา ตามความเชี่ยวชาญในประเภทคดีที่รับผิดชอบและแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดี เพื่อรับผิดชอบการจัดทำคำแถลงการณ์ นอกจากนั้นเมื่อองค์คณะได้รับสำนวนแล้ว ตุลาการหัวหน้าคณะในองค์คณะนั้นจะต้องแต่งตั้งตุลาการในองค์คณะคนหนึ่งหรือตนเองเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนเพื่อดำเนินการรวบรวมข้อเท็จจริงจากคำฟ้อง คำชี้แจงของคู่กรณีและรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง

## 4. การดำเนินการเกี่ยวกับคู่ความ

เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนตรวจคำฟ้องและเห็นว่าเป็นคำฟ้องที่สมบูรณ์ครบถ้วนแล้ว จะมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาและมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี ทำคำให้การ หากผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำให้การภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลต้องส่ง

สำเนาคำให้การ พร้อมพยานหลักฐานไปยังผู้ฟ้องคดี ให้ผู้ฟ้องคดีคัดค้านหรือยอมรับ คำให้การหรือพยานหลักฐาน จากนั้นหากผู้ฟ้องคดีทำคำคัดค้านคำให้การยื่นต่อศาล ภายในเวลาที่กำหนดศาลก็จะส่งสำเนาคำคัดค้านคำให้การของผู้ฟ้องคดีให้กับ ผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อยื่นคำให้การเพิ่มเติมต่อศาลภายใน 15 วัน

5. ตรวจสอบความครบถ้วนของข้อเท็จจริง สรุปสำนวนนำเสนอ องค์คณะและอธิบดีศาลปกครอง

เมื่อผู้ถูกฟ้องคดียื่นคำให้การเพิ่มเติมในระยะเวลาที่กำหนด หรือเมื่อ พ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วผู้ถูกฟ้องคดีไปได้ยื่นคำให้การเพิ่มเติม แต่ตุลาการ เจ้าของสำนวนเห็นว่าคดีมีข้อเท็จจริงเพียงพอที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาหรือ มีคำสั่งชี้ขาดคดีได้แล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนจะทำบันทึกเสนอองค์คณะ เพื่อพิจารณาดำเนินการต่อไป

6. อธิบดีส่งสำนวนให้ตุลาการผู้แถลงคดีจัดทำคำแถลงการณ์

เมื่ออธิบดีศาลปกครองขึ้นต้นพิจารณาสำนวนคดีแล้วเห็นว่า ไม่มีกรณี ที่จะแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ก็จะส่งสำนวนคดีให้ตุลาการผู้แถลงคดีจัดทำ คำแถลงการณ์ ซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายและความเห็นของตุลาการ ที่จะเสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาโดยเร็วต่อไป

7. นั่งพิจารณาคดี

เมื่อตุลาการผู้แถลงคดีได้จัดทำคำแถลงการณ์เรียบร้อยแล้ว องค์คณะ ก็จะกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีและหากคู่กรณีประสงค์จะยื่นคำแถลงเป็นหนังสือ ก็จะต้องยื่นต่อศาลก่อนวันนั่งพิจารณาคดีนั้น หรืออย่างช้าในวันนั่งพิจารณาคดี เมื่อการนั่งพิจารณาเสร็จสิ้น ตุลาการหัวหน้าคณะจะนัดประชุมปรึกษารายขององค์คณะ เพื่อพิพากษาหรือคำสั่งอีกครั้งหนึ่ง

8. ศาลมีคำพิพากษา / คำสั่ง

เมื่อศาลได้อ่านผลแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครอง โดยเปิดเผยในวันใดแล้วให้ถือว่าวันที่อ่านนั้นเป็นวันที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา หรือคำสั่ง แล้วหากคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีข้อคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่ง ของศาลปกครองชั้นต้นก็มีสิทธิอุทธรณ์คัดค้านคำสั่งหรือคำพิพากษาศาลปกครอง ชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดได้

### 4.3.3.3 ผลของการพิจารณา

#### (1) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล

ผลของการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาล หากเป็นการตรวจสอบหรือพิจารณาโดยศาลรัฐธรรมนูญ ผลของการพิจารณานั้นขึ้นอยู่กับคำขอที่ให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งจะเป็นไปตามเสียงข้างมากของตุลาการในองค์การที่พิจารณาวินิจฉัยคำร้อง โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ แต่หากเป็นกรณีของการพิจารณาหรือตรวจสอบโดยรัฐสภา ผลของการอภิปรายจะเกิดผลในลักษณะการลงมติเห็นชอบ รับรอง หรือไม่เห็นชอบอย่างใดอย่างหนึ่ง ตามญัตติที่ดำเนินการอภิปรายเช่นเดียวกันกับกรณีของการตั้งคณะกรรมการมาธิการ ผลของการตั้งกรรมการมาธิการจะเกิดผลของการพิจารณาในแง่ของข้อเสนอแนะที่ส่งผ่านสภาไปยังฝ่ายบริหารเท่านั้น มิได้ส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของฝ่ายบริหารหรือมีเงื่อนไขกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

#### (2) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี ที่เป็นการใช้อำนาจปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 72 ในการพิพาทภาคี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

(2) สั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมีคำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

(5) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

ในการมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎหมายให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎหมายนั้น ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับให้ผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้การบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับตามวรรคหนึ่ง (5) หรือตามวรรคสี่ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ในการพิพากษาคดีให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมด หรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

ดังนั้น ในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หากอยู่ในรูปของกฎหมาย เมื่อศาลพิจารณาพิพากษาว่า กฎนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีผลให้เป็นการเพิกถอนกฎหมาย เสมือนว่ากฎหมายนั้นไม่เคยมีอยู่ แต่หากมติคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเมื่อศาลพิพากษาว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นด้วยเช่นเดียวกัน

#### 4.3.4 แนวคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึงคำวินิจฉัย 2 กลุ่ม ได้แก่แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี (4.3.4.1) และแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี (4.3.4.2) โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.3.4.1 แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี

###### (1) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2546

คดีพิพาทดังกล่าวเป็นการฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2538 และวันที่ 17 กันยายน 2539 ที่ให้ถือปฏิบัติการนับอายุของบุคคลตามวิธีการนับที่กำหนดไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 ศาลปกครองได้วางหลักการวินิจฉัยในคดีดังกล่าวว่า มติคณะรัฐมนตรีข้างต้น เป็นเพียงมติที่ให้ถือปฏิบัติการนับอายุของบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 16 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่เท่านั้น จึงมีลักษณะเป็นเพียงการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตาม มิได้มีสภาพเป็นกฎหมายที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

###### (2) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2546

มติคณะรัฐมนตรีตามหนังสือ ที่ นร 0202/ว (ล) 16314 ลงวันที่ 12 ตุลาคม 2533 เรื่อง ห้ามส่งงูมีชีวิตและหนังงูที่ยังไม่แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 นายกรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอว่าเนื่องจากได้มีการส่งงูมีชีวิตออกนอกราชอาณาจักรจำนวนมาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมและความสมดุลทางธรรมชาติ จึงควรห้ามการส่งงูมีชีวิตทุกชนิดรวมทั้งหนังงูทุกชนิดที่ไม่แปรรูปออกนอกราชอาณาจักร ซึ่งคณะรัฐมนตรีเห็นชอบตามที่นายกรัฐมนตรี

เสนอและให้กระทรวงพาณิชย์รับไปประสานงานกับกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เพื่อดำเนินการในเรื่องนี้โดยด่วนต่อไปนั้น แม้คณะรัฐมนตรีจะมีมติเมื่อวันที่ 12 พฤศจิกายน 2534 ให้คงปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 9 ตุลาคม 2533 ต่อไปก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ ที่มีผลใช้บังคับกับหน่วยงานหรือบุคคลภายในองค์กรบริหาร แต่มีลักษณะเป็นการ กำหนดนโยบายเกี่ยวกับการส่งออกงูมีชีวิตทุกชนิด รวมทั้งหนังงูทุกชนิดที่ยัง ไม่แปรรูปออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศ ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวยังไม่มี ผลทางกฎหมายโดยตรงไปสู่ภายนอกและเมื่อคณะรัฐมนตรีได้มีมติเช่นนี้แล้ว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ตามมติคณะรัฐมนตรีจะต้องรับไปดำเนินการ ให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี

ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการห้ามทำการค้าหรือส่งออก งูมีชีวิตหรือหนังงูทุกชนิดไปจำหน่ายยังต่างประเทศ จะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ ยกเลิกหรือเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีโดยตรงไม่ได้ เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีในเรื่อง ดังกล่าวนี้ไม่มีสภาพเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เป็นแต่เพียงนโยบายของฝ่ายบริหาร ซึ่งจะต้องฟ้องหน่วยงานทางปกครองที่เป็นผู้ออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองเพื่อให้ เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้ ดังนั้น เมื่อมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิใช่กฎ ที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีการฟ้องขอให้เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี ในคดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### (3) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.21/2546

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้างว่าได้รับความเดือดร้อนหรือ ความเสียหายจากการคำนวณวันเกษียณอายุราชการ จึงขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงว่ามติ คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 7 มีนาคม 2538 และวันที่ 17 กันยายน 2539 ที่ให้ถือปฏิบัติ การนับอายุของบุคคลตามวิธีการที่กำหนดไว้ในมาตรการ 16 แห่งประมวลกฎหมาย แห่งและพาณิชย์ที่ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 เป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองวินิจฉัยว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองขอให้เพิกถอนเพื่อแก้ไข หรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายกรณีคำนวณวันเกษียณอายุราชการ

เป็นเพียงการอธิบายบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อการปฏิบัติตามนั้นมิได้มีสภาพเป็นกฎที่ศาลปกครองสูงสุดจะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และไม่มีความจำเป็นต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป การที่ศาลมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณาจึงเป็นกรณีผิดหลง เห็นสมควรเพิกถอนคำสั่งรับคำฟ้องรวมทั้งกระบวนการพิจารณาที่ดำเนินการภายหลังจากนั้น เนื่องจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

#### (4) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.26/2546

มติคณะรัฐมนตรีที่ให้หน่วยราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐพิจารณาการขอหมายเลขโทรศัพท์ใหม่ของ ทศท. เป็นลำดับแรก เว้นแต่ ทศท. ไม่อาจให้บริการได้ในระยะเวลาอันสั้น โดยมีเงื่อนไขให้ ทศท. ให้ส่วนลดและยกเว้นค่าบริการสำหรับโทรศัพท์พื้นฐาน มีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปหน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ต้องปฏิบัติตาม หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ย่อมมีความรับผิดชอบตามที่ถูกระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีเรื่องนี้จึงมีสถานะเป็นกฎตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

#### (5) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 101/2546

มติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการอาชีพงานก่อสร้างและผู้ประกอบอาชีพงานอื่นกับทางราชการที่มีผลกระทบจากการปรับปรุงระบบการแลกเปลี่ยนเงินตรา มีลักษณะเป็นกฎ และมีสภาพบังคับเป็นการทั่วไปให้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจต้องถือปฏิบัติตาม การที่ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งบังคับให้การสื่อสารแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี คืนเงินค่าปรับพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการละเลยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

### (6) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

คดีพิพาทนี้ เป็นคดีที่ผู้ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษายืน ตามศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยว่า การเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น ดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศ ของคณะรัฐมนตรี ในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในการนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่างการใช้ อำนาจทางปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มี ผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด อันอยู่ในอำนาจ พิจารณาคดีของศาลปกครอง แตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่าง ประเทศ อันมิได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

### (7) คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551

กรณีการฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา ขึ้นทะเบียน “ปราสาทเขาพระวิหาร” ซึ่งในเรื่องดังกล่าวศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งกำหนด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองดังกล่าวนำมาสู่ ประเด็นที่น่าสนใจ 2 ประการ คือ เขตอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาคดี ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และคำสั่งของศาลปกครองกลางที่กำหนด มาตรการคุ้มครองชั่วคราวถูกต้องหรือไม่

โดยในประเด็นเรื่องเขตอำนาจของศาลปกครอง มีนักวิชาการ หลายท่านวิเคราะห์ให้ไว้อย่างน่าสนใจว่า โดยทั่วไปแล้ว หลักนิติรัฐเรียกร้องให้ การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์กร ตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม มีการกระทำ บางประเภทที่โดยทั่วไปแล้ว ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบาย

ของฝ่ายบริหาร เป็นต้น ซึ่งในทางนิติศาสตร์ การกระทำที่มีลักษณะเช่นนี้จะเรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล (act of State, Acte de gouvernement) ซึ่ง หากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องใช้วิธีการควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม เหตุที่ทำให้การกระทำทางรัฐบาล ไม่ต้องอยู่ภายใต้ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพราะโดยปกติทั่วไปแล้วการกระทำดังกล่าว ไม่กระทบสิทธิหรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด เป็นการเฉพาะ ประกอบกับการกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็น ทางการเมืองที่มีข้อจำกัดในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ ก็จะส่งผลให้ ศาลปกครองมีอำนาจ หรือมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหาร หรือนโยบายได้เอง โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น

### **(8) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.23/2558**

คดีนี้เป็นคดีที่ผู้ฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอน มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2555 เรื่องการทบทวมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2554 กรณีการปรับอัตราค่าจ้างของลูกจ้างในรัฐวิสาหกิจ และมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2554 เรื่องการปรับอัตราค่าจ้าง ของลูกจ้างรัฐวิสาหกิจ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีคือคณะรัฐมนตรีดำเนินการออกมติใหม่ ศาลปกครองพิจารณาวินิจฉัยในสาระสำคัญของมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวขอด้วย กฎหมายแล้ว การพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าวของศาลปกครองจึงแสดงให้เห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในทางปกครอง คือ การวางหลักกฎหมายเพื่อให้หน่วยงานทางปกครอง หรือส่วนราชการปฏิบัติตาม มีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจของรัฐในระดับ รัฐธรรมนูญ ศาลปกครองจึงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาได้ตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

### **(9) คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.410/2563**

ศาลวินิจฉัยให้การฟ้องขอให้เพิกถอนประกาศคณะกรรมการกำหนดค่าทดแทนทรัพย์สินเพื่อการชลประทานตามมติคณะรัฐมนตรี เป็นการฟ้องที่มุ่งประสงค์ให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนในที่ดินที่ไม่มีเอกสารสิทธิ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยในคดีพิพาทดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในส่วนของมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2532 อนุมัติหลักการเกี่ยวกับการจ่ายเงินค่าทดแทนทรัพย์สินให้แก่ราษฎรผู้ที่มีหรือไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดินที่ถูกเขตก่อสร้างโครงการชลประทาน เป็นกรณีพิเศษ โดยมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวยังได้กำหนดขั้นตอนและวิธีการเกี่ยวกับการพิสูจน์สิทธิการครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินไม่มีเอกสารสิทธิไว้ด้วย จึงทำให้มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางปกครองเนื่องจากมีสภาพที่เป็นแนวปฏิบัติให้แก่ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติงานราชการ

#### **4.3.4.2 แนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี**

##### **(1) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2554**

คดีนี้ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรี เรื่อง การลอยตัวราคาข้าวและน้ำมันว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 66 มาตรา 67 และมาตรา 85 (4) หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไว้ว่า มติคณะรัฐมนตรีที่ผู้ร้องกล่าวอ้าง มีข้อบกพร่องที่แห่งกฎหมายตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 212 ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ที่จะใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ จะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการที่ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ต้องเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ

ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บุคคลนั้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นกรณี que personam ที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว การที่ผู้ร้องจะอ้างว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 213 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21 วรรคหนึ่ง ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยได้

### (2) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2553

ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การที่นายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี และผู้อำนวยการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน และคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรง ลงวันที่ 7 เมษายน 2553 เพื่อจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของผู้ร้องโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ซึ่งออกตามความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 218 ที่ถูกยกเลิกไปแล้วมาใช้บังคับโดยมีได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบและเป็นการนำกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวว่า ผู้ร้องมิได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตราใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการร้องขอให้พิจารณาการกระทำของนายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี และผู้อำนวยการศูนย์อำนาจการแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉิน จึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21

### (3) คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 34/2552

ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 84 (5) หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ

พิจารณาว่า เนื่องจากผู้ที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อันสืบเนื่องมาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บุคคลนั้น ต้องยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่น ได้แล้ว ซึ่งคำร้องของผู้ร้องขอในกรณีนี้ มิได้มีการกล่าวอ้างว่า บทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อีกทั้งมติคณะรัฐมนตรี ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2550 มิใช่บทบัญญัติ แห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 212 กรณีจึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ใน มาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบ ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ข้อ 21

#### (4) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

คดีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ชื่อในขณะนั้น) ยื่นคำร้องขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการ ของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวแล้วเห็นว่า คำร้อง ดังกล่าวเป็นการขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็น “กฎ” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 โดยศาลวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้ มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการ เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติ ในส่วนที่หนึ่งให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น การยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนด ไว้ในระบอบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่อง

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจ โดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

### (5) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557

ข้อพิพาทในกรณีเป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินได้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยว่าการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในประเด็นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญมีการให้เหตุผลในการพิจารณารับคดีไว้วินิจฉัยไว้ว่า มาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีความหมายกว้างกว่ากรณีที่ศาลอื่นจะส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยถึงแม้ตามคำร้องจะเป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า การจัดการเลือกตั้ง ส.ส. เป็นการเลือกตั้งทั่วไป มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาเนื้อความในคำร้องทั้งหมดแล้วเห็นได้ว่า ผู้ร้องมีความประสงค์จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้ง ส.ส. เป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ด้วย เนื่องจากการจัดการเลือกตั้งครั้งดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการกำหนดวันเลือกตั้ง ส.ส. เป็นการเลือกตั้งทั่วไปในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 จึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยของพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว และถึงแม้พระราชกฤษฎีกาจะเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่าพระราชบัญญัติ แต่พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้เป็นพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 108 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ผู้ร้องอาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้ ประกอบกับการจัดการ



#### 4.4 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 29 ของพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งบัญญัติให้รัฐจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติ เพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ในการพัฒนาประเทศให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลเนื่องจากการดำเนินการตามโครงการและแผนต่าง ๆ ของรัฐที่ผ่านมาในอดีต ยังไม่เคยมีการกำหนดเป้าหมายการพัฒนาประเทศระยะยาว ทำให้การทำแผนต่าง ๆ ของรัฐมีทิศทางและแนวทางในการพัฒนาประเทศที่ขาดความชัดเจน ความต่อเนื่อง ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินและการใช้งบประมาณแผ่นดิน<sup>370</sup>

กระบวนการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ เป็นเครื่องมือหนึ่งในการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ เหล่านั้น หรือใช้วางแผนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาและอุปสรรคนั้นเกิดขึ้นทั้งในปัจจุบันและในอนาคต นอกจากนี้สิ่งสำคัญอย่างยิ่งคือเป็นการสร้างนวัตกรรมให้เกิดผลในทางบวกแก่สภาพทางเศรษฐกิจและสังคม

“ร่างยุทธศาสตร์ชาติ” จะมีคณะกรรมการยุทธศาสตร์จำนวน 35 คน ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีและกำหนดวิธีการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติและการมีส่วนร่วมในการติดตาม การตรวจสอบ และการประเมินผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติและมาตรการส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชนทุกภาคส่วนดำเนินการให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ นอกจากนี้ยังมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอความเห็นต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องในเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ การกำกับดูแลการปฏิรูปประเทศให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยแผนและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ<sup>371</sup>

<sup>370</sup> อานันท์ เกียรติสารพิภพ, พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สถาบันวิทยุกระจายเสียงรัฐสภาและสำนักวิชาการ, หน้า 1-3

<sup>371</sup> มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

ในการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติยังต้องคำนึงถึงผลประโยชน์แห่งชาติ ความต้องการและความจำเป็นในการพัฒนาประเทศให้สอดคล้องกับหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียงและการพัฒนาที่ยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาล และเป้าหมายการปฏิรูปประเทศตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ โดยให้ดำเนินการตามกระบวนการดังต่อไปนี้

