

การกระทำทางรัฐบาล:
ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย
สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี
สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สิงหาคม 2553

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ. - - กรุงเทพฯ ; สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.

284 หน้า

1. การเมืองเปรียบเทียบ. I. เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. II. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา. III. ชื่อเรื่อง.

320

ISBN 978-974-7725-71-1

ชื่อหนังสือ การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ

ปีที่พิมพ์ มิถุนายน 2554

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th
E-mail : feedback@constitutionalcourt.or.th

พิมพ์ที่ บริษัท พี. เพรส จำกัด
129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250
โทรศัพท์ / โทรสาร: 0-2742-4754-5

คำนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 217 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในทุกด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาคดี การศึกษาวิเคราะห์ด้านคดีและกฎหมาย และการศึกษาวิจัยทางวิชาการในด้านการศึกษาวิจัยนั้น นับแต่ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในปี 2541 ถึงปัจจุบัน เป็นเวลากว่าสิบสามปีที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ร่วมมือกับนักวิชาการผู้ทรงคุณวุฒิจากสถาบันการศึกษาและข้าราชการภายในสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผลิตผลงานการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาใช้ประโยชน์และจัดพิมพ์เผยแพร่แล้วเป็นจำนวนมาก

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยย่อมมีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น 3 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ซึ่งอำนาจทั้งสามฝ่ายนั้นจะมีความสัมพันธ์ในลักษณะถ่วงดุลและตรวจสอบระหว่างกัน อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลในบางกรณีจะไม่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรศาล แต่การกระทำดังกล่าวยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบในทางการเมืองโดยกระบวนการในทางรัฐสภา เช่น การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งแนวคิดนี้ได้ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ดังนั้น สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงได้จัดให้มีการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ซึ่งได้วินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” เพื่อประโยชน์ทางวิชาการ โดยไม่มีผลผูกพันต่อการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรมถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมา ประกอบกับรายงานการศึกษาวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยังเป็นที่เรียกร้องต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรายงานผลการศึกษาวินิจฉัยเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ” โดยรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้สู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรมค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใย สิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป



(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

พฤษภาคม 2554

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาวิจัยจากประสบการณ์ของต่างประเทศ เพื่อแสวงหาองค์ความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

ในการศึกษาวิจัย คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์รัฐสาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย อีกทั้งยังทำการศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “หลักปัญหาทางการเมือง” และ “การกระทำของรัฐ” ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยได้นำหลักทฤษฎีดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย

ผลการวิจัยพบว่าทฤษฎีดังกล่าวที่กล่าวมาแล้วล้วนแล้วแต่เป็นแนวความคิดในการจำกัดอำนาจตุลาการในการเข้าไปวินิจฉัยปัญหาที่อยู่ในขอบเขตการตรวจสอบทางการเมืองทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ หรือความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ โดยมีหัวใจสำคัญของการจำกัดอำนาจตนเองดังกล่าวของฝ่ายตุลาการก็คือ การธำรงรักษาหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นหลักการสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

สำหรับแนวทางในการจำกัดอำนาจตนเองของฝ่ายตุลาการในประเทศไทย พบว่ายังขาดความชัดเจนในการวางหลักทฤษฎีดังกล่าว ผู้วิจัยจึงเสนอแนะว่า

ต้องมื่อองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า การกระทำใดบ้าง ที่ถือว่าเป็น การกระทำทางรัฐบาล โดยองค์กรที่มีความเหมาะสมในการพิจารณาดังกล่าว เห็นสมควรเป็นหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ เพราะเกี่ยวกับการใช้อำนาจของ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพัน ทุกองค์กรตามรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นบรรทัดฐานต่อไป

Summary

This research is aimed to study “the Act of government” doctrine, especially from the experiences of the European countries, the United Kingdom and the United States of America, for the purpose to find the proper knowledge to improve the Constitution Court procedure.

In This research, the research team has conducted the comparative study on “the Act of government” doctrine in Thailand and compares it with “the Act of government” doctrine in France and Germany; which use the civil law system, along with the study of “the Political question” doctrine and “the Act of State” doctrine in United States of America and United Kingdom; which use the common law system.

The study has showed that the concept of “the Act of government” is basically a notion to limit the judiciary power in reviewing political issues such as the issue related to the relationship between the executive and the legislative or the issue related to the international relation. The purpose of this self-imposed doctrine by the judiciary is to maintain the principle of separation of powers which is the core of the democracy system.

As for the Thailand, the definition of “the Act of government” is still ambiguous. As a result, the judiciary is facing the problem in the implementation of the doctrine. Thus, the research team would like to propose to establish the institution to determine

which action is the Act of government. Nonetheless, the most appropriate institution should be the Constitutional Court itself, since the issue concerning the constitutional institution is already under the jurisdiction of the Court and the ruling of the Constitutional Court is also serving as precedents which all of the constitutional institutions should abide.

บทสรุปผู้บริหาร

ความสำคัญของงานวิจัย

ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐบาล หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การใช้อำนาจของรัฐบาลที่เรียกว่า “การกระทำของรัฐบาล” นั้น จะไม่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรศาลแต่การกระทำดังกล่าวตกอยู่ในความควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภา อาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ใช้ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” มาใช้เป็นเหตุผลในการไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2549 โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารจึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้ มีศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ซึ่งแต่ละศาลต่างก็มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลที่แตกต่างกัน และเนื่องจากทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” มิใช่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ศาลได้นำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีในการจำกัดอำนาจของตนเอง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาวินิจฉัยจากประสบการณ์ของต่างประเทศ เพื่อแสวงหาองค์ความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในต่างประเทศ

● สาธารณรัฐฝรั่งเศส

แนวความคิดเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส นั้น หมายถึง การกระทำของรัฐที่องค์กรตุลาการปฏิเสธที่จะเข้าไปทำการควบคุม ตรวจสอบ ทั้งนี้แสดงถึงว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยสามารถแบ่งประเภทของการกระทำทางรัฐบาลออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาโดยคำว่า “รัฐบาล” ในที่นี้ หมายถึง ประธานาธิบดี ในฐานะประมุขของรัฐด้วยการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา อาจแบ่งได้เป็นกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

(1) การเข้าร่วมใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร เช่น การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมายให้แก่รัฐสภาพิจารณาการถอนร่างกฎหมาย เป็นต้น

(2) การตัดสินใจของรัฐบาลโดยก่อให้เกิดการตัดสินใจของรัฐสภา เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา หรือการที่รัฐบาลตรารัฐกฤษฎีกาเรียกประชุม

องค์การดูแลการเลือกตั้งของรัฐสภา เป็นต้น

(3) การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่รัฐบาลออกเกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง เป็นต้น

(4) การดำเนินการของประธานาธิบดีบางอย่าง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับ การดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของ ฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16¹ ของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 หรือ การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อจะนำร่างกฎหมายฉบับใด ฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ เป็นต้น

2. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การดำเนินการ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ถือเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบโดยตรงของ รัฐบาล ดังนั้นหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลจึงไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ โดย อาจแบ่งได้เป็นกรณีดังต่อไปนี้

(1) การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสใน ต่างประเทศ ตลอดจนการกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลฝรั่งเศสใน ต่างประเทศ

(2) การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก

¹ “มาตรา 16 ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บูรณภาพแห่งดินแดน หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน จนเป็น เหตุให้การดำเนินการตามปกติของสถาบันการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดี แห่งสาธารณรัฐมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นสำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าวโดยจะต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี และประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน

ประธานาธิบดีจะต้องแถลงการณ์ใช้มาตรการฉุกเฉินดังกล่าวให้ประชาชนทราบ

มาตรการดังกล่าวจะต้องดำเนินไปในระยะเวลาจำกัดที่สุดและเป็นไปเฉพาะเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อ ให้การดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐเป็นไปได้ตามปกติ โดยประธานาธิบดีจะต้องปรึกษารัฐมนตรี และ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องการใช้มาตรการดังกล่าว รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เองระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้”

(3) การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินกิจการของรัฐต่างประเทศ

(4) การจัดทำหรือเลิกข้อตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนการดีและการปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว

3. การกระทำเกี่ยวกับสงคราม เว้นแต่ในทางเนื้อหาการกระทำนั้น ไม่ได้มีผลโดยตรงจากการกระทำของสงคราม หรือไม่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางการทหาร

4. การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี ถือเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำผสม (l'acte mixte) ที่กระทำต่อเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล

● สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

สาระสำคัญของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ สามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทหลัก ๆ ด้วยกันคือ

1. การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Government) และของประธานาธิบดีในการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (อำนาจบริหาร) ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ แต่ยังคงต้องรับผิดชอบในทางการเมืองต่อรัฐสภา เช่น กระบวนการถอดถอนประธานาธิบดีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน และการลงคะแนนไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี เป็นต้น

2. การใช้อำนาจของรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

แท้จริงแล้วการใช้อำนาจของรัฐบาลกลางในกิจการต่างประเทศก็เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่คณะผู้วิจัยแยกกิจการต่างประเทศออกมา เพื่อแสดงถึงความใกล้เคียงกันกับแนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และแนวความคิดเรื่องการกระทำของรัฐในประเทศอังกฤษ ในที่นี้รวมตลอดถึงการทำสงครามด้วย

อย่างไรก็ดีได้มีนักกฎหมาย ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของเยอรมนีไว้อย่างน่าสนใจว่า “แนวความคิดดังกล่าวในเยอรมนี ยังขาดความชัดเจน โดยหากพิจารณาในทางทฤษฎีจะพบว่า ไม่มีแนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐปรากฏอยู่ในเยอรมนีเลย” ทั้งยังมีความเห็นที่แตกต่างกันระหว่างผู้พิพากษากับนักทฤษฎีว่าสิ่งที่ดูเหมือนการกระทำของรัฐตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีนี้ ควรจะเรียกว่าอะไรระหว่าง “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) หรือ “การกระทำที่ไม่สามารถพิพากษาคัดสินโดยศาลได้” (Justizfreie Hoheitsakte) แต่ไม่ว่าจะเรียกว่าอะไร ต่างก็ให้ผลเหมือนกันคือศาลสามารถปฏิเสธไม่รับพิจารณา

กล่าวโดยสรุป คณะผู้วิจัยเห็นว่าแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังขาดความชัดเจนจนอาจกล่าวได้ว่ายังมีได้มีการพัฒนาขึ้นเป็นทฤษฎีที่มั่นคงแต่อย่างใดในทางหนึ่งแม้จะพบว่ามีการกล่าวถึงคำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำของรัฐ” บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงการนำเอาแนวความคิดในเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำของรัฐ” จากในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสหรือระบบกฎหมายจารีตประเพณีของอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกา มาอ้างอิงหรือเป็นเหตุผลสนับสนุนในทางทฤษฎีต่อแนวทางในการปฏิบัติของศาลเท่านั้น

● สหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ก็มีแนวความคิดในการจำกัดอำนาจตุลาการที่จะเข้าไปตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง” (Theory of Political Questions) หรือ “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (The political question doctrine) ซึ่งแม้ในรายละเอียดจะมีความแตกต่างกันกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส แต่โดยผลแล้วก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการ

จำกัดอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งศาลสูงเห็นว่าเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องทางการเมือง และควรแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเท่านั้น

1. การกระทำที่ถือว่าเป็นปัญหาทางการเมือง

- (1) การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของสภาองเกรส ในการกำหนดระยะเวลาสำหรับการให้สัตยาบันร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ
- (2) การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญา
- (3) การใช้อำนาจของวุฒิสภาตามกระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment)
- (4) การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ

2. การกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นปัญหาทางการเมือง

- (1) การใช้อำนาจกีดกันบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดมิให้เป็นสมาชิกรัฐสภา เป็นกระบวนการที่มีได้บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา
- (2) การไม่จัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งให้สอดคล้องตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ จนส่งผลกระทบต่อสิทธิทางการเมืองตลอดจนหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้

ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Theory of Political Questions) เป็นทฤษฎีที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้วางหลักขึ้น ทั้งนี้เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการหรือศาลเอง มิให้เข้าไปก้าวล่วงต่อเรื่องที่โดยธรรมชาตินั้นต้องปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเอง โดยการจำกัดอำนาจของศาลเองนี้ก็มาจากความเข้าใจในเรื่องความสามารถอันมีอยู่อย่างจำกัดของศาลที่จะเข้าไปแก้ไขความขัดแย้งได้ทุกกรณีโดยไม่มีข้อจำกัด จึงจำเป็นต้องกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลไว้อย่างเฉพาะเจาะจงและให้มีขอบเขตอยู่เพียงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

● ประเทศอังกฤษ

สำหรับประเทศอังกฤษนั้น ไม่มีหลักของการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) อยู่ในระบบกฎหมายของตน แต่ศาลของประเทศอังกฤษ ได้มีการจำกัดอำนาจของตนในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งทางการเมืองบางเรื่องซึ่งเรียกว่า “การกระทำของรัฐ” (Act of State)

สำหรับการปกครองของประเทศอังกฤษนั้นมีหลักการสำคัญที่ว่า รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้น มีความสำคัญน้อยกว่ารัฐสภา (parliament) และรัฐสภาในที่นี้หมายถึง การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ร่วมกับรัฐสภา ดังนั้นจึงห้ามมิให้พระมหากษัตริย์ทรงขัดแย้งกับรัฐสภา ดังนั้นภายใต้แนวความคิดการจำกัดอำนาจของศาลในการพิจารณาข้อพิพาทบางเรื่องจึงมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. แนวความคิดเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษปัจจุบัน มีแนวความคิดในเรื่องการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) อยู่อย่างมากมาย โดยอาจจำแนกได้ดังนี้

(1) พระราชอำนาจทั่วไป ได้แก่การกระทำโดยพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำหรือยินยอมโดยรัฐบาลเสียก่อน ภายใต้หลักการที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) ซึ่งเป็นหลักที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน

(2) พระราชอำนาจในฐานะพระประมุข ในฐานะประมุขของรัฐ (Head of State) พระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษจะต้องใช้อำนาจในด้านนิติบัญญัติ และด้านบริหาร ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก. อำนาจทางฝ่ายบริหาร เช่น อำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ทั้งในกรณีปกติ หรือในกรณีที่มีเหตุการณ์พิเศษ การแต่งตั้งและปลดรัฐมนตรี การแสดงเจตนาารมณต์ต่างๆ แทนรัฐในทางระหว่างประเทศ

ข. อำนาจทางฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น อำนาจในการแต่งตั้ง

สมาชิกสภาขุนนาง อำนาจในการเรียกประชุมรัฐสภา การลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายเพื่อประกาศใช้ การยุบสภา

(3) พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นที่มาแห่งเกียรติยศและความยุติธรรม ได้แก่พระราชอำนาจในการสถาปนาฐานันดรศักดิ์ เครื่องราชและฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทานอภัยโทษ

2. หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of parliament) เป็นแนวความคิดที่มีพัฒนาการมาจากการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เพื่อก่อให้เกิดการเคารพในสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น ซึ่งหากนับย้อนมานับตั้งแต่ Magna Carta จนถึง Act of Settlement 1701 แล้ว จะเห็นได้ถึงพัฒนาการอย่างต่อเนื่องในการต่อสู้แย่งชิงอำนาจทางกฎหมายระหว่างองค์กษัตริย์ รัฐสภา ฝ่ายหนึ่งกับราชบัลลังก์อีกฝ่ายหนึ่ง โดยในปัจจุบันพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาขึ้นอยู่กับรัฐสภา และทำให้รัฐสภาของอังกฤษเองกลายเป็นองค์กษัตริย์ที่ทรงอิทธิพลสูงสุด ดังที่ไดซี (Dicey) ได้กล่าวไว้ว่า “รัฐสภาซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญอังกฤษ มีสิทธิจะบัญญัติหรือยกเลิกกฎหมายใดๆ ก็ได้และตามกฎหมายอังกฤษแล้วจะไม่มีบุคคลหรือองค์กษัตริย์มีสิทธิทำการลบล้างหรือปฏิเสธการตรากฎหมายของรัฐสภาได้” ดังนั้น คำว่ารัฐสภาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงหมายถึง พระมหากษัตริย์กับรัฐสภา (The King of Queen in parliament)

3. หลักการกระทำของรัฐ หากพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกันกับหลักการกระทำทางรัฐบาล เฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ไปมีปฏิสัมพันธ์ด้วย โดยมีคำพิพากษาคดีสำคัญๆ เช่น คดี *Buron V. Denman* (1848) เกี่ยวกับการที่กองทัพเรืออังกฤษทำลายอาคารของชาวสเปน หรือ คดี *Agbor V. Metropolitan Police Commissioner* (1969) ที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ตำรวจภายใต้การร้องขอจากหน่วยงานของรัฐอันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทย

1. ประเภทของการกระทำทางรัฐบาลของไทย

(1) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะ การใดที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะแล้ว การนั้นก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ ได้แก่ การแก้ไขกฎหมายที่ตราว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา การเลือกและแต่งตั้งองคมนตรีและการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งและให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์ พ้นจากตำแหน่ง และการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

(2) การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี เหตุที่เรียกว่าเป็นตามแบบพิธีนี้ เนื่องจากแม้ว่าจะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ตามแต่ก็หาได้เกิดจากการมีพระราชดำริขึ้นเอง หรือเป็นเรื่องที่พระองค์จะใช้พระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยได้โดยตลอด เพราะจำเป็นต้องมีบุคคลใดเป็นผู้เสนอเรื่องขึ้นเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเสียก่อน และจำต้องมีผู้รับผิดชอบในทางการเมืองแทนพระองค์ด้วย จึงจะเป็นการใช้พระราชอำนาจที่มีผลในทางกฎหมายในข้อนี้โดยส่วนใหญ่แล้วก็คือ คณะรัฐมนตรี ที่จะเป็นผู้เสนอเพราะเป็นผู้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินโดยตรง ได้แก่ การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี และการแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึก และการประกาศสงคราม

(4) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศและการทำหนังสือ

สัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

(5) การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ ได้แก่ การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ และการพระราชทานหรือเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์

(6) การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม ได้แก่ การพระราชทานอภัยโทษ

(7) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา ได้แก่ การยุบสภา การเรียกประชุมและปิดประชุมรัฐสภา การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และการเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคิดของประเทศไทยนั้นยังมีความคลุมเครือค่อนข้างมากเนื่องมาจากการพัฒนาของกฎหมายมหาชนในยุคแรกๆ ที่ไม่มีการวางหลักการใดๆ ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้ ทำให้ประสบปัญหาในการตีความในเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลว่าอะไรบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะหากตีความว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว องค์กรตุลาการย่อมไม่มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบ แต่หากไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลหรือเป็นการกระทำที่แยกออกได้แล้วนั้นอำนาจในการควบคุมตรวจสอบย่อมกลับไปสู่องค์กรตุลาการเพื่อให้องค์กรตุลาการนั้นเป็นองค์กรสุดท้ายในการวินิจฉัยชี้ขาด

ดังนั้น ปัญหาในการชี้ขาดว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาลจึงตกเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันกล่าวคือในอดีตมีศาลเพียงศาลเดียวคือศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่ในการตีความว่าอะไรบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เมื่อมีการตั้งศาลปกครองขึ้นศาลปกครองมีหน้าที่

ในการวางหลักว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นต้น

กรณีปัญหาเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยในปัจจุบันเกิดขึ้นจากคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา เมื่อเปรียบเทียบกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในกรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น (JTEPA) หรือ เอฟทีเอไทย - ญี่ปุ่น ซึ่งผู้ฟ้องคดีต้องการให้มีการระงับการลงนาม อันเป็นการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่เรื่องในทางปกครอง ศาลจึงไม่รับพิจารณา ทำให้เกิดการถกเถียงในทางวิชาการว่าทั้งสองกรณีต่างมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันเหตุใดศาลจึงมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง

2. ข้อเสนอแนะ

การนำ “ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล” มาใช้ในประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยเฉพาะในเรื่องของการตีความว่า การกระทำใดบ้าง ที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และศาลสมควรวางหลักเกณฑ์อย่างไร เพื่อเป็นการจำแนก “การกระทำทางรัฐบาล” ออกจากการกระทำอื่น ๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลต่าง ๆ ที่สามารถทำการพิจารณาพิพากษาได้ ในข้อนี้จึงสมควรมีองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” และดังเช่นกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความหมายและการตีความรัฐธรรมนูญเช่นในกรณีอื่น แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีได้บัญญัติให้องค์กรใดเป็นศูนย์กลางในการตีความรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นจะให้องค์กรตุลาการใดเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นที่ต้องการการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อวางบรรทัดฐาน

แก่องค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญก็มักจะมอบหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ยกตัวอย่างเช่น กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่มีปัญหา ซึ่งต้องอาศัยการตีความรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแล้ว รัฐธรรมนูญก็มีแนวโน้มที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ จึงสามารถวางหลักเกณฑ์ไว้ให้เป็นบรรทัดฐานแก่องค์กรอื่น ๆ ของรัฐว่าสมควรตีความและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับผู้ใช้กฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) ในการตีความรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นในการวินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” อันหมายถึง การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารกับรัฐสภา หรือเป็นความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ ซึ่งจากมาตรา 190 ดังกล่าว ระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นกรณีตามมาตรา 190 วรรคสอง หรือไม่หากต้องด้วยบทบัญญัติตามมาตรา 190 วรรคสอง แล้วก็เป็นเรื่องที่รัฐสภาจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อไปในข้อนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยเพื่อตีความรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 เท่านั้น แต่อำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ยังคงเป็นของรัฐสภาอยู่ อันเป็นความสัมพันธ์ในทางการเมืองที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะเข้าไปก้าวล่วงได้ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นหัวใจสำคัญของระบอบประชาธิปไตย

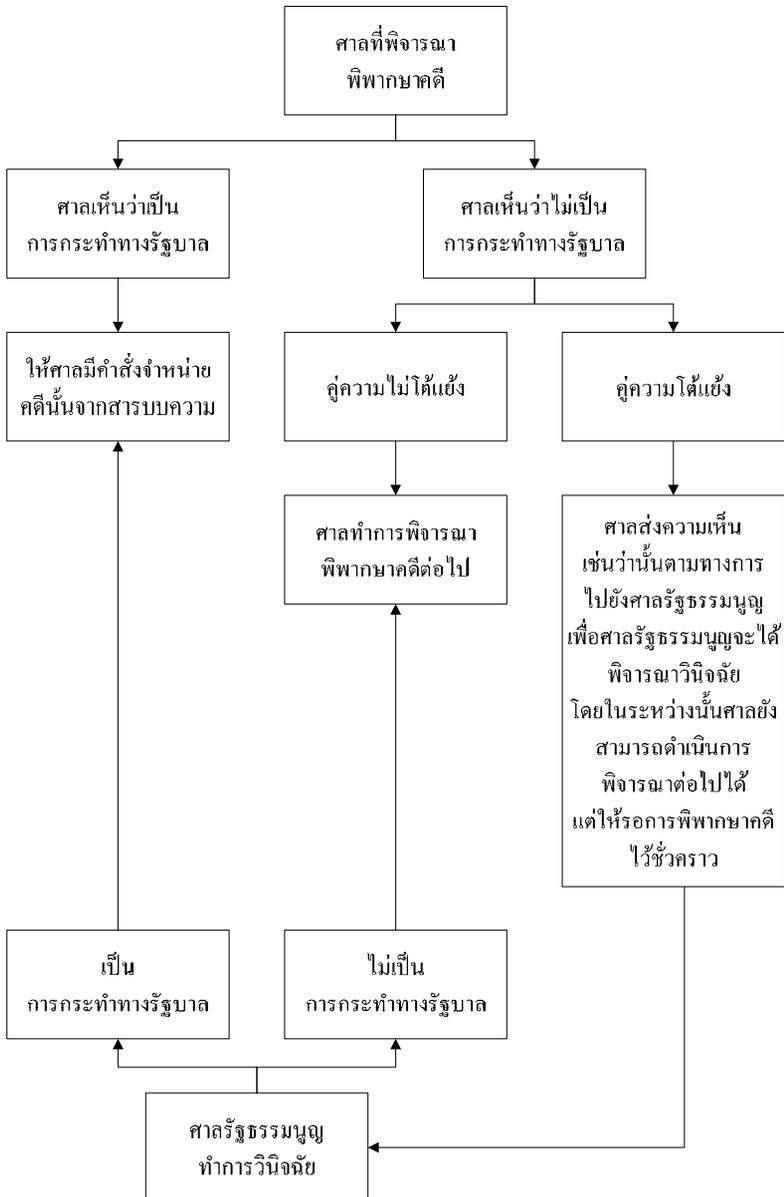
ศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็น “องค์กรตุลาการ” ที่มีความเหมาะสมในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เหนือองค์กรตุลาการอื่น ทั้งในเรื่องของความเชี่ยวชาญในนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นิติวิธีเฉพาะในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ อีกทั้งความเหมาะสม

ในการทำหน้าที่วางหลักเกณฑ์อันเป็นบรรทัดฐานในการตีความและใช้รัฐธรรมนูญ ให้แก่องค์กรอื่น ๆ อันเนื่องมาจากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเองที่มีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ศาลได้ซึ่งทำการพิจารณาพิพากษาคืออยู่นั้น เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ศาลนั้นย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยได้ด้วยตนเอง และควรจำกัดอำนาจตนเองที่จะไม่เข้าไปก้าวล่วงวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวเพราะเป็นการกระทบดุลยภาพทางอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ จะคงไว้ก็แต่กรณีที่ศาลนั้นเห็นว่า ไม่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” และคู่ความแห่งคดีได้โต้แย้งว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เท่านั้น จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องมีองค์กรอื่นมาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือไม่ และสมควรให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดดังเหตุผลข้างต้น

สุดท้ายแม้ผู้วิจัยจะมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ สมควรที่จะใช้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหา “การกระทำทางรัฐบาล” ด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เพราะอำนาจในการชี้ขาดในประเด็นปัญหาดังกล่าว เป็นอำนาจที่จำกัดเฉพาะแต่ “เป็น” หรือ “ไม่เป็น” การกระทำทางรัฐบาลเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญหาได้มีอำนาจเข้าไปวินิจฉัยถึง “ความชอบ” หรือ “ความไม่ชอบ” ด้วยกฎหมายของ “การกระทำทางรัฐบาล” แต่อย่างไรไม่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องตระหนักว่า หน้าที่ในการตรวจสอบเชิงเนื้อหาของ “การกระทำทางรัฐบาล” ไม่ว่าจะ เป็นความเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจ ประโยชน์หรือโทษจากการกระทำดังกล่าวล้วนแต่เป็นหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ อยู่เองที่จะทำการควบคุมตรวจสอบ

แผนภูมิแสดงขั้นตอน การวินิจฉัย “การกระทำทางรัฐบาล”



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	v
Summary	vii
บทสรุปผู้บริหาร	ix
แผนภูมิแสดงขั้นตอน การวินิจฉัย “การกระทำทางรัฐบาล”	xxii
บทที่ 1: ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.1 หลักการและเหตุผล	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	2
1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน	2
1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย	3
1.5 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น	4
1.6 ระยะเวลาดำเนินการ	6
1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2: แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐ และอำนาจรัฐ	7
2.1 พัฒนาการและแนวคิดที่ว่าด้วยรัฐและอำนาจรัฐ	9
2.1.1 พัฒนาการของสังคมมนุษย์	9
2.1.2 ทฤษฎีที่ว่าด้วยก่อกำเนิดรัฐ	13
2.1.2.1 รัฐเกิดจากพันธะสัญญาประชาคม	13
1) โทมัส ฮอบส์	13
2) จอห์น ล็อก	17
3) รุสโซ	18
2.1.2.2 รัฐเกิดจากความขัดแย้ง	20
2.1.2.3 รัฐเกิดจากทฤษฎีการจัดตั้งสถาบัน	24

2.1.3	รัฐกับอำนาจทางการเมือง	26
2.1.3.1	อำนาจทางการเมือง	26
2.1.3.2	อำนาจทางการเมืองและสภาพของรัฐ	30
2.1.3.3	สถานะของอำนาจในรัฐ	34
2.2	แนวคิดด้วยนิติรัฐ	36
2.2.1	นิยามและองค์ประกอบของนิติรัฐ	36
2.2.1.1	นิยาม	36
2.2.1.2	แนวคิดของหลักนิติรัฐ	42
	1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ	42
	2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ	51
	3) หลักแห่งความได้สัดส่วน	55
	4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ขององค์กรรัฐ	58
2.3	แนวคิดด้วยการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร	63
2.3.1	การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร	63
2.3.1.1	การใช้อำนาจที่เกี่ยวกับการวางนโยบาย	63
2.3.1.2	การใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	63
2.3.2	การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายปกครอง	64
2.4	แนวคิดด้วยการควบคุมอำนาจรัฐ	64
2.4.1	แนวคิดด้วยระบบรัฐสภา	64
2.4.2	แนวคิดในการควบคุมอำนาจรัฐ โดยองค์กรตุลาการ	69

บทที่ 3: แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล	71
3.1 นิยาม	79
3.1.1 องค์การ	79
3.1.2 ที่มาของอำนาจ	79
3.1.3 ลักษณะของการกระทำ	79
3.2 การกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศ	80
3.2.1 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล ในประเทศฝรั่งเศส	80
3.2.1.1 ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล	80
3.2.1.2 พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำ ทางรัฐบาล	81
3.2.1.3 หลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำ ทางรัฐบาล	83
1) ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลของรัฐ	83
2) ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ	84
3) ทฤษฎีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง	84
3.2.1.4 ประเภทของการกระทำทางรัฐบาล และแนวคำวินิจฉัยของศาล	84
1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างรัฐบาลกับสภา (ความสัมพันธ์ของอำนาจมหาชน ในทางรัฐธรรมนูญ)	84

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ	89
3) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม	91
4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี	92
3.2.1.5 การกระทำทางรัฐบาลกับแนวคิด ของนักทฤษฎีกฎหมาย	93
1) แนวความคิดที่ปฏิเสธหลักการ กระทำทางรัฐบาล	93
2) แนวความคิดที่มีการยอมรับหลักการ กระทำทางรัฐบาล	97
3.2.2 การกระทำทางรัฐบาลของ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	108
3.2.3 ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง ของสหรัฐอเมริกา	119
3.2.3.1 แนวคิดที่ว่าด้วยทฤษฎีปัญหา ในทางการเมือง	119
3.2.3.2 การกระทำที่ถือว่าเป็นปัญหา ในทางการเมือง	120
3.2.3.3 การกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นปัญหา ในทางการเมือง	130
3.2.4 การกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ	137
3.2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำ ทางรัฐบาล	138

1) พระราชอำนาจของ พระมหากษัตริย์	138
2) หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา	151
3) หลักการกระทำของรัฐ	153
บทที่ 4: การกระทำทางรัฐบาลของไทย	160
4.1 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของไทย	161
4.2 พัฒนาการและประเภทของการกระทำ ทางรัฐบาลของไทย	162
4.2.1 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจ ของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ	162
4.2.1.1 การแก้ไขกฎหมายเทียบบาล ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์	163
4.2.1.2 การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ ของรัฐสภา	165
4.2.1.3 การเลือกและแต่งตั้งองคมนตรีและ การให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง	172
4.2.1.4 การแต่งตั้งและให้ข้าราชการ ในพระองค์และสมุหราชองครักษ์ พ้นจากตำแหน่ง	172
4.2.1.5 การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการ แทนพระองค์	180

4.2.2 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจ ของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี.....	181
4.2.2.1 การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติ ของสภาผู้แทนราษฎร.....	182
4.2.2.2 การแต่งตั้งรัฐมนตรีและ การให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่ง ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี.....	183
4.2.2.3 การแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหาร และฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่ง ตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี.....	184
4.2.3 การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ.....	185
4.2.3.1 การประกาศใช้และ ยกเลิกกฎอัยการศึก.....	185
4.2.3.2 การประกาศสงคราม.....	186
4.2.4 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ.....	187
4.2.4.1 การแต่งตั้งทูตของประเทศไทย และการรับทูตของต่างประเทศ.....	187
4.2.4.2 การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับ นานาประเทศ หรือกับองค์การ ระหว่างประเทศ.....	187

4.2.5	การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ	188
4.2.5.1	การสถาปนาและถอดถอน ฐานันดรศักดิ์	188
4.2.5.2	การพระราชทานและเรียกคืน เครื่องราชอิสริยาภรณ์	190
4.2.6	การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม	191
4.2.6.1	การพระราชทานอภัยโทษ	191
4.2.7	การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา	194
4.2.7.1	การยุบสภา	194
4.2.7.2	การเรียกประชุมและปิดประชุมรัฐสภา	194
4.2.7.3	การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ ดั่งเช่นพระราชบัญญัติ	195
4.2.7.4	การตราพระราชกฤษฎีกา โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย	196
4.2.7.5	การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา	197
4.2.7.6	การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา	198
4.3	แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล	199
4.3.1	แนวคำวินิจฉัยที่พิจารณาว่า การยุบสภา ไม่อยู่ในการพิจารณาขององค์กรตุลาการ	199
4.3.2	แนวคำวินิจฉัยที่พิจารณาว่า การกระทำเกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่อยู่ใน การพิจารณาขององค์กรตุลาการ	201
4.4	องค์กรผู้มีส่วนหน้าในการตีความการกระทำทางรัฐบาล	202

บทที่ 5: การควบคุมการกระทำทางรัฐบาล	210
5.1 แนวคิดในการควบคุมการกระทำทางรัฐบาล	210
5.1.1 ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ	210
5.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง	211
5.2 วิธีในการควบคุมการกระทำทางรัฐบาลประเภทต่าง ๆ	212
5.2.1 การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลที่ได้ กระทำลงในฐานะฝ่ายบริหารส่วนประจำ	212
5.2.2 การควบคุมการกระทำทางรัฐบาล ของฝ่ายบริหารส่วนการเมือง	223
5.2.2.1 การควบคุมก่อนการใช้อำนาจ	223
5.2.2.2 การควบคุมหลังการใช้อำนาจ	227
บทที่ 6: บทสรุปและข้อเสนอแนะ	232
6.1 บทสรุป	232
6.2 ข้อเสนอแนะ	240
บรรณานุกรม	245

บทที่ 1

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

1.1 หลักการและเหตุผล

ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” เป็นแนวคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า การใช้อำนาจของรัฐบาลที่เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น จะไม่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรศาลแต่การกระทำดังกล่าวตกอยู่ในความควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ใช้ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” มาใช้เป็นเหตุผลในการไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2549 โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับ ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็น ฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้

การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร ซึ่งแต่ละศาลต่างก็มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลที่แตกต่างกัน และเนื่องจากทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” มิใช่เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ศาลได้นำมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีในการจำกัดอำนาจของตนเอง ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาวิจัยจากประสบการณ์ของต่างประเทศ เพื่อแสวงหาองค์ความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญ

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ศาลไทยใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ศาลใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีระหว่างกรณีประเทศไทยกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

1.2.3 เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ทำหน้าที่เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ ซึ่งได้วินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล”

1.3 ขอบเขตการดำเนินงาน

1.3.1 ศึกษาทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” และศึกษาวิเคราะห์หลักการดังกล่าว ที่ศาลไทยใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี

1.3.2 ศึกษาเปรียบเทียบทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ศาลใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีระหว่างกรณีประเทศไทยกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในส่วนของต่างประเทศ

1.3.3 ศึกษาปัญหาหรือข้อจำกัดของการนำทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” มาใช้ในการพิจารณาคดีของศาล

1.3.4 ศึกษาเปรียบเทียบการนำทฤษฎี “การกระทำทางรัฐบาล” มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลไทย

1.3.5 จัดให้มีการประชุม/สัมมนาเพื่อรับฟังความคิดเห็นและให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับผลการศึกษา เพื่อนำข้อเสนอแนะที่ได้รับจากการประชุม/สัมมนา มาปรับปรุงผลการศึกษาให้ถูกต้องสมบูรณ์ โดยเชิญผู้ทรงคุณวุฒิทางนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์หรือรัฐประศาสนศาสตร์ รวมถึงหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นต้น เข้าร่วมการประชุม/สัมมนาดังกล่าวด้วย

1.4 วิธีการดำเนินการวิจัย

การดำเนินการวิจัย ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (document research) เป็นวิธีการหลักในการดำเนินการวิจัย โดยผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยจากทั้งเอกสารปฐมภูมิ (primary document) หลายฉบับ เช่น เอกสารทางกฎหมาย ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (BVerfGG) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งฉบับปัจจุบันและฉบับก่อน ๆ บทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ เป็นต้น คำพิพากษาศาลฎีกา และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ นอกจากเอกสารปฐมภูมิแล้ว ผู้วิจัยยังได้ทำการศึกษาจากเอกสารทุติยภูมิ (secondary document) ด้วย เช่น บทความและตำราทางวิชาการ รายงานการวิจัย นอกจากนี้ยังได้ทำการศึกษาวิจัยโดยอาศัยการสังเกตติดตาม (observation) การดำเนินงานของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยผ่านการศึกษาคำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยในส่วนตนของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย

1.5 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้องเบื้องต้น

ภาษาไทย

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีระวิชาการพิมพ์, 2540.

เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. รัฐธรรมนูญนานาชาติ. กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์, 2517.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1: วิวัฒนาการทางปรัชญาและ ลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.

บวรศักดิ์ อูวรรณโณ. ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.

ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: แสงสุทธิ การพิมพ์, 2530.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ศาลปกครองกับการแบ่งแยกอำนาจ. วารสารนิติศาสตร์ 24 (2537): 583 — 620.

สมบัติ จันทรวงศ์. การแบ่งแยกอำนาจ: จากมองเดสกีเออถึงพูเบเลียส. ใน วริยา ศ. ชินวโรณ และ ชัยชนะ อิงคะวัต บรรณาธิการ, รัฐธรรมนูญ สหรัฐ...ทัศนะจากเมืองไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2533.

- สุโขทัยธรรมาราช, มหาวิทยาลัย. เอกสารการสอนชุดกฎหมายมหาชน เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: สหมิตร, 2526.
- สุรพล นิติไกรพจน์. ระบบควบคุมตรวจสอบรัฐบาลทางการเมืองที่เหมาะสม. กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538.
- สาโรช โชติพันธ์. การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา. วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- สุวีร์ ตรียุทธนากุล. การกระทำทางรัฐบาล. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538.
- อมร จันทรสมบูรณ์. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2518.

ภาษาต่างประเทศ

- Brown. L. Neville . and Garner. J.F. **French Administrative Law.** London : Butterworth, 1983.
- Chalvidan. Pierre Henri. **Doctrine et acte de gouvernement.** 20 A.J.D.A., 1982.
- Chapus. René. **L' acte de gouvernement.** Recueil Dalloz, 1958.
- Chapus. René. **L' acte de gouvernement monster ou victim.** Recueil Dalloz, 1958.
- Collier, J. G. **Act of State as a Difference Against a British subject.** Cambridge Law Journal 102 (1968)
- Long, M. Weil, p. and Braibant. G. **Les Grands arrest de la jurisprudence administrative.** 8 edition. Paris : Sirrey. 1984.
- Marshall, Geoffrey. **Separation of Power and Political Question. In Constitutional Theory.** pp.109-113. Oxford : Clarendon Press. 1971.

1.6 ระยะเวลาดำเนินการ

300 วัน นับจากลงนามในสัญญาจ้าง ทั้งนี้ ให้รวมเวลาที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใช้ในการตรวจรับรายงานการศึกษาวิจัยในแต่ละขั้นตอน และระยะเวลาที่ที่ปรึกษาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติม รวมเป็นระยะเวลาของผู้เสนอโครงการด้วย

1.7 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.7.1 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญสามารถนำผลการศึกษาวิจัยดังกล่าวเสนอให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญใช้เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่

1.7.2 หน่วยงานของรัฐและเอกชน และสถาบันการศึกษา สามารถนำผลการศึกษาวิจัยไปใช้เป็นประโยชน์หรือใช้เป็นฐานข้อมูลในการศึกษาวิจัยขั้นต่อไป

* * * *

บทที่ 2

แนวคิดที่ว่าด้วยรัฐ และอำนาจรัฐ

ในการศึกษาถึง “การกระทำทางรัฐบาล” และการควบคุมการกระทำทางรัฐบาล ผู้วิจัยได้ทำการตั้งคำถามในเบื้องต้นไว้ดังนี้ รัฐ และรัฐบาลคืออะไร อะไรคือการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาจากนิยามความหมายของคำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ในต่างประเทศ และของประเทศไทยประกอบกัน และการกระทำทางรัฐบาลนี้สามารถถูกตรวจสอบได้หรือไม่ ทั้งนี้ หากสามารถถูกตรวจสอบได้ องค์กรใดจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าว

ในการตอบคำถามในเบื้องต้นที่ว่า รัฐและรัฐบาลคืออะไรนั้น ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาในบทที่ 2 ซึ่งมุ่งศึกษาถึงการกำเนิดรัฐขึ้นมาภายใต้บริบททางสังคมในยุคต่างๆ โดยมีรายละเอียดพอสังเขป ดังนี้

มนุษย์เป็นสัตว์สังคมประเภทหนึ่ง การที่มนุษย์เป็นสัตว์สังคมนั้นย่อมสะท้อนให้เห็นความจริงข้อหนึ่งที่ว่ามนุษย์นั้นอ่อนแอเกินไปที่จะดำรงชีวิตอยู่ได้เพียงลำพัง เมื่อเป็นเช่นนั้นมนุษย์จึงเลือกที่จะอยู่รวมกันและจัดตั้งสังคมของตนขึ้นโดยเฉพาะ การที่มนุษย์มาอยู่รวมกันเป็นสังคมนั้นย่อมจำเป็นที่จะต้องมีการวางกฎระเบียบต่างๆ เพื่อให้สังคมมีความสงบเรียบร้อยหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเพื่อรักษาสังคมไว้นั่นเอง

ในสังคมยุคบุพกาล การใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยเป็นสิทธิเด็ดขาดเฉพาะตัวของผู้ที่สื่อสารกับสิ่งลึกลับเหนือธรรมชาติได้เนื่องจากในสังคมโบราณมนุษย์ยังไม่มีระบบความคิดในเชิงวิทยาศาสตร์จึงเชื่อถือและนับถือ

สิ่งที่เหนือธรรมชาติทั้งปวงการใช้อำนาจในการรักษาสังคมในยุคนี้อาจมีลักษณะที่ไม่เด็ดขาดกล่าวคือสมาชิกอาจเลือกที่จะทำตามหรือไม่ทำตามก็ได้เพราะเป็นแต่เพียงคำแนะนำของตัวกลางที่ติดต่อกับอำนาจลึกลับเท่านั้น

เมื่อสังคมมนุษย์มีความซับซ้อนมากขึ้นประกอบกับความต้องการที่มีอยู่อย่างไม่จำกัดของมนุษย์จึงทำให้สังคมแต่ละสังคมต้องตอบสนองความต้องการต่างๆของสมาชิกที่เพิ่มมากขึ้นตามไปด้วยเมื่อสิ่งลึกลับเหนือธรรมชาติไม่อาจตอบสนองความต้องการทั้งหมดของมนุษย์ได้ มนุษย์จึงได้สถาปนาบุคคลบุคคลหนึ่งขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่รักษากฎระเบียบต่างๆ และคอยตอบสนองความต้องการของตนแทน การใช้อำนาจของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งขึ้นมา นั้นเป็นลักษณะของการใช้อำนาจแบบค่อนข้างเด็ดขาดกล่าวคือ หากเป็นการใช้อำนาจปกครองเพื่อรักษากฎระเบียบหรือความสงบเรียบร้อยในสังคมย่อมสามารถทำได้แต่หากเป็นการใช้อำนาจเพื่อตอบสนองความต้องการของตัวบุคคลหรือกลุ่มบุคคลบางกลุ่มนั้นสมาชิกในสังคมย่อมที่จะทำการขัดขืนต่อการใช้อำนาจปกครองนั้นได้

รัฐสมัยใหม่จึงถือกำเนิดขึ้นในฐานะสถาบันที่เป็นเจ้าของอำนาจในการปกครอง และทำหน้าที่เป็นองค์กรในการจัดระเบียบแห่งอำนาจทั้งหลายในสังคมนวมถึงแบ่งอำนาจต่างๆ เหล่านั้นให้แก่องค์กรต่างๆ ภายในรัฐเพื่อให้องค์กรต่างๆ ทำหน้าที่ขับเคลื่อนสังคมให้ก้าวเดินต่อไปได้โดยต่อเนื่อง การจัดระเบียบแห่งอำนาจของรัฐนี้เองที่เป็นการแบ่งอำนาจกันว่าองค์กรใดควรทำหน้าที่อย่างไรบ้างโดยที่รัฐบาลนั้นถูกสถาปนาขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ และรวมถึงการจัดการด้านความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ การใช้อำนาจในการกำหนดความเป็นไปของรัฐโดยรัฐบาลนี้เองที่มีรากฐานมาจากการใช้อำนาจในการปกครองในอดีต ซึ่งในปัจจุบันรู้จักกันในชื่อการกระทำทางรัฐบาล

2.1 พัฒนาการและแนวคิดว่าด้วยรัฐและอำนาจรัฐ

2.1.1 พัฒนาการของสังคมมนุษย์

เป็นการศึกษาสังคมมนุษย์ในมุมมองของนักสังคมวิทยาและนักประวัติศาสตร์ โดยศึกษาถึงความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจในสังคมที่ก่อให้เกิดระบบการเมืองการปกครองที่แตกต่างกันในแต่ละสังคม

สังคมยุคแรกที่ได้ทำการศึกษาคือสังคมมนุษย์ซึ่งอยู่กับการล่าสัตว์และการเก็บเกี่ยวในสังคมแบบนี้ มนุษย์ยังป่าเถื่อนอยู่มาก อาศัยธรรมชาติไม่รู้จักการทำมาหากินด้วยการเกษตร¹ เป็นสังคมที่มีการเคลื่อนย้ายอยู่เสมอ ลักษณะการปกครองแบบใช้อำนาจเหนือกว่าจึงมีน้อยมาก เพราะทุกคนในสังคมสามารถทำมาหากินได้เท่าๆ กัน ไม่มีการสั่งสมผลผลิต ความจำเป็นในการปล้นสะดมสิ่งที่เหลือใช้ของผู้หนึ่งจึงไม่เกิด การรุกรานจากภายนอกมีน้อย

หลังจากนั้น สังคมมนุษย์เริ่มซับซ้อนขึ้น การทำมาหากินมีการพึ่งพาธรรมชาติ และแรงงานคน สังคมที่เกิดในยุคนี้ คือ สังคมเลี้ยงสัตว์และสังคมเก็บเกี่ยว พัฒนาการของสังคมเลี้ยงสัตว์คือ มีความต้องการสั่งสมสัตว์มากขึ้น² เกิดแนวคิดเรื่องกองทัพ ทาส เพื่อปล้นสะดมจากสังคมอื่น และเพื่อเพิ่มผลผลิตทางเศรษฐกิจให้แก่ สังคมตนเอง สังคมเลี้ยงสัตว์นั้นมีความแข็งแกร่งกว่าสังคมเพาะปลูก พัฒนาการของสังคมเพาะปลูกในยุคนี้มีน้อยกว่าสังคมเลี้ยงสัตว์ เพราะสังคมเพาะปลูกนั้นต้องอยู่ติดที่ ไม่สามารถเคลื่อนย้ายไปเรื่อยๆ เหมือนสังคมเลี้ยงสัตว์ได้ สังคมเพาะปลูกจึงยอมเสียส่วยอากรแก่สังคมเลี้ยงสัตว์เพื่อรักษาดินแดน การผลิตของสังคมเพาะปลูกจึงไม่ใช่เพื่อพอกินอย่างเดียว แต่เพื่อการส่งส่วยด้วย ณ จุดนี้ ระบบการปกครอง

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐและการจัดโครงสร้างองค์กรในรัฐ, เอกสารประกอบการบรรยาย ชั้นปริญญาโท วิชาหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน, (อัคราเนา), คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 2.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

จึงเกิดขึ้น³ ระหว่างสังคมเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าสังคมเพาะปลูก มีการดูดซับส่วนเกินทางผลผลิตของสังคมเพาะปลูกเป็นของตน และมีหน้าที่ป้องกันและคุ้มครองสังคมเพาะปลูก จึงเรียกสังคมเลี้ยงสัตว์ว่า “ผู้ปกครอง” ส่วนสังคมเพาะปลูกนั้นต้องการทำการส่งส่วยอากร (ซึ่งเป็นต้นกำเนิดเรื่องภาษีในปัจจุบัน) ให้แก่สังคมเลี้ยงสัตว์ เพื่อแลกกับความสงบสุขในสังคมและการได้รับการคุ้มครองจึงเรียกสังคมเพาะปลูกว่า “ผู้อยู่ใต้ปกครอง” ในยุคนี้มีการจัดระเบียบสังคม เกิดเป็นจารีตประเพณี และพัฒนาเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่ให้เอกสิทธิ์และอำนาจแก่ผู้ปกครอง⁴

สรุปพัฒนาการของสังคมมนุษย์ในยุคแรก ๆ นี้ คือในช่วงที่สังคมมนุษย์มีความป่าเถื่อนมากนั้น ยังไม่มีระบบการปกครองเกิดขึ้นในสังคมมนุษย์ เพราะทุกคนในสังคมสามารถทำมาหากินได้เท่า ๆ กัน ไม่เกิดช่องว่างระหว่างสังคม ทำให้การใช้อำนาจการปกครองในลักษณะมีอำนาจเหนือกว่าเกิดขึ้นน้อยมาก ต่อมาพัฒนาการของสังคมมนุษย์ซับซ้อนมากขึ้นเรื่อย ๆ เกิดช่องว่างระหว่างสังคมโดยสังเกตได้จากสังคมเลี้ยงสัตว์มีความแข็งแกร่งกว่าทำให้สังคมเพาะปลูกต้องยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของสังคมเลี้ยงสัตว์ เพื่อแลกกับความมั่นคงและความปลอดภัย สังคมเลี้ยงสัตว์จะเข้ามาดูแลสังคมเพาะปลูกไม่ให้ผู้ใดมารุกราน และสังคมเลี้ยงสัตว์ ยังได้ประโยชน์จากการเก็บผลผลิตของสังคมเพาะปลูกมาเป็นของตน มีการเก็บส่วยลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า เกิดระบบการปกครองขึ้นแล้วในสังคมมนุษย์ โดยมีสังคมเลี้ยงสัตว์เป็นผู้ปกครอง เนื่องจากมีอำนาจการปกครองเหนือกว่าสังคมเพาะปลูก

พัฒนาการสังคมมนุษย์ยุคต่อมาคือ สังคมศักดินาก่อกำเนิดรัฐดินแดน เป็นยุคที่มีการแบ่งดินแดนให้ปกครองโดยมีผู้ปกครองเป็นนักรบกลุ่ม ๆ กล่าวได้ว่า สังคมศักดินาโดยแท้ได้กำเนิดขึ้นในช่วงยุคกลาง (Middle

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

Age) ในยุคนี้ ความแตกต่างทางชนชั้นผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้ปกครอง มีมากขึ้น ทำให้การปกครองในยุคนี้มีความซับซ้อนมากกว่ายุคที่แล้ว ผู้ปกครอง ต้องแสวงหาความชอบธรรมต่างๆ มาประกอบการปกครอง ในสังคมแบบนี้ เกิด “เมือง” ขึ้น⁶ เกิดความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นชุมชน เกิดการพึ่งพากัน ตัวอย่างเช่น นครรัฐกรีก อังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 15 สังเกตได้ว่าในสังคม ยุคนี้เกิดชุมชนแบบ “เมือง” ขึ้นเท่านั้น คำว่าเมืองในที่นี้มีความหมายเป็นเพียง นครรัฐ (city state) เท่านั้น ซึ่งการปกครองแบบนครรัฐ อย่างที่เห็นจาก นครรัฐกรีกนั้น ถือว่ามีลักษณะใกล้เคียงกับ รัฐสมัยใหม่มาก เหตุผลที่สนับสนุน คำกล่าวนี้คือ นครรัฐนั้นมีพลเมืองซึ่งไม่มากไม่น้อยจนเกินไปอยู่ในเขตดินแดน การปกครองที่แน่นอน และมีโครงสร้างทางการเมืองที่แน่นอน คือ มีผู้ปกครอง เป็นผู้มีอำนาจในการปกครองสังคมนั้น ๆ แต่ในยุคนี้ก็ยังไม่เกิดรัฐในความหมาย ของรัฐสมัยใหม่เกิดขึ้น เพราะอำนาจการปกครองยังคงยึดติดกับตัวบุคคล (ผู้ปกครอง) ไม่มีการแยกอำนาจการปกครองไปให้แก่สถาบันซึ่งเป็นนามธรรม แต่อย่างใด

การพึ่งพากันก่อให้เกิดการเพิ่มขึ้นของอำนาจการเมืองทั้งภายใน และภายนอกดินแดน เกิดสงครามระหว่างผู้ปกครองเพื่อแยกอำนาจและ ขยายอำนาจของคน เมื่ออำนาจของผู้ปกครองเพิ่มขึ้น อำนาจของครอบครัวก็ ลดลง อำนาจของเผ่าก็หมดไป⁷ ระบบการปกครองที่เกิดขึ้นเป็นแบบรวมศูนย์ อำนาจอยู่ที่ผู้ปกครองคนเดียว ไม่ใช่กลุ่มอีกต่อไป เห็นได้ว่าการปกครองในช่วงนี้ มีพัฒนาการที่อำนาจการปกครองทั้งหมดได้เปลี่ยนแปลงมาอยู่ที่ผู้มีอำนาจ เพียงคนเดียวเท่านั้น แต่ยังไม่เกิดรัฐ ตามความหมายของรัฐสมัยใหม่ แต่อย่างใด เพราะอำนาจการปกครองยังคงยึดติดอยู่กับบุคคลอยู่ เพียงแต่ เปลี่ยนจากการยึดติดที่กลุ่มบุคคล กลายเป็นการยึดติดกับบุคคลเพียงคนเดียว

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

สิ่งสำคัญที่เกิดขึ้นในยุคนี้ นอกจากระบอบการปกครองแล้ว ยังเกิดกฎหมายลายลักษณ์อักษร ด้วย เพราะความซับซ้อนทางเศรษฐกิจ และสังคมมีมากขึ้น จนกฎหมายจารีตประเพณีไม่สามารถบังคับใช้ได้เพียงพออธิบายได้ในยุคนี้ ให้ความสำคัญกับกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาก และ ความสำคัญของกฎหมายจารีตประเพณีได้ถูกลดความสำคัญลง ทั้งที่จริงแล้วในอดีตกฎหมายจารีตประเพณีมีความสำคัญ เพราะถือเป็นกฎเกณฑ์ที่คนในสังคมได้สร้างเป็นแนวทางปฏิบัติต่อกันมา หากผู้ใดละเมิดกฎเกณฑ์นี้ ก็จะต้องถูกสังคมลงโทษ เนื่องจากกฎเกณฑ์นี้มีสภาพบังคับ หลักกฎหมายจารีตประเพณีนี้ได้ถูกนำมาใช้บังคับในเผ่าต่างๆ ตามหลักสายโลหิตและพัฒนาเปลี่ยนไปใช้เป็นหลักดินแดนในภายหลัง เหตุผลที่สนับสนุนให้กฎหมายจารีตประเพณีถูกลดความสำคัญลง และมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาแทนที่ ก็คือ ระบบการรวมศูนย์อำนาจการปกครอง โดยเฉพาะการปกครองแบบกษัตริย์สัญลักษณ์ที่แสดงว่ากษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจในการปกครองแต่เพียงผู้เดียว คือ การตรากฎหมาย โดยตราเป็นลายลักษณ์อักษรมากขึ้นเรื่อยๆ เพื่อนำมาใช้แทนกฎหมายจารีตประเพณี เมื่อมีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรมากขึ้น ทำให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีสถานะที่สำคัญมากกว่ากฎหมายอื่น ๆ ซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายจารีตประเพณีด้วย

หลังจากนั้น สังคมชายฝั่ง หรือ เมืองท่า ก็ได้รับการพัฒนา มากขึ้น เพราะมีความสงบ มีเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ ไม่ต้องทำสงคราม เหมือนกับสังคมศักดินาที่อยู่ติดที่ดิน การจัดระเบียบสังคมของเมืองท่า มีลักษณะค่อนข้าง “ประชาธิปไตย” โดยอาศัยความเท่าเทียมกันของพ่อค้า มีการใช้กฎหมายที่เกิดจากการตกลงร่วมกันของพ่อค้า ผลที่ตามมาคือ ผู้ปกครองเจ้าเมืองท่าต้องยอมรับอิสระในการปกครองเมืองท่าโดยพ่อค้าเอง เมืองท่ากลายเป็นเมืองที่มีอิสระชน ซึ่งมีบทบาทสำคัญต่อสังคมยุคต่อมา

ยุคต่อมาคือ สังคมรัฐธรรมนูญ ผู้อยู่ใต้ปกครองเริ่มส่งสม ความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ผู้อยู่ใต้ปกครองเปลี่ยนสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิ เกิดระบบ เศรษฐกิจแบบทุนนิยม มีการจัดระเบียบสังคมที่ซับซ้อน เกิดรัฐสมัยใหม่ขึ้น

เกิดแนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ มีการแยกอำนาจออกจากตัวบุคคลไปให้แก่สถาบันรัฐ ซึ่งจะกล่าวต่อไปภายหลัง กล่าวคือ มีระบบการปกครองโดยคนข้างมากและมีการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคล⁸ ซึ่งเราเรียกระบบการปกครองแบบนี้ว่าระบบประชาธิปไตย

สรุป พัฒนาการของสังคมมนุษย์ในมุมมองของนักสังคมวิทยาและนักประวัติศาสตร์แบ่งการมองความหมายของรัฐออกเป็น 2 กรณี

(1) มองว่า รัฐและการปกครอง ตลอดจนกฎหมายเป็นเครื่องมือทางชนชั้นที่เลวร้าย⁹ มีขึ้นเพื่อให้ชนชั้นปกครองเอาเปรียบและแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากชนชั้นผู้อยู่ใต้ปกครอง สะท้อนจากแนวคิดของคาร์ล มาร์กซ

(2) มองว่ารัฐและการปกครองเป็นสิ่งที่ดี มีเพื่อจัดระเบียบสังคมประสานประโยชน์บุคคล ให้หลักประกันเสรีภาพแก่บุคคล ซึ่งสะท้อนจากแนวคิดของเฮเกล

2.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยก่อกำเนิดรัฐ

2.1.2.1 รัฐเกิดจากพันธะสัญญาประชาคม

1) โทมัส ฮอบส์

ตามแนวความคิดของฮอบส์นั้นมองว่าสถานะตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นเปรียบเสมือนเป็นหมาป่าที่จะต้องดิ้นรนเพื่อความอยู่รอดของตนเองโดยธรรมชาติของตัวมันเองเปรียบดังมนุษย์ต่างก็มีธรรมชาติของการอยู่รอดด้วยตนเองดังเช่นหมาป่าที่ออกล่าเหยื่อ ดังนั้นโดยสัญชาตญาณของมนุษย์ย่อมมีความเห็นแก่ตัวเป็นที่ตั้ง มีความเลวร้ายซ้าและโหดร้ายต่างก็ไม่มีควมไว้วางใจซึ่งกันและกันและต่างก็ต้องระวังว่าตนเองจะถูกทำร้ายจากอีกฝ่ายหนึ่ง ทุกคนต่างปกป้องและรักษาชีวิตของตนเองเพื่อให้มีชีวิต

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ดำรงอยู่ต่อไปได้ในสังคมนั้น ต่างก็กำหนดกฎเกณฑ์ของตนเอง ต่างก็เป็นผู้ที่
ทำหน้าที่ตัดสินข้อขัดแย้งของตนเองกับผู้อื่น ดังที่ฮอบส์ได้กล่าวไว้ว่า “สิ่งที่
คนเราต้องการยอมถือว่าเป็นดี ส่วนสิ่งที่คนเราเกลียดถือว่าเป็นเลว ซึ่งในสภาวะธรรมชาติ
แล้ว จะขึ้นอยู่กับแต่ละบุคคลจะตัดสินใจเอาเอง จะไม่มีสิ่งใดดีหรือเลวหรือวิสุทธิ
และไม่มีกฎที่จะใช้ร่วมกันได้”¹⁰ ดังนั้น การที่จำต้องอยู่ในภาวะดังกล่าวนี้
จึงทำให้ทุกคนเปรียบเสมือนตกอยู่ในภาวะที่ต้องทำสงครามต่อกัน ภาวะดังกล่าว
ถือว่าเป็นภาวะตามธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้น ทุกคนจึงมีสิทธิตามธรรมชาติ
ที่จะรักษาตัวเองให้รอดด้วยการคุกคาม การทำร้ายการประหัตประหารผู้อื่น
ที่มาล่วงละเมิดสิทธิของตน

แนวความคิดของฮอบส์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึง
มุมมองว่ามนุษย์นั้นโดยธรรมชาติแล้วต่างมีความเห็นแก่ตัวเป็นที่ตั้ง ต่างทำ
ตามคัมภีร์ของตนเองเพื่อก่อให้เกิดความมั่นคงและความปลอดภัยในชีวิต
การที่ทุกคนสามารถระทำการดังกล่าวได้ก็เพราะว่าทุกคนมีสิทธิตาม
ธรรมชาติอย่างเท่าเทียมกันดังที่ฮอบส์ได้กล่าวว่า “คนเราตามธรรมชาติมี
ความเท่าเทียมกัน ธรรมชาติได้สร้างให้คนเรามีความเท่าเทียมกันทั้งในทาง
กายและในทางใจ ถึงแม้ว่าโดยภายนอกแล้ว บางคนอาจจะมีร่างกายแข็งแรง
หรือบางคนฉลาดกว่าผู้อื่น แต่โดยรวมคนเราจะไม่แตกต่างกันนัก จนไม่อาจถือ
เอาประโยชน์ใดตนโดยที่ผู้อื่นจะไม่ทำสิ่งนั้นบ้าง จะเห็นได้ว่าคนอ่อนแอก็อาจ
สังหารคนที่แข็งแรงที่สุดได้ด้วยการใช้เล่ห์กลหรือสมคบกับผู้อื่นส่วนความฉลาด
ย่อมเกิดจากประสบการณ์ซึ่งถ้าใช้เวลาพอ ๆ กัน คนทั้งหลายย่อมจะมีสิ่งนั้น
ได้เท่า ๆ กัน เราอาจยอมรับว่ามีหลายคนที่มีไหวพริบหรือรู้มากกว่าแต่ก็จะคิดว่า

¹⁰ ทินพันธ์ นาคะตะ, นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก ปรัชญาและทฤษฎีการเมือง, (กรุงเทพฯ:
โครงการเอกสารและตำรา สมาคมรัฐประศาสนศาสตร์ นิต้า, 2541), หน้า 58. ถอดความจาก
Thomas Hobbes, *Leviathan: Or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth
Ecclesiasticall and Civil*, edited by Michael Oakeshot with an introduction by Richard
S.Peters, (New York: Collier Books, 1967), pp.48-49.

มีอยู่ไม่กี่คนที่ฉลาดเท่ากับตัวเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ทุกคนพอใจใน ส่วนแบ่งที่มีอยู่ก็ยอมแสดงให้เห็นถึงความเท่าเทียมกันดังกล่าวของมนุษย์ นั้นเอง”¹¹

อย่างไรก็ตาม ฮอบส์เห็นว่า ความเท่าเทียมกัน ดังกล่าวนี้นำพามาซึ่งความยุ่งยากก่อให้เกิดความขัดแย้งซึ่งกันและกันโดย ทุกคนต่างคิดว่ามีความเท่าเทียมกัน ดังนั้น เมื่อต้องการสิ่งใดมาเป็นของตนเองต่างก็ต้องต่อสู้เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งนั้นโดยต่างหวังอย่างเท่าเทียมกันว่า ต่างจะได้มานั่นเอง ในการแก่งแย่งดังกล่าวย่อมต้องมีผู้พิชิตและผู้สมหวัง ประปนกันไป ทุกคนต่างกลัวการพิชิตหวัง ดังนั้นต่างก็พยายามหาทุกวิถีทางที่จะทำให้ตนเองสมหวังด้วยการเอาชนะกันและกันให้ได้ สภาวะดังกล่าวก่อให้เกิด ข้อพิพาทกันขึ้นและความมั่นคง ความปลอดภัยในชีวิตของทุกคนต่างตกอยู่ในสภาวะอันตราย สภาวะอันตรายดังกล่าวนี้เองที่มนุษย์ไม่มีสังคม เป็น สภาวะตามธรรมชาติที่ไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์ใดๆ มาควบคุม¹² เป็นการแปรสภาวะตามธรรมชาติมาเป็นสภาวะทางสังคม และเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยง สภาวะดังกล่าวนี้เอง มนุษย์ทุกคนต่างตระหนักและต้องการจัดสภาวะดังกล่าว ให้หายไปและให้เกิดสันติภาพเกิดขึ้น ทุกๆ คนในประชาคมนั้นจึงต้องก่อ พันธสัญญากันเองขึ้นมาให้ยับยั้งซึ่งกันและกันเพื่อให้มีสันติภาพเกิดขึ้น กล่าวคือ ทุกคนต้องสละเสรีภาพส่วนที่เป็นการละเมิดสิทธิของผู้อื่น เสรีภาพ ส่วนที่สละนี้จะมีค่าเท่ากับสิทธิของตนที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด ต่างคนต่าง รักษาสิทธิของตน ทุกคนต่างก็เป็นปัจเจกชนไม่สามารถควบคุมการละเมิดสิทธิ ดังกล่าวได้ ดังนั้นการรักษาสิทธิส่วนนี้ของทุกคนจึงต้องรวมกันเข้าเป็นพลัง อันมหาศาลที่จะใช้รักษาสิทธิของทุกคนโดยผ่านรัฐ ผู้ที่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น จึงถูกลงโทษด้วยพลังดังกล่าวอันเป็นอำนาจของรัฐนั่นเอง

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 59.

¹² ปรีชา ช่างขวัญอิน, ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 125.

ตามความเห็นของฮอบส์แล้ว จะเห็นได้ว่าพันธสัญญาดังกล่าวนี้เป็นพันธสัญญาที่ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นต่างหันหน้าเข้ามาทำสัญญากันเองไม่ใช่เป็นพันธสัญญา ที่ประชาชนแห่งประชาคมนั้นทำกับรัฐ รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้ใช้อำนาจตามพันธสัญญาและเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้รักษาตามพันธสัญญาดังกล่าวเท่านั้นไม่ใช่ในฐานะผู้ร่วมก่อพันธสัญญาดังนั้น รัฐจึงเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดเหนือทุก ๆ คนในประชาคมนั้น และเป็นนิรันดร์ ไม่มีอำนาจใดมาจำกัดได้

เนื่องจากรัฐเป็นนามธรรม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีบุคคลหนึ่งเป็นตัวแทนของรัฐในการใช้อำนาจดังกล่าวซึ่งเรียกว่ารัฐอธิปัตย์มาทำหน้าที่ดังกล่าว ทุก ๆ คนในประชาคมนั้นต้องยอมรับและเชื่อฟังรัฐอธิปัตย์ แนวความคิดดังกล่าวนี้ที่สะท้อนให้เห็นถึงสัญญาสามมิกดิ์ (Pactum Subjectiones)¹³ อันเป็นการส่งเสริมระบอบการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la Monarchie absolue) และภาระหน้าที่ของรัฐอธิปัตย์ตามความเห็นของ ฮอบส์ คือให้ความปลอดภัยแก่ปวงชน¹⁴ เพื่อก่อให้เกิดเสถียรภาพแก่ทุก ๆ คนในประชาคมนั้น

ดังนั้น รัฐจึงเกิดขึ้นจากเจตนาของมนุษย์มิได้เกิดขึ้นตามธรรมชาติเพื่อรักษาสีทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ รัฐจึงมีหน้าที่คุ้มครองและปกป้องสิทธิตามธรรมชาติดังกล่าวโดยตรากฎหมายมาเป็นกลไกในการคุ้มครองและปกป้องสิทธิตามธรรมชาติของคนทุกคนในประชาคม การตรากฎหมายดังกล่าวรัฐอาจนำกฎธรรมชาติมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้เพื่อเป็นการทำให้เนื้อหาของกฎธรรมชาติและเนื้อหาของกฎหมายสอดคล้องกัน

¹³ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539), หน้า 189.

¹⁴ส. ศิวรักษ์, นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2520), หน้า 82.