1. มีการใช้ข้อมูลความรู้ที่เกิดจากการศึกษาวิเคราะห์ปัจจัยต่าง ๆ อย่างรอบคอบ
2. วิเคราะห์แนวโน้มการเปลี่ยนแปลงในอนาคตอย่างรอบด้านทั้งในประเทศและต่างประเทศ วิเคราะห์จุดแข็ง จุดอ่อน โอกาส และข้อจำกัด รวมทั้งความเสี่ยงของประเทศ เพื่อเตรียมความพร้อมของประเทศต่อการเปลี่ยนแปลงเหล่านั้น
3. การให้ประชาชนทุกภาคส่วนในการกำหนดเป้าหมาย การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ รวมทั้งการสร้างการรับรู้ ความเข้าใจ และความเป็นเจ้าของยุทธศาสตร์ชาติร่วมกัน

นอกจากนี้ในกระบวนการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติให้คณะกรรมการจัดทำประชาชนทุกภาคส่วนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการตามขั้นตอน ดังต่อไปนี้

1. การรับฟังความคิดเห็นเบื้องต้นเพื่อนำมาใช้จัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติ
2. การรับฟังความคิดเห็นเมื่อจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติด้านต่าง ๆ แล้วเสร็จเบื้องต้นเพื่อนำมาแก้ไขปรับปรุง ซึ่งรูปแบบการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวนี้ให้เป็นไปตามวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด แต่จะต้องเป็นวิธีที่ประชาชนสามารถเข้าถึงและแสดงความคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะได้โดยสะดวกและทั่วถึง และต้องมีการแสดงข้อมูลที่เพียงพอแก่การที่ประชาชนจะเข้าใจและสามารถแสดงความคิดเห็นได้ด้วย<sup>372</sup>

เมื่อคณะกรรมการดำเนินการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติเสร็จแล้ว ให้เสนอร่างนั้นต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องใด ให้ส่งคืนคณะกรรมการเพื่อดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติม แล้วส่งให้คณะรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามสิบวันนับแต่วันที่

<sup>372</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

ได้รับร่างยุทธศาสตร์ชาติ ในการนี้เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับร่างยุทธศาสตร์ชาติ ต้องดำเนินการพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างยุทธศาสตร์ และให้วุฒิสภาพิจารณาและลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างจากสภาผู้แทนราษฎร

ในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาร่างยุทธศาสตร์ชาติไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าวตามความในพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์แห่งชาติ ให้ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบในร่างยุทธศาสตร์ชาติที่คณะรัฐมนตรีเสนอ หากในการพิจารณาร่างยุทธศาสตร์สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบร่างยุทธศาสตร์ชาติให้ร่างยุทธศาสตร์ชาติเป็นอันตกไป และให้คณะกรรมการดำเนินการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ชาติขึ้นใหม่ หรือแก้ไขเพิ่มเติมก็ได้ ซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายใน 180 วัน นับแต่วันที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบ

ร่างยุทธศาสตร์ชาติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวัน เพื่อมีพระบรมราชโองการประกาศใช้เป็นยุทธศาสตร์ชาติต่อไป<sup>373</sup> ทั้งนี้ กระบวนการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ดังนั้น การกระทำของคณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติในกรณีของการจัดทำร่างยุทธศาสตร์ จึงย่อมเป็นการกระทำในฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หรือเป็น “ฝ่ายปกครอง” ใช้อำนาจปกครอง และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง ประกอบกับการจัดทำร่างยุทธศาสตร์มิได้เป็นการกระทำที่มีเนื้อหาในลักษณะที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร (เช่น การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา) หรือเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (เช่น การทำสนธิสัญญา การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่) จึงมิใช่การกระทำในทางรัฐบาลแต่อย่างใด<sup>374</sup>

<sup>373</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

<sup>374</sup> มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

อย่างไรก็ตาม มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการให้อำนาจการบริหารประเทศแก่คณะรัฐมนตรี ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวดที่ 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 64 มาตรา 65 มาตรา 76 และมาตรา 270 ในการออกพระราชบัญญัติ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 รายละเอียดดังนี้

“มาตรา 64 บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการ ตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน”

“มาตรา 65 รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมาย การพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็น กรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกัน เพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว

การจัดทำ การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และ วิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องมีบทบัญญัติ เกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย

ยุทธศาสตร์ชาติเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้ บังคับได้”

มาตรา 76 รัฐพึงพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งราชการส่วนกลางส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีโดยหน่วยงาน ของรัฐต้องร่วมมือและช่วยเหลือกันในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อให้ การบริหารราชการแผ่นดิน การจัดทำบริการสาธารณะ และการใช้จ่าย เงินงบประมาณมีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์สุขของประชาชน รวมตลอดทั้งพัฒนาเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีความซื่อสัตย์สุจริต และ

มีทัศนคติเป็นผู้ให้บริการประชาชนให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ และปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ

รัฐพึงดำเนินการให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ของหน่วยงานของรัฐให้เป็นไปตามระบบคุณธรรม โดยกฎหมาย ดังกล่าวอย่างน้อยต้องมีมาตรการป้องกันมิให้ผู้ใดใช้อำนาจ หรือ กระทำการโดยมิชอบที่เป็นการก้าวก่ายหรือแทรกแซงการปฏิบัติ หน้าที่ หรือกระบวนการแต่งตั้งหรือการพิจารณาความดีความชอบ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

รัฐพึงจัดให้มีมาตรฐานทางจริยธรรม เพื่อให้หน่วยงานของรัฐ ใช้เป็นหลักในการกำหนดประมวลจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในหน่วยงานนั้น ๆ ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานทางจริยธรรมดังกล่าว<sup>375</sup>

โดยที่มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้รัฐ พึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติ เป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตาม หลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและ บูรณาการกัน เพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว โดยในการจัดทำ การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ และกฎหมายดังกล่าว ต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้<sup>376</sup>

การจัดทำยุทธศาสตร์ชาติถือเป็นภารกิจหลักของฝ่ายบริหารที่เชื่อมโยง กับการกระทำของคณะรัฐมนตรีหลายประการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการให้คณะรัฐมนตรี วางระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการติดตาม การตรวจสอบ และการประเมิน ผลการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติ ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับแผนยุทธศาสตร์ การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิ การพิจารณา

<sup>375</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

<sup>376</sup> บันทึกท้ายพระราชบัญญัติ, พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

ร่างยุทธศาสตร์ชาติและนำเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จึงอาจตีความได้ว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยมติคณะรัฐมนตรีตามอำนาจหน้าที่ในพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ นั้น เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ในส่วนของการกระทำของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ การจัดทำยุทธศาสตร์ชาตินั้นจะต้องดำเนินการโดยคณะรัฐมนตรีและต้องมีผลออกมาเป็นมติคณะรัฐมนตรี เพื่อดำเนินการต่อภายในส่วนงานของฝ่ายบริหารในการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ โดยมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลนั้น สามารถตรวจสอบได้โดยองค์กรศาล โดยศาลที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีได้นั้นจะต้องเป็นศาลซึ่งมีบทบาทโดยตรงในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นการกระทำของคณะรัฐมนตรี

การกระทำทางรัฐบาล หรือกรณีมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีนั้น เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ศาลหรือองค์กรตุลาการที่มีอำนาจในการตรวจสอบว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นมติคณะรัฐมนตรีชอบด้วยกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงอยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ<sup>377</sup> โดยมีเกณฑ์ในการตรวจสอบ **มติคณะรัฐมนตรีต้องเป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ** กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจรัฐบาลเพื่อที่จะให้มีการตราพระราชกำหนดโดยอาศัยมาตรา 172 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หากคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการใช้อำนาจเพื่อตราพระราชกำหนดที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ ให้ถือว่าพระราชกำหนดนั้นไม่มีผลบังคับใช้ โดยหลักการดังกล่าวนี้ถูกนำมาเป็นแนวคิดเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ในการปฏิบัติงานของหน่วยงานรัฐและคณะรัฐมนตรี ดังนี้

<sup>377</sup> สิทธิพร เสถายาน, การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 43

“มาตรา 29 ในระหว่างอายุของวุฒิสภิตามมาตรา 269 (4) ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”<sup>378</sup>

จากบทบัญญัติในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ข้างต้น จึงสามารถพิจารณาสาระสำคัญของมาตรา 29 ได้ ดังต่อไปนี้

#### 4.4.1 เงื่อนไขและขอบเขตของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยมีเงื่อนไขและขอบเขตในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการปฏิบัติหน้าที่อันเนื่องมาจากมติคณะรัฐมนตรี ดังนี้

<sup>378</sup> พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

**ชั้นแรก** ในกรณีที่มีการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับ ยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการ และวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ คือ มีหน้าที่และอำนาจติดตาม เสนอแนะ และเร่งรัดการปฏิรูปประเทศ เพื่อให้ บรรลุเป้าหมายตามหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ และการจัดทำและดำเนินการ ตามยุทธศาสตร์ชาติ

**ชั้นที่สอง** ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่ อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการ ตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว

#### 4.4.2 ขั้นตอนและกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

มติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินงานของคณะรัฐมนตรีจะได้รับการวินิจฉัย ความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ โดยในมาตรา 29 ไม่ได้กำหนดขั้นตอน และกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี โดยศาลรัฐธรรมนูญไว้โดยเฉพาะเจาะจง

#### 4.4.3 ผลของการพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

บทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว

ดังนั้น พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 จึงได้นำหลักการตรวจสอบความชอบตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 270 มาใช้ในการตรวจสอบกรณีที่มีการดำเนินการ

ของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ และยังให้ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นผู้วินิจฉัยกรณีตีความของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งที่มาของมติคณะรัฐมนตรีนั้น มีฐานอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญตั้งแต่ต้น ทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่ในอำนาจการวินิจฉัยเป็นของศาลรัฐธรรมนูญและวางหลักเกณฑ์การตรวจสอบตามรัฐธรรมนูญ เป็นหลัก

จากข้อมูลที่กำลังกล่าวมาในข้างต้น มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับแนวคิดของผู้ร่างพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ที่พยายามจะสร้างกลไกเข้ามาควบคุมรัฐบาลที่จะเข้ามารับหน้าที่ในอนาคตให้ปฏิบัติตามกรอบที่ได้กำหนดไว้ โดยนำเอายุทธศาสตร์ชาติรวมถึงแผนการปฏิรูปประเทศซึ่งเป็นเรื่องทางนโยบายมาบังคับใช้ในลักษณะของเครื่องมือทางกฎหมาย

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์

ในการศึกษาวิเคราะห์ในบทนี้ผู้วิจัยแบ่งหัวข้อในการศึกษาวิเคราะห์ออกเป็น 5 ประเด็น ดังนี้ 5.1 วิเคราะห์สถานะของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 5.2 วิเคราะห์สถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ถือว่าเป็นการกระทำประเพณีใด 5.3 วิเคราะห์เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” 5.4 วิเคราะห์ขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” โดยศาลรัฐธรรมนูญ และ 5.5 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญว่าควรมีขอบเขตในการตรวจสอบเพียงใด โดยมีรายละเอียดในการศึกษาวิเคราะห์ ดังนี้

#### 5.1 วิเคราะห์สถานะของพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

ในหัวข้อนี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ 2 ประเด็น คือ 5.1.1 วิเคราะห์สถานะของพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 และ 5.1.2 วิเคราะห์สถานะของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

##### 5.1.1 วิเคราะห์สถานะของพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

การตราพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 นั้นมีพื้นฐานมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 6 “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 64 มาตรา 65 มาตรา 142 มาตรา 162

และมาตรา 275 ในการตราพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ดังนี้

(ก) บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน (มาตรา 64)

(ข) รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย ยุทธศาสตร์ชาติเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ (มาตรา 65)

(ค) ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ต้องแสดงแหล่งที่มาและประมาณการรายได้ ผลสัมฤทธิ์หรือประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการจ่ายเงินและสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติและแผนพัฒนาต่าง ๆ (มาตรา 142)

(ง) คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐและยุทธศาสตร์ชาติ (มาตรา 162)

(จ) ให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีกฎหมายตามมาตรา 65 วรรคสอง ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้และดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ (มาตรา 275)

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้ง 5 มาตราที่เกี่ยวข้อง “ยุทธศาสตร์ชาติ” นำมาสู่การวิเคราะห์ “สถานะ” ทางกฎหมายของ “ยุทธศาสตร์ชาติ” และพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ได้ ดังนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ต้องการกำหนดให้ “ยุทธศาสตร์ชาติ” มีสถานะผูกพันการดำเนินนโยบายของรัฐบาลใน 3 ประการ กล่าวคือ

**ประการที่หนึ่ง** ต้องการให้ยุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศ อย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันรวมกันไปสู่เป้าหมาย ดังกล่าว

**ประการที่สอง** กำหนดให้คณะรัฐมนตรีที่จะเข้ารับบริหารราชการแผ่นดิน ต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ (มาตรา 162)

**ประการที่สาม** การเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี งบประมาณต้องแสดงแหล่งที่มาและประมาณการรายได้ ผลสัมฤทธิ์หรือประโยชน์ ที่คาดว่าจะได้รับจากการจ่ายเงินและสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติและแผนพัฒนา ต่าง ๆ (มาตรา 142)

จากบทบัญญัติ 3 มาตราของรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่า “ยุทธศาสตร์ชาติ” ไม่ใช่เป็นเพียง “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในหมวด 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หากแต่เป็นส่วนที่อยู่ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐและมีลักษณะเฉพาะที่มีผลผูกพันฝ่ายการเมืองทั้งหลาย (รัฐบาลและรัฐสภา) ที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามที่กำหนดไว้ มีผลผูกพันและมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป กล่าวโดยสรุปในประเด็นนี้คือ “ยุทธศาสตร์ชาติ” มิใช่เป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐทั่วไปเท่านั้น หากแต่ยังมีผลผูกพันต่อฝ่ายการเมืองและเมืองครตรวจสอบการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติอีกด้วย

(2) เมื่อ “ยุทธศาสตร์ชาติ” มีผลผูกพันต่อฝ่ายการเมืองตามที่กล่าวแล้วข้างต้น ด้วยเหตุนี้เอง บทบัญญัติของบทเฉพาะกาลในมาตรา 275 จึงบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีจัดทำมีกฎหมายตามมาตรา 65 วรรคสอง ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวัน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้และดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จ

ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ การกำหนดเงื่อนไขเวลาตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดไว้ 2 เงื่อนไข คือ ก. จัดให้มีกฎหมายตามมาตรา 65 วรคสอง (พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ) ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ และ ข. ดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ การกำหนดเงื่อนไขเวลาไว้เช่นนี้ก็เพื่อเป็นมาตรการบังคับทำให้เกิด “ยุทธศาสตร์ชาติ” ขึ้น เมื่อมี “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามที่กำหนดไว้แล้วย่อมมีผลทำให้ความผูกพันของฝ่ายการเมืองต่าง ๆ นั้นต้องผูกพันตามยุทธศาสตร์ชาติและก่อให้เกิดการตรวจสอบความผูกพันของฝ่ายการเมืองที่ผูกพันตามยุทธศาสตร์ชาตินั้นมีค่าบังคับ และอาจนำไปสู่การควบคุมตรวจสอบการดำเนินการใด ๆ ของฝ่ายการเมืองที่มีต่อ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ได้

จากสถานะของพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวได้อาศัยความผูกพันต่อ “ยุทธศาสตร์ชาติ” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ใน 3 ประการ กล่าวคือ (1) กำหนดให้ยุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว (มาตรา 65) (2) กำหนดให้คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐ แนวนโยบายแห่งรัฐและยุทธศาสตร์ชาติ (มาตรา 162) (3) การเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณต้องแสดงแหล่งที่มาและประมาณการรายได้ ผลสัมฤทธิ์หรือประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการจ่ายเงินและสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติและแผนพัฒนาต่าง ๆ (มาตรา 142) เมื่อกำหนดความผูกพันผ่านรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 แล้วจึงอาศัยพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 กำหนดรายละเอียดความผูกพันต่อไปยังหน่วยงานของรัฐทั้งหลาย หลังจากนั้นจึงได้สร้างมาตรการในการตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามยุทธศาสตร์ชาติ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 เป็นเสมือนกฎหมายที่เชื่อมโยงกับ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิใช่เป็นเพียง “ยุทธศาสตร์ชาติ”

ที่มีมติในทางนโยบายเท่านั้น หากแต่เป็น “ยุทธศาสตร์ชาติ” ที่มีมาตรการกลไกในการบังคับซึ่งมีผลผูกพันทั้งฝ่ายนโยบายและฝ่ายประจำในลักษณะที่แตกต่างกัน

### 5.1.2 วิเคราะห์สถานะของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

เพื่อแสดงให้เห็นว่าสถานะของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มีสถานะเช่นใดและจะมีผลต่อการใช้และการตีความที่เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญอย่างไร โดยแบ่งข้อพิจารณาออกเป็น 3 ประการ คือ ลักษณะของบทบัญญัติมาตรา 29 (5.1.2.1) เนื้อหาของการตรวจสอบตามมาตรา 29 (5.1.2.2) และความมุ่งหมายของมาตรา 29 (5.1.2.3)

#### 5.1.2.1 ลักษณะของบทบัญญัติมาตรา 29

หากพิจารณาพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีทั้งหมด 29 มาตรา โดยแบ่งออกเป็น 3 หมวด คือ หมวด 1 ยุทธศาสตร์ชาติ หมวด 2 คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติ หมวด 3 การติดตาม การตรวจสอบ และการประเมินผล และบทเฉพาะกาล (มาตรา 28 - มาตรา 29) ซึ่งบทบัญญัติของมาตรา 29 บัญญัติว่า “*ในระหว่างอายุของวุฒิสภามาตรา 269 (4) ของรัฐธรรมนูญ* ในกรณีที่มีการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรีหรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมิตินำให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัย

ของศาลรัฐธรรมนูญ” จากบทบัญญัติของมาตรา 29 ดังกล่าวแสดงถึงลักษณะความเป็นบทเฉพาะกาลได้ 2 ประการ ดังนี้

(1) มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นมาตราที่อยู่ในมาตราสุดท้ายของพระราชบัญญัติดังกล่าวและอยู่ในส่วนของบทเฉพาะกาล ซึ่งการบัญญัติไว้ในบทเฉพาะกาลผู้ร่างย่อมมีความมุ่งหมายว่าบทบัญญัติดังกล่าวย่อมไม่ใช่บทหลักที่จะใช้ควบคุมไปกับกฎหมายฉบับนี้ตราบจนกว่ากฎหมายฉบับนี้จะไม่มีผลใช้บังคับ คงมีความมุ่งหมายให้มาตรา 29 ใช้บังคับในขอบเขตของเวลาในช่วงใดช่วงหนึ่งเท่านั้น เมื่อผ่านพ้นกำหนดเวลาตามที่กำหนดไว้มาตรา 29 ย่อมสิ้นผลบังคับโดยปริยาย ส่วนเงื่อนไขเวลาที่เป็นเงื่อนไขบังคับไว้ในปรากฏอยู่ในมาตรา 29 นั้นที่จะได้กล่าวต่อไป

(2) เงื่อนไขเวลาในการใช้บังคับของมาตรา 29 เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ว่า “ในระหว่างอายุของวุฒิสภาตามมาตรา 269 (4) ของรัฐธรรมนูญ...” มาตรา 269 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นมาตราที่อยู่ในบทเฉพาะกาลเช่นเดียวกัน จึงเป็นบทบัญญัติที่มุ่งหมายให้ใช้บังคับในกรอบระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น ซึ่งตามมาตรา 269 (4) บัญญัติว่า “อายุของวุฒิสภามาตราฉบับนี้มีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาเริ่มตั้งแต่วันที่ที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้ง...” เพราะฉะนั้นจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมาตรา 29 จึงมีระยะเวลาในการใช้เพียง 5 ปี นับจากวันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 5 ปีดังกล่าว มาตรา 29 ย่อมสิ้นผลการใช้บังคับ

### 5.1.2.2 เนื้อหาของการตรวจสอบตามมาตรา 29

มาตรา 29 ซึ่งกำหนดว่า “... ในกรณีที่การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรีหรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย

โดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย...”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเนื้อหาในการตรวจสอบ (วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ) คือ ก. มติคณะรัฐมนตรี ข. การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยมี “เกณฑ์” ในการตรวจสอบว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สำหรับเกณฑ์ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น อาจแบ่ง “เกณฑ์” การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 เกณฑ์ คือ ก. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น และ ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เนื้อหาการตรวจสอบตามมาตรา 29 อาจกล่าวได้ว่า วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ และ “เกณฑ์” ในการตรวจสอบมิได้เป็นไปตามหลักเขตอำนาจทั่วไปของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบโดยทั่วไปแล้วคือ “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” หรือ “การกระทำใด ๆ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งกฎหมายกำหนดขอบเขตหรือการกระทำที่มีความแน่นอนชัดเจน เช่น การพิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ฯลฯ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย หรือไม่ (มาตรา 144 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) หรือการพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนด (มาตรา 173)

กรณีที่กำลังมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบมีความแน่นอนชัดเจน ในขณะที่ “วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ” ตามมาตรา 29 คือ ก. มติคณะรัฐมนตรี ข. การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ทั้งสองการกระทำนี้ขาดความแน่นอนชัดเจนในสถานะทางกฎหมาย กล่าวคือ “มติคณะรัฐมนตรี” มีอย่างน้อย 2 สถานะ คือ ก. เป็นการ “กระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางปกครอง” หากมติคณะรัฐมนตรีตามที่กำหนดในมาตรา 29 มีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้จึงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ผ่านมาที่ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และจากผลของ “วัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ” ที่ไม่แน่นอนชัดเจนจึงเป็นผลให้มาตรา 29 จึงบัญญัติให้ตรวจสอบว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งแบ่งเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 เกณฑ์ คือ ก. หลักความชอบ

ด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น และ ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

### 5.1.2.3 ความมุ่งหมายของมาตรา 29

มาตรา 29 บัญญัติว่า “... ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ”

จากบทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่า มติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว และพิจารณามีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ความมุ่งหมายของมาตรา 29 หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องส่งเรื่องไปยัง ป.ป.ช. เพื่อพิจารณาวินิจฉัยต่อไป หากพิจารณาการพิจารณาวินิจฉัยของ ป.ป.ช. ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 หมวด 3 การดำเนินการกับผู้ดำรงตำแหน่ง

ทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งเฉพาะ ส่วนที่ 1 การดำเนินคดีทุจริตต่อหน้าที่หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (มาตรา 76 - มาตรา 86) ซึ่งมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติว่า

“เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติลงความเห็นเห็นว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ฯลฯ มีพฤติการณ์ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งรายงานสำนวนการไต่สวน เอกสาร พยานหลักฐาน และความเห็นพร้อมสำเนาอิเล็กทรอนิกส์ ไปยังอัยการสูงสุดภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มมีมติ เพื่อให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป ทั้งนี้ โดยไม่ต้องส่งผู้ถูกกล่าวหาให้อัยการสูงสุดแต่ต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ”

จากกระบวนการตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติฯ ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า มาตรา 29 มีจุดหมายปลายทางเพื่อต้องการใช้มาตรการทางอาญามาควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารมิให้ขัดแย้งต่อยุทธศาสตร์ชาติ โดยอาศัยกลไกของวุฒิสภา คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ ศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อัยการสูงสุด และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นมาตรการและกลไกในการควบคุมการตรวจสอบดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 นั้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ (1) เป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นเพียงบทเฉพาะกาล กล่าวคือมีระยะเวลาในการใช้เพียง 5 ปี นับจากวันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 5 ปีดังกล่าว มาตรา 29 ย่อมสิ้นผลการใช้บังคับ (2) การกำหนด “วัตถุประสงค์การตรวจสอบ” คือ ก. มติคณะรัฐมนตรี ข. การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีนั้นขาดความแน่นอนชัดเจนในสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” ซึ่งอาจมีเป็นการ “กระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางปกครอง” และ (3) เกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ออกเป็น 2 เกณฑ์ คือ ก. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น

และ ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยที่มาตรา 29 มีความมุ่งหมายเพื่อต้องการใช้มาตรการทางอาญามาควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารมิให้ขัดแย้งต่อยุทธศาสตร์ชาติ ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับประเด็นต่าง ๆ ดังกล่าวจะได้พิจารณาต่อไป

## 5.2 วิเคราะห์สถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ว่าเป็นการกระทำประเภทใด

บทบัญญัติมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า “... ในกรณีที่มีการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรีหรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่า **มติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง** เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย...”

ตามที่ได้กล่าวแล้วในบทที่ 4 มติคณะรัฐมนตรีจะมีลักษณะเป็นการตัดสินใจร่วมกัน แต่หากพิจารณาเนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีแต่ละเรื่อง อาจแบ่งแยกประเภทของมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้ในการบริหารประเทศได้ 2 ประเภท ดังนี้<sup>379</sup> ก. มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ และ ข. มติคณะรัฐมนตรีที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งการแยกมติคณะรัฐมนตรีนี้อาจแยกได้ 2 ประเภทดังกล่าว แต่หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 29 และความมุ่งหมายของมาตรา 29 แล้วจะเห็นได้ว่า

<sup>379</sup> นันทวัฒน์ พรหมานันท์, บทบรรณาธิการ [www.pub-law.net](http://www.pub-law.net) ครั้งที่ 190 “การกระทำทางรัฐบาล” เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1235>

“มติของคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” จะมีสถานะใดอย่างไร  
หาใช้สาระสำคัญของความมุ่งหมายของการตรวจสอบตามมาตรา 29 แต่อย่างไรใด  
แต่อย่างไรก็ตามเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับ “มติของคณะรัฐมนตรี” หรือ  
“การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

ก. “มติของคณะรัฐมนตรี” ตามนัยของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติ  
ดังกล่าว อาจจะมีสถานะเป็นนโยบายของรัฐบาล เช่น กรณีโครงการรับจำนำข้าว  
เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2554 จำเลยแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา  
โดยมีนโยบายยกระดับราคาสินค้าเกษตรและให้เกษตรกรเข้าถึงแหล่งเงินทุน นำระบบ  
จำนำสินค้าเกษตรมาใช้ในการสร้างความมั่นคงด้านรายได้ให้แก่เกษตรกร ด้วยการ  
รับจำนำข้าวเปลือกเจ้า และข้าวเปลือกหอมมะลิ ความชื้นไม่เกิน 15 เปอร์เซ็นต์  
ตันละ 15,000 บาท และ 20,000 บาท ตามลำดับ กล่าวโดยทั่วไปคำว่า “มติ  
ของคณะรัฐมนตรี” ในนัยนี้จึงมีลักษณะเป็นนโยบายที่มีผลผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐ  
ที่จะต้องดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว

ข. สำหรับ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” นั้น เป็นกรณีที่มีใช้  
เพียงการกำหนดนโยบายเพื่อก่อให้เกิดผลผูกพันต่อหน่วยงานของรัฐทั้งหลาย  
แต่ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” นั้นเป็นการกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการ  
โดยตรงโดยมิต้องให้หน่วยงานของรัฐไปกระทำการใด ๆ อีก หรือต้องมีการกระทำใด ๆ  
จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องก็เป็นเพียงการดำเนินการบางส่วนเพื่อให้เป็นไป  
ตามที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติ เช่น กรณีที่รัฐบาลในอดีตได้ดำเนินการแปลงภาษี  
สรรพสามิตในกิจการโทรคมนาคม โดยได้มีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติม  
พระราชบัญญัติพิกัตอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546,  
พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546  
และประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ลดอัตราและยกเว้นภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 9-)  
ลงวันที่ 28 มกราคม 2546 และต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์  
2546 เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม และให้นำค่า  
สัมปทานหักกับภาษีสรรพสามิตข้างต้น โดยให้คู่สัญญาภาคเอกชนนำภาษีสรรพสามิต  
สำหรับกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ชำระให้แก่กรมสรรพสามิตตามประกาศกระทรวง  
การคลังดังกล่าวมาหักออกจากค่าสัมปทานที่ต้องชำระให้แก่หน่วยงานภาครัฐได้

กรณีตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 ที่ให้นำคำสัมปทานหักกับภาษีสรรพสามิต ถือได้ว่าเป็น “การดำเนินการของ คณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งมีผลโดยตรงต่อเรื่องดังกล่าว

จากข้อพิจารณาเกี่ยวกับ “มติของคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามนัยของมาตรา 29 ดังกล่าว จึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ “มติของคณะรัฐมนตรี” มีลักษณะเหมือนกับเป็นการกำหนดนโยบาย ในเรื่องนั้นซึ่งก่อให้เกิดผลผูกพันต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ส่วน “การดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” มีผลผูกพันในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่จำเป็นต้องมีการกระทำใด ๆ ของหน่วยงานมารองรับอีกหรือหากจะมีก็เป็นเพียงรายละเอียดเพื่อบรรลุเป้าหมาย ตามที่กำหนดไว้เท่านั้น

เพื่อให้เห็นรูปธรรมของการตรวจสอบดังกล่าว คณะผู้วิจัยขอหยิบยก การดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลในอดีตมาเป็นตัวอย่าง คือ โครงการรับจำนำข้าว ของรัฐบาลในอดีต ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ อม. 211/2560 โดยมีสาระสำคัญตามคำพิพากษา ของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ดังนี้

(1) **สถานะของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล** จำเลยดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหาร ราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ในการกำกับการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการนี้จะสั่งให้ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และส่วนราชการซึ่งมีหน้าที่ควบคุมราชการ ส่วนท้องถิ่น ชี้แจงแสดงความคิดเห็น ทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการ ในกรณี จำเป็นจะยับยั้งการปฏิบัติราชการใด ๆ ที่ขัดต่อนโยบายหรือมติของคณะรัฐมนตรี ก็ได้ และมีอำนาจสั่งสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น มอบหมายให้รองนายกรัฐมนตรีกำกับ การบริหารราชการของกระทรวง ทบวง บังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่ง และดำเนินการอื่น ๆ ในการปฏิบัติตามนโยบาย

(2) การกำหนดนโยบาย เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2554 จำเลยแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา โดยมีนโยบายยกระดับราคาสินค้าเกษตรและให้เกษตรกรเข้าถึงแหล่งเงินทุน นำระบบจำหน่ายสินค้าเกษตรมาใช้ในการสร้างความมั่นคงด้านรายได้ให้แก่เกษตรกร ด้วยการรับจำนำข้าวเปลือกเจ้า และข้าวเปลือกหอมมะลิ ความชื้นไม่เกิน 15 เปอร์เซ็นต์ ต้นละ 15,000 บาท และ 20,000 บาท ตามลำดับ และนโยบายป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในภาครัฐอย่างจริงจัง ยึดหลักความโปร่งใสและมีธรรมาภิบาลเพื่อการพัฒนาประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์ต่อประเทศโดยรวมอย่างแท้จริง เป็นนโยบายเร่งด่วนที่จะดำเนินการในปีแรก

(3) การดำเนินการตามนโยบาย ต่อมาจำเลยในฐานะนายกรัฐมนตรีมีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 153/2554 แต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ (กขช.) มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีอำนาจหน้าที่เสนอกรอบนโยบายและยุทธศาสตร์ข้าวต่อคณะรัฐมนตรี อนุมัติแผนงาน โครงการและมาตรการเกี่ยวกับการผลิตและการตลาดข้าว ติดตามกำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบาย มาตรการ และโครงการที่อนุมัติ แต่งตั้งคณะอนุกรรมการ คณะทำงาน และคณะที่ปรึกษาเพื่อดำเนินการด้านการผลิต การตลาด และการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้าว เชิญบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจง หรือขอเอกสารหลักฐานโดยให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของทางราชการให้ความร่วมมือและสนับสนุนการดำเนินการของคณะกรรมการ และดำเนินการอื่นตามที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

(4) การปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมาย จำเลย (นายกรัฐมนตรี) ได้ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหน้าที่และใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด และปฏิบัติและละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต กล่าวคือ กขช. ที่มีจำเลยเป็นประธานกรรมการมีมติอนุมัติกรอบชนิดราคา ปริมาณ ระยะเวลา วิธีการ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และงบประมาณ การดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือก และนำเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบและพิจารณาอนุมัติงบประมาณดำเนินโครงการ รวม 5 ฤดูกาลผลิต ติดต่อกัน ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้รับทราบและอนุมัติงบประมาณ ได้แก่ 1. โครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปี ปีการผลิต 2554/55 2. โครงการรับจำนำข้าวเปลือกนาปรัง ปีการผลิต 2555

3. โครงการรับจำนำข้าวเปลือก ปีการผลิต 2555/56 (ครั้งที่ 1) 4. โครงการรับจำนำข้าวเปลือก ปีการผลิต 2555/56 (ครั้งที่ 2) และ 5. โครงการรับจำนำข้าวเปลือก ปีการผลิต 2556/57 (ครั้งที่ 1) เริ่มดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือก ปีการผลิต 2554/55 ในวันที่ 7 ตุลาคม 2554 โดยไม่จำกัดปริมาณข้าวเปลือกที่รับจำนำ ทั้งโครงการและไม่จำกัดปริมาณข้าวเปลือกที่เกษตรกรแต่ละรายจะจำนำเช่นกัน กำหนดความชื้นไม่เกิน 15 เปอร์เซ็นต์ ราคารับจำนำข้าวเปลือกหอมมะลิ (42 กรัม) ตันละ 20,000 บาท ข้าวเปลือกเจ้า 100 เปอร์เซ็นต์ ตันละ 15,000 บาท ฯลฯ ก่อนดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือก สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือสรุปประเด็นและความเสี่ยงที่สำคัญที่พบจากการตรวจสอบการดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือกถึงจำเลยโดยตรง แจ้งสภาพปัญหาต่างๆ ที่เคยเกิดขึ้นจากการดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือกในอดีต ปีการผลิต 2548/49 และปีการผลิต 2549/50 ทั้งระบุลักษณะความเสียหายและสาเหตุที่ทำให้การดำเนินโครงการไม่ประสบผลสำเร็จ ตามวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐบาลใช้เป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาปรับปรุงดำเนินโครงการให้เป็นไปตามนโยบายและเป้าหมาย สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีหนังสือถึงจำเลยว่า ในอดีตที่ผ่านมา การแทรกแซงตลาดข้าวด้วยวิธีรับจำนำได้ก่อให้เกิดปัญหาอย่างมากมาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการบิดเบือนกลไกตลาด การที่รัฐบาลต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเก็บรักษาข้าวที่เข้าโครงการเป็นจำนวนมากและระบายออกไม่ทัน จนเป็นเหตุให้ข้าวเสื่อมคุณภาพทำให้ราคาข้าวตกต่ำ ประการสำคัญมีการทุจริตในทุกขั้นตอนของกระบวนการรับจำนำ ผู้ได้รับประโยชน์จากนโยบายมีเพียงบุคคลบางกลุ่ม ไม่ครอบคลุมเกษตรกรอย่างทั่วถึง จึงควรยกเลิกโครงการรับจำนำข้าวเปลือกและนาระบบการประกันความเสี่ยงด้านราคาข้าวมาดำเนินการแทน ธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรมีหนังสือถึงจำเลยเสนอแนวทางเพิ่มประสิทธิภาพการดำเนินโครงการรวมทั้งประเด็นปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในแต่ละขั้นตอนจากโครงการรับจำนำข้าวเปลือกในอดีต รวมถึงผลกระทบ/ความเสียหาย และข้อเสนอแนะเพื่อให้จำเลยใช้ประกอบเป็นแนวทางในการวางระบบและการกำกับดูแลการรับจำนำข้าวเปลือกให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยเป็นธรรมแก่เกษตรกรป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดจากการทุจริต ในระหว่างดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือกทั้ง 5 ฤดูกาลผลิต หน่วยราชการ

หลายหน่วย สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร นักวิชาการ สื่อมวลชน และประชาชน ได้มีหนังสือ อภิปรายแสดงความคิดเห็นทั่วทั้งต่อจําเลยและคณะรัฐมนตรีให้รับทราบถึงปัญหาเรื่องการทุจริตที่เกิดขึ้นในทุกขั้นตอนของการดำเนินโครงการ ปัญหาด้านการเงินการคลังของประเทศ และส่งผลกระทบต่อสร้างความเสียหายต่องบประมาณแผ่นดินและเกษตรกร ตลอดจนจนระบบการคลังของประเทศ เช่น สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีหนังสือลงวันที่ 30 เมษายน 2555 ส่งข้อเสนอแนะเพื่อป้องกันการทุจริตให้จําเลยพิจารณาสรุปว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ติดตามโครงการรับจํานำข้าวเปลือกพบว่า การดำเนินโครงการได้ก่อให้เกิดปัญหาด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาการทุจริตเชิงนโยบาย ในส่วนของขั้นตอนและกระบวนการดำเนินโครงการ และยังได้มีข้อเสนอแนะเพื่อป้องกันการทุจริต สำนักงบประมาณและกระทรวงการคลัง มีหนังสือถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรีว่า เห็นสมควรที่คณะรัฐมนตรีจะพิจารณา รับความเห็นและข้อเสนอแนะเพื่อป้องกันการทุจริตในการดำเนินโครงการรับจํานำข้าวเปลือกตามที่สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เสนอ<sup>380</sup>

จากข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาดังกล่าวขอจําแนก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” จากโครงการรับจํานำข้าวของรัฐบาลในอดีต ได้ดังนี้

(1) “มติคณะรัฐมนตรี” ในโครงการรับจํานำข้าวในฐานะที่เป็น “นโยบายของรัฐบาล” หรือเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ได้แก่ การแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาเมื่อวันที่ 23 สิงหาคม 2554 โดยมีนโยบายยกระดับราคาสินค้าเกษตรและให้เกษตรกรเข้าถึงแหล่งเงินทุน นำระบบจํานำสินค้าเกษตรมาใช้ในการสร้างความมั่นคงด้านรายได้ให้แก่เกษตรกร ด้วยการรับจํานำข้าวเปลือกเจ้า และข้าวเปลือกหอมมะลิ ความชื้นไม่เกิน 15 เปอร์เซ็นต์ ต้นละ 15,000 บาท และ 20,000 บาท ตามลำดับ และนโยบายป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในภาครัฐอย่างจริงจัง ยึดหลักความโปร่งใสและมีธรรมาภิบาล

<sup>380</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม. 211/2560

เพื่อการพัฒนาประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์ต่อประเทศ โดยรวมอย่างแท้จริง เป็นนโยบายเร่งด่วนที่จะดำเนินการในปีแรก

(2) “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ในโครงการรับจำนำข้าว ได้แก่ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 153/2554 แต่งตั้ง คณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ (กขช.) มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีอำนาจหน้าที่เสนอกรอบนโยบายและยุทธศาสตร์ข้าวต่อคณะรัฐมนตรี อนุมัติแผนงาน โครงการและมาตรการเกี่ยวกับการผลิตและการตลาดข้าวและการตลาดข้าว ติดตามกำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบาย มาตรการและโครงการที่อนุมัติ แต่งตั้งคณะอนุกรรมการ คณะทำงาน และคณะที่ปรึกษาเพื่อดำเนินการด้านการผลิต การตลาด และการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับข้าว เชิญบุคคลที่เกี่ยวข้องมาชี้แจง หรือขอเอกสารหลักฐานโดยให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของทางราชการให้ความร่วมมือและสนับสนุนการดำเนินการของคณะกรรมการ และดำเนินการอื่นตามที่นายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

หากอาศัยข้อเท็จจริงของโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาลในอดีตมาเป็นข้อพิจารณาในการดำเนินการตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติฯ เช่น รัฐสภาเห็นว่า “มติคณะรัฐมนตรี” นโยบายโครงการรับจำนำข้าว หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ในโครงการรับจำนำข้าว ซึ่งได้แก่ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 153/2554 แต่งตั้ง คณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ (กขช.) มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ มีอำนาจหน้าที่เสนอกรอบนโยบายและยุทธศาสตร์ข้าวต่อคณะรัฐมนตรี อนุมัติแผนงาน โครงการและมาตรการเกี่ยวกับการผลิตและการตลาดข้าว ติดตามกำกับดูแลการปฏิบัติตามนโยบาย ฯลฯ เป็น “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” เป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว ในกรณีเช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาวินิจฉัย “มติคณะรัฐมนตรี” นโยบายโครงการรับจำนำข้าว หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ในโครงการรับจำนำข้าว ได้แก่ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ 153/2554 ที่แต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ (กขช.) มีนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการได้หรือไม่ เพียงใด ในการพิจารณาเรื่องนี้ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ

“การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” จะมีสถานะเป็นการกระทำประเภทใดหาได้มีความสำคัญต่อการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามนัยมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ ด้วยเหตุผล 3 ประการ ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** การตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” มิได้มีความมุ่งหมายเพื่อการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำดังกล่าว แต่เป็นการตรวจสอบว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งหากไม่ชอบด้วยกฎหมายคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อัยการสูงสุด และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาต่อไป ดังนั้น การให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการกระทำดังกล่าวตามมาตรา 29 นี้เป็นเพียงการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีความมุ่งหมายในเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ดังนั้น การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญว่า “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการพิจารณาในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ไร้การพิจารณาในขอบเขตของความรับผิดชอบทางอาญา เพราะหากพิจารณาเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาจะต้องพิจารณาถึง “ความตั้งใจ” หรือไม่ของผู้กระทำเป็นพื้นฐานของความรับผิดชอบทางอาญา แต่การพิจารณาว่าการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ จึงเป็นเรื่องไขเบื้องต้นของความรับผิดชอบทางอาญานั้น ซึ่งจะได้รับการพิจารณาโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช., อัยการสูงสุด และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองต่อไป

**ประการที่สอง** การตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 นี้เป็นการตรวจสอบข้อผูกพันตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ดังนั้น หาก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ในเรื่องดังกล่าวมีความผูกพันตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประการใด ศาลรัฐธรรมนูญก็เข้าไปตรวจสอบการกระทำนั้นได้ โดยไม่จำเป็นต้องกล่าวถึงสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” แต่อย่างใด เช่น กรณีนโยบายโครงการรับจำนำข้าวมีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร มีความผูกพันต่อกฎหมายอย่างไร และมีความผูกพันต่อยุทธศาสตร์อย่างไร

ความผูกพันดังกล่าวหากมีการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตามข้อผูกพันเหล่านั้น จะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือไม่อย่างไร ดังนั้น การตรวจสอบความผูกพันต่อกฎหมายจึงเป็นการตรวจสอบผลของการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น การกระทำนั้น ๆ จะเป็น “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” จะมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือเป็น “การกระทำทางปกครอง” หรือเป็น “การกระทำลักษณะอื่น ๆ” ย่อมไม่มีความแตกต่างสำหรับการตรวจในกรณีเช่นนี้

**ประการที่สาม** การตรวจสอบความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย แม้จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น การกำหนดนโยบายจำนำข้าว ซึ่งโดยหลักแล้วศาลในระบบทั่วไป (ระบบศาลเดี่ยวหรือระบบศาลคู่) ไม่อาจเข้าไปตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้เพราะการกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการเมืองที่องค์กรตุลาการไม่ควรเข้าไปควบคุมตรวจสอบและปล่อยให้มีการตรวจสอบโดยองค์กรทางการเมือง แต่การตรวจสอบความผูกพันต่อนโยบายของรัฐบาลที่มีความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้น มิใช่การตรวจสอบโดยศาลทั่วไป (ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง) แต่เป็นการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ ที่มุ่งหมายที่จะตรวจสอบให้เป็นไปตามหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ หากใช้การตรวจสอบทางการเมืองไม่ เพราะการตรวจสอบในกรณีนี้ถือว่าอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาพิจารณาถึงความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากได้อาศัยเหตุผลทางการเมืองมาพิจารณาการกระทำดังกล่าวแต่อย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม ศาลย่อมมีขอบเขตจำกัดเช่นกันที่จะเข้าไปตรวจสอบในบางขอบเขต ซึ่งรายละเอียดในประเด็นนี้จะได้ในหัวข้อเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” ที่จะได้กล่าวต่อไป

กล่าวโดยสรุป สำหรับประเด็นสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ถือว่าเป็นการกระทำประเภทใดนั้น หากได้มีความสำคัญต่อการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะการตรวจสอบมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่มีความมุ่งหมายเพียงการตรวจสอบ

ความชอบด้วยกฎหมายเป็นเบื้องต้น เพื่อนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบความรับผิดทางอาญาต่อไป ประกอบกับการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความ “ผูกพัน” ต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น การตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นการตรวจสอบขององค์กรตุลาการหาใช่การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัดของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

### 5.3 วิเคราะห์เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29

ในการศึกษาหัวข้อของแยกประเด็นในการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็น คือ

5.3.1 หลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ 5.3.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร และ 5.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

#### 5.3.1 หลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 เกี่ยวกับการกำหนดเขตอำนาจของศาลนั้น การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามหลักการมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ (der Grundsatz der Aufzaehlung der einzelnen Gegenstaende) อันเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องตามที่กำหนดไว้หรือเรียกว่า “หลักกำหนดอำนาจศาลให้มีอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้” (Enumerationsprinzip) ดังนั้น เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่ศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป (Generalklausel) ด้วยเหตุนี้ เรื่องที่มีได้กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ๆ ย่อมไม่มีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ ได้ ส่วนที่ถือว่ามีความสำคัญในการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ มักจะมีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้รัฐธรรมนูญมักจะมีบทบัญญัติว่า ในกรณีอื่น ๆ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>381</sup> ดังนั้น หลักการกำหนดเขตอำนาจ

<sup>381</sup> Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar, 14. Ergaenzungslieferung, Stand : 1995, Verlag C.Beck, Muechen 1995, Paragahp 13, p.5

ของศาลรัฐธรรมนูญจึงเรียกร้องการตรากฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจน ข้อพิจารณาในประเด็นนี้มีข้อพิจารณาว่ากฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจนั้นหมายเฉพาะรัฐธรรมนูญหรือไม่ หรือหมายความรวมถึงกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย เช่น มาตรา 93 รัฐธรรมนูญของเยอรมนี ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 93 (2) “ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามที่กฎหมายของสหพันธ์กำหนด” ซึ่งต่อมารัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญ (Gesetz ueber Bundesverfassungsgericht) ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 13 (15) ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยตามที่กฎหมายของสหพันธ์กำหนด กรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญเยอรมนีมีความมุ่งหมายให้การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์นอกจากกำหนดโดยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์แล้ว ยังสามารถให้กำหนดเพิ่มเติมได้โดยกฎหมายของสหพันธ์ กรณีดังกล่าวข้างต้นจะนำมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้หรือไม่ เพียงใด กล่าวคือ มาตรา 210 บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย
- (2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์การอิสระ
- (3) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ...”

ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 210 (3) บัญญัติแต่เพียงหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น มิได้บัญญัติหน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม โดยแนวทางปฏิบัติของการบัญญัติกฎหมายไทยและศาลรัฐธรรมนูญไทย ยอมรับแนวทางการบัญญัติเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่น กรณีของการยุบพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 68 บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้มิได้ ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำได้กล่าวข่มขู่มีสิทธิเสนอเรื่องให้

อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกการกระทำตามวรรคสอง ศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมืองดังกล่าวได้”

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 หมวด 4 การสิ้นสภาพ การเลิกและการยุบพรรคการเมือง มาตรา 94 บัญญัติว่า “เมื่อพรรคการเมืองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ อาจถูกศาลรัฐธรรมนูญสั่งยุบพรรคการเมือง

(1) กระทำการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญให้ถือว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจโดยวิธีการดังกล่าว

(2) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม

(3) กระทำการอันอาจเป็นปฏิปักษ์ต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญ

(4) กระทำการอันอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐทั้งภายในและภายนอกราชอาณาจักรหรือขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือ

(5) กระทำการฝ่าฝืนมาตรา 21 วรรคหนึ่ง มาตรา 43 มาตรา 65 มาตรา 66 มาตรา 69 หรือ มาตรา 104”

บทบัญญัติมาตรา 94 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 โดยเฉพาะใน (2) (4) และ (5) เป็นการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการยุบพรรคการเมืองเกินกว่าขอบเขตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีการยุบพรรคการเมือง

นอกเหนือจากการอาศัยบทบัญญัติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ในหลายกรณี จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นได้ว่าการตรากฎหมายของไทยและแนวทางของศาลรัฐธรรมนูญของไทยยอมรับแนวทางการบัญญัติเขตอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญโดยที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

จากข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น แม้มาตรา 210 รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้”

(1) พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือร่างกฎหมาย

(2) พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรอิสระ

(3) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ...”

ต่อมาพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่ การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือแผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรีหรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย บทบัญญัติของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 เป็นการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่เกินกว่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หากอาศัยแนวทางดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กรณีย่อมถือว่า การบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติบัญญัติให้เช่นนั้นเป็นกรณีที่สามารกระทำได้ กรณีย่อมถือ

ได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในกรณีนี้เป็นไปตามหลักการมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ (der Grundsatz der Aufzaehlung der einzelnen Gegenstaende) อันเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องตามที่กำหนดไว้หรือเรียกว่า “หลักกำหนดอำนาจศาลให้มีอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้” (Enumerationsprinzip)

### 5.3.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร

ลักษณะของการกระทำของฝ่ายบริหารตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 โดยพิจารณาจากลักษณะขององค์กรและการกระทำได้ ดังนี้ ก. การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำในทางนิติบัญญัติและไม่ใช่การกระทำในทางตุลาการ ข. การกระทำของฝ่ายบริหารเป็นการกระทำในลักษณะของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญและการบังคับใช้กฎหมาย และ ค. การกระทำของฝ่ายบริหารอาจกระทำโดยองค์กรที่แตกต่างกัน กล่าวคือ อาจกระทำโดยองค์กรที่เรียกว่า “รัฐบาล” หรืออาจกระทำโดยองค์กรฝ่ายประจำที่เรียกว่า “องค์กรฝ่ายปกครอง” จากการทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวประเภทของการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งแยกออกเป็นการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง ซึ่งข้อพิจารณาในหัวข้อนี้จะพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” เท่านั้น ส่วนกรณีที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” นั้นจะพิจารณาในหัวข้อ 5.3.3 ต่อไป

โดยที่ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 อาจมีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางปกครอง” ก็ได้ หาก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้หรือไม่ เพียงใด นั้น อาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบได้ ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** แม้การกระทำดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ตามที่บัญญัติ

ไว้ในมาตรา 197<sup>382</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่เมื่อมีกรณีที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติให้การกระทำทางปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลปกครองกรณีย่อมเป็นไปตามหลักการกำหนดเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ ดังนั้น เมื่อมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 บัญญัติให้ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาตรวจสอบได้ กรณีจึงเป็นไปตามหลักการกำหนดเขตอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจโดยเฉพาะเจาะจง

**ประการที่สอง** ดังเหตุผลที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ถือว่าเป็นการกระทำประเภทใดนั้น หากได้มีความสำคัญต่อการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะการตรวจสอบมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่มีความมุ่งหมายเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเป็นเบื้องต้น เพื่อนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบความรับผิดชอบทางอาญาต่อไป ประกอบกับการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความ “ผูกพัน” ต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น การตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นการตรวจสอบขององค์กรตุลาการหาใช่การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัดของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

### 5.3.3 ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล”

ประเด็นที่อาจมีปัญหาและข้อถกเถียงในทางวิชาการคือ กรณีที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้หรือไม่เพียงใด โดยเฉพาะกรณีของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติ

<sup>382</sup> มาตรา 197 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น

อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมรวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ

จัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 สำหรับประเด็นนี้มีประเด็นข้อพิจารณา 2 ประการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้หรือไม่เพียงใด (5.3.3.1) และขอบเขตของการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” มีขอบเขตเพียงใด (5.3.3.2)

### 5.3.3.1 ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้หรือไม่

สำหรับประเด็นนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

**ประการที่หนึ่ง** กรณีที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ย่อมไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการทั่วไป กล่าวคือ หากระบบศาลของรัฐนั้นเป็นระบบศาลเดี่ยว กรณีย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หรือหากระบบศาลของรัฐนั้นเป็นระบบศาลคู่ย่อมไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ดังได้นำเสนอไว้ในบทแนวคิดทฤษฎีและบทกฎหมายของต่างประเทศพอสรุปได้ว่าแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลเป็นการอธิบายถึงการกระทำบางประเภทที่โดยหลักแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ได้แก่ การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนงำที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันในทางการเมืองเท่านั้น เช่น ในกรณีของประเทศสหราชอาณาจักร หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองหรือนโยบายของรัฐบาล โดยเฉพาะนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) แล้วนั้น จะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลยุติธรรม ซึ่งก็มีแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ยึดหลักความคุ้มกันของรัฐทั้งในส่วนของการกระทำของรัฐ

ของสหราชอาณาจักรเองและยังรวมไปถึงการกระทำทางรัฐบาลของรัฐต่างชาติที่จะไม่อยู่ภายใต้การพิจารณาของศาลยุติธรรมแห่งสหราชอาณาจักร อย่างไรก็ตาม การควบคุมการกระทำของรัฐในสหราชอาณาจักรก็จะเป็นไปตามกลไกการตรวจสอบของรัฐสภา กล่าวคือ เหตุที่การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ นอกจากจะเป็นเพราะโดยปกติทั่วไป คือ การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแล้ว การกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น ดังนั้น ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลจึงขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจการตรวจสอบไว้หรือไม่และให้แก่ศาลใด สำหรับในประเด็นดังกล่าวนี้ในประเทศฝรั่งเศสมีการกระทำทางรัฐบาลบางลักษณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปตรวจสอบได้ กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับมอบอำนาจการตรวจสอบการกระทำบางประการของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การควบคุมการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 มิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ประกาศขั้นตอนในการใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 แก่สาธารณชนและคอยให้คำแนะนำแก่ประธานาธิบดีตลอดเวลาที่ใช้อำนาจนี้ จึงกล่าวได้ว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็มีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในบางลักษณะได้

สำหรับประเทศไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลในระบบทั่วไป (ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง) หากแต่เป็นศาลเฉพาะที่มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อเป็นศาลที่มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อพิทักษ์ปกป้องรัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (หรือผู้ตรากฎหมายธรรมดา) ต้องการจะให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจมากน้อยเพียงใด ย่อมบัญญัติเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะได้ ดังนั้น กรณีของ “การกระทำ

ทางรัฐบาล” จึงอาจอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ เช่น ก. การวินิจฉัยร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภา มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ ตามมาตรา 139 ข. การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้กระทำการหรืออนุมัติให้กระทำการหรือรู้ว่ามีการกระทำความผิดแล้วแต่มิได้ยับยั้ง ในกรณีกระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายตามมาตรา 144 ค. การวินิจฉัยเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 173 เป็นต้น

นอกจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่บัญญัติให้ศาลเข้ามาตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้แล้ว ยังปรากฏแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ตรวจสอบนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในที่นี้ขอหยิบยกขึ้นมา 2 กรณีคือ (1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 และ (2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557

**(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549** เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า (1) การดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุแห่งคำร้อง คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดวันเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เฉพาะมาตรา 4 ตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 1 ในการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 ตลอดจนการดำเนินการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการเลือกตั้งดังกล่าว และการดำเนินการของคณะกรรมการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องกับมติในการจัดคูหาเลือกตั้ง ตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 2 ไม่เป็นการลงคะแนนโดยลับเป็นการเลือกตั้งที่ทำให้เกิดผลของการเลือกตั้ง

ที่ไม่เที่ยงธรรม ไม่เป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 104 วรรคสาม และมาตรา 144 มาตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการจัดการเลือกตั้ง คือ ตั้งแต่การกำหนดวันรับสมัครเลือกตั้ง การรับสมัครรับเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียง การนับคะแนนเสียง การประกาศผลการเลือกตั้ง (2) เมื่อวินิจฉัยว่าการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบันไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเสียแล้วย่อมส่งผลให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรับรองผลดังกล่าว ตามประกาศผลการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่องผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและแบบบัญชีรายชื่อทั้งหมดต้องเสียไปด้วยมีผลเป็นการเพิกถอนการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามประกาศผลการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวและเมื่อกำหนดระยะเวลาที่จะต้องจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป อันเนื่องจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ได้ล่วงพ้นหกสิบวันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ไปแล้ว และเพื่อให้การเลือกตั้งที่จะมีขึ้นต่อไปมีความเที่ยงธรรมและเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงให้องค์การที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปอันเนื่องมาจากการยุบสภาผู้แทนราษฎรดำเนินการให้มีพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปโดยกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวันนับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับ เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 วรรคสอง ต่อไป

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ประเด็นว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “... การดำเนินการเลือกตั้งเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 โดยไม่สามารถจัดให้มีการเลือกตั้งสำหรับ 28 เขตเลือกตั้ง ซึ่งยังไม่เคยมีการรับสมัครเลือกตั้งมาก่อนเลย ถือได้ว่าในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มิได้เป็นวันที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นผลให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 108 วรรคสอง...”

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองเรื่องดังกล่าวเป็นการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัย “การกระทำทางรัฐบาล” ที่เกี่ยวกับการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรฯ และวินิจฉัยผลของการเลือกตั้งที่สืบเนื่องมาจากพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวว่าเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ดังนั้นจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ซึ่งล้วนเป็นการยืนยันหลักการว่าศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ได้เท่าที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้

**ประการที่สอง** ดังเหตุผลที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่าสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ถือว่าเป็นการกระทำประเภทใดนั้น หากได้มีความสำคัญต่อการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะการตรวจสอบมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่มีความมุ่งหมายเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเป็นเบื้องต้นเพื่อนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบความรับผิดทางอาญาต่อไป ประกอบกับการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความ “ผูกพัน” ต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายหากกล่าวโดยสรุป กระบวนการตรวจสอบตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นการควบคุมตรวจสอบที่มุ่งหมายที่ความรับผิดทางอาญา โดยวางกลไก

ให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเป็นเบื้องต้น ส่วนคณะกรรมการ ป.ป.ช. อัยการสูงสุด และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นผู้พิจารณาความ “จงใจ” ของผู้ถูกร้องว่าเข้าข่ายความรับผิดทางอาญาหรือไม่ เจตนารมณ์ดังกล่าวปรากฏชัดเจนจากการบัญญัติข้อความตอนท้ายของมาตรา 29 ที่บัญญัติว่า “...หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือ การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมีมติ ให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำ ยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ” บทบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นเพียงกระบวนการในการแบ่งหน้าที่ ในการพิจารณาวินิจฉัยเท่านั้น ดังนั้น การตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นการตรวจสอบ ขององค์กรตุลาการหาใช่การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัดของการ ตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

### 5.3.3.2 ขอบเขตของการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” มีขอบเขตเพียงใด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า “การกระทำทางรัฐบาล” หมายถึง การกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็นการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร โดยการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารมีแหล่งที่มาตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และ ลักษณะการใช้อำนาจกระทำการนี้เป็นอำนาจตุลพิณิจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งผลการตัดสินใจขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารในการกระทำทางรัฐบาลอยู่ใน รูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายการบริหาร โดยอาจแยกการกระทำ ทางรัฐบาลออกเป็น ก. การกระทำของฝ่ายบริหารที่มาจากอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ข. การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ ค. การกระทำ ของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ง. การกระทำของฝ่ายบริหาร ด้านความมั่นคง และ จ. การกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องนโยบาย จากความหมาย

ดังกล่าวข้างต้น หากจะมีการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ดังกล่าวจะมีขอบเขตของการตรวจสอบอย่างไร