2) จอห์น ล็อก

ในเรื่องธรรมชาติของมนุษย์แล้ว ความคิดเห็นของ ล็อกแล้วไม่แตกต่างจากฮอบส์เท่าไรๆ กล่าวคือมนุษย์ทุก ๆ คนต่างคนต่างอยู่ ต่างก็มีเสรีภาพตามธรรมชาติ และต่างก็มุ่งแสวงหาความมั่นคงแห่งชีวิตของตนเองแต่ก็มีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างดังนี้

ประการแรก ล็อกจะมองในแง่ที่ดีกว่าฮอบส์ที่ว่า สภาวะธรรมชาติของมนุษย์นั้นไม่ได้เป็นสภาวะต่อสู้แข่งขันรบรากันเพื่อที่จะให้บรรลุถึงความปรารถนาของตนเองแต่เป็นสภาวะที่มีแต่ความเสมอภาค มีสันติภาพ ทุก ๆ คนต่างก็ตระหนักถึงกฎหมายธรรมชาติและเมื่อเกิดการขัดแย้งกันขึ้นระหว่างกันแล้ว ต่างก็บังคับการตามสิทธิที่ตนมีอยู่ตามธรรมชาติและลงโทษผู้กระทำผิดด้วยตนเอง¹⁵

ประการที่สอง ตามความคิดเห็นของล็อกแล้ว มีสองพันธสัญญาที่ประชาชนทำขึ้น (ในขณะที่ฮอบส์มองว่ามีหนึ่งพันธสัญญาเท่านั้น) พันธสัญญาแรกเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกันเองเพื่อหาหนทางแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกันเอง และเพื่อความมั่นคงแห่งชีวิตของแต่ละคน ในกรณีดังกล่าวตรงกับแนวคิดของฮอบส์ ส่วนพันธสัญญาที่สองนั้นเป็นพันธสัญญาที่ประชาชนทำกับรัฐ ในกรณีดังกล่าวเป็นจุดแตกต่างกับฮอบส์ กล่าวคือฮอบส์ไม่ได้มองว่าการที่ประชาชนมอบอำนาจให้รัฐไปนั้นเป็นการที่ประชาชนเข้าทำพันธสัญญากับรัฐแต่เป็นกรณีที่ประชาชนนั้นต้องหาคนกลางมาใช้อำนาจสูงสุดดังกล่าว รัฐเป็นคนกลางที่ถูกสมมุติขึ้นเพื่อใช้อำนาจดังกล่าว โดยมีตัวแทนที่เรียกว่า รัฐอธิปัตย์ ซึ่งเป็นการส่งเสริมระบบสวามิภักดิ์ รัฐจึงมิใช่คู่พันธสัญญาเพราะรัฐมีอำนาจเหนือกว่าทุก ๆ คนในประชาคม ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนล็อกนั้นมองว่ามีพันธสัญญาที่สองก็ด้วยเหตุผลที่ว่า พันธสัญญาแรกจะเกิดมรรคเกิดผลได้ ก็ต่อเมื่อประชาชนในประชาคม

¹⁵ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, หน้า 196.

ต้องยินยอมรับสภาพปกครองและเพื่อให้การยินยอมดังกล่าวไปได้ด้วยดี จึงต้องมีการควบคุมอำนาจของรัฐโดยกฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ รัฐนั้นจะต้องเคารพกฎหมายที่ตราออกมาถ้ารัฐละเมิดกฎหมาย ประชาชนมีสิทธิที่จะลงโทษ (sanction) รัฐได้ ตรงนี้ที่สะท้อนให้เห็นว่า เป็นพันธสัญญาที่สองที่ประชาชนทำกับรัฐฯ นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับประชาชนเลย รัฐเข้ามาเป็นคู่พันธสัญญากับประชาชนนั่นเอง พันธสัญญาดังกล่าว จึงเป็นพันธสัญญาสหภาพ (Pactum Unionis)

ดังนั้นการเกิดรัฐในแนวความคิดของล็อคนั้น หมายความว่า รัฐนั้นเกิดขึ้นมาเพราะเพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ การมีเสรีภาพนั้น ก็คือการพ้นจากการบีบบังคับหรือการทำร้ายโดยคนอื่น กฎหมายจึงเป็นหลักประกันแห่งเสรีภาพ ความเห็นดังกล่าวของล็อคแสดงว่าเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์นั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมาย เพื่อความสงบและมั่นคงในชีวิตของทุกคนถ้าไม่มีการทำสัญญาประชาคมกันแล้ว มนุษย์ก็จะใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจนอาจก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้นในประชาคมนั้นได้ รัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในพันธสัญญากับประชาชนก็เพื่อที่จะมาควบคุมและคุ้มครองเสรีภาพดังกล่าวตามกฎหมายและถ้ารัฐไม่เคารพเสรีภาพของประชาชนก็เท่ากับรัฐละเมิดพันธสัญญาดังกล่าวและประชาชนสามารถยกเลิกเพิกถอนรัฐได้

3) รัฐโซ

ตามแนวความคิดของรัฐโซไม่ได้แตกต่างจากฮอบส์ ในจุดเริ่มต้น กล่าวคือในสภาวะธรรมชาติ ทุก ๆ คนมีเสรีภาพแห่งการดำรงอยู่ทั้งสิ้น ทุกคนเป็นนายของตัวเอง ไม่อยู่ใต้อาณัติของใครถ้าเขาไม่ยินยอม แต่อย่างไรก็ตามในสภาวะดังกล่าวทุกคนต่างก็ไม่มีความปลอดภัย ไม่มีความมั่นคงในชีวิตและในเสรีภาพ ก็หมายความว่าทุกคนไม่มีหลักประกันที่แน่นอน จากจุดนี้ที่รัฐโซเห็นว่าเป็นสถานการณ์ที่บังคับให้ทุก ๆ คน จำต้องมารวมตัวกัน เพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของทุก ๆ คนในประชาคมนั้นโดยการทำสัญญา

ประชาคม ดังที่รุสโซได้เขียนไว้ว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรี แต่ทุกหนทุกแห่ง เขาอยู่ในเครื่องพันธนาการ”¹⁶ เป็นการสะท้อนถึงความคิดของรุสโซเป็นอย่างดีว่า เขายอมรับเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนมิอย่างจำกัด เมื่อไม่มีการจำกัดดังกล่าว ทุกคนก็พยายามใช้เสรีภาพตามธรรมชาติของตนเองอย่างไร้ขอบเขต จนก่อให้เกิดความไม่มั่นคงในชีวิตของแต่ละคน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่ว่าทุกคนในประชาคมนั้นต้องหันหน้าเข้าหากันทำข้อตกลงวางกฎเกณฑ์ของการอยู่ร่วมกันในสังคมนั้นขึ้นมา กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงเป็นกฎเกณฑ์ที่จำกัดการใช้เสรีภาพอย่างไร้ขอบเขตของทุกคน ดังนั้น เสรีภาพที่แท้จริงของรุสโซ้นั้น คือเสรีภาพที่เกิดขึ้นตามกฎเกณฑ์ของประชาคมนั้น ๆ ซึ่งเรียกว่าเสรีภาพในฐานะพลเมือง (civil liberty) สัญญาประชาคมของรุสโซจึงเป็นสัญญาเชิงศีลธรรม (le contrat moral) ซึ่งเป็นสัญญาที่ก่อกำเนิดมาจากทุก ๆ คนในประชาคมนั้น แต่ละคนมีข้อผูกพันสองประการด้วยกัน คือ ประการแรกเป็นข้อผูกพันกับตนเอง และประการที่สองเป็นข้อผูกพันกับรัฐ

รุสโซมองว่าการที่เกิดข้อผูกพันกับรัฐนั้นเป็นจุดก่อกำเนิดหรือการสร้างรัฐให้เกิดขึ้นมาเพราะทุกคนต่างเข้าทำสัญญาประชาคมกันนั้น ไม่ใช่การที่ทุกคนมอบเสรีภาพของตนเองให้แก่ผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะแต่เป็นการมอบให้รัฐรุสโซกล่าวว่า “เราแต่ละคนมอบร่างกายและพลังทั้งหมดที่ตนมีเข้าอยู่ภายใต้คำบัญชาสูงสุดของเจตนารมณ์ส่วนรวม และในอำนาจร่วมกันของเรา เราขอรับสมาชิกแต่ละคนในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งซึ่งจะแบ่งแยกมิได้ของสังคม”¹⁷ ดังนั้น รัฐจึงเป็นการรวมตัวกันของทุก ๆ คนในประชาคมนั้น เจตนารมณ์ร่วมกันของทุกคนก็คือ อำนาจอธิปไตยที่เป็นของทุก ๆ คน ตามทัศนะของรุสโซอำนาจอธิปไตยไม่สามารถจะจำหน่ายจ่ายโอนไปให้ผู้ใดได้และไม่สามารถแบ่งแยกออกไปได้และจำกัดไม่ได้เพราะอำนาจดังกล่าวเป็นของคน

¹⁶ จัง จากส์ รุสโซ, สัญญาประชาคม, แปลและเรียบเรียงโดย จินดา จินตนะเสรี, (กรุงเทพฯ: ศรีพรการพิมพ์, 2522), หน้า 21.

¹⁷ กีนพันซ์ นาคะตะ, นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก ปรัชญาและทฤษฎีการเมือง, หน้า 79.

ทุกคนในประชาคมนั้น ตรงจุดนี้เองที่มองว่ารูสโซเป็นผู้ก่อให้เกิดแนวคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนและก่อให้เกิดระบอบการปกครองที่เรียกว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทางตรง (la democratie directe) กล่าวคือ รูสโซให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติเป็นอย่างมากเพราะเกิดจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของประชาชนทุกคน กล่าวคือประชาชนเป็นผู้บัญญัติกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับทุก ๆ คนในประชาคมนั้น ผลที่ตามมาก็คือรูสโซมองว่าฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจที่รองลงมาและได้อำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนฝ่ายตุลาการเป็นเพียงหน้าที่อย่างหนึ่งของรัฐบาลเท่านั้น รัฐบาลจึงเปรียบเสมือนเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากเจตนารมณ์ส่วนรวมอันเป็นองค์อธิปัตย์ให้ทำงานเท่านั้น

รูสโซมีความเห็นที่แตกต่างจากฮอบส์และล๊อคฮอบส์ถือว่าประชาชนโอนอำนาจอธิปไตยให้แก่ผู้ปกครอง ส่วนล๊อคคั้นเน้นเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ รูสโซเห็นด้วยกับล๊อคคินแง่ที่ว่ารัฐบาลเป็นตัวแทนชั่วคราวของประชาชน ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจแต่ไม่ถือว่าประชาชนโอนอำนาจไปให้องค์กรรัฐบาลเป็นผู้ใช้โดยแบ่งแยกอำนาจและมีการถ่วงดุลระหว่างอำนาจ¹⁸

2.1.2.2 รัฐเกิดจากความขัดแย้ง

ทฤษฎีที่ว่าด้วยรัฐเกิดจากการขัดแย้งถือได้ว่าเป็นรากฐานของการก่อกำเนิดรัฐ และเน้นให้เห็นถึงสภาวะการณ์ทางกฎหมายให้เด่นชัดขึ้นโดยสังเกตได้จากกลุ่มชนกลุ่มหนึ่ง ในสังคมนั้นหรือไม่ก็โดยจากปัจเจกชนในสังคมนั้นที่ครอบคลุมนอยู่เหนือทุก ๆ กลุ่มเพื่อให้เกิดความมั่นคงและความเป็นระเบียบของสังคมนั้น

ในเรื่องดังกล่าวปรากฏว่าได้มีนักทฤษฎีหลายท่านที่วิเคราะห์เพื่อที่จะอธิบายถึงการก่อกำเนิดรัฐขึ้นโดยตั้งอยู่บนฐานของการรับรู้

¹⁸ปรีชา ช่างขวัญยืน, ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง, หน้า 136.

ของมนุษย์โดยตรงบนขอบเขตปริมาตรของอำนาจทางการเมือง (le pouvoir politique)

ท่านแรกที่จะกล่าวถึงก็คือมองเตสกีเออ (Montesquieu) ที่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าวในหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (De l’esprit des lois) ว่าการปกครองแบบราชาธิปไตยที่ดี การปกครองแบบการผูกขาดอำนาจไว้ที่บุคคลคนเดียวก็ดีหรือการปกครองของระบบอังกฤษก็ดีและอำนาจรัฐก็ดีต่างก็อยู่บนหลักเกณฑ์ของกฎแห่งการขัดแย้งซึ่งเป็นพื้นฐานของการวิเคราะห์ มองเตสกีเออได้พูดถึงการปกครองในระบบราชาธิปไตยว่า ในระบบการปกครองดังกล่าวจะต้องมีเกียรติศักดิ์ (l’honneur) เป็นตัวจำกัดอำนาจและเป็นตัวที่มีอำนาจเหนือทุก ๆ คนและนอกจากนี้ยังเป็นตัวที่สร้างเขตแดนกันการปกครองแบบราชาธิปไตยออกจากการปกครอง ที่ผูกขาดอำนาจอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียวหรือที่เรียกว่าระบบเผด็จการ (despotisme) โดยการสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อการดังกล่าวและเกียรติศักดิ์เป็นตัวที่ทำให้พวกเขาสามารถได้ใช้อำนาจที่เป็นกลาง (les pouvoirs intermediares) เพื่อที่จะสร้างความมั่นคงและเสถียรภาพให้เกิดขึ้นในความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์และราษฎร ดังนั้นจะเห็นได้ว่าความขัดแย้งต่างที่เกิดขึ้น ในรัฐนั้นจะได้รับการแก้ไขด้วยแต่เกียรติศักดิ์เท่านั้น สภาพการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นการป้องกันมิให้เกิดรูปแบบการปกครองแบบเผด็จการที่จะสร้างความขัดแย้งให้เกิดขึ้น เพราะวาระบบการปกครองแบบเผด็จการนั้นจะต้องมีความเกรงกลัวนั่นเอง และการแก้ไขความขัดแย้งในระบบดังกล่าวก็มีแต่การใช้กำลังอย่างรุนแรงและป่าเถื่อน¹⁹ มุมมองของมองเตสกีเออเป็นมุมมองที่มองว่าการลดหรือการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในรัฐราชาธิปไตยนั้นต้องมีตัวเชื่อมตรงกลางระหว่างกษัตริย์กับประชาชนโดยผ่านพวกเขาขุนนางที่ใช้เกียรติศักดิ์

¹⁹มองเตสกีเออ, เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย, แปลและเรียบเรียงโดย วิจารณ์ธรรม ดุทยานนท์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 41 - 48.

เป็นกันชนมิให้ภัยพิบัติได้ใช้อำนาจจนเกินไป จนอาจจะเป็นระบบเผด็จการ
ไปได้และอาจจะนำไปสู่ความขัดแย้งขึ้นมาได้

นอกจากนี้ยังมีรูสโซ (Rousseau) และล๊อค (Locke) อีกสองท่านที่ได้พูดถึงทฤษฎีความขัดแย้งขึ้นโดยมองว่าพันธสัญญาที่เกิดขึ้น
ในประชาคมเป็นหนทางที่เข้ามาแก้ไขความขัดแย้งซึ่งพบว่าเป็นกลไกสำคัญ
ของการเปลี่ยนแปลงของรัฐ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าการที่ประชาชนใน
ประชาคมนั้นเข้าทำสัญญาประชาคมก็เพราะต้องการหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่อาจ
จะมีขึ้นระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเองโดยให้ใช้สัญญาหรือพันธสัญญาดังกล่าว
เป็นตัวที่ควบคุมมิให้เกิดความขัดแย้งขึ้นได้ในรัฐนั้น ถ้ามีความขัดแย้งเกิดขึ้น
ก็เท่ากับเป็นการทำลายพันธสัญญานั้นเอง

อย่างไรก็ดีผู้ที่กล่าวถึงทฤษฎีความขัดแย้งอย่างแจ่มชัด
มากที่สุดคือ เฮเกล (Hegel) และตามมาด้วยมาร์กซ (Marx) ถึงแม้ว่า
แนวความคิดของมาร์กซแม้จะเดินตามเฮเกลก็ตาม แต่บทสรุปนั้นแตกต่างกัน
เฮเกลกล่าวว่ารัฐเป็นผลผลิตของพัฒนาการแห่งความขัดแย้งทางประวัติศาสตร์
ของสังคมและเป็นผลของการถกเถียงที่เกี่ยวกับเสรีภาพและอำนาจ จาก
แนวความคิดดังกล่าว รัฐจึงเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดจากการกระทำทางความคิด
ทางวัตถุนิยม และจากความคิดดังกล่าวจึงนำมาสู่การวิเคราะห์สังคมในมิติ
ทางเศรษฐกิจโดยภาพรวมไม่ใช่ในมิติทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว

สำหรับมาร์กซนั้นไม่เห็นด้วยกับกรอบทางความคิดทาง
อุดมคติของเฮเกลเพราะเขาเห็นว่าขบวนการที่สำคัญ ๆ ทางประวัติศาสตร์นั้น
ไม่ใช่เรื่องของโลกทางความคิด แต่เป็นเรื่องของโลกทางวัตถุหรือพลังของ
การผลิต ซึ่งตรงกันข้ามกับที่เน้นเรื่องอุดมคติ ถึงแม้ว่าจะโต้แย้งได้ว่า
พลังของการผลิตก็เป็นผลผลิตของจิตใจมนุษย์และเป็นสิ่งที่ธรรมชาติให้มา
ก็ตาม แต่มาร์กซเห็นว่าความขัดแย้งกันไม่ใช่ภาพสะท้อนของความคิด แต่เกิด
จากการขัดแย้งกันของพลังทางวัตถุซึ่งสัมผัสได้ ส่วนความคิดเป็นเพียงผล
ของพลังทางวัตถุ การศึกษาประวัติศาสตร์จึงต้องเน้นที่ตัววัตถุซึ่งเป็นรูปธรรม

แต่จิตใจนั้นเป็นนามธรรมซึ่งสัมผัสไม่ได้²⁰

ศาสตราจารย์ ยอร์ช บรูโด กล่าวว่าคำอธิบายของลัทธิมาร์กซิสม์เกี่ยวกับที่มาของรัฐนั้นเหมือนกันหรือไปได้ด้วยกันกับ “ทฤษฎีว่าด้วยการขัดกัน” คือรัฐเป็นผลของการต่อสู้ แต่มีใช้ว่าเป็นการต่อสู้อะไรก็ได้ การต่อสู้ซึ่งมาร์กซถือเป็นสิ่งสำคัญในทางการเมืองคือ “การต่อสู้ระหว่างชนชั้น”²¹

ดังนั้นรัฐในความคิดของมาร์กซจึงอยู่ในฐานะที่เป็นรูปแบบทางการเมือง พอดีจำแนกความคิดดังกล่าวได้ ดังต่อไปนี้

ประการแรก รูปแบบและสถาบันทางการเมืองต่างๆ เป็นเพียงผลสะท้อนของเทคนิคและวิธีการผลิตแบบต่างๆ อันเป็นโครงสร้างเบื้องต้นของสังคม ดังนั้นจึงเป็นการมองว่ารัฐนั้นอยู่เหนือสังคมพลเมืองโดยเอาความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจเข้าแทนที่

ประการที่สอง เมื่อมองจากแนวสังคมทางเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดรัฐขึ้นแล้ว จะเห็นได้ว่าพัฒนาการดังกล่าวได้ก่อให้เกิดมีการแบ่งแยกชนชั้นและนำมาซึ่งความขัดแย้งระหว่างชนชั้น แต่ละชนชั้นก็จะสถาปนาอำนาจของตนตามฐานะทางเศรษฐกิจและก็จะกลายเป็นวัฏจักรเช่นนั้นที่แต่ละชนชั้นก็พยายามที่ให้อำนาจของตนเองอยู่เหนือชนชั้นอื่นต่อไป และก็จะกลายเป็นผู้กดขี่ข่มเหงผู้อื่นดังนั้นกลไกของรัฐจึงเป็นเพียงเครื่องมือแห่งการกดขี่ระหว่างชนชั้น นั่นก็คือการเกิดของรัฐเป็นสิ่งที่จำเป็นเพราะสังคมนั้นอยู่ภายใต้ความขัดแย้งที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้²² จึงต้องอาศัยอำนาจบังคับของรัฐที่จะทำให้สถานการณ์ต่างๆ เหล่านี้อยู่ภายใต้ความสงบเรียบร้อย รัฐจึงเป็นชนชั้น

²⁰ ทินพันธ์ นาคตะ, นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลกปรัชญาและทฤษฎีการเมือง, หน้า 98.

²¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาคความนำทั่วไป, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราชุดตำราลำดับที่ 5 คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), หน้า 268.

²² วิ.ไอ.เลนิน, รัฐกับการปฏิวัติ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นกอสูท, ปีที่พิมพ์ไม่ปรากฏ), หน้า 7 - 14.

ทางการเมืองที่คุมอำนาจชนชั้นอื่นในสังคมอีกทีหนึ่ง รัฐจึงมีตัวแทนของรัฐซึ่ง
ตัวแทนเหล่านี้ที่เป็นชนชั้นนายทุนใช้อำนาจรัฐกดขี่ข่มเหงชนชั้นที่ด้อยกว่าที่
เราเรียกว่าชนชั้นกรรมาชีพ

จากมุมมองของมาร์กซจะเห็นได้ว่ามาร์กซได้ปฏิเสธหรือ
ไม่รับรู้การมีอยู่ของ “รัฐ” (la negation de l’Etat par le marxisme)
กล่าวคือการกดขี่ระหว่างชนชั้นจะหมดไปก็ต่อเมื่อมีการยกเลิกชนชั้นในสังคม
ความขัดแย้งก็จะไม่บังเกิดขึ้น การยกเลิกดังกล่าวไม่ว่าจะเรียกว่าการปฏิวัติ
หรือปฏิรูปก็ตามนั้นจะนำพาสังคมนั้นไปสู่ระบบสังคมนิยมและในที่สุดก็นำไปสู่
การสิ้นสุดของรัฐเพราะรัฐเกิดขึ้นจากผลแห่งความขัดแย้งในประชาคมนั้นที่
ไม่อาจประนีประนอมกันได้

2.1.2.3 รัฐเกิดจากทฤษฎีการจัดตั้งสถาบัน

แนวความคิดดังกล่าวได้รับการเสนอโดย Maurice
Hauriou ภายใต้ทฤษฎีที่เรียกว่า ทฤษฎีแห่งการจัดตั้งสถาบัน (La theorie
de l’Institution)²³ โดยเสนอว่ารัฐเป็นนิติบุคคล (la personne morale)
และเนื่องจากความเป็นนิติบุคคลของรัฐจึงได้จัดตั้งสถาบันที่อยู่ภายใต้รัฐขึ้นมา
การเป็นนิติบุคคลของรัฐเป็นผลมาจากปรากฏการณ์ธรรมชาติซึ่งเป็นปรากฏการณ์
ที่ซับซ้อน มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการเป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งระบบ
ของรัฐและความคิดขั้นที่เป็นพื้นฐานขององค์กร แนวความคิดเรื่องการเป็น
นิติบุคคลของรัฐทำให้กล่าวได้ว่ามีบางสิ่งบางอย่างในรัฐที่อยู่ในปัจเจกชนที่
ประกอบกันเป็นรัฐ ทั้งในด้านความสำคัญในระยะเวลา สิ่งนั้นก็คือแนวความคิด
แห่งการดำเนินการร่วม (l’idee d’entreprise) ซึ่งเป็นพื้นฐานของรัฐ²⁴ และ
จากความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ๆ จึงเป็นผู้ก่อตั้งสถาบันภายใต้รัฐขึ้น รัฐมี

²³ Maurice Hauriou, *Principes de droit constitutionnel*, ed. Sirey, 1910;
Precis de droit constitutionnel, ed. Sirey, 2ed., 1929 (reed. CNRS 1965)

²⁴ โทคิน พลกุล, เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพฯ,
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), หน้า 80.

สถานภาพและมีความเป็นอิสระในการดำเนินการต่าง ๆ

ตามแนวคิดของ Maurice Hariou นั้นจะเห็นได้ว่า รัฐและความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นเกิดจากผลผลิตตามธรรมชาติตาม แนวความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายธรรมชาติ ขณะเดียวกัน นักกฎหมายฝ่าย บ้านเมืองเห็นว่าความเป็นนิติบุคคลของรัฐนั้นไม่ได้เป็นผลผลิตมาจาก ธรรมชาติ แต่เกิดจากการที่มนุษย์ช่วยกันสร้างขึ้นมารับรองความเป็นรัฐ และความเป็นนิติบุคคลของรัฐโดยกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง

จากแนวความคิดของ Hariou ดังกล่าวจึงเกิดปัญหา ว่าความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายนั้นยากที่จะแยกออกจากกันได้ Leon Duguit จึงได้สร้างมาตรฐานที่แบ่งแยกผู้ปกครองออกจากผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ให้เกิดขึ้น²⁵ การอธิบายการเกิดของรัฐนั้นเกิดจากคำถามที่เกี่ยวกับสถานะทาง กฎหมายของรัฐรวมทั้งอำนาจของรัฐด้วย การที่กำหนดให้รัฐเป็นสถาบันขึ้น นั้นเท่ากับเป็นการหลุดพ้นจากขอบเขตแห่งเกณฑ์ของรัฐและเป็นการมอบหมาย ให้รัฐเทียบเท่าและมากกว่าสถานะทางกฎหมายอื่นๆ แต่ก็แตกต่างที่ว่ารัฐนั้น เป็นสถาบันที่เป็นองค์อธิปัตย์²⁶ นอกจากนี้รัฐยังเป็นมวลรวมของทุกคนในชาติ นั้นแต่ในขณะเดียวกันก็เป็นการสร้างเจตนารมณ์ทางกฎหมายขึ้นกล่าวคือ เป็นผลผลิตที่บริสุทธิ์ของการจินตนาการที่ยังคงอยู่ในเจตนารมณ์ของสิ่งที่อยู่ ภายใต้อำนาจของรัฐ ข้อสงสัยจึงเกิดขึ้นว่าจินตนาการที่เป็นมวลรวมที่ เรียกว่ารัฐนั้นสามารถแสดงออกในการกระทำของรัฐได้อย่างไร คำตอบก็คือ การแสดงออกของรัฐนั้นก็คือการแสดงออกของผู้ปกครองรัฐ²⁷ จะเห็นได้ว่า แนวความคิดเรื่องรัฐเป็นสถาบันนั้นเป็นกลไกของการจำกัดอำนาจของรัฐโดย อาศัยอำนาจของกฎเกณฑ์ในการปฏิบัติงานที่นิติบุคคลจะต้องกระทำตาม เช่น

²⁵ L. Sfez, Duguit et la theorie de l'Etat in *Genese et declin de l'Etat*: APD, 1976, p.111et s.

²⁶ O.Beaud, La notion de l'État, *Vocabulaire fondamental du droit*, APD, 1990.

²⁷ B.Chantebout, *L'État, DE L'État, une tentative de demythification*, ed.Consortium de la librairie et de l'Édition, 1975, p.54.

แนวความคิดในเรื่องการจัดการทรัพย์สินของนิติบุคคล แนวความคิดในเรื่องสถานะของนิติบุคคลซึ่งสองสิ่งนี้เป็นเสาหลักทางกฎหมายของสถาบัน²⁸ มุมมองที่มองรัฐเป็นสถาบันเป็นมุมมองที่มองจากด้านสูง ขณะที่ฝ่ายที่เห็นว่ารัฐเกิดจากความขัดแย้งนั้นเป็นมุมมองที่มองจากด้านล่างขึ้นไปมีแนวโน้มแนวความคิดของทั้งสองฝ่ายมาพบกันได้สร้างแนวคิดที่ทำให้รัฐนั้นต้องมีความเป็นกลางอย่างไรก็ตามแนวความคิดเรื่องสถาบันนั้นได้เป็นเรื่องอดีตไปแล้ว แนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ จึงเป็นแนวความคิดทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้น เพราะทำให้เกิดการแยกระหว่างอำนาจและปัจเจกชนที่ได้รับมอบอำนาจมา

2.1.3 รัฐกับอำนาจทางการเมือง

2.1.3.1 อำนาจทางการเมือง

ในทุกสังคมรัฐตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบันจะปรากฏว่ามีผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้การปกครองอยู่ร่วมกันโดยมีคำว่า “อำนาจ” (le pouvoir) เป็นตัวเชื่อมถึงความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองฝ่ายดังกล่าว คำดังกล่าวได้แสดงนัยถึงการที่ฝ่ายหนึ่งมีความเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งและอีกฝ่ายหนึ่งอยู่ใต้อีกฝ่ายหนึ่ง อันที่จริงแล้ว คำว่า “อำนาจ” หรือ le pouvoir นี้มาจากคำลาติน potesta ซึ่งมีความหมายว่า ความสามารถที่จะกระทำ (capacité d’agir)²⁹ คำว่าอำนาจอาจเปลี่ยนแปลงไปตามเนื้อหาสาระของบริบทความนั้นๆ เช่น อำนาจบังคับ อำนาจปกครอง อำนาจมหาชน อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร อำนาจตุลาการ ดังนั้น คำดังกล่าวจึงมีความหลากหลายแตกต่างกันไปในบริบทที่แตกต่างกันดังกล่าวแสดงถึงความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันไปหรือกล่าวอีกนัยก็คือสัมพันธ์ภาพเชิงอำนาจที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ตาม ในทุกรัฐจะมีอยู่อำนาจหนึ่งที่รู้จักกันในนามว่า “อำนาจการเมือง” (le Pouvoir politique) เป็นอำนาจที่เกิดขึ้นใน

²⁸ V.A.Brimo, *Le doyen Maurice Hariou et l’Etat*, (n.p.: APD), 1976, p.98et s.

²⁹ Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, (Paris : PUF, 1992), p.770.

สังคมการเมืองของรัฐโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างระเบียบและวินัยให้เกิดขึ้นภายในสังคมการเมืองของรัฐ การที่จะให้มีระเบียบและวินัยในรัฐได้นั้นต้องมีอำนาจบังคับเกิดขึ้นและอำนาจดังกล่าวนี้รู้จักกันในนาม “อำนาจการเมือง” ดังนั้น จะเห็นได้ว่า อำนาจการเมืองเป็นเงื่อนไขของระเบียบและวินัย ส่วนเสรีภาพของประชาชนนั้น เป็นสิ่งที่อยู่ในระเบียบและวินัย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการใช้เสรีภาพนั้นต้องอยู่ภายใต้ระเบียบกฎเกณฑ์ของสังคมนั้น อำนาจการเมืองจึงเป็นส่วนผสมระหว่างอำนาจกับสังคมการเมืองดังนั้นอำนาจการเมืองจึงเป็นปรากฏการณ์ทางสังคม เพราะเหตุที่ว่าไม่ได้อยู่นอกกรอบของสังคม และถ้าสังคมปราศจากอำนาจดังกล่าว สังคมนั้นก็เป็นสังคมที่ไม่มีชีวิตชีวาและใกล้ถึงกาลอวสานในที่สุด³⁰

ในทุกสังคมการเมืองตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะดำรงอยู่ได้ก็ด้วยการจัดการของอำนาจการเมืองที่รับภาระดูแลผลประโยชน์ของส่วนรวม แต่อำนาจการเมืองนี้ก็มีรูปแบบที่แตกต่างกันแล้วแต่ละยุคแต่ละสมัย เช่น ในกลุ่มชนโบราณ อำนาจดังกล่าวนี้ได้รับความยินยอมและยอมรับจากกลุ่มชนในเผ่าอันเนื่องมาจากอำนาจนี้ไปผูกติดหรือยึดอยู่กับจารีตประเพณีและความเชื่อความศรัทธาที่ผู้คนในเผ่านั้น ยอมรับให้อยู่เหนือตนเอง และถ้ามาในยุคสังคมที่พัฒนาขึ้นมาอีก ความจำเป็นทางเศรษฐกิจและความมั่นคง การอยู่รอดและความปลอดภัยในชีวิต ที่ทำให้ต้องมีหัวหน้ากลุ่มที่มีตัวอำนาจเสียเอง มีอภิสิทธิ์เหนือคนอื่นใด และมีเอกสิทธิ์เฉพาะตัวเท่านั้น ทั้งนี้ เป็นเพราะว่าอาศัยคุณสมบัติส่วนตัวเท่านั้นที่เป็นฐานแห่งอำนาจ เอกสิทธิ์และอภิสิทธิ์ ดังนั้น ในยุคดังกล่าวอำนาจการเมืองจึงผูกติดอยู่กับคุณสมบัติส่วนบุคคลเป็นสำคัญ อำนาจดังกล่าวนี้จึงได้ชื่อว่า เป็นอำนาจของบุคคลที่มีความแตกต่างจากบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากคุณสมบัติ (Le Pouvoir individualisé หรือ le Pouvoir personnalisé) บุคคลที่ถืออำนาจนี้ไม่สามารถดำรงอยู่ได้ถ้าผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจนี้ ไม่ยอมรับบุคคลนั้น

³⁰ George Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, (Paris: LGDJ, 1968), p.11.

มีการต่อต้านเกิดขึ้นหรือมีบุคคลที่มีความเข้มแข็งกว่ามาล้มล้าง เมื่อบุคคล
สลายไป อำนาจก็สลายตามไปด้วย ดังนั้น อำนาจการเมืองในรูปแบบดังกล่าว
จึงขาดความต่อเนื่อง การที่นำอำนาจไปผูกยึดติดกับคุณสมบัติของบุคคลนั้น
บุคคลนั้นจึงเป็นเจ้าของอำนาจหรือเป็นผู้ทรงสิทธิจะใช้อำนาจอย่างไรก็ได้หรือ
จะไม่ใช้อำนาจเลยก็ได้ ขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของบุคคลเป็นที่ตั้ง อำนาจ
ดังกล่าวจึงขาดความชอบธรรมและขาดเสถียรภาพ เมื่อเป็นดังนี้อำนาจ
การเมืองในยุคนั้นจึงมิได้เป็นอำนาจอสูงสุด (la souveraineté) ที่เรียกว่า
อำนาจอธิปไตย การที่นำอำนาจการเมืองดังกล่าวไปยึดติดอยู่กับตัวบุคคลนั้น
มีทั้งผลดีและผลเสีย กล่าวคือ ถ้าบุคคลดังกล่าวเป็นคนดี มีศีลธรรมแล้ว
โดยตรรกะก็จะปกครองโดยใช้อำนาจอการเมืองไปในทางที่ดีและก่อประโยชน์
ให้กับผู้ที่อยู่ใต้การปกครองไปด้วย แต่ถ้าบุคคลนั้นเป็นคนไม่ดีก็อาจใช้อำนาจ
การเมืองไปในทางที่ไม่ดีก่อความเดือดร้อนและเสียหายให้แก่ผู้ที่อยู่ใต้การ
ปกครองไปด้วย ดังนั้น การที่นำอำนาจการเมืองไปยึดติดอยู่กับตัวบุคคลก็จะ
ทำให้เกิดการเสี่ยงแก่ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองเพราะทุกสิ่งทุกอย่างนั้นขึ้นอยู่กับ
ผู้ปกครองเป็นสำคัญ ต่อมาจึงเกิดแนวความคิดที่จะแยกอำนาจการเมือง
ดังกล่าวออกจากตัวบุคคลไปให้กับรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นการที่เอาอำนาจการเมือง
ไปผูกติดกับตัวบุคคล โดยยึดถือคุณสมบัติของบุคคลเป็นสำคัญนั้นเป็น
การเสี่ยงเกินไปสำหรับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ดังนั้น จึงมีแนวความคิดที่จะ
แยกอำนาจการเมืองดังกล่าวออกมาจากตัวบุคคลโดยมิให้ไปยึดติดกับตัวตน
ของบุคคลออกมาแล้วนำอำนาจอดังกล่าวมามอบให้กับรัฐ แนวความคิดดังกล่าว
ก็คือ การแยกอำนาจการเมืองออกจากผู้ทรงสิทธิในการใช้อำนาจการเมือง
(l'institutionalisation du pouvoir)³¹ ผลของการที่มอบอำนาจอดังกล่าวไป
ให้กับรัฐฯ จึงต้องมีสภาพความเป็นบุคคลตามกฎหมาย แต่เนื่องจากรัฐมิใช่

³¹ คุรายละเฮียดิน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วยรัฐ
รัฐธรรมนูญและกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่สอง, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2548), หน้า 31 – 35.

บุคคลที่มีเลือดเนื้อและจิตวิญญาณ ดังนั้นในทางกฎหมายจึงกำหนดให้รัฐเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นที่เรียกว่า นิติบุคคล ทำให้รัฐจึงต้องกลายเป็นนิติบุคคลก็เพราะเหตุที่ว่า การเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายนั้นได้แสดงถึงการเป็นผู้ทรงสิทธิหรือเป็นการแสดงกรรมสิทธิ์ในบรรดาสິงต่าง ๆ การที่นำอำนาจการเมืองไปมอบให้กับรัฐก็เท่ากับว่ารัฐต้องสามารถแสดงความเป็นเจ้าของหรือแสดงความเป็นกรรมสิทธิ์เหนืออำนาจการเมืองได้และการที่รัฐจะแสดงความเป็นเจ้าของได้ รัฐต้องสามารถยืนยันสถานะของตนเองตามกฎหมายได้ก็คือรัฐจะต้องมีสภาพเป็นบุคคลหรือนิติบุคคล ในเมื่อรัฐไม่สามารถเป็นบุคคลโดยสภาพได้ รัฐจึงต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคลคือบุคคลที่ได้รับการสมมุติขึ้นตามกฎหมาย

เมื่อนำอำนาจการเมืองมามอบให้กับรัฐแล้ว อำนาจการเมืองดังกล่าวจึงแปรสภาพของตนเองจากความไม่แน่นอนในสถานะของอำนาจการเมืองในยุคก่อนกำเนิดรัฐที่อำนาจดังกล่าวขึ้นอยู่กับบุคคลซึ่งไม่มีความแน่นอนมาสู่ความมั่นคงและแน่นอนและสูงสุดเมื่ออำนาจดังกล่าวตกเป็นของรัฐ ณ จุดดังกล่าวนี้ทำให้อำนาจการเมืองที่เป็นของรัฐในรูปแบบนี้ได้รับการเรียกเสียใหม่ว่า อำนาจอธิปไตย (la souveraineté) ดังนั้น อำนาจการเมืองสูงสุดหรืออำนาจอธิปไตยจึงเป็นของรัฐ การแสดงออกซึ่งลักษณะของอำนาจดังกล่าวจึงปรากฏผ่านทางกฎหมายของรัฐที่ได้รับการยอมรับจากคนในประชาคมแห่งรัฐตามแนวคิดสัญญาประชาคม กฎหมายดังกล่าวได้จัดวางระเบียบว่าด้วยการปกครองรัฐ องค์กรของรัฐ ประมุขแห่งรัฐ การปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น กฎหมายดังกล่าวก็คือรัฐธรรมนูญ (la Constitution) ที่รู้จักกันอย่างดีว่าเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ที่ว่าด้วยระเบียบแบบแผนการปกครองประเทศ การใช้อำนาจสูงสุดของรัฐหรืออำนาจอธิปไตยดังกล่าว รัฐธรรมนูญจะเป็นผู้กำหนดให้ใช้ผ่านตัวแทนของรัฐหรือผ่านทางองค์กรของรัฐ ถ้าปรากฏว่ากษัตริย์เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวแต่ผู้เดียวและเป็นผู้กำหนดระเบียบแบบแผนการปกครองสังคมนั้น ๆ กษัตริย์ก็เป็นรัฐเจ้าอธิปไตย ที่เรียกว่าการปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

(la monarchie absolue) ถ้าประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้กำหนดระเบียบแบบแผนการปกครองสังคมนั้น ประชาชนก็เป็นรัฐอธิปไตยที่เรียกว่าการปกครองแบบประชาธิปไตย (la democratie) และถ้ากลุ่มคนขุนนางเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยและเป็นผู้กำหนดระเบียบแบบแผน การปกครองสังคมนั้น กลุ่มคนดังกล่าวก็เป็นรัฐอธิปไตยที่เรียกว่าการปกครองแบบอภิชนาธิปไตย (la aristocratie) เป็นต้น ไม่ว่าใครจะเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อำนาจดังกล่าวก็ยังเป็นของรัฐอยู่ รัฐอธิปไตยที่มาใช้อำนาจดังกล่าวจึงเป็นผู้แทนของรัฐในการใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐ

ในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย รัฐอธิปไตยคือประชาชน และกำหนดแนวคิดที่ว่าอำนาจสูงสุดดังกล่าวแบ่งแยกตามหน้าที่เป็นสามประเภทคือ หน้าที่นิติบัญญัติ หน้าที่บริหารและหน้าที่ตุลาการ และได้จัดแยกองค์กรที่ทำหน้าที่ออกเป็นสามองค์กรด้วยกันตามทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (la séparation du pouvoir)³² ทั้งสามองค์กรจึงเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตามที่รัฐอธิปไตยกำหนด ทั้งสามองค์กรจึงเป็นผู้แทนของประชาชนและกระทำการแทนรัฐ การแสดงออกซึ่งภาระหน้าที่ทั้งสามดังกล่าวนี้ก็โดยผ่านทางรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ รัฐธรรมนูญได้จัดสร้างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแทนรัฐขึ้นโดยเป็นไปตามทฤษฎีการจัดตั้งองค์กรสูงสุดทางการการเมือง (le pouvoir constituant) หรือทฤษฎีอำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ³³

2.1.3.2 อำนาจทางการเมืองและสภาพของรัฐ

หลักการดำรงอยู่ของอำนาจทางการเมืองในทุก ๆ สังคมนั้นไม่เพียงพอและไม่ทันการณ์ต่อการขยายตัวแนวความคิดของรัฐ ปัญหาที่

³² ตำราบางเล่มกล่าวว่าอำนาจอธิปไตยเป็นหนึ่งเดียวแบ่งแยกไม่ได้ ดังนั้นการที่กล่าวว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งเป็นสามอำนาจนั้นจึงไม่ถูกต้องนักและน่าจะกล่าวว่าเป็นการแบ่งแยกหน้าที่เสียมากกว่า

³³ ดูรายละเอียดใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 19 – 22.

เกี่ยวข้องกับอำนาจกับประชาคมรัฐก็คือการมีอยู่และการดำรงอยู่ของรัฐนั้นเปรียบเสมือนการมีอยู่ของอำนาจทันทีที่สัญญาเกิดขึ้นระหว่างอำนาจกับประชาคม เพื่อเป็นการรับประกันถึงความสงบสุขในรัฐนั้นหรือไม่ คำถามนี้เป็นคำถามที่ถามถึงสภาพของรัฐ (la nature de l'État) ที่เปรียบเสมือนเป็นสถาบันที่เป็นเจ้าของอำนาจทางการเมืองและในนามของสถาบันดังกล่าว รัฐก็ได้ใช้อำนาจเหล่านี้ในการบริหารรัฐ

แนวความคิดดังกล่าวข้างต้นมีข้อดีที่มีอาจปฏิเสธได้ที่ทำให้การใช้อำนาจหน้าที่อย่างเด็ดขาดที่ทุก ๆ รัฐดำเนินการโดยผ่านกลไกของอำนาจนั้นมีความเป็นกลางมากขึ้น จากข้อเท็จจริงที่ว่ารัฐเป็นผลผลิตของการใช้กำลัง การใช้กำลังบังคับของฝ่ายปกครองเป็นสิ่งที่ปกปิดกันมาและได้นำมาตรการเฉพาะของเจตจำนงของประชาชาตินำมาเชื่อมโยงกับที่มาแห่งการใช้อำนาจซึ่งก็คือฝ่ายปกครองปัญหาที่คือว่าฝ่ายปกครองนั้นเป็นผู้สถาปนาอำนาจให้กับตัวเองหรือไม่หรืออำนาจที่ฝ่ายปกครองมีอยู่นั้นมาจากการยินยอมของประชามันั้น ปัญหาดังกล่าวได้นำไปสู่ปัญหาความชอบธรรมแห่งอำนาจในรัฐที่ต้องค้นหาค้นต่อไป

รัฐเป็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่กฎหมายเป็นตัวบ่งชี้ความมีอยู่หรือการดำรงอยู่ของรัฐและสิ่งนี้เป็นดัชนีที่ให้เห็นถึงความแตกต่างของอำนาจตามความเป็นจริงกับอำนาจตามกฎหมายและทำให้เห็นถึงช่องว่างทางความคิดระหว่างสองข้อดังกล่าว ตามแนวความคิดทางกฎหมายคลาสสิกได้ห้ามพัฒนาการทุก ๆ อย่างทางสังคมและให้นิยามความหมายว่ารัฐคือการจัดสร้างสถาบัน ความไม่กระจำแจ้งดังกล่าวก็คือตามแนวความคิดนี้ได้เป็นการตัดข้อโต้เถียงตามทฤษฎีทางการเมืองออกไปเลย³⁴

แต่ในมุมมองของพวกฝ่ายเสรีนิยมแล้วยอมรับว่าการวิเคราะห์ทางกฎหมายคลาสสิกดังกล่าวสะท้อนถึงการทำลายความสัมพันธ์

³⁴B.Chantebout, Droit Constitutionnel et Science politique, ed.A.Colin, 1989, p.13 et s.

ระหว่างชาติกับรัฐลงหรือกล่าวโดยตรงประเด็นก็คือเป็นการทำลายความสัมพันธ์
ระหว่างประชาคมกับอำนาจลง มิติที่รัฐถือว่าบุคคลที่อาศัยอยู่หรือตั้งถิ่นฐานอยู่
หรือสัญจรผ่านบนดินแดนแห่งรัฐนั้นเป็นสิ่งที่ชี้บ่งถึงการกำหนดสถานภาพ
ของบุคคลนั้น ในกรณีดังกล่าวได้สะท้อนถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐและ
การแยกแนวความคิดประชาคมออกจากแนวความคิดประชาชน ขอบเขต
แห่งการแยกระหว่างอำนาจของประชาคมกับอำนาจของพลเรือนดังกล่าว
ได้รับการเตรียมในรูปแบบของอำนาจมหาชน (la puissance publique)
กล่าวโดยนัยก็คือเป็นความสัมพันธ์ในเชิงที่อยู่ได้กันและกันระหว่างรัฐ ประชาชน
และประชาคม โดยบรรทัดฐานเหล่านี้เชื่อมโยงกับความคิดเรื่องอำนาจ
อธิปไตยของรัฐ แนวความคิดในเรื่องการยินยอมต่ออำนาจนั้นไม่เป็นการ
ทำลายแนวความคิดดังกล่าวข้างต้นที่ยืนยันถึงการแยกอำนาจออกจาก
ประชาคมและสภาพนามธรรมของรัฐ แต่กลับทำให้เข้าใจถึงบทบาทของรัฐที่
เด่นชัดขึ้นในการที่ให้นิยามความหมายของคำว่าแนวความคิดของการเป็น
ผู้สั่งการตามกฎหมายและเป็นผู้ยอมรับบรรทัดฐานแห่งกฎหมายในฐานะที่รัฐ
มีสถานภาพสูงสุด

ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่ต้องประสานการแยก
แนวความคิดระหว่างประชาคมกับพลเรือนดังกล่าวข้างต้นนั้นโดยผ่านองค์กรของ
รัฐที่เชื่อมความสัมพันธ์กับประชาชน รัฐธรรมนูญได้ใช้อำนาจสูงสุด ในการ
จัดสร้างสถาบันขึ้นมา ปัญหาที่ตามมาก็คือ จะแยกแนวความคิดของรัฐออกจาก
แนวความคิดของรัฐธรรมนูญได้อย่างไรและในสภาพความเป็นรัฐนั้นก็ไม่สามารถ
ค้นพบรากฐานของรัฐได้ในขอบเขตของกฎหมายที่ต้องการผู้กระทำการอำนาจ
ทางการเมืองใช่หรือไม่ ดังนั้นพอจะสรุปได้ว่าความหมายของรัฐนั้น จะไม่มีวัน
ที่จะสมบูรณ์ได้เลยถ้ารัฐนั้นปราศจากรัฐธรรมนูญของรัฐ

การสร้างองค์กรของรัฐและการเลือกรูปแบบของรัฐ
นั้นไม่ได้กลับหลักต่อแนวความคิดของรัฐในเรื่องอำนาจอธิปไตยเพราะการ
สร้างองค์กรของรัฐและการเลือกรูปแบบของรัฐนั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิด
ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐที่อ้างอิงไปถึงตัวรัฐธรรมนูญที่กำหนดสถานภาพ

ทางกฎหมายของรัฐและการดำเนินการของรัฐ

จากการที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่าพัฒนาการของอำนาจการเมืองก่อนกำเนิดเกิดรัฐจนกระทั่งมีรัฐเกิดขึ้นและมีกฎหมายสูงสุดของรัฐที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญนั้น ต่างก็มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันตลอดมา ความสัมพันธ์ดังกล่าวสามารถอธิบายให้เห็นถึงว่าอำนาจการเมืองคืออะไร และก่อให้เกิดขึ้นมาได้อย่างไร และเมื่อมีรัฐเกิดขึ้นก็จำเป็นต้องมีกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการปกครองรัฐ ซึ่งก็คือรัฐธรรมนูญ รัฐจึงเป็นรูปแบบหนึ่งของการแสดงออกของอำนาจการเมือง อำนาจการเมืองเกิดขึ้นก็เพราะสังคมให้การยอมรับผู้ใช้อำนาจเมืองนำสังคมไปสู่ความสงบสุข กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือความจำเป็นของคนในสังคมนั้นต้องอยู่ร่วมกันและต้องการจัดระเบียบเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุขขึ้นเป็นการยอมรับให้มีการใช้อำนาจ และการที่จะจัดระเบียบสังคมได้นั้นก็ต้องอาศัยกลไกทางกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ขึ้น กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวก็คือรัฐธรรมนูญแนวความคิดกฎหมายดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่ามีมาก่อนกำเนิดรัฐและก่อให้เกิดขึ้นในฐานะที่จะทำให้แนวคิดทางกฎหมายร่วมกันของคนในสังคมนั้นมีความสงบสุขขึ้นมาได้ ด้วยเหตุนี้เมื่อมีรัฐเกิดขึ้นรัฐจึงต้องพยายามให้บรรลุถึงแนวคิดทางกฎหมาย กล่าวคือ รัฐมีภาระหน้าที่ที่จะต้องกระทำและจัดระเบียบสังคมให้เกิดความสงบสุขโดยใช้อำนาจทางการเมืองแสดงออกผ่านกลไกของรัฐธรรมนูญ

ถ้าพิจารณาจากแนวคิดดังกล่าว รัฐธรรมนูญใน ความหมายนี้จึงหมายถึงกฎเกณฑ์ทุกประเภทที่กำหนดสถานะความสัมพันธ์ขององค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐเพื่อความสงบสุขของประชาชนซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างกว้างตามเนื้อหาซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญในความหมายอย่างแคบที่เป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจสูงสุดในรัฐซึ่งบรรจุอยู่ในรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร

2.1.3.3 สถานะของอำนาจในรัฐ

คำว่า “อำนาจ” (le pouvoir) มีจริงหรือไม่ ถ้ามีอยู่ในรัฐนั้น หมายความว่าอย่างไร เพราะว่าในสังคมรัฐนั้นก็ต้องการซึ่งความสงบ ความเป็นระเบียบ แล้วคำว่า “อำนาจบังคับ” (l’*autorité*) นั้นจะอยู่ที่ไหน ดังที่ทราบกันอยู่ว่าในสังคมนั้นบางครั้งก็เกิดสูญญากาศทางการเมืองขึ้น กล่าวคือเกิดความเปลี่ยนแปลงและความไม่มั่นคงในสถานภาพทางการเมืองของรัฐและก่อให้เกิดความกลัวขึ้นในรัฐนั้น ความกลัวดังกล่าวนี้จึงนำมาซึ่งการตระหนักถึงอำนาจที่ถูกจัดสร้างขึ้น (le pouvoir organisé) ซึ่งมีสภาพบังคับกับทุกคน อำนาจดังกล่าวจึงเรียกว่า “อำนาจบังคับ” ความจำเป็นที่ต้องมีระเบียบในรัฐและต้องมีอำนาจบังคับมาจากความเชื่อในเรื่องการยินยอม และปฏิบัติตาม เช่น ทุกคนเคารพกฎหมายด้วยความเชื่อในอำนาจที่จัดให้มีกฎหมายนั้นขึ้นมา ความสัมพันธ์ระหว่างความเชื่อและการยินยอมปฏิบัติตามนั้นแสดงให้เห็นถึงบารมีที่สร้างลัทธิความเชื่อในคุณลักษณะเฉพาะตัวบุคคลขึ้นให้แก่อำนาจของประมุขรัฐ ผู้นำพระราช ผู้นำเผด็จการ ให้มีสถานะถูกต้องตามกฎหมายโดยอิงเข้ากับกฎหมายของพระเจ้า (le droit divin) อภิปรายดังกล่าวไม่สามารถได้รับการพิจารณาในทางกฎหมายได้

รัฐเป็นนิติบุคคลทั้งตามกฎหมายภายใน (le droit interne) และตามกฎหมายภายนอกหรือกฎหมายระหว่างประเทศ (le droit externe, le droit international) ดังนั้น รัฐจึงต้องจัดให้มีองค์กรที่จะใช้อำนาจแทนรัฐได้โดยผ่านจากรัฐธรรมนูญของรัฐที่ทำหน้าที่จัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมาและองค์กรเหล่านี้จึงเป็นพลังทางการเมืองที่แสดงออกมาซึ่งอำนาจบังคับของรัฐและเป็นตัวแทนที่เป็นรูปธรรม (la représentation concrète) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงพลังอำนาจของรัฐที่เป็นนามธรรม

การที่จะพิสูจน์ว่ามีอยู่หรือไม่นั้นต้องดูในเรื่องของสถานะ เช่น การที่ผู้ปกครองจะใช้อำนาจรัฐได้นั้นจะต้องได้รับการยินยอม และการยอมรับจากผู้อยู่ใต้การปกครองว่ายินดีที่จะปฏิบัติตามดังมีผู้ให้ข้อสังเกตว่า “ปัญหาของความชอบและความถูกต้องตามกฎหมายนั้นอยู่ที่ว่าการแยก

ผู้ปกครองและผู้อยู่ใต้การปกครองในระดับทางการเมืองได้รับการพิจารณาว่าเป็นระดับที่เป็นการปกครองตนเอง (autonomie) ความคงอยู่ของอำนาจรัฐที่ถูกต้องนั้นเป็นเครื่องหมายที่ไม่เพียงแต่ที่เป็นเหตุและเป็นผลในตัวของอำนาจทางการเมืองเองเท่านั้น แต่ยังเป็นก้าวอย่างของประชาคมที่นำไปสู่การแยกทางการเมืองของของมาตรฐานอื่น ๆ ในสังคมนั้นด้วย³⁵ ดังที่กล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นสิ่งที่ได้รับการจัดให้มีขึ้นที่อยู่ภายในขอบเขตของการปกครองตัวเองของรัฐ (autonomie) ที่ว่าอำนาจทางการเมืองนั้นได้กลายสภาพเป็นหนึ่งในปัจจัยที่จัดสร้างขึ้นมารองรับ

ดังนั้นจึงอาจให้คำนิยามสั้น ๆ แก่ “อำนาจ” ในรัฐว่า อำนาจคือพลังแห่งเจตนาธรรม ซึ่งแสดงออกมาโดยผ่านบุคคลต่าง ๆ ที่ดำเนินการปกครองกลุ่มชนกลุ่มหนึ่งและซึ่งเปิดโอกาสให้บุคคลต่าง ๆ เหล่านั้นอยู่เหนือกลุ่มชนโดยอาศัยกำลังและอำนาจอันถูกต้องตามกฎหมาย ถ้าอำนาจได้รับการค้ำจุนโดยกำลังเพียงอย่างเดียว อำนาจนั้นก็เป็อำนาจทางพฤตินัยและจะสามารถเป็นอำนาจทางนิตินัยได้ก็โดยความยินยอมของผู้อยู่ใต้ปกครอง³⁶

ศาสตราจารย์ George Burdeau กล่าวว่า “รัฐก็คืออำนาจแห่งการจัดสร้างสถาบัน” แนวความคิดดังกล่าวทำให้เชื่อว่าไม่มีอำนาจทางการเมืองที่มั่นคงอย่างเป็นอิสระจากกฎเกณฑ์ทางสังคมและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและของสังคม อำนาจตามความเป็นจริงได้สูญสลายหายไปทันทีที่รัฐได้ก่อกำเนิดขึ้น แต่ดั้งเดิมนั้นรัฐตั้งอยู่บนฐานของการขยายตัวของอำนาจตามความเป็นจริง ต่อมามีการผสมผสานระหว่างอำนาจตามความเป็นจริงกับอำนาจตามกฎหมายขึ้น ซึ่งยังคงเป็นปริศนาอยู่ เพราะเหตุใดการใช้อำนาจของตัวบุคคลที่มีอำนาจนั้นจึงแปรเปลี่ยนไปยั้งการใช้อำนาจที่ต้องตั้งอยู่บนฐานของผลประโยชน์ของชาติ

³⁵ M. Miaille, *L'État du droit*, ed.F.Maspero, (Grenoble: PU, 1980), p.185.

³⁶ Andre Hariou et Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions politiques*, (Paris: Montchrestien, 1980), p.107.

ถ้าดูตัวอย่างของฝรั่งเศสในครั้งการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 นั้น อาจตอบได้ว่าเป็น เพราะการปฏิวัติที่เป็นตัวต้นเหตุให้เป็นอย่างกล่าว เพราะการปฏิวัติดังกล่าวได้ สร้างแนวความคิดและการยอมรับรัฐเข้าสู่สังคมและในขณะเดียวกันก็เป็น การทำลายล้างระบบเก่าอย่างสิ้นซาก³⁷

ปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นเกี่ยวข้องกับสภาพ (la nature) และอำนาจหน้าที่และองค์ประกอบของรัฐ การจัดสร้างสถาบันของรัฐ ไม่เพียงแต่อยู่บนรากฐานแนวความคิดของการจัดองค์กรเท่านั้นแต่ยังขึ้นอยู่กับ การดำรงอยู่ของสถานะทางกฎหมายของรัฐด้วย สถานะดังกล่าวนั้นได้ ผ่านจากสถานะตามความเป็นจริงไปสู่สถานะตามกฎหมายทำให้การดำรงอยู่ ของรัฐนั้นมีความถูกต้องโดยได้รับการรับรองจากรัฐธรรมนูญแห่งรัฐนั้น จาก มุมมองดังกล่าวจะทำให้เห็นรอยเชื่อมต่อการกำเนิดรัฐกับอำนาจตาม ความเป็นจริงไปสู่อำนาจตามกฎหมายและกับรัฐธรรมนูญ

2.2 แนวคิดว่าด้วยนิติรัฐ

2.2.1 นิยามและองค์ประกอบของนิติรัฐ

2.2.1.1 นิยาม

Robert Von MOLH กล่าวว่า นิติรัฐ คือ รัฐแห่ง ความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมี วัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไปจากการให้ความหมาย ดังกล่าวอาจสรุปได้ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้เกิดการอยู่ ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปได้อย่างมีความสุข³⁸

³⁷V.F.Fortunet et G.Koubi, Reflexions sur le civisme: pratique et theorie: in La Révolution francais et l'homme modern, sous la dir.de C.Mazauric, (Paris: ed. Messidor, 1989), p.419 et s.

³⁸บรรเจิด สิงคะนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม รัฐธรรมนูญใหม่, พิมพ์ครั้งที่สอง, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2547), หน้า 23 - 24.

กาเร เดอ มัลแบร์ กล่าวว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักที่ว่าด้วยการที่รัฐต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด การกระทำของรัฐอยู่สองประการคือกฎเกณฑ์ที่รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ที่กำหนดวิธีการหรือมาตรการซึ่งรัฐสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด ทั้งสองเกณฑ์รวมเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดอำนาจรัฐ

ลักษณะเด่นของหลักนิติรัฐคือฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้อยู่ ณ เวลานั้นบัญญัติไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้ฝ่ายปกครองไม่สามารถที่จะกระทำการใดที่เป็นการหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้นซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำของฝ่ายปกครองต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย³⁹

กมลชัย รัตนสกาวงศ์ กล่าวว่า นิติรัฐหมายถึงรัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม หมายถึงวิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวบทกฎหมาย⁴⁰

จากนิยามของนิติรัฐข้างต้นอาจสรุปได้ว่าหลักนิติรัฐอาจแยกได้เป็นสองนัยกล่าวคือความหมายของนิติรัฐในแบบแคบและนิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง

นิติรัฐในความหมายอย่างแคบ ในมุมมองของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบเห็นว่าเป็นรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 279 - 282.

⁴⁰ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537), หน้า 92.

หมายความว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยไม่จำกัดว่า กฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ถูกตรามาโดยตัวแทนของประชาชนหรือไม่ กล่าวคือขอเพียงแต่มีสภาพเป็นกฎหมายก็สามารถอ้างได้ว่าอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ ในมุมมองของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบนี้อาจอธิบายได้โดยทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองโดยเฉพาะทฤษฎีความมีประสิทธิภาพของกฎหมายที่ ฮานส์ เคลเซน⁴¹ ได้วางไว้คือ เคลเซน ได้อธิบายว่ากฎเกณฑ์พื้นฐานหรือ Grund norm นั้นไม่ใช่เรื่องที่เป็นนามธรรมหรือเป็นเรื่องที่คลุมเครือแต่สามารถพิสูจน์ยืนยันได้ กล่าวคือ กฎเกณฑ์พื้นฐานดังกล่าวนั้นตั้งอยู่บนฐานของความเป็นประสิทธิภาพ (Effectiveness) หรือหลักประกันแห่งความมีประสิทธิภาพ (Principle of Effectiveness) โดยที่ประสิทธิภาพดังกล่าว หมายความว่า ความสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงของกฎเกณฑ์นั้น ซึ่งสามารถเห็นได้จากกรณีที่ประชาชนหรือคนทั่วไปเชื่อฟังและปฏิบัติตามความสมบูรณ์ของกฎหมายจะเกิดขึ้นได้ เมื่อได้รับอำนาจจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีระดับขั้นสูงกว่าให้สามารถออกกฎหมายนั้นและกฎหมายนั้นจำกัดอ้อมมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ด้วย

ปัญหาที่จะตามมาจากทฤษฎีของ เคลเซน คือ รัฐธรรมนูญที่ได้มาโดยการใช้กำลังหรือการทำปฏิวัติรัฐประหารนั้นผู้ที่ปฏิวัตินั้น เอาอำนาจมาจากที่ใดในการจัดทำรัฐธรรมนูญ และ grund norm ในขณะนั้นอยู่ที่ไหน เพราะถ้ามองว่า grund norm นั้นเป็นกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่ให้อำนาจในการออกรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองบ้านเมืองใช้บังคับกับคนทั้งประเทศนั้น grund norm จึงต้องมีความชอบธรรมและความถูกต้อง สิ่งใดที่มาจากความไม่ชอบธรรมแล้วถูกนำมาบัญญัติไว้เป็นกฎหมายนั้น ถือว่าใช้บังคับไม่ได้เพราะมาจากความไม่ชอบธรรมและไม่ถือว่ามาจาก grund norm ดังนั้น กฎหมายทุกลบที่มาจากปฏิวัติรัฐประหารนั้นไม่ได้

⁴¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ที่มาของกฎหมายมหาชน, เอกสารประกอบการสอน, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 7.

มาจาก grund norm แต่มาจากกลุ่มบุคคล เมื่อมองถึงหลักความชอบธรรม และความถูกต้องแล้ว รัฐธรรมนูญฉบับที่มาจากคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น จึงไม่ถือว่ามาจาก grund norm แต่ เคลเช่น มีความเห็นว่า ถึงอย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญที่ถูกสร้างขึ้นมาจากการปฏิวัติรัฐประหารนั้น ก็มาจาก grund norm เพราะกฎเกณฑ์ใดจะใช้ได้หรือไม่ นั้นขึ้นอยู่กับหลักประกันความมีประสิทธิภาพ แห่งการใช้บังคับ โดยมองว่ากฎหมายต้องมีการใช้บังคับไม่ว่าจะโดยวิธีการใด ดังนั้น หากคำสั่งของคณะปฏิวัติมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ ผู้คนทั่วไปต่างปฏิบัติตามคำสั่งใหม่ดังกล่าวอย่างแท้จริงแล้วโดยทั่วกัน คำสั่งใหม่นี้ก็จะกลายเป็น คำสั่งที่สมบูรณ์เป็นตัวกำหนดความชอบหรือไม่ชอบธรรมของการกระทำตาม กฎหมาย และจากจุดนี้เองที่ถือว่ากฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานใหม่ได้เกิดขึ้นแล้ว จาก การอธิบายเช่นนี้เองจึงทำให้บรรดานักปฏิวัติทั้งหลายต่างยึดทฤษฎีนี้ในการสร้าง รัฐธรรมนูญเพื่อรองรับอำนาจตนเอง

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทฤษฎีของ เคลเช่น นั้นมีจุดอ่อน ในเรื่องของการนำหลักความมีประสิทธิภาพมาใช้ปนกับลำดับขั้นของกฎหมาย จึงทำให้เกิดความเข้าใจไปว่า เมื่อเอาหลักความมีประสิทธิภาพมาพิจารณาแล้ว วิธีการใดก็ตามที่ทำให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับใช้ได้ก็จะถือว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้อง และมีความชอบธรรมเสมอ แม้ในบางกรณีอาจจะมาจากความไม่ถูกต้องและไม่ชอบธรรม เช่นมาจากการปฏิวัติรัฐประหาร

หากตีความนิติรัฐในความหมายอย่างแคบแล้วจะพบว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ก็ตามหากกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นั้นย่อมเท่ากับว่าไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐ โดยที่กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นไม่คำนึงว่าจะจะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดย กระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่โดยมองแค่กฎหมายมีสภาพบังคับใช้โดย ไม่มองถึงกระบวนการและเหตุผลในการตรา

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง หมายความว่ารัฐยอมตน อยู่ใต้กฎหมายและกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบธรรม ความชอบธรรมของ กฎหมายในกรณีนี้ก็คือ กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน

กฎหมายต้องคำนึงถึงความมีเหตุผลประกอบด้วยศีลธรรมและชอบธรรมด้วย กระบวนการตรา โดยที่กฎหมายนั้นจะต้องมุ่งเน้นไปในทางที่จะรับรองและส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนหากจะมีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายซึ่งกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้ อาจอธิบายได้โดยหลักศีลธรรมและหลักแห่งความเป็นเหตุเป็นผลและได้สัดส่วนกล่าวคือ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐ ฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ

การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐ ฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหรือองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของ

การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากจากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้

ดังนั้น นิติรัฐ ในความหมายอย่างกว้างนี้จะหมายถึง นอกจากรัฐและองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว การกระทำที่ก่อให้เกิดการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการกล่าวโดยสรุปว่านิติรัฐคือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐ หรือองค์กรรัฐหรือราษฎรต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด

นิติรัฐ เป็นรัฐที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายโดยรัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือกฎเกณฑ์ประการแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประการที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐและหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดรวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน คือ จำกัดอำนาจรัฐภายใต้กฎหมาย ลักษณะที่เด่นชัดที่สุดของนิติรัฐคือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดกระทำต่อปัจเจกชนได้ กฎหมายเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดอำนาจปกครอง ดังนั้นในนิติรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการที่ขัดแย้งหรือละเว้นไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ได้ และการที่ฝ่ายปกครองจะวางข้อกำหนดหรือออกคำสั่งต่อผู้อยู่ใต้ปกครองจะต้องอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ความสำคัญของหลักนิติรัฐก็คือ เป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนซึ่งให้อำนาจแก่ประชาชนที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญของกฎหมายปกครอง

ในนิติรัฐนั้นมีหลักการของกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายปกครองที่สำคัญ กล่าวคือ “องค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้บังคับของ

กฎหมาย” หมายถึง “การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องชอบด้วยกฎหมาย” จากหลักนิติรัฐแสดงถึงการจำกัดอำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบซึ่งเท่ากับเป็นการคุ้มครองป้องกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล โดยคำนึงถึงระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองด้วยรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดเพื่อกำประกันและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล เป็นประการสำคัญ นับได้ว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการขั้นมูลฐานอันสำคัญของหลักรัฐธรรมนูญนิยมที่ประชาชนย่อมมีสิทธิและเสรีภาพอย่างบริบูรณ์ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด

2.2.1.2 แนวคิดของหลักนิติรัฐ

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ

(1) พัฒนาการแนวคิดของหลักการแบ่งแยก

อำนาจ

(1.1) รากฐานแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการ

แบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเพราะบุคคลหรือองค์กรเดียวผูกขาดการใช้อำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจจึงอาจทำให้เกิดการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ซึ่งจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ดังที่ ลอร์ด แอกตัน (Lord Acton) ได้กล่าวว่า “อำนาจมีแนวโน้มให้เกิดการใช้ที่มิชอบ และการมีอำนาจที่อิสระที่สุดนั้นย่อมจะเกิดการกระทำที่มิชอบอย่างแน่นอน” (Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely) ดังนั้นหากมีการใช้อำนาจโดยมิชอบเกิดขึ้นแล้วในทางกลับกันก็จะส่งผลให้เสรีภาพของผู้อยู่ใต้ปกครองมีอาจบังเกิดขึ้นได้และจะทำให้ประชาชนขาดหลักประกันในการดำรงชีวิตอยู่ในสังคม เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการผูกขาดการใช้อำนาจโดยวิธีที่มิชอบ จึงได้เกิดแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจขึ้นโดยมองเตสกีเออ (Montesquieu) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส

เขาได้เสนอแนวคิดในการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นสามอำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการเพื่อทำให้เกิดดุลยภาพของอำนาจไม่ให้มีการผูกขาดอำนาจอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ภายใต้อำนาจการแบ่งแยกอำนาจนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งการใช้อำนาจซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้เพราะทั้งสามอำนาจมิได้มีการแบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลและคานอำนาจระหว่างกัน (checks and balances) ซึ่งหนึ่งในวัตถุประสงค์ของการแบ่งแยกอำนาจก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ ด้วยเหตุนี้จึงต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาดและเป็นฝ่ายดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจจากการใช้อำนาจทั้งปวงแต่เพียงฝ่ายเดียว⁴² นอกจากนี้ มองเตสกีเออได้เสนอแนวคิดในการแยกบุคคลผู้ใช้อำนาจแต่ละอำนาจให้เป็นอิสระจากกัน⁴³ ซึ่งถือเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่เนื่องจากเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยการกำหนดองค์กรผู้ใช้อำนาจให้แตกต่างกันนั้นถือได้ว่าเป็นการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ มิให้มีอำนาจมากเกินไปจนสามารถใช้อำนาจมากระทบสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลได้ ดังนั้น แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจจึงมีอิทธิพลเหนือรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ที่ได้นำหลักการรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการปกครองในระบบประชาธิปไตยที่คำนึงถึงการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ

⁴² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามรัฐธรรมนูญใหม่, หน้า 22-23.