ในประเทศเยอรมนีมีการอธิบายขอบเขตที่จะนำมาใช้ในการแบ่งขอบเขตในการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” คือ ขอบเขตระหว่าง “กฎหมาย” กับ “การเมือง” ในทัศนะของ K. Stern เห็นว่า ความแตกต่างของเรื่องดังกล่าวใน 2 ประการ คือ **ประการที่หนึ่ง** บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ ถูกใช้โดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นกฎหมายทางการเมือง เป็นกฎหมายที่ใช้สำหรับการกระทำทางการเมือง เพราะบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดเรื่องการใช้อำนาจทางการเมือง การแบ่งอำนาจทางการเมืองและการจำกัดการใช้อำนาจทางการเมือง และอำนาจหน้าที่ขององค์กรทางการเมือง นอกจากนี้ยังเกี่ยวกับการจัดระเบียบพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมโดยรวม **ประการที่สอง** การเมืองเป็นเรื่องที่มีความขัดแย้งซึ่งหมายถึงมีลักษณะของการพลวัต, เปลี่ยนแปลง ลักษณะของอำนาจการเมืองในปัจจุบันย่อมมีความมุ่งหมายไปที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน สำหรับทัศนะของ Kaufmann เห็นว่า ข้อพิพาททางการเมือง หมายถึง ข้อพิพาทที่ไม่สามารถค้นหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ การให้ความหมายดังกล่าวย่อมมั่นใจได้ว่าไม่ผิดพลาด การจะค้นหาจุดแบ่งแยกระหว่าง “กฎหมาย” กับ “การเมือง” นั้น ให้พิจารณาถึงเงื่อนไขของการเป็น “กฎหมาย” ถือว่าเป็นจุดแบ่งแยกในเรื่องดังกล่าวหากอาศัยข้อพิจารณาดังกล่าวมาเป็นเกณฑ์ในการแบ่งแยกการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งหมายถึงการใช้อำนาจทางการเมืองหรือตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหารนั้นถูกผูกพันตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่, กระบวนการขั้นตอนและวัตถุประสงค์ของการใช้อำนาจไว้ การตรวจสอบภายในขอบเขตดังกล่าวย่อมเป็นการตรวจสอบในขอบเขตของกฎหมายมิใช่เป็นการตรวจสอบในขอบเขตทางการเมืองหรือดุลพินิจอิสระของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

สำหรับในประเทศฝรั่งเศสแม้จะมีข้อเสนอของนักวิชาการในฝรั่งเศสว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ปรากฏ

การยื่นฟ้องให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรีหรือ การกระทำของคณะรัฐมนตรีต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลย มีเพียงบางคดี ที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณา “ความมีอยู่” ของมติคณะรัฐมนตรีในฐานะ ที่เป็น “เงื่อนไขความสมบูรณ์” ของการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากในฝรั่งเศสมีการบัญญัติเขตอำนาจของคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ (compétence d'attribution) และมีได้ มีการบัญญัติเขตอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยกฎหมายอื่นเพิ่มเติม ไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ปรากฏว่าไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี รวมไปถึงการกระทำหรือการใช้อำนาจใด ๆ ของคณะรัฐมนตรี อีกทั้ง ความรับรู้โดยทั่วไปในระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ มติคณะรัฐมนตรีมีโอกาสที่จะเข้าลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองประเภทกฎ ซึ่งอยู่ในเขตอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเท่านั้น ดังนั้น แม้ในแวดวง วิชาการของฝรั่งเศสจะมีคำอธิบายว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจเข้าไปตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึง การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีได้ แต่ในปัจจุบันจึงยังไม่ปรากฏการฟ้องร้อง ให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมติคณะรัฐมนตรีไปยังคณะตุลาการ รัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ในกรณีของประเทศสหราชอาณาจักรนั้น ดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่ามี แนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดที่ชัดเจนยืนยันจะไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำ ของรัฐ (Act of State) ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำทางนโยบายของรัฐบาลสหราชอาณาจักร เพราะนโยบายเป็นเรื่องที่ผ่านการพิจารณาร่วมกันเห็นชอบและตัดสินใจร่วมกัน ของคณะรัฐมนตรีออกมาเป็นมติคณะรัฐมนตรี อันอยู่ภายใต้หลักการ ของความรับผิดชอบร่วมกันของคณะรัฐมนตรี (collective responsibility) อันเป็นความรับผิดชอบทางการเมืองที่รัฐสภาเป็นผู้มีหน้าที่ตรวจสอบ

ส่วนในประเทศไทยศาลรัฐธรรมนูญได้เคยตรวจสอบ “การกระทำ ทางรัฐบาล” โดยตรวจสอบเฉพาะในขอบเขตของ “กฎหมาย” ดังตัวอย่างคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2557 ดังนี้

(1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปเมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับเหตุแห่งคำร้อง คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับกำหนดวันเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เฉพาะมาตรา 4 ตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 1 ในการจัดการการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2549 ตลอดจนการดำเนินการเลือกตั้งที่เกี่ยวข้องกับการเลือกตั้งดังกล่าว และการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับมติในการจัดคูหาเลือกตั้ง ตามเหตุแห่งคำร้องข้อ 2 ไม่เป็นการลงคะแนนโดยลับเป็นการเลือกตั้งที่ทำให้เกิดผลของการเลือกตั้งที่ไม่เที่ยงธรรม ไม่เป็นการปกปิดผลในระบอบประชาธิปไตยอย่างแท้จริง จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 104 วรรคสาม และมาตรา 144 มาตั้งแต่เริ่มต้นของกระบวนการจัดการเลือกตั้ง คือ ตั้งแต่การกำหนดวันรับสมัครเลือกตั้ง การรับสมัครรับเลือกตั้ง การลงคะแนนเสียง การนับคะแนนเสียง การประกาศผลการเลือกตั้ง การวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยถึงความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยในส่วนที่เป็นการกระทำทางการเมืองแต่อย่างใด

(2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2557 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “... การดำเนินการเลือกตั้งเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 โดยไม่สามารถจัดให้มีการเลือกตั้งสำหรับ 28 เขตเลือกตั้ง ซึ่งยังไม่เคยมีการรับสมัครรับเลือกตั้งมาก่อนเลย ถือได้ว่าในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มิได้เป็นวันที่มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร จึงเป็นการเลือกตั้งที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เป็นผลให้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 108 วรรคสอง...” ฐานของการวินิจฉัยมาจาก “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556” ซึ่งถือว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” แต่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นวินิจฉัยเฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มีปัญหา

เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 108 วรรคสอง ซึ่งถือว่าเป็นการวินิจฉัย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายโดยมิได้เข้าไปวินิจฉัยในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง แต่อย่างใด

จากตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองเรื่องนี้เป็นการ ยืนยันขอบเขตของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” ซึ่งเป็นการแบ่งขอบเขต ของการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการดำเนินการขององค์กร ทางการเมืองว่าสามารถเข้าไปตรวจสอบได้แค่ไหนเพียงใด

#### 5.4 วิเคราะห์ขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นผลเชื่อมโยง มาจากมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ซึ่งบัญญัติว่า “...ในกรณีที่การดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติหรือ แผนแม่บท เป็นผลจากมติคณะรัฐมนตรี หรือเป็นการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยตรง ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติแจ้งให้คณะกรรมการและวุฒิสภาทราบ และให้วุฒิสภาดำเนินการตามมาตรา 270 ของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่า กรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี โดยตรงเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่อง ต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติ ของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย...” นอกจากนั้นยังต้องพิจารณาประกอบกับพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยอาจสรุป กระบวนการขั้นตอนได้ดังนี้

**ขั้นตอนที่ 1** ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรี หรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560

**ขั้นตอนที่ 2** การพิจารณาตามกระบวนการของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ในกรณีถือว่าเป็นกรณีตามมาตรา 7 (13) คดีอื่นที่รัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาล

**ขั้นตอนที่ 3** เมื่อเป็นคดีตามมาตรา 7 (13) การขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาต้องดำเนินการตามมาตรา 41 (9) คือจัดทำเป็นคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งคำร้องดังกล่าวให้เป็นไปตามมาตรา 43 ประกอบกับมาตรา 41 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

**ขั้นตอนที่ 4** เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้รับเรื่องที่จะวุฒิสภาส่งมาแล้ว ศาลจะต้องพิจารณาว่าการดำเนินการส่งเรื่องของวุฒิสภาเป็นไปตามขั้นตอนและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ย่อมเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาและดำเนินการต่อไปได้ตามมาตรา 50

**ขั้นตอนที่ 5** ให้ศาลสำเนาคำร้องของวุฒิสภาให้คณะรัฐมนตรีชี้แจงว่า มติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่ โดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไร

**ขั้นตอนที่ 6** เป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับประเด็นในการพิจารณาวินิจฉัย

**ขั้นตอนที่ 7** การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

จากกระบวนการขั้นตอนดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 กระบวนการสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการในกระบวนการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การให้สิทธิแก่คณะรัฐมนตรีในการชี้แจงแสดงเหตุผลทั้งเป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยการแถลงด้วยวาจา ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการขั้นตอนที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ทั้งนี้ เพราะในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 บัญญัติว่า “...ในกรณีที่วุฒิสภาเห็นว่ากรณีเป็นปัญหาว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ให้วุฒิสภามีมติเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยโดยเร็ว หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้คณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติส่งเรื่องให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจโดยเร็ว ทั้งนี้ ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ามติของคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะต้องฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าขั้นตอนในการให้สิทธิคณะรัฐมนตรีในการชี้แจงตามที่วุฒิสภามีมติส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยนั้นถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของกระบวนการพิจารณาในเรื่องนี้ ซึ่งศาลต้องถือ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (*audi alteram partem*) อย่างเคร่งครัด เพราะข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในการชี้มูลว่าการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามหมวด 3 การดำเนินการกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งเฉพาะ ส่วนที่ 1 การดำเนินคดีทุจริตต่อหน้าที่หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย (มาตรา 76 - มาตรา 86) หรือไม่

กล่าวโดยสรุป กระบวนการขั้นตอนในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์แห่งชาติ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยในกระบวนการนี้ศาลรัฐธรรมนูญต้องถือ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (*audi alteram partem*) อย่างเคร่งครัด

## 5.5 วิเคราะห์หลักเกณฑ์ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญว่า ควรมีขอบเขตในการตรวจสอบเพียงใด

ดังที่ได้กล่าวในหัวข้อ 5.3 ถึงเรื่องเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งมีประเด็นย่อยที่สำคัญในหัวข้อดังกล่าวโดยเฉพาะประเด็นเรื่องขอบเขตของการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” มีขอบเขตเพียงใด ซึ่งอาศัยขอบเขตของ “กฎหมาย” กับ “การเมือง” เป็นการแบ่งขอบเขตของการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการดำเนินการขององค์กรทางการเมืองว่าสามารถเข้าไปตรวจสอบได้แค่ไหนเพียงใด ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงในขอบเขตของ “กฎหมาย” จะอาศัย “เกณฑ์” ในการตรวจสอบอย่างไร ซึ่ง “เกณฑ์” ในการตรวจสอบกรณีนี้อาจเทียบเคียง (analogy) ได้กับ “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” และหากนำมาปรับใช้กับการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” สามารถแบ่ง “เกณฑ์” ในการตรวจสอบได้ 2 เกณฑ์ คือ (1) “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” และ (2) การดำเนินการต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม”

(1) “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” ซึ่งแบ่งเงื่อนไขการตรวจสอบ ได้ 2 เกณฑ์ ดังนี้

(1.1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการมี “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ  
ก. เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ที่ออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี”

ข้อพิจารณานี้เป็นการพิจารณาองค์กรผู้ใช้อำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี โดย “คณะรัฐมนตรี” มีสถานะเป็นองค์กรกลุ่ม มีอำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี หาก “คณะรัฐมนตรี” ใช้อำนาจในสถานะ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งหมายถึง องค์กรที่ได้รับการก่อตั้งขึ้นจากรัฐธรรมนูญโดยตรงและรัฐธรรมนูญได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยแล้ว การกระทำที่คณะรัฐมนตรีได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีสถานะ

เป็นการกระทำทางรัฐบาล อำนาจหน้าที่ที่จะกำหนดและดำเนินนโยบายของรัฐบาล กิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของรัฐบาล เช่น การกำหนดและดำเนินนโยบายของรัฐบาล กิจการที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติในฐานะของรัฐบาลหรือกิจการที่เกี่ยวกับการดำเนินนโยบายของรัฐบาลที่จัดทำเพื่อความดำรงอยู่ ความปลอดภัย ความเจริญ และความมั่นคงของประเทศ เช่น การวางแผนเศรษฐกิจของชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การติดต่อดำเนินงานระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาเพื่อบริหารราชการของประเทศ แต่หาก “คณะรัฐมนตรี” ได้กระทำการใดโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในการกระทำการ กรณีย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็น “การใช้อำนาจทางปกครอง” เช่น อำนาจในการออกระเบียบ การบริหารงานบุคคลของเจ้าหน้าที่ในสังกัด ซึ่งย่อมต้องอยู่ภายใต้หลัก “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย”

ทั้งนี้ เจอนไขที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ที่ออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งประกอบกันเป็นองค์ประกอบในองค์กรกลุ่ม มีหน้าที่และอำนาจในการออก “มติคณะรัฐมนตรี” ทั้งในลักษณะการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง มีข้อพิจารณาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การพิจารณาเรื่องสถานะของคณะรัฐมนตรี ความดำรงอยู่ในทางกฎหมายขณะที่ใช้อำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี รวมทั้งความชอบด้วยกฎหมายในการประชุมคณะรัฐมนตรี หลักความเป็นกลางในการพิจารณาของผู้ใช้อำนาจ ซึ่งหมายถึงคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนพิจารณา หรือไม่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาออกมติคณะรัฐมนตรีไม่เป็กลางอีกด้วย

ข. เจอนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง”

ในข้อพิจารณานี้เป็นการพิจารณาถึง “ขั้นตอน” และ “กระบวนการ” ที่เป็นสาระสำคัญในการออกมติคณะรัฐมนตรี และการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีว่าเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือไม่ อาทิ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 โดยข้อพิจารณานี้

มุ่งหมายให้พิจารณาถึงขั้นตอน และกระบวนการที่เป็น “สาระสำคัญ” ต่อการจัดทำมติคณะรัฐมนตรี รวมทั้งขั้นตอนที่สำคัญในการใช้อำนาจที่อาจกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ และประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนในสาระสำคัญผ่านกระบวนการ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (audi alteram partem) หรือ “การรับฟังความคิดเห็นด้วยวิธีประชาธิปไตย” ซึ่งในขั้นตอนนี้อาจมีวิธีการที่แตกต่างกันขึ้นกับเรื่องที่นำมาพิจารณา เช่น ในกรณีการรับเรื่องที่เสนอเป็นวาระจรที่ต้องขอความเห็นประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี เจ้าของเรื่องที่เสนอเรื่องจะถามความเห็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและนำเรื่องเสนอเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนเสนอนายกรัฐมนตรีอนุมัติเป็นวาระ ซึ่งเป็นขั้นตอนที่สำคัญเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือการตั้งคณะกรรมการเพื่อกระทำการ พิเคราะห์สอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ เพื่อศึกษาในรายละเอียดเพื่อให้เกิดความครบถ้วนสมบูรณ์ก่อนที่จะนำผลการพิจารณาสรุปเป็นรายงานการพิจารณาศึกษา

ค. เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง”

ในประเด็นดังกล่าวมีข้อพิจารณาถึงรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีตามลักษณะของมติคณะรัฐมนตรีว่ามีสถานะใด ได้แก่ มติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นกฎ เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง หรือกรณีมติคณะรัฐมนตรีที่มีสถานะเป็นการตัดสินใจในการบริหารราชการแผ่นดินซึ่งมีสถานะเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองก็ต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กำหนดไว้สำหรับกฎแต่ละประเภท ในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรีมีสถานะเป็นงานด้านนโยบาย แนวทางในการบริหารราชการแผ่นดินที่ไม่มีสถานะเป็นกฎ เช่นนี้ รูปแบบของการกระทำดังกล่าวจึงพิจารณาที่ลักษณะของการกระทำในแต่ละลักษณะ นอกจากนี้มติในการออกมติคณะรัฐมนตรีไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามย่อมจะมีเหตุผลทั้งในทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายสนับสนุนเสมอ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจและเพื่อนำไปสู่การควบคุมตรวจสอบได้อันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

(1.2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของการมี “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ

ก. เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” เป็นการพิจารณา ออกมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดต้องปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใด อย่างหนึ่งหรือหลายอย่างซึ่งเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจนั้น ๆ เกิดขึ้นก่อน ซึ่งพิจารณา ว่าเหตุการณ์หรือสถานการณ์นั้น ๆ เป็นที่มาหนึ่งของการใช้อำนาจมหาชนนั้นเอง

ข. เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง”

โดยวัตถุประสงค์ หมายถึง ข้อความที่บังคับให้บุคคลกระทำการ ห้ามมิให้ บุคคลกระทำการ อนุญาตให้บุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือรับรอง หรือยืนยันสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล หรือรับรองหรือยืนยันสถานะของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการสื่อความหมายให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในบังคับปฏิบัติได้ โดยมีข้อพิจารณาย่อย 3 ประการ คือ 1) “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” นั้น ต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ 2) วัตถุประสงค์ของมติคณะรัฐมนตรี ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดมาตรการใด ๆ ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับ “หลักความ ได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือหลักการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ รับรองไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ 3) วัตถุประสงค์ของคำสั่ง ทางปกครองต้องไม่เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

ค. เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง”

ข้อพิจารณาในเรื่องนี้เป็นการพิจารณาถึง “ผล” ที่ต้องการให้เกิดขึ้น จากการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งหลักการพื้นฐานนี้เรียกร้องให้คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาถึง “ประโยชน์สาธารณะ” (Public Interest) ที่จะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี และ วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของแหล่งที่มาของอำนาจในเรื่องนั้น ๆ อีกด้วย

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า “เกณฑ์” ในการตรวจสอบดังกล่าว อาจเรียกว่าเป็น “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” และเป็นการตรวจสอบในขอบเขตของ “กฎหมาย” มิใช่ในขอบเขตของ “การเมือง” ทั้งนี้ เพราะอำนาจมหาชน (ไม่ว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญ) ล้วนต้องถูกผูกพันอยู่กับกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องถูกผูกพันอยู่กับ “รัฐธรรมนูญ” ดังนั้น การตรวจสอบตาม “เกณฑ์” ดังกล่าวย่อมทำให้ “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” มีความสำคัญมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ประเด็นที่เป็นจุดแบ่งแยกที่ยากระหว่างการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชนกับ “การกระทำผิดทางอาญา” คือ การตรวจสอบเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการกระทำและเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการกระทำ ซึ่งในทันท้องกล่าวโดยสรุปถึงเงื่อนไขทั้งสองประการเป็นเบื้องต้น

(1) การตรวจสอบเงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการกระทำ สรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ ก. วัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ ข. วัตถุประสงค์ของการกระทำต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ค. วัตถุประสงค์ของการกระทำต้องไม่เป็นการพินวิสัยหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการกระทำ หมายถึง “ผล” ที่เจ้าหน้าที่ผู้มีการกระทำความผิดกล่าวต้องการให้เกิดขึ้นจากการมีกระทำความผิดกล่าวมาใช้บังคับ ดังนั้น ความมุ่งหมายของการใช้อำนาจมหาชน ย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” เท่านั้น ดังนั้น เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายจึงมีสาระสำคัญ 2 ประการ คือ ก. เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจในการกระทำการเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ และ ข. เจ้าหน้าที่ต้องใช้อำนาจกระทำการเพื่อดำเนินการให้เกิดหรือรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะด้านที่อยู่ในเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับก่อดั้งอำนาจในการกระทำความผิดกล่าวเท่านั้น

โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการกระทำนั้น ถือว่าเป็นการตรวจสอบในขอบเขตของกฎหมายมหาชน มิใช่การตรวจสอบในเรื่อง “เจตนา” ตามประมวลกฎหมายอาญา ในที่นี้ขอยกตัวอย่าง กรณีที่รัฐบาล

ในอดีตมีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 และออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ลดอัตราภาษีและยกเว้นภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 68) ลงวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 ให้คู่สัญญาภาคเอกชนนำภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ชำระให้แก่กรมสรรพสามิตตามประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวมาหักออกจากค่าสัมปทานที่ต้องชำระให้แก่หน่วยงานภาครัฐได้นั้น เป็นการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ที่เป็นการกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทานหรือเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติ มาตรา 100 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 หรือไม่ และจะถือว่าเป็นการกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่จัดการ หรือดูแลกิจการใดเข้าไปมีส่วนได้เสียเพื่อประโยชน์สำหรับตนเองเนื่องด้วยกิจการนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 152 หรือไม่ จากข้อเท็จจริงในกรณีนี้ หากพิจารณาขอบเขต “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” กับ “เจตนาในทางกฎหมายอาญา” ซึ่งเป็นส่วนที่มีความใกล้เคียงกันมาก โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(2.1) “เงื่อนไขความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” โดยเฉพาะประเด็นเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการกระทำ ซึ่งหมายถึง “ผล” ของการกระทำจะต้องมุ่งหมายเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” แต่จากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 และออกประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง ลดอัตราภาษีและยกเว้นภาษีสรรพสามิต (ฉบับที่ 68) ลงวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 ให้คู่สัญญาภาคเอกชนนำภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ชำระให้แก่กรมสรรพสามิตตามประกาศกระทรวงการคลังดังกล่าวมาหักออกจากค่าสัมปทานที่ต้องชำระให้แก่หน่วยงานภาครัฐได้นั้นปรากฏว่ามีภาษี

สรรพสามิตขาดหายไปเป็นเงินประมาณ 60,000,000,000 บาท คณะรัฐมนตรีชุดต่อมาจึงมีมติให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 และต่อมาเมื่อวันที่ 23 มกราคม 2550 คณะรัฐมนตรีชุดดังกล่าว เห็นชอบให้กระทรวงการคลังออกประกาศลดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต สำหรับกิจการโทรคมนาคมลงเหลือร้อยละศูนย์ หากพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการกระทำดังกล่าว จะเห็นได้ว่ามิได้อยู่ในความมุ่งหมายเพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” การกระทำดังกล่าว มิได้อยู่ในความมุ่งหมายตามชอบอำนาจที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในขอบเขตดังกล่าว

(2.2) “เจตนาในทางกฎหมายอาญา” คดีนี้ปรากฏตามคดีหมายเลขดำที่อม.9/2551 คดีหมายเลขแดงที่อม.5/2551 ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ลงวันที่ 30 กรกฎาคม พ.ศ. 2563 โดยศาลได้พิจารณาตามหลักการและเหตุผลที่จำเลยกับคณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ พิกัดอัตราภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546 และพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2527 พ.ศ. 2546 แล้ว เป็นเหตุผลที่แสดงว่าประสงค์จะหารายได้เข้ารัฐแต่คณะรัฐมนตรีชุดของจำเลย กลับมีมติยอมให้ภาคเอกชนที่ประกอบธุรกิจในด้านกิจการโทรคมนาคมซึ่งชำระภาษีสรรพสามิตสามารถนำภาษีที่ชำระให้แก่กรมสรรพสามิตไปหักออกจากค่าสัมปทานที่ต้องชำระให้แก่หน่วยงานของรัฐได้ ย่อมทำให้รัฐต้องสูญเสียรายได้อันเป็นการขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ในการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับ มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวขัดแย้งกับเจตนารมณ์ในการตราพระราชกำหนดทั้งสองฉบับอย่างเห็นได้ชัด เพราะหากรัฐประสงค์จะเก็บภาษีสรรพสามิตจากการให้บริการโทรศัพท์เพื่อหารายได้เข้าสู่รัฐจริงก็ไม่มีเหตุผลที่จะยอมให้ผู้ให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ทำสัญญาสัมปทานกับ ทศท. และ กสท. มีสิทธินำภาษีสรรพสามิตไปหักออกจากค่าสัมปทานได้ มติคณะรัฐมนตรีชุดของจำเลยที่ออกมาเช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเงินของ ทศท. และ กสท. ซึ่งจำเลยย่อมคาดหมายได้ว่าจะทำให้ ทศท. และ กสท. ได้รับความเสียหายแต่ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้สั่งการใด ๆ เพื่อชดเชยรายได้ให้แก่ ทศท. และ กสท. โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ในขณะที่นั้นเบิกความ

เป็นพยานว่า มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 ที่ให้ผู้ประกอบการ มีสิทธินำภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่ชำระแล้วไปหักออกจาก ค่าสัมปทานที่ผู้ประกอบการดังกล่าวต้องนำส่งให้แก่คู่สัญญาภาครัฐตามสัญญา สัมปทานนั้นมีผลเป็นการคืนเงินภาษีสรรพสามิตให้แก่ผู้ประกอบการ และรัฐไม่ได้ รัยรายได้จากการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตดังกล่าวเลยซึ่งพยานคิดคำนวณแล้ว ปรากฏว่ามีภาษีสรรพสามิตขาดหายไปเป็นเงินประมาณ 60,000,000,000 บาท คณะรัฐมนตรีชุดต่อมาจึงมีมติให้ยกเลิกมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2546 และต่อมา เมื่อวันที่ 23 มกราคม 2550 คณะรัฐมนตรีชุดดังกล่าวเห็นชอบให้กระทรวง การคลังออกประกาศลดพิกัดอัตราภาษีสรรพสามิตสำหรับกิจการโทรคมนาคม ลงเหลือร้อยละศูนย์ ขณะที่จำเลยดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในสองวาระ จำเลย เป็นผู้ถือหุ้นบริษัท ซินคอร์ป จำนวน 1,419, 490,150 หุ้น โดยให้บริษัท แอมเพิลริช บริษัท วินมาร์ค จำกัด โดยมีบุคคลอื่นเป็นผู้ถือหุ้นแทน เมื่อบริษัท ซินคอร์ป เป็นคู่สัญญากับกระทรวงคมนาคมซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามสัญญาดำเนินกิจการ ดาวเทียมสื่อสารภายในประเทศ โดยจำเลยเป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจกำกับ ดูแล ควบคุม ตรวจสอบกระทรวงคมนาคม การกระทำของจำเลยจึงเป็นการฝ่าฝืน บทบัญญัติมาตรา 100 (2) จำเลยให้บุคคลต่าง ๆ เป็นผู้ถือหุ้นบริษัทซินคอร์ป แทนจำเลยต่อเนื่องมาโดยตลอด เพียงแต่ในช่วงเวลาดังกล่าว จำเลยดำรงตำแหน่ง นายกรัฐมนตรีในสองวาระติดต่อกันเท่านั้น ถือได้ว่าจำเลยมีเจตนาเดียวกระทำการ ฝ่าฝืน บทบัญญัติมาตรา 100 (2) องค์คณะผู้พิพากษาจึงมีมติด้วยเสียงข้างมากกว่า จำเลยกระทำความผิดฐานเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่รับสัมปทาน หรือเข้าเป็นคู่สัญญากับหน่วยงานของรัฐ และเป็นความผิดกรรมเดียวอันฝ่าฝืน ต่อบทบัญญัติมาตรา 100 (2) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งต้องรับโทษตามมาตรา 122

จากตัวอย่างข้างต้นเป็นการพิจารณาถึงขอบเขตที่แตกต่างกัน ระหว่าง “เงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจมหาชน” กับ “เจตนาในทางกฎหมายอาญา” เกณฑ์ในการพิจารณาย่อมมีความแตกต่างกัน หลายประการ กล่าวคือ ก. ขอบเขตของกฎหมาย ระหว่างขอบของกฎหมายมหาชน กับขอบเขตของกฎหมายอาญา ข. วัตถุประสงค์ในการตรวจสอบ ในทางกฎหมาย

มหาชนมุ่งพิจารณาเงื่อนไขความสมบูรณ์ ในขณะที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา  
มุ่งเพื่อการลงโทษ ค. กระบวนการในการพิจารณา ในขอบเขตกฎหมายมหาชนใช้  
การพิจารณาบนพื้นฐานของเอกสารตามหลักไต่สวน ในขอบเขตอาญาพิจารณา  
บนพื้นฐานของหลักการพิจารณาด้วยวาจาตามหลักไต่สวน ความแตกต่างดังกล่าวนี้เอง  
ที่นำมาสู่ขอบเขตที่แตกต่างกันระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับคณะกรรมการป้องกันและ  
ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง  
ทางการเมือง

(2) การดำเนินการต้องเป็นไปตาม “หลักนิติธรรม” โดยหลักนิติธรรมนี้  
ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
โดยบัญญัติว่า “รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กฤษฎีกา และหน่วยงานของรัฐ  
ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์  
ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม” ดังนั้น “มติ  
คณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” จึงต้องดำเนินการ  
ให้เป็นไปตามหลักนิติธรรมด้วยเช่นกัน กล่าวคือ หลักนิติธรรมย่อมมีผลผูกพัน  
“มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ในการ  
ดำเนินการดังกล่าวด้วย

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ในบทนี้จะได้นำเสนอส่วนที่เกี่ยวกับข้อสรุปจากงานศึกษาวิจัยและส่วนที่เกี่ยวกับข้อเสนอแนะของงานวิจัยโดยมีรายละเอียด ดังนี้

#### 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาวิจัย เรื่อง “หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29” ซึ่งมีวัตถุประสงค์ 5 ประการ กล่าวคือ (1) เพื่อศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับที่มา และเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 ที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง (2) เพื่อศึกษาเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี (3) เพื่อศึกษาขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยกับต่างประเทศ (4) เพื่อศึกษาหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทย และศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไทยกับศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ เกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี และ (5) เพื่อศึกษาสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี รวมถึงแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น โดยศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยอาจสรุปสาระสำคัญของการศึกษาวิจัยในเรื่องนี้ได้ ดังนี้

6.1.1 “ยุทธศาสตร์ชาติ” มีผลผูกพันต่อฝ่ายการเมืองตามที่รัฐธรรมนูญ 2560 บัญญัติไว้ด้วยเหตุนี้เอง บทบัญญัติของบทเฉพาะกาลในมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 จึงบัญญัติให้คณะรัฐมนตรีจัดให้มีกฎหมายตามมาตรา 65 วรรคสอง ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้และดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ การกำหนดเงื่อนไขเวลาตามมาตรา 275 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดไว้ 2 เงื่อนไข คือ ก. จัดให้มีกฎหมายตามมาตรา 65 วรรคสอง (พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ) ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ และ ข. ดำเนินการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่กฎหมายดังกล่าวใช้บังคับ การกำหนดเงื่อนไขไว้เช่นนี้ก็เพื่อเป็นมาตรการบังคับทำให้เกิด “ยุทธศาสตร์ชาติ” ขึ้น เมื่อมี “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามที่กำหนดไว้แล้วย่อมมีผลทำให้ความผูกพันของฝ่ายการเมืองอันมีค่าบังคับที่นำไปสู่การควบคุมตรวจสอบการดำเนินการใด ๆ ของฝ่ายการเมืองที่มีต่อ “ยุทธศาสตร์ชาติ” ได้ ดังนั้น “ยุทธศาสตร์ชาติ” จึงมิใช่เป็นเพียง “แนวนโยบายแห่งรัฐ” ทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในหมวด 6 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 หากแต่เป็นส่วนที่อยู่ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐและมีลักษณะเฉพาะที่มีผลผูกพันฝ่ายการเมืองทั้งหลาย (รัฐบาลและรัฐสภา) ที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ยุทธศาสตร์ชาติ” ตามที่กำหนดไว้มีผลผูกพันและมีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ กล่าวโดยสรุปในประเด็นนี้คือ “ยุทธศาสตร์ชาติ” มิใช่เป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐทั่วไปเท่านั้น หากแต่ยังมีผลผูกพันต่อฝ่ายการเมืองและมืองค์กรตรวจสอบการดำเนินการตามยุทธศาสตร์ชาติโดยเฉพาะการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้

6.1.2 สถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ถือว่าเป็นการกระทำประเภทใดนั้น หาได้มีความสำคัญต่อการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะการตรวจสอบมิได้มีความมุ่งหมายเพื่อการยกเลิกหรือเพิกถอน แต่มีความมุ่งหมายเพียงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเพื่อนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบความรับผิดชอบทางอาญาต่อไป ประกอบกับการตรวจสอบ

ของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความ “ผูกพัน” ต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น การตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็นการตรวจสอบขององค์กรตุลาการหาใช่ การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัดของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

6.1.3 การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของมาตรา 29 พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 นั้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

(1) เป็นการกำหนดในลักษณะที่เป็นเพียงบทเฉพาะกาล กล่าวคือ มีระยะเวลาในการใช้เพียง 5 ปี นับจากวันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภา เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลา 5 ปีดังกล่าว มาตรา 29 ย่อมสิ้นผล การใช้บังคับ

(2) การกำหนด “วัตถุประสงค์การตรวจสอบ” คือ ก. มติคณะรัฐมนตรี ข. การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี นั้น ขาดความแน่นอนชัดเจนในสถานะของ “มติคณะรัฐมนตรี” ซึ่งอาจมีเป็นการ “กระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำทางปกครอง” และ

(3) เกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งออกเป็น 2 เกณฑ์ คือ ก. หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือการกระทำอื่น และ ข. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยที่มาตรา 29 มีความมุ่งหมายเพื่อต้องการใช้มาตรการทางอาญามาควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารมิให้ขัดแย้งต่อยุทธศาสตร์ชาติ

6.1.4 เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ตามมาตรา 29 มีข้อพิจารณา ดังนี้

(1) หลักการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีย่อมถือว่าการบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามที่พระราชบัญญัติบัญญัติให้ นั้น เป็นกรณีที่สามารถกระทำได้ กรณีย่อมถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในกรณีนี้เป็นไปตามหลักการมีเขตอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้ (der Grundsatz der Aufzaehlung der einzelnen Gegenstaende) อันเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องตามที่กำหนดไว้หรือเรียกว่า “หลักกำหนดอำนาจศาลให้มีอำนาจเฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดไว้” (Enumerationsprinzip)

(2) ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร  
ในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมมีอำนาจในการตรวจสอบได้ ด้วยเหตุผล 2 ประการ  
ดังนี้ ก. ตามมาตรา 29 อยู่ในเขตอำนาจ ศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาตรวจสอบได้  
กรณีจึงเป็นไปตามหลักการกำหนดเขตอำนาจให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจโดยเฉพาะ  
เจาะจง และ ข. การตรวจสอบในกรณีนี้มีความมุ่งหมายเพียง การตรวจสอบ  
ความชอบด้วยกฎหมาย เพื่อนำไปสู่กระบวนการตรวจสอบความรับผิดชอบ ทางอาญา  
ต่อไป ประกอบกับการตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการตรวจสอบความ  
“ผูกพัน” ต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ดังนั้น การตรวจสอบเช่นนี้ย่อมเป็น  
การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ หากใช้การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัด  
ของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ

(3) ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล”  
ศาลรัฐธรรมนูญสามารถเข้าตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการ  
ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ  
พ.ศ. 2560 ที่มีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ด้วยเหตุผล 2 ประการ  
ก. “การกระทำทางรัฐบาล” ย่อมไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการทั่วไป  
(ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง) แต่อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่ศาลในระบบ  
ทั่วไป หากแต่เป็นศาลเฉพาะที่มุ่งหมายเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุด  
ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อเป็นศาลที่มีความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อพิทักษ์ปกป้อง  
รัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (หรือผู้ตรากฎหมายธรรมดา) ต้องการจะให้  
ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจมากน้อยเพียงใด ย่อมบัญญัติ เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ  
ไว้เป็นการเฉพาะได้ ข. การตรวจสอบในกรณีนี้ถือว่าเป็นการตรวจสอบขององค์กร  
ตุลาการหากใช้การตรวจสอบทางการเมืองที่จะเป็นข้อจำกัดของการตรวจสอบ  
โดยศาลรัฐธรรมนูญ

6.1.5 ขั้นตอนและกระบวนการในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ  
“การดำเนินการ ของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญ กระบวนการขั้นตอน  
ในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดทำ  
ยุทธศาสตร์แห่งชาติ พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย  
วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 โดยในกระบวนการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ

ต้องถือ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (audi alteram partem) อย่างเคร่งครัด เพราะการวินิจฉัยว่าชอบหรือไม่ชอบของศาลรัฐธรรมนูญ เป็นพื้นฐานที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกร้องในกระบวนการดำเนินการต่อไป

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

จากข้อสรุปเรื่อง “หลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29” ดังกล่าวข้างต้นแล้ว คณะผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบและขอบเขตหรือข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรี” ใน 4 ประเด็น ดังต่อไปนี้

6.2.1 ขอบเขตหรือข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยที่ การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้เป็นการตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำขององค์กรทางการเมือง ขอบเขตและข้อจำกัดของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวนี้จึงมีขอบเขตอยู่ที่ “กฎหมาย” มิใช่ “การเมือง” ซึ่งหมายความว่า “เกณฑ์” ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำมาใช้ในการตรวจสอบว่า “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องนำ “เกณฑ์” ในทางกฎหมายมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัย หากเรื่องใดศาลรัฐธรรมนูญไม่สามารถนำ “เกณฑ์” ในทางกฎหมายมาพิจารณาวินิจฉัยในเรื่องนั้นได้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องไม่เข้าไปวินิจฉัยในเรื่องนั้น ถือว่าเป็นขอบเขตที่เป็นความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหาร กล่าวโดยสรุป ขอบเขตของศาลรัฐธรรมนูญมีขอบเขตอยู่ ณ จุดใดหรือประเด็นใด ที่ปราศจาก กฎเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จะนำไปพิจารณาวินิจฉัยได้ ขอบเขตในส่วนนั้น ถือว่าเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหาร

6.2.2 หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็น “เกณฑ์ทางกฎหมาย”

อาจแบ่งเงื่อนไขการตรวจสอบได้ 2 เงื่อนไข คือ (1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการ และ (2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจ โดยสรุปได้ ดังนี้

(1) เงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการมี “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ

ก. เงื่อนไขเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ที่ออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยเงื่อนไขในข้อนี้พิจารณาถึง “ความเป็นเจ้าหน้าที่” รวมทั้งหน้าที่และอำนาจในการออก “มติคณะรัฐมนตรี” โดยพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ พิจารณาเรื่องสถานะของคณะรัฐมนตรี ความดำรงอยู่ในทางกฎหมายขณะที่ใช้อำนาจในการออกมติคณะรัฐมนตรี รวมทั้งความชอบด้วยกฎหมายในการประชุมคณะรัฐมนตรี หลักความเป็นกลางในการพิจารณาของผู้ใช้อำนาจซึ่งหมายถึงคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นผู้มีหน้าที่และอำนาจต้องไม่มีส่วนได้เสียในเรื่องที่ตนพิจารณา หรือไม่มีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาออกมติคณะรัฐมนตรีไม่เป็นกลางอีกด้วย

ข. เงื่อนไขเกี่ยวกับขั้นตอนของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” เป็นการพิจารณาถึง “ขั้นตอน” และ “กระบวนการ” ที่เป็นสาระสำคัญในการออกมติคณะรัฐมนตรี และการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีว่าเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือไม่ อาทิ พระราชกฤษฎีกากำหนดด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 โดยข้อพิจารณานี้มุ่งหมายให้พิจารณาถึงขั้นตอน และกระบวนการที่เป็น “สาระสำคัญ” ต่อการจัดทำมติคณะรัฐมนตรี รวมทั้งขั้นตอนที่สำคัญในการใช้อำนาจที่อาจกระทบต่อสิทธิ เสรีภาพ และประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนในสาระสำคัญ ผ่านกระบวนการ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (audi alteram partem) หรือ “การรับฟังความคิดเห็นด้วยวิธีประชาธิปไตย” ซึ่งในขั้นตอนนี้อาจมีวิธีการที่แตกต่างกันขึ้นกับเรื่องที่น่ามาพิจารณา เพื่อนำไปสู่ความครบถ้วนสมบูรณ์ก่อนที่จะมีมติต่อไป

ค. เงื่อนไขเกี่ยวกับรูปแบบของ “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยพิจารณาถึงรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรี

ตามลักษณะของมติคณะรัฐมนตรีว่ามีสถานะใด รูปแบบของการกระทำดังกล่าว จึงพิจารณาที่ลักษณะของการกระทำในแต่ละลักษณะ นอกจากนี้มติในการออกมติ คณะรัฐมนตรีไม่ว่าในรูปแบบใดก็ตามย่อมจะมีเหตุผลทั้งในทางข้อเท็จจริงและ ข้อกฎหมายสนับสนุนเสมอ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจและ เพื่อนำไปสู่การควบคุมตรวจสอบได้อันเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

(2) เงื่อนไขเกี่ยวกับขอบอำนาจของกรม “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” ซึ่งประกอบด้วยข้อพิจารณา 3 ประการ

ก. เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้เกิดอำนาจในการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” เป็นการ พิจารณาออกมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องใดต้องปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างซึ่งเป็นที่มาแห่งการใช้อำนาจนั้น ๆ เกิดขึ้นก่อน การใช้อำนาจ