⁴³ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป, (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, 2535), หน้า 146.

(1.2) วิวัฒนาการแนวคิดของหลักการ แบ่งแยกอำนาจ

แนวคิดเรื่องการแบ่งแยกการใช้อำนาจ และการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจภายในรัฐนั้นได้ถูกนำเสนอให้ปรากฏเป็นรูปธรรมโดยนักปราชญ์ชาวฝรั่งเศสคือ มงเตสกีเออ (Montesquieu) ค.ศ. 1689—1755 โดยเขาได้ศึกษาแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจที่มีมานานแล้วของนักปราชญ์หลายท่านดังนี้ Aristotle ดูเหมือนจะเป็นนักปราชญ์คนแรกที่ยพยายามจัดแบ่งองค์กรของรัฐโดยเขียนไว้ในหนังสือชื่อ Politics ว่าทุกรัฐมีองค์ประกอบสามประการคือ องค์ประกอบที่ดำเนินงานเกี่ยวกับกิจการสาธารณะ องค์ประกอบเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ และองค์ประกอบเกี่ยวกับอำนาจตุลาการ⁴⁴

ส่วน Jean Bodin ก็ได้เขียนเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจในหนังสือ De la Republique เกี่ยวกับระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกจำกัดลงบางส่วนว่าอำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกได้หลายอำนาจ แต่ไม่ได้กล่าวแน่ชัดว่าอำนาจอะไรบ้าง⁴⁵

Pufendorf ได้กล่าวไว้ในหนังสือ De Jure Nature et Gentium โดยได้มีการแบ่งอำนาจอธิปไตยออกไปถึง 7 อำนาจคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจที่จะลงโทษเพราะฝ่าฝืนกฎหมาย อำนาจที่จะทำสงครามและสงบศึก อำนาจในการทำสนธิสัญญา อำนาจแต่งตั้งข้าราชการ อำนาจเก็บภาษี และอำนาจในการจัดการศึกษา⁴⁶

Jame Harrington เป็นผู้เสนอหลักการปกครองโดยกฎหมายที่ชัดเจน ในยุคกลางได้ให้ข้อสังเกตไว้ในหนังสือ The Art of Lawgiving (ค.ศ.1659) ว่าการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร

⁴⁴ ออมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528) หน้า 54.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 50.

⁴⁶ เดือน บุญนาค, “การแยกอำนาจ”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 9 ฉบับที่ 3 (สิงหาคม 2522): หน้า 17 - 18.

เข้าด้วยกันจะก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยในการปกครองได้⁴⁷

John Locke ได้จำแนกหน้าที่ของรัฐเป็นสามส่วนโดยได้อธิบายไว้ในหนังสือ *Second Treaties of Civil Government* ว่าอำนาจหน้าที่พื้นฐานประการแรกในการปกครองคือ อำนาจในการบัญญัติกฎหมาย ส่วนอำนาจบริหารสื่อความหมายถึงอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและบริหารกิจการภายในของรัฐ ส่วนอำนาจประการที่สามคืออำนาจในการทำสงครามและสันติภาพ การทำความสัมพันธ์กับต่างประเทศซึ่งอำนาจที่สองและที่สามนี้แยกออกจากกัน จึงเป็นที่สังเกตว่าสื่อไม่ได้กล่าวถึงอำนาจตุลาการไว้โดยเฉพาะ เนื่องจากในช่วงของสื่อคนนั้นเป็นช่วงที่เติบโตของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) เพื่อจำกัดอำนาจกษัตริย์จึงยังมีได้เน้นถึงอำนาจตุลาการซึ่งยังมีได้แยกออกจากอำนาจกษัตริย์ดังนั้นอำนาจบริหารของสื่อคนนั้นรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย⁴⁸

มองเตสกีเออได้รับแนวคิดของนักปราชญ์ต่าง ๆ มาแต่แนวคิดที่มีอิทธิพลมากมาจากจอห์น ล็อก ซึ่งเห็นได้จากแนวคิดที่มีร่วมกันคือ บุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจไปในทางที่มิชอบได้เสมอ ซึ่งล็อกได้อธิบายเพิ่มเติมเกี่ยวกับอำนาจสูงสุดของฝ่ายนิติบัญญัติว่า อำนาจออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมายไม่ควรอยู่ที่บุคคลคนเดียวกัน เพราะจะทำให้มีการออกกฎหมายเพื่อยกเว้นการใช้บังคับกับตนเองหรืออาจออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตัวได้⁴⁹ ซึ่งมองเตสกีเออได้พัฒนาแนวคิด

⁴⁷ W.G.Gwyn, *The meaning of Separation of Power*, 1965, p.52. อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์อมรินทร์พรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2540), หน้า 309.

⁴⁸ Ivor Jennings Sir, *The Law and the Constitutional*, (5th ed.,1967), p.20. อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, หน้า 309.

⁴⁹ Ivor Jennings Sir, *The Law and the Constitutional*, (London: Hodder and Stoughton Ltd., 1967), p.20. อ้างในพีรศักดิ์ ภัทรปิติกุล, ปัญหาว่าด้วยการยึดทรัพย์สินนักการเมืองตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 13.

ดังกล่าวให้เป็นรูปธรรมชัดเจนยิ่งขึ้นโดยมองเตสกีเออได้เขียนหนังสือชื่อว่า “ว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย” (De l’ esprit des lois) บรรพ 11 บทที่ 6 เมื่อ ค.ศ. 1784 ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า⁵⁰

“เมื่ออำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้รวมกันอยู่ในบุคคลเดียวกันหรือในองค์กรเดียวกัน..., เสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเราอาจเกรงว่ากษัตริย์หรือคณะบุคคลอันเดียวกันนั้นจะออกกฎหมายแบบทรราชย์และใช้บังคับกฎหมายโดยวิธีของทรราชย์

อีกอย่างหนึ่ง กรณีจะไม่มีเสรีภาพถ้าอำนาจในการตัดสินไม่แยกออกมาจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ถ้าอำนาจนี้รวมเข้ากับอำนาจนิติบัญญัติชีวิตและเสรีภาพของผู้อยู่ในปกครองจะต้องเผชิญกับการควบคุมที่ลำเอียง เพราะผู้พิพากษาจะกลายเป็นผู้ออกกฎหมาย ถ้าอำนาจนี้รวมเข้ากับอำนาจบริหารผู้พิพากษาก็อาจประพฤติตัวแบบรุนแรงและกดขี่

กรณีจะเป็นการรวบอำนาจของทุกสิ่งทุกอย่าง ถ้าอำนาจทั้งสาม นั่นคือการตรากฎหมาย การบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีของเอกชนได้ถูกใช้โดยบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันไม่ว่าจะเป็นกรณีของบรรดาขุนนางหรือประชาชนก็ตาม”

ในส่วนนี้ได้แสดงให้เห็นว่ามองเตสกีเออได้นำแนวคิดของ จอห์น ล็อกมาใช้แต่เน้นถึงอำนาจในการตัดสินคดี (la puissance du juger) ซึ่งต้องแยกอำนาจตุลาการออกจากอำนาจของกษัตริย์โดยให้อำนาจตุลาการมีความเป็นอิสระ ดังที่มองเตสกีเออได้กล่าวว่า “อำนาจตัดสินคดีนี้ไม่ควรมอบให้แก่คณะบุคคลใดเป็นการถาวร แต่ควรให้ใช้อำนาจนี้โดยผ่านกลุ่มบุคคลที่ได้รับเลือกมาจากประชาชนในช่วงระยะเวลาหนึ่ง

⁵⁰ F.H. Lawson and D.J. Bentley, *Constitutional and Administrative Law*, 1961, pp.69 - 80. แปลโดยชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์ “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, วารสารกฎหมายปกครอง, ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (2526): หน้า 25.

ของรอบปี ตามรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย เพื่อประกอบเข้ากันเป็นศาลซึ่งตั้งอยู่เพียงความจำเป็นเรียกร้องเท่านั้น”⁵¹ แสดงว่ามองเตสกีเออเป็นผู้ตั้งอำนาจตุลาการออกมาวิเคราะห์ว่าควรแยกจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร แต่มีเสนอให้แยกเป็นลักษณะขององค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการโดยเฉพาะเท่านั้น ซึ่งเห็นได้จากการที่เขามองว่าอำนาจในการตัดสินคดีเป็นการเกิดขึ้นเพียงชั่วคราวทำนองเดียวกับระบบลูกขุนของประเทศอังกฤษ ดังนั้นในทรรศนะของมองเตสกีเออจึงยังไม่มีองค์กรตุลาการเป็นประจำเด่นชัด

อย่างไรก็ตาม แนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออแม้จะยังไม่ได้เสนอให้มีการกำหนดถึงองค์กรที่จะมาใช้อำนาจตุลาการอย่างเด่นชัดก็ตามแต่ตามแนวคิดของเขาก็ได้แสดงให้เห็นปรากฏอย่างเด่นชัดแล้วว่าอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการควรเป็นอิสระจากกัน โดยเน้นการคานและดุลระหว่างทั้งสามอำนาจร่วมด้วยในเวลาต่อมา เซอร์วิลเลียม แบล็คสโตน (Sir William Blackstone) ผู้พิพากษาชาวอังกฤษได้พัฒนาแนวคิดของมองเตสกีเออโดยเน้นความมีอยู่ของอำนาจตุลาการในลักษณะของอีกองค์กรหนึ่งนอกจากอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจบริหาร⁵² และกลุ่มบุคคลที่ใช้อำนาจตุลาการนี้ต้องได้รับการแต่งตั้งเข้ามาโดยกษัตริย์แต่มิใช่จะให้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ⁵³ แต่แบล็คสโตนก็มีได้เสนอให้มีการคานและดุลกันของอำนาจ เขานำเสนอเพียงความอิสระของศาลเท่านั้น

⁵¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI, para. 13 (1748) (Oeuvres Completes de Montesquieu, Roger Caillois edition 1951) อ้างใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, หน้า 311.

⁵² M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Power*, 1967, pp.35-36. อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, หน้า 312.

⁵³ William Blackstone Sir, *Commentaries on the Law of England*, vol.1 (1765, Professional Books Limited, reprint 1982), p.269. อ้างในชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์, หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศ.ดร.สมภพ โหตระกิตย์, หน้า 313.

กล่าวได้ว่าแนวคิดของมองเตสกีเออได้มีอิทธิพลครอบงำระบบการเมืองในศตวรรษที่ 19 และต้นศตวรรษที่ 20 เป็นอย่างมาก โดยแนวคิดของเขาทำให้คนยุคหลัง ๆ มุ่งความสนใจไปสู่จุดเดียวกันคือเป็นการก่อให้เกิดขบวนการรัฐธรรมนูญนิยมขึ้นซึ่งจะเห็นได้จากปฎิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ.1789 มาตรา 16 ว่า “ไม่ว่าในสังคมใดก็ตามหากไม่มีการค้ำประกันเสรีภาพของปวงชนและไม่มีการแบ่งแยกอำนาจแล้วไซ้ระสังคมนั้นหากรัฐธรรมนูญไม่⁵⁴ หลักการดังกล่าว ได้ปรากฏเป็นรูปธรรมชัดเจนในการร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาเมื่อ ปี ค.ศ.1787 ที่ได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเออมาใช้อย่างเคร่งครัด และยังคงมีอิทธิพลมาจนถึงปัจจุบัน⁵⁵

(2) ความหมายของการแบ่งแยกอำนาจ

จากแนวคิดของมองเตสกีเออตามหนังสือว่าด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นได้มีการนิยามความหมายของการแบ่งแยกอำนาจเป็นครั้งแรกคือ “ในทุกีรัฐบาลมีอำนาจอยู่สามอำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (legislative) เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของชาติ และอำนาจบริหาร (executive) เกี่ยวข้องกับเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับกฎหมายของประชาชน”⁵⁶ ซึ่งพบว่าเป็นการกล่าวซ้ำถึงแนวคิดของล๊อค ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจบริหารที่รวมถึงอำนาจในการปกครองและพิจารณาคดีด้วยจึงถือเป็นการยอมรับในขณะนั้นว่ามีการแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสองประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเท่านั้น

⁵⁴ โกลินทร์ วงศ์สุวรรณ, ความเป็นมาของระบบการปกครองในระบอบรัฐสภาและระบบรัฐสภาในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: เจริญวิทยาการพิมพ์, 2518) หน้า 2.

⁵⁵ เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, หลักรัฐศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2514), หน้า 316.

⁵⁶ F.H. Lawson and D.J. Bentley, *Constitutional and Administrative Law*, 1961, pp.69-80. แปลโดยชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์ “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, หน้า 31.

ในขณะที่เดียวกันมองเตสกิเออก็ได้ให้คำนิยามใหม่ในครั้งที่สองโดยมีการจำกัดอำนาจบริหารให้มีขอบเขตแต่เพียงอำนาจในการปกครองด้านการจัดให้มีมีความมั่นคงสาธารณะแต่ก็มีแจ้งชัดว่าอำนาจในการจัดให้มีมีความมั่นคงสาธารณะมีความหมายรวมถึงกิจการภายในของรัฐด้วย และยิ่งกว่านั้นมองเตสกิเออยังได้วิเคราะห์ถึงการมีอยู่ของอำนาจที่สาม คือ อำนาจในการตัดสินซึ่งเป็นการประสานแนวคิดของลอร์ดเข้ากับการแยกอำนาจอตุลาการออกจากอำนาจของกษัตริย์

อย่างไรก็ตาม ในเวลาต่อมามองเตสกิเออก็ได้ละเลยในการนิยามความหมายในการแบ่งแยกอำนาจที่ได้ให้ไว้ทั้งสองครั้ง แต่เขากลับใช้นิยามในทางปัจจุบันมากขึ้นโดยได้นิยามความหมายในการแบ่งแยกอำนาจอันได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมาย อำนาจในการบังคับตามมติมหาชน และการพิจารณาคดีระหว่างเอกชน และเป็นที่แน่ชัดว่าอำนาจบริหารได้รวมถึงกิจการภายในและภายนอกด้วย

ความหมายตามนัยหลังนี้เองที่มองเตสกิเออใช้ในการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจของรัฐบาลและได้กลายมาเป็นพื้นฐานของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจในปัจจุบันที่มีการแบ่งแยกการใช้ อำนาจออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจอตุลาการ โดยมีการแยกองค์การใช้อำนาจดังกล่าวด้วยทั้งนี้ภายใต้หลักการคานและดุลอำนาจระหว่างกันอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญในการป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบของผู้ปกครองที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิของประชาชนได้

(3) สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ

มองเตสกิเออได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยได้กล่าวไว้ว่ารัฐมีการใช้อำนาจอยู่สามประการด้วยกันคือ⁵⁷

⁵⁷ อมร จันทรสมบูรณ์, กฎหมายปกครอง, หน้า 51 - 52.

ประการแรก รัฐมีอำนาจออกกฎหมายมา บังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมายนั้น คือ อำนาจนิติบัญญัติ

ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย การกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย

ประการสุดท้าย รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการ ลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย

จากสภาพในสมัยนั้นมองเดสกีเออได้เห็นว่าการใช้อำนาจนิติบัญญัติควรให้ประชาชนและกลุ่มอภิชนเป็นผู้ใช้อำนาจผ่านทางรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสภาอภิชน(สภาสูง) และสภาประชาชน (สภาล่าง) ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ส่วนอำนาจบริหารควรอยู่ในมือของกษัตริย์โดยมีขุนนางเป็นผู้ช่วย และอำนาจตุลาการควรอยู่ในมือขององค์กรที่มีใช้องค์กรประจำแต่เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเป็นครั้งคราวเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและสิ้นสุดลงเมื่อพิจารณาคดีเสร็จเพื่อให้คนเกรงกลัวอำนาจของสถาบันมิใช่ตัวบุคคล⁵⁸

จากที่กล่าวมาจะเห็นว่าการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมหมายถึงองค์กรที่ใช้อำนาจด้วย โดยมีจุดมุ่งหมายมิให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐมีอำนาจมากจนเป็นการผูกขาด โดยได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจออกดังนี้

1) องค์กรนิติบัญญัติ เป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรากฎหมาย ซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติ

2) องค์กรบริหาร เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการปกครองประเทศ

⁵⁸ สุขุม นวลสกุล, ทฤษฎีการเมืองแห่งนวมัย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2519), หน้า 44.

3) องค์กรตุลาการ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจในการอำนวยความสะดวกหรือการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

โดยหลักการและทฤษฎีนั้นการแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่มีข้ออยู่เหนือกว่าในลักษณะที่เด็ดขาดสมบูรณ์ กล่าวคือจะต้องมีมาตรการที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการตามอำนาจในแต่ละองค์กร คือมีการคานและดุลอำนาจ (checks and balances) ระหว่างกัน และถือได้ว่าหัวใจสำคัญอีกประการหนึ่งของการแบ่งแยกการใช้อำนาจก็คือการคานและดุลอำนาจนั่นเอง

2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

หลักนิติรัฐ หรือ รัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย กล่าวคือ ทุกคนในรัฐไม่ว่า จะเป็นผู้ปกครอง หรือผู้อยู่ใต้การปกครองต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย

ภายใต้หลักนิติรัฐ การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยกฎหมายเป็นทั้งที่มาและกรอบของการใช้อำนาจของรัฐ

กฎหมายในฐานะที่เป็นที่มาแห่งอำนาจ คือกฎหมายเป็นเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน การใช้อำนาจของรัฐต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับ ส่วนกฎหมายในฐานะที่เป็นกรอบหรือขอบเขตแห่งการใช้อำนาจ คือ กฎหมายเป็นสิ่งกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจของรัฐ รัฐจะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ ขอบเขตของการใช้อำนาจของรัฐจะถูกกำหนดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ หลักความเสมอภาค หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน หลักความต่อเนื่องของการกระทำทางปกครอง เป็นต้น

การใช้อำนาจของรัฐจึงต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ประชาชนให้อำนาจและกำหนดขอบเขตแห่งการใช้อำนาจไว้ เพื่อไม่ให้รัฐ

กระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือหากจะ
กระทบต้องกระทบให้น้อยที่สุด

มีผู้กล่าวว่า หลักนิติรัฐ เป็นแนวความคิดที่ได้แย้ง
ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยสูงสุด เด็ดขาด
เป็นนิรันดร์ และไม่ตกอยู่ใต้อาณัติของผู้หนึ่งผู้ใด

ในสมัยโบราณ อำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์
ซึ่งเป็นผู้ปกครอง กษัตริย์มีข้าราชการบริวาร ซึ่งทำงานต่างพระเนตรพระกรรณ
เป็นส่วนหนึ่งของกษัตริย์ กษัตริย์และข้าราชการบริวารจะมีฐานะอยู่เหนือกฎหมาย
คือ เป็นผู้ออกกฎหมายแต่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายที่ตนเองออก
กฎหมายในสมัยนี้จึงมีขึ้นเพื่อใช้บังคับเฉพาะแต่ประชาชน(ผู้อยู่ใต้การปกครอง)
มิใช่กับกษัตริย์และข้าราชการบริวาร (ฝ่ายปกครอง) ด้วยเหตุนี้กฎหมายออกมาเพื่อ
กดขี่ประชาชน เป็นเหตุให้ต่อมาเกิดแนวความคิดต่อต้านการปกครองแบบ
กษัตริย์ (สมบูรณาญาสิทธิราชย์) ก่อให้เกิดการปฏิวัติในประเทศฝรั่งเศส และ
การประกาศอิสรภาพของอเมริกา ก่อให้เกิดแนวความคิดของการปกครอง
โดยกฎหมาย (ของประชาชน) อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ไม่ใช่ของ
ผู้หนึ่งผู้ใดตรงนี้ หลักนิติรัฐจึงถือกำเนิดขึ้นมา

ดังนั้นหลักนิติรัฐจึงเป็นแนวความคิดที่ต่อต้าน
ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดั้งเดิม ซึ่งถือว่าอำนาจอธิปไตยสูงสุด เด็ดขาด
เป็นนิรันดร์ และไม่ตกอยู่ใต้อาณัติของผู้หนึ่งผู้ใด คืออำนาจต้องอยู่ภายใต้
กฎหมาย (ของประชาชน) กล่าวอีกนัยหนึ่งหลักนิติรัฐเป็นการจำกัดการใช้
อำนาจอธิปไตย ที่เกิดขึ้นจากการจำกัดอำนาจตนเองของรัฐ และการจำกัด
อำนาจรัฐดังกล่าวกระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้นโดยประชาชน การจำกัด
อำนาจดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นสิ่งกำหนด
ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ ด้วยเหตุดังกล่าวหลักนิติรัฐจึงมีขึ้นเพื่อปกป้อง
สิทธิเสรีภาพของประชาชน ในอีกมุมหนึ่งก็ปกป้องรัฐด้วยเช่นกัน

การเร เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า⁵⁹

“นิติรัฐ (Etat de droit หรือ Rechtsstat) เป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนด การกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือ กฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สอง กำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองที่ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใดๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น (loi) ให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใดๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย”

กล่าวโดยสรุปคือ นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย และรัฐจะกระทำการใดๆ ไปกระทบต่อปัจเจกชนโดยไม่สมัครใจไม่ได้ หากรัฐกระทำการใดๆ ไปกระทบต่อปัจเจกชนแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายต้องมีวิธีการเยียวยาแก้ไข เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 279 — 280.

การ เดอ มัลแบร์ ยังกล่าวต่อไปอีกว่า

“ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไป訴ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย”

ภายใต้หลักนิติรัฐองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงองค์กรกึ่งตุลาการ (Quasi judicial) ได้แก่ คณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ จึงมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น เราจึงกล่าวว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ และสามารถจำแนกสาระสำคัญของหลักเกณฑ์ของหลักนิติรัฐได้ 2 ประการ ดังนี้

ประการแรก ประชาชนต้องมีสิทธิและหน้าที่ที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย รัฐและองค์กรของรัฐที่จะกระทำการใด ต้องอาศัยอำนาจที่กฎหมายให้ไว้ และต้องทำตามกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะได้รับการคุ้มครองและการทำการใดกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้

ประการที่สอง ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการนอกขอบแห่งกฎหมาย

และไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพและหน้าที่ของประชาชน โดยต้องจัดให้มีองค์กรหรือผู้วินิจฉัยในการทำหน้าที่ดังกล่าว

ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐจึงต้องมีการสร้างมาตรการต่างๆ ขึ้นมา โดยมาตรการเหล่านี้ อาจปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแต่ละฉบับของรัฐนั้น ๆ

3) หลักแห่งความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation)⁶⁰ แม้รัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ จะไม่ได้บัญญัติหลักแห่งความได้สัดส่วนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือกันว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (Bloc Constitutionnel) หลักกฎหมายดังกล่าวประกอบด้วยหลักการย่อยๆ สามประการ คือ หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล (Principle of Appropriateness) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in The Narrow Sense)⁶¹

หลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล บังคับว่าในบรรดา มาตรการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจกำหนดเพื่อไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ ฝ่ายปกครอง

⁶⁰Paul Muller, *Le principe de la proportionnalite*, (Bale: Revue de droit suisses, 1978), p. 198. อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” ในหนังสือคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545), หน้า 145.

⁶¹วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2543), หน้า 85 — 94.

จะต้องเลือกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น โดยหากกฎหมายมีเจตนารมณ์คุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น เช่น ป้องกันการผูกขาดตัดตอนในทางเศรษฐกิจ มาตรการนั้น ก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันได้จริงๆ หรือในกรณีหากกฎหมายมีเจตนารมณ์จะตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนในด้านใดด้านหนึ่ง เช่น รักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรการนั้นก็ต้องอยู่ในวิสัยที่จะป้องกันมิให้เกิดจลาจล สงครามกลางเมือง หรือความเสื่อมทรามทางจิตใจของประชาชนได้จริงๆ เป็นต้น หากมาตรการใดไม่สามารถทำให้จุดประสงค์ที่ตั้งไว้ปรากฏเป็นจริงขึ้นมาได้โดยแน่แท้ หรือทำให้สถานการณ์เลวร้ายลงกว่าเดิม ย่อมเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและไม่มีผลใช้บังคับ หรือกฎหมายฉบับใดที่ไม่เป็นไปตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผล กฎหมายฉบับนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าหลักแห่งความเหมาะสมเรียกร้องความสัมพันธ์เชิงเหตุและผลระหว่างมาตรการที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับกับสิ่งที่กฎหมายฉบับที่ทำให้อำนาจประสงค์จะให้เกิดขึ้นเป็นผล ดังนั้นหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลจึงเป็นสิ่งเดียวกันกับสามัญสำนึก (Common sense) นั่นเอง มาตรการที่ไม่อาจก่อให้เกิดผลตามที่ต้องการจะให้เกิดได้อย่างแน่แท้หรือมาตรการที่ก่อให้เกิดผลตรงกันข้ามตามที่ต้องการจะให้เกิด แท้ที่จริงแล้วเป็นมาตรการที่ไร้ความหมายอย่างสิ้นเชิงในสายตาของคนที่มีสติสัมปชัญญะเต็มบริบูรณ์และเนื่องจากบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ทางปกครองล้วนแล้วแต่เป็นคนที่มีจิตใจไม่วิกล ดังนั้นหากฝ่ายปกครองออกมาตราการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายได้อย่างแน่แท้ จึงต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าฝ่ายปกครองประสงค์จะใช้มาตรการนั้นเป็นเครื่องมือดำเนินการให้เกิดผลอย่างอื่นนอกเหนือไปจากผลที่กฎหมายประสงค์จะให้เกิดเข้าข่ายการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Abuse of Power)

หลักแห่งความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดา มาตรการหลายๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่สามารถทำให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมาย

ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจสำเร็จลุล่วงไปได้ แต่ทว่าแต่ละมาตรการมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดและบรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายให้มากที่สุด ความคิดที่เป็นรากฐานของหลักการนี้มีอยู่ว่า “ในระหว่างสิ่งทีเลวร้ายสองสิ่งที่จะต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งทีเลวร้ายน้อยกว่า” ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเท่านั้น การจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นสิ่งที่ไม่ชอบธรรม เช่น มาตรการเกี่ยวกับการรักษาความปลอดภัยอาคารที่ประสบปัญหาอัคคีภัย กฎหมายอาจกำหนดมาตรการต่างๆ ที่สามารถทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย คือการรักษาความปลอดภัยของประชาชนฝ่ายปกครองต้องเลือกมาตรการเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

สังเกตเห็นได้ว่า หลักแห่งความจำเป็นจะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อมีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายอยู่หลายมาตรการให้เลือกตามหลักความสัมฤทธิ์ผล ฝ่ายปกครองต้องเลือกนำมาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ตามหลักสัมฤทธิ์ผลให้มากที่สุดและต้องกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุด และในกรณีที่มีมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมายเพียงมาตรการเดียวเท่านั้นที่ฝ่ายปกครองบังคับใช้ หลักแห่งความจำเป็นจะไม่เกิดขึ้นในกรณีนี้เลย

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการปฏิบัติการให้เป็นไปตามมาตรการหนึ่งมาตรการใดของฝ่ายปกครอง และเป็นมาตรการที่จะทำให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายและกระทบ

กระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและก่อให้เกิดประโยชน์
แก่มหาชนมากที่สุด หรือกล่าวคือในบรรดามาตรการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญหรือ
กฎหมายเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพ
ของประชาชน หากมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดเมื่อได้ลงมือปฏิบัติให้เป็นไป
ตามมาตรการนั้นแล้วยังผลให้เกิดประโยชน์กับมหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับสิทธิ
และเสรีภาพของประชาชนที่จะบังเกิดความเสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ ฝ่าย
ปกครองจะต้องไม่ใช่มาตรการนั้นไปบังคับใช้กับประชาชน

หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้
จึงเรียกร้องว่ามาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายมาบังคับใช้
กับประชาชนต้องก่อให้เกิดประโยชน์มากกว่าโทษและถ้าก่อให้เกิดโทษ
มากกว่าประโยชน์แล้วย่อมถือได้ว่ามาตรการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น
ฝ่ายปกครองจะเลือกใช้มาตรการใดที่ก่อโทษให้แก่ประชาชนหรือส่วนรวม
มากกว่าก่อประโยชน์ แม้มาตรการนั้นจะเป็นมาตรการที่เมื่อนำมาใช้แล้วจะ
บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามหลักแห่งความสัมฤทธิ์ผลและ
เป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย
ตามหลักแห่งความจำเป็นก็ตาม มาตรการดังกล่าวย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย
และใช้บังคับไม่ได้

4) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรรัฐ⁶²

หลักความชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นภายใต้หลัก
นิติรัฐที่กล่าวว่าป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายซึ่งแต่เดิมนั้นหลักความชอบ
ด้วยกฎหมายนั้น เน้นเฉพาะผู้ที่อยู่ใต้การปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้
กฎหมายของรัฐที่ตราโดยไม่ถือว่าผู้ปกครองรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเอง

⁶² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ชุดการเรียนด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชน
ด้วยตนเอง หมวดที่ 3 การควบคุมการกระทำทางปกครอง ชุดที่ 1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการ
กระทำทางปกครอง, (กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., 2548),
หน้า 19 – 25.

ตราขึ้นมา เพราะถือว่ารัฐและผู้ปกครองรัฐซึ่งได้แก่พระเจ้าแผ่นดินนั้นมีอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่เรียกว่า สมบูรณาญาสิทธิราชย์ และอำนาจสูงสุดดังกล่าวนั้นได้แผ่ขยายไปถึงข้าราชการและข้าราชการบริพารของพระเจ้าแผ่นดินไปด้วยที่มีการเปรียบเทียบกันว่า “ทำงานต่างพระเนตรพระกรรณ” ซึ่งหมายความว่าข้าราชการและข้าราชการบริพารเหล่านี้กระทำการแทนพระเจ้าแผ่นดิน โดยเปรียบเทียบเป็นแขนและขาของพระองค์ท่าน ดังนั้นบุคคลเหล่านี้กระทำการใดไปและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง บุคคลเหล่านี้ถูกฟ้องร้องหาได้ไม่ เพราะถ้าฟ้องบุคคลเหล่านี้และเอาผิดได้แล้วก็เท่ากับว่าฟ้องและเอาผิดกับพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งขัดกับหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้” (the king can do no wrong) ดังนั้นจะเห็นได้ว่าแต่เดิมฝ่ายปกครองนั้นไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมา เมื่อการเมืองการปกครองเปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรงนั้น ต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้น ซึ่งก็หมายความว่าฝ่ายปกครองนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ซึ่งก็หมายความว่า ถ้าฝ่ายปกครองไปกระทำการใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้การปกครองแล้ว ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก็สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อองค์กรยุติธรรมได้ เพื่อให้เยียวยาแก้ไขการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้นถ้าดูจากพัฒนาการของหลักความชอบด้วยกฎหมายเริ่มแรก หลักดังกล่าวใช้กับผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก่อน ต่อจากนั้น ได้แผ่ขยายมาใช้กับฝ่ายปกครอง แต่หลักดังกล่าวยังไม่ได้นำมาใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะเหตุที่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดอยู่แล้ว ย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และเห็นว่ากฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติสะท้อนถึงเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ

ต่อมาเมื่อมีการควบคุมกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ มิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น โดยอ้างถึงหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็หมายความว่า ทุกองค์กรของรัฐต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและจะกระทำการใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหาได้ไม่ ดังนั้นในศตวรรษที่ 20 จึงถือได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายไม่จำกัดอยู่เฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น แต่ได้แผ่ขยายไปถึงฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ และองค์กรอื่นของรัฐอีกด้วย

ด้วยเหตุดังกล่าว การกระทำของทุกองค์กรของรัฐ จึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักให้อำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกัน แก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นกฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจกระทำกรต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงมีทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาขององค์กร ยุติธรรม เป็นต้น และที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น จารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติ หลักกฎหมายทั่วไป

(1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำ ของฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายใดออกมา ก็จะต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นที่ตั้ง การที่จะบัญญัติกฎหมายให้เป็นที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น จะกระทำได้อันเมื่อกฎหมายให้อำนาจไว้ และจะกระทำได้ในขอบเขตจำกัดเท่านั้น โดยหลักแล้ว รัฐธรรมนูญ จะกำหนดถึงสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนไว้ ดังนั้นการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติจึงจะขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้ หากรัฐธรรมนูญมิให้อำนาจไว้ เพราะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคมที่ทุกองค์กรของรัฐต้องเคารพ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย การจะตรากฎหมายใดออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะต้องตราโดยองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชน

เองซึ่งก็คือฝ่ายนิติบัญญัติเพราะมาจากสมมติฐานที่ว่ากฎหมายที่จะมาจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้นั้นต้องเป็นกฎหมายที่ตราหรือได้รับความยินยอมจากประชาชนอันถือว่าเป็นรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

(2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ

ในบรรดาสามอำนาจของอำนาจอธิปไตย อำนาจตุลาการจะเป็นอำนาจที่อิสระมากกว่าองค์อื่น เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะเหตุที่ว่าเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของบุคคลทั่วไปและองค์อื่น ๆ ในรัฐให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นองค์กรตุลาการจึงเป็นองค์กรที่สร้างหลักประกันในการให้ความคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเป็นรูปธรรม และเห็นผลทางปฏิบัติในการที่ไม่เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่องค์กรตุลาการมีอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการนั้นก็ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน หมายความว่าต้องใช้กฎหมายด้วยความเที่ยงธรรมปราศจากอคติ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีระบบการตรวจสอบควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการให้เคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับองค์กรอื่น ๆ ด้วย เช่น ระบบการมีศาลสามชั้นเพื่อต้องการให้ศาลในชั้นระดับสูงตรวจสอบดูแลว่า ศาลในระดับล่างตัดสินคดีความเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น

(3) หลักความชอบด้วยกฎหมายกับการกระทำทางปกครอง

ส่วนใหญ่เมื่อกกล่าวถึงฝ่ายบริหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประชาชนแล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารนั้นมีปฏิสัมพันธ์กับประชาชนมากที่สุด เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้รับนโยบายจากฝ่ายบริหารลงมาปฏิบัติและปฏิบัติการดังกล่าวนั้นก็ต้องมีปฏิสัมพันธ์กับประชาชน ดังนั้นในความสัมพันธ์ดังกล่าวก็อาจมี

การกระทำที่ทั้งและอาจก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้ จึงมีแนวคิดว่าการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองนั้น ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ซึ่งก็หมายความว่าต้องมีการควบคุมฝ่ายปกครองหรือควบคุมการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นกรณีที่มีการกระทำของฝ่ายปกครองหรือผู้ใช้อำนาจเหนือประชาชนจะต้องมีกรอบขอบเขตการใช้อำนาจ มีหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน มีการควบคุมและดุลการใช้อำนาจรัฐและต้องมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด⁶³

ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยอยู่ภายใต้กรอบและวิธีการที่กฎหมายกำหนด การใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนด และหากการใช้อำนาจนั้นส่งผลให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย แสดงว่าการใช้อำนาจดังกล่าวขัดต่อกฎหมายและหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักที่ควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นิติกรรมทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

คำว่า “กฎหมาย” ในที่นี้ ส่วนใหญ่หมายถึงกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ข้อบังคับต่างๆ ด้วย

⁶³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 122.

อย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์เหล่านี้ต่างมีฐานมาจากพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติทั้งสิ้นดังนั้นในตำรากฎหมายบางเล่มจึงอธิบายว่า คำว่า “กฎหมาย” หมายความว่าตั้งแต่เฉพาะกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (ตราขึ้นโดยรัฐสภา)

ดังนั้นตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย คำว่า “กฎหมาย” จึงหมายความว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติ

2.3 แนวคิดว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร

หากมองในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะเห็นว่านอกจากรัฐบาลจะเป็นฝ่ายบริหารแล้วยังมีอีกหน้าที่หนึ่งที่สำคัญคือเป็นหัวหน้าของฝ่ายปกครอง กล่าวคือเป็นผู้สั่งการให้ฝ่ายปกครองต่าง ๆ กระทำการตามนโยบายที่ตนได้วางไว้ เพื่อเป็นประโยชน์แก่การจัดทำบริการสาธารณะ

2.3.1 การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร

2.3.1.1 การใช้อำนาจที่เกี่ยวกับการวางนโยบาย

การใช้อำนาจในลักษณะนี้เป็นการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางการเมืองกล่าวคือเป็นการใช้อำนาจในการวางนโยบายต่าง ๆ ที่จะใช้ในการบริหารประเทศ ซึ่งตามหลักแล้วเป็นหน้าที่ของรัฐบาลในฐานะของฝ่ายบริหารที่จะต้องจัดทำนโยบายและแถลงนโยบายต่อรัฐสภาในวันที่ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรัฐบาล การใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการวางนโยบาย เช่น การดำเนินการตามรัฐธรรมนูญหมวด 5 ว่าด้วยแผนนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ เป็นต้น

2.3.1.2 การใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หากมองกันตามความจริงแล้วเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำที่

เกี่ยวข้องกับการวางนโยบายหากแต่ในส่วนนี้จะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับนโยบายต่างประเทศเป็นหลัก เช่น การทำสนธิสัญญา การยกเลิกสนธิสัญญา การดำเนินคดีในศาลโลก เป็นต้น

การกระทำในทางนโยบายหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการกระทำทางการเมืองนั้นย่อมหลุดพ้นจากการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเพื่อไม่ให้ขัดต่อหลักแห่งการแบ่งแยกอำนาจมิเช่นนั้นศาลจะเป็นเพียงองค์กรเดียวที่ใช้อำนาจได้ทั้งในทางตุลาการและในทางการเมือง

2.3.2 การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจรัฐของรัฐบาลในฐานะฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจในอีกฐานะหนึ่งของรัฐบาลโดยหากเป็นการใช้อำนาจในลักษณะนี้ศาลย่อมเข้ามาควบคุมการกระทำในฐานะฝ่ายปกครองของรัฐบาลได้เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองไม่ใช่การใช้อำนาจในทางนโยบาย ดังนั้น การกระทำต่าง ๆ ที่ได้ทำลงในฐานะฝ่ายปกครองย่อมที่จะผูกพันอยู่ภายใต้หลักแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลจึงสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจลักษณะนี้ได้เสมอ

2.4 แนวคิดว่าด้วยการควบคุมอำนาจรัฐ

2.4.1 แนวคิดว่าด้วยระบบรัฐสภา

รูปแบบการปกครองแบบรัฐสภา คือ รูปแบบของการปกครองซึ่งยินยอมให้มืองค์กรที่เท่าเทียมกันสองฝ่าย คือ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายที่ทำหน้าที่บริหาร ซึ่งล้วนแต่ทรงอำนาจอธิปไตยที่ได้รับมาจากประชาชนซึ่งจะคอยถ่วงดุลอำนาจในกระบวนการปกครองระหว่างกันอยู่โดยตลอด โดยความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด⁶⁴ ระบบรัฐสภาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย

⁶⁴ แก้วสรร อดิโพธิ, สุรพล นิตติไกรพจน์, “สภาพและปัญหาปัจจุบันของระบบรัฐสภาไทย”, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับ 3 พ.ศ. 2527, หน้า 66.

โดยผ่านทางผู้แทนซึ่งสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชนที่ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจอย่างเด็ดขาด และยินยอมให้ฝ่ายบริหารเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติได้ โดยฝ่ายบริหาร ได้แก่ ประมุขของรัฐและคณะรัฐมนตรี โดยคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา นั่นก็คือ รัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาด้วยการเข้ารับหน้าที่บริหารโดยความไว้วางใจของรัฐสภา แต่รัฐบาลก็มีอำนาจแนะนำให้ประมุขของรัฐยุบสภาได้เช่นกัน ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนี้ถูกกำหนดโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยทั่วไปแล้ว รูปแบบของรัฐสภา มี 2 ประเภท คือ

1) สภาคู่ ประกอบด้วย สภาผู้แทนราษฎร ทำหน้าที่ออกกฎหมาย และวุฒิสภาทำหน้าที่เป็นสภาพิเลียงให้แก่สภาผู้แทนราษฎร

2) สภาเดี่ยว ซึ่งก็คือ มีสภาที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติเพียงสภาเดียว หากกล่าวถึงรูปแบบของระบบรัฐสภาแล้ว รูปแบบของระบบรัฐสภาต่างกับรูปแบบของ รัฐสภา เพราะรูปแบบของรัฐสภาจะกล่าวถึง การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา ในขณะที่รูปแบบของระบบรัฐสภาจะกล่าวถึงความสัมพันธ์ในการมีอำนาจของรัฐสภา และความรับผิดชอบของรัฐบาลต่อรัฐสภา ดังนั้นระบบรัฐสภาจะแบ่งเป็น 2 ระบบ คือ

1) ระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ (Le regime parlementaire dualist) คือ ระบบที่ พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจร่วมกับกับรัฐสภา ความรับผิดชอบของรัฐบาลจึงต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์และรัฐสภาในเวลาเดียวกัน

2) ระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว (Le regime parlementaire monist) คือ ระบบที่ รัฐสภามีอำนาจแต่ผู้เดียว ความรับผิดชอบของรัฐบาลจึงมีต่อรัฐสภาเท่านั้น

ระบบรัฐสภาเป็นระบบที่พัฒนามาจากรูปแบบการปกครองดั้งเดิมที่มีพระมหากษัตริย์เป็นผู้มีและใช้อำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ และรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ได้เขียนขึ้นในระยะแรก ๆ ของระบบรัฐสภาของประเทศในยุโรปก็เป็นรัฐธรรมนูญที่เขียนขึ้นเพื่อยอมรับระบอบการปกครอง

ที่พระมหากษัตริย์ตามที่เป็นอยู่ในขณะนั้น⁶⁵

สำหรับประเทศไทยจะเป็นในรูปแบบใดแน่นั้น เมื่อมองในแง่รูปแบบโครงสร้างที่เป็นภาพรวมของทั้งระบบแล้ว จะเห็นได้ว่า นอกจากรัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาแล้วรัฐบาลยังต้องรับผิดชอบต่อพระมหากษัตริย์ด้วยตามระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ (dualist) รัฐบาลสามารถทำหน้าที่ในการบริหารประเทศได้ ก็โดยความไว้วางใจของรัฐสภา รัฐบาลจึงต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา และเพราะในการปกครองนั้นยังมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขซึ่งพระมหากษัตริย์ไทยมีพระราชอำนาจในการว่ากล่าวตักเตือนอันเป็นพระราชอำนาจดั้งเดิม นอกจากนี้ยังมีพระราชอำนาจแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรีได้ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรียังสามารถเข้าหาพระมหากษัตริย์เพื่อขอพระราชทานคำแนะนำให้กิจการบ้านเมืองได้ การที่พระมหากษัตริย์ลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายก่อนที่จะนำไปประกาศใช้ นั้นแสดงว่ารัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาและพระมหากษัตริย์ในขณะเดียวกัน ดังที่กล่าวว่า รัฐบาลของพระมหากษัตริย์

แต่หากมองในแง่ของหน้าที่ที่มีต่อรัฐสภาของรัฐบาลแล้ว รัฐบาลก็จะมีหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาโดยตรง ตามระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว (monist) ซึ่งในบางตำราก็จะบอกว่าระบบรัฐสภาของไทยเป็นแบบอำนาจเดี่ยว เพราะมองในแง่ของการทำหน้าที่ของรัฐบาลนั่นเอง ดังเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 212 ได้บัญญัติให้ในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภานโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี

สรุปได้ว่า เมื่อมองในแง่รูปแบบโครงสร้างจะเป็นระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ แต่หากมองในแง่การปฏิบัติหน้าที่ที่มีต่อรัฐสภาแล้วเป็นระบบ

⁶⁵ อมร จันทรสุมบุรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายการศึกษา, 2537), หน้า 23.

รัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับมุมมองในการมองเพื่อให้เข้าใจถึงรูปแบบของระบบรัฐสภามากขึ้น จึงได้ยกตัวอย่าง ระบบรัฐสภาของประเทศต่างๆ ในยุโรป ดังนี้

ประเทศ	รูปแบบการปกครอง	รูปแบบระบบรัฐสภา	หน้าที่ระบบรัฐสภา
เยอรมนี	สาธารณรัฐ/รัฐสภา	อำนาจเดี่ยว (monist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
เบลเยียม	ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ ⁶⁶ /รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
เดนมาร์ค	ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ/รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
สเปน	ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ/รัฐสภา	อำนาจเดี่ยว (monist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
ฝรั่งเศส	กึ่งประธานาธิบดี/รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	ประธานาธิบดีมีอำนาจมาก
อังกฤษ	ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ/รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
กรีซ	สาธารณรัฐ/รัฐสภา	อำนาจเดี่ยว (monist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
อิตาลี	สาธารณรัฐ/รัฐสภา	อำนาจเดี่ยว (monist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
ลักเซมเบิร์ก	ราชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ/รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	อำนาจเดี่ยว (monist)
โปรตุเกส	กึ่งประธานาธิบดี/รัฐสภา	อำนาจคู่ (dualist)	ประธานาธิบดีมีอำนาจมาก

หมายเหตุ : แปลจาก Cahiers français 268, Les regimes politiques europeens en perspective, Institutions et pouvoirs politiques , p.30.

⁶⁶ ศัพท์รัฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (แก้ไขเพิ่มเติม), 2536, หน้า 106.

จากตารางข้างต้นจะสังเกตเห็นได้ว่า ประเทศใดที่ใช้รูปแบบการปกครองแบบมีพระมหากษัตริย์ โดยมีรัฐสภา แสดงว่าเป็นระบอบที่มีพระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจร่วมกันกับรัฐสภาเมื่อมองในแง่รูปแบบโดยรวมแล้วฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลก็จะต้องรับผิดชอบต่อทั้งพระมหากษัตริย์และรัฐสภาในเวลาเดียวกัน (dualist) แต่ในแง่ของการปฏิบัติหน้าที่แล้วรัฐบาลจะรับผิดชอบต่อรัฐสภาเท่านั้น (monist) แต่ก็ไม่เป็นเช่นนี้เสมอไป เพราะประเทศที่มีพระมหากษัตริย์ อาจมีรูปแบบของระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยวก็ได้ เช่น ประเทศสเปน

ในทางกลับกันประเทศใดที่ใช้รูปแบบการปกครองแบบสาธารณรัฐ โดยมีรัฐสภา แสดงว่าเป็นระบอบที่รัฐสภามีอำนาจเพียงผู้เดียว (monist) และในแง่การปฏิบัติหน้าที่ รัฐบาลก็จะรับผิดชอบต่อรัฐสภาเท่านั้น (monist)

แต่ก็มีบางประเทศที่ใช้รูปแบบการปกครองแบบกึ่งประธานาธิบดี คือจะมีทั้งประธานาธิบดีและคณะรัฐมนตรีทำหน้าที่ฝ่ายบริหารของประเทศ รูปแบบระบบรัฐสภาจึงเป็นระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ (dualist) เพราะรัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อประธานาธิบดีและรัฐสภา แต่ในแง่การปฏิบัติหน้าที่แล้วประธานาธิบดีจะมีอำนาจเหนือฝ่ายรัฐบาล ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศโปรตุเกส

ระบบรัฐสภาสมัยแรกจะประกอบด้วยอำนาจสองขั้ว อำนาจแต่ละขั้วที่มาแตกต่างกันและต่างควบคุมซึ่งกันและกันซึ่งนักวิชาการเรียกระบบนี้ว่า ระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ (dualist) กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีจะเป็นบุคคลของพระมหากษัตริย์ที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและเข้ามาบริหารประเทศแทนพระมหากษัตริย์ (ที่เรียกกันว่ารัฐบาลของพระมหากษัตริย์) และจะมีสภาซึ่งประกอบด้วยผู้แทนที่ราษฎรเลือกตั้งเข้ามาควบคุมดูแล และให้ความเห็นชอบแก่พระมหากษัตริย์ในการเก็บภาษีอากร หรือตรากฎหมายที่จะใช้บังคับกับราษฎร ดังนั้น องค์กรทั้งสองฝ่ายจึงต้องควบคุมซึ่งกันและกัน

ต่อมาในระยะหลัง ระบบรัฐสภาดังกล่าวได้เปลี่ยนมาเป็นระบบรัฐสภาแบบมีขั้วอำนาจเพียงขั้วเดียว ซึ่งนักวิชาการเรียกว่าเป็นระบบรัฐสภา

แบบอำนาจเดี่ยว (monist) ระบบนี้เกิดขึ้นเพราะการวิวัฒนาการที่สืบเนื่องมาจากอำนาจของพระมหากษัตริย์ในอดีตได้ลดลง และพระมหากษัตริย์ได้ยินยอมแต่งตั้งให้บุคคลที่ได้รับความนิยมาจากสภามาเป็นรัฐมนตรีของพระองค์เพื่อลดความขัดแย้งระหว่างคณะรัฐมนตรี (ของพระองค์) กับสภา จนกระทั่งกลายเป็นหลักการที่ยอมรับกันว่าพรรคการเมืองใดหรือกลุ่มพรรคการเมืองใดที่ควบคุมเสียงข้างมากในสภา พรรคการเมืองนั้นหรือกลุ่มพรรคการเมืองนั้นก็จะเข้ามาเป็นรัฐบาลและบริหารประเทศ⁶⁷

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ทั้งสองระบบนี้มีความสัมพันธ์กัน โดยเกี่ยวพันกันในลักษณะที่พัฒนาการของระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ นำมาสู่พัฒนาการของระบบรัฐสภาแบบอำนาจเดี่ยว โดยความสัมพันธ์ของทั้งสองระบบรัฐสภานั้น มีที่มาจากวิวัฒนาการจากระบบรัฐสภาอังกฤษ และระบบการมีผู้แทนของอังกฤษ ระบบการมีผู้แทน (la regime representatif) ถือเป็นแม่พิมพ์หรือหัวใจหลักของระบบรัฐสภานำไปสู่วิวัฒนาการหรือแสดงให้เห็นภาพของการเป็นระบบรัฐสภาในไทย

2.4.2 แนวคิดในการควบคุมอำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมและตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนได้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่ารัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็น “นิติรัฐ” หากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพราะองค์กรตุลาการมีหลักการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา นอกจากนี้ องค์กรตุลาการยังมีวิธีพิจารณาเพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการ พิิจารณาต่างๆ การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนั้น อาจแยกออกได้ 2 ระบบ คือระบบ

⁶⁷อมร จันทรมบูรณ์, คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย, หน้า 23.

ศาลเดี่ยวและระบบศาลคู่ นอกจากการแยกเป็นระบบศาลเดี่ยวและศาลคู่แล้ว ในบางประเทศยังกำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษ ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญ จะมีภาระหน้าที่หลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญยังอาจมีบทบาทสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขององค์กรต่างๆ

อย่างไรก็ตามศาลหรือองค์กรตุลาการก็ไม่ได้มีอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทุกประเภท เพราะหากให้ศาลหรือตุลาการมีอำนาจตรวจสอบการกระทำทุกอย่างแล้วย่อมจะทำให้ศาลเป็นฝ่ายบริหารเสียเอง อีกทั้งการบริหารประเทศยังประสบกับความล่าช้าเนื่องจากทุกการกระทำอาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล ดังนั้นการกระทำบางอย่างที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมือง จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ

* * * *

บทที่ 3

แนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

ก่อนที่จะได้มีการกล่าวถึงเนื้อหาในบทที่ 3 นี้ ซึ่งมีเนื้อหาสำคัญเกี่ยวกับแนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล ผู้วิจัยเห็นว่าในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาประเด็นสำคัญของงานวิจัยในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนี้ เคยมีประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงทางวิชาการที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งเกี่ยวกับความหมายตามถ้อยคำของคำว่า act of government ในภาษาอังกฤษ acte de gouvernement ในภาษาฝรั่งเศส และ Regierungsakt ในภาษาเยอรมัน ว่าจะมีการแปลความหมายเป็นคำไทยว่าอย่างไร จึงจะมีความเหมาะสมระหว่างคำว่า “การกระทำของรัฐบาล” และ “การกระทำทางรัฐบาล” ก่อนที่จะไปถึงข้อสรุปที่ว่า จะเลือกใช้ถ้อยคำใดดีระหว่างสองคำดังกล่าว ผู้วิจัยจึงขออธิบายถึงที่มาทางแนวความคิดเสียก่อน ดังนี้

เมื่อกกล่าวถึงคำว่า “รัฐบาล” โดยความหมายที่เข้าใจเป็นการทั่วไป มักจะเข้าใจว่าหมายถึง “ฝ่ายบริหาร” กล่าวคือ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งถือว่าเป็นความเข้าใจที่ไม่มีข้อผิดพลาดแต่ประการใด แต่ก็ถือได้ว่าเป็นความเข้าใจที่ไม่ครบถ้วนสมบูรณ์

ความหมายของคำว่า “รัฐบาล” นี้ หมายถึง “คณะรัฐมนตรี” ซึ่งดำรงอยู่สองสถานะ สถานะแรก เป็นการดำเนินการในฐานะฝ่ายบริหาร ซึ่งมีลักษณะการทำงานขององค์กรที่มีลักษณะเป็นคณะบุคคลที่ดำเนินการร่วมกัน ดังความเข้าใจแบบทั่วไปที่กล่าวไว้ในข้างต้น ส่วนอีกสถานะหนึ่งนั้น หมายถึง “ฝ่ายปกครอง” ทั้งนี้เนื่องจากรัฐมนตรีแต่ละคน ตลอดจนนายกรัฐมนตรี

จะมีอำนาจหน้าที่เป็นการเฉพาะเจาะจงในการบังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่สังกัดกระทรวงที่ตนเองรับผิดชอบ และหน้าที่อื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ละฉบับ ในการบังคับบัญชาหรือสั่งการเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนี้ จึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง ที่สามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้ ตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐ ซึ่งจะกล่าวถึงโดยละเอียดต่อไปในรายงานการวิจัยฉบับนี้

อย่างไรก็ดีในการทำงานของ “รัฐบาล” หรือ “คณะรัฐมนตรี” นี้ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้เป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตาม “หลักความรับผิดชอบร่วมกัน” ด้วยหลักความรับผิดชอบร่วมกันดังกล่าวจึงทำให้ในการทำงานของคณะรัฐมนตรีจะมีการตัดสินใจในการดำเนินงานออกมาในรูปแบบของมติร่วมกัน หรือที่เราเรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” ทั้งนี้เพื่อเป็นแนวทางในการดำเนินการต่อไป

แม้ว่าโดยทั่วไปมติคณะรัฐมนตรีจะมีลักษณะเป็นการตัดสินใจร่วมกันในทางนโยบายก็ตาม แต่หากพิจารณาที่เนื้อหาของมติคณะรัฐมนตรีแต่ละฉบับจะทำให้เราสามารถแบ่งแยกประเภทของมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้ในการบริหารประเทศได้ว่า มติคณะรัฐมนตรีนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ประเภท⁶⁸ กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ มติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยทั่วไปได้ เพราะก่อให้เกิดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่างๆ ซึ่งจำต้องผูกพันตามมติดังกล่าวในการปฏิบัติราชการ

⁶⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์, บทบรรณาธิการ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 “การกระทำทางรัฐบาล”, [Online], Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1235>.

ด้วยเหตุนี้ มติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ จึงเป็นการใช้อำนาจในทางปกครอง ที่หากว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ได้ไปกระทำการหรือมีคำสั่งใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนแล้ว การกระทำทางปกครองดังกล่าวก็จะอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองได้ และย่อมอาจถูกยกเลิกเพิกถอนการกระทำดังกล่าวได้หากเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า หากมีมติคณะรัฐมนตรีใดที่มีเนื้อหาเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยตรง ศาลปกครองจะสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบโดยการยกเลิก เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวได้โดยตรงหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วยังไม่มีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้น

นอกจากมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่าง ๆ ซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำและเป็นการใช้อำนาจในฐานะเป็นฝ่ายปกครองแล้ว ยังมีมติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่ง คือ มติคณะรัฐมนตรีที่มีเนื้อหาเป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเป็นงานด้านนโยบายโดยแท้ และเป็นงานสำคัญประการหนึ่งที่คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารจำต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาดังความที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 176 ความว่า

“คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา และชี้แจงการดำเนินการตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามมาตรา 75 โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่ และเมื่อแถลงนโยบายต่อรัฐสภาแล้วต้องจัดทำแผนการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติราชการแต่ละปีตามมาตรา 76

ก่อนแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามวรรคหนึ่ง หากมีกรณีที่สำคัญและจำเป็นเร่งด่วนซึ่งหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะกระทบต่อประโยชน์สำคัญของแผ่นดินคณะรัฐมนตรีที่เข้ารับหน้าที่จะดำเนินการไปพลางก่อนเพียงเท่าที่จำเป็นก็ได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งถือเป็นแนวทางในการบริหารประเทศให้มีความเจริญก้าวหน้าต่อไป ดังจะสังเกตได้จากการกำหนดให้นโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีนั้นจะต้องมีความสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ดังความตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 75 ว่า

“บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นเจตจำนงให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน

ในการแถลงนโยบายต่อรัฐสภา คณะรัฐมนตรีที่จะเข้ารับบริหารราชการแผ่นดินต้องชี้แจงต่อรัฐสภาให้ชัดเจนว่าจะดำเนินการใด ในระยะเวลาใด เพื่อบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ และต้องจัดทำรายงานแสดงผลการดำเนินการ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคเสนอต่อรัฐสภาปีละหนึ่งครั้ง”

โดยผู้วิจัยเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้ความสำคัญต่อการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการในทางนโยบายของคณะรัฐมนตรีเป็นอย่างมาก เนื่องจากเห็นว่า การจะนำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ในหมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ที่มีอยู่ด้วยกันถึง 13 มาตรา มาดำเนินการให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงซึ่งแม้จะไม่มีบทลงโทษหรือแม้แต่จะมีข้อความบังคับไว้อย่างชัดเจนแต่แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐนั้นบังคับรัฐบาล ไม่ว่าจะมาจากพรรคการเมืองใด ให้ต้องปฏิบัติตาม⁶⁹

นอกจากนี้งานด้านนโยบายจะต้องมีการตรวจสอบโดยองค์กรสำคัญทางการเมือง อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือ รัฐสภา ไม่ว่าจะก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะเข้าทำหน้าที่ในการบริหารประเทศหรือภายหลังจากที่เข้าทำหน้าที่ในการบริหารประเทศแล้วก็ตาม ดังจะเห็นได้จากการกำหนดว่าการแถลง

⁶⁹ คณิน บุญสุวรรณ, ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย ฉบับสมบูรณ์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 466.

นโยบายของคณะรัฐมนตรีจะต้องแถลงต่อรัฐสภา (มาตรา 176) และคณะรัฐมนตรีจำเป็นต้องจัดทำรายงานแสดงผลการดำเนินการ รวมทั้งปัญหาและอุปสรรคเสนอต่อรัฐสภาปีละหนึ่งครั้ง (มาตรา 75) และคณะรัฐมนตรีจะต้องจัดทำแผนการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อแสดงมาตรการและรายละเอียดของแนวทางในการปฏิบัติราชการในแต่ละปี โดยจำเป็นต้องมีความสอดคล้องกับแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย (มาตรา 76) และการกำหนดให้รัฐสภาสามารถตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีผ่านการตั้งกระทู้ถามหรือการเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีรายบุคคล ซึ่งก็ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานเชิงนโยบาย หรือการปฏิบัติตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาทั้งสิ้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นผู้วิจัยได้พยายามที่จะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารซึ่งเป็นไปตามแบบอย่างของการปกครองในระบบรัฐสภา ซึ่งรัฐบาลจะสามารถบริหารราชการแผ่นดินไปในทิศทางใดนั้น ก็ยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นใดที่จะให้องค์กรตุลาการซึ่งตามหลักความเป็นอิสระของตุลาการ (Independence of the judiciary)⁷⁰ ที่มีหน้าที่สำคัญในการรักษาความชอบด้วยกฎหมาย โดยปราศจากการแทรกแซงทางการเมือง (ซึ่งหมายถึงว่า ผู้พิพากษาหรือตุลาการก็ห้ามที่จะเข้าไปแทรกแซงระหว่างปัญหาทางการเมือง เช่นกัน) จะเข้าไปทำหน้าที่ในการตรวจสอบเรื่องที่เป็นปัญหาทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นการเมืองภายในประเทศหรือระหว่างประเทศอีก ซึ่งนี่คือที่มาของการพัฒนาแนวความคิดหรือทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล หรือการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวขึ้นในต่างประเทศ

⁷⁰ จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 40 – 41.

นอกจากการใช้อำนาจในเชิงนโยบายของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวข้างต้นแล้ว เราจะพบว่ายังมีการใช้อำนาจขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญอีกหลายกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดให้เป็นอำนาจในการพิจารณาขององค์กรตุลาการใดๆ ทั้งนี้เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องที่ต้องคัดค้านต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญเหล่านั้นจะได้ใช้อำนาจไปภายใต้การควบคุมทางการเมือง ซึ่งคุณภาพแห่งอำนาจขององค์กรต่างๆ เหล่านี้ รัฐธรรมนูญได้จัดไว้ให้แล้วอย่างเหมาะสมภายใต้ลักษณะสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และการที่ประเทศไทยมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือที่เรียกกันว่า “ระบบรัฐสภา” นั้น ก็ทำให้องค์กรที่สามารถเข้ามาใช้อำนาจทางการเมืองตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญจัดสรรให้มันนั้น จึงมิได้มีเพียงแค่ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหาร หรือ รัฐสภา ในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ยังมีสถาบันพระมหากษัตริย์โดยองค์พระมหากษัตริย์อีกองค์กรหนึ่งที่กฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยได้จัดสรรให้มีอำนาจบางประการที่ถือได้ว่าเป็นอำนาจทางการเมือง (ซึ่งต้องเข้าใจว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นกลางทางการเมือง กับพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจทางการเมืองนั้นเป็นคนละเรื่องกัน)

จากที่กล่าวมานี้ องค์กรต่างๆ ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญจัดให้มีอำนาจทางการเมืองนั้น ก็มีเจตนารมณ์สำคัญที่ต้องการให้องค์กรเหล่านี้ต่างควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันในทางการเมืองและรวมไปถึงการถ้อยทีถ้อยอาศัยกันทางการเมืองด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น คณะรัฐมนตรีนอกจากจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาแล้ว ในอีกทางหนึ่งก็จำต้องรับผิดชอบต่อองค์พระมหากษัตริย์ด้วยเช่นกัน (ผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไปโดยละเอียดในงานวิจัยฉบับนี้) หรือกรณีที่องค์กรอื่นจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองแทนองค์พระมหากษัตริย์ตามหลัก The king can do no wrong นั้นก็แสดงให้เห็นว่าโดยธรรมชาติแล้ว องค์กรเหล่านี้มีวิธีในการจัดการกับปัญหาต่างๆ ด้วยวิถีทางทางการเมืองอยู่แล้วไม่ว่าจะโดยกฎหมายรัฐธรรมนูญเอง หรือโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองก็ตาม

การใช้อำนาจทางการเมืองขององค์กรเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นการใช้อำนาจที่มีผลโดยตรงต่อการบริหารราชการแผ่นดินทั้งสิ้น จึงกล่าวได้ว่าในการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินหรือในทางรัฐประศาสนโยบายนั้น ไม่ได้เป็นการใช้อำนาจโดยคณะรัฐมนตรี หรือ ฝ่ายบริหาร แต่เพียงองค์กรเดียว แต่เป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างกว้างขวางในองค์กรอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญ เช่น ประมุขของรัฐสภา ผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เป็นต้น⁷¹ ดังที่ผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไปในงานวิจัยฉบับนี้

โดยอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น บนข้อถกเถียงทางวิชาการที่จะเลือกใช้คำใดระหว่างคำว่า “การกระทำของรัฐบาล” กับ “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น เมื่อผู้วิจัยได้แสดงเหตุผลมาพอสมควรแล้ว จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำว่า “การกระทำของรัฐบาล” แม้จะเป็นถ้อยคำที่แปล “ความหมายตรงตามตัวอักษร” แต่ก็อาจทำให้เกิดความสับสนได้ว่าหมายถึงเฉพาะการกระทำของ “รัฐบาล” ในฐานะ “ฝ่ายบริหาร” เท่านั้น ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นว่า ความเข้าใจของบุคคลโดยทั่วไปที่มีต่อคำว่า “รัฐบาล” นั้นจะเป็นความหมายอย่างแคบเกินไป

ในขณะที่องค์กรต่างๆ ที่ใช้อำนาจอย่างรัฐบาลในด้านนโยบายในการบริหารประเทศหรือในทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งเป็นอำนาจทางการเมืองโดยแท้ กลับมิได้หลายองค์กรมิใช่เพียงจำกัดอยู่แต่ “รัฐบาล” ในความหมายอย่างแคบดังกล่าว การเลือกใช้ถ้อยคำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งแม้จะเป็นการให้ความหมายที่ไม่ตรงกับถ้อยคำตามตัวอักษรของคำว่า act of government ในภาษาอังกฤษ คำว่า acte de gouvernement ในภาษาฝรั่งเศส หรือ Regierungsakt ในภาษาเยอรมัน ก็ตาม แต่นำจะเป็นการให้ถ้อยคำที่

⁷¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร) ตอนที่ 2 (กรณีศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยื่นตามศาลปกครองชั้นต้นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีแฉ่งการมีส่วนร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก), [Online], Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1292>.