ข. เงื่อนไขเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยมีข้อพิจารณาย่อย 3 ประการ คือ 1) “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” นั้น ต้องมีความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ 2) วัตถุประสงค์ของมติคณะรัฐมนตรี ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการกำหนดมาตรการใด ๆ ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับ “หลักความ ได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” หรือหลักการที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ รับรองไว้เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และ 3) วัตถุประสงค์ ของคำสั่งทางปกครองต้องไม่เป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ค. เงื่อนไขเกี่ยวกับความมุ่งหมายของการออก “มติคณะรัฐมนตรี” หรือ “การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีโดยตรง” โดยพิจารณาถึง “ผล” ที่ต้องการ ให้เกิดขึ้นซึ่งหลักการพื้นฐานนี้เรียกร้องให้คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาถึง “ประโยชน์ สาธารณะ” (Public Interest) ที่จะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการออกมติ คณะรัฐมนตรี และวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายของแหล่งที่มาของอำนาจในเรื่อง นั้น ๆ อีกด้วย

6.2.3 โดยที่การพิจารณาวินิจฉัยมาตรา 29 พระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการพิจารณาที่มีความมุ่งหมายประการหนึ่งเพื่อความรับผิดชอบทางอาญาของฝ่ายบริหาร ดังนั้น การพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องดำเนินการระบวนพิจารณาคดีที่มี “คู่ความ” สองฝ่าย โดยต้องเปิดโอกาสให้ “ผู้ถูกร้อง” มีโอกาสได้สู้คดีอย่างเต็มที่ โดยศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเคร่งครัดในเรื่องกระบวนการพิจารณา โดยเฉพาะ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” หรือ “หลักการรับฟังคู่กรณี” (audi alteram partem) เพราะการวินิจฉัยว่าชอบหรือไม่ชอบของศาลรัฐธรรมนูญเป็นพื้นฐานที่จะนำไปสู่ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ถูกร้องในกระบวนการดำเนินการต่อไป เหตุผลประการสำคัญ เพราะตามมาตรา 29 กำหนดให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต้องฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

6.2.4 นอกเหนือการตรวจสอบในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวกับปัญหา “จริยธรรม” ได้ เนื่องจากมาตรา 29 บัญญัติว่า “... ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติพิจารณาและมีมติให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องจากคณะกรรมการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติโดยให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” โดยเฉพาะความในตอนท้ายบัญญัติว่า “ให้ฟังข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการกระทำดังกล่าวมีปัญหาจริยธรรมอย่างร้ายแรง ศาลรัฐธรรมนูญอาจพิจารณาข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการชี้มูลในประเด็นดังกล่าวต่อไป

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์. รายงานการวิจัยศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538.
- กล้า สมุทวณิช. ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะผู้คุ้มครองรัฐธรรมนูญกับดุลยภาพทางการเมืองพระปกเกล้า, ใน เอกสารประกอบการประชุมวิชาการสถาบันพระปกเกล้า ครั้งที่ 16, พฤศจิกายน 2557
- กาญจนารัตน์ ลีวีโรจน์. เขตอำนาจศาลปกครอง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. วารสารวิชาการศาลปกครอง 8, 1 (มกราคม - เมษายน 2551) : 47-65.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ. การกระทำทางรัฐบาลศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทยสาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ. กรุงเทพฯ:สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. “การกระทำทางรัฐบาล (Act of Government)”. วารสารจลนिति (มี.ค.-เม.ย). 2554.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง การกระทำทางรัฐบาลกรณีศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. 2554.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 10, กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2563.
- คณะกรรมการอัยการร่างรัฐธรรมนูญ, สาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป, สถาบันพระปกเกล้า และสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, มีนาคม 2558.

- จิรัฏฐ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา. การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีโดยองค์การตุลาการ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำแถลงการของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน ประกอบคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ที่ 24/2531 เรื่อง การเบิกจ่ายค่าสอนพิเศษ, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 7 ตอน 3, ธันวาคม 2531.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2560.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพฯ : วิทยูชน, 2562.
- ธีรเดช เอี่ยมสาราญ และราม อินทรวิจิตร (บรรณาธิการ). วิวาทะกुरु สูดยอดแห่งศวรรษ. กรุงเทพฯ: มติชน, 2551.
- นงเยาว์ ปัญญา. เขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง เขตอำนาจของมติคณะรัฐมนตรี ศึกษากรณีรัฐวิสาหกิจ. กรุงเทพฯ : สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2552.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับคดีปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิทยูชน, 2563.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีปัญหาความขัดแย้ง เรื่องเขตอำนาจศาลระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและ

- ศาลปกครอง. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์** www.ub-law.net, หน้า 55-95. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. **หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2561.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และนันทชัย เพียรสนอง. **คำอธิบายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ**. ใน **รวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย**, หน้า 55-109. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2544.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **รัฐ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2560
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ : รัฐธรรมนูญเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบคำสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **ศาลรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญ**. **วารสารนิติศาสตร์** 35, 2 (มิถุนายน 2549) : 291-312.

ไพโรจน์ ชัยนาม. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป).

พิมพ์ครั้งที่ 2. เล่ม 1. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2495.

มนูญ บริสุทธิ์. คณะรัฐมนตรี. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2521.

ยงยุทธ อนุกุล. สถานะและผลทางกฎหมายของหนังสือเวียน คำสั่งและมาตรการภายในของฝ่ายปกครอง. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, 2554.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัย และผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. ศาลรัฐธรรมนูญกับปัญหาโครงสร้างและระบบวิธีพิจารณา. เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการประจำปี ครั้งที่ 1 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548. (อัดสำเนา)

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “ศาลปกครอง” กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ. ใน **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน**, หน้า 55-75. กรุงเทพฯ : นิติธรรม, 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. ใน **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภมทรัพย์**. กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “**การกระทำทางปกครอง**.” ใน อาจารย์บุชา รอมบทความทางวิชาการ เนื่องในวโรกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์. กรุงเทพฯ: สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง**. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

วรัญญา ทัศนศิริวงศ์. **การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?**. ใน **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์www.pub-law.net เล่ม 12**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557. หน้า 493-522.

วิชณุ เครืองาม **คำบรรยายหลักสูตรนักกฎหมายมหาชนภาครัฐ รุ่นที่ 2 เรื่อง “รัฐบาลในด้านที่มา การบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจของนายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรี”** ณ ห้องประชุมปริทัศน์มยงค์ และห้องประชุมสมภพ ไทตระกิตย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา วันพุธที่ 10 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547.

วิชณุ เครืองาม. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: นิตยบรรณาการ, 2530.

วิชณุ วรัญญา. **องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538.

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **เปรียบเทียบองค์ประกอบที่มาและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 10, 28 (มกราคม - เมษายน 2551) : 3-28.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **รายงานการวิจัย เรื่อง การขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

สำนักเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง. **แนวทางปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548**, สำนักพิมพ์ คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, พฤศจิกายน, 2559,

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา. **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547.

สิทธิพร เสาภายน. **การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ**, วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

สุกัญญา รักเหลือ. **มติคณะรัฐมนตรีที่ไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติของกฎหมาย : ศึกษากรณีการลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรง**. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.

สุชาติดา เรืองแสงทองกุล. **การกระทำทางรัฐบาล และปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. **ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546.

สุวิมล สังฆะพันธุ์. **สถานะและผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี**. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2535.

อมร จันทรสมบูรณ์, **กฎหมายปกครองกับการบริหารประเทศ (ที่กำลังพัฒนา)**, ครบรอบ 48 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ตอน 3, ธันวาคม 2525.

อมร วาณิชวิวัฒน์ และคณะ. **คดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี**.

อมรรัตน์ กุลสุจริต. **ประมุขของรัฐในระบบรัฐสภา : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ กรณีของประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมนี ญี่ปุ่น และไทย.** วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2541.

อมรรัตน์ กุลสุจริต. **เอกสารการสอนชุดวิชา หลักกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการไทย (Law and Regulations in Thai Bureaucracy).** หน่วยที่ 9 หลักกฎหมายว่าด้วยการใช้อำนาจและการตรวจสอบของฝ่ายบริหาร. ฉบับปรับปรุงครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2559.

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ). **การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย.** กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

### ภาษาอังกฤษ

Adseá i i 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.

Bagehot, Walter. **The English Constitution: With an Introduction by Richard Crossman,** London : Fontana Press, 1993.

Bagehot, Walter. **The English Constitution: With an Introduction by Richard Crossman.** London : Fontana Press. 1993.

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 6<sup>th</sup> Report of Session 2006-07.** July 2007.

Jack M. Beerman. Privatization and Political Accountability. **Fordham Urban Law Journal.** 28, 5 (2000): 1505-1557.

- Jill Jaffe. The Political Question Doctrine: An Update in Response to Recent Case Law. **Ecology Law Quarterly**. 38 (2011): 1032-1065.
- John. Sparkman Checks and Balances in American Foreign Policy. **Indiana Law Journal**. 52, 2 (January 1977): 432-477.
- Jonathan R. Siegel. Political Questions and Political Remedies. **GWU Law School**, Public Law. 93 (March 2004): 1-37.
- Kamata, Taisuke. Adjudication and the Governing Process: Political Question and Legislative Discretion. **Law and Contemporary Problems**. 53, 1 (1990): 181-199.
- Ministerial Code 2019. Retrieved December 16, 2020 from <https://www.gov.uk>
- Mourtada-Sabbah, Nada and Cain, Bruce E. **The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2007.
- R. Bakker; Heringa, A. W. and F. Stroink, **Judicial Control, Comparative Essays on Judicial Review**. Ontwerp: Bureau JA Vormgevers Tilburg, 1995.
- 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.
- 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.
- State Immunity Act 1978. Retrieved February 1, 2021 from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1978/33>
- The Cabinet Manual. Retrieved December 16, 2020 from [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/60641/cabinet-manual.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/60641/cabinet-manual.pdf)

## ภาษาฝรั่งเศส

CHAPUS René, **Droit administratif général**, Tome 1, 15e éd., Paris :  
Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2001.

Chavidan. **Doctrine et acte de gouvernement**. N.p.: A.J.D.A., 1982.

Christine MAUGÜÉ et Jaque-Henri STAHL, **La Question Prioritaire de  
Constitutionnalité** (Paris : Dalloz, 2011

CARPENTIER Élise, **La résolution juridictionnelle des conflits entre  
organes constitutionnels**, Clermont-. Ferrand, Fondation  
Varenne, 2006.

David P. Currie. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**.  
Chicaco: University of Chicago Press, 1994.

DELPÉRÉE Francis (dir.) et FOUCHER Pierre (dir.), **La saisine du juge  
constitutionnel : aspects de droit comparé**, Bruxelles : Bruylant,  
1998.

DUCROCQ Théophile, Cours de droit administratif et de législation  
française des finances, Paris : Fontemoing, 7e édition, t.I,  
1897 - 1905, n°52.

EISENMANN Charles. **La justice constitutionnelle et la Haute Cour  
constitutionnelle d'Autriche**, avant-propos Georges VEDEL,  
préface de Hans KELSEN, postface de Louis FAVOREU. Aix-en-  
Provence : PUAM, 1986.

Élise CARPENTIER. **L'Acte de gouvernement n'est pas insaisissable**.  
Paris: Dalloz, 2006

ESCARRAS Jean-Claude. **La justice constitutionnelle en Italie**. La  
Garde : Faculté de droit Université de Toulon et du Var, 1987.

Jean APPLETON, **Traité élémentaire du contentieux administratif**  
Paris : Dalloz, 1927.

Jean GICQUEL et Jean-Eric GICQUEL, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, 22<sup>e</sup> édition (Paris : Montchrestien, 2008).

La décision du Conseil d'État du 28 mars 1947, **Gombert**, Sirey 1947  
Lavroff-Dmitri GEORGE, **Le système politique Français** (Paris : Dalloz, 1975)

Léon AUCOC, **Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'École des ponts et chaussées** (Paris, Dunod, 2e édition, 1878

Léon BÉQUET, entrée « Contentieux administratif », **Répertoire du droit administratif**, tome VIII (Paris : Dupont , 1891)

Louis FAVOREU et Loïc PHILIP, **Le Conseil Constitutionnel** Paris : P.U.F., 1978.

FASSASSI Idris. « Droit constitutionnel étranger : L'actualité constitutionnelle dans les pays de Common law et de droit mixte ». sous la direction de Guy SCOFFONI et avec la collaboration de Idris FASSASSI. **RFDC**, n° 72. octobre 2007, pp.825-842.

FAVOREU Louis et MASTOR Wanda. **Les cours constitutionnelles**. Paris : Dalloz, 2011.

FAVOREU Louis. « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle » **AJIC**, 1988.

François Luchaire, “Le Conseil constitutionnel et les nominations en Conseil des ministres”, **Revue du droit public**, 1995, Partie I, p.862 et 863.

FROMONT Michel. **Justice constitutionnelle comparée**. Paris : Dalloz, 2013.

Jesse H. Choper. The Political Question Doctrine: Suggested Criteria. **Duke Law Journal**. 54 (2005): 1457-1523.

MARCOU Jean. **Justice constitutionnelle et systèmes politiques : États-Unis, Europe, France.** Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1997.

MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel. **Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux.** Paris : LGDJ, 2002.

Michel VIRALLY, « L'introuvable « Acte de gouvernement » », **RDP**, 1952

Maurice HAURIOU, **Précis de droit administratif**, 3e édition (Paris : Larose & Forcel, 1897)

NICOT Séverine. **La sélection des recours par la juridiction constitutionnelle (Allemagne, Espagne et États-Unis).** Paris : LGDJ, 2006.

Philippe ARDANT et Olivier DUHAMEL, « Dyarchie », **Pouvoirs**, n° 91, 1999.

PIEROTH Bodo. « La Cour constitutionnelle fédérale allemande comme modèle pour l'Europe ». **Cités 2003/1.** n° 13, pp.57-66.

PIERRÉ-CAPS Stéphane. **Droits constitutionnels étrangers.** Paris : PUF, 2010.

Pierre-Henri CHALVIDAN, « Doctrine et Acte de gouvernement », **AJDA**, 1982

Rémy Schwartz, “ Annulation de la décision du Premier ministre de transférer la Seita en province”, **AJDA**, 1993, p.199.

Rémy Schwartz, “Nature des décrets délibérés en Conseil des ministres”, **AJDA**, 1992, p.643.

Réne Capitant. De la nature des Acte de gouvernement, in **Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière.** Paris: Dalloz, 1964.

RENOUX Thierry-Serge (dir.), VILLIERS Michel de (dir.) et MAGNON Xavier (dir.). **Code constitutionnel.** Paris : Lexis Nexis, 2016.

- RENOUX Thierry-Serge. **Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire : l'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel**. Aix-en-Provence : PUAM, 1984.
- ROUSSEAU Dominique. **La justice constitutionnelle en Europe**, 2e édition. Paris : Montchrestien, 1996.
- Varanya Tassaneesrivong, **Les actes de l'Exécutif en Thaïlande**. Thèse de doctorat en Droit, Aix-Marseille université, 2014.
- VILLIERS Michel de et LE DIVELLEC Arnel. **Dictionnaire du droit constitutionnel**, 10<sup>e</sup> édition, Paris : Sirey, 2015.
- VIRALLY Michel, «L'introuvable «acte de gouvernement»», **RDP**, 1952.
- Théophile DUCROCO, **Cours de droit administratif et de législation française des finances**, 7e édition, tome 1 (Paris : A. Fontemoing, 1897

### ภาษาเยอรมัน

- Benda, Ernst/Klein, Eckart/Klein, Oliver (Hrsg.): **Verfassungsprozessrecht**, 3. Aufl. 2012.
- Böckenförde, Christoph: **Die Kodifizierung des Widerstandsrechts im Grundgesetz**, in: JZ 1970, S. 168-172.
- Degenhart, Chistoph, **Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht**, 35. Aufl., Heidelberg 2019.
- Dreier, Horst (Hrsg.): **Kommentar zum Grundgesetz**, Bd. I: 3. Aufl. 2013; Bd. II: 3. Aufl. 2015.
- Ekkehart Stein, **Staatsrecht**, 14 Aufl., Tübingen 1993.
- Epping Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg): **Grundgesetz-Kommentar**, 2 Aufl. 2013.
- Epping, Volker: **Grundrechte**, 2 Aufl. 2004.

Les conclusions Henry sur **CE, ASS.**, 2 mars 1962 : Rubin de Servens, cité RDP., 1962

Goebbels, Joseph: **Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit.** Munich: Zentralverlag der NSDAP., 1935.

Hans Schneider, Gerichtsfreie Hoheitsakte, **Ein rechtsvergleichender Bericht ueber die Grenzen richterlicher Nachpruefbarkeit von Hoheitsakten**, RECHT UND STAAT IN GESCHICHTE UND GEGENWART, VERLAG J.C.B. MOHR 9PAUL SIEBECK), TUBINGEN 1951

Isensee/Kirchhof (Hrsg.), **Handbuch des Staatsrecht Band III: Demokratie – Bundesorgan**, 3. Aufl., Heidelberg 2005.

Jarass, Hans D./ Pieroth, Bodo (Hrsg.): **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar**, 12. Aufl. 2012.

Josef Wintrich, Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, **Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung**, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, herausgegeben von Theodor MAUNZ, ISAR VERLAG MUENCHEN, 1956

Karpen, Ulrich, Ziviler Ungehorsam im **demokratischen Rechtsstaat**, in: JZ 1984, S. 250-262.

Karl Korinek, Joerg P. Mueller, Klaus Schlaich, **Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefuege der Staatsfunktionen**, Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler, Heft 39, Walter de Gruyter – Berlin – New York 1981

Kelsen, Hans: **Demokratie und Sozialismus.** Ausgewählte Aufsätze, 1967

Kelsen, Hans: **Vom Wesen und Wert der Demokratie**, 2. Aufl. 1929.

- Klaus Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, Westdeutscher Verlag, Opladen 1980.
- Kurt Vogel, **Das Bundesverfassungsgericht und die uebrigen Verfassungsorgan**, Bundes verfas-sungsgerichtliche Aggumentationsfiguren zu den Grenzen der Verfassungsgerichtbarkeit. **Bd.2Vol. 736, PETER LANG, Frankfurt am Main-Berlin-New York-Paris**
- Krüper, Julian/Kühr, Hana: Der Lebenszyklus politischer Parteien - Eine „evolutionäre“ **Einführung in das Parteienrecht** - Teil 6/6, in: ZJS 6/2014, S. 609-620.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter u.a. (Hrsg.): **Grundgesetz. Kommentar**, 7 Bände, 1962 ff. (Stand: 72. Ergänzungslieferung Juli 2014).
- Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, **Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar**, 14. Ergänzungslieferung, Stand: 1995, Verlag C.Beck, Muechen 1995.
- Morlok, Martin/Michael, Lothar: **Staatsorganisationsrecht**, 2012.
- Morlok, Martin: **Das Parteiverbot**, in: Jura 2013, S. 317-325.
- Papier, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang: **Streitbare Demokratie**, AöR 128 (2003), S. 340-371.
- Pestalozza, Christian: **Verfassungsprozeßrecht**, 3 Aufl. 1991.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf: **Grundrechte Staatsrecht II**, 29. Aufl. 2013.
- Radbruch, Gustav: **Gesamtausgabe**, Bd. 12, 1992.
- Radbruch, Gustav: **Rechtsphilosophie**, 3. Aufl. 1992.
- Rainer Wahl, **Der Vorrang der Verfassung**, Der Staat 20. Band 1981.
- Sachs, Michael (Hrsg.): **Grundgesetz Kommentar**, 6. Aufl. 2011
- Schoch/Schneider, **VwGO**, 39. Ergänzungslieferung - Stand : Juli 2020.