มีความหมายกว้างกว่า และตรงตามความหมายตามเนื้อหาแห่งการกระทำดังกล่าวได้ดีกว่านั่นเอง

ผู้วิจัยจึงสรุปได้ว่า เพื่อมิให้เป็นการสับสนว่า “การกระทำของรัฐบาล” จะใช้จำกัดอำนาจองค์กรตุลาการให้เข้าไปตรวจสอบการทำหน้าที่ของ “รัฐบาล” อันได้แก่คณะรัฐมนตรีเท่านั้น แต่อาจหมายรวมถึงการกระทำขององค์กรอื่น ๆ ด้วย ผู้วิจัยจึงขอใช้คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งหมายถึงการกระทำใด ๆ ทางรัฐประศาสนโยบาย โดยคณะวิจัยเชื่อว่าน่าจะก่อให้เกิดความเข้าใจที่ชัดเจนและง่ายต่อการทำความเข้าใจเนื้อหาของงานวิจัยฉบับนี้ได้ดีกว่าต่อไป ซึ่งภายหลังจากได้ข้อสรุปในเรื่องของการใช้ถ้อยคำตามความหมายของการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงเนื้อหาของบทที่ 3 ต่อไป ดังนี้

ในบทที่ 3 ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นที่รู้จักกันมาตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 ในประเทศฝรั่งเศสจากคดีระหว่างเจ้าชายนโปเลียนกับรัฐบาล สภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสได้ปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในการตัดสินใจในทางบริหารของรัฐบาลโดยแท้การกระทำเหล่านี้เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาลเมื่อเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วศาลย่อมที่จะไม่เข้าไปก้าวก่ายหรือแทรกแซง เนื่องจากหากศาลเข้าไปแทรกแซงจะทำให้ศาลกลายเป็นฝ่ายบริหารเสียเองซึ่งขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำทางรัฐบาลรู้จักกันในชื่อของปัญหาทางการเมืองกล่าวคือเป็นการกระทำของฝ่ายการเมืองและมีลักษณะของการกระทำทางนโยบายโดยแท้หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดี

ดังนั้นเพื่อให้เห็นถึงภาพกว้างของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล จึงควรศึกษาถึงแนวคิดและที่มาของการยอมลดบทบาทในการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารโดยศาลของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางในการพัฒนาหลักกฎหมายไทยต่อไป

3.1 นิยาม

การกระทำทางรัฐบาลหมายความถึงการกระทำบางอย่างของรัฐซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและเอกชนไม่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนผู้อยู่ใต้ปกครองก็ตาม ทั้งนี้เพราะการกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างกับการกระทำทางปกครอง ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้

3.1.1 องค์การ

การใช้อำนาจในลักษณะที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นที่ชัดเจนว่าองค์กรผู้ใช้อำนาจย่อมต้องเป็นฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเพราะองค์กรอื่นย่อมไม่อาจใช้อำนาจในลักษณะนี้ได้ หากให้องค์กรอื่นเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจลักษณะนี้ย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

3.1.2 ที่มาของอำนาจ

ที่มาของการใช้อำนาจในลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลนั้นย่อมต้องมีที่มาจากรัฐธรรมนูญเนื่องจากคำพิงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและของฝ่ายบริหารนั้นย่อมไม่อาจที่จะให้อำนาจรัฐบาลในการดำเนินกิจกรรมหรือการใช้อำนาจในลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลได้

3.1.3 ลักษณะของการกระทำ

ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลนั้นมีรูปแบบเฉพาะตัวซึ่งแตกต่างจากการกระทำทางปกครองการใช้อำนาจนิติบัญญัติและการใช้อำนาจตุลาการ โดยที่การกระทำทางรัฐบาลนั้นมักจะมีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือเป็นการใช้อำนาจที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยตนเอง

3.2 การกระทำทางรัฐบาลของต่างประเทศ

3.2.1 แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

3.2.1.1 ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลที่ไม่เข้าไปทำการควบคุมตรวจสอบทั้งนี้เข้าไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง การที่ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้นย่อมเป็นการแสดงถึงการกระทำทางรัฐบาลเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ผลที่ตามมาคือเมื่อมีข้อพิพาทความเสียหายหรือการกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงโดยการกระทำทางรัฐบาลศาลมักจะปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีเหล่านั้น

การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำที่ปลอดจากการควบคุมโดยศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลยพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมาย เพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองปัจจุบัน ต้องมีกิจการที่สำคัญหรือมีความจำเป็นบางอย่าง เมื่อพิจารณาจากความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของสังคมนั้น⁷² ซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ควรถูกพิจารณาโดยข้อกฎหมายเนื่องจากเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรจะมีการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

โอริอู (Hauriou) กล่าวว่า การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากไม่มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นก็คือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งการกระทำชนิดนี้ไม่อาจนำไปฟ้องร้องต่อศาลได้

กาเร เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberg) อธิบายว่า การกระทำทางรัฐบาลหลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาลเนื่องจากมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ

⁷² Chalvidan, Doctrine et acte de gouvernement, p.4.

เรอเน่ ชาปู (Rene Chapus) อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลซึ่งมีความแตกต่างกับการปฏิบัติหน้าที่ทางปกครองของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะแตกต่างกัน⁷³

3.2.1.2 พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

หลักการที่ว่าในทุกๆ การกระทำทางรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารนั้นจะต้องตอบคำถามต่อหน้าศาลไม่มีความจำเป็นเสมอไป โดยศาลได้พยายามที่จะอธิบายถึงการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารที่ศาลยินยอมที่จะไม่เข้าไปก้าวก่ายหรือควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยศาลถือว่าเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะที่มีต่อรัฐสภา โดยศาลได้อธิบายการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมว่าเป็นการปฏิบัติงานที่อยู่บนพื้นฐานของการกระทำทางการเมือง โดยในอดีตศาลได้นำหลักการว่าด้วยแรงจูงใจมูลเหตุจูงใจทางการเมือง (mobile politique) มาใช้ในการแบ่งแยกว่าการกระทำใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมืองดังเช่นคำวินิจฉัยในคดี Laffite⁷⁴ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าการเรียกร้องของนาย ลัฟฟิตี ถือเป็นปัญหาทางการเมืองซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลและคดี Duc d' aumale ซึ่งศาลพิจารณาว่าการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมืองโดยศาลเห็นว่าไม่อาจนำมาเป็นคดีฟ้องร้องกันในสภาแห่งรัฐได้ แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวมาจากหลักการที่ว่าการกระทำใดที่มีพื้นฐานมาจากการกระทำทางการเมืองหรือมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองแล้วนั้นย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล การที่ศาลยอมอยู่ภายใต้หลักการนี้ย่อมก่อให้เกิดการใช้อำนาจโดยไม่มีกรควบคุมของฝ่ายบริหารได้ ในภายหลังสภาแห่งรัฐได้กลับแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในคดี ปรินซ์ นโปเลียน (Prince Napoleon)

⁷³ Chapus, L'acte de gouvernement, p.5-10.

⁷⁴ C.E. Laffite (1 mai 1882)

ดังนี้⁷⁵

ข้อเท็จจริง เจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายพลขณะที่ยังอยู่ในยุคจักรวรรดิที่ 2 โดยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ซึ่งเป็นญาติของเขาภายหลังจากสิ้นสุดยุคจักรวรรดิที่ 2 รายชื่อบรรดานายพลของกองทัพฝรั่งเศสได้ถูกจัดทำใหม่โดยรัฐบาลสาธารณรัฐแต่ไม่ปรากฏชื่อของเจ้าชายนโปเลียน ซึ่งในกรณีนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงครามได้วินิจฉัยและแจ้งเจ้าชายนโปเลียนว่า การแต่งตั้งเจ้าชายให้ดำรงตำแหน่งนายพลนั้น อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษทางการเมืองในอดีตซึ่งในปัจจุบันเงื่อนไขเหล่านั้น ได้สิ้นสภาพไปแล้วพร้อมกับการล่มสลายของอาณาจักรที่ 2 อย่างไรก็ตาม เจ้าชายนโปเลียนได้นำเรื่องนี้ขึ้นสู่สภาแห่งรัฐเพื่อให้วินิจฉัยคำสั่งของรัฐมนตรีกระทรวงสงคราม สภาแห่งรัฐได้ทำการวินิจฉัยเรื่องนี้ภายใต้มาตรา 6 ของ *du sénatus-consulte* ลงวันที่ 7 พ.ย. 1852 ว่า การดำเนินการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมืองมีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย จึงมีคำสั่งยกฟ้องเรื่องดังกล่าว

คำวินิจฉัยนี้ได้ละทิ้งหลักเรื่องมูลเหตุจูงใจทางการเมืองที่เคยปรากฏก่อนหน้านี้ในคดีของ ตุ๊กแห่งโอมาล โดยเห็นว่าการกระทำที่มีเหตุจูงใจทางการเมืองไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ถูกต้องและเป็นโมฆะ โดยอาจเป็นโมฆะด้วยเหตุที่ใช้อำนาจในทางที่ผิด (*détournement du pouvoir*) หรือใช้กฎหมายผิด (*erreur de droit*) ทั้งนี้เนื่องจากการกระทำทางปกครองจะต้องมีเหตุจูงใจคือผลประโยชน์ส่วนรวม ไม่ใช่เหตุจูงใจทางการเมือง

คำวินิจฉัยในคดี ปรินซ์ นโปเลียน นี้ภายหลังได้กลายเป็นบรรทัดฐานว่าการกระทำใดของฝ่ายบริหารบ้างที่ถือว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

⁷⁵ arrêt fondamental du 19 février 1875 Prince Napoleon

3.2.1.3 หลักเกณฑ์ที่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

1) ทฤษฎีว่าด้วยเหตุผลของรัฐ

ในทัศนะของ Foucault เหตุผลของรัฐ (reason of state) ซึ่งถูกสถาปนาขึ้นอันเป็นส่วนหนึ่งของศิลปะแห่งการปกครอง (govern mentality) ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 16 และตกผลึกในต้นศตวรรษที่ 17 และนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18 เหตุผลของรัฐว่าด้วยความมั่นคง (security) ได้กลายมาเป็นเหตุผลของรัฐ ในสภาวะสมัยใหม่ซึ่งมีสถานะสูงส่งที่ใครจะแตะต้องไม่ได้ ความมั่นคงแบบนี้ได้พัฒนามาควบคู่กับวิถีคิดแบบเสรีนิยม จนกลายเป็นกระบวนทัศน์สำคัญของโลกสมัยใหม่⁷⁶

นอกเหนือจากเรื่องธรรมาภิบาลของระบบรัฐอธิปไตย และลักษณะอนาธิปไตยของระบบการเมืองระหว่างประเทศแล้ว นักทฤษฎีสัจนิยม หลายคนยังอ้างว่าศีลธรรมไม่เหมาะสมกับนโยบายต่างประเทศ เพราะการเมืองระหว่างประเทศแตกต่างจากการเมืองภายในประเทศที่มีระเบียบแบบแผนการปกครองและประชาชนในสังคมมีค่านิยมและหลักศีลธรรมร่วมกัน แต่สังคมการเมืองระหว่างประเทศไม่มีค่านิยมและหลักคุณธรรมที่เป็นสากลร่วมกัน ดังนั้น จึงไม่อาจใช้มาตรฐานของศีลธรรมภายในประเทศไปเป็นแบบแผนและใช้ตัดสินนโยบายต่างประเทศได้ รัฐชาติและการเมืองระหว่างประเทศมีความเป็นอิสระของตนเอง รัฐมีภารกิจและเป้าหมายแตกต่างจากการเมืองภายในประเทศ

นักทฤษฎีสัจนิยมมองว่า ภารกิจสำคัญของรัฐบาลคือการปกป้องผลประโยชน์ของรัฐ ซึ่งหมายถึงความอยู่รอดและการต่อสู้เพื่ออำนาจ ดังนั้น รัฐจึงแตกต่างจากบุคคลและองค์กรอื่นๆ ภายในรัฐ และไม่สามารถจะใช้แนวคิดทางศีลธรรมที่ใช้กับบุคคลและองค์กรภายในรัฐมาตัดสินนโยบายต่างประเทศของรัฐได้ แต่ไม่ได้หมายความว่านโยบายต่างประเทศจะ

⁷⁶Giorgio Agamben, "Security and Terror" tr. Carolin in *Theory & Event*, 5:4, 2002

มีคุณธรรมไม่ได้ ถ้าหลักคุณธรรมนั้นสอดคล้องหรือสะท้อนผลประโยชน์ของรัฐ แต่โดยทั่วไปพวกเขามองว่าคุณธรรมเป็นสิ่งฟุ่มเฟือย และจะใช้มันก็ต่อเมื่อหลักคุณธรรมเหล่านั้นเอื้อประโยชน์ต่อผลประโยชน์แห่งชาติ⁷⁷

2) ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นถือเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถที่จะสถาปนาขึ้นได้ในระบบที่ไม่มี การแบ่งแยกอำนาจ หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้มาจากแนวความคิดของมองเตสกีเออ ที่ได้มีการแบ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 องค์กร คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจหน้าที่ในการออกกฎหมาย องค์กรฝ่ายบริหาร มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย และองค์กรฝ่ายตุลาการมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งองค์กรหลักทั้งสามองค์กรจะต้องสามารถที่จะควบคุมและตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ (check and balance)

3) ทฤษฎีมูลเหตุจูงใจทางการเมือง (mobile politique)

ทฤษฎีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองเป็นที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ตามทฤษฎีนี้ การกระทำต่างๆ ที่เป็นการใช้อำนาจเฉพาะตัวของฝ่ายบริหารโดยเจตนาเพื่อให้เกิดผลที่เรียกว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ทฤษฎีนี้เห็นว่าการดำเนินการใดๆ ของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลอาจเกิดขึ้นได้จากกรณีที่มีปัจจัยทางการเมืองมากระตุ้น

3.2.1.4 ประเภทของการกระทำทางรัฐบาลและแนวคำวินิจฉัยของศาล

1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา (ความสัมพันธ์ของอำนาจมหาชนในทางรัฐธรรมนูญ)

⁷⁷ สุรัชย์ สิริโกธ, “คุณธรรมกับนโยบายต่างประเทศ” ในเอกสารประกอบการประชุมวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์แห่งชาติครั้งที่ 7 (พ.ศ. 2549), (อัครา).

การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภานั้น ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้เพราะเป็นการกระทำทางการเมืองหากศาลมีอำนาจในการตรวจสอบแล้วย่อมเท่ากับว่าศาลเข้าไปก้าวท้าวและล่วงในหน้าที่ของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ต้องการให้ศาลเป็นองค์กรอิสระ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภานั้นได้แก่ การตั้งกระทู้ถามหรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจ เป็นต้น

คำว่ารัฐบาลในที่นี้หมายถึงประธานาธิบดีในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐด้วยโดยอาจแบ่งได้เป็นกรณีต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

1. การกระทำนั้นเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมใช้อำนาจนิติบัญญัติ

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารเข้ามาใช้อำนาจนิติบัญญัติหรือดำเนินการทางนิติบัญญัติเช่นการปฏิเสธที่จะยื่นกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้แก่รัฐสภา⁷⁸ การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมาย⁷⁹ การตัดสินใจของรัฐบาลในการถอนร่างกฎหมาย⁸⁰ การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะดำเนินการบางเรื่องเพื่อจะให้มีกรับร่างพระราชบัญญัติให้เร็วขึ้น⁸¹ ความล่าช้าในการประกาศใช้ร่างกฎหมายและการกล่าวว่าพระราชกฤษฎีกานั้นมีเนื้อหาไม่ถูกต้องตรงกันกับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทในการให้อำนาจในการตรา⁸² เป็นต้น

⁷⁸ C.E., Sect., 18 Juillet 1930, Rouché

⁷⁹ C.E. Prevest, 17 Février 1988

⁸⁰ C.E., Ass., 19 Janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet

⁸¹ C.E., Sect., 25 Juillet 1947, Société l'Alfa,

⁸² C.E. Desreumeaux, 3 Novembre 1933

2. คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาลที่จุดเริ่มต้นอันก่อให้เกิดการตัดสินใจของรัฐสภา

คำสั่งการของรัฐบาลในกรณีนี้ เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศเรื่องเกี่ยวกับอาณาเขตดินแดนของประเทศซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่ทำเป็นเพื่อจะได้มีการให้สัตยาบันต่อสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศหรือการที่รัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมองค์การดูแลการเลือกตั้งของรัฐสภา เช่น ในคดี Nirschowitz

3. การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออกกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง⁸³ การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้ง การที่รัฐบาลออกเกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง⁸⁴

4. การสั่งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจหรือการดำเนินการบางอย่างซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16⁸⁵ ของ

⁸³C.E. Maitre, 6 Avril 1962 และ C.E. Nirschowitz, 6 Juin 1951

⁸⁴C.E. Tixier, 2 Novembre 1951

⁸⁵..มาตรา 16 ในกรณีที่สถาบันแห่งสาธารณรัฐ ความเป็นเอกราชของชาติ บุรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศถูกคุกคามอย่างร้ายแรงและปัจจุบันทันด่วน จนเป็นเหตุให้การดำเนินการตามปกติของสถาบันการเมืองแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญหยุดชะงักลง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจดำเนินการที่จำเป็นสำหรับจัดการกับสถานการณ์ดังกล่าว โดยจะต้องปรึกษาหารืออย่างเป็นทางการกับนายกรัฐมนตรี และประธานสภาทั้งสองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อน

ประธานาธิบดีจะต้องแถลงการใช้มาตรการฉุกเฉินดังกล่าวให้ประชาชนทราบ

มาตรการดังกล่าวจะต้องดำเนินไปในระยะเวลาจำกัดที่สุดและเป็นไปเฉพาะเท่าที่มีความจำเป็นเพื่อให้การดำเนินการของสถาบันการเมืองแห่งรัฐเป็นไปได้ตามปกติ โดยประธานาธิบดีจะต้องปรึกษาหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องการใช้มาตรการดังกล่าว รัฐสภาเปิดสมัยประชุมได้เองระหว่างที่มีการใช้อำนาจฉุกเฉินดังกล่าว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้”

รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5⁸⁶ การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อจะนำร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ

โดยในคดี Rubin de servens et Autres ที่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยในคดีนี้ภายหลังจากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจตามมาตรา 16 ดังกล่าวในปี 1961 ฤดูใบไม้ผลิได้มีความพยายามทำรัฐประหารที่เมือง Alger ประเทศอัลจีเรีย ซึ่งในขณะนั้นเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 23 เมษายน 1961 ประธานาธิบดี เดอ โกล ได้มีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 และได้มีการใช้มาตรการต่างๆ ปราบปราม ผู้ที่จะพยายามทำรัฐประหารซึ่งรวมถึงคำสั่งลงวันที่ 3 พฤษภาคม 1961 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ มีหน้าที่ในการพิจารณาความผิดต่อความมั่นคงของประเทศและคดีเกี่ยวกับวินัยทหารพร้อมทั้งกำหนดวิธีพิจารณาคดีดังกล่าว นาย Rubin de servens และพวก ซึ่งถูกศาลทหารพิพากษาลงโทษได้ยกข้อต่อสู้ขึ้นสามประการ คือ ประการแรก คำสั่งของประธานาธิบดีไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบตามมาตรา 16 ประการที่สอง วิธีพิจารณาคดีในศาลทหารพิเศษขัดต่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและประการสุดท้ายคำสั่งดังกล่าวขัดต่อหลักการห้ามมีผลย้อนหลังของกฎหมาย

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในบางประเด็นคือ วินิจฉัยว่า คำสั่งดังกล่าวไม่ขัดต่อมาตรา 16 และศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว

สภาแห่งรัฐ ได้วินิจฉัย เกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาคำสั่งดังกล่าวและฐานะของคำสั่งดังกล่าวว่า “...ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีคำสั่งให้ใช้อำนาจตามมาตรา 16 คำสั่งดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของสภาแห่งรัฐที่จะพิจารณา

⁸⁶ C.E. Rubin de servens, 2 Mars 1962 และ C.E. Brocas, 19 Octobre 1962

ความชอบด้วยกฎหมายและควบคุมระยะเวลาในการใช้ คำสั่งดังกล่าวมีผลให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐที่จะใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นแก่สถานการณ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจนิติบัญญัติในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 34 และอำนาจในการออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารตามมาตรา 37”

อย่างไรก็ตาม ได้มีคดีที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับคดี Rubin de servens คือคดี Canal, Robin และคดี Godot⁸⁷ กล่าวคือในฝรั่งเศสขณะนั้นมีความวุ่นวายอันเนื่องมาจากสงครามในอัลจีเรีย รัฐบาลได้แถลงถึงมาตรการที่จะดำเนินการแก้ไขปัญหาให้ประชาชนทราบ เมื่อวันที่ 19 มีนาคม 1962 หลังจากนั้นก็นำเอามาตรการดังกล่าว จัดทำเป็นร่างกฎหมายและให้ประชาชนลงประชามติและมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เมื่อวันที่ 13 เมษายน 1962 ในมาตรา 2 ของกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจประธานาธิบดีกำหนดมาตรการทางนิติบัญญัติหรือออกกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร (reglementaire) เพื่อให้เป็นไปตามแถลงการณ์ของรัฐบาลในรูปแบบของพระราชกำหนด (ordonnance) หรือรัฐกฤษฎีกาโดยคณะรัฐมนตรีแล้วแต่กรณีและอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 ข้างต้นประธานาธิบดีได้ตราพระราชกำหนดลงวันที่ 1 มิถุนายน 1962 จัดตั้งศาลทหาร (la Cour militaire de justice) จากเดิมที่ตั้งโดยอำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ โดย นาย Canal ได้ถูกศาลทหารนี้ตัดสินลงโทษประหารชีวิต นาย Canal จึงฟ้องต่อสภาแห่งรัฐว่าการออกพระราชกำหนดนั้นเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอน

สภาแห่งรัฐได้ตัดสินเพิกถอนพระราชกำหนดดังกล่าว โดยให้เหตุผลดังนี้ ประการแรก พระราชกำหนดเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจควบคุม ประการที่สอง ไม่มีสถานการณ์พิเศษอะไรมาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นต้องมีศาลเช่นนั้น ซึ่งเป็นการขัดต่อ

⁸⁷ C.E. Canal, Robin, Godot 19 Octobre 1962

หลักทั่วไปของกฎหมายอาญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลนี้ไม่ว่าในกรณีใดๆ

จากคดี Rubin de servens จะเห็นได้ว่าเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญที่จะใช้มาตรการต่างๆ ให้เกิดความสงบเรียบร้อย แต่ในคดี Canal สภาแห่งรัฐ เห็นว่าพระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่ผ่านการลงประชามติมีลักษณะไม่ต่างไปจากพระราชกำหนดที่ออกโดยมาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองจนกว่าจะมีพระราชบัญญัติอนุมัติเห็นชอบพระราชกำหนดนี้อีกครั้งหนึ่ง ฉะนั้นในคดีของ Canal จึงต้องตัดสินว่าพระราชกำหนดเป็นการกระทำทางปกครองเช่นกัน มิเช่นนั้นพระราชกำหนดจะหลุดจากการควบคุมทั้งปวง

กล่าวโดยสรุปได้ว่าสิ่งที่สภาแห่งรัฐยอมรับว่าไม่อยู่ในอำนาจของตนมีเพียงสามเรื่องคือ 1) พระราชบัญญัติ 2) มาตรการที่โดยปกติอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติแต่ใช้โดยประธานาธิบดีด้วยอำนาจตามมาตรา 16 3) มาตรการทางนิติบัญญัติในรูปแบบของพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญมาตรา 92 ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นภายในสี่เดือนนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นถือเป็นหน้าที่โดยตรงของรัฐบาลในการดำเนินความสัมพันธ์กับประเทศอื่น ๆ การทำสนธิสัญญาต่างๆ ของรัฐบาลนั้นเป็นความรับผิดชอบโดยตรงของรัฐบาลที่มีต่อรัฐสภาในกรณีที่มีปัญหาหรือข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบได้ เช่น

1) การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ⁸⁸ การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส⁸⁹ หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ⁹⁰

2) การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน⁹¹

3) การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการของกิจการในรัฐต่างประเทศ เช่น คำสั่งหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารที่ให้สถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นไปรบกวนการกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ⁹²

4) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำ หรือเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่าง ๆ⁹³ การที่ศาลปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำเกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การให้สัตยาบันต่อสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล⁹⁴ การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา⁹⁵ การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ⁹⁶

⁸⁸ Protection des personnes et des biens français á l'étranger : CE, 2 Mars 1966, Dame Cramencel

⁸⁹ C.E. Arando, 8 Avril 1972

⁹⁰ C.E. Corbier, 1 Juin 1943, C.E. Lavinge, 26 Octobre 1973

⁹¹ C.E. Geny, 9 Janvier 1952

⁹² Ordre de brouiller les émissions d'une radio étrangère : TC, 2 Février 1950, Radiodiffusion française

⁹³ C.E. General Orama, 5 Mars 1926, C.E. moraly, 31 Janvier 1969

⁹⁴ C.E. Momon, 22 Novembre 1933

⁹⁵ C.E. Société, 1 Juin 1951

⁹⁶ C.E. Dame Perret, 6 Janvier 1961

อย่างไรก็ตาม ศาลพิจารณาว่ามีการกระทำบางอย่างที่แยกออกได้ต่างหากจากความสัมพันธ์ในทางการทูต หรือในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่ มาตรการต่างๆ ที่เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการกระทำอิสระที่แยกออกจากต้นกำเนิด หรือแยกออกจากผลในทางระหว่างประเทศได้⁹⁷ หรือกรณีการที่กงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศได้สั่งให้ชาวฝรั่งเศสคนหนึ่งออกจากประเทศดังกล่าวในฐานะที่เป็นบุคคลไม่พึงปรารถนา ซึ่งคำสั่งของกงสุลนี้สามารถแยกออกได้จากกิจการอื่นๆ ของกงสุลที่มีฐานะทางการทูตได้ และดังนั้นจึงสามารถร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐได้⁹⁸ และกรณีพระราชกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดนโดยศาลถือเป็นการกระทำในทางปกครอง⁹⁹ และศาลจะควบคุมว่าพฤติการณ์ของผู้ร้ายข้ามแดนมาปรับข้อเท็จจริงกับบทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้องซึ่งหมายความว่า ศาลจะเข้าควบคุมฝ่ายบริหารในกรณีนี้นั่นเอง อนึ่งมีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาทั้งหลายที่ได้กระทำขึ้นภายหลังปีค.ศ.1946 เป็นต้นมานั้นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติให้ถือว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง โดยศาลจะถือว่าผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้ ในกรณีที่มีการละเมิดสนธิสัญญาซึ่งเท่ากับว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่งนั่นเอง

3) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม

การกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ในอดีตศาลมักถือว่าเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล¹⁰⁰ และกรณีที่รัฐบาลออกมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อที่จะปฏิเสธไม่ให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ภายใต้การยึดครองของศัตรูในระหว่างการสงคราม¹⁰¹

⁹⁷ C.E., Dame Caraco., 5 Février 1926

⁹⁸ C.E., Colrat., 4 Décembre 1925

⁹⁹ C.E., Decerf., 28 Mai 1937

¹⁰⁰ C.E., Panisse., 5 Mars 1926

¹⁰¹ C.E., Sohr., 22 Novembre 1949

อย่างไรก็ตาม ในบางคดีสภาแห่งรัฐไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง เพียงอธิบายว่าการกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ฝ่ายบริหารไม่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน และคำเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะฟ้องให้รับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อได้มีพระราชบัญญัติขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อให้สิทธิเรียกร้องในการชดใช้ค่าเสียหายในการสงครามได้ เช่น ในคดีที่เรือพาณิชย์ของอิตาลี ได้ถูกเรือรบของฝรั่งเศสหยุดและตรวจค้นในทะเลหลวงในระหว่างสงครามอัลจีเรีย และจะเรียกร้องค่าเสียหายทดแทนไม่ได้¹⁰² ในปัจจุบันศาลได้พยายามตรวจสอบในเรื่องเหล่านี้มากขึ้น แต่มิใช่ศาลจะไม่รับฟ้องในทุกกรณี ศาลจะพิจารณาในเนื้อหาเสียก่อนว่าการกระทำนั้นมีผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่หรือว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับมาตรการทางการทหารหรือไม่¹⁰³ ซึ่งถ้าไม่มีเนื้อหาในการกระทำเช่นนั้น ศาลก็จะเข้ามาควบคุม

4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

อำนาจในการให้อภัยโทษ หรือลดโทษให้แก่ักโทษ กิติ ได้มีคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในคดี Combert ที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะตรวจสอบถึงการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี ว่าจะเป็นการเหมาะสมถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ มิใช่การใช้อำนาจในทางบริหารแต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีได้ เพราะเป็นเรื่องการกระทำผสม (l'acte mixte) เนื่องจากเป็นการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะสภาแห่งรัฐ¹⁰⁴

¹⁰² C.E. ,Societe Ignazio Messina., 30 Mars 1966

¹⁰³ C.E. , Guyot., 30 Mars 1966.

¹⁰⁴ โกลิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส” ในเอกสารการสัมมนาทางวิชาการเรื่องการจัดตั้งองค์กรข้าราชการปกครอง, (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการการปกครอง สภาผู้แทนราษฎร, 3 - 4 กรกฎาคม 2532), หน้า 30.

3.2.1.5 การกระทำทางรัฐบาลกับแนวคิดของนักทฤษฎี

กฎหมาย

จากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ และศาลคดีขัดกันดังที่ได้ศึกษามาแล้วในตอนต้นนั้น จะเห็นได้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองที่ศาลปฏิเสธที่จะควบคุมตรวจสอบการกระทำในลักษณะดังกล่าวนั้นไม่อาจตรวจสอบได้หรือไม่อาจที่จะหาหลักเกณฑ์ทางกฎหมายมาอธิบายได้อย่างชัดเจนจากเหตุผลในแนวการวินิจฉัยของศาล เพราะศาลจะวินิจฉัยโดยให้เหตุผลแห่งความเหมาะสมในแต่ละกรณีไป ซึ่งจากการที่ไม่อาจอธิบายความหมายได้อย่างชัดเจนได้นี้เอง ทำให้นักทฤษฎีกลุ่มหนึ่งพยายามอธิบายว่า ในความเป็นจริงแล้วหลักที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่มีอยู่จริง การที่ศาลไม่อาจควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องต่างๆ จากแนวคำพิพากษาของศาลนั้น เป็นเรื่องที่สามารถอธิบายได้โดยเหตุผลอื่นๆ แต่ไม่ใช่เพราะเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล ในขณะที่นักทฤษฎีกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งพยายามที่จะวางหลักเกณฑ์และอธิบายลักษณะการกระทำทางรัฐบาลว่ามีลักษณะของการกระทำอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม แนวความคิดที่ยอมรับว่าการกระทำบางอย่างที่ศาลไม่อาจควบคุม เพราะเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลก็ได้รับการยอมรับมากกว่าในปัจจุบัน ดังนั้นผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาถึงแนวความคิดทั้งสองข้างต้นในรายละเอียดต่อไป

1) แนวความคิดที่ปฏิเสธหลักการกระทำทางรัฐบาล

การปฏิเสธการกระทำทางรัฐบาลมีปรากฏอยู่ในความคิดเห็นของนักทฤษฎีกฎหมายหลายท่าน และในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ หรือศาลคดีขัดกัน แต่ก็ไม่แจ้งชัดมากนักในการตัดสินวินิจฉัยคดี เพราะในบางคดีศาลก็ได้ใช้คำว่ากระทำทางรัฐบาล เพียงแต่อธิบายในทำนองที่ว่าเรื่องนั้นๆ ศาลไม่อาจเข้าควบคุมได้ ดังนั้น นักทฤษฎีที่มีความเห็นด้วยกับแนวคิดนี้ นำโดยวีรัลลี (virally)¹⁰⁵ ซึ่งเขาได้กล่าวไว้ว่า ไม่มีการกระทำทาง

¹⁰⁵ Virally, L'introuvable acte de gouvernement , R.D.P., 1952, :317.

รัฐบาลอยู่จริงโดยให้เหตุผลว่าในความรู้สึกของคนทั่ว ๆ ไปการกระทำทางรัฐบาลคือ การกระทำที่ไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะอะไรจึงไม่ควรนำขึ้นสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐ การกระทำทางรัฐบาลนั้นสามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลในทุก ๆ กรณี เช่น อาจจะเป็นเหตุผลในเรื่องของหลักความคุ้มกันในทางศาล เหตุผลในเรื่องมูลเหตุในการการเมือง โดยเหตุผลต่างๆ นั้นอาจเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรสาธารณะต่างๆ หรือความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศหรือเป็นเรื่องการกระทำในทางศาล ซึ่งศาลหรือสภาแห่งรัฐไม่อาจเข้าควบคุมได้อยู่แล้ว ดังนั้นการกระทำทางรัฐบาลจึงไม่มีอยู่จริงในความคิดของเขา โดยอาจพิจารณาได้ดังนี้ คือ

1.1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐบาลกับรัฐสภา

ในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้น นักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามที่จะอธิบายว่า โดยส่วนใหญ่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถตรวจสอบโดยศาลได้เพราะเหตุผลว่าการกระทำเหล่านี้กระทบต่อความสัมพันธ์ขององค์กรสาธารณะต่างๆ เช่น การเสนอร่างกฎหมายของรัฐบาลต่อรัฐสภา การเปิดประชุมสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การกำหนดวันเลือกตั้ง ดังนั้นที่ศาลไม่ควบคุมเพราะไม่ใช่เรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ความสัมพันธ์เช่นนี้เป็นเรื่องของการควบคุมทางรัฐสภา ซึ่งนั่นก็คือ การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนั่นเอง แต่อย่างไรก็ตามสภาแห่งรัฐก็ปฏิเสธที่จะขยายความไปถึง การกระทำที่เกี่ยวกับการเตรียมให้มีการลงประชามติ ซึ่งศาลถือว่าไม่ได้กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้นศาลจึงมีอำนาจตรวจสอบได้

1.2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง รัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐต่างประเทศ

การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนี้ศาลฝรั่งเศสไม่มีอำนาจควบคุม เพราะเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่เพราะเป็นหลักในเรื่องการกระทำ

ทางรัฐบาลซึ่งสภาแห่งรัฐจะมีอำนาจควบคุมก็ต่อเมื่อเป็นเรื่องของกฎหมายภายใน โดยเราจะพบว่าในอดีต การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการลงนามในสนธิสัญญา การตีความในสนธิสัญญา การนำสนธิสัญญามาบังคับใช้ การกระทำเหล่านี้ถือว่าเกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า “สนธิสัญญาใดที่ก่อให้เกิดความเสียหาย สนธิสัญญานั้นไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐ”¹⁰⁶ โดยที่สภาแห่งรัฐมิได้อธิบายชี้ให้เห็นถึงหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาล เพียงแต่อธิบายว่า เรื่องนี้ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐได้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาได้ถูกกลับหลัก โดยสภาแห่งรัฐได้ขยายหลักความรับผิดในทางแพ่งโดยปราศจากความผิด (The Principle of liability without fault) ไปใช้บังคับในคดีที่มีผลต่อเนื่องจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ¹⁰⁷ สภาแห่งรัฐก็วินิจฉัยในทำนองที่ว่าที่สภาแห่งรัฐไม่อาจเข้าควบคุมได้นั้นไม่ใช่เป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันสภาแห่งรัฐพยายามจำกัดการกระทำต่างๆ เหล่านี้ให้แคบลงเพื่อที่สภาแห่งรัฐจะเข้าควบคุมได้ ในกรณีที่สภาแห่งรัฐพบว่ามีกรณีที่สามารถชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายเมื่อเกิดเหตุการณ์นั้นๆ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยสภาแห่งรัฐปรับใช้ “หลักความเสมอภาคเพื่อรับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายของรัฐอย่างเท่าเทียมกันและเป็นกรณีที่ปรากฏว่ามีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ในกรณีเช่นว่านั้นจะต้องปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลผู้เสียหายในกรณีดังกล่าว” ซึ่งคำอธิบายเหล่านี้ก็มีไว้ว่าจะถูกต้องทั้งหมด เพราะการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอันมาก ที่ไม่เกี่ยวกับนโยบายทั่วไปของรัฐบาล และที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง¹⁰⁸ ดังในคดี Colrat และในคดี Decert

¹⁰⁶ C.E., Lohong., 26 Avril 1963

¹⁰⁷ C.E., Guyot., 30 Mars 1966

¹⁰⁸ โกลิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส”, หน้า 29.

1.3) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม

การกระทำที่เกี่ยวกับสงครามนี้ มีความพยายามที่จะอธิบายว่าที่มีอาจฟ้องร้องต่อสภาแห่งรัฐได้นั้น มิใช่เป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลเป็นแต่เพียงว่าการทำสงครามนั้นถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการที่จะชดใช้ให้แก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหาย ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะออกกฎหมายให้มีการชดใช้ความเสียหายนั้น แต่ถ้าไม่มีการออกกฎหมายมารองรับก็แสดงว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ประสงค์ให้มีการชดใช้ซึ่งเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติโดยเฉพาะ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงไม่สามารถพิจารณาคดีให้มีการชดใช้ค่าเสียหายได้ ถ้าไม่มีกฎหมายให้ชดใช้ค่าเสียหายในเรื่องนี้แล้วว่ามีเหตุผลเพราะเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล¹⁰⁹

1.4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

กรณีเกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดีนี้ นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้อธิบายว่ามีใช่เป็นเรื่องของการกระทำของรัฐแต่อย่างใด แต่เป็นการกระทำที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง การกระทำประเภทนี้ฝรั่งเศสเรียกว่า คำสั่งเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล “Les acts d’execution des decisions juridictionnelles”¹¹⁰ โดยสภาแห่งรัฐไม่อาจเข้าควบคุมในกรณีเช่นนี้ได้เพราะโดยหลักแล้วสภาแห่งรัฐจะควบคุมได้เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำในฐานะของการใช้อำนาจบริหารเท่านั้น สภาแห่งรัฐไม่สามารถเข้าควบคุมการกระทำในการใช้อำนาจตุลาการได้ เช่น สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจที่จะไปทบทวนคำพิพากษาหรือคำสั่งในทางตัดสินชี้ขาดคดีของศาลยุติธรรมได้ และดังนั้นการให้อภัยโทษซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมอย่างแท้จริงนี้ สภาแห่งรัฐ

¹⁰⁹ C.E., Societe Ignazio Messina., 30 Mars 1966.

¹¹⁰ โกลิน พลกุล, “คดีปกครองในฝรั่งเศส”, หน้า 39.

จึงไม่อาจควบคุมได้นั่นเอง และในคำพิพากษาของศาลก็เป็นเช่นเดียวกัน กล่าวคือศาลไม่ได้มีคำวินิจฉัยว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่อธิบายเพียงว่าเป็นเรื่องที่ประธานาธิบดีของรัฐใช้อำนาจในทางตุลาการมิได้ใช้อำนาจในทางบริหาร และดังนั้นการกระทำนี้จึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจของสภาแห่งรัฐได้

จากแนวคิดที่ได้กล่าวถึงข้างต้นจะเห็นได้ว่าเป็นแนวคิดที่ไม่ยอมรับว่ามีการกระทำทางรัฐบาลอยู่จริง เพราะเหตุว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้เป็นเรื่องที่ไม่สามารถควบคุมการกระทำนั้น ๆ โดยสภาแห่งรัฐได้อยู่แล้ว แต่เพราะเป็นการควบคุมโดยอำนาจอื่น ๆ เช่น การควบคุมจากรัฐสภาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การควบคุมโดยกฎหมายระหว่างประเทศในกรณีที่เป็นกรกระทำในต่างประเทศ หรือการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการให้อภัยโทษ ก็อธิบายได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ซึ่งสภาแห่งรัฐไม่อาจควบคุมได้ แต่อย่างไรก็ตามจากการพิจารณาในรายละเอียดแล้วคำอธิบายข้างต้นก็ไม่สามารถอธิบายได้อย่างถูกต้องได้อย่างครอบคลุมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารในหลายๆ ประการและไม่สามารถอธิบายอย่างเป็นหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายได้อย่างชัดเจน ดังที่ ชาวิดาส ได้กล่าวไว้ว่า การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น ยังมีกิจกรรมหรือเรื่องบางเรื่องที่สามารถแยกตัวออกจากเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือเรื่องในทางการทูตได้ ซึ่งถือว่าอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลได้ ดังนั้นนักทฤษฎีกฎหมายส่วนใหญ่จึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่อยู่จริง

2) แนวความคิดที่มีการยอมรับหลักการกระทำทางรัฐบาล

ในความเห็นโดยส่วนใหญ่ของนักกฎหมายยังคงมีความเห็นว่าหลักการกระทำทางรัฐบาลนั้นมีอยู่ และมีความจำเป็นที่จะคงหลักการนี้ไว้ด้วยเหตุผลของความจำเป็นบางประการที่การกระทำนั้น ๆ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยใช้พิจารณาในทางนิติศาสตร์ จากการพิจารณาคดีของ

ศาลได้และดังนั้นนักกฎหมายกลุ่มนี้จึงพยายามจะอธิบายถึงหลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำในลักษณะใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยการนำหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายมาพิจารณาหลักการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาได้ดังนี้คือ

2.1) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในอดีต

ก. ทฤษฎีเหตุผลในทางการเมือง (le mobile politique)

ทฤษฎีเหตุผลในทางการเมือง ซึ่งถือเป็นแนวคิดดั้งเดิม ตั้งแต่ในศตวรรษที่ 18 ดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งทฤษฎีนี้อธิบายความหมายของการกระทำทางรัฐบาลว่าเป็นเรื่องของเหตุผลในทางการเมืองชั้นสูง หรือ การกระทำนั้นโดยธรรมชาติเป็นเรื่องทางการเมือง ดังเช่นในคดี Laffitte และในคดี Duc d'auemale จากการอธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาลที่มีลักษณะของการวิเคราะห์ข้างต้น ทำให้การกระทำลักษณะเช่นนี้ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลไม่ว่าจะเป็นการควบคุมในทางดุลพินิจ หรือเป็นเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งในแนวคิดของดูเอ้ ที่พยายามจะอธิบายถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยตั้งคำถาม 2 ประการคือ ประการแรก ในทางความคิดทางทฤษฎีอย่างมีเหตุผลแล้ว มีความจำเป็นหรือไม่ที่เราจะต้องกำหนดให้การกระทำบางอย่างนี้ปลอดจากการควบคุมในทางศาล และประการที่สอง ในทางปฏิบัติแล้วทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนี้มีประโยชน์หรือไม่ ที่จะให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับทางการเมืองที่สำคัญๆ มีความจำเป็น หรือความชอบธรรมที่จะอยู่นอกการควบคุมจากอำนาจตุลาการ ซึ่งดูเอ้เองก็สรุปเห็นว่า มีความจำเป็นทั้งสองประการ ทั้งแนวคิดในทางทฤษฎี และในทางปฏิบัติที่จะกำหนดให้การกระทำลักษณะนี้หลุดพ้นจากการควบคุมโดยองค์กรศาล¹¹¹

¹¹¹ P.Duez, Les actes de gouvernement, (Paris: Sirey, 1935), p.23.

การอธิบายการกระทำทางรัฐบาลโดยเหตุผลทางการเมืองชั้นสูง หรือการกระทำที่มีพื้นฐานทางการเมือง เป็นการอธิบายซึ่งนับว่าเป็นเรื่องที่อันตรายอย่างมาก เพราะการกระทำในทุกๆ การกระทำทางรัฐบาลอาจกล่าวอ้างได้ว่า เป็นการกระทำในทางการเมืองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบโดยศาลได้เลยต่อมาหลักการพิจารณาในเรื่องพื้นฐานในทางการเมือง หรือมูลเหตุในทางการเมืองนี้จึงได้ถูกยกเลิก โดยคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ ในคดีเจ้าชายโนเลียน ที่อธิบายว่า ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมิใช่ว่าเรื่องใด ที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไปหรือว่าเหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่ไม่จำเป็นจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาล

ข. หลักความคุ้มกันในทางศาล (la immunité juridictionnelle)

ภายหลังจากที่ได้มีการยกเลิกทฤษฎีมูลเหตุในทางการเมือง เนื่องจากเหตุผลดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น และเนื่องจากในทางปฏิบัติศาลมิได้มีวิธีการโดยตรงใดๆ ในการวัดและพิจารณาถึงเรื่องที่ว่าการกระทำใดที่มีธรรมชาติของเรื่องเป็นการกระทำทางปกครอง หรือเรื่องใดที่มีธรรมชาติของการกระทำเป็นเรื่องทางการเมืองและโดยทั่วไปกลับมีการยอมรับว่าเรื่องใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ดังที่ชาววิตาล ได้กล่าวไว้ว่า ศาลนั่นเองที่ เป็นผู้กำหนดว่าเรื่องใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล นักทฤษฎีกฎหมายบางท่านก็อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาล ก็คือ การอธิบายถึงหลักความคุ้มกันในทางศาลนั่นเอง โดยหลักความคุ้มกันนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยเหตุผลที่จำเป็นสองประการคือ ประการแรก หลักเหตุผลของรัฐ (raison E'tat) ประการที่สอง หลักเรื่องอำนาจของรัฐบาลโดยเฉพาะสิ่งเสนอโดยไอริยู¹¹² ซึ่งเขาเห็นว่ามีความจำเป็นในบางเรื่อง

¹¹² Chalvidan, Doctrine et acte de gouvernement, (n.p.: A.J.D.J., 1982), p.6.

ของรัฐ ที่มีอยู่ตลอดเวลาในตัวของมันเอง ซึ่งไม่สามารถที่จะบังคับให้รัฐแสดงออกมาได้อย่างเป็นรูปธรรมว่า เรื่องนั้น ๆ มีอยู่อย่างไร และดังนั้นการกระทำทางรัฐบาล ก็คือ การกระทำที่อยู่ภายใต้ความจำเป็นในเรื่องนี้นั่นเอง ดังที่โอริยูได้วิจารณ์ในท้ายคำวินิจฉัยคดีว่า “การกระทำทางรัฐบาล คือ การกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้ามิได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้ว จะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์เหล่านี้เกิดขึ้นนั้นก็คือ การเกิดหลักการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง” โดยที่โอริยูได้อธิบายต่อไปว่ารัฐบาลมีความจำเป็นตลอดเวลาที่จะต้องรักษาพื้นที่หรืออำนาจบางส่วนของตนเองไว้ไม่ว่าด้วยวิธีทางใดที่จะให้ตัวเองปลอดภัยจากการควบคุมโดยองค์กรอื่นซึ่งพื้นที่หรืออำนาจหน้าที่ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนี้ก็คือ หลักความคุ้มกันทางการศาลนั่นเองและได้มีนักกฎหมายที่พยายามอธิบายเรื่องการกระทำทางรัฐบาลว่ามีพัฒนาการจากเรื่องความคุ้มกันในทางศาลโดยโกร (Gros)¹¹³ ได้อธิบายว่า ในสมัยที่ฝรั่งเศสยังมีพระมหากษัตริย์ราชวงศ์บูร์บอง ซึ่งพระองค์ไม่มีความไว้วางใจในศาลปกครอง (Conseil E'tat) จึงทรงออกพระราชกำหนดสองฉบับ ลงวันที่ 29 มิถุนายน ค.ศ. 1814 และวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1817 ซึ่งพระราชกำหนดนี้ทำให้ระบบ Justice retenue เข้มแข็งยิ่งขึ้นโดยพระราชกำหนดสองฉบับนี้ อนุญาตให้พระมหากษัตริย์ราชวงศ์บูร์บองสั่งเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งของศาลปกครองได้ซึ่งหมายความว่า ถ้าการกระทำบางอย่างที่ไม่อยากให้อยู่ภายใต้การควบคุมจากศาลแล้ว กษัตริย์ก็สามารถมีคำสั่งเช่นนั้นได้ และอำนาจดังกล่าวนี้คงอยู่มาจนถึงปี ค.ศ. 1830 แต่ว่ายังคงมีเรื่องการลงนามในกฎหมายของพระมหากษัตริย์ ซึ่งชี้ให้เห็นว่า กษัตริย์ยังมีอำนาจในการยับยั้งกฎหมายและอาจถือว่าการนี้เป็นการถือกำเนิดหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

¹¹³ Gros, *Survivance de la raison d' Etat*, (Paris: Dalloz, 1932) p5.

2.2) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในปัจจุบัน

คำอธิบายถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในอดีตที่ได้ผ่านมาแล้วนั้น มีนักทฤษฎีหลายคนพยายามอธิบายถึงหลักเกณฑ์ของการกระทำทางรัฐบาล ในบางทีก็อธิบายว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง หรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มกันในทางศาล ซึ่งแนวคิดของ ชาปู และ ชาวิตาล นั้น เห็นแตกต่างจากเรื่องนี้ซึ่งเขาไม่เห็นด้วยกับโอริยู และ นักทฤษฎีที่พยายามอธิบายโดยเอาผลมาเป็นเหตุโดยดูจากว่า การกระทำใดที่ศาลไม่ควบคุมไปถึง การกระทำนั้นก็คือ การกระทำทางรัฐบาล โดยชาปู เห็นว่าการพูดถึงเรื่องทางการเมืองนั้น ไม่เป็นการอธิบายในเรื่องของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย การกระทำทางรัฐบาลก็คือ การกระทำที่ศาลไม่ควบคุมตรวจสอบนั้น ชาปู ก็อธิบายว่าเป็นเรื่องปลายเหตุไม่ใช่การพูดถึงองค์ประกอบทางกฎหมาย แต่เป็นการพูดถึงผลของการเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดย ชาปู พยายามหาหลักเกณฑ์ในการแยกว่าการกระทำอย่างไรคือ การกระทำทางรัฐบาล โดยพยายามแยกแยะหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย กล่าวคือ การแยกแยะในการกระทำทางรัฐบาล โดยอธิบายว่า การกระทำในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง จะมีใช้การกระทำทางรัฐบาล และทั้งนี้ชาปู ได้อธิบายได้แย้งการใช้หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่ศาลไม่ควบคุมการกระทำนั้น การกระทำนั้นคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นประการที่หนึ่ง และประการที่สอง หลักเกณฑ์ที่ว่า การกระทำใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งชาปูก็ไม่เห็นด้วยในประเด็นนี้เช่นกัน โดยเขาได้อธิบายดังนี้¹¹⁴

1. หลักความคุ้มกันในทางศาล (la immunité juridictionnelle)

การกระทำใด ๆ ที่ศาลไม่เข้าควบคุม ถือเป็น การกระทำทางรัฐบาลโดยใช้หลักความคุ้มกันในทางศาลนั้นซึ่งชาปูไม่เห็นด้วยกับ

¹¹⁴ Chapus, l'acte de gouvernement monster ou victime, (Paris: Recueil Dalloz 1958), p.8.

หลักนี้ โดยมีเหตุโต้แย้งอยู่ 3 ประการ ก็คือ

ประการแรก หลักความคุ้มกันในทางศาลมิได้สามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกได้ เพราะความคุ้มกันทางศาลนี้ไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้นแต่เป็นเพียงผลของการที่นิติกรรมนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยที่ถ้าจะนำผลมาเป็นเหตุแล้ว เราจะไม่สามารถแบ่งแยกหาหลักเกณฑ์ได้ว่าการกระทำนั้น ๆ ศาลจะไม่ควบคุม เนื่องจากมีความคุ้มกันทางศาล มิใช่ว่าเมื่อการกระทำได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไปไม่

ประการที่สอง ปัญหาที่เผชิญอยู่นั้น มิใช่ว่าปัญหานี้จะพิจารณาเพื่อจะรู้ว่า การกระทำใดในเวลาใดเวลาหนึ่ง จะได้รับความคุ้มกันทางศาล แต่เป็นปัญหาที่เราอยากรู้ว่า การกระทำนั้นโดยสิทธิและโดยสภาพของการกระทำแล้วจำเป็นจะต้องอยู่ภายใต้ระบบคุ้มกันทางศาลหรือไม่ และนอกจากนี้ก็เพื่อที่จะแสดงว่ามีการกระทำอย่างอื่นอีกหรือไม่ที่ได้รับความคุ้มกันหรือไม่ได้รับความคุ้มกันทางศาล

ประการที่สาม ความคุ้มกันทางศาลไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใด เพราะหลักความคุ้มกันนั้นมีความหมายที่กว้างขวางมาก และเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการที่จำเป็นอันเป็นเหตุผลของรัฐ และมีการกระทำเป็นจำนวนมากที่อยู่ภายใต้หลักความคุ้มกันนี้ การที่เราอาศัยหลักเกณฑ์นี้มาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล จึงไม่สามารถทำให้เราแยกแยะการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำอย่างอื่นได้

2. หลักเหตุผลทางการเมือง

การกระทำทางรัฐบาลกับทฤษฎีมูลเหตุในการเมือง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาแตกต่างกัน ที่เกิดขึ้นที่ศาลไม่เข้าควบคุมการกระทำทางรัฐบาลโดยอ้างว่า เป็นเรื่องทางการเมืองชั้นสูงนั้น ซาปู ก็อธิบายว่าอาจจะเป็นไปได้ว่าการที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมนั้นอาจเป็นเพราะ

ประการที่หนึ่ง ศาลพยายามจำกัดตัวเองในการควบคุมฝ่ายปกครองเพราะศาลอาจเล็งเห็นว่าถ้าศาลเข้าควบคุมฝ่ายปกครองในทุกๆ เรื่องแล้วผลที่ตามมาอาจทำให้ฝ่ายปกครองเกิดความรู้สึกขัดแย้ง ไม่ยอมรับ และจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่ยอมอยู่ภายใต้การควบคุมจากศาล เพราะฉะนั้นวิถีทางที่ดีที่สุดก็คือศาลควรจะจำกัดตัวเองโดยในบางเรื่องศาลจะเข้าควบคุมอย่างมาก แต่ในขณะที่เดียวกันในบางเรื่องศาลก็จะไม่ควบคุม เพื่อที่จะพยายามหลีกเลี่ยงการเข้าเผชิญหน้ากับฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล เพื่อที่จะได้มีอิสระในการเข้าไปควบคุมในเรื่องอื่นๆ มากยิ่งขึ้น

ประการที่สอง เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองชั้นสูงนั้น เป็นเรื่องที่ศาลก็ไม่อยากที่จะเข้าไปควบคุม และถึงอย่างไรก็ตามที่การกระทำนั้นๆ ศาลก็ไม่สามารถควบคุม หรือบังคับให้เป็นผลได้อยู่แล้ว ดังนั้น ศาลจึงไม่ควรควบคุมเสียดีกว่า

ดังนั้น ชาปู ได้อธิบายถึงการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องทางการเมือง หลักความคุ้มกันมาอธิบายนั้น มิใช่เป็นเรื่องทางกฎหมายเลยกลายเป็นเรื่องการพุดคุยกันไปอย่างเล่นๆ ไปเรื่อย ๆ โดยมีได้คิดอะไรให้เป็นเรื่องจริงจังขึ้นมาได้ แต่มิได้เป็นการนำเรื่องของเหตุผลในทางกฎหมายมาวิเคราะห์เจาะลึกลงไป เพราะโดยท้ายที่สุด ถ้าการกระทำใดที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมการกระทำนั้นก็กลายเป็นเรื่องทางการเมือง หรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มกันไปซึ่งเท่ากับว่าเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้อำนาจโดยอำเภอใจ¹¹⁵ ที่จะอธิบายว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมือง หรือเรื่องใดมิใช่เรื่องทางการเมือง ดังนั้นจึงควรหาหลักเกณฑ์ที่ดี เพื่อที่จะอธิบายได้ว่าอย่างไรจึงจะถือเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำใดเป็นเรื่องของการกระทำในทางปกครอง

¹¹⁵ I. bid., p.9.

ก. ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่

ในกฎหมาย

ด้วยเหตุดังที่กล่าวได้กล่าวมาแล้วนั้นนักทฤษฎีกฎหมายอีกกลุ่มหนึ่งจึงพยายามที่จะอธิบายถึงความหมายของการกระทำทางรัฐบาลโดยพยายามที่จะหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายพิจารณาในเรื่ององค์ประกอบของกฎหมาย และพยายามหาบทบัญญัติของกฎหมายที่จะอธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาล นักทฤษฎีกลุ่มนี้พยายามหาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมาย โดยพิจารณาที่ตัวบทบัญญัติของกฎหมาย โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติ กฎหมายลำดับรองต่างๆ ว่ามีบทบัญญัติที่พูดถึงการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ โดยการเร เดอ มัลแบร์ (R. Carre de Malberg)¹¹⁶ ได้พิจารณาจากบทบัญญัติดังนี้

ก) กฎหมายลำดับรอง (decret) ที่เกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางการปกครอง ลงวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1852 ที่มีบทบัญญัติว่า “เราควรจะรวมศูนย์อำนาจการกระทำทางรัฐบาล (Gouverner) แต่เราควรกระจายอำนาจทางการปกครอง (administer)” ซึ่งหมายถึงว่ากฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งแยกลักษณะของการกระทำทางปกครอง (administration) ออกจากลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล (government) ซึ่งเท่ากันว่ามีการยอมรับว่ามีลักษณะของการกระทำหรือกิจกรรมของรัฐบาล ที่แยกออกจากการกระทำหรือกิจกรรมทางปกครองได้นั้นเอง

ข) นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 ซึ่งอยู่ในมาตรา 16 โดยเป็นการลอกเลียนแบบมาจากพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1849 ในมาตรา 47 ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐมนตรามีสิทธิที่จะประกาศต่อหน้าศาลคดีซัดกันว่า กิจกรรมที่อยู่ในความดูแลของศาลคดีซัดกันนั้น โดยรัฐมนตรีสามารถที่จะมีคำสั่งว่าคดีนั้นๆ

¹¹⁶ Chalvidan, op.cit., p.7-8.

มิใช่คดีปกครอง แต่เป็นการกระทำทางรัฐบาล” แต่อย่างไรก็ตามไม่ปรากฏว่ามีรัฐมนตรีคนใดใช้สิทธิเช่นนั้น ทั้งนี้คงเป็นเพราะศาลระงับความขัดแย้งได้พยายามหลีกเลี่ยงโดยปริยายอยู่แล้วในการที่จะไปควบคุมการกระทำที่ตนเห็นว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยสรุปแล้ว กಾರೆ เดอ มัลแบร์ จึงอธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมของศาลได้ เนื่องจากมีกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (positive law) บัญญัติไว้ในเรื่องนี้

ข. ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลกับหลักการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลกับหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้ได้อธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาลโดยพิจารณาจากพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติถึงหน้าที่ (function) ของรัฐบาล โดยการแบ่งแยกระหว่างหน้าที่หรือกิจกรรมของรัฐบาลกับหน้าที่ หรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง หากจะสืบสาวถึงพัฒนาการในเรื่องนี้ ก็อาจพิจารณาได้จากนักคิดในสมัย จอห์น ล็อค ที่ได้แยกอำนาจระหว่าง federative กับอำนาจของ executive ออกจากกัน และนักคิดคนต่อมาที่พูดถึงเรื่องนี้คือ ลาแฟร์ริแยร์ Laferrriere¹¹⁷ ที่เป็นนักกฎหมายปกครองที่ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของฝรั่งเศส โดยเขาได้กล่าวไว้ว่า การปกครอง (administer) คือการปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายในลักษณะที่เป็นประจำวันและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองในเมืองหลวง หรือในระดับท้องถิ่น หรือประชาชนกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่รัฐบาล (Gouverner) เป็นเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามเรื่องของสังคมในทางการเมืองทั้งหมดและเป็นเรื่องของการดูแลเกี่ยวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องของการทำให้อำนาจทางสาธารณะที่สำคัญกล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ หรือ

¹¹⁷ Ibid.,p.8.

อำนาจบริหารให้ดำเนินไปได้ด้วยดี และเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือรัฐบาลต่างประเทศ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและในต่างประเทศ

นอกจากนี้ยังมีนักทฤษฎีอีกท่านหนึ่งที่อธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาลว่าเป็นการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลออกจากหน้าที่ของฝ่ายปกครอง โดยพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การแบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางปกครองที่ดีที่สุดก็คือ โดยการพิจารณาจากกิจกรรมนั้น เป็นกิจกรรมของรัฐบาลหรือกิจกรรมนั้นเป็นกิจกรรมของฝ่ายปกครอง¹¹⁸ (*l'activitie gouvernementale vs. l'activite administrative*) โดย ชาปู อธิบายว่า ในอดีตเรามีการแบ่งแยก ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลปกครอง โดยการพิจารณาถึงลักษณะในเนื้อหาของศาลยุติธรรม ซึ่งก็คือการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ในขณะที่เดียวกันเราก็พิจารณาเนื้อหาของงานของศาลปกครอง ซึ่งพิจารณาคดีทางปกครอง ดังนั้นคดีที่อยู่นอกอำนาจของศาลปกครอง ศาลปกครองก็ไม่อาจพิจารณาคดีได้ เช่นเดียวกันถ้ามีใช้คดีแพ่งหรือคดีอาญา ศาลยุติธรรมก็ไม่อาจพิจารณาคดีได้เช่นกัน ดังนั้น ถ้าเราจะพิจารณาเรื่องการกระทำทางรัฐบาล เราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยชาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาดังนี้ คือ

ก) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

1. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้น ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็มีใช้การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคิดเห็นในทางศาลแต่่ามิได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาล

¹¹⁸ Chapus, op.cit., p.9-10.

2. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้น ถ้าเป็นการกระทำทางรัฐบาลต่างประเทศแล้ว ไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

3. ในกรณีการกระทำผสม กล่าวคือ เป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกัน

ข) การพิจารณาในเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาถึงองค์กรตั้งที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำ มิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้กระทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำหรือกิจกรรมที่ได้กระทำของฝ่ายบริหารโดยรัฐบาลนั้น ทั้งนี้เพราะรัฐบาลอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังจะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจมีการกระทำทางปกครองไปพร้อมๆ กับการกระทำในทางตุลาการก็ได้ องค์กรหนึ่งอาจจะมีสองฐานะไปพร้อมๆ กันก็ได้ ดังนั้น ในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการไปพร้อมๆ กันก็ได้ โดย ชาปู อธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการทำในทางปกครองกับการกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึงจะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของรัฐบาลหรือกิจกรรมของรัฐบาล ออกเป็นการกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งนั่นก็คือหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามแนวคิดนี้จึงอาจได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาปกติ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาสงคราม หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการให้ภัยโทษของประธานาธิบดี และกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมืองดังในคดี Gombert, Rouche, Tixcier, Dame Marguerite Durand

3.2.2 การกระทำทางรัฐบาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Regierungsakt)

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ กล่าวคือประกอบด้วยมลรัฐ (Bundesland) 16 รัฐ¹¹⁹ รวมกันเป็นสหพันธ์ จึงมีการแบ่งรัฐบาลออกเป็นสองระดับ คือ รัฐบาลกลาง และรัฐบาลท้องถิ่นประจำแต่ละมลรัฐ โดยรัฐบาลกลางมีอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือ Basic Law) กำหนด นอกจากอำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแล้ว ย่อมเป็นอำนาจที่รัฐบาลท้องถิ่นจะทำได้¹²⁰ นอกจากเยอรมนีจะถือหลักการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นแล้ว ในด้านการใช้อำนาจทางการเมืองหรืออำนาจอธิปไตย นั้น ยังได้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐไว้อีกด้วย ดังนี้

การใช้อำนาจนิติบัญญัติ เป็นอำนาจของรัฐสภา ประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งทั่วไปโดยตรงและลับ¹²¹ และวุฒิสภา (Bundesrat) ซึ่งมีสมาชิกที่เป็นตัวแทนจากทุกมลรัฐ¹²²

¹¹⁹ ประกอบไปด้วย Baden-Württemberg, Bavaria, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hesse, Lower Saxony, Mecklenburg-Western Pomerania, North Rhine-Westphalia, Rhineland-Palatinate, Saarland, Saxony, Saxony-Anhalt, Schleswig-Holstein และ Thuringia

¹²⁰ Basic Law, Article 30 [Division of authority between the Federation and the Länder] “Except as otherwise provided or permitted by this Basic Law, the exercise of state powers and the discharge of state functions is a matter for the Länder.”

¹²¹ Basic Law, Article 38 [Elections]

“(1) Members of the German Bundestag shall be elected in general, direct, free, equal, and secret elections. They shall be representatives of the whole people, not bound by orders or instructions, and responsible only to their conscience...”

¹²² Basic Law, Article 51 [Composition]

“(1) The Bundesrat shall consist of members of the Land governments,

ทำหน้าที่เข้ามามีส่วนร่วมในการตรากฎหมายและให้ความยินยอมอันเป็นเงื่อนไขตามรัฐธรรมนูญบางกรณี อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาของเยอรมนีไม่ได้ทำหน้าที่เช่นเดียวกับสภาสูง (Upper Houses) ดังเช่น ในระบบสองสภา (Bicameralism) ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาให้ความเห็นชอบกฎหมายโดยตรง หากแต่มีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบการตรากฎหมายกลาง (Federal law) เพื่อไม่ให้ขัดแย้งกับผลประโยชน์ของมลรัฐ

การใช้อำนาจตุลาการ มีการแบ่งระบบศาลออกเป็นศาลมลรัฐ และศาลสหพันธรัฐ โดยศาลที่มีบทบาทสำคัญตามรัฐธรรมนูญของเยอรมนีมี 2 ศาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และศาลสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยมีบทบาทหน้าที่แตกต่างกัน ดังนี้

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) เป็นศาลที่มีสถานะอยู่สองสถานะ กล่าวคือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรตุลาการ¹²³ การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความเป็นองค์กรอิสระ¹²⁴ โดยไม่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของกระทรวงแห่งสหพันธ์ และได้รับงบประมาณเฉพาะของตนเอง สามารถติดต่อกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ

which appoint and recall them. Other members of those governments may serve as alternates.

(2) Each Land shall have at least three votes; Länder with more than two million inhabitants shall have four, Länder with more than six million inhabitants five, and Länder with more than seven million inhabitants six votes.

(3) Each Land may appoint as many members as it has votes. The votes of each Land may be cast only as a unit and only by Members present or their alternates.”

¹²³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546), หน้า 46.

¹²⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), หน้า 38.

ได้โดยตรง ทั้งนี้ โดยมีประธานศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของ
ข้าราชการ และพนักงานของศาล นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังสามารถออก
ข้อกำหนดภายในใช้บังคับในวงงานของศาลรัฐธรรมนูญได้ด้วยตนเอง¹²⁵
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอยู่ในสถานะที่แตกต่างไปจากผู้พิพากษาในศาลอื่น ๆ
สถานะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตลอดจนนิติสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐได้รับการบัญญัติ
ไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายว่า
ด้วยผู้พิพากษาเยอรมันจึงสามารถนำมาปรับใช้กับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้
ในฐานะที่เป็นบทสำรองเท่านั้น

ส่วนการที่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการทำให้ศาลรัฐธรรมนูญ
มีเขตอำนาจภายใต้ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น และยังมีความผูกพันที่ต้อง
จำกัดอำนาจตนเองของศาลด้วย กล่าวคือ ในการริเริ่มกระทำการขององค์กร
ตุลาการจะริเริ่มได้ก็ต่อเมื่อได้มีการเสนอเรื่องมาศาล หากไม่มีการเสนอเรื่อง
มาให้ศาลพิจารณาศาลเองก็ย่อมไม่มีอำนาจแต่อย่างใด ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะ
ดังกล่าวขององค์กรตุลาการมีความแตกต่างไปจากการกระทำการขององค์กร
นิติบัญญัติที่สามารถริเริ่มกระทำการได้ด้วยตนเอง นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญ
มีอำนาจในการวินิจฉัยเท่าที่กฎหมายได้กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของ
ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยเรื่องที่ไม่อยู่
ในเขตอำนาจของตนได้

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นย่อมถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญ
เป็นองค์กรตุลาการ และในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการนี้เอง ศาลรัฐธรรมนูญ
จึงใช้อำนาจตุลาการ¹²⁶ และได้มีการจัดโครงสร้างขององค์กร ภาระหน้าที่

¹²⁵ กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz หรือ BVerfGG) มาตรา 1 วรรค 3

¹²⁶ Basic Law, Article 92 [The courts]

“The judicial power shall be vested in the judges; it shall be exercised by the Federal Constitutional Court, by the federal courts provided for in this Basic Law, and by the courts of the Länder.”

และวิธีพิจารณาในทำนองเดียวกันกับศาลอื่นๆ ด้วยเหตุนี้บทบัญญัติแห่งกฎหมายและหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นศาลจึงสามารถนำมาใช้บังคับกับศาลรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น ศาลรัฐธรรมนูญจะเริ่มกระบวนการพิจารณาได้ก็ต่อเมื่อมีคำร้อง การตัดสินใจคดีด้วยความเป็นอิสระ¹²⁷ และผูกพันตนเฉพาะต่อกฎหมายเท่านั้น คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรต่างๆ ของรัฐให้ต้องปฏิบัติตาม ในบางกรณีคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมีผลเสมือนเป็นกฎหมาย อนึ่ง ถึงแม้ว่าคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลในทางการเมือง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ใช่องค์กรที่มีความสามารถในการก่อตั้งเขตอำนาจทางการเมืองเองได้ ภารกิจหลักของศาลรัฐธรรมนูญอยู่ที่การวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติของกฎหมาย ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่เป็นผู้ร่างหรือตรากฎหมายเอง¹²⁸

ศาลสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มี 5 ศาลคือ¹²⁹

¹²⁷ Basic Law, Article 97 [Independence of judges]

“(1) Judges shall be independent and subject only to the law.

(2) Judges appointed permanently to full-time positions may be involuntarily dismissed, permanently or temporarily suspended, transferred, or retired before the expiration of their term of office only by virtue of judicial decision and only for the reasons and in the manner specified by the laws. The legislature may set age limits for the retirement of judges appointed for life. In the event of changes in the structure of courts or in their districts, judges may be transferred to another court or removed from office, provided they retain their full salary.”

¹²⁸ จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 86.

¹²⁹ Basic Law, Article 95 [Supreme federal courts]

“(1) The Federation shall establish the Federal Court of Justice, the Federal Administrative Court, the Federal Finance Court, the Federal Labor Court, and the Federal Social Court as supreme courts of ordinary, administrative, financial, labor, and social jurisdiction...”

1. ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesgerichtshof หรือ BGH) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของคดีอาญาและคดีแพ่งทั้งปวง¹³⁰
2. ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverwaltungsgericht หรือ BVerwG) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของคดีปกครองทั้งปวง¹³¹
3. ศาลการเงินแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesfinanzhof) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของคดีเกี่ยวกับกฎหมายภาษีและกฎหมายศุลกากร¹³²
4. ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesarbeitsgericht) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของคดีที่เกี่ยวกับกฎหมายแรงงาน¹³³
5. ศาลสังคมแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundessozialgericht) ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของคดีที่เกี่ยวกับสวัสดิการสังคมด้านต่างๆ เช่น ประกันสุขภาพ ประกันระยะยาว และการประกันอุบัติเหตุจากการประกอบอาชีพต่างๆ เป็นต้น¹³⁴

การใช้อำนาจบริหาร ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การใช้
อำนาจบริหารนั้นเป็นการใช้อำนาจร่วมกันระหว่าง ประธานาธิบดี (Bundespräsident หรือ President) และนายกรัฐมนตรี (Bundeskanzler หรือ Chancellor) โดยนายกรัฐมนตรี อยู่ในฐานะหัวหน้าของฝ่ายบริหาร ซึ่งมีบทบาทเช่นเดียวกันกับนายกรัฐมนตรี ในระบบรัฐสภา ส่วนประธานาธิบดีอยู่ในฐานะประมุขแห่งสหพันธ์รัฐ และเป็นตัวแทนของสหพันธ์รัฐทั้งในด้านการใช้

¹³⁰ http://www.bundesgerichtshof.de/cIn_134/DE/Home/home_node.html

¹³¹ http://www.bverwg.de/enid/c12e7d1eadece9f6ae21930968379d00,51519f6d6f6465092d09/BESONDERE_SEITEN/Startseite_2.html

¹³² <http://www.bundesfinanzhof.de/>

¹³³ <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>

¹³⁴ http://www.bsg.bund.de/cIn_108/DE/Home/homepage__node.html?__nnn=true

อำนาจอธิปไตยและความรับผิดชอบต่างๆ หากพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะพบว่า ตำแหน่งประธานาธิบดีของเยอรมนีนี้ เป็นตำแหน่งในทางพิธีการมากกว่า กล่าวคือ นอกจากสถานะอันเป็นตัวแทนของสหพันธ์รัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว¹³⁵ ประธานาธิบดียังมีอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำในการตรากฎหมาย¹³⁶ อำนาจในการประกาศใช้กฎหมายในกรณีที่เกิดความไม่มั่นคงทางการเมือง¹³⁷ อำนาจในแบบพิธีการในการประกาศใช้บังคับกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาและการแต่งตั้งบุคคลที่ดำรงตำแหน่งสำคัญต่างๆ

ในขณะที่ตำแหน่งนายกรัฐมนตรี กลับเป็นตำแหน่งที่มีอำนาจในทางบริหารอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการสร้างความสัมพันธ์กับรัฐต่างๆ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแห่ง

¹³⁵ **Basic Law, Article 59 [Representation of the Federation]**

“(1) The Federal President shall represent the Federation in terms of international law. He shall conclude treaties with foreign states on behalf of the Federation. He shall accredit and receive envoys.

(2) Treaties that regulate the political relations of the Federation or relate to subjects of federal legislation shall require the consent or participation, in the form of a federal law, of the bodies responsible in such a case for the enactment of federal law. In the case of executive agreements the provisions concerning the federal administration shall apply *mutatis mutandis*.”

¹³⁶ **Basic Law, Article 58 [Countersignature]**

“Orders and directions of the Federal President shall require for their validity the countersignature of the Federal Chancellor or of the competent Federal Minister. This provision shall not apply to the appointment or dismissal of the Federal Chancellor, the dissolution of the Bundestag under Article 63, or a request made under paragraph (3) of Article 69.”

¹³⁷ **Basic Law, Article 81 [Legislative emergency]**

“(1) If, in the circumstances described in Article 68, the Bundestag is not dissolved, the Federal President, at the request of the Federal Government and with the consent of the Bundesrat, may declare a state of legislative emergency with respect to a bill, if the Bundestag rejects the bill although the Federal Government has declared it to be urgent. The same shall apply if a bill has been rejected although the Federal Chancellor had combined it with a motion under Article 68...”

สหพันธรัฐ¹³⁸ รวมตลอดถึงการจัดการเรื่องกองทัพ ซึ่งแม้ในยามปกติ จะเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมก็ตาม¹³⁹ แต่หากเป็นยามสงคราม อำนาจดังกล่าวจะถูกโอนไปยังนายกรัฐมนตรีแทนเป็นอำนาจของก็เป็นอำนาจของรัฐต่างๆ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแห่งสหพันธรัฐเป็นตัวแทน¹⁴⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้ คณะผู้วิจัยต้องการจะแสดงให้เห็นถึงภาพรวมของหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อเป็นประโยชน์ในการพิจารณาถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีต่อไป

สำหรับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นทฤษฎีที่ได้รับอิทธิพลแนวความคิดมาจากหลักการกระทำของรัฐ (Act of State doctrine) ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common law) ซึ่งมีคล้ายคลึงกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

สาระสำคัญของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนี้ เป็นหลักการที่จำกัดอำนาจของศาลในการเข้ามาวินิจฉัยกิจกรรมต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางนโยบายหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐประศาสนนโยบาย การกระทำที่ศาลไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้นั้นเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล (Regierungsakt) ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นสองประเภทหลักๆ ด้วยกัน คือ¹⁴¹

¹³⁸ Basic Law, Article 32 [Foreign relations]

“(1) Relations with foreign states shall be conducted by the Federation...”

¹³⁹ Basic Law, Article 65 a [Command of the Armed Forces]

“Command of the Armed Forces shall be vested in the Federal Minister of Defense.”

¹⁴⁰ Basic Law, Article 115 b [Transfer of command to the Federal Chancellor]

“Upon the promulgation of a state of defense the power of command over the Armed Forces shall pass to the Federal Chancellor.”

¹⁴¹ <http://www.bauriedl.de/kapitel4.html>

1) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจของรัฐบาลกลาง (Federal Government) และของประธานาธิบดีในการดำเนินการต่าง ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ (อำนาจบริหาร) โดยมองว่ารัฐบาลกลางและประธานาธิบดี เป็นองค์กรที่อยู่ในสถานะสูงสุดของฝ่ายบริหาร การใช้อำนาจบริหารในฐานะเป็นรัฐบาลกลางแห่งสหพันธรัฐ หรือในฐานะประมุขของรัฐ ย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

อย่างไรก็ดี การกระทำของฝ่ายบริหารหาได้หลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบไม่ หากแต่ยังฝ่ายบริหารยังคงต้องรับผิดชอบในทางการเมือง โดยองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองนี้ได้แก่รัฐสภา เช่น กระบวนการถอดถอนประธานาธิบดีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน¹⁴² และการลงคะแนนไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี¹⁴³ เป็นต้น

¹⁴² Basic Law, Article 61 [Impeachment before the Federal Constitutional Court]

“(1) The Bundestag or the Bundesrat may impeach the Federal President before the Federal Constitutional Court for willful violation of this Basic Law or of any other federal law. The motion of impeachment must be supported by at least one quarter of the Members of the Bundestag or one quarter of the votes of the Bundesrat. The decision to impeach shall require a majority of two thirds of the Members of the Bundestag or of two thirds of the votes of the Bundesrat. The case for impeachment shall be presented before the Federal Constitutional Court by a person commissioned by the impeaching body.

(2) If the Federal Constitutional Court finds the Federal President guilty of a willful violation of this Basic Law or of any other federal law, it may declare that he has forfeited his office. After the Federal President has been impeached, the Court may issue an interim order preventing him from exercising his functions.”

¹⁴³ Basic Law, Article 67 [Constructive vote of no confidence]

“(1) The Bundestag may express its lack of confidence in the Federal Chancellor only by electing a successor by the vote of a majority of its Members and requesting the Federal President to dismiss the Federal Chancellor. The Federal President must comply with the request and appoint the person elected...”

ตัวอย่างของการใช้อำนาจบริหารนี้ ได้แก่ กรณีของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการสื่อสารและการไปรษณีย์มีคำสั่งให้ขึ้นราคาค่าบริการต่างๆ การกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการสื่อสารและการไปรษณีย์นี้มีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้แต่ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการสื่อสารภายใต้มาตรา 11 วรรค 1 ของกฎหมาย PRegG ที่กำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับดูแลกิจการสื่อสารซึ่งมาจากมลรัฐต่างๆ จำนวน 11 คน และตัวแทนจากรัฐสภาอีก 11 คน

2) การใช้อำนาจของรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

แท้จริงแล้วการใช้อำนาจของรัฐบาลกลางในกิจการต่างประเทศก็เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเช่นกัน แต่คณะผู้วิจัยต้องการจะแยกกิจการต่างประเทศออกมาให้เห็น เพื่อแสดงถึงความใกล้เคียงกันกับแนวความคิดเรื่องการทำทางรัฐบาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส และแนวความคิดเรื่องการทำของรัฐในประเทศอังกฤษ

ดังที่กล่าวไว้ในข้างต้นแล้วว่า การจัดการในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งรวมตลอดถึงการท่าสงครามด้วยนั้น เป็นอำนาจของรัฐบาลกลางแห่งสหพันธรัฐเท่านั้น การใช้อำนาจดังกล่าวต่างเป็นอำนาจในทางบริหารที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทั้งสิ้น จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจที่ศาลจะเข้าไปทำการพิจารณาได้ อย่างไรก็ตามการให้ความยินยอมในเรื่องที่สำคัญๆ ยังคงต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาอยู่นั่นเอง ตัวอย่างของการใช้อำนาจของรัฐบาลในกิจการต่างประเทศนี้ ได้แก่ กรณีของ AWACS / Somalia

อนึ่ง แม้จะปรากฏว่ามีแนวความคิดในเรื่องการทำทางรัฐบาลอยู่ในระบบกฎหมายของเยอรมนีก็ตาม แต่ Prof. Woo Po Shing ได้ให้ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวความคิดในเรื่องการทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของเยอรมนีไว้อย่างน่าสนใจว่า แนวความคิดดังกล่าวในเยอรมนี ยังขาดความชัดเจน โดยหากพิจารณาในทางทฤษฎีจะพบว่า ไม่มีแนวความคิดในเรื่องการทำของรัฐปรากฏอยู่ในเยอรมนีเลย ทั้งยังมีความเห็นที่แตกต่างกัน

ระหว่างผู้พิพากษากับนักทฤษฎีว่า สิ่งที่น่าเหมือนการกระทำของรัฐตามระบบกฎหมายจารีตประเพณีนี้ ควรจะเรียกว่าอะไรระหว่าง “การกระทำทางรัฐบาล” (Regierungsakt) หรือ “การกระทำที่ไม่สามารถพิจารณาตัดสินโดยศาลได้” (Justizfreie Hoheitsakte) แต่ไม่ว่าจะเรียกว่าอะไร ต่างก็ให้ผลเหมือนกันคือศาลสามารถปฏิเสธไม่รับพิจารณา โดยในทางปฏิบัติแล้วศาลในเยอรมนีอาจรับคดีที่ปัจเจกชนนำมาฟ้องได้หากมีการกระทำใด ๆ ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล อีกทั้งหากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศแล้วก็ถือว่าเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญ ที่จำเป็นต้องมีการจำกัดอำนาจในการเข้าไปพิจารณาตัดสินของศาลในเยอรมนีในเรื่องที่เป็นการกระทำโดยรัฐบาลต่างชาติ แนวทางปฏิบัติดังกล่าวของศาลในเยอรมนีไม่ได้มีความแตกต่างจากศาลในสหราชอาณาจักรและศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเลย¹⁴⁴

ในข้อนี้คณะผู้วิจัยมีความเห็นด้วยต่อความเห็นของ Prof. Woo Po Shing ที่ว่าแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนียังขาดความชัดเจน โดยคณะผู้วิจัยขอยกตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่ 2 BvE 6/99 โดยในคดีนี้ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundestag) ได้ร้องขอต่อศาลรัฐธรรมนูญฯ ให้วินิจฉัยว่า การที่รัฐบาลกลางได้ยอมรับในมติเกี่ยวกับ นโยบายทางการทหารของ NATO ที่มีชื่อเรียกว่า “The new Strategic Concept of NATO” ในที่ประชุมที่กรุงวอชิงตัน ระหว่างวันที่ 23-24 เมษายน ปี ค.ศ. 1999 โดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาเยอรมนี ถือเป็นกรละเมิดอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ และถือว่าการกระทำที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁴⁵

¹⁴⁴ Woo Po Shing, *The Act of State and HKSAR Court*, Article presented at the Third Asia Pacific Court Conference, Shanghai, 6-8 October 1998.

¹⁴⁵ http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/es20011122_2bve000699.html

ในคดีดังกล่าวผู้แทนฝ่ายกฎหมายของรัฐบาลกลาง ที่ทำการ
แก้ต่างแทนผู้ถูกร้องนั้น คือ Prof. Dr. Jochen A. Frowein ได้โต้แย้งใน
ประเด็นหนึ่งว่า การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐ ตามแนวความคิด
แบบสหรัฐอเมริกา แต่ทางศาลรัฐธรรมนูญ โดยองค์คณะที่ทำกรพิจารณาได้
ทำการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ โดยศาลได้
ทำการพิจารณาในเนื้อหาของกรกระทำดังกล่าวและให้เหตุผลว่า “The new
Strategic Concept of NATO” ไม่ได้มีสภาพเป็นเอกสารอย่างเป็นทางการ
และไม่ใช่หนังสือสัญญา ดังนั้น จึงไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรที่
จะทำการพิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน และได้ตัดสินใจปฏิเสธคำร้องในคดี
ดังกล่าวเสีย

จากคดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่า แม้จะมีการยกเอาหลักใน
เรื่องการกระทำของรัฐ หรือการกระทำทางรัฐบาลขึ้นมาต่อสู้ในชั้นศาลแล้วก็ตาม
ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังสามารถทำการพิจารณาในเนื้อหาของกรกระทำดังกล่าวได้
หากเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าอยู่ใน
เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

กล่าวโดยสรุปคณะผู้วิจัยเห็นว่าแนวความคิดในเรื่องการกระทำ
ทางรัฐบาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ยังขาด
ความชัดเจนจนอาจกล่าวได้ว่ายังมิได้มีการพัฒนาขึ้นเป็นทฤษฎีที่มั่นคง
แต่อย่างใด ในทางหนึ่งแม้จะพบว่ามีการกล่าวถึงคำว่า “การกระทำ
ทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำของรัฐ” บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงการนำเอา
แนวความคิดในเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ “การกระทำของรัฐ”
จากในระบบกฎหมายของฝรั่งเศสหรือระบบกฎหมายจารีตประเพณี
ของอังกฤษหรือสหรัฐอเมริกามาอ้างถึงหรือเป็นเหตุผลสนับสนุนในทาง
ทฤษฎีต่อแนวทางในการปฏิบัติของศาลเท่านั้น ดังที่จะเห็นได้ว่าแนวปฏิบัติ
ในการจำกัดอำนาจตนเองของศาลในเยอรมนีมีความคล้ายคลึงกับแนวความคิด
ในเรื่อง “การกระทำของรัฐ” กล่าวคือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ใน

ทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลกลาง

3.2.3 ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา (Theory of Political Questions)

หลังจากได้ทำการศึกษาแนวความคิดทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสมาแล้วเมื่อได้ทำการศึกษาเพิ่มเติมจะพบได้ว่าแนวความคิดเกี่ยวกับการจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการในการเข้าไปตรวจสอบการทำงานในเชิงนโยบายหรือในทางรัฐประศาสนโยบายนั้นมิได้มีแต่ในเฉพาะประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น อันที่จริงแล้วเรากลับพบว่าแนวความคิดในเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” เป็นแนวความคิดที่มีอยู่ในหลายประเทศที่เป็นประชาธิปไตย โดยมีชื่อเรียกทฤษฎีที่มีความใกล้เคียงกันนี้ในชื่อที่หลากหลาย ในประเทศสหรัฐอเมริกาเอง ก็มีแนวความคิดในการจำกัดอำนาจตุลาการที่จะเข้าไปตรวจสอบ “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นเดียวกัน โดยเรียกว่า “ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง” (Theory of Political Questions) หรือ “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (The political question doctrine) ซึ่งแม้ในรายละเอียดจะมีความแตกต่างกันกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส แต่โดยผลแล้วก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ เป็นการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งศาลสูงเห็นว่าเป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องทางการเมือง และควรจะแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเท่านั้น

3.2.3.1 แนวคิดว่าด้วยทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง

ในคดี *Marbury v. Madison* ประธานศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักว่า “เขตอำนาจของศาลนั้นมีอยู่อย่างจำกัด ในการเข้าไปวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกบุคคล ส่วนปัญหาซึ่งโดยธรรมชาติแล้วเป็นเรื่องทางการเมืองที่ต้องเสนอให้ฝ่ายบริหารพิจารณานั้น ไม่สามารถ

พิจารณาได้โดยศาลนี้”¹⁴⁶

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้วางหลักที่จะไม่รับตัดสินคดี อยู่ 3 กรณี ได้แก่ ¹⁴⁷

“(1) กรณีพื้นฐาน (Classic Doctrine) คือ ถ้าคดีใด มีประเด็นที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องนั้นเป็นอำนาจตุลาการขององค์กรอื่น ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา หรือประธานาธิบดี ที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ศาลจะไม่รับคดีนั้นไว้พิจารณา

(2) การพิจารณาจากบทบาทหน้าที่ (Functional considerations) ประเด็นปัญหาเรื่องใดๆ อาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมือง หากศาลเห็นศาลเองนั้นขาดข้อมูลและศักยภาพในการที่จะแก้ไขประเด็นปัญหานั้น

(3) การพิจารณาอย่างรอบคอบ (Prudential Considerations) ประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญอาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองได้ หากศาลพิจารณาอย่างรอบคอบหรือมีนโยบายที่เหมาะสมในการที่จะไม่ใช่อำนาจตุลาการ”

3.2.3.2 การกระทำที่ถือว่าเป็นปัญหาในทางการเมือง

(1) การกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของสภาองเกรสนั้น แม้สภาองเกรสมิได้กำหนดระยะเวลาอันสมควรไว้ ศาลก็ไม่มีอำนาจเข้าไปกำหนดระยะเวลาอันสมควรในการให้สัตยาบันนี้ได้ เป็นปัญหาในทางการเมือง

¹⁴⁶ Political Questions, [Online], Available: URL: http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag25_user.html [July 2, 2009]

¹⁴⁷ มานิตย์ จุมปา, ปัญหาเขตอำนาจศาลในการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) กรณีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ในการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก, [Online], Available: URL: <http://www.law.chula.ac.th/web/popnews.php?Id=668> [July 2, 2009]

คดี *Coleman v. Miller, 307 U.S. 433 (1939)*

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

June, 1924 สภาผู้แทนราษฎร (Congress) ได้ผ่านร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยแรงงานเด็ก (The Child Labor Amendment) และรัฐสภาของรัฐแคนซัส (The Legislature of Kansas) ได้มีมติปฏิเสธการให้สัตยาบันร่างกฎหมายดังกล่าวในเดือนมกราคมปี 1925

12 ปีต่อมาในเดือนมกราคม 1937 ได้มีการยื่นวาระต่อวุฒิสภาแห่งรัฐแคนซัส (The Senate of Kansas) เพื่อขอให้มีการดำเนินการให้สัตยาบัน ในร่างกฎหมายดังกล่าวอีกครั้ง ผลปรากฏว่า วาระดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบด้วยมติเสียงข้างมาก และต่อมาจึงได้มีการบรรจุวาระดังกล่าวเพื่อขอความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งรัฐแคนซัสและได้ผ่านความเห็นชอบด้วยมติเสียงข้างมาก จึงเป็นผลให้มีการให้สัตยาบันในร่างกฎหมายดังกล่าว

ผู้ฟ้องจึงโต้แย้งว่าเมื่อไม่มีการกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันร่างกฎหมายดังกล่าว เมื่อระยะเวลาได้ผ่านเลยมาขนาดนี้แล้ว ร่างกฎหมายดังกล่าวย่อมสิ้นผลไปโดยปริยาย จะนำกลับขึ้นมาให้สัตยาบันใหม่อีกครั้งย่อมไม่ชอบ

คำพิพากษาโดยสรุป

ในประเด็นเรื่องการผลของมติที่ไม่เห็นชอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ และระยะเวลาอันสมควรในการให้สัตยาบันร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้เห็นไปในแนวทางเดียวกับศาลฎีกาแคนซัสว่าแม้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐจะได้มีมติไม่เห็นชอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไปแล้ว แต่ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิในการให้สัตยาบันร่างดังกล่าวในภายหลัง ทั้งนี้โดยดูจากมาตรา 5 รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มิได้บัญญัติถึงผลของมติที่เป็นการปฏิเสธหรือไม่เห็นชอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญไว้เลย มีแต่คำว่า “การให้สัตยาบัน” (ratification) เท่านั้น ที่รัฐธรรมนูญฯ ได้บัญญัติไว้

ว่าร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะมีผลบังคับใช้เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้ก็ต่อเมื่อ ได้มีการให้สัตยาบันโดยเสียงข้างมาก 3 ใน 4 ส่วนของมลรัฐทั้งหมดที่มีอยู่

ส่วนในประเด็นที่ผู้ฟ้องเห็นว่า เมื่อสภาองเกรสไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันเอาไว้ ศาลสามารถเข้าไปกำหนดได้ว่า “ระยะเวลาที่เหมาะสม” (Reasonable period) ของการให้สัตยาบันนั้นควรเป็นระยะเวลาเท่าไรนั้น ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาไม่เห็นด้วยกับประเด็นดังกล่าว โดยมองว่าเป็นปัญหาในทางการเมือง

(2) การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญาจะต้องขอคำแนะนำและเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลและเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง

คดี Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Barry Goldwater วุฒิสมาชิกและสมาชิกสภาองเกรสจำนวนหนึ่งได้โต้แย้งถึงสิทธิของประธานาธิบดี (Jimmy Carter) ในการยกเลิกสนธิสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว ซึ่งในกรณีดังกล่าวเป็นสนธิสัญญา (The Sino-American Mutual Defense Treaty) ที่ทำระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสาธารณรัฐจีน¹⁴⁸ โดยลงนามเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ.1954 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ.1955 โดยมีข้อความสำคัญประการหนึ่งในข้อที่ 10 โดยมีใจความสำคัญว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะยกเลิกสนธิสัญญานี้ได้ โดยให้มีผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลา 1 ปี

¹⁴⁸ ปัจจุบันรู้จักกันในนามของ ไต้หวัน (Taiwan) มีสถานะเป็นดินแดนที่องค์การสหประชาชาติ ยังไม่ได้รับรองความเป็นรัฐ

นับจากวันที่ได้อีกฝ่ายได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาจากอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

ในวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.1979 สหรัฐอเมริกาได้สถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตกับสาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China) และหนึ่งปีหลังจากนั้น ก็ได้มีการยกเลิกสนธิสัญญาฉบับดังกล่าวกับสาธารณรัฐจีน ประเด็นสำคัญที่กลายเป็นข้อถกเถียงในคดีนี้คือ การใช้อำนาจเพียงลำพังของประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา (ขณะนั้นคือ Jimmy Carter) ในการยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวโดยมิได้ขอความเห็นชอบจากวุฒิสภาจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

คำพิพากษาโดยสรุป

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษาว่า กรณีดังกล่าวเป็น “ปัญหาทางการเมือง” จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาโดยศาลนี้ ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้แสดงความเห็นสำคัญสอดคล้องกันว่า ประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจยกเลิกสนธิสัญญานี้เป็น “ปัญหาทางการเมือง” ที่ไม่สามารถเข้าไปพิจารณาพิพากษาโดยศาลได้ ดังนี้

ความเห็นของผู้พิพากษา Lewis Franklin Powell, Jr.

“เมื่อได้มีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบแล้ว ข้าพเจ้าเห็นว่าข้อพิพาทระหว่างสภาองเกรสกับประธานาธิบดียังไม่สมควรที่จะอยู่ในการควบคุมตรวจสอบโดยศาล เพราะทั้งคู่ต่างยืนยันอำนาจของตนตามรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น... องค์กรตุลาการจึงไม่ควรเข้าไปตัดสินประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อการสร้างความดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างประธานาธิบดีและสภาองเกรสจนกว่าองค์กรทางการเมืองเหล่านั้นจะไปถึงทางตันทางรัฐธรรมนูญ (ทางตันทางการเมือง) เสียก่อน มิฉะนั้นก็เท่ากับว่าพวกเรา (องค์กรตุลาการ) ได้เข้าไปกระตุ้นให้บรรดากลุ่มต่างๆ หรือแม้กระทั่งสมาชิกสภาองเกรสคนหนึ่งคนใดเข้ามาใช้กระบวนการแก้ไขปัญหาทางศาล ทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วประเด็นปัญหาดังกล่าวยังมีหนทางที่สามารถแก้ไขความขัดแย้งโดยอาศัยกระบวนการทางการเมืองตามปกติได้อยู่” และ

“ถ้าสภาคองเกรสได้โต้แย้งคัดค้านการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการยกเลิกเพิกถอนสนธิสัญญาที่ได้ทำกับไต้หวัน โดยใช้การกระทำตามธรรมเนียมปฏิบัติที่เหมาะสมแล้ว หากการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลให้ประเทศของเราอยู่ในสถานภาพที่ขาดเสถียรภาพอย่างร้ายแรง ในสถานการณ์ดังกล่าวจึงจะเป็นหน้าที่ของศาลนี้ที่จะเข้าไปแก้ไขปัญหาในประเด็นดังกล่าว”

ความเห็นของผู้พิพากษา William Hubbs Rehnquist

“ข้าพเจ้าเห็นว่า ปัญหาในเบื้องต้นที่ทางผู้ฟ้องได้เสนอมานี้คดีนี้เป็น “ปัญหาทางการเมือง” และมีเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล เพราะเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีในการจัดการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของเราและขอบเขตอำนาจของวุฒิสภาหรือสภาคองเกรสในการปฏิเสธการกระทำของประธานาธิบดี”

ความเห็นของผู้พิพากษา William Joseph Brennan, Jr.

“ประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการทำคำวินิจฉัยนี้ โดยความเป็นจริงแล้วจะต้องเป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจทางการเมือง เพราะหากเป็นเรื่องทางการเมืองแล้วก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาล”

(3) กระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) วุฒิสภาสามารถแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อเสนอรายงานต่อที่ประชุมวุฒิสภาได้หรือไม่ นั่น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง

คดี Nixon v. United States, 506 U.S. 224 (1993)**ข้อเท็จจริงโดยสรุป**

3 พฤศจิกายน ค.ศ.1989 Walter Louis Nixon, Jr. ผู้พิพากษาแห่งสหพันธรัฐ¹⁴⁹ ซึ่งดำรงตำแหน่งหัวหน้าผู้พิพากษาในศาลชั้นต้นสหรัฐฯ (United States District Court for the Southern District of Mississippi) ถูกถอดถอน (Impeachment) โดยสภาผู้แทนแห่งสหรัฐและมีมติให้ออกจากตำแหน่งโดยวุฒิสภาสหรัฐ ด้วยข้อหา “ให้การเท็จ” ต่อหน้า “คณะลูกขุนใหญ่” ซึ่งเกี่ยวข้องกับคดีประวัตินิชอบในกระบวนการยุติธรรม ในระหว่างเป็นผู้ต้องขังในคดีดังกล่าวนั้น Nixon ปฏิเสธที่จะลาออกจากตำแหน่งและยังคงรับเงินเดือนในตำแหน่งต่อไป

ประเด็นที่เป็นข้อโต้แย้งแห่งคดีนี้คือในระหว่างกระบวนการสอบข้อเท็จจริงในชั้นของวุฒิสภาสหรัฐนั้น วุฒิสภาได้ทำการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อรับฟังพยานหลักฐานต่างๆที่เกี่ยวข้องกับคดี และให้มีหน้าที่จัดทำรายงานเพื่อนำเสนอต่อสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด กรรมการได้รับฟังพยานหลักฐานเป็นที่เรียบร้อยแล้วและได้ลงมติว่ากรณีดังกล่าว Nixon มีความผิดจริง จึงได้จัดทำรายงานเสนอต่อวุฒิสภา และวุฒิสภาก็ได้ถือตามข้อเท็จจริงตามรายงานดังกล่าว และมีมติให้ถอดถอน Nixon ออกจากตำแหน่งในเวลาต่อมา

¹⁴⁹ ตำแหน่งผู้พิพากษาแห่งสหพันธรัฐ (Federal Judge) เป็นตำแหน่งที่ใช้เรียกตุลาการที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีแห่งสหรัฐอเมริกา โดยได้รับความยินยอมจากวุฒิสภาแห่งสหรัฐอเมริกา ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “The judicial Power of the United States, shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish. The Judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behavior, and shall, at stated Times, receive for their Services a Compensation which shall not be diminished during their Continuance in Office.” ซึ่งในที่นี้ได้แก่ ผู้พิพากษาศาลฎีกาสหรัฐ (U.S. Supreme Court) ศาลอุทธรณ์สหรัฐ (U.S. Circuit Courts of Appeal) และศาลชั้นต้นสหรัฐ (U.S. District Courts) และอาจรวมถึงศาลอื่นๆ อีกที่ดั่งขึ้นในลักษณะเดียวกัน

ข้อโต้แย้งมือยู่่า Nixon ร้องว่ากระบวนการในการแต่งตั้งกรรมการเพื่อรับฟังพยานหลักฐานของวุฒิสภานี้เป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มาตรา 1 ส่วนที่ 3 วรรค 6 ได้บัญญัติว่า “วุฒิสภามีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาตามกระบวนการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่ง...” ซึ่ง Nixon เห็นว่า ตามบทบัญญัติ ดังกล่าวนี้ วุฒิสภาจะต้องทำการพิจารณาด้วยตนเอง จะมอบอำนาจในการรับฟังพยานหลักฐานให้แก่คณะกรรมการที่วุฒิสภาตั้งขึ้นไม่ได้ และจะเป็นการกีดกันวุฒิสมาชิกทั้งหมดให้เข้ามามีส่วนร่วมในการรับฟังพยานหลักฐาน จึงทำให้กระบวนการถอดถอนตัวเองเป็นอันเสียไปและถือว่าไม่มีผลใช้บังคับได้

คำพิพากษาโดยสรุป

ศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่า การแต่งตั้งคณะกรรมการโดยวุฒิสภาเพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ แล้วจัดทำรายงานเสนอต่อที่ประชุมของวุฒิสภานั้นเป็นไปตามกฎระเบียบที่วุฒิสภากำหนดขึ้น คือ Rules of procedure and practice in the Senate when sitting on impeachment trials¹⁵⁰ ในข้อ 11 ที่กำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่ในการรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อเสนอต่อวุฒิสภานั้น¹⁵¹ อยู่ในอำนาจที่วุฒิสภาจะกระทำได้

¹⁵⁰ http://www.senate.gov/artandhistory/history/resources/pdf/3_1986SenatesImpeachmentRules.pdf [July 2, 2009]

¹⁵¹ Rules of procedure and practice in the Senate when sitting on impeachment trials Rule XI “That in the trial of any impeachment the Presiding Officer of the Senate, if the Senate so orders, shall appoint a committee of Senators to receive evidence and take testimony at such times and places as the committee may determine, and for such purpose the committee so appointed and the chairman thereof, to be elected by the committee, shall (unless otherwise ordered by the Senate) exercise all the powers and functions conferred upon the Senate and the Presiding Officer of the Senate, respectively, under the rules of procedure and practice in the Senate when sitting on impeachment trials.

ประเด็นสำคัญที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งโต้แย้งว่า อำนาจของ วุฒิสภา “แต่ผู้เดียว” ในการ “พิจารณาไต่สวน” นั้นต้องให้วุฒิสภาทั้งหมด เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาและรับฟังพยานหลักฐานนั้น โดยจะให้ บุคคลอื่นที่วุฒิสภาแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่ในการรับฟังพยานหลักฐานไม่ได้ ในข้อนี้ ศาลเห็นว่า คำว่า “พิจารณาไต่สวน” นั้นเป็นคำที่มีความหมายกว้าง และหลากหลาย ซึ่งไม่ได้แปลอย่างแคบตามที่ผู้ฟ้องเห็นว่า ต้องหมายความ เฉพาะแต่การพิจารณาไต่สวน โดยที่ประชุมทั้งหมดของวุฒิสภาไม่ แท้จริงแล้ว การรวบรวมพยานหลักฐานแล้วจัดทำเป็นรายงานไปยังวุฒิสภาโดย คณะกรรมการก็ถือเป็นกระบวนการพิจารณาไต่สวนโดยวุฒิสภาได้เช่นกัน

ส่วนประเด็นที่ผู้ฟ้องเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่ง สหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา “แต่ผู้เดียว” ในการ พิจารณาไต่สวนถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญนั้น ศาลเห็นว่าความหมาย “โดยสามัญสำนึก” ของคำว่า “แต่ผู้เดียว” (Sole) ก็แสดงให้เห็นแล้วว่า วุฒิสภามีอำนาจที่จะกำหนดคกฏเกณฑ์อย่างไรก็ได้ที่เกี่ยวข้อง และความหมาย ตามพจนานุกรมของคำว่า “แต่ผู้เดียว” หมายถึง “การปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระ และปราศจากการช่วยเหลือหรือแทรกแซง”¹⁵² ดังนั้นหากศาลเข้าไปตรวจสอบ การกระทำของวุฒิสภาในการ “พิจารณาไต่สวน” กระบวนการถอดถอนดังกล่าว

Unless otherwise ordered by the Senate, the rules of procedure and practice in the Senate when sitting on impeachment trials shall govern the procedure and practice of the committee so appointed. The committee so appointed shall report to the Senate in writing a certified copy of the transcript of the proceedings and testimony had and given before such committee, and such report shall be received by the Senate and the evidence so received and the testimony so taken shall be considered to all intents and purposes, subject to the right of the Senate to determine competency, relevancy, and materiality, as having been received and taken before the Senate, but nothing herein shall prevent the Senate from sending for any witness and hearing his testimony in open Senate, or by order of the Senate having the entire trial in open Senate.”

¹⁵² Webster’s Third New International Dictionary 2168 (1971).

ได้เสียแล้ว ก็เป็นการยากที่จะพูดได้ว่า วุฒิสภาได้ “ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระ และปราศจากการช่วยเหลือหรือแทรกแซง” เพราะเห็นได้ชัดว่าเป็นการแทรกแซงการทำหน้าที่ของวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ว่าเป็นอำนาจของวุฒิสภาเท่านั้น ดังนั้นหากพิจารณาตามตัวอักษรแล้วก็เห็นได้อย่างชัดเจนว่า “ศาลไม่อาจเกี่ยวข้อง” กับกระบวนการได้สวนเพื่อถอดถอนฯ ของวุฒิสภา

นอกจากความหมายตามตัวอักษรแล้ว หากเราได้พิจารณาโดยถี่ถ้วนจะพบว่ากระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (รวมถึงผู้พิพากษาแห่งสหพันธรัฐ) นี้ เป็นกระบวนการที่มีเจตนารมณ์เพื่อให้ฝ่ายนิติบัญญัติ (สภาผู้แทนราษฎรทำหน้าที่ถอดถอน วุฒิสภาทำหน้าที่ได้สวน) ซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชน ได้ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบองค์กรอื่นๆ และโดยเฉพาะในคดีนี้เป็นกรณีที่เป็นการตรวจสอบฝ่ายตุลาการ ดังนั้นการที่ฝ่ายตุลาการจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับกระบวนการถอดถอนนี้ จึงเป็นการฝ่าฝืนหลักการสำคัญของ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (The doctrine of separation of powers)

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Byron White ผู้พิพากษา Harry Blackmun และผู้พิพากษา David Souter ได้ให้ความเห็นที่น่าสนใจว่า ศาลอาจมีอำนาจในการตรวจสอบกรณีดังกล่าวได้ หากวุฒิสภามีมติถอดถอนบุคคลใดโดยปราศจากการรับฟังพยานหลักฐาน หรือโดยใช้กระบวนการที่มีลักษณะเบ็ดเสร็จเด็ดขาด (ขาดการไต่ตรองโดยรอบคอบ) เหมือนเช่น “การทอยเหรียญ”

(4) การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นปัญหาในทางการเมือง

คดี *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1 (1849)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

นาย Martin Luther เป็นส่วนหนึ่งในขบวนการ “กบฏของดอร์รี”¹⁵³ ที่พยายามผลักดันให้มีการคว่ำรัฐบาลที่ตั้งขึ้นตามกฎบัตร¹⁵⁴ ของมลรัฐ Rhode Island เพื่อขยายสิทธิในการเลือกตั้งให้เพิ่มขึ้นแก่ประชากรที่อาศัยอยู่ใน Rhode Island การเคลื่อนไหวทางการเมืองดังกล่าวนำไปสู่การใช้ความรุนแรง และนาย Luther ก็ถูกนาย Borden เจ้าหน้าที่ของมลรัฐควบคุมตัวเพื่อสอบสวน โดยได้มีการค้นที่พัก และทำให้ทรัพย์สินของเขาเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงได้นำคดีมาฟ้องยังศาล

นอกจากนี้ Luther ยังโต้แย้งว่า รัฐบาลที่ตั้งขึ้นตามกฎบัตรของ Rhode Island นี้ไม่มีลักษณะของ การปกครองในแบบสาธารณรัฐ เพราะมีการจำกัดสิทธิในการเลือกตั้งให้กับกลุ่มบุคคลที่มีทรัพย์สินจำนวนมากเท่านั้น ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ได้บัญญัติให้รัฐบาลแห่งสหรัฐอเมริกาจะต้องยืนยันยืนยันความเป็นรัฐบาลของมลรัฐให้สอดคล้องกับรูปแบบการปกครองในระบอบสาธารณรัฐ และควรยอมรับว่ารัฐบาลในแบบใหม่ของกลุ่มกบฏนี้ต่างหากที่เป็นรัฐบาลแบบสาธารณรัฐที่ชอบด้วยกฎหมาย แทนที่รัฐบาลที่ตั้งขึ้นตามกฎบัตรเดิม

¹⁵³ Thomas Wilson Dorr เป็นนักการเมืองและผู้นำกลุ่มกบฏของดอร์รี (The Dorr rebellion) ที่เกิดขึ้นระหว่าง ปี ค.ศ.1841–1842 โดยเริ่มต้นที่ความต้องการเปลี่ยนแปลงระบบการเลือกตั้งในมลรัฐ Rhode Island

¹⁵⁴ หมายถึง รัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชสาส์น (Royal Charter) ที่ยืนยันเสรีภาพในการปกครองตนเองในสมัยที่ Rhode Island ยังเป็นอาณานิคมของอังกฤษ ซึ่งแม้จะทำให้รัฐบาลของ Rhode Island ปกครองตนเองได้โดยเสรี แต่ก็จำกัดสิทธิของบุคคลบางกลุ่มให้ไม่สามารถเลือกตั้งได้

คำพิพากษาโดยสรุป

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาเห็นว่า การบังคับใช้รัฐธรรมนูญในบทบัญญัติที่ Luther ยกขึ้นกล่าวอ้างนั้นเป็นอำนาจของประธานาธิบดีและสภาองเกรซ จึงเป็นปัญหาในทางการเมือง ซึ่งไม่อยู่ในการตรวจสอบโดยศาล

การตัดสินว่าองค์กรที่ถูกต้องตั้งขึ้นมาอย่างยาวนาน (รัฐบาลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมาย) เป็นรูปแบบของรัฐบาลแบบสาธารณรัฐหรือไม่ตามมาตรา 4 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา เป็นเรื่องที่น่าอภิปรายพิจารณาโดยศาล

ข้อสังเกต

ในขณะที่มีการพิจารณาคดี Luther v. Borden นี้ยังไม่มีการบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 14 (the Fourteenth Amendment) ซึ่งบรรจุหลักในการให้ความคุ้มครองความเสมอภาค (The Equal Protection Clause) ทำให้ศาลจำต้องตีความว่าเป็นปัญหาทางการเมือง แต่ภายหลังจากที่มีการใช้หลักความเสมอภาคนี้ คดีอื่นๆ ที่มีลักษณะพื้นฐานใกล้เคียงกับคดีนี้ และกล่าวอ้างถึงหลักความเสมอภาคนี้ ศาลก็เข้าไปพิจารณาวินิจฉัยทั้งสิ้น ดังเช่น คดี Baker v. Carr ที่จะขอลงกล่าวถึงต่อไป

3.2.3.3 การกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นปัญหาในทางการเมือง

นอกจากตัวอย่างคำวินิจฉัยศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาที่แสดงให้เห็นว่า อะไรบ้างที่เป็นปัญหาในทางการเมือง ต่อไปจะได้แสดงตัวอย่างของคำวินิจฉัยศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาที่แสดงให้เห็นว่าอะไรบ้างที่ไม่เป็นปัญหาทางการเมือง

อย่างไรก็ดีแม้ว่าคำวินิจฉัยต่อจากนี้ไปจะเป็นคำวินิจฉัยที่แสดงให้เห็นถึงสิ่งที่ไม่เป็นปัญหาทางการเมืองก็ตาม แต่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาก็แสดงให้เห็นหลักการสำคัญในการวินิจฉัยถึงความแตกต่างของปัญหาในทางการเมือง และปัญหาที่ไม่ใช่ประเด็นทางการเมืองไว้ด้วยในขณะเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดี Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) ที่

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ได้วางหลักการสำคัญในการจำแนกระหว่างข้อแตกต่างระหว่าง “ธรรมชาติ” ของเรื่องที่เป็นประเด็นในทางการเมือง และที่ไม่ใช่ไว้อย่างชัดเจนและอาจเป็นแนวทางสำคัญที่จะเราจะสามารถทำการศึกษวิเคราะห์ได้ว่า เส้นแบ่งของคำก้ำกึ่งทางการเมืองนี้ เรื่องใดที่องค์กรตุลาการควรเข้าไปทำการพิจารณาวินิจฉัย และเรื่องใดที่องค์กรตุลาการจำเป็นต้องจำกัดอำนาจของตนเองที่จะเข้าไปพิจารณาวินิจฉัย

(1) การใช้อำนาจกีดกันบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดมิให้เป็นสมาชิกรัฐสภา เป็นกระบวนการที่มิได้บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาย่อมกระทำมิได้ และไม่เป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง

คดี *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Adam Clayton Powell Jr. สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอาวุโส ได้เคยมีเรื่องพิพาทเกี่ยวกับเรื่องอื้อฉาวทางการเมือง อย่างไรก็ดี เขาได้รับเลือกให้เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอีกสมัยในการเลือกตั้งเมื่อปีค.ศ.1966 ต่อมาในเดือนมกราคม ค.ศ.1967 John William McCormack ประธานสภาผู้แทนราษฎร (Speaker of the United States House of Representatives) ได้ร้องขอให้ Powell สละสิทธิที่จะเข้าสาบานตนรับตำแหน่ง และนำมาซึ่งการปลด Powell ออกจากตำแหน่งประธานกรรมาธิการสภา และการขับไล่จากตำแหน่งสมาชิกสภา และได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นมาทำหน้าที่สืบสวนข้อเท็จจริงและรับฟังพยานหลักฐานที่เกี่ยวกับเรื่องอื้อฉาวทางการเมืองของเขา

ในเดือนมีนาคม ปีเดียวกันนั่นเอง สภาได้ผ่านมติให้ขับไล่ Powell ให้พ้นจากสภาด้วยคะแนนเสียง 307 ต่อ 116 เสียง พร้อมทั้งดำเนินคดีเกี่ยวกับพฤติกรรมดังกล่าว และปรับเงินเป็นจำนวน 25,000 เหรียญสหรัฐ นอกจากนี้ยังได้ยึดความเป็น “สมาชิกอาวุโส” พร้อมประกาศ

ให้ตำแหน่งสมาชิกสภา ของเขาวางลง

Powell และประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่เลือก Powell
มาเป็นผู้แทนของเขาอีก 13 คน ได้นำคดีมาฟ้องศาล

คำพิพากษาโดยสรุป

หัวหน้าผู้พิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา Earl Warren ได้ทำความเข้าใจซึ่งกันและกันที่ได้รับความเสียหายมาก¹⁵⁵ ในคดีนี้ว่า แม้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาจะกำหนดว่า การพิจารณาคณะสมัชชของสมาชิกรัฐสภาเป็นอำนาจเฉพาะของรัฐสภาก็ตาม แต่ก็ไม่เป็นการห้ามมิให้ศาลเข้าไปทำหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีองค์โรคใดที่เป็นองค์สูงสุด (ในการตีความรัฐธรรมนูญ) อีกทั้งศาลก็มีหน้าที่ในการสร้างความมั่นใจว่าองค์กรของรัฐทุกองค์กรจะปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอาศัยเหตุผลดังกล่าว ศาลจึงสามารถที่จะตีความขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ ได้ว่า มีขอบเขตเพียงใด

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไว้เพียง อายุ สัญชาติ ภูมิลำเนา เท่านั้น การที่สภาผู้แทนราษฎรจะทำการเพิ่มเติมคุณสมบัติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าไปให้รวมตลอดถึงเรื่องความประพฤติด้วยนั้น ย่อมเป็นการขัดกับหลักที่ว่า “ห้ามตีความขยายความตามรัฐธรรมนูญ” (no more than an interpretation of the Constitution) ดังนั้นย่อมทำไม่ได้ และในการนี้ศาลย่อมมีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของสภา ว่าขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ กรณีดังกล่าวจึงไม่ใช่ประเด็น “ปัญหาในทางการเมือง” ที่ศาลจะไม่รับไว้พิจารณาวินิจฉัย

¹⁵⁵ ความเห็นของ Warren ได้รับการรับรองโดยผู้พิพากษาคณะอื่นอีก 6 คน ดังนี้ Hugo Black, William J. Brennan, Jr., William O. Douglas, John Marshall Harlan II, Thurgood Marshall, Byron White

นอกจากนี้ ศาลยังพบว่ากระบวนการในการกีดกัน (exclude) ความเป็นสมาชิกสภา นี้ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญ สหรัฐอเมริกาคำหนดว่า แต่ละสภาสมาชิกจะตัดสินคุณสมบัติของสมาชิกสภาแห่งตนได้ (qualifications of its own members) และในการถอดถอนความเป็นสมาชิก (to expel a member) จะต้องใช้มติสองในสาม และการใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจให้มีผลย้อนหลัง (post facto) กล่าวคือจะพิจารณาในเรื่องคุณสมบัติของสมาชิกสภา ได้ก็ต่อเมื่อบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งมาตามกระบวนการของกฎหมายแต่ละมลรัฐนั้นมิได้มีสถานะเป็นสมาชิกสภาแล้วเท่านั้น ซึ่งตามกระบวนการแล้วบุคคลที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามา ย่อมถือว่าเป็นเพียง “ว่าที่สมาชิก” (candidate member) อยู่จนกระทั่งได้มีการผ่านพิธีสาบานตนก่อนเข้ารับตำแหน่ง (oath of office) แล้วจึงจะถือว่าเป็นสถานะเป็นสมาชิกโดยสมบูรณ์ ดังนั้น การกีดกัน (exclude) บุคคลที่ยังมิได้เป็นสมาชิกสภา จะทำไม่ได้

(2) การไม่จัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งให้สอดคล้องตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญ จนส่งผลกระทบต่อสิทธิทางการเมือง ตลอดจนหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ นั้น ไม่เป็นปัญหาในทางการเมือง ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้

คดี *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

ในช่วงระยะเวลาระหว่าง ค.ศ.1901 - 1961 จำนวนประชากรของมลรัฐ Tennessee มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างมาก กล่าวคือ ในปี 1901 มีจำนวนประชากรทั้งสิ้น 2,020,616 คน ในจำนวนนี้มีผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั้งสิ้น 487,380 คน ส่วนในปี 1960 ผลการสำรวจทะเบียนราษฎร พบว่ามีประชากรอยู่ในมลรัฐ Tennessee ถึง 3,567,089 คน และในจำนวนนี้มีผู้มีสิทธิเลือกตั้งสูงถึง 2,092,891 คน

อย่างไรก็ตามแม้ว่าจะมีกฎหมายว่าด้วยการแบ่งเขตเลือกตั้ง Apportionment Act 1901 ใช้มาตั้งแต่ปี 1901 แล้วก็ตาม แต่กลับไม่มีการจัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งใหม่ตามจำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้น Charles W. Baker จึงได้นำคดีมาฟ้องศาลโดยอ้างว่า กฎหมายว่าด้วยการแบ่งเขตเลือกตั้งดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญและล้ำสมัย ซึ่งส่งผลให้การแก้ไขรัฐธรรมนูญของมลรัฐกระทำได้ยากและเป็นไปไม่ได้

คำพิพากษาโดยสรุป

คำพิพากษาของศาลชั้นต้นสหรัฐอเมริกา ตัดสินว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหาในทางการเมือง โดยยึดตามแนวคำพิพากษาในคดี *Colegrove v. Green* ที่เคยตัดสินว่า “การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นปัญหาในทางการเมือง” และศาลอุทธรณ์สหรัฐอเมริกาก็ได้ตัดสินยืนยันไปตามนั้น

ในชั้นศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ได้พิจารณาในประเด็นสำคัญ คือ เรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลหรือไม่ ข้อถกเถียงจึงมีอยู่ว่า ปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายว่าด้วยการแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ (Tennessee) ถือเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมืองหรือไม่

ด้วยการลงมติ 6 ต่อ 2 ศาลเห็นว่าคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจที่ศาลจะเข้าไปพิจารณาได้ โดยศาลเห็นว่า แม้ว่าเรื่องดังกล่าวจะมีความเกี่ยวข้องกับการเมือง แต่ก็มีได้เป็น “ปัญหาในทางการเมือง” ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาล หากแต่เป็นเรื่องการร้องขอให้ศาลเข้าไปปกป้องสิทธิทางการเมือง และการละเมิดหลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้มีการบัญญัติรับรองไว้อยู่แล้วในรัฐธรรมนูญ โดยประเด็นปัญหาในทางการเมืองที่ศาลจะไม่รับวินิจฉัยมีพื้นฐานสำคัญมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Power)

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา William Joseph Brennan, Jr. ซึ่งเป็นผู้พิพากษาคนสำคัญที่ทำคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ ได้ปรุ่แต่งหลักการ “ปัญหาในทางการเมือง” ขึ้นมาใหม่ ทั้งนี้โดยพิจารณาจากคดีต่างๆ

ที่เกี่ยวข้องกับ “ปัญหาในทางการเมือง” ในอดีตแล้ว Brennan ได้วางหลักเกณฑ์สำคัญในการพิจารณาว่า ประเด็นปัญหาอะไรที่โดย “ธรรมชาติ” ของประเด็นนั้น เป็น “ปัญหาในทางการเมือง” โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

(1) กรณีใดที่มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง หรือสามารถพิสูจน์ได้ว่า รัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้แก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยองค์กรทางการเมือง (อาจรวมถึงแก้ปัญหาร่วมกันโดยองค์กรทางการเมืองด้วย)

(2) กรณีใดที่พบว่า มีข้อจำกัดหรืออุปสรรคในทางตุลาการซึ่งเกินความสามารถที่ฝ่ายตุลาการหรือศาลจะเข้าไปค้นหาหรือจัดการกับมาตรฐานใด ๆ อันนำไปสู่การแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

(3) กรณีใดที่เห็นได้อย่างแจ่มชัดว่าเป็นเรื่องที่ต้องใช้การไตร่ตรองอย่างรอบคอบโดยทางอื่นนอกเหนือไปจากการพิจารณาธรรมดาดีโดยทั่วไป (เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับรัฐประศาสนโยบาย) ซึ่งหากศาลเข้าไปทำหน้าที่ในการตัดสินแล้ว ก็เป็นไปได้ยากที่จะไม่เข้าไปก้าวก่ายกับงานเชิงนโยบาย กล่าวได้ว่าศาลเองเป็นผู้ริเริ่มงานในเชิงนโยบายเสียเอง

(4) กรณีใดที่เมื่อศาลเข้าไปดำเนินการแก้ไข แม้จะกระทำไปด้วยความเป็นอิสระที่ดี ก็ยังพบว่าเป็นการยากที่การเข้าไปจัดการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยศาลนั้นจะไม่เป็นการแสดงออกซึ่งความไม่เคารพในการจัดการขององค์กรอื่น ๆ ของรัฐ (องค์กรทางการเมือง) ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวที่เป็นปัญหา

(5) เป็นกรณีที่ไม่มีความจำเป็นเป็นพิเศษที่ศาลจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการตัดสินใจทางการเมืองที่ได้กระทำลงไปแล้ว (และองค์กรที่ตัดสินใจไปนั้นก็ยึดมั่นในสิ่งที่ตนได้ตัดสินใจไปโดยปราศจากข้อกังขา)

(6) เป็นกรณีที่หากศาลเข้าไปพิจารณาตัดสินปัญหาดังกล่าวแล้ว จะก่อให้เกิดความลำบากใจแก่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ในการประกาศ แถลงการณ์ หรือแสดงความคิดเห็นใด ๆ ที่หลากหลายและอาจแตกต่างไปจากที่ศาลได้พิจารณาตัดสินไป

ดังนั้น ศาลไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่รับคดีนี้ไว้เพื่อพิจารณา
วินิจฉัยได้ เพราะเมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ในการพิจารณาดังกล่าวข้างต้น
คดีนี้จึงไม่ใช่ “ประเด็นปัญหาในทางการเมือง” (Political Question)

ข้อสังเกต

คำวินิจฉัยในคดีนี้ถือเป็นการกลับหลักสำคัญที่ศาลฎีกา
สหรัฐอเมริกาเคยวางไว้ในคดี *Colegrove v. Green* (1946) ซึ่งวางหลักไว้
ว่า การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา
เพราะเป็นปัญหาในทางการเมือง ซึ่งคณะวิจัยมีข้อสังเกตว่า ผู้พิพากษาเสียง
ข้างมากในคดี *Colegrove v. Green* ได้กลายมาเป็นเสียงข้างน้อยในคดีนี้
คือ *Felix Frankfurter* ซึ่งเคยกล่าวไว้ในคดี *Colegrove v. Green* ว่า
“ศาลไม่ควรที่จะเข้าไปในสมุทพุ่มไม้ทางการเมืองนี้” ซึ่งเห็นได้ชัดว่า *Frank-*
furter เห็นถึงความยากลำบากอย่างยิ่งที่เดียวในการเข้าไปติดกับประเด็นปัญหา
ที่มีความยุ่งยากทางการเมือง และเกินกว่าความสามารถในการตัดสินใจของ
องค์กรตุลาการได้ แสดงให้เห็นถึงความเชื่อของ *Frankfurter* ว่า ปัญหาเรื่อง
การแบ่งเขตเลือกตั้งนั้นจะสามารถแก้ไขด้วยกระบวนการทางการเมืองเท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น คณะวิจัยได้แสดงให้เห็นถึง
แนวความคิดในเรื่อง ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง (Theory of Political
Questions) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้วางหลักขึ้น ทั้งนี้เพื่อ
เป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการหรือศาลเอง มิให้เข้าไปก้าวล่วงต่อเรื่องที่
โดยธรรมชาตินั้นต้องปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวแก้ไขด้วยวิถีทางทางการเมืองเอง
โดยการจำกัดอำนาจของศาลเองนี้ก็มาจากการเข้าใจในเรื่อง ความสามารถอันมี
อยู่อย่างจำกัดของศาลที่จะเข้าไปแก้ไขความขัดแย้งได้ทุกรณโดยไม่มีข้อจำกัด
จึงจำเป็นต้องกำหนดบทบาทหน้าที่ของศาลไว้อย่างเฉพาะเจาะจงและให้มี
ขอบเขตอยู่เพียงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ดีจะเห็นได้ว่าแนวทางในการศึกษาทฤษฎี
ปัญหาทางการเมือง ของสหรัฐอเมริกานั้น คณะวิจัยได้วางหัวข้อไว้แตกต่าง

จากแนวทางในการศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่จะเน้นการวางหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีสำคัญก่อนแล้วจึงนำแนวคำวินิจฉัยที่นำเอาหลักหรือทฤษฎีดังกล่าวไปใช้ได้อย่างสอดคล้องต้องกันกับกรณีที่เป็นข้อพิพาท ในขณะที่การศึกษาทฤษฎีปัญหาทางการเมือง ผู้อ่านจะสังเกตได้ว่าเป็นการยกเอาคำพิพากษาที่มีขึ้นมาพูดถึงก่อนแล้วจะได้สกัดเอาหลักกฎหมายหรือทฤษฎีที่ศาลได้วางไว้มาอธิบายหรือวางไว้เป็นหัวข้อข้างต้นให้เห็นอย่างชัดเจนว่าเป็นกรณีที่พิพาทเกี่ยวกับเรื่องอะไร

ทั้งนี้ก็เพราะว่าหลักในการศึกษากฎหมายหรือนิติศึกษาของประเทศทั้งสองนั้นมีความแตกต่างกันอย่างสำคัญ ความเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common law นี้เองที่ทำให้ศาลสามารถให้เหตุผลได้อย่างกว้างขวาง และจะได้วางหลักไว้โดยพิจารณาเป็นรายกรณี ๆ ไป ซึ่งจะกลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญในการพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าว และกล่าวอ้างในคดีต่อมาให้ยึดถือเป็นแบบอย่างหรือเพิ่มเติมให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป

3.2.4 การกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ

สำหรับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของอังกฤษนั้น ไม่มีหลักของการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) อยู่ในระบบกฎหมายของอังกฤษอย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาพบว่า ศาลของประเทศอังกฤษได้มีการจำกัดอำนาจของตนในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งทางการเมืองบางเรื่อง ซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลอย่างในประเทศฝรั่งเศสและใกล้เคียงอย่างยิ่งกับแนวความคิดในเรื่อง ทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักที่ว่าด้วย “การกระทำของรัฐ” (Act of State) นั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นแบบของการพัฒนา หลักการกระทำของรัฐ ในสหรัฐอเมริกาเลยทีเดียว

นอกจาก “การกระทำของรัฐ” แล้ว แนวความคิดในเรื่องข้อขัดแย้งทางการเมืองในบางกรณีก็เป็นข้อที่ทำให้เราพิจารณาแล้วเห็นได้ว่าศาลใด ก็ไม่อาจเข้าไปแก้ไขปัญหาซึ่งจำต้องใช้วิถีทางทางการเมืองในการ

แก้ไขปัญหาคือ ในข้อนี้ผู้วิจัยต้องการแสดงให้เห็นเป็นประการสำคัญว่า รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้น มีความสำคัญน้อยกว่ารัฐสภา (parliament) และรัฐสภาในที่นี้หมายถึง การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ร่วมกับรัฐสภา ดังนั้นหลักการสำคัญของการปกครองในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษนี้จึงห้ามมิให้พระมหากษัตริย์ทรงขัดแย้งกับรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าพระมหากษัตริย์ต้องห้ามที่จะขัดแย้งกับรัฐสภา แต่กับฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีแต่ละคน พระมหากษัตริย์อาจทรงใช้พระราชอำนาจไปในทางที่ขัดแย้งได้ แม้ว่าในทางปฏิบัติโดยอาศัยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญซึ่งมีค่าบังคับเสมือนหนึ่งเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษนั้น การใช้พระราชอำนาจใดๆ ของพระมหากษัตริย์จะต้องทรงใช้ภายใต้คำแนะนำของรัฐมนตรีก็ตาม ก็ไม่เป็นการต้องห้ามให้พระมหากษัตริย์จะทรงใช้อำนาจส่วนพระองค์ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญมิได้ยกเลิกไปไม่ โดยเฉพาะหากเป็นการใช้พระราชอำนาจส่วนพระองค์บนพื้นฐานของเหตุผลที่ว่า เกิดวิกฤตการณ์เป็นพิเศษขึ้นในบ้านเมือง หรือเป็นการใช้พระราชอำนาจเพื่อปกป้องรักษากฎหมายรัฐธรรมนูญเอาไว้จากการล่วงละเมิดกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญโดยรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหาร

3.2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์

ในระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษ ปัจจุบัน มีแนวความคิดในเรื่องการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) อยู่อย่างมากมาย โดยอาจจำแนกได้ดังนี้

1.1) พระราชอำนาจทั่วไป

พระราชอำนาจทั่วไปถือเป็นอำนาจที่แสดงให้เห็นถึงลักษณะของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรง

เป็นประมุขได้เป็นอย่างดี เพราะการกระทำใดๆ ซึ่งเป็นพระราชอำนาจโดยทั่วไปนี้จะต้องเป็นการกระทำโดยพระมหากษัตริย์ภายใต้คำแนะนำหรือยินยอมโดยรัฐบาลเสียก่อน นอกจากนี้ยังมีหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” (The King can do no wrong) กล่าวคือการลงพระปรมาภิไธยซึ่งถือเป็นการกระทำที่นำไปตามทางการ หรือตามแบบพิธีต่างๆ นี้จะต้องมีผู้ลงนามรับสนองพระปรมาภิไธยอีกชั้นหนึ่ง จึงจะถือว่าเป็นการกระทำที่ผลในทางกฎหมาย ซึ่งในข้อนี้เห็นว่าหลัก “พระมหากษัตริย์จะทรงกระทำผิดมิได้” เป็นหลักที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน¹⁵⁶

1.2) พระราชอำนาจในฐานะพระประมุข

ในฐานะที่เป็นประมุขของรัฐ (Head of State) พระมหากษัตริย์ของประเทศอังกฤษจะต้องใช้อำนาจในด้านนิติบัญญัติ และด้านบริหาร ภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ

1.2.1) อำนาจทางฝ่ายบริหาร

นอกจากพระมหากษัตริย์จะทรงเป็นประมุขของรัฐแล้ว ในอีกฐานะหนึ่งพระมหากษัตริย์ก็มีฐานะเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร (Head of government) ในส่วนนี้จะขออธิบายถึงอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ใช้พระราชอำนาจไปในทางที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายบริหารหรือการบริหารราชการแผ่นดิน

(1) การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี¹⁵⁷

พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้นถือเป็นอำนาจส่วนพระองค์ของพระมหากษัตริย์ ซึ่งอยู่

¹⁵⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 8 “องค์พระมหากษัตริย์ทรงดำรงอยู่ในฐานะอันเป็นที่เคารพสักการะ ผู้ใดจะละเมิดมิได้”

¹⁵⁷ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 226 - 237.

ภายใต้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ หรือ จารีตประเพณีในทางรัฐธรรมนูญ (constitutional customs)¹⁵⁸ ที่ว่าพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้คะแนนเสียงข้างมากในสภาสามัญเท่านั้น เว้นเสียแต่เป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีโดยพระราชวินิจฉัยส่วนพระองค์ ซึ่งจะต้องเป็นกรณีที่มีเหตุการณ์หรือสถานการณ์พิเศษแตกต่างจากในกรณีปกติโดยทั่วไป ดังจะได้อธิบายโดยละเอียดดังนี้

(1.1) การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในกรณี

ปกติ

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนั้นเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ (personal prerogatives) ที่จำกัดองค์การภายใต้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ(สำหรับประเทศไทย บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ)¹⁵⁹ จึงไม่มีอำนาจในการเลือกนายกรัฐมนตรีได้โดยพระองค์เอง ทั้งนี้ภายใต้การปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือระบบรัฐสภานี้ มีกลไกในการทำงานของระบบพรรคการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งอยู่ ดังนั้นหัวหน้าพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงจากการเลือกตั้งมากที่สุดและสามารถกุมเสียงข้างมากในสภาได้แล้วจึงจะได้รับแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีต่อไป ส่วนในกรณีที่นายกรัฐมนตรีลาออกหรือตาย พรรคการเมืองแต่ละพรรคก็มีกลไกในการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ขึ้นมาเพื่อให้เข้ามาดำรง

¹⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารประกอบคำสอน วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 78 - 80.

¹⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 171
“พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี...ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี”

ตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีต่อไป โดยที่พระมหากษัตริย์ก็จำเป็นต้องแต่งตั้งหัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่นี้ให้เข้ามาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต่อไป

จากการใช้พระราชอำนาจดังกล่าว เราจะเห็นได้ว่าแม้อำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจะเป็นอำนาจส่วนพระองค์ แต่ในทางปฏิบัติ หากไม่มีสถานการณ์พิเศษเข้ามาเกี่ยวข้อง พระมหากษัตริย์ก็จะให้พระราชอำนาจดังกล่าวไปโดยลำพังมิได้ หากแต่ต้องปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ภายใต้วิถีทางในระบอบประชาธิปไตยอยู่เอง ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าอำนาจส่วนพระองค์ในกรณีดังกล่าว เป็นไปในลักษณะอำนาจแบบพิธีการ

ในข้อนี้ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีนี้มีความแตกต่างกับการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีของประเทศไทยอยู่ กล่าวคือ สำหรับประเทศอังกฤษ เมื่อมีการเลือกตั้งเสร็จสิ้นเป็นที่เรียบร้อยแล้ว พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกหัวหน้าพรรคการเมืองที่ชนะการเลือกตั้งมาเข้าเฝ้าเพื่อขอให้ตั้งรัฐบาล โดยหัวหน้าพรรคการเมืองดังกล่าวก็จะตอบรับว่าตนสามารถจัดตั้งรัฐบาลได้ พระมหากษัตริย์จึงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรี

ส่วนในกรณีของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญ ได้กำหนดให้เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีแล้วให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำความขึ้นกราบบังคมทูล เพื่อทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวให้เป็นนายกรัฐมนตรีต่อไป

จากธรรมเนียมปฏิบัติของประเทศไทยนี้ เราจะเห็นว่า การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นกระบวนการที่พระมหากษัตริย์ทรงริเริ่มขึ้น แต่สำหรับประเทศไทยจำเป็นต้องให้สภาผู้แทนราษฎรริเริ่มขึ้นไป โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้นำความขึ้นกราบบังคมทูล ซึ่งมีความแตกต่างกันดังที่ได้อธิบายมา

(1.2) การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในกรณี

เหตุกรณีพิเศษ¹⁶⁰

ก. กรณีนายกรัฐมนตรีลาออกจาก
ตำแหน่งหัวหน้าพรรค

เป็นกรณีที่พรรคการเมืองได้ทำการเลือก
หัวหน้าพรรคการเมืองคนใหม่ หัวหน้าพรรคคนปัจจุบันจึงประกาศลาออก
จากตำแหน่งหัวหน้าพรรคและส่งผลให้มีการกราบบังคมทูลลาออกจากตำแหน่ง
นายกรัฐมนตรีไปด้วย ในกรณีดังกล่าวพระมหากษัตริย์ของอังกฤษก็จะทำการ
แต่งตั้งหัวหน้าพรรคคนใหม่ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรี เช่นในกรณีของ Harold
Wilson ที่ลาออกจากตำแหน่ง และสมเด็จพระราชินีทรงแต่งตั้งนาย James
Callaghan ขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีคนใหม่ ในกรณีของประเทศไทยจะต้องทำการ
เลือกนายกรัฐมนตรีคนใหม่โดยสภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่งก่อน

ข. กรณีนายกรัฐมนตรีเสียชีวิตหรือ
ไร้ความสามารถอย่างถาวร

แม้ว่าในกรณีดังกล่าวยังไม่เคยเกิดขึ้น แต่
เคยเป็นกรณีปัญหาที่มีการถกเถียงทางวิชาการเมื่อตอนสมัยนายกรัฐมนตรี
Winston Churchill มีอาการป่วยหนักและอาจเสียชีวิต¹⁶¹ และไม่มีทางออก
ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษว่าจะให้ใครเข้าทำหน้าที่รักษาการนายก
รัฐมนตรีแทนได้ เนื่องจากในกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษนั้นไม่มี

¹⁶⁰ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศ
อังกฤษ, หน้า 226 - 237.

¹⁶¹ Winston Churchill เป็นอดีตนายกรัฐมนตรีของประเศอังกฤษ เคยดำรงตำแหน่ง
นายกรัฐมนตรี 2 สมัย ดังนี้ ตั้งแต่วันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ.2483 ถึงวันที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ.
2488 และตั้งแต่วันที่ 26 ตุลาคม พ.ศ. 2494 ถึงวันที่ 7 เมษายน พ.ศ. 2498 ในกรณีนี้หมายถึง
สมัยที่สอง ซึ่ง Churchill มีอาการอัลไซเมอร์อย่างรุนแรงในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2496 และ
กลับมาทำงานได้อีกครั้งในเดือนตุลาคมปีเดียวกัน

ตำแหน่งรองนายกรัฐมนตรี ดังนั้นจึงเป็นกรณีที่มีความเห็นว่าพระมหากษัตริย์ของอังกฤษทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลใดก็ได้ที่พระองค์ไว้วางพระราชหฤทัยมากที่สุดให้เข้ามาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวก่อน ทั้งนี้โดยมีเหตุผลประการสำคัญในเรื่องความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งหากจะรอให้มีการเลือกหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาใหม่ก่อนแล้วจะเป็นกรณีที่อาจมีความเนิ่นช้าจนเกินไป จนเกิดความเสียหายต่อการบริหารราชการแผ่นดินได้แล้วก็ยังเป็นอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่จะต้องทรงแก้ไขวิกฤตการณ์ของบ้านเมืองในขณะนั้น

ค. การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีในภาวะวิกฤตการณ์ต่าง ๆ

โดยทั่วไปแล้วพระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่จะต้องกระทำไปในแบบพิธีการคือจำเป็นต้องแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากตำแหน่งหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ ดังที่กล่าวไว้ข้างต้น

อย่างไรก็ดีในภาวะการณ์ที่ไม่เป็นที่บ่อยครั้งนักที่จะปรากฏว่าพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลอื่น ๆ ได้ตามพระบรมราชวินิจฉัยส่วนพระองค์ ได้แก่

กรณีไม่มีพรรคการเมืองใดได้เสียงข้างมากในสภาสามัญ (Hung Parliament) หรือเป็นกรณีที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือช่วงวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ ยกตัวอย่างเช่นในการแต่งตั้ง Lloyd George เป็นนายกรัฐมนตรี ในปี 1916 หรือการแต่งตั้ง Winston Churchill ให้เป็นนายกรัฐมนตรีในปี 1940 ทั้งสองกรณีนี้เห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์มิได้ปฏิบัติตามธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญอย่างเช่นในกรณีปกติแต่อย่างไร

(2) การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการปลดรัฐมนตรี

แม้ว่าในทางปฏิบัติจะเป็นที่ทราบกันดีว่าการแต่งตั้งรัฐมนตรีจะเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในแบบพิธี

กล่าวคือ พระมหากษัตริย์ไม่สามารถแต่งตั้งบุคคลใด ๆ ก็ได้เข้ามาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีหากปราศจากความเห็นชอบของนายกรัฐมนตรี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นายกรัฐมนตรีจะเป็นคนเสนอบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีต่อพระมหากษัตริย์เพื่อจะได้ทรงแต่งตั้งให้เป็นไปตามนั้น แต่ในความเป็นจริงกล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีบทบาทและอิทธิพลต่อการแต่งตั้งรัฐมนตรีตามสมควร (ขึ้นอยู่กับพระบารมีส่วนพระองค์)

อย่างไรก็ดี เมื่อได้มีการแต่งตั้งรัฐมนตรีตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีแล้ว ต้องถือว่ารัฐมนตรีดังกล่าวได้เข้ามาเป็นรัฐมนตรีในองค์พระมหากษัตริย์และดำรงตำแหน่งตราบเท่าที่พระมหากษัตริย์ทรงพอพระราชหฤทัย¹⁶² และทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการปลดรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล

แม้จะกล่าวได้ว่า พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจและอิทธิพลในการแต่งตั้งและพระราชอำนาจในการปลดรัฐมนตรี แต่โดยทั่วไปแล้วพระมหากษัตริย์จะทรงกระทำการใด ๆ ก็แต่โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีเป็นสำคัญ ในการปลดรัฐมนตรีนั้น หากเป็นกรณีที่รัฐมนตรีผู้นั้นแพ้การลงคะแนนเสียงในสภาสามัญซึ่งเป็นเรื่องที่แสดงให้เห็นถึงความไม่ไว้วางใจของสภาสามัญต่อการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีดังกล่าว หากรัฐมนตรีไม่ยอมลาออกจากตำแหน่งหรือยุบสภาในกรณีของนายกรัฐมนตรีแพ้การลงคะแนนเสียงในสภา พระมหากษัตริย์ย่อมทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการปลดรัฐมนตรีดังกล่าวได้ซึ่งในกรณีนี้ไม่มีปัญหาในทางทฤษฎีแต่ประการใด เพราะเท่ากับว่าพระมหากษัตริย์ทรงคืนอำนาจในการตัดสินใจให้แก่ประชาชน โดยเฉพาะในกรณีของการยุบสภา

ส่วนในกรณีที่เป็นการขัดแย้งกันระหว่างรัฐบาลกับพระมหากษัตริย์อันเกิดจากการที่รัฐบาลกระทำการใด ๆ อันเป็นการ

¹⁶² เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 220.

ฝ่าฝืนธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งการละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญโดยรัฐบาลนี้ แม้ว่าไม่มีผู้ใดที่สามารถนำการกระทำดังกล่าวไปฟ้องยังศาล และถึงอย่างไรศาลก็ไม่รับที่จะพิจารณาเพราะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ประการหนึ่ง ซึ่งศาลเห็นว่าต้องแก้ไขด้วยวิถีทางทางการเมืองเท่านั้นก็เป็นหน้าที่โดยตรงของพระมหากษัตริย์ที่จะเข้าไปจัดการกับรัฐบาลดังกล่าวโดยการปลดรัฐบาลดังกล่าวได้ เช่นนี้แม้จะเห็นว่าพระมหากษัตริย์ได้เข้ามาอยู่ท่ามกลางความขัดแย้งทางการเมืองแล้วก็ตาม แต่ก็เป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การเข้ามาแทรกแซงทางการเมืองดังกล่าว เป็นไปเพื่อรักษาไว้ซึ่งธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางทฤษฎีแล้วถือว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ก็เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั่นเอง ผลของการเข้ามาแทรกแซงโดยการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองของพระมหากษัตริย์ในกรณีนี้จึงเสมือนการธำรงรักษาไว้ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ หากได้ใช้พระราชอำนาจตามอำเภอใจไม่

(3) ในด้านการต่างประเทศ

ในฐานะประมุขแห่งรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร การแสดงเจตนากรณีต่าง ๆ แทนรัฐ เสมือนการแสดงเจตนาของนิติบุคคล โดยผู้แทนนิติบุคคล แม้ในรัฐสมัยใหม่ประเด็นในเรื่องการติดต่อสัมพันธ์กัน ในทางระหว่างประเทศจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยตรงกล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องกระทำการไปเพื่อประโยชน์ของแต่ละรัฐ แต่ในทางราชประเพณีประเทศที่เคยปกครองในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ดังเช่นประเทศอังกฤษและประเทศไทยเอง ยังให้พระราชอำนาจดังกล่าวยังคงเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่ ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยจะได้ทำการอธิบายต่อไปโดยละเอียดในบทที่ 4

อย่างไรก็ดี การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษในกรณีนี้ ก็เช่นเดียวกันกับการใช้อำนาจในกรณีอื่น ๆ

ที่เป็นในแบบพิธีการ คือ จะต้องใช้ภายใต้คำแนะนำของนายกรัฐมนตรี¹⁶³

1.2.2) อำนาจทางฝ่ายนิติบัญญัติ

(1) อำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง

พระราชอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางนี้เป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่เดิมของพระมหากษัตริย์อังกฤษ โดยจะทรงมีหมายเรียกบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นขุนนางให้ไปประชุมยังสภาขุนนางซึ่งจะมีพิธีการแต่งตั้งในภายหลัง¹⁶⁴ ในปัจจุบันสภาขุนนาง (House of Lords) ซึ่งเป็นสภาสูงของอังกฤษ มีสมาชิก 739 คน โดยอาจจำแนกออกเป็น 4 ประเภทคือ¹⁶⁵

ก. ขุนนางสืบตระกูล (hereditary peers) ซึ่งได้รับตำแหน่งโดยการสืบตระกูลจากบรรพบุรุษ จำนวน 92 คน

ข. ขุนนางตลอดชีพ (life peers) โดยมีกฎหมายว่าด้วยขุนนางที่ดำรงตำแหน่งตลอดชีพ (life peers Act 1958) กำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติเอาไว้ จำนวน 598 คน

ค. ขุนนางในทางศาสนา ซึ่งได้แก่ บรรดาพระราชอาณัติชั้นผู้ใหญ่ แห่งนิกายเชิร์ช ออฟ อิงแลนด์ (Church of England) ซึ่งเป็นศาสนาประจำชาติของอังกฤษ จำนวน 26 คน

ง. ขุนนางฝ่ายกฎหมาย (law lords) ซึ่งแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายจำนวน 23 คน เพื่อทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมาย และในขณะเดียวกันสภาขุนนางของอังกฤษก็ปฏิบัติหน้าที่เป็น

¹⁶³ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 66.

¹⁶⁴ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 215.

¹⁶⁵ http://www.parliament.uk/mpslordsandoffices/mps_and_lords/analysis_by_composition.cfm August 12, 2009

ศาลอุทธรณ์ในบางกรณี

ในทางปฏิบัติการใช้พระราชอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนางนี้ ต้องใช้ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี¹⁶⁶

(2) อำนาจในการเรียกประชุมรัฐสภา และการเปิดประชุมสภา

โดยปกติสมัยประชุมของรัฐสภาอังกฤษจะเริ่มต้นและสิ้นสุดลงในเดือนตุลาคมของทุกปี¹⁶⁷ เมื่อเป็นเช่นนี้อาจเข้าใจได้ว่ารัฐสภาของอังกฤษประชุมกันตลอดปี ซึ่งในความจริงแล้วหาเป็นเช่นนั้นไม่ ในความเป็นจริงรัฐสภาของอังกฤษจะหยุดพักการประชุมในวันสุดท้ายของปี และเทศกาลสำคัญประจำปี และมีการหยุดพักประชุมในช่วงฤดูร้อนประมาณเดือนกรกฎาคมของทุกปีอีกด้วย

เมื่อถึงกำหนดในการเปิดสมัยประชุม พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินไปทรงเปิดสมัยประชุมด้วยพระองค์เอง ณ พระราชวังเวสต์มินสเตอร์ (Palace of Westminster) ในส่วนห้องประชุมของสภาขุนนาง โดยจะทรงมีพระราชดำรัสตามที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ร่างถวายเมื่อเสด็จกลับ สภาสามัญจะเริ่มเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อร่างคำกราบบังคมทูลรับสนองพระราชดำรัส ซึ่งในการอภิปรายนี้อนุญาตให้ฝ่ายค้านอภิปรายคัดค้านหรือไม่เห็นด้วยกับพระราชดำรัส หรือไม่เห็นด้วยกับร่างคำกราบบังคมทูลรับสนองพระราชดำรัสก็ได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ เพราะร่างพระราชดำรัสที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ร่างถวายนี้พระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองแต่ประการใด ซึ่งเปรียบเทียบแล้วจะเห็นว่าเป็นคล้ายการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาโดยรัฐบาลนั่นเอง¹⁶⁸

¹⁶⁶ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 66.

¹⁶⁷ http://www.parliament.uk/faq/lords_stateopening.cfm August 12, 2009

¹⁶⁸ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 67.

(3) อำนาจในการลงพระปรมาภิไธยใน ร่างกฎหมาย

ในกระบวนการตรากฎหมาย แม้ความสำคัญ
ของกระบวนการส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของรัฐสภา ซึ่งเป็นการต่อรองทางการเมือง
เหมือนดังรัฐสภาทั่วโลกแล้ว เมื่อร่างกฎหมายใดที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา
แล้ว ก็จะนำขึ้นทูลเกล้าฯ ให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยในร่าง
กฎหมายดังกล่าว (assent to legislation) โดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ
นั้นมีอยู่ว่า พระมหากษัตริย์แม้จะมีพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายได้
แต่ก็จะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าว เว้นแต่โดยคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี
ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้น้อยครั้งที่นายกรัฐมนตรีจะถวายคำแนะนำในลักษณะ
ดังกล่าว

อย่างไรก็ดีแม้ว่าโดยธรรมเนียมปฏิบัติทาง
รัฐธรรมนูญดังกล่าว จะทำให้พระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธยในร่าง
กฎหมายนี้กลายเป็น พระราชอำนาจในแบบพิธีไปแล้วก็ตาม แต่หาก
พระมหากษัตริย์เลือกที่จะใช้พระราชอำนาจในการปฏิเสธคำแนะนำของ
นายกรัฐมนตรีในการลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมาย กล่าวคือ ทรงยับยั้ง
ร่างกฎหมายด้วยพระองค์เองแล้ว ก็ถือว่าทำได้ และเป็นพระราชอำนาจ
ส่วนพระองค์โดยแท้เพราะธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญที่ว่าพระมหากษัตริย์
จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายนี้ไม่ได้มีผลทำให้พระราชอำนาจส่วนพระองค์นี้
หมดไป ซึ่งแม้กระนั้นนับแต่ปี 1707 ที่พระนางแอนน์ ทรงยับยั้งร่างกฎหมาย
Militia Bill ซึ่งผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ก็ยังไม่เคยเกิดกรณีใดที่ทำให้
พระมหากษัตริย์ต้องทรงยับยั้งร่างกฎหมายอีกเลย¹⁶⁹

เกี่ยวกับพระราชอำนาจในกรณีนี้ผู้วิจัยมี
ความเห็นเห็นว่า พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย ยังเป็นพระราชอำนาจ

¹⁶⁹ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศ
อังกฤษ, หน้า 211.

ส่วนพระองค์ที่มีอยู่จริง แต่เป็นเรื่องที่น่าคิดว่า ผลจะเป็นอย่างไรหาก พระมหากษัตริย์เลือกที่จะใช้พระราชอำนาจดังกล่าว ซึ่งเป็นการขัดต่อ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์อาจจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ ความยุ่งยากทางการเมืองหรือความขัดแย้งใดๆ ที่จะมีมาสู่พระองค์หรือไม่ หรือกล่าวในท้ายที่สุดว่า พระมหากษัตริย์ของอังกฤษเลือกที่จะหลีกเลี่ยง ความขัดแย้งที่จะมีขึ้นระหว่างพระองค์กับรัฐสภา โดยเล็งเห็นถึง “โทษทางการเมือง” ที่อาจเกิดขึ้นหากทรงใช้พระราชอำนาจนั้น

(4) การยุบสภา

พระราชอำนาจในการยุบสภา ตลอดจน พระราชอำนาจในการปฏิเสธคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีในการยุบสภา¹⁷⁰ มีข้อแตกต่างกัน ในการยุบสภาในกรณีปกติ ถือเป็นอำนาจในแบบพิธีการที่ พระมหากษัตริย์ประกาศให้มีการยุบสภาโดยคำแนะนำหรือโดยคำร้องขอของ นายกรัฐมนตรี ซึ่งพระมหากษัตริย์จะทรงประกาศให้เป็นไปตามนั้น แต่อาจมี กรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงประกาศยุบสภาด้วยพระองค์เอง (ซึ่งยังมีปัญหา ในทางทฤษฎีว่าทำได้หรือไม่) ทั้งนี้เพราะเกิดความขัดแย้งระหว่างฝ่ายบริหารกับ พระมหากษัตริย์ หรือเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารได้มีพฤติกรรมหรือการกระทำที่ แสดงออกให้เห็นอย่างชัดเจนว่าได้ละเมิดธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นหน้าที่ของพระมหากษัตริย์ที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่ในการปกป้อง รักษากฎหมายรัฐธรรมนูญเอาไว้ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น

ในการประกาศยุบสภาด้วยพระองค์เองนี้ ถือเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์เช่นเดียวกับพระราชอำนาจในการ ปฏิเสธคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีที่ร้องขอให้ยุบสภา (refusal of advice) และเป็นกรณีที่มองได้ว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงแสดงตนว่าเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับ ปัญหาทางการเมืองเสียแล้ว ซึ่งพระองค์จะต้องทรงรับผิดชอบในการใช้

¹⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 238.

พระราชอำนาจส่วนพระองค์ดังกล่าวด้วยพระองค์เองเพราะถือว่าเป็นการกระทำที่ปราศจากคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

1.3) พระราชอำนาจในฐานะที่ทรงเป็นที่มาแห่งเกียรติยศและความยุติธรรม

(1) พระราชอำนาจในการสถาปนาฐานันดรศักดิ์ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ ฐานันดรศักดิ์¹⁷¹

กระบวนการในการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ จะมีคณะกรรมการ Political Honours Secretary Committee ทำหน้าที่ในการเสนอรายชื่อบุคคลที่สมควรได้รับพระราชทานยศหรือเครื่องราชฯ ไปยังนายกรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรีจะความเห็น (ความเห็นนี้ไม่ผูกพันให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชวินิจฉัยตามนั้น ซึ่งแตกต่างจากคำแนะนำในการบริหารราชการแผ่นดิน) ของตนเสนอไปพร้อม กับรายชื่อบุคคลเหล่านั้นเพื่อพระมหากษัตริย์จะได้ทรงพระราชทานตามพระราชอัธยาศัย หรือตามสมควร

จากกระบวนการดังกล่าว พระมหากษัตริย์อาจเข้าไปมีอิทธิพลเหนือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่เสนอชื่อก็เป็นไปได้ อีกทั้งเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์โดยแท้ที่จะพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์หรือยศฐานันดรศักดิ์ ตลอดจนถอดถอนฐานันดรศักดิ์หรือเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ เพราะไม่ผูกพันตามความเห็นของนายกรัฐมนตรี ทั้งเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีก็มิอาจมีคำแนะนำได้เช่นเดียวกัน

อนึ่งในเรื่องพระราชอำนาจดังกล่าวนี้ ก็ไม่เป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในทางการเมืองแต่อย่างใด ทั้งรัฐสภาก็มีอาจที่จะตั้งประเด็นในเรื่องพระราชอำนาจดังกล่าวขึ้นว่ากล่าวหรือตั้งเป็นประเด็นเพื่อถามหรืออภิปรายต่อรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีได้ เพราะเป็นเรื่องต้องห้าม

¹⁷¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 215.

(2) การพระราชทานอภัยโทษ

ในประเทศอังกฤษมีคติประการหนึ่งที่ว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเป็นบ่อเกิด (ที่มาจาก) แห่งความยุติธรรม” (The King is the Fountain of Justice) และอาจถือได้ว่า เป็นพระราชอำนาจในทางตุลาการ ที่จำต้องประสาทความยุติธรรม (the dispensing of justice) ซึ่งในสมัยโบราณ ถือเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการวินิจฉัยบรรดคดีต่างๆ รวมตลอดถึงการพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดกฎหมายด้วย พระราชอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดนี้เอง รวมถึงพระราชอำนาจในการอภัยโทษอีกด้วย

ในปัจจุบันพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษได้มีการปรับเปลี่ยนแก้ไข ให้มีการจำกัดพระราชอำนาจดังกล่าว โดยมีได้มียุ่อย่างกว้างขวางอีกต่อไป แต่ให้เป็นไปโดยกระบวนการของกฎหมาย กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยกฎหมายอาญา ค.ศ.1827 มาตรา 13 ได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (The Home Secretary) เป็นผู้ดูแลชี้แจงเรื่องราวและให้คำแนะนำประกอบการพระราชทานอภัยโทษ¹⁷²

2) หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา

หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of parliament) เป็นแนวความคิดที่มีพัฒนาการมาจากการจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ เพื่อก่อให้เกิดการเคารพในสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากขึ้น ซึ่งหากนับย้อนมานับตั้งแต่ Magna Carta จนถึง Act of Settlement 1701 แล้ว จะเห็นได้ถึงพัฒนาการอย่างต่อเนื่องในการต่อสู้แย่งชิงอำนาจทางกฎหมายระหว่างองค์กรศาล รัฐสภา ฝ่ายหนึ่ง กับ ราชบัลลังก์อีกฝ่ายหนึ่ง

ภายใต้ Act of Settlement 1701 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา โดยได้ตั้ง

¹⁷² The Criminal Law Act 1827 Article 13

เอาพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาขึ้นอยู่กับรัฐสภา และทำให้รัฐสภาของอังกฤษเองกลายเป็นองค์กรที่ทรงอิทธิพลสูงสุด ดังที่ไดเซย์ (Dicey) ได้กล่าวไว้ว่า “รัฐสภาซึ่งอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญอังกฤษ มีสิทธิจะบัญญัติหรือยกเลิกกฎหมายใดๆ ก็ได้และตามกฎหมายอังกฤษแล้วจะไม่มีบุคคลหรือองค์กรใดมีสิทธิทำการลบล้างหรือปฏิเสธการตรากฎหมายของรัฐสภาได้” ดังนั้น คำว่ารัฐสภาในระบบกฎหมายอังกฤษจึงหมายถึง พระมหากษัตริย์กับรัฐสภา (The King of Queen in parliament)¹⁷³

โดยที่เมื่อมีการพิจารณาจาก Act of Settlement 1701 แล้วจะเห็นได้ว่าพระราชอำนาจที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นพระราชอำนาจในการตรากฎหมาย พระราชอำนาจในการยกเลิกเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมาย พระราชอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายและไม่บังคับใช้กฎหมาย การเก็บเงินสำหรับค่าใช้จ่ายส่วนพระองค์ ตลอดจนพระราชอำนาจในการจัดตั้งศาลทางศาสนา ได้ถูกเปลี่ยนแปลงให้อยู่ภายใต้คำแนะนำยินยอมของรัฐสภา หรือไม่ก็ยกเลิกระบบอำนาจบางประการเสีย

สำหรับในปัจจุบัน รัฐสภาของอังกฤษซึ่งประกอบด้วย สภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนาง (House of Lords) รวมเข้าเป็นรัฐสภาที่มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดในการใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้น ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจาก The Parliament Act 1911 อันเป็นผลพวงมาจากการต่อสู้แย่งชิงอำนาจระหว่างสภาขุนนางและสภาสามัญมาตลอด จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันสภาขุนนางของอังกฤษไม่ได้มีบทบาทในการใช้อำนาจนิติบัญญัติเหมือนเช่นในอดีตอีกต่อไป อำนาจของสภาสูงในการขจัดขัดขวางมิให้ร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากสภาล่างแล้ว หรืออำนาจในการปฏิเสธความยินยอมให้แก่การประกาศใช้ร่างกฎหมายดังกล่าว ได้ถูกลดทอนไปโดย

¹⁷³ ธนิต ภูริเวทย์, หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนด และทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534), หน้า 75.

ไม่อาจใช้ได้กับกรณีที่เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการเงิน และในหลายกรณีการยับยั้งร่างกฎหมายใด ก็เป็นแต่เพียงการหน่วงเวลาในการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวให้ขยายออกไปเท่านั้น¹⁷⁴

3) หลักการกระทำของรัฐ

หลักการกระทำของรัฐ (Act of State) นี้หากพิเคราะห์ดูแล้วจะเห็นได้ว่ามีความใกล้เคียงกันกับหลักการกระทำทางรัฐบาล เฉพาะในส่วนที่ว่าด้วยความสัมพันธ์รัฐบาลหนึ่งกับอีกรัฐบาลหนึ่ง หรือความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศที่รัฐบาลได้ไปมีปฏิสัมพันธ์ด้วย

เมื่อได้พิจารณาในทางเหตุผลแล้วก็เห็นว่า มีความสอดคล้องกับเหตุผลในทางปฏิบัติอย่างชัดเจนว่า ศาลหรือองค์กรตุลาการใดๆ หากได้มีความเชื่อชาญชำนาญในทางการเมืองระหว่างประเทศ แต่อย่างใด การกำหนดนโยบายในทางต่างประเทศ หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐใดกับรัฐหนึ่ง ก็เป็นเรื่องผลประโยชน์ทางการเมืองระหว่างประเทศที่มีเฉพาะแต่ฝ่ายบริหารเท่านั้น ที่สามารถทราบในรายละเอียดดังกล่าวได้ แม้ในทางกฎหมาย รัฐสภาก็ไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องเข้าไปกำหนดรายละเอียดในทางเนื้อหาของนโยบายดังกล่าว เพราะจะทำให้การบริหารงานต่างประเทศเป็นไปโดยไม่สะดวก และขาดความคล่องตัว

แต่การที่รัฐสภามีได้กำหนดรายละเอียดไว้ในกฎหมาย โดยปล่อยให้กลายเป็นดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในการเข้าไปจัดการกำหนดเนื้อหาสาระ นโยบาย และความสัมพันธ์เอง ก็มีได้แปลว่าฝ่ายบริหารจะมีอิสระในเรื่องดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ รัฐสภาของอังกฤษซึ่งเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ก็ยังคงเข้าไปตรวจสอบการกระทำดังกล่าวของฝ่ายบริหารอยู่เอง โดยผ่านกระบวนการทางรัฐสภา และอาจรวมไปถึงกลไกในระบบพรรคการเมืองอีกด้วย

¹⁷⁴ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 54 – 55.

เมื่อเป็นดังที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า การกระทำของรัฐดังกล่าว ก็อยู่ภายใต้วิถีทางแห่งการตรวจสอบทางการเมืองเหมือนดังเช่น ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล หรือ ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง จึงไม่มีความจำเป็นอะไรอีกที่ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรที่เป็นกลางทางการเมืองจะแทรกเข้าไปท่ามกลางความยุ่งเหยิงทางการเมืองนี้อีก

สำหรับตัวอย่างของการกระทำที่ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐ” นั้นขอยกตัวอย่างคดีไว้ ดังนี้

3.1) กองทัพเรืออังกฤษทำลายอาคารชาวสเปน เป็นการกระทำของรัฐ (act of state)

คดี *Buron V. Denman* (1848)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

Joseph Denman ผู้บัญชาการกองทัพเรือราชนาวีอังกฤษ ได้รับคำสั่งให้เข้าไปปฏิบัติภารกิจในแอฟริกาเพื่อปราบปรามการค้าทาส จากการร้องขอโดย Sir Richard Doherty ผู้ว่าการประจำ Sierra Leone¹⁷⁵ โดยมีภารกิจหลักคือเข้าไปปลดปล่อยคนในอาณัติของอังกฤษ ซึ่งถูกกักตัวไว้เป็นทาส โดยลูกชายของกษัตริย์ชาวแอฟริกา (King Siacca, the negro sovereign of Gallinas) และในการปฏิบัติภารกิจครั้งนี้ได้รับอนุญาตให้ใช้กำลังได้ ถ้าจำเป็น Denman ได้นำเรือรบขนาดใหญ่ 3 ลำ และกองกำลังติดอาวุธประมาณ 120 คน เข้าไปยึดอาคารสำหรับกักขังทาส (barracoons) ของโจทก์ซึ่งเป็นชาวสเปน ในดินแดนของประเทศ Gallinas และได้มีหนังสือไปถึงกษัตริย์ Siacca ให้ปล่อยคนในอาณัติของอังกฤษ และได้ขอให้หยุดการกระทำที่เป็นการสนับสนุนการค้าทาสของชาวสเปนเสีย เมื่อ

¹⁷⁵ ปัจจุบัน คือ สาธารณรัฐเซียร์รา ลีออน (Republic of Sierra Leone) ตั้งอยู่ทางฝั่งตะวันตกของทวีปแอฟริกา ถูกค้นพบโดยโปรตุเกส และได้กลายเป็นเมืองศูนย์กลางในการส่งคนพื้นเมืองชาวแอฟริกาออกไปขายเป็นทาสให้แก่ทวีปที่ถูกค้นพบใหม่ (New World) ในสมัยนั้น ต่อมาในปี ค.ศ.1808 ได้กลายมาเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่

วันที่ 21 พฤศจิกายน ปี 1840 Denman ได้ทำสนธิสัญญากับเจ้าชาย Manna ซึ่งทำการแทนกษัตริย์ Siacca โดยมีใจความสำคัญว่าให้ กษัตริย์ Siacca เลิกให้การสนับสนุนคนผิวขาวใดๆ (ชาวสเปน) ที่เข้ามาค้าทาสในดินแดนนี้ และทางรัฐบาลของ Sierra Leone จะให้การสนับสนุนทางการค้าแก่ Gallinas เป็นการแลกเปลี่ยน

ต่อมาผู้การ Denman ได้ทำการปฏิบัติให้เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วยการเผาอาคารสำหรับกักขังทาสของโจทก์ด้วยตนเองหลายแห่งใน Gallinas และได้ปลดปล่อยทาสเป็นอิสระกว่า 841 คน และทำให้สินค้าของโจทก์ได้รับความเสียหายหลายรายการ เช่น ฝ้าย สินค้าที่ทำจากหนังสัตว์ ดินปืน และสินค้าอื่นๆ ที่จำเป็นต้องใช้ในการขนส่งทาส

ภายหลังจากการกระทำดังกล่าวจำเลยได้ทำรายการเสนอต่อ Sir Richard Doherty ผู้ว่าการประจำ Sierra Leone โดยผู้ว่าฯ ได้ส่งรายงานดังกล่าวให้ Lord John Russell รัฐมนตรีประจำกระทรวงอาณานิคม (Secretary of State for the Colonial Department) เพื่อรับทราบ ในขณะเดียวกันจำเลยได้ส่งรายงานให้ กัปตัน Tucker ผู้บัญชาการอาวุโสแห่งกองเรือ ราชนาวิกประจำชายฝั่งตะวันตกของแอฟริกา และกัปตัน Tucker ก็ได้ส่งรายงานต่อไปยัง ผู้บัญชาการแห่งกองทัพเรือทราบ ต่อมาได้มีจดหมายจากกระทรวงอาณานิคม ส่งไปยัง Viscount Palmerston รัฐมนตรีประจำกระทรวงการต่างประเทศทราบ นอกจากนี้ยังได้มีจดหมายโต้ตอบกันอีกหลายฉบับระหว่างเจ้าหน้าที่ระดับสูงหลายคนในรัฐบาลเพื่อรับทราบถึงการกระทำดังกล่าว

คำพิพากษาโดยสรุป

โจทก์จะฟ้องว่า การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมิได้เป็นการกระทำที่ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษา และไม่ได้ทำโดยคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งต้องมีการประทับตราสำคัญ (The Great Seal) จึงจะถือว่าเป็นความรับผิดชอบของราชบัลลังก์แทน

อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่า แม้การกระทำของจำเลย จะมิได้รับอนุญาตก่อนการกระทำแต่เมื่อได้มีการกระทำไปแล้ว (โดยเป็นไปเพื่อรักษาผลประโยชน์สำคัญตามข้อตกลงต่อต้านการค้าระหว่างอังกฤษกับสเปน และเพื่อรักษามนุษยธรรม) จำเลยก็นำเสนอรายงานต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลในตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่และไม่ต้องพิจารณาว่าได้มีการประกาศเป็นการทั่วไป (ในราชกิจจานุเบกษา) แล้วหรือไม่ ทั้งนี้ยอมถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงเหล่านั้นได้ให้สัตยาบันในการกระทำดังกล่าวแล้ว เมื่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงดังกล่าว คือ รัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐบาลได้มอบหมายให้กระทำการภายใต้พระปรมาภิไธยแห่งองค์สมเด็จพระราชินี การกระทำดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำซึ่งทำลงไปภายใต้พระปรมาภิไธยด้วยเช่นกัน และถือว่าการกระทำดังกล่าวที่เข้าไปในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น เป็นการกระทำของรัฐ (act of state) จึงไม่อยู่ในอำนาจที่ศาลจะพิจารณาต่อไปได้ หากแต่เป็นความรับผิดชอบของราชบัลลังก์ (The Crown) ที่จะต้องรับผิดชอบไปเพียงลำพัง ดังนั้นการยึดทาสและสินค้าบางประการของโจทก์โดยจำเลยนั้น ก็ถือว่าเป็นการยึดโดยราชบัลลังก์ หากได้อยู่ในความรับผิดชอบของจำเลยไม่ จำเลยย่อมไม่มีความผิด

3.2) การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ซึ่งทำไปภายใต้คำร้องขอของหน่วยงานของรัฐที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องเอกสิทธิ์ทางการทูตนั้นไม่มีความผิด (ศาลไม่รับพิจารณา)

คดี Agbor V. Metropolitan Police Commissioner
(1969)

ข้อเท็จจริงโดยสรุป

เกิดสงครามกลางเมืองในประเทศ Nigeria ในปี 1965 รัฐบาลของไนจีเรียตะวันออก ได้เข้าไปจับจอง อาคารเลขที่ 35

ถนนวุฒิสต็อก ใน ลอนดอน เพื่อเป็นที่พักสำหรับเจ้าหน้าที่ระดับสูง ต่อมาในปี 1966 กองกำลังของรัฐบาลกลางได้เข้าไปตั้งฐานในไนจีเรีย ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางเข้าไปยึดชั้นล่างของ อาคารดังกล่าวในขณะที่ชั้นบนของอาคารดังกล่าวนั้นยังคงอยู่ในการครอบครองของเจ้าหน้าที่จากไนจีเรียตะวันออก ภายหลังจากสงครามกลางเมืองดังกล่าวได้เริ่มขึ้น รัฐบาลของไนจีเรียตะวันออก ซึ่งเรียกตนเองว่า สาธารณรัฐไบฟรา (The Republic of Biafra) ก็ยังคงอยู่ ชั้นบนของอาคารดังกล่าวต่อไป

เมื่อถึงเดือนมกราคมในปี 1969 เจ้าหน้าที่ทางการทูตของรัฐบาลกลางแห่งไนจีเรียได้ตัดสินใจย้ายออกไป ในขณะที่คณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียยังคงแสดงเจตนาที่จะรักษาสีทธิในการครอบครองชั้นล่างของอาคารดังกล่าวต่อไป โดยการส่งช่างเข้ามาตกแต่งห้องดังกล่าวเพื่อให้เจ้าหน้าที่คนอื่นเข้ามาอยู่เมื่อช่างที่เข้ามาตกแต่งห้องดังกล่าวออกไปแล้ว (พร้อมกับปิดห้องไว้ตามเดิม) คินนัเอง เจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐไบฟรา เมื่อได้รู้ว่าเจ้าหน้าที่ทางการทูตของไนจีเรียย้ายออกไปแล้ว ได้ใช้กุญแจสำรองที่ตนมียู้อยู่ย้ายครอบครัวของเจ้าหน้าที่ไบฟรา (ครอบครัวของนาง Margaret Agbor ซึ่งเป็นโจทก์ในคดีนี้) ลงมาจับจองห้องชั้นล่างทันที เมื่อเจ้าหน้าที่ของคณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียมาถึง ได้ถูกครอบครัวของโจทก์ไล่กลับไป วันถัดมามีชาวไนจีเรียประมาณ 20 คนได้มาถึงและพยายามขบไล่ครอบครัวของโจทก์ให้ออกไป แต่ตำรวจได้เข้ามาเกลี้ยกล่อมให้คนเหล่านั้นกลับไป และทนายความของโจทก์ได้ทำหนังสือไปยังคณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียให้หยุดการกระทำที่เป็นการรบกวนสิทธิของโจทก์และให้ดำเนินการฟ้องร้องต่อศาลแทน

คณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียมิได้ดำเนินการโต้แย้งสิทธิทางศาลแต่อย่างไร ทำให้โจทก์พร้อมด้วยครอบครัวยังคงอาศัยอยู่ในห้องชั้นล่างดังกล่าวตลอดมา ต่อมากลับปรากฏว่า มีเจ้าหน้าที่ตำรวจ 4 คน ได้มาขบไล่โจทก์พร้อมครอบครัวให้ออกไป โดยอ้างว่าทำตามคำร้องขอของคณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรีย

ทนายความโจทก์ได้ร้องขอต่อศาลให้มีหมายศาล
สั่งให้คณะกรรมการตำรวจประจำเมือง คืบสิทธิในการครอบครองห้องดังกล่าว
แก่โจทก์และหยุดการกระทำที่เป็นการโอนสิทธิในการครอบครองห้องดังกล่าว
ให้แก่บุคคลอื่น ศาลได้ปฏิเสธที่จะมีคำสั่ง จึงได้มีการอุทธรณ์มายังศาลอุทธรณ์

คำพิพากษาโดยสรุป

ศาลได้พบว่าในคดีนี้คณะกรรมการแห่งชาติ
ไนจีเรียเลือกที่จะใช้วิธีการทูตแทนการฟ้องร้องโต้แย้งสิทธิในการครอบครอง
ห้องพิพาททางศาล โดยคณะกรรมการฯ ได้ทำหนังสือไปยังกระทรวงต่างประเทศ
เพื่อขอให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูต (The
Diplomatic Privileges Act 1964) ว่า “สถานที่พักอาศัยของเจ้าหน้าที่
ทางการทูตจะต้องได้รับการคุ้มครอง”¹⁷⁶ ภายหลังจากได้รับหนังสือยืนยันอีกครั้ง
กระทรวงต่างประเทศจึงได้ทำหนังสือได้ติดต่อไปยังกระทรวงกิจการภายใน
(The Home office department) และกระทรวงกิจการภายในได้ติดต่อไป
ยังคณะกรรมการตำรวจโดยมีใจความสำคัญว่า “กระทรวงต่างประเทศ” ได้รับ
การร้องเรียนว่าให้มีการจับไล่ “ผู้บุกรุก” ออกจากอาคารดังกล่าว...เพื่อ
ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูต (The Diplomatic
Privileges Act 1964) และให้ใช้การกระทำตามความจำเป็นเพื่อป้องกัน

¹⁷⁶ The Diplomatic Privileges Act 1964

Article 30 “1. The private residence of a diplomatic agent shall enjoy the same inviolability and protection as the premises of the mission...”

Article 22 “1. The premises of the mission shall be inviolable. The agents of the receiving State may not enter them, except with the consent of the head of the mission.

2. The receiving State is under a special duty to take all appropriate steps to protect the premises of the mission against any intrusion or damage and to prevent any disturbance of the peace of the mission or impairment of its dignity ...”

มิให้มีการบุกรุกอาคารดังกล่าวอีกต่อไปในอนาคต” คณะกรรมการตำรวจจึงได้กระทำตามคำร้องขอดังกล่าวโดยได้ทำการขับไล่ครอบครัวของโจทก์จากอาคารดังกล่าว

แม้ศาลจะเห็นว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวที่อ้างว่า เป็นการกระทำเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูตนั้น ศาลจะไม่เห็นด้วยก็ตาม แต่การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวก็มีอาจติเตียนได้ เนื่องจากการกระทำภายใต้การร้องขอของกระทรวงกิจการภายในและโดยกระทรวงการต่างประเทศอีกทอดหนึ่ง ซึ่งมีความเข้าใจผิดว่าอาคารดังกล่าวเป็นสถานที่พักอาศัยส่วนบุคคลของเจ้าหน้าที่ทางการทูต ดังนั้นจึงไม่อาจเอาผิดต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้

* * * *

บทที่ 4

การกระทำทางรัฐบาลของไทย

สำหรับในบทที่ 4 ผู้วิจัยได้พยายามศึกษาถึงแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดหรือทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในต่างประเทศ เมื่อนำแนวความคิดดังกล่าวมาใช้ภายใต้บริบทของการเมืองการปกครองของประเทศไทย กล่าวคือ ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุขภายใต้ระบบรัฐสภา จึงมีความจำเป็นต้องคำนึงถึงความหมายของคำว่า “รัฐบาล” หรือฝ่ายบริหารของประเทศไทยซึ่งประกอบไปด้วยองค์ประกอบสองส่วน คือ

1. พระมหากษัตริย์ อันเป็นรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารส่วนประจำ ทั้งนี้เนื่องมาจากว่า พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของฝ่ายบริหาร และในประเพณีการปกครองในระบอบรัฐสภาของประเทศไทยนั้น รัฐบาลอันได้แก่ คณะรัฐมนตรีนั้น จำต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา และองค์พระมหากษัตริย์ในขณะเดียวกัน ซึ่งเราเรียกว่า ระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ (dualist) และที่เรียกว่า ฝ่ายบริหารส่วนประจำเพราะว่าพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของฝ่ายบริหาร ไม่มีวาระในการดำรงตำแหน่ง กล่าวคือ สามารถดำรงตำแหน่งได้ตลอดไปเป็นประจำและถาวร ครอบงำที่ยังไม่สิ้นพระชนม์หรือยังมิได้สละราชสมบัติ หรือมีเหตุให้ไม่สามารถเป็นกษัตริย์ได้

ทั้งนี้หากเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น องค์รัชทายาทก็จะเข้าดำรงตำแหน่งพระมหากษัตริย์ในทันทีโดยผลของกฎหมาย ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าได้ผ่านพิธีบรมราชาภิเษกก่อนหรือไม่ ซึ่งเป็นเพียงพิธีกรรมเท่านั้น

หามีผลในทางกฎหมายไม่ จึงเห็นได้ว่า สถาบันพระมหากษัตริย์จะไม่มี การขาดช่วงทางอำนาจ และยังคงดำรงอยู่เป็นการประจำถาวรตลอดไป ด้วยเหตุนี้ จึงเรียกว่า “ฝ่ายบริหารส่วนประจำ”

2. สำหรับฝ่ายบริหารส่วนที่สอง ได้แก่ คณะรัฐมนตรี หรือ “ฝ่ายบริหาร ส่วนการเมือง” ทั้งนี้จะเห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีนั้นมีที่มาจากการเมือง อันเป็นการ ต่อรองในทางผลประโยชน์และมีวาระในการดำรงตำแหน่ง ซึ่งเมื่อรัฐบาลพ้นจาก ตำแหน่งหรือหมดวาระแล้ว แม้กฎหมายจะกำหนดให้มีรัฐบาลรักษาการ แต่ก็ จำต้องมีกระบวนการในการได้มาซึ่งรัฐบาลชุดใหม่ ซึ่งใช้เวลาพอสมควร ดังนั้น เราจึงอาจเรียกว่า “ฝ่ายบริหารส่วนการเมือง” หรือ ส่วนไม่ประจำ

เมื่อสามารถแบ่งฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลได้ดังนี้แล้ว ในการศึกษาถึง การกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทย จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงการกระทำทาง รัฐบาลทั้งสองส่วนประกอบกัน

4.1 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของไทย

แต่เดิมการปกครองในประเทศไทยซึ่งพัฒนาการทางสังคมมาเป็น ระยะเวลายาวนาน ก็อยู่ภายใต้การปกครองโดยมีสถาบันพระมหากษัตริย์ เป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการปกครองมาโดยตลอด นับตั้งแต่ยุคสุโขทัย อยุธยา จนถึงปี พ.ศ. 2475 ซึ่งได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นประชาธิปไตย ก็ยังคงยกย่องพระราชสถานะของพระมหากษัตริย์ให้เป็นประมุขของประเทศ ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน

หากพิจารณาย้อนกลับไปจะเห็นได้ว่า ในสมัยที่ไทยเรายังปกครองใน ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์นั้น พระราชสถานะของพระมหากษัตริย์นั้น จะได้รับการยกย่องอย่างสูงสุดในสังคมตลอดมา ดังเช่นคำว่า “เจ้าแผ่นดิน” อันมีความหมายอยู่โดยนัยว่าทรงเป็นเจ้าของที่ดินทุกตารางนิ้วภายในขอบเขต ราชอาณาจักร จึงสังเกตได้ว่าพระมหากษัตริย์ไม่จำเป็นต้องมีศักดิ์เหมือน ดังเช่นบุคคลอื่นๆ ในสังคม และนอกจากความเป็น “เจ้าแผ่นดิน” แล้วยัง

ทรงเป็น “เจ้าชีวิต” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงฐานะอันสูงสุดและอาญาสิทธิ์อันเด็ดขาดที่อาจสั่งลงโทษบุคคลใดก็ตามที่ได้กระทำการล่วงพระราชอาญาได้ ซึ่งในทีนี้ก็คือพระบรมราชโองการในเรื่องต่างๆ อันมีค่าบังคับเป็นกฎหมายทั้งสิ้น

แนวความคิดดังกล่าวนี้ก็จะทำให้เราไม่อาจแยกได้โดยง่ายว่า รัฐบาลกับพระมหากษัตริย์มีความแตกต่างกันประการใด เพราะอาจกล่าวได้ว่า รัฐบาลกับพระมหากษัตริย์ก็เป็นสิ่งเดียวกันที่ไม่อาจแยกให้ออกจากกันได้

ดังนั้น ความประสงค์ต่างๆ ของพระมหากษัตริย์ก็คือความประสงค์ของรัฐบาล นโยบายของพระมหากษัตริย์ก็คือนโยบายของรัฐบาลและคำสั่งคำบัญชาของพระมหากษัตริย์ก็คือกฎหมายของรัฐบาลนั่นเอง ในที่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่า แนวความคิดในเรื่องการกระทำของรัฐบาล หรือการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทย เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวพันกับเรื่อง “พระราชอำนาจ” ของพระมหากษัตริย์เป็นอย่างยิ่ง ดังที่ได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในปัจจุบัน

4.2 พัฒนาการและประเภทของการกระทำทางรัฐบาลของไทย

4.2.1 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ

การกระทำที่ถือว่าเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะดังที่จะกล่าวต่อไปนี้ คณะผู้วิจัยได้จัดแบ่งขึ้นโดยพิจารณาจากอำนาจในการตัดสินใจของพระมหากษัตริย์หรือพระบรมราชวินิจฉัย โดยหากเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์สามารถมีพระราชดำริขึ้นเองได้และสามารถตัดสินใจพระทัยไปได้โดยพระราชอัธยาศัยแล้วก็ดี ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยเฉพาะทั้งสิ้น ซึ่งในข้อนี้มีข้อน่าสังเกตว่าการใดที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะแล้ว การนั้นก็เป็นกรกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ หรือองค์กรใด ๆ ทั้งสิ้น และอาจอยู่เหนือการควบคุมตรวจสอบทางการเมื่องด้วย

4.2.1.1 การแก้ไขกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์

นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา ประเทศไทยซึ่งเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ปรากฏว่าได้มีการบรรจุหลักเกณฑ์ในการเข้าดำรงตำแหน่งประมุข¹⁷⁷ ไว้ตรงกันเรื่อยมา คือให้เป็นไปตาม “กฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467”

อย่างไรก็ดีในเรื่องการแก้ไขกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ ตามรัฐธรรมนูญของไทยในอดีต 4 ฉบับแรก¹⁷⁸ มิได้มีการบัญญัติในเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์เอาไว้แต่ประการใด จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 จึงได้มีการบัญญัติในเรื่องการแก้ไขกฎหมายเทียบรางวัลเอาไว้เป็นครั้งแรก กล่าวคือได้มีการบัญญัติห้ามมิให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายเทียบรางวัลไว้ในรัฐธรรมนูญ¹⁷⁹

¹⁷⁷ ในรัฐธรรมนูญฉบับแรกของราชอาณาจักรไทย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือ พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว การสืบมรดกให้เป็นไปตามกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 และด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร”

¹⁷⁸ ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490

¹⁷⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 23 “การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 และประกอบด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา

การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์พระพุทธศักราช 2467 จะกระทำมิได้”

ข้อห้ามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงที่มีให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขกฎหมายหลายฉบับ ดังเช่นรัฐธรรมนูญ ปี 2492 นี้ ได้มีการยึดถืออยู่ช่วงระยะเวลาหนึ่ง กล่าวคือ ช่วงระหว่างปี พ.ศ. 2492 — 2511 นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มาจนกระทั่งถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลายฉบับ ให้กระทำได้โดยใช้กระบวนการเดียวกันกับรัฐธรรมนูญ

ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงหลักการดังกล่าวข้างต้น โดยคืนพระราชอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลายฉบับให้เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะจนถึงปัจจุบัน ดังที่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 22 วรรคนี้ “ภายใต้บังคับมาตรา 23 การสืบราชสมบัติให้เป็นไปโดยนัยแห่งกฎหมายหลายฉบับว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467

การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลายฉบับว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พระพุทธศักราช 2467 เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ โดยเฉพาะ เมื่อมีพระราชดำริประการใด ให้คณะองคมนตรีจัดทำร่างกฎหมายหลายฉบับแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลายฉบับเดิมขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อมีพระราชวินิจฉัย เมื่อทรงเห็นชอบและทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ให้ประธานองคมนตรีดำเนินการแจ้งประธานรัฐสภาเพื่อให้ประธานรัฐสภาแจ้งให้รัฐสภาทราบ และให้ประธานรัฐสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

ในระหว่างที่สภาผู้แทนราษฎรสิ้นอายุหรือสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภากำหนดหน้าที่รัฐสภาในการรับทราบตามวรรคสอง”

จากมาตราดังกล่าวจึงทำให้กฎหมายหลายฉบับ ดำรงอยู่ในสถานะที่แตกต่างจากกฎหมายหลายฉบับในช่วงปี พ.ศ. 2511 — 2534 ซึ่งบัญญัติให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายหลายฉบับ ให้ใช้กระบวนการเดียวกันกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ จะต้องมีการตราเป็นพระราชบัญญัติแก้ไข

เปลี่ยนแปลงกฎหมายเหี้ยมบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ แต่ใช้กระบวนการเดียวกันกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเหี้ยมบาลฯ กระทำได้ยาก¹⁸⁰

ส่วนในกรณีบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าการบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลง กฎหมายเหี้ยมบาลฯ สามารถทำได้โดยง่ายกว่า กล่าวคือให้เป็นไปตามพระราชดำริของพระมหากษัตริย์ โดยคณะองคมนตรีเป็นผู้จัดทำร่างกฎหมายเหี้ยมบาลฯ ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย เพื่อทรงมีพระราชวินิจฉัยและทรงลงพระปรมาภิไธย แล้วจึงส่งไปยังประธานรัฐสภาเพื่อแจ้งให้รัฐสภาทราบ

มีข้อสังเกตว่ารัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติมิได้มีส่วนร่วมในกระบวนการแก้ไขกฎหมายเหี้ยมบาลฯ แต่ประการใด เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดหน้าที่ไว้เพียงเพื่อรับทราบเท่านั้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเหี้ยมบาลฯ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเป็นเรื่องพระราชอำนาจส่วนพระองค์ และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรใดทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายตุลาการ หรือโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ส่วนประจำดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้น

4.2.1.2 การยับยั้งร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภา

ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น เราจะเห็นว่าพระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งเดิมในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นพระราชอำนาจดั้งเดิมที่สามารถรับสั่งเป็นประการใดก็ได้ถือเป็นอำนาจสิทธิขาด แต่ในระบอบประชาธิปไตยอำนาจนิติบัญญัตินั้นถูกยกให้เป็นหน้าที่ของรัฐสภาในการทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมองว่าเป็นองค์การตามรัฐธรรมนูญที่มีจุดเกาะเกี่ยวเชื่อมโยงกับประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของ

¹⁸⁰ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551), หน้า 64 – 65.

อำนาจอธิปไตยมากที่สุด อย่างไรก็ตามก็ดีเพื่อเป็นการเปิดพระเกียรติและดำเนินตามแนวทางในระบอบประชาธิปไตยที่ทั่วโลกจะให้ประมุขแห่งรัฐเข้ามามีบทบาทในกระบวนการนิติบัญญัติด้วยในการลงนามหรือลงพระปรมาภิไธย เพื่อประกาศใช้กฎหมายแต่ละฉบับ

แม้ว่าโดยทั่วไปแล้ว ประมุขแห่งรัฐที่เข้ามาทำหน้าที่ในการลงนามเพื่อประกาศใช้บังคับกฎหมายจะเป็นขั้นตอนที่เป็นแบบพิธีการมากกว่าจะกล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจในฐานะประมุขแห่งรัฐและแม้ธรรมเนียมปฏิบัติในหลายประเทศจะมีเหมือนกันว่า ประมุขแห่งรัฐจะต้องลงนามร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติเสมอ

อย่างไรก็ดี แม้จะมีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวกำหนดไว้ก็ตาม แต่เช่นเดียวกันในหลายประเทศ ก็มักจะให้อำนาจแก่ประมุขแห่งรัฐของตนในอันที่จะใช้อำนาจปฏิเสธไม่ลงนามในร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติได้เช่นกัน อำนาจดังกล่าวอาจเรียกว่า “อำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย” (Veto)

สำหรับประเทศไทยการลงพระปรมาภิไธยในร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นกระบวนการตามแบบพิธีการที่มีมานานตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครอง แต่ถึงอย่างไรพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขแห่งรัฐก็ยังคงมีพระราชอำนาจเป็นการส่วนพระองค์ในการยับยั้งร่างกฎหมายได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังจะเห็นได้จากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 39 บัญญัติว่า “สภาจะต้องปรึกษากันใหม่และออกเสียงลงคะแนนลับโดยวิธีเรียกชื่อ ถ้าและสภาลงมติตามเดิมไซ้ ท่านให้นำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายอีกครั้งหนึ่งเมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานลงมาภายในสิบห้าวันแล้ว ท่านให้ประกาศพระราชบัญญัตินั้นใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

จากมาตรานี้สามารถสังเกตได้ว่า มิได้บัญญัติไว้ว่าการลงมติดีเยินยันของสภาผู้แทนราษฎรในกรณีที่ทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติแล้วจะมีหลักเกณฑ์ในการลงมติดีเยินยันด้วยคะแนนเสียงเท่าใด จึงหมายความว่าให้ใช้

หลักเสียงข้างมากธรรมดา (Simple majority)¹⁸¹

อย่างไรก็ดี พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงเห็นว่า การที่จะให้สภาผู้แทนราษฎร ล้มล้างคำคัดค้านยับยั้งร่างกฎหมาย ของประมุขของรัฐได้ ควรจะต้องมีกระบวนการทำให้ปรากฏแน่ชัดว่าราษฎร มีความเห็นด้วยกับนโยบายหรือกฎหมายนั้นจริงๆ โดยวิธีการต่างๆ เพื่อ ตรวจสอบความเห็นของราษฎร เช่น วิธีการลงคะแนนทั้งประเทศ Plebiscite¹⁸² ดังที่ใช้อยู่ในบางประเทศ หรือมิฉะนั้นก็ควรใช้หลักเสียงข้างมากพิเศษ เช่น 2 ใน 3 หรือ 3 ใน 4 มิฉะนั้นแล้วก็เหมือนว่าการคัดค้าน (ยับยั้งร่างกฎหมาย) ของประมุขของรัฐไม่ได้มีความหมายในความเป็นจริง ซึ่งหากสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎรมาจากการเลือกตั้งโดยตรงทั้งหมดแล้ว พระองค์ก็ไม่ทรงรังเกียจที่จะให้สภาลงมติด้วยเสียงข้างมากธรรมดา¹⁸³

สำหรับในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงพระราชอำนาจในการตรากฎหมายและ พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายไว้ในมาตรา 150 และมาตรา 151 ตามลำดับ โดยได้บัญญัติไว้ ดังนี้

“มาตรา 150 ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบ ของรัฐสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายในยี่สิบวัน นับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรง ลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็น กฎหมายได้”

¹⁸¹ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 49.

¹⁸² Plebiscite มาจากภาษาละตินคือคำว่า “plebis” แปลว่า ประชาชน และ “scitum” แปลว่า มติ จึงมีความหมายเหมือนคำว่า การลงประชามติ (referendum) ซึ่งเป็นรูปแบบหนึ่งของ กระบวนการประชาธิปไตยทางตรง

¹⁸³ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 49.

“มาตรา 151 ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัตินั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”

จากมาตรา 151 จะเห็นได้ว่าในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงมติยืนยันของสมาชิกรัฐสภาในกรณีที่ทรงใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติไว้ว่า จะต้องลงมติยืนยันโดยใช้เสียงข้างมาก (Supermajority) จึงทำให้การใช้พระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมายโดยพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นประมุขของรัฐมีความหมายมากขึ้นกว่าแต่ก่อน¹⁸⁴

แม้ว่าการใช้พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่มีได้อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการใดก็ตาม ถึงกระนั้นก็เป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบทางการเมือง กล่าวคือ รัฐสภาอาจลงมติยืนยันร่างพระราชบัญญัตินั้นได้ อีกครั้งหนึ่ง ซึ่งหากยังทรงยืนยันที่จะยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นได้นายกรัฐมนตรีก็อาจนำร่างพระราชบัญญัตินั้นไปประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป โดยถือว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว ตามมาตรา 151 ซึ่งกรณีดังกล่าวเคยเกิดขึ้นแล้วในอดีต

¹⁸⁴ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ได้บัญญัติในเรื่องของหลักเกณฑ์เสียงข้างมากพิเศษในการลงมติยืนยันของสมาชิกรัฐสภาในกรณีดังกล่าวไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 77 โดยมีข้อความใกล้เคียงกัน

ดังนี้

(1) กรณีพระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดก

เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2477 รัฐบาลโดยพระยาพลพลพยุหเสนา (พจน์ พหลโยธิน) ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดก สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติเห็นชอบ จึงนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป แต่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้พระราชทานร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวคืนมาเพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาใหม่ โดยทรงมีพระราชวินิจฉัยว่าสมควรเพิ่มบทบัญญัติยกเว้นการเก็บอากรมรดก จากทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ให้ชัดเจน โดยมีพระราชประสงค์จะให้เดิมข้อความต่อไปนี้

“พระราชทรัพย์สินใดๆ ที่เป็นพระราชมรดกไปยังผู้อื่น นอกจากผู้สืบราชสมบัติ ต้องเก็บอากรมรดก นอกจากนั้นเป็นพระราชทรัพย์ฝ่ายพระมหากษัตริย์ ไม่ต้องเสียอากรมรดก”

คณะรัฐมนตรีได้ยืนยันว่า ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ ไม่ต้องเสียอากรมรดกอยู่แล้ว ที่ประชุมสภาจึงได้พิจารณาและลงมติด้วยคะแนนลับ ยืนยันตามร่างเดิม ด้วยคะแนนเสียง 132 ต่อ 89 นายกรัฐมนตรี จึงได้ทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยอีกครั้งหนึ่ง ในการนี้ได้ให้หม่อมเจ้าวรรณไวทยากร วรวรรณ¹⁸⁵ กราบบังคมทูลถวายรายงานด้วยว่า ตามร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว มีเนื้อความตรงกับพระราชประสงค์แล้ว คือ จะไม่เรียกเก็บอากรจากทรัพย์สินพระมหากษัตริย์ และในอนาคตรัฐบาลจะร่างกฎหมายยกเว้นอากรดังกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป ในที่สุดจึงได้ทรงยอมลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

¹⁸⁵ ในรัชกาลปัจจุบัน ได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้ทรงกรม เป็นพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนราธิปประพันธ์พงศ์

(2) กรณีพระราชทานอภัยโทษ โทษประหารชีวิต

เมื่อวันที่ 20 สิงหาคม 2477 รัฐบาลโดยพระยาพหลพลพยุหเสนา เสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎรรวม 3 ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายลักษณะอาญาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาทหาร โดยแก้ไขในส่วนวิธีการประหารเมื่อบุคคลต้องโทษประหารชีวิต กล่าวคือเปลี่ยนวิธีการในการประหารชีวิตจากวิธีการตัดศีรษะให้เป็นการประหารชีวิตด้วยการยิงแทน

นายกรัฐมนตรี ได้แถลงเหตุผลว่า การประหารชีวิตด้วยวิธีตัดศีรษะนั้น เป็นที่น่าสยดสยองอย่างยิ่ง บางครั้งเป็นการทรมานนักโทษอย่างน่าเวทนาเนื่องจากเพศฆาตบางคน ไม่มีความชำนาญพอปรากฏว่ามีการพลาดบ่อยครั้ง เช่น พลาดไปฟันถูกศีรษะบ้าง หลังบ้าง การเตรียมการประหารก็เป็นเรื่องใหญ่โต จึงเป็นการกดดันทรมานนักโทษมากยิ่งขึ้น จนนักโทษบางคนเป็นบ้าไป อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการจำขังเพศฆาตและการเตรียมการประหารก็ใช้เงินมิใช่น้อย ถ้าเปลี่ยนเป็นวิธียิงเสียจะทุ่นเงินได้มาก

นอกจากนี้ยังบัญญัติว่า “ในการลงอาญาประหารชีวิตให้เอาตัวไปประหารชีวิต ณ ตำบล และเวลาที่เจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ในการนั้นจะเห็นสมควร แต่ห้ามมิให้เอาตัวไปประหารชีวิต ภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันคำพิพากษาถึงที่สุด”

ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับ ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว จึงได้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวาย แต่ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวพระราชทานคืนร่างกฎหมายดังกล่าว มาให้รัฐสภาพิจารณาใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยมีพระราชประสงค์ให้กำหนดไว้ให้แน่นอนว่า

(1) ผู้ต้องคำพิพากษา ลงโทษให้ประหารชีวิตนั้น จะต้องให้ได้ทูลเกล้าฯ ถวาย เพื่อพระราชทานอภัยโทษ และ ยอมให้ญาติ หรือ ผู้ต้องคำพิพากษานั้น ทูลเกล้าฯ แทนได้ด้วย

(2) ในระหว่างที่ยังไม่ได้พระราชทานพระบรมราชวินิจฉัย ให้รอการประหารชีวิต

(3) ต้องบัญญัติให้ชัดเจนว่า ฎีกานั้นจะต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ โดยไม่ละเลยชักช้า

วันที่ 29 กันยายน 2477 สถาผู้แทนราษฎรได้ลงมติด้วยคะแนนลับ ยืนยันตามร่างเดิม จึงได้ทูลเกล้าฯ ถวายไปอีกครั้งหนึ่ง แต่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยคืนมา ภายในกำหนดเวลาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงเป็นอันให้ใช้บังคับร่างพระราชบัญญัติทั้ง 3 ฉบับเป็นกฎหมายต่อไป

จากทั้งสองกรณีข้างต้น แสดงให้เห็นถึงการควบคุมตรวจสอบพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมาย ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ประการหนึ่ง ซึ่งแม้จะไม่ถูกตรวจสอบด้วยองค์กรตุลาการหรือศาลใด ๆ ก็ตาม ก็ไม่ได้แปลว่าจะขาดจากการควบคุมตรวจสอบโดยสิ้นเชิง อีกทั้งในเรื่องเดียวกันนี้ หากเราเปรียบเทียบพระราชอำนาจดังกล่าวกับพระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์อังกฤษ เราจะพบว่า นอกจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อังกฤษ ในการยับยั้งร่างกฎหมายจะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบทางการเมืองแล้ว ยังอยู่ภายใต้ธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองหรือธรรมเนียมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ (Political Custom or Constitutional convention) อีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากนับแต่ ปี 1707¹⁸⁶ เป็นต้นมา ไม่มีร่างกฎหมายฉบับใดที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจส่วนพระองค์ยับยั้งเอาไว้ได้เลย

จึงกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองว่า พระมหากษัตริย์จะต้องทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้กฎหมายในทุกกรณี อย่างไรก็ตามนี้เป็นเพียงแนวความคิดในทางปฏิบัติเท่านั้น ในทางทฤษฎีก็ได้

¹⁸⁶ ร่างพระราชบัญญัติฉบับสุดท้ายที่เคยถูกยับยั้งคือ Militia Bill ในรัชสมัยของพระนางแอนน์ (Queen Anne of Great Britain)

หมายความว่า พระราชอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์ดังกล่าวจะหมดไป¹⁸⁷

4.2.1.3 การเลือกและแต่งตั้งองคมนตรีและการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง

คณะองคมนตรี หมายถึง คณะผู้ทรงคุณวุฒิที่พระมหากษัตริย์ทรงเลือกและทรงแต่งตั้งตามพระราชอัธยาศัย¹⁸⁸ โดยในอดีตเคยใช้ชื่อ ปรีวีเคาน์ซิล (สภาที่ปรึกษาในพระองค์) เกิดขึ้นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 โดยทรงตั้งสภาที่ปรึกษาขึ้น 2 สภา ได้แก่ “สภาปฤษาราชการแผ่นดิน” (Council of State)¹⁸⁹ และ “สภาที่ปรึกษาในพระองค์” (Privy council)¹⁹⁰

โดยสภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดินนั้น ทำหน้าที่ถวายคำปรึกษาแก่พระมหากษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดิน การร่างกฎหมาย และการพิจารณาเรื่องราวร้องทุกข์ของราษฎรจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ¹⁹¹

ในขณะที่ที่ปรึกษาในพระองค์นั้น ได้มีพัฒนาการมาเป็นลำดับ จวบจนรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470¹⁹² ขึ้นโดยยกเลิกพระราชบัญญัติ

¹⁸⁷ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 211.

¹⁸⁸ คณิน บุญสุวรรณ, ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมือง, หน้า 165.

¹⁸⁹ “พระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตดคือที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน จุลศักราช 1236,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 1 (วันอาทิตย์ เดือน 9 แรม 10 ค่ำ ปีมะจศ 1236): 16.

¹⁹⁰ “พระราชบัญญัติปรีวีเคาน์ซิลคือที่ปรึกษาในพระองค์ จุลศักราช 1236,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 1 (วันอาทิตย์ เดือน 9 แรม 10 ค่ำ ปีมะจศ 1236): 17.

¹⁹¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ประวัติความเป็นมา, [Online], 2545. Available from: http://www.krisdika.go.th/about_01.jsp?head=1&item=1 [2552, October 4]

¹⁹² “พระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 44 (5 กันยายน 2470): 207.

ปรีวีเคาน์ซิลคือที่ปรึกษาในพระองค์ จุลศักราช 1236 แล้วใช้พระราชบัญญัติ
องคมนตรีแทน¹⁹³ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้มีสาระสำคัญเกี่ยวกับพระราชอำนาจ
ของพระมหากษัตริย์อยู่ ดังนี้

(1) การแต่งตั้งบุคคลใด ๆ ซึ่งมีสัญชาติไทย ให้เป็น
องคมนตรี ให้เป็นไปตามพระราชดำริ (กล่าวคือ ตามพระราชอัธยาศัย)¹⁹⁴

(2) องคมนตรีให้มีวาระอยู่จนสิ้นรัชกาล และต่อไปอีก
6 เดือนนับจากสิ้นรัชกาล ซึ่งถ้าพระเจ้าแผ่นดินพระองค์ใหม่จะตั้งให้เป็น
องคมนตรีต่อไป ก็จำเป็นต้องทรงตั้งใหม่อีกครั้งหนึ่ง¹⁹⁵

(3) องคมนตรีที่ประพฤติตนไม่เหมาะสม พระมหากษัตริย์
ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการถอดถอนได้ตามอัธยาศัย¹⁹⁶

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบ
สมบูรณาญาสิทธิราชย์เป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็น
ประมุข เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2475 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว
ได้มีพระบรมราชโองการ ประกาศ ยกเลิกพระราชบัญญัติองคมนตรี พุทธศักราช

¹⁹³ พระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติ
ปรีวีเคาน์ซิล คือที่ปรึกษาในพระองค์ ซึ่งได้ตราขึ้นไว้เมื่อปีจุลศักราช 1236 และใช้ความในพระราช
บัญญัตินี้แทน”

¹⁹⁴ พระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470 มาตรา 4 บัญญัติว่า “พระบาทสมเด็จพระเจ้า
แผ่นดินจะทรงเลือกสรรบุคคลใด ๆ ซึ่งมีสัญชาติเป็นไทยและซึ่งทรงพระราชดำริเห็นว่าเป็นผู้ทรงคุณวุฒิ
สามารถ และทรงคุณธรรมสมควรเป็นที่ไว้วางพระราชหฤทัยตั้งขึ้นไว้เป็นองคมนตรี

ส่วนองคมนตรีซึ่งได้โปรดเกล้า ฯ ตั้งขึ้นไว้ก่อนแล้วนั้นก็ให้คงเป็นองคมนตรีต่อไปตาม
ความในพระราชบัญญัตินี้”

¹⁹⁵ พระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ผู้ใดได้เป็นองคมนตรีแล้ว
ให้อยู่ในตำแหน่งนั้นไปจนสิ้นรัชกาล และมีกำหนดอยู่ได้อีกหกเดือนจึงจะขาดจากตำแหน่ง ถ้าพระเจ้า
แผ่นดินที่ได้สืบราชสมบัติพระองค์ใหม่จะโปรดให้เป็นองคมนตรีต่อไปก็ต้องทรงตั้งใหม่”

¹⁹⁶ พระราชบัญญัติองคมนตรี พ.ศ. 2470 มาตรา 9 บัญญัติว่า “องคมนตรีคนใด
ผิดคำสั่งาบาลก็ดี ทำผิดอุบายประพฤติตนให้เป็นที่เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ไม่สมควรจะอยู่ในตำแหน่งก็ดี
พระบาทสมเด็จพระเจ้าแผ่นดินจะทรงถอดผู้นั้นออกเสียจากตำแหน่งก็ได้”

2470 ตามความเห็นของสภาผู้แทนราษฎร (คณะราษฎร)¹⁹⁷

จนมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 จึงได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับองคมนตรีขึ้นมาอีกครั้ง โดยเรียกว่า “คณะอภิรัฐมนตรี”¹⁹⁸ และต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็น “คณะองคมนตรี”¹⁹⁹ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และมีมาจวบจนปัจจุบัน

สำหรับในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจในการแต่งตั้งหรือการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่ง ไว้ในมาตรา 12 และมาตรา 13 ตามลำดับ โดยบัญญัติไว้ดังนี้

“มาตรา 12 พระมหากษัตริย์ทรงเลือกและทรงแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นประธานองคมนตรีคนหนึ่งและองคมนตรีอื่นอีกไม่เกินสิบแปดคนประกอบเป็นคณะองคมนตรี

คณะองคมนตรีมีหน้าที่ถวายความเห็นต่อพระมหากษัตริย์ในพระราชกรณียกิจทั้งปวงที่พระมหากษัตริย์ทรงปรึกษา และมีหน้าที่อื่นตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้”

“มาตรา 13 การเลือกและแต่งตั้งองคมนตรีหรือการให้องคมนตรีพ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย”

¹⁹⁷ “พระบรมราชโองการ ประกาศ ยกเลิกพระราชบัญญัติองคมนตรี พุทธศักราช 2570,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 49 (17 กรกฎาคม 2475) : 200.