- Schmahl, Stefanie: **Rechtsstaat und Widerstandsrecht**, in: JöR 55 (2007), S. 99-122.
- Schmitt, Carl: **Legalität und Legitimität**, 1932.
- Schmitt, Carl: **Verfassungslehre**, 1928.
- Schmitt-Glaeser, Walter: Grundrechtsverwirkung, in: in: Merten, Detlef/ Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), **Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa**, Bd. 3, 2009, § 74.
- Schöber, Burkhard/Knauff, Matthias: **Allgemeine Staatslehre**, 2. Aufl. 2013.
- Simon-Louis FORMERY, **La Constitution Commenté Article par Article**. Paris : Hachette; 1994.
- Sodan/Ziekow, **Grundkurs öffentliches Recht**, 7. Aufl., München 2016.
- Stern, Klaus /Becker, Florian (Hrsg.): **Grundrechte-Kommentar**, 2010.
- Stern, Klaus/Sachs, Michael: **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte**, 1994.
- Stiehr, Friderike: **Das Parteiverbotsverfahren**, in: JuS 2015, S. 994-997.
- Stöbener, Patricia Sarah/Wendel, Mattias: **Übungsfall: Streit um den Vertrag von Lissabon**, in: ZJS 1/2010, S. 73-85.
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas (Hrsg.): **Grundgesetz, Bd. I**, 2002.
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas/Dollinger, Franz-Wilhelm (Hrsg.): **Bundesverfassungsgerichts- gesetz**, 2 Aufl. 2005.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich /Starck, Christian (Hrsg.): **Kommentar zum Grundgesetz**, Bd. I: 6 Aufl. 2010.
- Wysk, **Verwaltungsgerichtsordnung**, 3. Aufl., München 2020.

## ภาคผนวก

### รายงานสรุปการสัมมนารับฟังความคิดเห็นรายงานการศึกษาวิจัย

ภายหลังได้ร่างรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ โครงการวิจัย เรื่อง “หลักเกณฑ์ และวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรี ตามพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 29 แล้ว คณะผู้วิจัยได้ดำเนินการจัดสัมมนารับฟังความคิดเห็นรายงานการศึกษาวิจัย โดยได้เชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ รวมถึงส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวข้อง อาทิ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาที่เกี่ยวข้องจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือเอกชน นักวิชาการอิสระในสาขาที่เกี่ยวข้อง เข้าร่วมการประชุมหรือสัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการศึกษาวิจัย และได้ประชาสัมพันธ์ให้ตัวแทนเครือข่ายจากภาคประชาชนและบุคคลผู้สนใจตลอดจนนิสิต นักศึกษา เข้ามามีส่วนร่วมในการประชุมหรือสัมมนาดังกล่าวเพื่อนำความคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่ได้มาปรับปรุงผลการศึกษาวิจัยต่อไป โดยจัดสัมมนาขึ้นในวันอังคารที่ 16 มีนาคม 2564 (เวลา 09.00 - 13.00 น.) ณ ห้อง Basil ชั้น 4 โรงแรม Best Western Plus Wanda Grand Hotel แจ้งวัฒนะ และได้เปิดให้ลงทะเบียนเข้าร่วมการสัมมนารับฟังความคิดเห็นผ่านระบบออนไลน์ (Ms Teams) โดยมีผู้เข้าร่วมสัมมนารวม 61 คน (ณ โรงแรม Best Western Plus Wanda Grand Hotel จำนวน 48 คน และผ่านระบบออนไลน์ 14 คน)

ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยได้รับความกรุณาจากท่านผู้ทรงคุณวุฒิ 3 ท่าน ได้เข้าร่วมในการสัมมนาและได้ให้ข้อคิดเห็นในการพัฒนาผลการศึกษาวิจัยให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป โดยมีรายนามผู้ทรงคุณวุฒิวิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย ดังนี้

1. ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล  
อดีตนุศาสตราจารย์รัฐธรรมนุญ
  2. ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์  
ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
  3. รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์  
รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
- ทั้งนี้ มีผลการสัมมนาฯรับฟังความคิดเห็น ดังนี้

### สรุปผลการสัมมนาฯรับฟังความคิดเห็น

มีประเด็นสำคัญ ดังนี้

**ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล**

(ผู้ทรงคุณวุฒิวิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย) :

1. โครงการวิจัยเรื่องนี้เป็นโครงการที่เป็นประโยชน์ต่อแนวปฏิบัติของศาลรัฐธรรมนูญ ในประเด็นของการตรวจสอบความชอบของมติคณะรัฐมนตรีมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติ พ.ศ. 2560 ซึ่งการดำเนินการวิจัยของคณะผู้วิจัยมีความละเอียดรอบคอบดี แต่ปริมาณของเนื้อหาในเล่มนั้นมากจนเกินไป ควรมีการตัดเนื้อหาบางส่วนออก หรือทำการย่อข้อมูลให้เหลือเฉพาะใจความที่สำคัญ

2. เห็นสมควรอย่างยิ่งในการนำตัวอย่างของกฎหมายต่างประเทศที่เป็น การตรวจสอบอำนาจของการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลรัฐธรรมนูญมาประกอบการศึกษา โดยเฉพาะข้อมูลของประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน แต่ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้น อยากให้คณะผู้วิจัยทบทวนข้อมูลที่เกี่ยวข้องใหม่ เพราะประเทศอังกฤษมีระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์จึงอาจจะไม่เป็นประโยชน์ต่องานวิจัยเท่าที่ควร หากพิจารณาแล้วจะพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายที่คล้ายกับประเทศอังกฤษ แค่สองประการ คือ ประการแรก ประเทศไทยใช้ระบบรัฐสภา และประการที่สอง ประเทศไทยเป็นระบอบประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข นอกจากนี้ ระบบยุติธรรมศาลในประเทศอังกฤษก็มีลักษณะที่แตกต่างจากของประเทศไทยอย่างสิ้นเชิง และในประเทศอังกฤษก็ไม่ได้มีการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติหรือการวาง

แนวนโยบายแห่งรัฐในรัฐธรรมนูญเหมือนของประเทศไทย จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าประเทศอังกฤษเป็นประเทศตัวอย่างที่ควรนำมาศึกษาเปรียบเทียบ ในงานวิจัยหรือไม่ ในกรณีที่ไม่นำประเทศอังกฤษมาเป็นกรณีศึกษาเปรียบเทียบ คณะผู้วิจัยก็ควรนำประเทศที่มีลักษณะการปกครองแบบรัฐเสรีประชาธิปไตย

(ข้อเสนอ : ให้นำประเทศสหรัฐอเมริกามาแทน มาเป็นกรณีศึกษาแทน หรืออย่างน้อยก็ควรเป็นประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร)

3. การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 อาจนำไปสู่ การลงโทษตามกฎหมายป้องกันการและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ กล่าวคือ เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบของมติคณะรัฐมนตรีและมีการวินิจฉัย ในส่วนข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หากกรณีที่วินิจฉัยมีมูล คณะกรรมการยุทธศาสตร์ชาติหรือวุฒิสภาผู้อำนาจตามกฎหมายกำหนด ควรนำ มูลเหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญชี้ส่งต่อถึงคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แห่งชาติเพื่อพิจารณาความผิดในส่วนของกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่นต่อไป

4. คณะผู้วิจัยต้องทำการวิเคราะห์ให้ดีว่าการตรวจสอบและวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 29 นั้น มีเจตนารมณ์ทางกฎหมายอย่างไร เนื่องจากการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญสามารถตีความได้ว่าเป็นการตรวจสอบเบื้องต้น ถึงกรณีการกระทำทางรัฐบาล แต่ผู้พหุภาคีมองว่า การตรวจสอบเช่นนี้เป็นการผูกพัน เต็ดขาดของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเป็นประเด็นที่ยากให้คณะผู้วิจัยทำการทบทวน เจตนารมณ์ของกฎหมายให้ชัดเจน

5. คณะผู้วิจัยได้อธิบายเกณฑ์ทางกฎหมายในประเด็นของเรื่องได้ดี แต่มีประเด็นต้องพิจารณาว่าเกณฑ์ของกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษร จะสามารถนำมาพิจารณาได้หรือไม่ ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ก็มีการ วางเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในเรื่องของ “หลักนิติธรรม” จึงมีความเห็นให้ขยายความในเรื่องของเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่ใช่กฎหมาย ลายลักษณ์อักษรไว้ด้วย

6. หน้า 119 และหน้า 127 พูดถึงศาลสูงสุดของศาลประเทศแล้วเรียก ชื่อว่าศาลฎีกานั้นไม่ถูกต้อง อาจทำให้ผู้อ่านเข้าใจได้ว่า “ศาลฎีกา คือ ศาลสูงสุด ของประเทศไทย” หากยกตัวอย่างประเทศอังกฤษในความเป็นศาลสูงสุดย่อมเข้าใจได้

แต่ในประเทศไทยศาลฎีกานั้นถือเป็นศาลสูงสุดในส่วนของศาลยุติธรรมเท่านั้น ไม่ได้หมายรวมถึงศาลประเภทอื่นในประเทศ ดังนั้น เห็นควรจะให้ใช้คำว่า “ศาลสูงสุดของประเทศ.....” เพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง

### ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

#### (ผู้ทรงคุณวุฒิวิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย) :

1. เห็นด้วยกับศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล ในส่วนที่ให้บททวนกรณีศึกษาของประเทศอังกฤษที่นำมาเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบในงานวิจัย เพราะเห็นว่าไม่มีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายไทยเท่าที่ควร แต่หากต้องการจะดำรงไว้ซึ่งกรณีตัวอย่างของประเทศอังกฤษก็ควรจะมีการเพิ่มเติมลักษณะของการตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ (อาจรวมถึงศาลประเทศอื่น) ของประเทศอังกฤษเข้ามา เพื่อให้สอดคล้องและเปรียบเทียบให้เห็นภาพอย่างชัดเจนกับประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมัน ทั้งนี้ การเพิ่มเติมหลักการของการตีความตามเจตนารมณ์หรือตีความตามลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษจะทำให้เห็นการเปรียบเทียบที่ชัดเจนมากขึ้น

2. ความเห็นในส่วนของบทที่ 1 หลักการเหตุผล ความเป็นมาสภาพปัญหา มีความชัดเจนดีโดยเฉพาะชื่อของโครงการวิจัยสะท้อนถึงปัญหาการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและความเชื่อมโยงไปถึงกฎหมายยุทธศาสตร์ได้อย่างตรงจุด แต่การวางรูปแบบของเล่มวิจัยนั้นไม่ได้เป็นไปตามรูปแบบปกติ กล่าวคือ ไม่มีการตั้งหัวข้อสมมุติฐานของการวิจัย ขอบเขตการวิจัย การดำเนินงาน กรอบแนวคิดการวิจัย ได้แก่สภาพปัญหา ทบทวนวรรณกรรม (input) (กฎหมายเกี่ยวข้องอะไรบ้าง) ข้อเสนอแนะ (output) และประโยชน์ที่คาดว่าจะได้ โดยเมื่ออ่านและวิเคราะห์อย่างถี่ถ้วนแล้วพบว่าคณะผู้วิจัยได้จัดทำครบทุกองค์ประกอบเพียงแต่ไม่ได้กำหนดหัวข้อให้ชัดเจน ซึ่งหากมีการกำหนดหัวข้อที่ชัดเจนจะทำให้การอ่านเกิดความเข้าใจมากขึ้น

3. ความเห็นในส่วนของบทที่ 2 หัวข้อ 2.3 มีลักษณะเป็นหลักนิติรัฐทั้งหมด แต่ในกฎหมายไทยมีทั้งหลักนิติรัฐและนิติธรรม ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงควรอธิบายหลักนิติธรรมที่ไม่ใช่ลายลักษณ์อักษรเพิ่มเติมด้วย นอกจากนี้ การที่คณะผู้วิจัยมองว่า

การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ เพราะขัดต่อหลักแบ่งแยกอำนาจและการที่ศาลไม่เข้าไปแทรกแซงนั้นขัดต่อหลักนิติรัฐ ผู้วิพากษ์ไม่เห็นด้วยเพราะการตรวจสอบโดยองค์กรอื่นที่มีอำนาจย่อมมีขึ้นได้ เมื่อการตรวจสอบเกิดขึ้นแล้วตามกฎหมายกรณีศาลไม่เข้าไปตรวจสอบก็ไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ

4. ความเห็นในส่วนของบทที่ 3 การวางหลักตามมาตรา 29 เป็นการวางกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบของการกระทำของคณะรัฐมนตรีเพื่อตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลและแนวนโยบายแห่งรัฐได้และในงานวิจัยนี้มองว่าแนวนโยบายเป็นแนวทางที่ไม่ผูกพันตามกฎหมาย แต่ผู้วิพากษ์ไม่เห็นด้วย เนื่องจากมีงานวิจัยหลายฉบับที่วิเคราะห์และแสดงให้เห็นว่าแนวนโยบายแห่งรัฐอาจมีผลผูกพันตามกฎหมายได้ ซึ่งในงานวิจัยเองก็มีแสดงให้เห็นว่ามีความเป็นไปได้ที่กฎหมายจะเปิดช่องให้แนวนโยบายแห่งรัฐมีผลผูกพัน

5. ความเห็นในส่วนของบทที่ 3 ข้อความที่แปลจากภาษาเยอรมันยังอ่านไม่ค่อยเข้าใจควรมีการทบทวนการแปลภาษาและแก้ไขให้ถูกต้องหลักภาษาไทยเพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้น

6. ความเห็นในส่วนของบทที่ 4 คณะผู้วิจัยมีแนวคิดว่ามีมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องของการให้ความเห็นชอบในการตราพระราชบัญญัติเป็นการก่อให้เกิดการออกกฎ แต่ผู้วิพากษ์ไม่เห็นด้วย เพราะการให้ความเห็นชอบนั้นเป็นเพียงการก่อให้เกิดความเห็นชอบในการออกกฎนั้น และไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนการกระทำดังกล่าว แต่หากเป็นรัฐบัญญัติจะต้องพิจารณาการกระทำของคณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรีเป็นกรณีไป ทั้งนี้ ผู้วิพากษ์ได้เสนอให้คณะผู้วิจัยศึกษาคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองฝรั่งเศสเพื่อหากรณีเปรียบเทียบของการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ตราพระราชบัญญัติด้วย

7. หน้า 114 พิมพ์ผิด หัวข้อควรเป็นเรื่องเฉพาะตัวบุคคลเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหา

## รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์

(ผู้ทรงคุณวุฒิวิพากษ์ผลการศึกษาวิจัย) :

1. เห็นด้วยกับศาสตราจารย์พิเศษ จรรย์ ภัคดีธนากุล และศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ ในส่วนที่ให้บททวนกรณีศึกษาของประเทศอังกฤษ ที่นำมาเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบในงานวิจัย เพราะเห็นว่าไม่มีลักษณะที่เกี่ยวข้อง กับกฎหมายไทยเท่าที่ควร

2. คณะผู้วิจัยควรอธิบายหลักการตามมาตรา 29 โดยละเอียด โดยเฉพาะ ในกระบวนการก่อนการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอย่างไร เช่น รัฐสภา สามารถตรวจสอบโต้แย้ง หรือดำเนินการใด ๆ ของมติคณะรัฐมนตรีก่อนส่งเรื่องให้ ศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่

3. มาตรา 29 กำหนดเฉพาะการกระทำทางรัฐบาล แต่ไม่ได้กำหนดสภาพ บังคับของตามกฎหมายไว้อย่างชัดเจน คณะผู้วิจัยจึงควรพิจารณาสภาพบังคับ ของมาตรา 29 ไว้ในงานวิจัยด้วย เพื่อป้องกันการบังคับใช้ที่ผิดไปจากเจตนารมณ์ ของกฎหมายและเพื่อเป็นขั้นตอนที่ชัดเจนก่อนขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ

4. เกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบ การกระทำและมติคณะรัฐมนตรีได้ จะนำไปสู่ผลทางการเมืองหรือไม่ เป็นประเด็น ที่ต้องพิจารณาต่อไป

5. คณะผู้วิจัยควรศึกษาคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันและเอามา เปรียบเทียบกับศาลรัฐธรรมนูญเพื่อสะท้อนให้เห็นบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน และแนวทางการควบคุมอำนาจการตัดสินใจของการเมืองของศาล

## ประเด็นความเห็นผู้เข้าร่วมการสัมมนาจับฟังความคิดเห็น

### 1. นิตกรชำนาญการพิเศษ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

งานวิจัยควรมีตัวอย่างของมติคณะรัฐมนตรีที่จะนำไปสู่การวินิจฉัย ของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 29 เพื่อเป็นกรณีศึกษาให้กับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และก่อให้เกิดความสะดวกต่อการปฏิบัติงาน (ความเห็นข้อนี้ ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายเพิ่มว่า มติคณะรัฐมนตรีมีหลายรูปแบบซึ่งในงานวิจัยนี้ เลือกที่จะอธิบาย ลักษณะของมติคณะรัฐมนตรีในเชิงบวกเพราะในทางกฎหมายจะไม่อธิบาย

การกระทำในลักษณะของการปฏิเสธ เนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีอาจเกิดขึ้นได้หลายลักษณะซึ่งการจะกำหนดตัวอย่างว่ารูปแบบใดหรือลักษณะใดจะนำไปสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นจะก่อให้เกิดความไม่ยืดหยุ่นต่อการตีความ)

## 2. ผู้เชี่ยวชาญด้านคดี สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

มาตรา 29 กำหนดให้การยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยกรณีของการกระทำทางรัฐบาลจะต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งในข้อเท็จจริงศาลรัฐธรรมนูญมีข้อกำหนดอยู่ว่าการยื่นคำร้องชนิดใดที่ต้องทำเป็นหนังสือบ้าง แต่ในกรณีตามมาตรา 29 พระราชบัญญัติฯ นี้ไม่ได้อยู่ในประเภทคำร้องที่จะต้องทำเป็นหนังสือตามที่กฎหมายกำหนด จึงมีประเด็นต้องพิจารณาว่า “หากจะให้กรณีตามมาตรา 29 ต้องทำเป็นหนังสือนั้น” จะต้องมีข้อเสนอให้แก่ข้อกำหนดหรือระเบียบภายในของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่

การรับฟังคู่กรณีที่ผู้วินิจฉัยได้อธิบายควรอธิบายให้ชัดเจนว่าเป็นคดีที่ต้องมี “คู่กรณีหรือไม่” ของศาลรัฐธรรมนูญมี 2 ประเภท ได้แก่ คดีที่มีคู่กรณีและคดีที่ไม่มีคู่กรณี ซึ่งตามมาตรา 29 นี้จะต้องเป็นคดีที่มีคู่กรณีหรือไม่ (ความเห็นข้อนี้ ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายเพิ่มว่า ต้องเป็นคดีที่มีคู่กรณีแน่นอนเพราะมติคณะรัฐมนตรีกระทบสิทธิของผู้อื่น)

กรณีตามมาตรา 29 มติคณะรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นย่อมผูกพันหน่วยงาน เมื่อมติคณะรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมายและอาจก่อให้เกิดความเสียหาย จำเป็นหรือไม่จะต้องนำมาตรการและวิธีการชั่วคราวมาบังคับใช้ (ความเห็นข้อนี้ ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายเพิ่มว่า มาตรการและวิธีการชั่วคราวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของวิธีพิจารณาของศาลสามารถนำมาใช้ได้)

การทำคำบังคับหรือการบังคับคดี หากข้อเท็จจริงพบว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องดำเนินการต่ออย่างไร

การกระทำของรัฐบาลกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญมีข้อจำกัด เนื่องจากกฎหมายจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 47 (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ) วางหลักไว้ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญไม่พิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล” จึงมีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาล

ได้หรือไม่ (ความเห็นข้อนี้ ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายเพิ่มว่า จากที่ผู้สอบถามพูดถึงมาตรา 213 มาตรา 213 นั้นมีจุดมุ่งหมายที่นำไปสู่การเพิกถอนของการกระทำทางรัฐบาล ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญไม่กล่าวล่วงเข้าไปมีอำนาจ ซึ่งในกรณีมาตรา 29 มีลักษณะในการพิจารณาที่แตกต่างและไม่ใช้การนำไปสู่การเพิกถอน)

### 3. นิตินรขำนัญการ สำนักงำนศาลปกครอง

โดยทั่วไปเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ดังนั้น การที่มาตรา 29 ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยกรณีการกระทำของรัฐบาลได้ จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักที่ว่า “ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดหรือไม่”

การกระทำทางรัฐบาลในมาตรา 29 เห็นว่าศาลปกครองยังควรมีเขตอำนาจในการพิจารณาอยู่ (ข้อสอบถาม ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้อธิบายเพิ่มว่า ศาลปกครองยังสามารถอาจตรวจสอบต่อไปในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายอย่างไรก็ดี การตรวจสอบโดยศาลปกครองย่อมต้องผูกพันต่อข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย)





## สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550

(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ

แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

โทรศัพท์ : 0 2141 7777 โทรสาร : 0 2143 9522

E-mail: [office@constitutionalcourt.or.th](mailto:office@constitutionalcourt.or.th)