¹⁹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 มาตรา 9 “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งอภิรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งสำหรับถวายคำปรึกษาในราชการแผ่นดิน”

¹⁹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 13 “พระมหากษัตริย์ทรงเลือก และแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นประธานองคมนตรีคนหนึ่ง และองคมนตรีอีกไม่มากกว่าแปดคนประกอบเป็นคณะองคมนตรี

คณะองคมนตรีมีหน้าที่ถวายความเห็นต่อพระมหากษัตริย์ในพระราชกรณียกิจทั้งปวงที่พระมหากษัตริย์ทรงปรึกษา และมีหน้าที่อื่นตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้”

โดยทั่วไปแล้วในระบอบประชาธิปไตยอย่างเคร่งครัด การที่พระมหากษัตริย์ทรงมีข้อปรึกษาหรือเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน พระองค์ไม่ควรที่จะทรงปรึกษาผู้อื่น นอกจากคณะรัฐมนตรีของพระองค์ เว้นเสียแต่เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้กราบถวายบังคมลาออกจากตำแหน่ง พระมหากษัตริย์จึงอาจทรงปรึกษากับบุคคลใดๆ ถึงการแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่ได้²⁰⁰ เช่น อาจจะปรึกษากับประธานรัฐสภา เพราะเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการฯ โดยตรงในการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายกรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม ใดๆ ก็ดี พระราชกรณียกิจของพระมหากษัตริย์ในฐานะทรงเป็นประมุขของประเทศมีอยู่อย่างมากมายหาได้เพียงเฉพาะแต่ในเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินไม่ ดังนั้นจึงเป็นเรื่องอันสมควรที่พระมหากษัตริย์จำเป็นต้องมีผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นกลางทางการเมือง ซึ่งมีความรอบรู้ในด้านต่างๆ เช่น ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ด้านกฎหมาย ด้านความมั่นคง ด้านวิทยาศาสตร์ เป็นต้น เพื่อเป็นการช่วยเหลือให้คำปรึกษาแก่พระมหากษัตริย์ในการประกอบพระราชกรณียกิจให้ดียิ่งขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นพระราชกรณียกิจในทางรัฐธรรมนูญ หรือพระราชกรณียกิจในทางส่วนพระองค์ที่พระราชทานความช่วยเหลือแก่พสกนิกรทั้งหลายผ่านทางโครงการหรือกิจกรรมต่างๆ ในพระบรมราชูปถัมภ์

ในการถวายความเห็นต่อพระมหากษัตริย์นี้ ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงปรึกษาหรือไม่ทรงปรึกษาก็ได้แล้วแต่พระราชอัธยาศัย แต่ถ้าจะทรงปรึกษาดังต้องปรึกษาคณะองคมนตรีทั้งคณะ ทั้งนี้เป็นการปรึกษาหารือโดยเปิดเผยในสถาบันที่รัฐธรรมนูญรับรอง ในทางปฏิบัติเมื่อคณะรัฐมนตรีถวายคำแนะนำมา ถ้าพระมหากษัตริย์ทรงพระราชดำริเห็นว่าไม่มีปัญหา ก็อาจพระราชทานพระบรมราชวินิจฉัยไปได้ทีเดียวโดยไม่ต้องผ่านคณะองคมนตรี แต่ถ้าเห็นว่าควรจะฟังคำปรึกษาของคณะองคมนตรีก่อน ก็อาจทรงนำเรื่องเข้าสู่การ

²⁰⁰ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์, หน้า 48.

พิจารณาของคณะองคมนตรีเพื่อถวายคำปรึกษาได้ แต่ไม่จำเป็นต้องทรงปฏิบัติตามคำปรึกษาของคณะองคมนตรี²⁰¹

ในเรื่องนี้คณะวิจัยกลับมีความเห็นว่า การที่พระมหากษัตริย์จะทรงปรึกษาปัญหาใดๆ กับคณะองคมนตรีนั้น ไม่จำเป็นต้องขอคำปรึกษาจากคณะองคมนตรีทั้งคณะแต่อย่างใด เหตุเพราะคณะองคมนตรีนี้เป็นที่ปรึกษาในพระองค์ ดังนั้นอาจจะทรงขอรับคำปรึกษาจากองคมนตรีคนใดคนหนึ่งได้ตามลำพัง ก็สามารรถทำได้

อย่างไรก็ดี พระราชอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนองคมนตรีเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลประการหนึ่งในฐานะประมุขของประเทศ ย่อมไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบจากองค์กรตุลาการแต่ประการใด แต่อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้ทางการเมืองเท่านั้น

4.2.1.4 การแต่งตั้งและให้ข้าราชการในพระองค์และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง

ในอดีต ข้าราชการที่ถวายงานด้านต่างๆ ในพระองค์ตลอดจนพระบรมวงศานุวงศ์สังกัดกระทรวงวัง กรมราชเลขาธุการในพระองค์ กรมราชเลขาธิการ หรือกระทรวงมูรธาธร²⁰² (ซึ่งต่อมาได้แยกงานบางส่วนออกมา และพัฒนาจนกลายเป็นสำนักนายกรัฐมนตรี)²⁰³ มีฐานะเป็นข้าราชการบริพาร ซึ่งเรียกว่า ข้าราชการในพระราชสำนัก (Court Office) ซึ่งแตกต่างจากข้าราชการของรัฐหรือพนักงานของรัฐ (Civil Servants of the

²⁰¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 47.

²⁰² จัดตั้งขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยมีหน้าที่ในการรักษาพระราชลัญจกร รักษาพระราชกำหนด กฎหมาย ตลอดจนหนังสือราชการทั้งปวง

²⁰³ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ทำเนียบรัฐบาล, ความเป็นมาของสำนักนายกรัฐมนตรี, [Online], 2552. Available from: http://www.cabinet.thaigov.go.th/opm_his.htm [2552, October 5]

State) ดังเช่นข้าราชการพลเรือนทั่วไปซึ่งสังกัดกระทรวงอื่น และมีหน้าที่ความรับผิดชอบอันเป็นการเฉพาะแตกต่างจากข้าราชการทั่วไป ดังที่เจ้าพระยาวรพงษ์พิพัฒน์ (หม่อมราชวงศ์เย็นนิสรเสนา) อดีตเสนาบดีกระทรวงวัง ได้กราบบังคมทูลแสดงความคิดเห็นถวายพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อครั้งมีการร่างระเบียบข้าราชการพลเรือนฉบับแรก ความว่า

“1. นาทข้าราชการกระทรวงวัง หาได้เหมือนกระทรวงอื่นไม่ เพราะกระทรวงวังมีหน้าที่ต้องปฏิบัติพระราชกิจในพระองค์ราชประเพณีเดิมและราชการของรัฐบาลล้ากันไป ส่วนเจ้าหน้าที่เล่าต้องมีทั้งชายหญิง ทั้งชั้นต่ำและสูง และยังต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ชำนาญในวิชาวิสามานยนานกว่าวิชาสามัญไม่ใช่น้อย บางหน้าที่ยังต้องอาศัยตระกูลอีกประการ 1 หากจะทรงพระกรุณาแต่พระราชวงศ์หรือผู้ใดผู้หนึ่งซึ่งควรได้รับพระมหากรุณา ก็จะไม่มีที่ขัดข้อง นอกจากนี้ ก็มีข้าราชการ เช่น พรหมณ์ โหโร ภูษามาลา สนม มหรศพทนายวัง พันเด็กชา โขลนจำ เป็นต้น ต้องมีประจำ จะเรียกหาจ้างชั่วคราวเช่นกระทรวงอื่นหาได้ไม่...”²⁰⁴

สำหรับข้าราชการในพระองค์ปัจจุบันนี้ หมายถึงข้าราชการพลเรือนในพระองค์ซึ่งตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551²⁰⁵ มาตรา 35 ได้บัญญัติว่า

“ข้าราชการพลเรือนมี 2 ประเภท ได้แก่

(1) ข้าราชการพลเรือนสามัญ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งรับราชการโดยได้รับบรรจุแต่งตั้งตามที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 4 ข้าราชการพลเรือนสามัญ

²⁰⁴ สนุก! ออนไลน์, สารานุกรมไทย ฉบับกัญจนานิกเชก, [Online], 2550. Available from: <http://guru.sanook.com/encyclopedia/ข้าราชการพลเรือนในพระองค์> [2552, October 5]

²⁰⁵ “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 125 ตอนที่ 22 ก (25 ธันวาคม 2551): 1-51.

(2) ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งรับราชการโดยได้รับบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในพระองค์พระมหากษัตริย์ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา”

ทั้งนี้พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในพระองค์ พ.ศ. 2539²⁰⁶ ได้บัญญัติเกี่ยวกับตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในพระองค์ ไว้ในมาตรา 6 ดังนี้

“ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในพระองค์ ได้แก่ ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในสังกัดสำนักพระราชวังและสำนักราชเลขาธิการที่มีหน้าที่เกี่ยวกับงานในพระองค์พระมหากษัตริย์ดังต่อไปนี้ คือ เจ้าหน้าที่งานในพระองค์ เจ้าพนักงานในพระองค์ เจ้าหน้าที่บริหารงานในพระองค์ หัวหน้าหมวด หัวหน้าแผนก หัวหน้างาน หัวหน้าฝ่าย ผู้อำนวยการกอง ผู้ช่วยเลขาธิการพระราชวัง ผู้ช่วยราชเลขาธิการ รองเลขาธิการพระราชวัง รองราชเลขาธิการ ตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่ง ก.พ. กำหนดเทียบเท่ากับตำแหน่งดังกล่าว เลขาธิการพระราชวัง และราชเลขาธิการ”

ในเรื่องการแต่งตั้งและการให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์พ้นจากตำแหน่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 17 ดังนี้

“การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ และสมุหราชองครักษ์พ้นจากตำแหน่ง ให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย”

นอกจากนี้ใน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ก็ได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือบัญญัติไว้ใน มาตรา 127 ดังนี้

“การแต่งตั้งและการให้ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ พ้นจากตำแหน่งให้เป็นไปตามพระราชอัธยาศัย

²⁰⁶ “พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในพระองค์ พ.ศ. 2539,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 113 ตอนที่ 64 ก (22 พฤศจิกายน 2539): 10-17.

เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานบุคคลจะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์วิธีการเกี่ยวกับการกำหนดตำแหน่ง การให้ได้รับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง การบรรจุ การแต่งตั้ง การเพิ่มพูนประสิทธิภาพและเสริมสร้างแรงจูงใจในการปฏิบัติราชการ การรักษาจรรยา การรักษาวินัย การออกจากราชการ การอุทธรณ์ การร้องทุกข์ และการอื่นตามที่จำเป็นของข้าราชการพลเรือนในพระองค์ก็ได้ แต่ทั้งนี้ต้องไม่กระทบต่อพระราชอำนาจตามวรรคหนึ่ง...”

จากมาตรา 127 ดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แม้ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2551 จะถือว่าข้าราชการในพระองค์เป็นข้าราชการพลเรือนประเภทหนึ่ง แต่ในระเบียบที่เกี่ยวข้องนั้นก็ต้องกำหนดให้มีความสอดคล้องต้องกันกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ด้วย กล่าวคือจะต้องพิจารณาเป็นสำคัญว่า การแต่งตั้งและการถอดถอนข้าราชการพลเรือนในพระองค์ตลอดจนสมุหราชองครักษ์นั้นเป็นกิจการภายในพระราชฐาน จึงควรเป็นบุคคลที่พระมหากษัตริย์มีความไว้วางพระราชหฤทัยให้มาประจำหน้าที่ รัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงกำหนดไว้ตรงกันว่าเป็นเรื่องพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่จะแต่งตั้งบุคคลใดตามพระราชอัธยาศัย ในการนี้จึงต้องไม่กำหนดระเบียบใดๆ ให้เป็นการขัดกับพระราชอำนาจดังกล่าว

การแต่งตั้งและถอดถอนตามมาตรา นี้ นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ แต่เมื่อกรณีการแต่งตั้งและถอดถอนดังกล่าวเป็นไปตามพระราชอัธยาศัยแล้ว ศาสตราจารย์ ดร.หยุดแสงอุทัย มีความเห็นว่า “นายกรัฐมนตรีก็ไม่ต้องรับผิดชอบในทางรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา นอกจากนี้นายกรัฐมนตรีจะลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเฉพาะกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งเองเท่านั้น แต่พระมหากษัตริย์อาจไม่ประสงค์จะแต่งตั้งข้าราชการเองทุกตำแหน่งเพราะจะเป็นพระราชภาระมากมาย พระมหากษัตริย์อาจทรงมอบหมายให้ข้าราชการชั้นผู้บังคับบัญชาที่ทรงไว้วางพระราชหฤทัย ให้แต่งตั้งหรือถอดถอนข้าราชการชั้นผู้น้อยต่อไปได้

ในกรณีเช่นว่านี้ก็ไม่มี การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ในทางปฏิบัติ การแต่งตั้งข้าราชการในพระองค์เป็นไปตามพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน... เป็นแต่การแต่งตั้งและถอดถอนจะต้องเป็นไปตาม พระราชอัยยาศัยเท่านั้น”²⁰⁷

4.2.1.5 การแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

ผู้สำเร็จราชการ (Regent) หมายถึง ผู้บริหารราชการแผ่นดินในพระปรมาภิไธยหรือพระนามาภิไธยพระมหากษัตริย์โดยทั่วไปมีสาเหตุ มาจากการที่พระมหากษัตริย์ยังไม่บรรลุนิติภาวะ หรือทรงพระประชวร หรือ ทรงอยู่ในต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปก็คือในกรณีที่ไม้อาจบริหารราชการแผ่นดิน ได้นั่นเอง

ในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ดังนี้

“มาตรา 18 ในเมื่อพระมหากษัตริย์จะไม่ประทับอยู่ในราชอาณาจักร หรือจะทรงบริหารพระราชภาระไม่ได้ด้วยเหตุใดก็ตาม จะได้ ทรงแต่งตั้งผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และให้ประธานรัฐสภา เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ”

จากมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กรณีที่จะต้องมีการผู้สำเร็จ ราชการแทนพระองค์มีอยู่ด้วยกัน 2 เหตุผลคือ

1. กรณีพระมหากษัตริย์จะไม่ประทับอยู่ในราชอาณาจักร
2. มีเหตุให้พระมหากษัตริย์จะทรงบริหารพระราชภาระ ไม่ได้

ในกรณีแรกนี้จะต้องเป็นการไม่ประทับอยู่ในราชอาณาจักร เป็นระยะเวลาอันนานพอสมควรจนไม่อาจทรงพระราชภาระในฐานะประมุขของ

²⁰⁷ หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ว่าด้วย พระมหากษัตริย์, หน้า 57.

ประเทศได้ กล่าวคือ ไม่สามารถใช้อำนาจอธิปไตยแทนปวงชนชาวไทยได้ จึงจำเป็นที่พระองค์จะต้องตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ขึ้น

ส่วนในกรณีที่สอง มีเหตุที่จะทรงบริหารพระราชภาระไม่ได้อีก 2 กรณีได้แก่ กรณีที่พระมหากษัตริย์ได้ทรงบริหารราชการแผ่นดินมาก่อนแล้ว เช่น ทรงบรรลุนิติภาวะแล้วแต่มีเหตุมาขัดขวางมิให้ทรงบริหารราชการแผ่นดินได้ในภายหลัง เช่น ทรงพระประชวร หรือเป็นกรณีที่พระมหากษัตริย์ไม่สามารถแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ได้เลย ซึ่งจำเป็นต้องจัดให้มีการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์²⁰⁸

แม้ในการตั้งผู้สำเร็จราชการในปัจจุบันไม่จำเป็นต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา อีกทั้งสภาก็มีอาจให้ความแนะนำในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการในกรณีดังกล่าวได้ แต่ในทางปฏิบัติพระมหากษัตริย์ย่อมจะต้องเลือกบุคคลที่ทรงคาดหมายว่าเป็นที่ยอมรับจากทุกภาคส่วนอยู่แล้ว

การใช้พระราชอำนาจตามมาตรานี้ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการใด ๆ หรือองค์กรอื่น ๆ ขององค์กร เว้นแต่การควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองเท่านั้น

4.2.2 การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี

ดังที่ปรากฏไว้ในตอนต้นว่า มีพระราชอำนาจบางประการที่เป็นของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ สำหรับในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามแบบพิธี เหตุที่เรียกว่าเป็นตามแบบพิธีนี้ เนื่องจากแม้ว่าจะเป็นการพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ตามแต่ก็ทำให้เกิดจากการมีพระราชดำริขึ้นเอง หรือเป็นเรื่องที่พระองค์จะใช้พระราชอำนาจตามพระราชอัธยาศัยได้โดยตลอด เพราะจำเป็นต้องมีบุคคลใดเป็นผู้เสนอเรื่องขึ้นเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเสียก่อน และจำต้องมี

²⁰⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

ผู้รับผิดชอบในทางการเมืองแทนพระองค์ด้วย จึงจะเป็นการใช้พระราชอำนาจที่มีผลในทางกฎหมาย ในข้อนี้โดยส่วนใหญ่แล้วก็คือ คณะรัฐมนตรี ที่จะเป็นผู้เสนอเพราะเป็นผู้มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินโดยตรง ดังนั้นจึงถือเป็นพระราชอำนาจตามแบบพิธี

4.2.2.1 การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติของสภาผู้แทนราษฎร

ในระบบรัฐสภานายกรัฐมนตรีอันเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร จะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาเสียก่อน เมื่อได้รับความเห็นชอบกล่าวคือได้ผ่านการลงมติในสภาโดยเปิดเผยแล้ว²⁰⁹ ประธานสภาผู้แทนราษฎรก็จะเป็นคนนำรายชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีนำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวต่อไป ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วก็จะเป็นการรัฐสภาที่เป็นผู้นำร่างพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ที่ตนได้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเรียบร้อยแล้ว ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยต่อไป

ในเรื่องการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 171 ดังนี้

“มาตรา 171 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน

นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับแต่งตั้งตามมาตรา 172

ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

²⁰⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 172 วรรคท้าย

นายกรัฐมนตรีจะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินกว่าแปดปี
มิได้”

ด้วยเหตุนี้บุคคลที่ได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้เป็น
นายกรัฐมนตรีจึงมีความรับผิดชอบทางการเมืองทั้งต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือ
รัฐสภา และต่อองค์พระมหากษัตริย์ในการบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย

พระราชอำนาจดังกล่าวเป็นพระราชอำนาจในแบบ
พิธีการ กล่าวคือโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองในประเทศที่ปกครองโดย
ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนี้ พระมหากษัตริย์
จะไม่มีพระราชอำนาจในการเลือกนายกรัฐมนตรีด้วยพระองค์เอง หากแต่
ต้องเป็นไปโดยคำแนะนำของสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาเท่านั้น พระราชอำนาจ
ดังกล่าวก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ผสมผสานเข้ากับหลัก The King can
do no wrong อีกด้วย เพราะเป็นเรื่องที่ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็น
ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ดังนั้นความรับผิดชอบในการใช้
พระราชอำนาจดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรใด ๆ
ตลอดจนการตรวจสอบทางการเมืองก็เป็นเรื่องที่ประธานสภาผู้แทนราษฎร
จะต้องรับผิดชอบด้วยตนเองทั้งสิ้น

4.2.2.2 การแต่งตั้งรัฐมนตรีและการให้รัฐมนตรีพ้นจาก ตำแหน่งตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี

เมื่อได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าแต่งตั้ง
นายกรัฐมนตรี ภายใต้อำนาจยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรเป็นที่เรียบร้อยแล้ว
นายกรัฐมนตรีก็จะต้องดำเนินการเลือกสรรบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี
เพื่อเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน
ต่อไป ดังนั้น ในกระบวนการแต่งตั้งรัฐมนตรีตลอดจนการให้รัฐมนตรีคนใด
พ้นจากตำแหน่งจึงเป็นเรื่องที่หัวหน้าฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรีจะต้องถวาย
คำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งบุคคลใดที่เห็นสมควรเพื่อเข้ามา
ทำหน้าที่ร่วมกันกับนายกรัฐมนตรีต่อไป

ในเรื่องการแต่งตั้งรัฐมนตรีและการให้รัฐมนตรีพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 171 และมาตรา 183 ดังนี้

“มาตรา 171 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคน ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรี มีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามหลักความรับผิดชอบร่วมกัน...”

“มาตรา 183 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ”

การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรใด ๆ ตลอดจนการตรวจสอบทางการเมืองก็เป็นเรื่อง ที่นายกรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบด้วยตนเองทั้งสิ้น

4.2.2.3 การแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี

ตำแหน่งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือนระดับปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า ถือเป็นตำแหน่งสำคัญของข้าราชการในแต่ละฝ่าย ซึ่งถือเป็นมือไม้ให้กับคณะรัฐมนตรี ในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปได้ด้วยความเรียบร้อย จึงเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีจะต้องเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่ามีคุณสมบัติเหมาะสมให้เข้ามาสานต่อนโยบายของรัฐบาลไปปฏิบัติตามดั่งนั้น จึงจำเป็นที่คณะรัฐมนตรีจะต้องถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งและให้พ้นจากตำแหน่งสำคัญเหล่านี้

ในเรื่องการแต่งตั้งและให้ข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดีและเทียบเท่า พ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 193 ดังนี้

“มาตรา 193 พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า และทรงให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย”

การใช้พระราชอำนาจดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรใดๆ ตลอดจนการตรวจสอบทางการเมืองก็เป็นเรื่อง ที่คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบร่วมกัน

4.2.3 การกระทำที่เกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ

4.2.3.1 การประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึก

ทั้งนี้สืบเนื่องมาจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 10 ที่บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงดำรงตำแหน่งจอมทัพไทย” ซึ่งมีความหมายว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของทหารบก ทหารเรือ และทหารอากาศอยู่แล้ว การประกาศใช้หรือยกเลิกกฎอัยการศึก ซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญที่ใช้ในการรักษาความสงบเรียบร้อย ตลอดจนความมั่นคงของประเทศ ก็เป็นภารกิจสำคัญประการหนึ่งของการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของฝ่ายบริหารในฐานะ รัฐบาลส่วนประจำ

ในเรื่องการประกาศใช้และยกเลิกกฎอัยการศึก ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 188 ดังนี้

“มาตรา 188 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ ในการประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมาย ว่าด้วยกฎอัยการศึก

ในกรณีที่มีความจำเป็นต้องประกาศใช้กฎอัยการศึก เฉพาะแห่งเป็นการรีบด่วน เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหารย่อมกระทำได้ตามกฎหมาย ว่าด้วยกฎอัยการศึก”

อย่างไรก็ดีโดยที่การประกาศหรือการยกเลิก
กฎัยการศึคนั้นเป็นเรื่องของราชการแผ่นดิน จึงจำเป็นต้องมีผู้ลงนามรับสนอง
พระบรมราชโองการ จึงจะสามารถใช้บังคับได้ และเมื่อมีผู้ลงนามรับสนอง
พระบรมราชโองการแล้วบุคคลนั้นก็จะเป็นผู้รับผิดชอบแทนองค์พระมหากษัตริย์
ต่อไป พระราชอำนาจนี้จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบไม่ว่าจะทางใด
ก็ตาม

4.2.3.2 การประกาศสงคราม

ในอดีตการประกาศสงครามเป็นพระราชอำนาจของ
พระมหากษัตริย์ ต่อมาเมื่อเปลี่ยนระบอบการปกครองเป็นประชาธิปไตย
พระมหากษัตริย์ยังมีพระราชฐานะเป็นประมุขของชาติดังเช่นเดิม และในทุก
ประเทศก็จะให้อำนาจในการประกาศสงครามนี้เป็นอำนาจของประมุขแห่งรัฐ

ในเรื่องการประกาศสงคราม ตามรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 189 ดังนี้

“มาตรา 189 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจ
ในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

มติให้ความเห็นชอบของรัฐสภาต้องมีคะแนนเสียง
ไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

ในระหว่างที่อายุสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือสภา
ผู้แทนราษฎรถูกยุบ ให้วุฒิสภำทำหน้าที่รัฐสภาในการให้ความเห็นชอบตาม
วรรคหนึ่ง และการลงมติต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของ
จำนวนสมาชิกวุฒิสภำทั้งหมดเท่าที่มีอยู่”

จากมาตราดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าพระราชอำนาจใน
การประกาศสงครามยังคงเป็นของพระมหากษัตริย์ แต่มีข้อจำกัดคืออยู่
ภายใต้ความเห็นชอบของรัฐสภา และรัฐธรรมนูญกำหนดว่าการประกาศ
สงครามเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งจึงต้องได้รับความยินยอมด้วย
เสียงข้างมากเป็นพิเศษ (ไม่น้อยกว่าสองในสาม) ซึ่งหากกล่าวตามความเป็นจริง
แล้ว ผู้ที่จะประกาศสงครามก็คือรัฐสภานั้นเอง โดยพระมหากษัตริย์จะต้อง

ประกาศสงครามตามความเห็นชอบและคำแนะนำของรัฐสภา อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติดังกล่าวมิได้แสดงให้เห็นว่าเป็นบทบัญญัติผูกพันให้พระมหากษัตริย์จะต้องทำตามคำแนะนำของรัฐสภา โดยพระองค์อาจจะปฏิเสธที่จะประกาศสงครามก็ได้

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าพระมหากษัตริย์จะประกาศสงครามหรือไม่ประกาศ การกระทำดังกล่าวก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรใดๆ เพราะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับพระมหากษัตริย์เอง

4.2.4 การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

4.2.4.1 การแต่งตั้งทูตของประเทศไทยและการรับทูตของต่างประเทศ

ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต²¹⁰ ข้อ 14. กำหนดว่า “1. หัวหน้าคณะผู้แทนแบ่งออกเป็น 3 ชั้น กล่าวคือ

(ก) ชั้นเอกอัครราชทูต หรือเอกอัครสมณทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังประมุขของรัฐและหัวหน้าคณะผู้แทนอื่นที่มีชั้นเท่ากัน

(ข) ชั้นรัฐทูต อัครราชทูต และอัครสมณทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังประมุขของรัฐ

(ค) ชั้นอุปทูต ซึ่งแต่งตั้งไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ”

²¹⁰ Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961 Article 14

1. Heads of mission are divided into three classes, namely:

(a) That of ambassadors or nuncios accredited to Heads of State, and other heads of mission of equivalent rank;

(b) That of envoys, ministers and internuncios accredited to Heads of State;

(c) That of chargés d'affaires accredited to Ministers for Foreign Affairs.

สำหรับประเทศไทยเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งเอกอัครราชทูต และตามรัฐธรรมนูญของไทย มาตรา 193 ที่บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งข้าราชการฝ่ายทหารและฝ่ายพลเรือน ตำแหน่งปลัดกระทรวง อธิบดี และเทียบเท่า

ทั้งนี้ ตำแหน่ง “เอกอัครราชทูต” นั้นเทียบเท่ากับตำแหน่ง “อธิบดี” ส่วน “อุปทูต” นั้นตามอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าว เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นผู้แต่งตั้ง

สำหรับกระบวนการในแต่งตั้งนักการทูตผู้ใดไปดำรงตำแหน่งเอกอัครราชทูตนั้น จะมีการประกาศพระบรมราชโองการและออกพระราชสาส์นตราตั้ง (credentials) โดยมีข้อความสำคัญว่าประมุขของรัฐผู้ส่ง (คณะผู้แทน) แจ้งให้ประมุขของรัฐผู้รับ (คณะผู้แทน) ทราบว่าได้แต่งตั้งผู้ใดเป็นทูตและขอให้ประมุขของรัฐผู้รับนั้น โปรดให้ความไว้วางใจ ให้ความเชื่อถือ และช่วยเหลือการทำงานของทูตนั้น

พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งทูตของประเทศไทยนี้เป็นพระราชอำนาจที่ต้องใช้ภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการใด ๆ

4.2.4.2 การทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึกและสัญญาอื่น กับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

ในฐานะประมุขของรัฐและจอมทัพไทย พระมหากษัตริย์จึงมีพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพและสัญญาสงบศึกตลอดจนสัญญาอื่นกับนานาประเทศ

ในเรื่องการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 190 ดังนี้

“มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติ ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศอยู่แล้ว และถือว่าเป็นการทำการแทนประมุขของรัฐ ความรับผิดชอบทางการเมืองใด ๆ จึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองด้วยตนเอง

4.2.5 การกระทำอันเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ

4.2.5.1 การสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์

ในอดีตแนวความคิดในเรื่องพระมหากษัตริย์ทรงเป็นที่มาแห่งเกียรติยศ (Fountain of honour) เนื่องจากมีความจำเป็นที่จะต้องพระราชทานรางวัลแห่งเกียรติยศให้แก่ทหารที่เข้าร่วมสงคราม และผู้ที่รับใช้พระองค์ด้วยความซื่อสัตย์ โดยการพระราชทานเงินทอง ที่ดิน หรือ เครื่องหมายแสดงเกียรติยศอันเป็นพิเศษ²¹¹

ในเรื่องการสถาปนาและถอดถอนฐานันดรศักดิ์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 192 ดังนี้

“มาตรา 11 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะสถาปนาฐานันดรศักดิ์และพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์”

“มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการถอดถอนฐานันดรศักดิ์และเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์”

อย่างไรก็ดี พระราชอำนาจดังกล่าวเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่จะพระราชทานให้แก่บุคคลที่พระองค์เห็นสมควร ซึ่งแม้จะเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ ก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรใดๆ ตลอดจนทางการเมือง

²¹¹ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศอังกฤษ, หน้า 153.

4.2.5.2 การพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์

เครื่องราชอิสริยาภรณ์ไทย เกิดขึ้นครั้งแรกในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยทรงเรียกว่า “เครื่องราชอิสริยยศ” ต่อมาในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงสร้างเครื่องราชอิสริยยศขึ้นอีกหลายตระกูล และได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าโปรดกระหม่อม ให้เปลี่ยนจากคำว่า “เครื่องราชอิสริยยศ” มาเป็น “เครื่องราชอิสริยาภรณ์”

เครื่องราชอิสริยาภรณ์หรือที่เรียกกันเป็นภาษาสามัญว่า ตรา คือสิ่งที่เป็นเครื่องหมายแสดงเกียรติยศและบำเหน็จความชอบ เป็นของพระมหากษัตริย์ทรงสร้างขึ้นสำหรับพระราชทานเป็นบำเหน็จความชอบในราชการ ประเทศชาติ ศาสนา ประชาชน หรือส่วนพระองค์ นอกจากนั้นยังหมายความรวมถึงเหรียญที่ระลึกที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้สร้างในโอกาสสำคัญต่าง ๆ เพื่อให้บุคคลทั่วไปใช้ประดับได้อย่างเครื่องราชอิสริยาภรณ์ เครื่องราชอิสริยาภรณ์ในปัจจุบัน เป็นเครื่องหมายประดับเสื้อซึ่งนิยมกันทั่วไป แม้ประเทศซึ่งไม่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขก็นิยมใช้ โดยถือว่าเป็นสิ่งส่งเสริมเกียรติของบุคคลผู้มีผลงานดีเด่นต่อส่วนรวม ให้เป็นแบบอย่างที่ดีควรยึดถือ มิใช่เป็นเครื่องหมายแบ่งแยกชนชั้นแต่อย่างใด²¹²

ในเรื่องการพระราชทานและเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 192 ดังนี้

“มาตรา 11 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะสถาปนาฐานันดรศักดิ์และพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์”

²¹² งานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ กองกำลังพล สำนักงานตำรวจแห่งชาติ, ประวัติประเภทเครื่องราชอิสริยาภรณ์, [Online], 2552. Available from: <http://personnel.police.go.th/insig/history/historymain.htm#P5> [2552, October 5]

“มาตรา 192 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการถอดถอนฐานันดรศักดิ์และเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์”

เช่นเดียวกันกับการสถาปนาฐานันดรศักดิ์พระราชอำนาจในการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ตลอดจนการเรียกคืนเครื่องราชอิสริยาภรณ์ เป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ที่จะพระราชทานให้แก่บุคคลที่พระองค์เห็นสมควร ซึ่งแม้จะเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ ก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรใดๆ ตลอดจนทางการเมือง

4.2.6 การกระทำเกี่ยวกับความเป็นธรรม

4.2.6.1 การพระราชทานอภัยโทษ

“อภัยโทษ”²¹³ หมายความว่า ยกโทษหรือเปลี่ยนโทษหนักเป็นเบาหรือลดโทษให้แก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ต้องรับโทษหนักเป็นเบาหรือลดโทษแก่ผู้ต้องคำพิพากษาให้ต้องรับโทษทางอาญาเมื่อคดีถึงที่สุดแล้ว เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ตามรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ เอช. เอกุต์ ให้คำนิยามไว้ว่า หมายถึง “การเมตตาปราณีอันมาจากองค์อธิปัตย์หรือประมุขแห่งรัฐอันมีที่ประสงค์จะมีให้ผู้ต้องคำพิพากษาให้ลงโทษนั้นได้รับโทษทั้งหมด หรือแต่บางส่วน”

ในเรื่องการพระราชทานอภัยโทษ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 191 ดังนี้

“มาตรา 191 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ”

สำหรับกระบวนการในการพระราชทานอภัยโทษนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 259 ตามแผนภูมิ

²¹³ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2542), หน้า 1331.

ในเรื่องการอภัยโทษ และ นิรโทษกรรม เป็นเรื่องที่มี
ความแตกต่างกัน กล่าวคือ

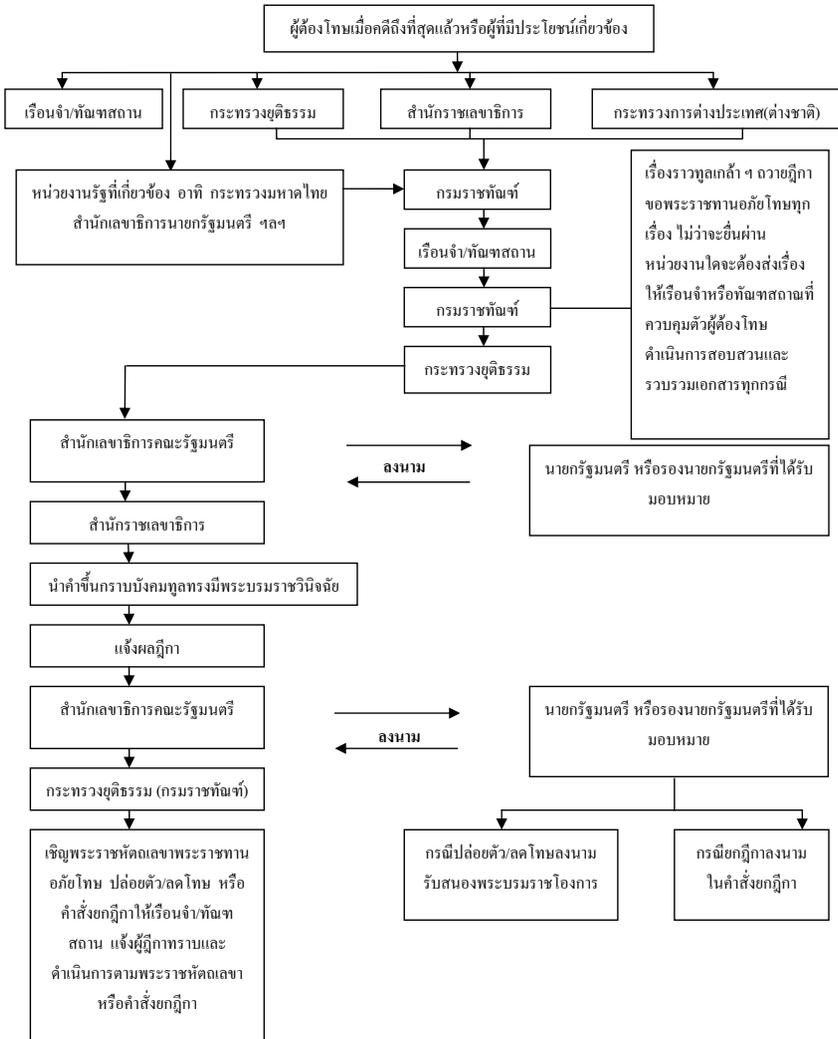
การอภัยโทษ จะหมายถึง การยกโทษหรือลดหย่อน
ผ่อนโทษให้แก่ผู้ถูกสั่งลงโทษเพราะกระทำความผิดทางอาญาอันเป็น
พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ซึ่งแตกต่างจากนิรโทษกรรม เพราะ
นิรโทษกรรมจะมี 2 ความหมาย คือ

1. นิรโทษกรรมในทางแพ่ง คือ การกระทำที่ก่อให้เกิด
ความเสียหายแก่ผู้อื่น ซึ่งกฎหมายบัญญัติว่าไม่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน

2. นิรโทษกรรมในทางอาญา คือ การลบล้างการกระทำ
ความผิดอาญาที่บุคคลได้ทำมาแล้ว ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิด
และพ้นจากความรับผิดชอบโดยสิ้นเชิง

ดังนั้น จะเห็นว่าการอภัยโทษและการนิรโทษกรรม
มีความแตกต่างกันโดยการอภัยโทษจะเป็นกรณีที่ศาลสั่งลงโทษเด็ดขาดแล้ว
จึงมาขอพระราชทานอภัยโทษกับองค์พระมหากษัตริย์ ส่วนนิรโทษกรรมเป็น
บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้ผู้กระทำผิดไม่ต้องรับผิดชอบหรือให้มีการรับผิดชอบ
อย่างจำกัดนั่นเอง

แผนผังขั้นตอนในการขอพระราชทานอภัยโทษ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 259²¹⁴



²¹⁴ กรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม, การพระราชทานอภัยโทษเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปี 2517, หน้า 63.

4.2.7 การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินงานทางรัฐสภา

4.2.7.1 การยุบสภา

พระราชอำนาจในการยุบสภานี้ในทางธรรมเนียมปฏิบัติทางการเมืองจะทรงใช้ก็ต่อเมื่อนายกรัฐมนตรีได้ทูลเกล้าฯ เสนอแนะมาเท่านั้น เพื่อวัตถุประสงค์ให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั่วไปชุดใหม่

ในเรื่องการยุบสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 108 ดังนี้

“มาตรา 108 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่...”

ในพระราชกฤษฎีกาให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนี้ นายกรัฐมนตรีจะเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งหมายความว่า นายกรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองเสียเอง และตามความเป็นจริงก็ดังที่กล่าวไว้แล้วว่า เป็นนายกรัฐมนตรีที่ถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจที่จะยุบสภา การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเช่นกัน แต่อาจถูกตรวจสอบทางการเมืองได้ และก็เป็นนายกรัฐมนตรีที่ต้องรับผิดชอบในทางการเมืองดังกล่าวต่อไป

4.2.7.2 การเรียกประชุมและปิดประชุมรัฐสภา

ในเรื่องการเรียกประชุมและปิดประชุมรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 128 ดังนี้

“มาตรา 128 พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและปิดประชุม

พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญทั่วไปครั้งแรกตามมาตรา 127 วรรคหนึ่ง ด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาทซึ่ง

บรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้
เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐพระมหากษัตริย์
จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้

ภายใต้บังคับมาตรา 129 การเรียกประชุม การขยาย
เวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภาให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา²¹⁵

พระราชอำนาจดังกล่าว เป็นพระราชอำนาจดั้งเดิม
ตามจารีตประเพณีของพระมหากษัตริย์ ซึ่งในปัจจุบันรัฐธรรมนูญกำหนดให้
ทรงกระทำไปโดยคำแนะนำของรัฐสภาหรือคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี โดย
หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในเรื่องของกำหนดระยะเวลาของ
สมัยประชุมสามัญของรัฐสภา หรือสมัยวิสามัญของรัฐสภา เป็นเกณฑ์ใน
การกำหนดการที่จะทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวไปตามผู้ที่เกี่ยวข้องได้เสนอมา
โดยมีประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ²¹⁵

4.2.7.3 การตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ

พระราชกำหนดเป็นกฎหมายที่มีความจำเป็นเร่งด่วน
ซึ่งฝ่ายบริหารโดยคณะรัฐมนตรีเสนอขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย
โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 184 และมาตรา 186 ดังนี้

“มาตรา 184 ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษา
ความปลอดภัยของประเทศความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจ
ของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตรา
พระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้...”

“มาตรา 186 ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็น
ต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณา
โดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตรา

²¹⁵ เจษฎา พรไชยา, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับประเทศ
อังกฤษ, หน้า 264.

พระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้...”

อย่างไรก็ดี ในการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวจะมี นายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และกลไกตาม รัฐธรรมนูญก็กำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองอยู่แล้ว คือ การนำพระราชกำหนดที่ประกาศใช้แล้ว เข้าสู่ในการพิจารณาของรัฐสภาโดย เร็วที่สุดที่เป็นไปได้ ซึ่งหากพระราชกำหนดดังกล่าวไม่ผ่านความเห็นชอบ โดยรัฐสภาแล้ว ผลก็คือ พระราชกำหนดดังกล่าวก็เป็นอันตกไป

4.2.7.4 การตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย

ในอดีตพระราชกฤษฎีกา เป็นเพียงแบบแผนที่ใช้ใน พระราชสำนักเท่านั้น ดังที่หม่อมราชวงศ์คึกฤทธิ์ ปราโมช เคยอธิบายไว้ว่า²¹⁶

“แต่บทพระอัยการนี้เป็นของเก่า เขียนมาแต่โบราณ บางทีก็มีบทซับซ้อนกัน บางทีก็เขียนด้วยภาษาเก่าจนไม่สามารถจะเข้าใจได้ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นในบทพระอัยการเช่นนี้ก็เป็นที่ขงขุนศาลตระลาการ จะต้องนำบทพระอัยการที่เป็นปัญหานั้นขึ้นถวายให้ทอดพระเนตร และ กราบบังคมทูลขอพระราชวินิจฉัยว่าเป็นอย่างไรกันแน่ สมเด็จพระเจ้าแผ่นดิน จึงทรงพระราชวินิจฉัย...พระราชวินิจฉัยนั้นก็ถือว่าเป็นกฎหมายเอาไว้ใช้เป็นหลัก ได้ต่อไป เรียกว่าพระราชบัญญัติ ส่วนพระราชกฤษฎีกานั้นมีบทลงโทษ เช่นเดียวกับกฎหมาย แต่ถ้าจะว่าไปแล้วเป็นระเบียบภายในพระราชฐานหรือ เท่าที่เกี่ยวกับพระองค์สมเด็จพระเจ้าแผ่นดินเท่านั้น มิได้ใช้บังคับใน บ้านเมืองทั่วไปเหมือนกับกฎหมาย...”

ในปัจจุบันพระราชกฤษฎีกาเป็นกฎเกณฑ์ของ ฝ่ายบริหาร ที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นภายใต้คำแนะนำของคณะรัฐมนตรีหรือ

²¹⁶ คึกฤทธิ์ ปราโมช, “ขุนช้างขุนแผน ฉบับอ่านใหม่” ใน อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ พลตรี หม่อมราชวงศ์คึกฤทธิ์ ปราโมช ณ เมรุหลวงหน้าพลับพลาอิสริยาภรณ์ วัดเทพศิรินทราวาส วันเสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2538, (กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2538), หน้า 417 - 418.

รัฐมนตรี เพื่อให้มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมาย ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 187 ดังนี้

“มาตรา 187 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย”

พระราชอำนาจดังกล่าวจะใช้ก็ต่อเมื่อนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระปรมาภิไธย จึงเป็นเรื่องที่นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองด้วยตนเอง

4.2.7.5 การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภา

ในการตราพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการในการตราไว้ โดยได้กำหนดว่าร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้โดยฝ่ายใดได้บ้าง ทั้งนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 142 ดังนี้

“มาตรา 142 ภายใต้งบบังคับมาตรา 139 ร่างพระราชบัญญัติจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี...”

ดังนั้นการเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภาจึงเป็นอำนาจโดยตรงที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้แก่คณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม มาตรานี้มีได้บังคับว่า คณะรัฐมนตรีจะต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติเสมอไป หากแต่เป็นช่องทางหนึ่งในการให้อำนาจไว้แก่คณะรัฐมนตรีที่จะเสนอกฎหมายให้สอดคล้องกับนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลต่อไป หากคณะรัฐมนตรีจะไม่เสนอกฎหมาย ก็มีได้มีบทบัญญัติบังคับแต่ประการใด

อีกทั้งการเสนอหรือไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติของคณะรัฐมนตรีนี้เมื่อเทียบกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลจะเห็นได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาโดยตรง จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการใดๆ เพราะรัฐสภาจะเป็นผู้ควบคุมตรวจสอบร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเอง และหากรัฐบาลไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติให้สอดคล้องต่อนโยบายที่คณะรัฐมนตรีเคยแถลงต่อรัฐสภาไว้

ย่อมต้องถูกรัฐสภาตรวจสอบตามวิถีทางทางการเมือง เช่น การตั้งกระทู้ถาม หรือ การอภิปรายไม่ไว้วางใจ เป็นรายกรณีไป

4.2.7.6 การแถลงนโยบายต่อรัฐสภา

เนื่องจากนายกรัฐมนตรีในระบบรัฐสภามาจากความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของรัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบเสนอชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งขึ้นเป็นนายกรัฐมนตรีนั้นจะต้องรับผิดชอบในการบริหารประเทศต่อรัฐสภา จึงจำเป็นที่รัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดให้มีการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาเสียก่อนที่จะเริ่มเข้ารับบริหารราชการแผ่นดินทั้งนี้อาจเปิดโอกาสให้มีการอภิปรายซักถามเพื่อความกระจ่างในนโยบายของรัฐบาลอีกด้วย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติถึงการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาไว้ใน มาตรา 176 ดังนี้

“มาตรา 176 คณะรัฐมนตรีที่จะเข้ารับบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาและชี้แจงการดำเนินการตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามมาตรา 75 โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่ และเมื่อแถลงนโยบายต่อรัฐสภาแล้วต้องจัดทำแผนการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติราชการแต่ละปีตามมาตรา 76

ก่อนแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามวรรคหนึ่ง หากมีกรณีที่สำคัญและจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะกระทบต่อประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีที่เข้ารับหน้าที่จะดำเนินการไปพลางก่อนเพียงเท่าที่จำเป็นก็ได้”

การแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเป็นความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาโดยเฉพาะ จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตามก็ยังมีข้อสังเกตว่าหากรัฐบาลหลีกเลี่ยงการแถลงนโยบาย ซึ่งเป็นพิธีกรรมที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะถือว่ารัฐบาลจะสามารถบริหารราชการแผ่นดินได้ในความเป็นจริงหรือไม่ หรือจะมีปัญหาว่า

จะถือว่ารัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเมื่อไหร่ ซึ่งหากการกระทำใด ๆ ของรัฐบาลที่ได้กระทำไปต่อจากนี้ อาจจะมีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายได้ และอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้

4.3 แนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

4.3.1 แนวคำวินิจฉัยที่พิจารณาว่า การยุบสภาไม่อยู่ในการพิจารณาขององค์กรตุลาการ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 3/2549 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภา

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่ง ยกเลิกเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549

ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า “คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 การยุบสภาเป็น การกระทำของรัฐบาล

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น ถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 คดีพิพาทเกี่ยวกับ ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภา

คดีนี้ผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่ง ยกเลิกเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549

ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า “พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร หาใช่พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติหรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่างๆ กำหนดไม่ หากแต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจ ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบบรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามนัยมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตั้งที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้แล้วในคดีหมายเลขดำที่ พ.5/2549 หมายเลขแดงที่ พ.3/2549 อนึ่ง ตามมาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรต้องกำหนดวัน

เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวัน และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร ดังนั้นพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรจึงต้องมีข้อความแบ่งออกเป็นสองส่วน คือ ส่วนที่กำหนดให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่กับส่วนที่กำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรทั้งสองส่วนดังกล่าว ไม่อาจแยกออกจากกันได้ เพราะหากพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรไม่มีข้อความกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปเลย พระราชกฤษฎีกานี้ก็ใช้บังคับมิได้และต้องถือเสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรไม่ว่าทั้งฉบับหรือเฉพาะแต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น”

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดข้างต้น แสดงให้เห็นถึงหลักการสำคัญประการหนึ่งที่ว่า การตัดสินใจในการยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบบรัฐสภา และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการใดๆ

4.3.2 แนวคำวินิจฉัยที่พิจารณาว่า การกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่อยู่ในการพิจารณาขององค์กรตุลาการ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 การใช้อำนาจบริหารของ รัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่า “ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) หากได้กระทำในฐานะที่

เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับ รัฐสภาหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม รัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม รัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษา ของศาลปกครอง”

จากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดข้างต้นแสดงให้เห็นถึงหลักการสำคัญ อีกประการหนึ่งที่ว่า การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ เป็นการ ใช้อำนาจในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ตรวจสอบโดยศาลปกครอง

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยมีความเห็นว่านอกจากจะไม่อยู่ภายใต้การ ควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองแล้ว ยังไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบ โดยศาลรัฐธรรมนูญด้วย เพราะเมื่อพิจารณาจาก คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ดังที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า การใดที่เป็นดุลพินิจของ ฝ่ายบริหารโดยแท้ ก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกัน

4.4 องค์กรผู้มีหน้าที่ในการตีความการกระทำทางรัฐบาล

เมื่อพิจารณาจากการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลที่ผ่านมา จะเห็นได้ ว่า ผู้วิจัยได้ชี้ให้เห็นถึงความสำคัญของการที่องค์กรตุลาการต้องไม่เข้าไป แทรกแซงการกระทำทางรัฐบาลเพราะเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้อยู่ภายใต้ ดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยแท้ และหากการที่องค์กรตุลาการใด จะพยายาม เข้าไปแทรกแซงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารดังกล่าว ก็แสดงให้เห็นถึงความ

พยายามในการทำลายระบบการแบ่งแยกอำนาจที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น โดยต้องเข้าใจว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มิได้ให้ความสำคัญกับองค์กรใดองค์กรหนึ่งเป็นพิเศษ โดยเฉพาะในระหว่าง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจอธิปไตย อันประกอบไปด้วยพระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของประเทศ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ล้วนแล้วแต่มีความสำคัญในทางรัฐธรรมนูญอย่างเท่าเทียม และต่างเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจอธิปไตยแทนประมุขของประเทศคือพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น

เมื่อได้พิจารณาตามหลัก The King can do no wrong แล้วจะพบว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของพระมหากษัตริย์ผ่านองค์กรทั้งสามข้างต้นนี้จะต้องมีกลไกในการรับผิดชอบแทนพระมหากษัตริย์ทั้งสิ้น ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงออกแบบให้องค์กรต่างๆ เหล่านี้ สามารถตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ตามแต่ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การกระทำบางอย่างของแต่ละองค์กรก็มีลักษณะเป็นการกระทำที่เป็นดุลพินิจเฉพาะตัวของแต่ละองค์กรได้ จึงไม่ควรให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งอยู่ในฐานะเหนือกว่าองค์กรอื่น อันจะทำให้ระบบการถ่วงดุลอำนาจได้รับความกระทบกระเทือนและส่งผลเสียหายต่อการปกครองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้

ในต่างประเทศองค์กรตุลาการซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งต่างเข้าใจในบทบาทหน้าที่ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งดุลยภาพแห่งอำนาจทางการเมืองดังกล่าวเป็นอย่างดี จึงได้มีการพัฒนาหลักในเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ขึ้นในประเทศฝรั่งเศส และการพัฒนาหลัก “ปัญหาในทางการเมือง” ขึ้นในสหรัฐอเมริกา ซึ่งแม้ว่าโดยเนื้อหาสาระมีความแตกต่างกัน แต่ก็มีจุดร่วมเหมือนกันประการหนึ่ง นั่นคือ “จำกัดอำนาจตุลาการด้วยตนเอง” เพื่อเป็นหลักที่จะให้องค์กรตุลาการทั้งหลาย ไม่เข้าไปแทรกแซงงานอันเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายบริหาร จึงทำให้ประเทศเหล่านี้สามารถพัฒนาระบบประชาธิปไตยได้เป็นอย่างดี

และเมื่อหลักในการจำกัดอำนาจตุลาการดังกล่าวเป็นหลักการที่องค์กรตุลาการต่างคิดค้นขึ้น โดยมีจุดประสงค์สำคัญเพื่อรักษาดุลยภาพแห่งอำนาจ

ดังกล่าวไว้ องค์กรตุลาการนั้นเองจึงต้องเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตีความว่า สิ่งใด เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เมื่อพิจารณาด้วยความสุขุมคัมภีรภาพแล้วว่าเป็น การกระทำทางรัฐบาลและเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ องค์กร ตุลาการก็ควรปฏิบัติเสร็จที่จะเข้าไปแทรกแซงปัญหาดังกล่าวที่สามารถหาทางออกได้ ด้วยวิถีทางทางการเมือง โดยไม่จำเป็นต้องให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปแทรกแซงเลย ดังที่เราสามารถเห็นได้จากคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศดังที่ได้ทำการศึกษา ในบทที่ 3

อย่างไรก็ดี ในระบบศาลของประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวดที่ 10 ได้แบ่งประเภทของศาล ออกเป็น 4 ศาล ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และ ศาลทหาร จากประเภทของศาลดังกล่าว สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญที่ประสงค์จะใช้ระบบศาลคู่ (Dual Court System) ทั้งนี้ เนื่องมาจากความสำคัญของกฎหมายมหาชน หรือที่นักกฎหมายจีนซึ่งจะ เรียกว่า “กฎหมายพิเศษ” หรือ “กฎหมายเฉพาะ” ได้ทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้น ในปัจจุบัน ประกอบกับรัฐสภาได้ออกกฎหมายเหล่านี้ออกมาให้อำนาจรัฐ และฝ่ายปกครองเพื่อเข้าไปแทรกแซงความนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน มากขึ้น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องมีศาลพิเศษเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยใช้นิติวิธีพิเศษที่ไม่ใช่นิติวิธีในกฎหมายเอกชน

ดังนั้น หากปล่อยให้องค์กรตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ก็อาจมีข้อสงสัยได้ว่า ศาลใดจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัย ในข้อนี้ผู้วิจัย เห็นว่า หากเป็นการที่ศาลใดจะทำการวินิจฉัยว่า “การกระทำ” ที่นำมาสู่ข้อพิพาทในคดีที่ศาลนั้นกำลังทำการวินิจฉัยอยู่เป็น การกระทำทางรัฐบาลศาลนั้นย่อมมีอำนาจไม่รับพิจารณาคดีได้ เพราะเท่ากับว่า ศาลนั้นได้ทำการจำกัดอำนาจของตนแล้วที่จะเข้าไปก้าวก่ายการกระทำที่เป็นเรื่องทางนโยบายของรัฐบาล หรือเป็นเรื่องที่ควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบ ทางการเมืองโดยองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นก็เท่ากับว่าศาลนั้นได้ พยายามรักษาดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ภายใต

แนวความคิดหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว เช่นนี้ ศาลใดๆ ก็มีอำนาจวินิจฉัยว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ทั้งสิ้น

ในทางกลับกัน หากในประเด็นปัญหาเดียวกัน แต่ศาลที่ทำการพิจารณาอยู่ในขณะนั้น เห็นว่า ไม่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” และคู่ความแห่งคดีได้โต้แย้งว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” กรณีนี้จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาต่อไปว่า สมควรให้องค์กรใดเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในข้อนี้เมื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล จะเห็นได้ว่า เป็นทฤษฎีที่มีขึ้นเพื่อรักษาไว้ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นพื้นฐานสำคัญในกฎหมายรัฐธรรมนูญ จึงถือได้ว่าทฤษฎีดังกล่าวเป็นนิติวิธีเฉพาะในทางกฎหมายมหาชน ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่า ควรให้ศาลพิเศษที่ใช้นิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนเป็นผู้ทำการวินิจฉัย โดยมีเหตุผลสนับสนุน ดังนี้

1. ศาลซึ่งใช้นิติวิธีในทางกฎหมายเอกชนขาดความเหมาะสมในการวางบรรทัดฐานที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ทั้งนี้เนื่องมาจากศาลซึ่งใช้นิติวิธีในทางกฎหมายเอกชน หรือศาลยุติธรรมและศาลทหารนั้น มีข้อจำกัดที่ว่า คำพิพากษาผูกพันเฉพาะคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลเท่านั้นตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145²¹⁷

2. ศาลซึ่งใช้นิติวิธีในทางกฎหมายเอกชน อาจเคยชินกับการนำนิติวิธีในทางกฎหมายเอกชน ซึ่งตั้งอยู่บนฐานที่ว่านิติสัมพันธ์ระหว่างคู่ความนั้นมีความเท่าเทียมกัน ซึ่งแตกต่างจากนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนที่พิจารณาเรื่องดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกชนเป็นสำคัญ

²¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่งนับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่ง จนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรืองดเสีย ถ้าหากมี

ถึงแม้ศาลจะได้อ้างไว้โดยทั่วไปว่าให้ใช้คำพิพากษานับกับบุคคลภายนอก ซึ่งมีได้เป็นคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลด้วยก็ดี คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นย่อมไม่ผูกพันบุคคลภายนอก...”

กล่าวเฉพาะในเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ยังเป็นนิติวิธีเฉพาะที่ใช้กับกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญอีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นถึงความเหมาะสมในการให้ศาลที่ใช้นิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน เป็นผู้ทำการวินิจฉัยว่า การใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งในระบบศาลของไทย มีเพียงศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเท่านั้น ที่ใช้นิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนเป็นนิติวิธีหลักในการพิจารณาพิพากษาคดี

อย่างไรก็ดี ผลของคำพิพากษาของศาลปกครองกลับไม่แตกต่างไปจากศาลยุติธรรม กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้ว ยังถือว่าคำพิพากษาของศาลปกครองมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลเท่านั้น แต่ในกรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์การอื่นของรัฐ ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 216

อีกทั้ง ในการวินิจฉัยของศาลปกครองก็เป็นกรณีที่เกิดความขัดแย้งระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองฝ่ายหนึ่งกับประชาชนอีกฝ่ายหนึ่ง โดยเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเป็นสำคัญ ในขณะที่หากเป็นการกระทำทางรัฐบาล เจ้าหน้าที่ หน่วยงาน หรือองค์การของรัฐจะใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ในข้อนี้ก็แสดงให้เห็นว่า กฎหมายที่เป็นฐานแห่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่หรือองค์การของรัฐ ซึ่งเป็นคู่กรณีเป็นกฎหมายคนละประเภทกัน ซึ่งแม้กฎหมายเหล่านี้จะจัดเป็นกฎหมายมหาชนร่วมกัน แต่ก็ยังมีข้อแตกต่างในนิติวิธีเฉพาะแยกต่างหากจากกัน ศาลปกครองจึงไม่เหมาะสมที่จะทำหน้าที่ในการวินิจฉัยถึงการกระทำทางรัฐบาล

นอกจากในเรื่องผลผูกพันของคำพิพากษา (คำวินิจฉัย) และประเภทของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่หรือองค์การของรัฐแล้ว ผู้วิจัยยังเห็นว่า ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เป็นหลักสำคัญในการศึกษาหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นหัวใจสำคัญของหลักเสรีประชาธิปไตยที่บรรจุไว้อยู่ในรัฐธรรมนูญ บทบาทในการรักษาหลักการสำคัญดังกล่าว จึงควรเป็น

ศาลรัฐธรรมนูญที่สมควรทำหน้าที่ในการวินิจฉัย

แม้ว่าผู้วิจัยจะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยว่า การกระทำใด เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งมีได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการใดๆ แต่ยังมีอุปสรรคที่ว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะอาศัยอำนาจใดในการเข้าไปวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

ในประเด็นนี้แม้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 214 จะบัญญัติถึงกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย แต่ก็ไม่ได้เป็นการต้องห้ามมิให้ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปวินิจฉัยว่า การกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลนี้ไม่อยู่ในอำนาจการวินิจฉัยของศาลใด ซึ่งในความเห็นของผู้วิจัยเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 216 วรรคท้าย ได้กำหนดให้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้น ซึ่งเป็นช่องทางที่ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาจเสนอให้มีการบรรจุในเรื่องอำนาจการวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวเป็นของศาลรัฐธรรมนูญได้ โดยอาจบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 211 โดยให้มีเนื้อหา ดังนี้

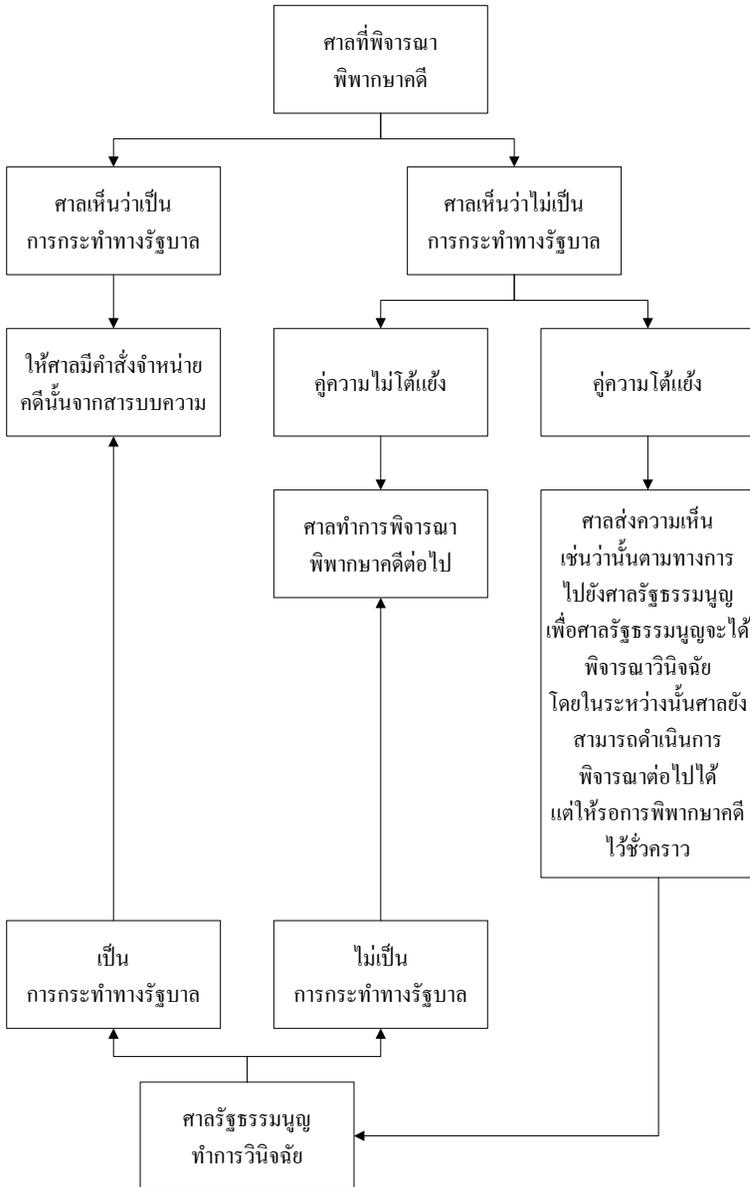
“มาตรา... ในการที่ศาลใดมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า การกระทำขององค์กรหรือหน่วยงานของรัฐใด เป็นการกระทำในทางนโยบาย หรือเป็นการกระทำที่มีความสัมพันธ์กับองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้อยู่ในการพิจารณาพิพากษาโดยศาลนั้น หากศาลเห็นเองว่าการกระทำดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาล ให้ศาลมีคำสั่งจำหน่ายคดีเรื่องนั้นเสียจากสารบบความ

แต่หากศาลเห็นว่าคดีดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาลที่จะทำการพิจารณาพิพากษา แต่คู่ความโต้แย้ง พร้อมด้วยเหตุผลว่า การกระทำดังกล่าวที่กระทำโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐ เป็นการกระทำทางนโยบาย หรือเป็นการกระทำ

ที่มีความสัมพันธ์กับองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีได้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาโดยศาลนั้นให้ศาลส่งความเห็นเช่นนั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้ แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ...”

เมื่อได้มีการบัญญัติไว้ดังนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงจะมีอำนาจในการเข้าไปวินิจฉัยในประเด็นเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ได้ และจะได้วางหลักเกณฑ์สำคัญในเรื่องดังกล่าว ให้เกิดบรรทัดฐานต่อไป ซึ่งการเข้าไปวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญคงจะมีแต่อำนาจในการวินิจฉัยว่าการกระทำใด เป็นการกระทำทางรัฐบาลเท่านั้น หากได้มีอำนาจในการวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าว ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างไร ซึ่งเป็นคนละประเด็นกัน เพราะต้องไม่ลืมว่า หากการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว องค์กรตุลาการก็ไม่อาจเข้าไปก้าวก่ายหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักสำคัญของรัฐธรรมนูญได้

แผนภูมิแสดงขั้นตอน การวินิจฉัย “การกระทำทางรัฐบาล”



บทที่ 5

การควบคุมการกระทำทางรัฐบาล

ในบทที่ 5 ผู้วิจัย ได้รวบรวมและทำการวิเคราะห์แนวความคิดและวิธีการในการควบคุมการกระทำทางรัฐบาลไว้ ทั้งนี้โดยพิจารณาว่า มีทฤษฎีอะไรบ้างที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลและองค์กรที่ทำหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนความเหมาะสมขององค์กรเหล่านั้นในการควบคุมและตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เพื่อหาบทสรุปและข้อเสนอแนะให้กับงานวิจัยต่อไป

5.1 แนวคิดในการควบคุมการกระทำทางรัฐบาล

5.1.1 ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ

ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ (Balance of power) คือแนวคิดที่ว่าด้วยการรักษาเสถียรภาพของอำนาจในองค์กรของรัฐไม่ให้ไปกระทบหรือก้าวล่วงไปยังการใช้อำนาจขององค์กรอื่น ๆ แนวคิดนี้มุ่งเน้นในการรักษาสมดุลของการใช้อำนาจต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐไม่ให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไป โดยให้สามองค์กรหลักของรัฐอันได้แก่ องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการ ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจซึ่งกันและกันหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าหลักดุลยภาพแห่งอำนาจเป็นหลักการที่เป็นส่วนหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่จะมุ่งเน้นในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรเป็นหลัก

โดยแนวคิดนี้มุ่งเน้นให้สามองค์กรที่ใช้อำนาจธิปไตยควบคุมการใช้อำนาจซึ่งกันและกันเช่นการที่ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารในส่วนที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองได้และการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้กระทำลงไปในฐานะของรัฐบาลนั้นจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา กล่าวคือ อาจถูกสมาชิกรัฐสภาตั้งกระทู้สอบถามได้ในระหว่างสมัยประชุมสภานอกจากนั้นยังสามารถถูกเสนอชื่อเพื่อเข้าสู่กระบวนการถอดถอนได้ ในทางกลับกันฝ่ายบริหารก็สามารถตอบโต้ฝ่ายนิติบัญญัติได้หากว่าฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาท้าทายจนฝ่ายบริหารไม่สามารถปฏิบัติงานได้ตามมาตรการโต้ตอบของฝ่ายบริหารได้แก่ การยุบสภา เป็นต้น

ในส่วนขององค์กรตุลาการ องค์กรตุลาการได้รับการรับรองความเป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วจึงย่อมที่จะปลอดจากการถูกตรวจสอบและถ่วงดุลโดยองค์กรภายนอกการที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เช่นนี้เพราะไม่ต้องการให้องค์กรตุลาการถูกแทรกแซงโดยองค์กรอื่น ๆ และให้เป็นไปตามหลักความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ แต่การที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นนี้ไม่ได้หมายความว่าองค์กรตุลาการจะไม่ถูกตรวจสอบเลยหากแต่กระบวนการควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการนั้นจะกระทำกันเป็นการภายในกล่าวคือเป็นการควบคุมแบบแนวดิ่งโดยให้ศาลที่อยู่ในระดับที่สูงกว่าสามารถตรวจสอบคำพิพากษาของศาลในชั้นล่างกว่าได้ นอกจากนี้กฎหมายยังเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปสามารถวิจารณ์คำพิพากษาของศาลได้โดยสุจริตแล้วตามหลักวิชาการ

5.1.2 ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง

ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมือง เป็นแนวคิดในการมอบหมายให้รัฐบาลในฐานะของฝ่ายบริหารมีหน้าที่ในการบริหารประเทศเพื่อก่อให้เกิดความเจริญก้าวหน้าของประเทศและนอกจากการบริหารประเทศด้วยความเรียบร้อยแล้วฝ่ายบริหารหรือฝ่ายการเมืองยังมีหน้าที่ที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อนโยบายของตนเองหากมีการบริหารงานผิดพลาดหรือไม่ได้เป็นไปตามที่ได้ทำการแถลงนโยบายไว้

ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดชอบทางการเมืองนี้หากมองในแง่ของการบริหารงานทั่วไปแล้วจะพบว่าใช้หลักการเดียวกับหลักธรรมาภิบาล กล่าวคือ ธรรมาภิบาล เป็นหลักการที่นำมาใช้บริหารงานในปัจจุบันอย่างแพร่หลาย ด้วยเหตุเพราะช่วยสร้างสรรค์และส่งเสริมองค์กรให้มีศักยภาพและประสิทธิภาพ อาทิ พนักงานต่างทำงานอย่างซื่อสัตย์สุจริตและขยันหมั่นเพียร ทำให้ผลประกอบการขององค์กรธุรกิจนั้นขยายตัวนอกจากนี้แล้วยังทำให้บุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้อง ศรัทธาและเชื่อมั่นในองค์กรนั้น ๆ อันจะทำให้เกิดการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง เช่น องค์กรที่โปร่งใส ย่อมได้รับความไว้วางใจในการร่วมทำธุรกิจ รัฐบาลที่โปร่งใสตรวจสอบได้ย่อมสร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักลงทุนและประชาชน ตลอดจนส่งผลดีต่อเสถียรภาพของรัฐบาลและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ เป็นต้น นอกจากนี้ยังรวมถึง ศีลธรรม คุณธรรม จริยธรรม และความถูกต้องชอบธรรมทั้งปวง ซึ่งวิญญูชนพึงมีและพึงประพฤติปฏิบัติ อาทิ ความโปร่งใส ตรวจสอบได้ การปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรภายนอก

5.2 วิธีในการควบคุมการกระทำทางรัฐบาลประเภทต่าง ๆ

5.2.1 การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลที่ได้กระทำลงในฐานะฝ่ายบริหารส่วนประจำ

จากที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 จะเห็นว่าการกระทำทางรัฐบาลที่ได้กระทำลงในฐานะฝ่ายบริหารส่วนประจำนั้นเป็นการใช้พระราชอำนาจส่วนพระองค์ขององค์พระมหากษัตริย์ซึ่งการใช้อำนาจในลักษณะนี้เป็นการใช้อำนาจตามแบบแผนราชประเพณีซึ่งนับแต่อดีตกาลมาไม่อาจที่จะเข้าไปควบคุมได้ ดังนั้นควบคุมการใช้อำนาจในลักษณะนี้จึงเป็นไปตามแบบแผนที่ได้ปฏิบัติสืบต่อกันมาตามโบราณราชประเพณีหรืออาจใช้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญมาเป็นกรอบในการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ดังจะได้กล่าวต่อไป

สำหรับหน้าที่ของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้น Sir Ivor Jennings เปรียบเทียบไว้ว่า ถ้ารัฐธรรมนูญซึ่งเป็นตัวบทกฎหมายเปรียบ

เหมือนโครงกระดูก (skeleton) ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญก็เปรียบเหมือนเลือดและเนื้อ (chairs and blood) ที่หล่อหุ้มโครงกระดูกให้มีชีวิตชีวา ศาสตราจารย์แคนาดาอธิบายเรื่องนี้ต่อไปว่า “จุดประสงค์ใหญ่ของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญทั้งหลายก็คือการทำให้กรอบกฎหมายของรัฐธรรมนูญเดินไปตามหลักและระบบคุณค่าทางรัฐธรรมนูญของแต่ละยุค” พุดง่าย ๆ ก็คือ ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญจะทำให้รัฐธรรมนูญมีชีวิตได้โดยไม่ต้องถูกและโดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการ²¹⁸

นอกจากนี้ ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ยังชี้ให้เห็นถึงลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่ามี 2 ประการ คือ

1. เป็นทางปฏิบัติ (practice) หรือธรรมเนียมที่เคยประพฤติสืบต่อกันมาในทางการเมืองต่างๆ ที่กฎหมายมิได้บังคับ เช่น ทางปฏิบัติที่ว่า พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายที่รัฐสภาได้ทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ทั้งๆ ที่ทรงมีพระราชอำนาจทางกฎหมายที่จะทรงทำได้ (ดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538 มาตรา 94) หรือธรรมเนียมปฏิบัติที่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะกราบบังคมทูลเสนอ และพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมือง หรือบุคคลอื่นที่ได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ฝ่ายข้างมาก ทั้งที่รัฐธรรมนูญ (ดูมาตรา 163) มิได้บังคับให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือพระมหากษัตริย์ต้องทำหรือทรงกระทำเช่นนั้นเลย

2. ทางปฏิบัตินั้นต้องมี ผลผูกพัน (binding หรือมี opinio necessitatis) คือ องค์การการเมือง และบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องรู้สึกว่าคุณผูกพันโดยธรรมเนียมปฏิบัตินั้นๆ และตนต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ธรรมเนียมปฏิบัตินั้นๆ กำหนดไว้ โดยเหตุนี้ ทางปฏิบัติ (practice) ที่ทำตามกันมาโดยผู้ทำไม่รู้สึกว่าตนต้องทำย่อมไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น

²¹⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ทศพิธราชธรรมกับพระมหากษัตริย์ไทย”, ในอนุสรณ์งานพระราชทานดินฝังศพเป็นกรณีพิเศษ นายสุกรี ภูประเสริฐ 2549, (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 28-29.

ทางปฏิบัติที่ว่ามีการส่งมอบและรับมอบงานกันระหว่างผู้ที่พ้นตำแหน่งกับผู้ที่เข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ หรือทางปฏิบัติที่รัฐสภามักกำหนดคสมัยประชุมให้อยู่ในช่วงเวลาใดหว่านหรือเก็บเกี่ยว เพราะช่วงนั้นประชาชนซึ่งเป็นเกษตรกรต้องทำงานหนักไม่มีเวลาให้สมาชิกรัฐสภาไปพบปะ ฯลฯ เหล่านี้เป็นตัวอย่างของสิ่งที่ไม่ใช่ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ²¹⁹

ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแบบแก้ไขได้ยากมาตลอด (การแก้ไขได้ยากไม่ได้หมายความว่า จะยกเลิกยากตามไปด้วย) ก็มีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญอยู่ด้วยเช่นกัน ซึ่งจะยกตัวอย่างให้เห็นได้ดังต่อไปนี้

1. ธรรมเนียมปฏิบัติในการยับยั้งร่างกฎหมายของพระมหากษัตริย์

ในประเทศอังกฤษต้นแบบการปกครองประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้น ถือว่าพระราชอำนาจที่จะพระราชทานความยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านรัฐสภาเป็นกฎหมายได้ ถือเป็นพระราชอำนาจตามคอมมอนลอว์ (royal prerogative to give royal assent) ซึ่งหมายความว่าถ้าดูตามกฎหมาย พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจไม่ยินยอมให้กฎหมายที่ผ่านสภาแล้วประกาศใช้เป็นกฎหมายได้ (royal prerogative to refuse royal assent) ที่เรียกกันว่า มีพระราชอำนาจยับยั้งร่างกฎหมาย (royal veto) แต่มีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของอังกฤษมาตั้งแต่ปี 1708 ว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมราชินีนาถอังกฤษจะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายจนถึงปัจจุบันเกือบ 300 ปีแล้ว ในประเทศไทย ภายหลังจากที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติอากรมรดกและการรับมรดก และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ทรงยับยั้งร่างพระราชบัญญัติอีก 3 ฉบับ และสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันด้วยคะแนนเสียงข้างมากธรรมดา เมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2477 และวันที่ 29 กันยายน 2477

²¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, หน้า 223.

อันมีผลทำให้ต้องประกาศใช้กฎหมายทั้ง 4 ฉบับ โดยไม่มีพระปรมาภิไธย แล้วก็ปรากฏว่าพระมหากษัตริย์ทรงยับยั้งร่างกฎหมายใด ๆ ทั้งในรัชกาลที่ 8 และรัชกาลนี้ จนกระทั่งเมื่อปี 2546 มีปัญหาว่า รัฐสภาพิจารณาร่างพระราชบัญญัติครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติเหรียญเฉลิมพระเกียรติสมเด็จพระนางเจ้าสิริกิติ์พระบรมราชินีนาถ เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 6 รอบ 12 สิงหาคม 2547 พ.ศ. ซึ่งร่างพระราชบัญญัติฉบับแรกมีที่ผิดมาจากรัฐสภาถึง 18 แห่ง เช่น อ้างเลขมาตราผิดพลาด ฯลฯ ส่วนร่างพระราชบัญญัติฉบับหลังบรรยายภาพพระบรมสาทิสลักษณ์สมเด็จพระนางเจ้าฯ พระบรมราชินีนาถว่าทรงเครื่องราชอิสริยาภรณ์รัตนนาภรณ์รัชกาลที่ 8 ซึ่งผิดพลาด ในการนี้เมื่อนายกรัฐมนตรีทูลเกล้าฯ ถวายร่างพระราชบัญญัติทั้งสองขึ้นไปเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวพระราชทานร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 คืนมายังรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 94 ซึ่งบัญญัติว่า “ร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วย และพระราชทานคืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชทานคืนมาภายในสามสิบวัน ให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว” ปรากฏว่า รัฐสภาประชุมปรึกษากันเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2546 และลงมติเป็นเอกฉันท์ไม่ยืนยันร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับ เป็นเหตุให้ร่างพระราชบัญญัติทั้ง 2 ฉบับตกไป และต่อมารัฐสภา

พิจารณากฎหมายทั้งสองฉบับใหม่ให้ถูกต้อง เมื่อทูลเกล้าฯ ถวายขึ้นไปก็ทรง
ลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นกฎหมาย ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ถ้าจะพิจารณา
ให้ดีจะเห็นได้ว่า ประการแรก ทรงใช้พระราชอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 94
ทุกประการ ประการต่อมา การที่ทรงยับยั้งนั้นมีเหตุมาจากความผิดพลาดใน
เนื้อหาบทบัญญัติต่าง ๆ (technical error) ที่มาจากรัฐสภา โดยมีข้อการยับยั้ง
เพราะไม่ทรงเห็นชอบกับเนื้อหาสาระ (merits) ของร่างพระราชบัญญัติ ซึ่ง
อย่างไรเสีย รัฐสภาก็ต้องแก้ไขให้ถูกต้อง การแก้ไขนั้นอาจแก้ไขภายหลังที่
ทรงยับยั้ง หรือแก้ไขแล้วทูลเกล้าฯ ถวายไป ในระหว่างที่ยังไม่พระราชทาน
ร่างพระราชบัญญัติทั้งสองคืนมา แต่การดำเนินการตามกรณีหลังนี้ ยังไม่เคย
ปรากฏเช่นเดียวกับกรณีแรก ดังนั้น การที่ทรงยับยั้งจึงเป็นการยุติปัญหาและ
ทำให้กระบวนการเร็วขึ้น ประการที่สามก็คือ เมื่อได้แก้ไขร่างพระราชบัญญัติ
ทั้งสองฉบับให้ถูกต้องและทูลเกล้าฯ ถวายขึ้นไปแล้ว ก็ยังมีพระราชอำนาจที่
จะพิจารณาความเหมาะสม (merits) ของร่างพระราชบัญญัติทั้งสองอีก

นอกจากกรณีนี้แล้ว ยังปรากฏอีกว่าเคยทรงใช้พระราชอำนาจ
ยับยั้งร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติให้
ศาลปรับผู้หมิ่นประมาทด้วยการโฆษณาเป็นจำนวน 4 เท่าของโทษปรับสูงสุด
ในคดีอาญา ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ ร.ส.ช. แต่งตั้ง พิจารณาทูลเกล้าฯ
ถวายขึ้นไป เมื่อต้นปี 2535 แต่ถูกประชาชนและสื่อมวลชนวิพากษ์วิจารณ์
มากกว่าเป็นการวิตรอนเสรีภาพในการเสนอข่าวและแสดงความคิดเห็นเป็นเหตุให้
ร่างพระราชบัญญัตินั้นตกไป ในกรณีนี้ หากพิจารณาให้ดีก็จะเห็นว่า ทรงใช้
พระราชอำนาจยับยั้งตามรัฐธรรมนูญ และชอบด้วยหลักการปกครองใน
ระบอบประชาธิปไตยอย่างยิ่ง เพราะรัฐสภาในเวลานั้น เป็นรัฐสภาที่มาจาก
การแต่งตั้ง ไม่มีฝ่ายค้านคอยถ่วงดุลถ่วงครอง และยังมีเสียงเรียกร้องจาก
ประชาชนและสื่อมวลชนไม่ให้ออกกฎหมายดังกล่าวนั้น การทรงใช้
พระราชอำนาจยับยั้งจึงเป็นการถ่วงดุลอำนาจที่ไม่มีผู้ถ่วงดุล และทรง
คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่เสียงเรียกร้อง

ดังนั้น หากจะกล่าวว่าการธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของไทย ในกรณีการยับยั้งร่างกฎหมายที่รัฐสภาพิจารณาแล้วมีอยู่ว่าโดยปกติจะไม่ทรงใช้พระราชอำนาจนั้น เว้นแต่เห็นได้ชัดว่า มีความผิดพลาดหรือเป็นสภาที่มาจากการแต่งตั้ง ซึ่งแตกต่างจากธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญในอังกฤษ

2. ธรรมเนียมปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งรัฐบาล

โดยปกติรัฐธรรมนูญของประเทศไทยโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฉบับถาวรจะบัญญัติถึงการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี และจำนวนรัฐมนตรีที่ประกอบเป็นคณะรัฐมนตรีเอาไว้ รวมถึงระบุว่าผู้ใดเป็นผู้มีอำนาจลงนามรับสนองพระบรมราชโองการในการตั้งนายกรัฐมนตรีเอาไว้ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการก็คือผู้ที่สรรหานายกรัฐมนตรี ทำให้เราสามารถทราบถึงอำนาจและหลักการในการตั้งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าจะต้องดำเนินการเช่นใด โดยในส่วนของ การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับจะกำหนดให้ประธานสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตั้งนายกรัฐมนตรี กรณีที่มีสภาเดียวไม่ว่าสภานั้นจะมีชื่อเรียกว่าอะไรก็ตาม ประธานแห่งสภานั้นก็จะเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ ซึ่งแบ่งออกได้ดังนี้

1. ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญ ปี 2475 และ 2495
 2. ประธานสภาหรือประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญ ปี 2502, 2511 และ 2517
 3. ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ รัฐธรรมนูญ ปี 2515
- กรณีที่มิใช่สภารัฐธรรมนูญก็จะกำหนดว่าจะให้ประธานแห่งสภาใดสภาหนึ่งเป็นประธานรัฐสภาเพื่อที่จะได้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายกรัฐมนตรีหรือให้ประธานทั้งสองสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ทั้งสองคน ซึ่งแบ่งออกได้ดังนี้

กรณีให้ประธานสภาใดสภาหนึ่งเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ

1. ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญปี 2492 และ 2511 การกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็น ประธานรัฐสภาซึ่งอาจจะเห็นว่าวุฒิสภามีความเป็นกลางในทางการเมืองมากกว่า สภาผู้แทนราษฎร

2. ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนอง พระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญ ปี 2517, 2521, 2534 และ 2540

กรณีให้ประธานสภาทั้งสองลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ รัฐธรรมนูญปี 2489 กำหนดให้ประธานพฤฒิสภาและประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการทั้งสองคน

นอกจากการให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนอง พระบรมราชโองการแล้ว รัฐธรรมนูญบางฉบับกำหนดให้บุคคลอื่นเป็นผู้ลงนาม รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เช่น รัฐธรรมนูญ ปี 2490 กำหนดให้ประธานคณะอภิรัฐมนตรีเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตั้ง นายกรัฐมนตรี รัฐธรรมนูญปี 2519 กำหนดให้ประธานสภาปฏิรูปการปกครอง แ่แผ่นดินเป็นผู้ลงนามรับสนอง รัฐธรรมนูญ ปี 2520 กำหนดให้ประธานสภานโยบายแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 กำหนดให้ประธาน สภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติเป็นผู้ลงนามรับสนอง สำหรับรัฐธรรมนูญ ปี 2549 ได้กำหนดให้ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติเป็นผู้ลงนาม รับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี

การลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นไปตามหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์จะไม่ทรงกระทำผิด The King can do no wrong ดังนั้น ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการจึงต้องเป็น ผู้รับผิดชอบและเป็นผู้ดำเนินการในการนำรายชื่อบุคคลที่สมควรดำรง ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง ปัญหาของเรื่องนี้ก็คือกระบวนการในการสรรหาบุคคลเพื่อเสนอชื่อขึ้นทูลเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีไม่ได้มีการระบุไว้ที่ใดเลยว่าจะต้อง

ดำเนินการเช่นใด ซึ่งในชั้นร่างรัฐธรรมนูญสมัยแรก ๆ มีผู้ดำรงใจเดิมข้อความให้กระจ่างชัดเหมือนกันว่าพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งตามตำแหน่งของรัฐสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรทำนองเดียวกับการตราพระราชบัญญัติที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชบัญญัติตามคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ซึ่งวิธีบัญญัติเช่นนี้มีอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น มาตรา 6 แต่เนื่องจากการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเป็นเรื่องของตัวบุคคลมิใช่หลักการที่อาศัยกระบวนการทางนิติบัญญัติที่มีความรัดกุมในตัวเองดังเช่นการตราพระราชบัญญัติการบัญญัติให้ชัดแจ้งเช่นนั้นอาจแข็งกระด้างเกินไปและดูไม่เหมาะสมที่จะบังคับพระมหากษัตริย์ ทั้งการตั้งนายกรัฐมนตรีตามมติรัฐสภาก็ยังไม่มีกระบวนการที่กำหนดรายละเอียดมารองรับว่ารัฐสภาจะถวายความเห็นหรือคำแนะนำด้วยวิธีใดอย่างไร จึงเห็นควรปล่อยไว้ให้เป็นไปตามประเพณีปฏิบัติ ทั้งเมื่อมีตัวผู้รับสนองพระบรมราชโองการรับผิดชอบอยู่แล้วก็เป็นเรื่องของผู้นั้นที่จะต้องดำเนินการให้ได้มาซึ่งตัวนายกรัฐมนตรีอันเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย คือทั้งประชาชน รัฐสภา และพระมหากษัตริย์ โดยไม่มีความจำเป็นต้องไปปฏิบัติชัดแจ้งอย่างประเทศญี่ปุ่น ซึ่งมุ่งจะจำกัดพระราชอำนาจอันสิ้นพันของพระเจ้าจักรพรรดิที่เคยทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีได้เองมาตั้งแต่ครั้งเมจิ หากไม่ระบุให้ชัดอาจเกิดปัญหาได้ว่านำประเพณีการปกครองและพระราชอำนาจเดิมมาใช้ได้เพียงใด ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงเป็นอำนาจของผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการที่จะเป็นผู้พิจารณาตามความเหมาะสมตามประเพณีการปกครองที่เคยปฏิบัติมาก็คือ “การหยั่งเสียง” ถ้าพิจารณาเฉพาะเนื้อหาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 ที่บัญญัติว่า

“พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งและรัฐมนตรีอื่นอีกไม่เกินสามสิบห้าคนประกอบเป็นคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน

นายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือเคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแต่พ้นจากสมาชิกภาพตามมาตรา 118 (7)

ในอายุของสภาผู้แทนราษฎรชุดเดียวกัน

ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี”

ถ้าพิจารณาแต่กฎหมายในส่วนนี้ จะเห็นได้ว่าประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอและพระมหากษัตริย์จะทรงตั้งใครก็ได้เป็นนายกรัฐมนตรี แต่มีธรรมเนียมปฏิบัติเป็นหลักอยู่ว่า ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอและพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งบุคคลที่มีเสียงข้างมากสนับสนุนในสภาผู้แทนราษฎร เพราะถ้าประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอและพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งคนที่ไม่ได้มีเสียงข้างมากสนับสนุนในสภาผู้แทนราษฎร ผู้นั้นก็ไม้อาจบริหารราชการแผ่นดินให้เรียบร้อยไปได้ เพราะอาจถูกลงมติไม่ไว้วางใจทันทีที่ได้รับการแต่งตั้ง หรือถึงไม่มีการลงมติไม่ไว้วางใจ นายกรัฐมนตรีนั้นก็อาจเสนอร่างกฎหมายหรือของงบประมาณแผ่นดินจากรัฐสภามาใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศไม่ได้เลย ด้วยเหตุนี้ แม้ตามกฎหมาย ประธานสภาผู้แทนราษฎรจะเสนอและพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งใครก็ได้ซึ่งอาจไม่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนแต่ตามธรรมเนียมปฏิบัติจะไม่ทรงตั้งบุคคลเช่นนั้น แต่จะตั้งบุคคลที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรสนับสนุนอยู่ ธรรมเนียมปฏิบัตินี้เหมือนกันทั้งในประเทศไทยและอังกฤษจะมีข้อแตกต่างปลีกย่อยประการอื่นเท่านั้น เช่น ในอังกฤษผู้ที่จะเป็นนายกรัฐมนตรี ต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วยเพราะ

1. ตามข้อบังคับการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรอังกฤษ มีหลักว่า บุคคลที่ไม่เป็นสมาชิกของสภาใดจะเข้าไปประชุมในสภานั้นมิได้

2. สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจเหนือสภาขุนนางมาก ส่วนของไทยคุณสมบัติที่ว่านี้ถูกกำหนดโดยรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 201 วรรคสอง สำหรับในประเทศไทยมีข้อยกเว้นอีกประการหนึ่งก็คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎรอาจเสนอ และพระมหากษัตริย์อาจทรงแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรได้ หากเป็นไปเพื่อระงับวิกฤตการณ์ทางการเมือง ดังการ

โปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ ในปี 2516 และนายอานันท์ ปันยารชุน ในปี 2535

3. ในสภาผู้แทนราษฎรอังกฤษปรากฏเสมอมาว่าจะมีพรรคการเมืองเพียงพรรคเดียวที่มีเสียงข้างมากเด็ดขาดอยู่เสมอ แต่ในประเทศไทยสภาพทางการเมืองมิได้เป็นเช่นนั้น กล่าวคือ ความสำคัญของทหารในระบบการเมืองตามความเป็นจริงก็ดี การที่ไม่มีพรรคการเมืองใดมีเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภา (ยกเว้นในยุคที่ พ.ต.ท. ดร. ทักษิณ ชินวัตร ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพรรคไทยรักไทยและนายกรัฐมนตรี) การจัดตั้งรัฐบาลต้องมาจากหลายพรรคก็ดีและหลายพรรคนั้นขัดแย้งแย้งกันเป็นนายกรัฐมนตรีจนอาจไม่มีใครยอมใครก็ดี เหล่านี้ย่อมทำให้การเชิญบุคคลภายนอกโดยเฉพาะผู้ที่มีฐานอำนาจทางทหารมั่นคงและเป็นที่ยอมรับของทุกฝ่ายมารับตำแหน่งนี้เป็นการประนีประนอมผลประโยชน์ของพรรคร่วมรัฐบาลทั้งหลายเข้าด้วยกัน จึงเป็นเรื่องที่สอดคล้องกับประชาธิปไตยแบบไทยๆ และยอมทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพมั่นคง ดังเช่นกรณี พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ พลเอกเปรม ติณสูลานนท์ และพลเอกสุจินดา คราประยูร แต่ระยะหลังธรรมเนียมปฏิบัตินี้ถูกปฏิเสธจากมหาชน รัฐธรรมนูญปัจจุบันจึงกำหนดให้นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น²²⁰

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย²²¹

“ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” มีความหมายประกอบกันดังนี้

1. ประเพณี (custom หรือ practice) หมายถึง แนวทางปฏิบัติที่เคยปฏิบัติสืบต่อกันมา ซึ่งควรเป็นแนวทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ ข้อนี้

²²⁰ วิชาญ เครื่องาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), หน้า 570.

²²¹ ผู้สนใจอาจหาอ่านเพิ่มเติมได้ใน วิชาญ เครื่องาม, บรรศักดิ์ อุวรรณโณ, รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, (กรุงเทพฯ: นาน้ำอักษรการพิมพ์ 2520), หน้า 167 - 169.

ทำให้เห็นคล้ายกับว่าประเทศไทยมีธรรมเนียมปฏิบัติ หรือรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างของอังกฤษ แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะประเพณีของอังกฤษเป็นประเพณีที่ปฏิบัติสืบต่อกันมาหลายร้อยปีแล้ว จนถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่ประเพณีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 38 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 หมายถึงประเพณีตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

2. ประเพณีการปกครอง (administrative practice) ประเพณีที่ว่านั้นจะต้องเป็นประเพณีเกี่ยวกับการปกครองไม่ว่าในส่วนที่เกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ ตลอดจนสิทธิหน้าที่ของพลเมืองก็ตาม

3. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย (administrative practice of Thailand under the democratic regime) ข้อนี้นี้หมายความว่าประเพณีนั้น ๆ ต้องใช้มาตั้งแต่มีการปกครองแบบประชาธิปไตยในประเทศไทย ซึ่งคงหมายความถึงว่านับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองใน พ.ศ. 2475 เป็นต้นมานั่นเอง

ตัวอย่างที่ถือว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยโดยพิจารณาจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ

1. บทบัญญัติเกี่ยวกับพระมหากษัตริย์ เช่น การที่ทรงเป็นพุทธมามกะและทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก ตลอดจนพระราชอำนาจบางประการ
2. บทบัญญัติเกี่ยวกับองคมนตรี
3. บทบัญญัติเกี่ยวกับการสืบราชสมบัติ และกฤษฎีกาเหียรบาล
4. บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย
5. บทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของชนชาวไทย
6. บทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจยับยั้งร่างพระราชบัญญัติ
7. บทบัญญัติเกี่ยวกับคณะรัฐมนตรีในบางเรื่อง
8. บทบัญญัติเกี่ยวกับศาล

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในส่วนต้นว่าการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะรัฐบาลส่วนประจํานั้นย่อมไม่อาจถูกควบคุมได้ในความเป็นจริงหากแต่การควบคุมหรือการจำกัดขอบเขตของการใช้อำนาจนั้นย่อมเป็นไปตามโบราณราชประเพณีและธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้น

5.2.2 การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารส่วนการเมือง

จากหลักกฎหมายและทฤษฎีที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลในลักษณะนี้ย่อมปลอดจากการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเนื่องจากเหตุผลที่ว่าหากให้องค์กรตุลาการเข้าไปตรวจสอบแล้วจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจและเป็นการเข้าไปก้าวก่ายในกิจการของฝ่ายบริหารผลที่ตามมาคือฝ่ายตุลาการจะกลายเป็นฝ่ายบริหารเสียเอง

แต่การที่ฝ่ายตุลาการไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจในลักษณะนี้นั้นไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะใช้อำนาจลักษณะนี้ได้ตามอำเภอใจเพราะการกระทำทุกอย่างของฝ่ายบริหารย่อมต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาอันเป็นตัวแทนของประชาชนนอกเหนือจากนั้นฝ่ายบริหารยังต้องบริหารงานภายใต้ความรับผิดชอบของประมุขของประเทศซึ่งหลักการที่ได้กล่าวมานี้เป็นไปตามระบบรัฐสภาแบบอำนาจคู่ซึ่งได้กล่าวไว้ในบทที่ 2

5.2.2.1 การควบคุมก่อนการใช้อำนาจ

การควบคุมก่อนการใช้อำนาจโดยหลักแล้วก่อนที่รัฐบาลจะเริ่มดำเนินการต่าง ๆ นั้นรัฐบาลมีหน้าที่แถลงนโยบายที่ตนเองจะดำเนินการต่อรัฐสภาก่อนที่จะบริหารราชการแผ่นดิน หากรัฐสภาไม่เห็นชอบกับนโยบายของรัฐบาลก็อาจลงมติไม่รับรองนโยบายของรัฐบาลอันจะส่งผลให้นายกรัฐมนตรีต้องลาออกและทำการสรรหานายกรัฐมนตรีใหม่เพื่อเข้ามาทำหน้าที่แทน

ในอีกกรณีหนึ่งซึ่งเป็นกรณีของการที่ฝ่ายบริหารต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภา เช่น กรณีตามมาตรา 178 ในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ตามมาตรา 176 และต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภานโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี²²² หรือมาตรา 179 ในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควรจะฟังความคิดเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา นายกรัฐมนตรีจะแจ้งไปยังประธานรัฐสภาขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาได้ในกรณีเช่นว่านี้ รัฐสภาจะลงมติในปัญหาที่อภิปรายมิได้

รวมถึงมาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึง

²²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 178

รายละเอียดของหนังสือสัญญา นั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือสัญญา ดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้น อย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการ จัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคม ของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุนอย่าง มีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตาม หนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับ ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มิมีปัญหาตาม วรรคสอง ให้เป็นอำนาจของ ศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้ บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม²²³

²²³ มาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรี จะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือ ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตาม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือ ประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยัง ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไป ยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดย ไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อ ประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญได้วางกลไกต่าง ๆ ในการจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารโดยรัฐสภาได้โดยอาจแบ่งได้เป็นประเภทต่าง ๆ ดังนี้

1. กรณีของฝ่ายบริหารต้องบริหารงานตามที่ได้แถลงนโยบายไว้
2. กรณีที่ฝ่ายบริหารไม่แน่ใจว่าจะสามารถดำเนินการได้หรือไม่
3. กรณีของหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ

กรณีต่าง ๆ เหล่านี้รัฐธรรมนูญบังคับให้ฝ่ายบริหารต้องขอความเห็น(มาตรา 178-179) และในบางกรณีต้องได้รับความยินยอม (มาตรา 190) จากรัฐสภาเสียก่อนจึงจะดำเนินการได้ การที่ฝ่ายบริหารต้องได้รับความยินยอมหรือต้องขอความเห็นจากรัฐสภาอาจมองได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมหรือจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารก่อนการดำเนินการใด ๆ

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญยังได้วางกลไกอีกชั้นหนึ่งเพื่อป้องกันฝ่ายบริหารลุแก่อำนาจโดยให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณี ต่อไป

ชี้ขาดว่ากรณีที่ต้องสงสัยกรณีใดบ้างที่ฝ่ายบริหารต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาก่อนที่จะลงมือดำเนินการ (มาตรา 190)

5.2.2.2 การควบคุมหลังการใช้อำนาจ

การควบคุมหลังการใช้อำนาจในส่วนนี้ผู้วิจัยขอแบ่งการกระทำทางรัฐบาลออกเป็นสองส่วนด้วยกันคือ 1) การกระทำทางรัฐบาลที่สมบูรณ์ในตัวเอง และ 2) การกระทำที่แยกออกได้²²⁴

1) การกระทำทางรัฐบาลที่สมบูรณ์ในตัวเอง ในส่วนนี้ เช่น การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร การเสนอร่างกฎหมายและรวมถึงการขอลอนร่างกฎหมายออกจากการพิจารณาและการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ การประกาศสงคราม เป็นต้น

การกระทำในส่วนนี้ย่อมปลอดจากการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเพราะเป็นการกระทำทางการเมืองโดยแท้หากศาลสามารถเข้าไปตรวจสอบได้แล้วจะทำให้ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ฝ่ายบริหารยังคงมีความรับผิดชอบต่อรัฐสภาอยู่เสมอ

หากฝ่ายบริหารบริหารงานผิดพลาดหรือไม่ได้ขอความยินยอมจากรัฐสภา ฝ่ายรัฐสภาสามารถโต้ตอบฝ่ายบริหารได้โดยอาศัยมาตรการตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 156 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาทุกคนมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ แต่รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผยเพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน

มาตรา 157 การบริหารราชการแผ่นดินเรื่องใดที่เป็นปัญหาสำคัญที่อยู่ในความสนใจของประชาชน เป็นเรื่องที่กระทบถึงประโยชน์

²²⁴ <http://www.arayachon.org/article/20080701/508>

ของประเทศชาติหรือประชาชน หรือที่เป็นเรื่องเร่งด่วน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อาจแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรก่อนเริ่มประชุมในวันนั้นว่าจะถามนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดินเรื่องนั้นโดยไม่ต้องระบุคำถาม และให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรบรรจุเรื่องดังกล่าวไว้ในวาระการประชุมวันนั้น

การถามและการตอบกระทู้ตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้ สัปดาห์ละหนึ่งครั้ง และให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้นั้นตั้งกระทู้ถามด้วย วาจาเรื่องการบริหารราชการแผ่นดินนั้นได้เรื่องละไม่เกินสามครั้ง ทั้งนี้ ตาม ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร

มาตรา 158 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวน ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ญัตติดังกล่าวต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไป ซึ่งเป็นบุคคลตามมาตรา 171 วรรคสองด้วย และเมื่อได้มีการเสนอญัตติแล้ว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้ เว้นแต่จะมีการถอนญัตติหรือการลงมตินั้น ไม่ได้คะแนนเสียงตามวรรคสาม

การเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปไปตามวรรคหนึ่ง ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับพฤติกรรมของนายกรัฐมนตรีที่มีพฤติการณ์ร้ายชัดปกติ ส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย จะเสนอโดยไม่มีการยื่นคำร้องขอตามมาตรา 271 ก่อนมิได้ และเมื่อได้มีการยื่นคำร้องขอตามมาตรา 271 แล้ว ให้ดำเนินการต่อไปได้ โดยไม่ต้องรอผลการดำเนินการตามมาตรา 272

เมื่อการอภิปรายทั่วไปสิ้นสุดลงโดยมิใช่ด้วยมติให้ ผ่านระเบียบวาระเปิดอภิปรายนั้นไป ให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ การลงมติในกรณีเช่นว่านี้มีให้กระทำในวันเดียวกับวันที่ การอภิปรายสิ้นสุด มติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของ จำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

ในกรณีที่มีมติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายนั้น เป็นอันหมดสิทธิที่จะเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีอีกตลอดสมัยประชุมนั้น

ในกรณีที่มีมติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อตามวรรคหนึ่งกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป และมีให้นำมาตรา 172 มาใช้บังคับ

มาตรา 159 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรมีสสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล และให้นำบทบัญญัติมาตรา 158 วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่มาใช้บังคับโดยอนุโลม

รัฐมนตรีคนใดพ้นจากตำแหน่งเดิมแต่ยังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่นภายหลังจากวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐมนตรีคนนั้นยังคงต้องถูกอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามวรรคหนึ่งต่อไป

ให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับกับรัฐมนตรีผู้ซึ่งพ้นจากตำแหน่งเดิมไม่เกินเก้าสิบวันก่อนวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่ง แต่ยังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่นด้วยโดยอนุโลม

มาตรา 160 ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีได้อยู่ในพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดของพรรคนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 ได้ เมื่อคณะรัฐมนตรีได้บริหารราชการแผ่นดิน

มาเกินกว่าสองปีแล้ว

มาตรา 161 สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา มีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภาเพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ

การขอเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา นี้ จะกระทำได้ครั้งเดียวในสมัยประชุมหนึ่ง

มาตรา 162 ในกรณีที่มีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเพื่อตั้งกระทู้ถามในเรื่องใดเกี่ยวกับงานในหน้าที่ หรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้ใด ให้เป็นหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นต้องเข้าร่วมประชุมสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาเพื่อชี้แจงหรือตอบกระทู้ถามในเรื่องนั้นด้วยตนเอง เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ทำให้ไม่อาจเข้าชี้แจงหรือตอบกระทู้ แต่ต้องแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาทราบก่อนหรือในวันประชุมสภาในเรื่องดังกล่าว

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีอิสระจากมติพรรคการเมือง ในการตั้งกระทู้ถาม การอภิปราย และการลงมติในการอภิปรายไม่ไว้วางใจ

มาตรการที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นเป็นมาตรการของฝ่ายนิติบัญญัติในการตรวจสอบการบริหารงานของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นมาตรการทางการเมืองเพราะถือว่าฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบการบริหารงานต่อรัฐสภา

2) การกระทำที่แยกออกได้ (Actes détachables) ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง

การกระทำที่แยกออกได้ จากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง ต้องเป็นการกระทำที่แม้เป็นผลต่อเนื่องมาจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง แต่แยกออก

โดยเด็ดขาด จากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรง จนอาจกล่าวได้ว่า การกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของตัวเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้จัดตั้งศูนย์ผู้อพยพในเขตชายแดนระหว่างไทย - พม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยในข้อตกลงดังกล่าว เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติคณะรัฐมนตรีหรือญัตติให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใด ถือเป็นกรกระทำที่แยกออกได้จากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติ และหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้น คดีอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้²²⁵

ดังนั้น การกระทำทางรัฐบาลประเภทต่างๆ นั้นสามารถควบคุมได้โดยสามารถแบ่งองค์กรที่ใช้ในการควบคุมออกได้เป็นสองส่วนด้วยกัน คือหากเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่สมบูรณ์ในตัวเององค์กรที่เข้ามาควบคุมตรวจสอบได้แก่รัฐสภาซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่ถ้าหากเป็นการกระทำที่สามารถแยกออกได้นั้นจะมีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจในฐานะของฝ่ายปกครองจึงเป็นหน้าที่ของศาลปกครองในการที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบเรื่องดังกล่าว

225 <http://www.arayachon.org/article/20080701/508>

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่าการกระทำทางรัฐบาลตามแนวคิดของประเทศไทยนั้นยังมีความคลุมเครืออยู่ค่อนข้างมากเนื่องจากปัญหาประการแรกมาจากการพัฒนาของกฎหมายมหาชนในยุคแรกๆที่ไม่มีกรวางหลักการใด ๆ ที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องการทำทางรัฐบาลไว้ทำให้ประสบปัญหาในการตีความในเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลว่าอะไรบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลและอะไรบ้างที่ไม่ใช่เพราะหากตีความว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วองค์กรตุลาการย่อมไม่มีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบ แต่หากไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลหรือเป็นการกระทำที่แยกออกได้แล้วนั้นอำนาจในการควบคุมตรวจสอบย่อมกลับไปสู่องค์กรตุลาการเพื่อให้องค์กรตุลาการนั้นเป็นองค์กรสุดท้ายในการวินิจฉัยชี้ขาดเพราะการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองดังกล่าว

ดังนั้นปัญหาในการชี้ขาดว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาลจึงตกเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันกล่าวคือในอดีตมีศาลเพียงศาลเดียวคือศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตีความว่าอะไรบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เมื่อมีการตั้งศาลปกครองขึ้นศาลปกครองมีหน้าที่ในการวางหลักว่าการกระทำใดบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกรณีต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นต้น

ปัญหาของการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยในขณะนี้ทางผู้วิจัยเห็นว่าอยู่ที่การวางหลักกฎหมายเพราะจากปัญหาที่เกิดขึ้นจากคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร เป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาทำให้เกิดความสับสนในทางกฎหมายว่าการดำเนินการในทางการระหว่างประเทศบางอย่างนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ จากข้อเท็จจริงนี้ศาลปกครองมองว่าแถลงการณ์ร่วมของรัฐบาลอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐได้จึงมีคำสั่งให้คุ้มครองชั่วคราวผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าคนไปก่อน จากคำสั่งศาลปกครองข้างต้นจะเห็นว่าศาลปกครองมองว่าแถลงการณ์ร่วมของรัฐบาลมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองจากหลักนี้เองทำให้เกิดประเด็นโต้เถียงทางวิชาการขึ้นว่าคำสั่งศาลปกครองนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายหรือไม่

เมื่อเปรียบเทียบกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในกรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น (JTEPA) หรือ เอฟทีเอไทย - ญี่ปุ่น ซึ่งศาลปกครองไม่รับคำร้องโดยให้เหตุผลว่าการฟ้องคดีนี้ผู้ฟ้องคดีต้องการให้มีการระงับการลงนาม ซึ่งเป็นการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจในทางรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เรื่องในทางปกครอง ศาลจึงไม่รับพิจารณา

จากคำวินิจฉัยทั้งสองนี้เองที่ทำให้เกิดการถกเถียงอย่างกว้างขวางในทางวิชาการนิติศาสตร์ว่าทั้งสองกรณีต่างมีข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันเหตุใดศาลจึงมีคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงอันนำมาซึ่งปัญหาในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายบริหาร

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยขอยกตัวอย่างหลักกฎหมายต่างประเทศเพื่อเป็นหลักในทางวิชาการในการอ้างอิงต่อไปดังนี้

ในต่างประเทศหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลเป็นหลักที่ช่วยให้รัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารสามารถบริหารราชการได้อย่างราบรื่นโดยปราศจากการตรวจสอบจากองค์กรตุลาการเพราะหากให้มีการตรวจสอบการกระทำทางบริหารเรื่อย ๆ แล้วย่อมก่อให้เกิดความไม่ต่อเนื่องในการบริหารงานเพราะรัฐบาลจะกังวลเสมอว่าการกระทำต่าง ๆ ของตนนั้นอาจถูกตรวจสอบได้เสมอโดยองค์กรตุลาการ

อีกทั้งยังเป็นการเปิดช่องให้แก่อการขัดขวางการดำเนินการต่าง ๆ ของรัฐบาล กล่าวคือ หากมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลย่อมทำให้รัฐบาลต้องหยุดการปฏิบัติงานเพื่อรอคำสั่งศาลต่อไปหากเป็นเช่นนี้การบริหารงานของรัฐบาลย่อมไม่มีความต่อเนื่องและอาจส่งผลไปถึงหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นภารกิจหลักของรัฐบาล

ดังนั้น หลักการเรื่องการกระทำทางรัฐบาลจึงเปรียบเสมือนความคุ้มกันในการบริหารงานของรัฐบาล แต่ไม่ได้หมายความว่ารัฐบาลจะบริหารงานได้ตามอำเภอใจเพราะในที่สุดการกระทำต่าง ๆ ของรัฐบาลย่อมถูกตรวจสอบได้โดยรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนได้เสมอ

ในประเทศฝรั่งเศส การกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสนั้นเป็นการกระทำของรัฐที่ศาลจะไม่เข้าไปทำการควบคุมตรวจสอบทั้งนี้เป็นไปตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง การที่ศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้นยอมเป็นการแสดงถึงว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นข้อจำกัดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ผลที่ตามมาคือเมื่อมีข้อพิพาทความเสียหายหรือการกระทำที่เป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงโดยการกระทำทางรัฐบาลศาลมักจะปฏิเสธที่จะพิจารณาคดีเหล่านั้น

การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำที่ปลอดจากควบคุมโดยศาลไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลยพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเพราะในสังคมภายใต้ระบบการเมืองปัจจุบัน ต้องมีกิจการที่สำคัญหรือมีความจำเป็นบางอย่างเมื่อพิจารณาจากความมั่นคงหรือการดำรงอยู่ของสังคมนั้นซึ่งการกระทำดังกล่าวไม่ควรถูกพิจารณาโดยข้อกฎหมายเนื่องจากเป็นเรื่องราวที่มีความอ่อนไหวและไม่สมควรจะมีการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

โดยการกระทำทางรัฐบาลตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสสามารถแบ่งออกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่

1. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา การกระทำประเภทนี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นการกระทำทางการเมือง เช่น การถอนร่างกฎหมายการยุบสภา เป็นต้น การกระทำที่มีลักษณะเป็น

การกระทำทางการเมืองนี้ศาลย่อมไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้เพราะหากศาลมีอำนาจในการตรวจสอบเท่ากับว่าศาลได้เข้าไปแทรกแซงกิจการของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอันจะส่งผลให้ศาลเองถูกแทรกแซงจากองค์กรทางการเมืองได้ในภายหลังและที่สำคัญยังเป็นการละเมิดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจนอีกด้วย ดังนั้นหากเกิดกรณีปัญหาหรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่มีลักษณะเกี่ยวเนื่องกับการเมืองแล้วศาลยินยอมที่จะลดบทบาทของตนเองลงเพื่อรักษาหลักการแบ่งแยกอำนาจไว้

2. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การกระทำลักษณะนี้ย่อมไม่อาจถูกควบคุมได้โดยองค์กรตุลาการเพราะถือว่าเป็นอำนาจโดยเฉพาะของฝ่ายบริหารในการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศทั้งในด้านที่ดี เช่น การเจรจาอันเกี่ยวข้องกับการค้า การทำความร่วมมือด้านศิลปวัฒนธรรม รวมถึงในด้านลบ เช่น การประกาศสงครามกับรัฐบาลต่างประเทศ อย่างไรก็ตามการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศสามารถแบ่งออกได้เป็นสองส่วนด้วยกันคือส่วนแรกเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศโดยแท้หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือการกระทำที่สมบูรณ์ในตัวเอง เช่น การลงนามในข้อตกลงต่าง ๆ กับการกระทำที่เกี่ยวข้องหรือการกระทำที่แยกออกได้ เช่น การนำเอาข้อตกลงระหว่างประเทศมาบังคับใช้ภายในรัฐ การกระทำที่แยกออกได้นี้เองที่ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ หากศาลเห็นว่ากรกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายศาลสามารถเพิกถอนได้

ประเทศสหรัฐอเมริกา การกระทำทางรัฐบาลรู้จักกันในชื่อของปัญหาทางการเมืองกล่าวคือเป็นการกระทำของฝ่ายการเมืองและมีลักษณะของการกระทำทางนโยบายโดยแท้หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดี กล่าวคือ เป็นการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งศาลสูงเห็นว่า เป็นปัญหาที่มีความเกี่ยวข้องทางการเมือง และควรที่จะแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเท่านั้น

ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court of the United States) ได้วางหลักที่จะไม่รับตัดสินคดี อยู่ 3 กรณี ได้แก่

“(1) กรณีพื้นฐาน (Classic Doctrine) คือ ถ้าคดีใดมีประเด็นที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องนั้นเป็นอำนาจตุลาการขององค์กรอื่นในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา หรือประธานาธิบดี ที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ศาลจะไม่รับคดีนั้นไว้พิจารณา

(2) การพิจารณาจากบทบาทหน้าที่ (Functional considerations) ประเด็นปัญหาเรื่องใดๆ อาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมือง หากศาลเห็นศาลเองนั้นขาดข้อมูลและศักยภาพในการที่จะแก้ไขประเด็นปัญหานั้น

(3) การพิจารณาอย่างรอบคอบ (Prudential Considerations) ประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญอาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองได้ หากศาลพิจารณาอย่างรอบคอบหรือมีนโยบายที่เหมาะสมในการที่จะไม่ใช้อำนาจตุลาการ”

ในส่วนของการกระทำที่ศาลสูงของสหรัฐยอมรับว่าเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางการเมืองมีดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของสภาองเกรสนั้น แม้สภาองเกรสมิได้กำหนดระยะเวลาอันสมควรไว้ ศาลก็ไม่มีอำนาจเข้าไปกำหนดระยะเวลาอันสมควรในการให้สัตยาบันนี้ได้ เป็นปัญหาในทางการเมือง

(2) การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญาจะต้องขอคำแนะนำและเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลและเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง

(3) กระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) วุฒิสภาสามารถแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อเสนอรายงานต่อที่ประชุมวุฒิสภาได้หรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง

(4) การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นปัญหาในทางการเมือง

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปัญหาทางการเมืองจะแบ่งออกเป็นสี่ประเภทหลัก ๆ ข้างต้นซึ่งจะแบ่งได้ละเอียดกว่าของประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นสองประเภทหลัก ๆ ด้วยกัน แต่หากมองถึงทฤษฎีเบื้องต้นแล้วจะพบว่าทั้งสองประเทศนี้ใช้หลักการเดียวกันในการแบ่งแยกประเภทของการกระทำที่ศาลไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้

ประเทศอังกฤษ สำหรับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของอังกฤษนั้น ไม่มีหลักการของการกระทำทางรัฐบาล (Act of government) อยู่ในระบบกฎหมายของอังกฤษอย่างชัดเจน แต่จากการศึกษาพบว่า ศาลของประเทศอังกฤษ ได้มีการจำกัดอำนาจของตนในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งทางการเมืองบางเรื่องซึ่งมีลักษณะใกล้เคียงกับแนวความคิดในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลอย่างในประเทศฝรั่งเศสและใกล้เคียงอย่างยิ่งกับแนวความคิดในเรื่องทฤษฎีปัญหาในทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักที่ว่าด้วย “การกระทำของรัฐ” (Act of State) นั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นต้นแบบของการพัฒนา หลักการกระทำของรัฐ ในสหรัฐอเมริกาเลยทีเดียว

นอกจาก “การกระทำของรัฐ” แล้ว แนวความคิดในเรื่องข้อขัดแย้งทางการเมืองในบางกรณีก็เป็นข้อที่ทำให้เราพิจารณาแล้วเห็นได้ว่า ศาลใดก็ไม่อาจเข้าไปแก้ไขปัญหาก็จำเป็นต้องใช้วิถีทางทางการเมืองในการแก้ไขปัญหาได้ ในข้อนี้ผู้วิจัยต้องการแสดงให้เห็นเป็นประการสำคัญว่า รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีของประเทศอังกฤษนั้น มีความสำคัญน้อยกว่ารัฐสภา (parliament) และรัฐสภาในที่นี้หมายถึง การใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์ร่วมกับรัฐสภา ดังนั้น หลักการสำคัญของการปกครองในระบบรัฐสภาแบบอังกฤษนี้จึงห้ามมิให้พระมหากษัตริย์ทรงขัดแย้งกับรัฐสภาอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจสูงสุดในการตรากฎหมาย

แม้ว่าในประเทศอังกฤษกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลจะไม่ปรากฏแต่ในคำพิพากษาของศาลอังกฤษเองกลับได้วางหลักต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับข้อจำกัดการใช้อำนาจตุลาการของตนเองเอาไว้เช่นในเรื่องของการกระทำของรัฐ

การกระทำทางรัฐบาลตามแนวคิดของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นแนวคิดที่เกี่ยวเนื่องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและการจำกัดการใช้ อำนาจอธิปไตยขององค์กรต่างๆ ของรัฐ โดยเป็นหลักการที่จำกัดอำนาจของ ศาลยุติธรรมในการเข้ามาวินิจฉัยกิจกรรมต่างๆ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำ ทางนโยบายหรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐศาสนโยบาย การกระทำ ที่ศาลไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้นั้นเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล (Regierungsak) ซึ่งอาจแบ่งออกเป็นสองประเภทหลักๆ ด้วยกัน คือ

1. การใช้อำนาจของรัฐบาลในการดำเนินมาตรการต่างๆ ที่ได้กำหนดไว้ ในรัฐธรรมนูญ
2. การใช้อำนาจของรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

ตารางสรุปรูปแบบของการกระทำทางรัฐบาล

ประเทศ	ลักษณะ	การควบคุม
สาธารณรัฐฝรั่งเศส	1. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนเช่นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา 2. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	1. การควบคุมอยู่ภายใต้รัฐสภา 2. หากเป็นการกระทำที่แยกออกจากกันได้แล้วมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองเป็นผู้ควบคุม
อังกฤษ	เป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับความขัดแย้งทางการเมือง	รัฐสภาและรัฐบาลเป็นผู้แก้ไขปัญหาดังกล่าวศาลไม่มีอำนาจในการวินิจฉัย
สหรัฐอเมริกา	1. การกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันร่างกฎหมาย แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ	สภาองเกรสเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาดังกล่าว

ประเทศ	ลักษณะ	การควบคุม
	2. การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญาจะต้องขอคำแนะนำและเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลและเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง 3. กระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) 4. การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ	
สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	1. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชน เช่นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา 2. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ	รัฐสภาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด
ไทย	1. การกระทำที่เกี่ยวข้องกับองค์กรที่ใช้อำนาจมหาชน เช่นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา 2. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 3. การกระทำของรัฐบาลฝ่ายประจำ	ยังไม่มีความชัดเจน

โดยหลักแล้วการกระทำทางรัฐบาลตามหลักกฎหมายของต่างประเทศ จะแยกออกเป็นประเภทต่างๆ อย่างชัดเจนนอกจากนั้นยังอาศัยการวางหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลักอีกด้วยซึ่งต่างกับในกรณีของประเทศไทยเพราะประเทศไทยนำเอาหลักกฎหมายต่างประเทศมาใช้แต่ศาลกลับไม่ได้พิพากษาดมหลักกฎหมายทำให้การวางหลักกฎหมายโดยเฉพาะเรื่อง การกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่เป็นไปตามหลักสากลและก่อให้เกิดผลที่ตามมา คือศาลเข้าไปมีส่วนในกิจกรรมของฝ่ายบริหารและเข้าไปก้าวล่วงอำนาจในการตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติ

6.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษา ผู้วิจัยพบว่า การนำ “ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล” มาใช้ในประเทศไทยยังมีปัญหาอยู่ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น โดยเฉพาะในเรื่องของการตีความว่า การกระทำใดบ้าง ที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และศาลสมควรวางหลักเกณฑ์อย่างไร เพื่อเป็นการจำแนก “การกระทำทางรัฐบาล” ออกจากการกระทำอื่นๆ ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลต่างๆ ที่สามารถทำการพิจารณาพิพากษาได้ ในข้อนี้จึงสมควรมีองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” และดังเช่นกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับความหมายและการตีความรัฐธรรมนูญเช่นในกรณีอื่น แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีได้บัญญัติให้องค์กรใดเป็นศูนย์กลางในการตีความรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่หากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นจะให้องค์กรตุลาการใดเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดในประเด็นที่ต้องการการตีความรัฐธรรมนูญ เพื่อวางบรรทัดฐานแก่องค์กรอื่นๆ ตามรัฐธรรมนูญแล้ว รัฐธรรมนูญก็มักจะมอบหน้าที่ในการตีความรัฐธรรมนูญดังกล่าวให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดยกตัวอย่างเช่น กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางหรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

...

ในกรณีที่มีปัญหาตาม วรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติตามมาตรา 190 รัฐธรรมนูญ ดังที่ยกมานี้เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า ในกรณีที่มีปัญหา ซึ่งต้องอาศัยการตีความรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการแล้ว รัฐธรรมนูญก็มีแนวโน้มที่จะกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ จึงสามารถวางหลักเกณฑ์ไว้ให้เป็นบรรทัดฐานแก่องค์กรอื่นๆ ของรัฐว่าสมควรตีความและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอย่างไร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับผู้ใช้กฎหมาย (รัฐธรรมนูญ) ในการตีความรัฐธรรมนูญ

ดังนั้นในการวินิจฉัยว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” อันหมายถึง การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารกับรัฐสภา หรือเป็นความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศ ซึ่งจากมาตรา 190 ดังกล่าว ระบุให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นกรณีตามมาตรา 190 วรคสอง หรือไม่ หากต้องด้วยบทบัญญัติตามมาตรา 190 วรคสองแล้ว ก็เป็นเรื่องที่รัฐสภาจะเป็นผู้ให้ความเห็นชอบต่อไป ในข้อนี้ผู้วิจัย

มีข้อสังเกตว่า รัฐธรรมนูญได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยเพื่อตีความรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 เท่านั้น แต่อำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ยังคงเป็นของรัฐสภาอยู่ อันเป็นความสัมพันธ์ในทางการเมืองที่อยู่นอกเหนือจากอำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะเข้าไปก้าวล่วงได้ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็นหัวใจสำคัญของระบอบประชาธิปไตย

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับเหตุผลที่ผู้วิจัยได้พยายามอธิบายมาแล้วในบทที่ 4 หัวข้อ 4.4 ที่ผู้วิจัยได้พยายามแสดงถึงความเหมาะสมของศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะที่เป็น “องค์กรตุลาการ” ที่มีความเหมาะสมในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าการกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เหนือองค์กรตุลาการอื่น ทั้งในเรื่องของความเชี่ยวชาญในนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง นิติวิธีเฉพาะในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ อีกทั้งความเหมาะสมในการทำหน้าที่วางหลักเกณฑ์อันเป็นบรรทัดฐานในการตีความและใช้รัฐธรรมนูญให้แก่องค์กรอื่นๆ อันเนื่องมาจากผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเองที่มีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ

อย่างไรก็ดี ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ 4.4 ข้างต้นว่า หากเป็นกรณีที่ศาลใดซึ่งทำการพิจารณาพิพากษาคืออยู่นั้น เห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ศาลนั้นย่อมมีอำนาจในการวินิจฉัยได้ด้วยตนเอง และควรจำกัดอำนาจตนเองที่จะไม่เข้าไปก้าวล่วงวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว เพราะเป็นการกระทบดุลยภาพทางอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ จะคงไว้ก็แต่กรณีที่ศาลนั้นเห็นว่า ไม่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” และคู่ความแห่งคดีได้โต้แย้งว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” เท่านั้น จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องมีองค์กรอื่นมาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” หรือไม่ และสมควรให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดดังเหตุผลข้างต้น

สุดท้ายแม้ผู้วิจัยจะมีความเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ เป็นองค์กรที่มีความเหมาะสมในการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดและวางบรรทัดฐานว่า การกระทำใดเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” อันมีผลทำให้การกระทำดังกล่าว ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการใดๆ เพราะมีองค์กรทางการเมืองอื่น ๆ ดังที่กำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหาร หรือกล่าวได้ว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองยิ่งไปกว่าความรับผิดชอบทางกฎหมาย แต่ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญ สมควรที่จะใช้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหา “การกระทำทางรัฐบาล” ด้วยความระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง เพราะอำนาจในการชี้ขาดในประเด็นปัญหาดังกล่าว เป็นอำนาจที่จำกัดเฉพาะแต่ “เป็น” หรือ “ไม่เป็น” การกระทำทางรัฐบาลเท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญหาได้มีอำนาจเข้าไปวินิจฉัยถึง “ความชอบ” หรือ “ความไม่ชอบ” ด้วยกฎหมายของ “การกระทำทางรัฐบาล” แต่อย่างไรไม่ ศาลรัฐธรรมนูญต้องตระหนักว่า หน้าที่ในการตรวจสอบเชิงเนื้อหาของ “การกระทำทางรัฐบาล” ไม่ว่าจะเป็นความเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจ ประโยชน์หรือโทษจากการกระทำดังกล่าว ล้วนแต่เป็นหน้าที่ขององค์กรทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญอยู่เองที่จะทำการควบคุมตรวจสอบ

ข้อควรระมัดระวังในการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญจักต้องตระหนักถึงภารกิจสำคัญที่รัฐธรรมนูญได้มอบไว้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ ในอันที่จะธำรงรักษาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในที่นี้รวมตลอดถึงหลักการสำคัญต่าง ๆ ที่บรรจุไว้ในรัฐธรรมนูญอีกด้วย ในที่นี้ผู้วิจัยได้ย้เสมอมาว่า ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล เป็นหลักที่จะช่วยรักษา “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” อันเป็นหลักสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไว้ให้มีความมั่นคง อันเป็นหัวใจสำคัญของการมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ

ท้ายที่สุดนี้ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่างานวิจัยฉบับนี้ จะมีส่วนช่วยในการพัฒนาแนวความคิดในเรื่อง “ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล” ให้เติบโตขึ้น

ภายใต้หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า
ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยจะเป็นเสาหลักสำคัญในการรักษาไว้ซึ่ง
ความมั่นคงของกฎหมายสูงสุดนี้ ผ่านทางการวางแนวคำวินิจฉัยเพื่อสร้าง
บรรทัดฐานที่ดีในการตีความรัฐธรรมนูญ อันเป็นแนวทางเดียวที่จะธำรงรักษา
ไว้ซึ่งแนวความคิดประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้อย่าง
มั่นคงต่อไป

* * * *

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกววงศ์. **พื้นฐานความรู้ทั่วไป หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน.**

กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2537.

กรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม. **การพระราชทานอภัยโทษ เพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ปี 2517, สำนักพิมพ์และปีที่พิมพ์ไม่ปรากฏ.**

โกสินทร์ วงศ์สุรวัฒน์. **ความเป็นมาของระบบการปกครองในระบบรัฐสภา และระบบรัฐสภาในประเทศไทย.** กรุงเทพฯ: เจริญวิทยาการพิมพ์, 2518.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. **ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้อกฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ 3 การควบคุมการกระทำทางปกครอง ชุดที่ 1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือนสำนักงาน ก.พ., 2548.

_____. **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชนว่าด้วย รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย.** พิมพ์ครั้งที่สอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548.

_____. **ที่มาของกฎหมายมหาชน.** เอกสารประกอบการสอน. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

_____. **เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

- คณิน บุญสุวรรณ. ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย ฉบับสมบูรณ์.
กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548.
- คึกฤทธิ์ ปราโมช. “ขุนช้างขุนแผน ฉบับอ่านใหม่” ใน อนุสรณ์งานพระราชทาน
เพลิงศพ ศาสตราจารย์ พลตรี หม่อมราชวงศ์คึกฤทธิ์ ปราโมช
ณ เมรุหลวงหน้าพลับพลาอิสริยาภรณ์ วัดเทพศิรินทราวาส
วันเสาร์ที่ 23 ธันวาคม 2538. กรุงเทพฯ: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์
พับลิชชิ่ง, 2538.
- จิ่ง จากส์ รุสโซ. สัญญาประชาคม. แปลและเรียบเรียงโดย จินดา จินตนเสรี.
กรุงเทพฯ: ศรีพรการพิมพ์, 2522.
- เจษฎา พรไชยา. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ของประเทศไทยกับ
ประเทศอังกฤษ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่ง
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. หนังสืออนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ
ศ.ดร.สมภพ โทตระกิตย์. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์อมรินทร์พริ้นติ้ง
แอนด์พับลิชชิ่ง, 2540.
- เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. หลักรัฐศาสตร์. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สมาคม
สังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2514.
- ทินพันธ์ นาคะตะ. นักคิดผู้ยิ่งใหญ่ของโลก ปรัชญาและทฤษฎีการเมือง.
กรุงเทพฯ: โครงการเอกสารและตำรา สมาคมรัฐประศาสนศาสตร์
นิด้า, 2541.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ:
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1.
กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544.

- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่. พิมพ์ครั้งที่สอง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2547.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- _____. “ทศพิธราชธรรมกับพระมหากษัตริย์ไทย”. อนุสรณ์งานพระราชทานดินฝังศพเป็นกรณีพิเศษ นายสุกรี ภูประเสริฐ 2549. โรงพิมพ์และปีที่พิมพ์ไม่ปรากฏ.
- _____. รัฐและการจัดโครงสร้างองค์กรในรัฐ. เอกสารประกอบการบรรยายชั้นปริญญาโท วิชาหลักการพื้นฐานของกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. อัดสำเนา.
- ปรีชา ช้างขวัญยืน. ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. สถาบันการเมืองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ภาคความนำทั่วไป. กรุงเทพฯ: โครงการตำราชุดตำราลำดับที่ 5 คณะกรรมการสัมมนาและวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- โกคิน พลกุล. เอกสารประกอบการบรรยายวิชาหลักกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- มองเตสกีเออ. เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย. แปลและเรียบเรียงโดย วิกาวรรณ คุ้ยานนท์. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: นามิบุ๊กส์พับลิเคชันส์, 2542.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2543.

_____ . หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ:
โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

_____ . “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วย
กฎหมาย” ในหนังสือคู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง.
กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

วิญญู เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ,
2530.

วิญญู เครื่องาม, บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร
พุทธศักราช 2520. กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, 2520.

วี.ไอ.เลนิน. รัฐกับการปฏิวัติ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นกฮูก, ปีที่พิมพ์ไม่ปรากฏ.
ศัพท์รัฐศาสตร์ ฉบับราชบัณฑิตยสถาน (แก้ไขเพิ่มเติม), 2536.

ส. ศิวรักษ์. นักปรัชญาการเมืองฝรั่ง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช,
2520.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. กรุงเทพฯ: เรือนแก้ว
การพิมพ์, 2535.

สุชุม นวลสกุล. ทฤษฎีการเมืองแห่งนวสมัย. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2519.

สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตาม
รัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2546.

หยุด แสงอุทัย. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2511 ว่าด้วยพระมหากษัตริย์. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2551.

อมร จันทรมบูรณ์. กฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528.

_____. **คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism): ทางออกของประเทศไทย.** กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายการศึกษา, 2537.

บทความ

แก้วสรร อติโพธิ, สุรพล นิติไกรพจน์. “สภาพและปัญหาปัจจุบันของระบบรัฐสภาไทย”. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2527: 66.

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. “ความเป็นจริงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”. วารสารกฎหมายปกครอง ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 2526: 25.

เดือน บุญนาค. “การแยกอำนาจ”. วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 3 (สิงหาคม 2522): 17 - 18.

วิทยานิพนธ์

พีรศักดิ์ ภัทรปิติกุล. **ปัญหาว่าด้วยการยึดทรัพย์สินนักการเมืองตามประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ฉบับที่ 26.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ. **การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำพิพากษาของศาล.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

ธนิศ ภูริเวทย์. **หลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนด และทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารในประเทศไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

ธงทอง จันทรางศุ. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมาย
รัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารรัฐกิจ ภาควิชานิติศาสตร์
บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

เอกสารอื่น ๆ

โกลดิน พลกุล. “คดีปกครองในฝรั่งเศส”. เอกสารการสัมมนาทางวิชาการเรื่อง
การจัดตั้งองค์กรชี้ขาดข้อพิพาททางปกครอง. กรุงเทพฯ:
คณะกรรมการการปกครองสภาผู้แทนราษฎร, 2532.

สุรชัย ศิริไกร. “คุณธรรมกับนโยบายต่างประเทศ”. หนังสือเอกสารประกอบการ
การประชุมวิชาการรัฐศาสตร์และรัฐประศาสนศาสตร์แห่งชาติ
ครั้งที่ 7 (พ.ศ. 2549). อัดสำเนา.

เอกสารภาษาต่างประเทศ

Andre Hariou et Jean Gicquel. *Droit Constitutionnel et Institutions
politiques*. Paris: Montchrestien, 1980.

B.Chantebout. *Droit Constitutionnel et Science politique*. ed.A.Colin,
1989.

_____. *L'Etat, DE L'ÉTAT, une tentative de demythification*.
ed.Consortium de la librairie et de l'Édition, 1975.

Chalvidan. *Doctrine et acte de gouvernement*. n.p.: A.J.D.A., 1982.

Chapus. *l'acte de gouvernement monster ou victim*. Paris: Recueil
Dalloz, 1958.

F.H. Lawson and D.J. Bentley. *Constitutional and Administrative
Law*, 1961.

George Burdeau. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris:
LGDJ, 1968.

Giorgio Agamben. “Security and Terror” tr. Carolin in *Theory &
Event*. 5:4, 2002.

- Gros. **Survivance de la raison d' Etat**. Paris: Dalloz, 1932.
- Ivor Jennings Sir. **The Law and the Constitutional**. London: Hodder and Stoughton Ltd., 1955.
- L. Sfez. Duguit et la theorie de l'Etat in **Genese et declin de l'Etat**. Paris: APD, 1976.
- Maurice Hauriou. **Principes de droit constitutionnel**. Paris :ed. Sirey, 1910.
- _____. **Precis de droit constitutionnel**. 2ed.. Paris: ed. Sirey, 1929.
- M.J.C. Vile. **Constitutionalism and the Separation of Power**. 1967.
- M. Miaille. **L'État du droit**. ed.F.Maspero. Grenoble: PU, 1980.
- Montesquieu. **De l'esprit des lois** .livre XI, chapitre VI. para. 13 (1748) **Oeuvres Completes de Montesquieu**, Roger Caillois edition, 1951.
- O. Beaud. **La notion de l'État. Vocabulaire fondamental du droit**. APD, 1990.
- Olivier Duhamel et Yves Mény. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: PUF, 1992.
- Paul Muller. **Le principe de la proportionnalite**. Bale: Revue de droit suisses, 1978.
- P.Duez. **Les actes de gouvernement**. Paris: Sirey, 1935.
- Thomas Hobbes. **Leviathan: Or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil**. edited by Michael Oakeshot with an introduction by Richard S.Peters. New York: Collier Books, 1967.
- V.A.Brimo. **Le doyen Maurice Hariou et l'Etat**. APD, 1976.
- Virally. **L'introuvable acte de gouvernement**. R.D.P., 1952.
- V.F.Fortunet et G.Koubi. "Reflexions sur le civisme: pratique et theorie" in **La Révolution francais et l'homme modern**. sous la dir.de C.Mazauric. Paris: ed. Messidor, 1989.

Webster's Third New International Dictionary, 1971.

William Blackstone Sir. **Commentaries on the Law of England.** vol.1 1765. Professional Books Limited, reprint 1982.

W.G.Gwyn. **The meaning of Separation of Power**, 1965.

Woo Po Shing. **The Act of State and HKSAR Court.** Article presented at the Third Asia Pacific Court Conference, Shanghai, 6-8 October 1998.

เว็บไซต์

งานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ กองกำลังพลสำนักงานตำรวจแห่งชาติ. ประวัติประเภทเครื่องราชอิสริยาภรณ์. [Online]. Available URL: <http://personnel.police.go.th/insig/history/historymain.htm#P5>. [2552, October 5].

นันทวัฒน์ บรมานันท์. บทบรรณาธิการ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 “การกระทำทางรัฐบาล”. [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1235>.

มานิตย์ จุมปา. ปัญหาเขตอำนาจศาลในการกระทำทางรัฐบาล (Act of Government) กรณีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ในการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก. [Online]. Available: URL: <http://www.law.chula.ac.th/web/popnews.php?Id=668>. [July 2, 2009].

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 (เขาพระวิหาร) ตอนที่ 2 (กรณีศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้นในการกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง

- การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก). [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1292>.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ประวัติความเป็นมา [Online]. 2545. Available from: http://www.krisdika.go.th/about_01.jsp?head=1&item=1. [2552, October 4].
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ทำเนียบรัฐบาล. ความเป็นมาของสำนักนายกรัฐมนตรี [Online]. 2552. Available from: http://www.cabinet.thaigov.go.th/opm_his.htm. [2552, October 5].
- สนุก! ออนไลน์. สารานุกรมไทย ฉบับกาญจนาภิเษก [Online]. 2550. Available from: <http://guru.sanook.com/encyclopedia/ข้าราชการพลเรือนในพระองค์>. [2552, October 5].
- Political Questions.** [Online]. Available: URL: http://www.law.cornell.edu/anncon/html/art3frag25_user.html. [July 2, 2009].
- <http://www.arayachon.org/>
- <http://www.bauriedl.de/>
- <http://www.bundesarbeitsgericht.de/>
- <http://www.bundesgerichtshof.de>
- <http://www.bundesverfassungsgericht.de>
- <http://www.bsg.bund.de>
- <http://www.bverwg.de>
- <http://www.parliament.uk>
- <http://www.senate.gov>