บทที่ 4
การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

4.1 คดีฟ้องคณะรัฐมนตรีว่าการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดี (นายกรัฐมนตรีที่ 1 สำนักนายกรัฐมนตรีที่ 2 ประธานกรรมการเลือกตั้งที่ 3 คณะกรรมการเลือกตั้ง ที่ 4) โดยผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีทั้ง 6 เป็นประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งและผู้ชุมนุมเรียกร้องเพื่อตรวจสอบความคุณธรรม จริยธรรม และความประพฤติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย ถูกดูหมิ่น เกลียดชัง อันเนื่องมาจากการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าว โดยอ้างเหตุผลในการตราว่าเกิดจากการชุมนุมสาธารณะตั้งข้อเรียกร้องในทางการเมือง ต่อมาการชุมนุมได้ขยายตัวไปในวงกว้างและรุนแรงขึ้น รวมทั้งมีการส่อเค้าว่าจะมีการเผชิญหน้าจนอาจจะมีการปะทะกับฝ่ายไม่เห็นด้วย และอาจมีการสอดแทรกฉวยโอกาสจากผู้ที่ไม่ประสงค์ดีจนทำให้ลุกลามถึงขั้นก่อการจลาจล จึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้น เหตุผลในการตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขัดข้อเท็จจริงตามสภาพการณ์ทางสังคมบิดเบือนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เนื่องจากการชุมนุมโดนสงบและเปิดเผยโดยปราศจากอาวุธของประชาชน เป็นสิทธิของประชาชนโดยทั่วไปและของผู้ฟ้องคดีทั้ง 6 ที่จะกระทำการได้ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ได้ให้การรับรองคุ้มครองไว้ นอกจากมาตรานี้มาตรา4 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกำหนดให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 และข้อเท็จจริงที่ปรากฏ ตามข้อ 3 ของแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 เรื่องการยุบสภาผู้แทนราษฎร และการกำหนดวันเลือกตั้ง ระบุว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการเลือกตั้งแล้ว จึงได้กำหนดวันเลือกตั้งทั่วไป จากข้อสังเกตดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ารัฐบาลได้หารือกับประธานกรรมการเลือกตั้งเพียงลำพังเท่านั้น จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกรัฐสภา พ.ศ. 2541 อีกทั้งการกำหนดให้มีการเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 อันเป็นเวลาเพียง 37 วัน นับแต่วันที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ทำให้พรรครัฐบาลได้เปรียบในการเลือกตั้งจึงเป็นการออกกฎหมายเพื่อประโยชน์ของตนเอง มิได้ก่อให้เกิด

ประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป สำหรับแถลงการณ์สำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 มีเนื้อหาที่ผิดพลาดคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงในลักษณะเดียวกันกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงเป็นแถลงการณ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถพึ่งพาองค์กรต่างๆ ในการบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายได้จึงฟ้องต่อศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 แห่งพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[1] นั้นจะหมายถึงคดีพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ แต่ในกรณีพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้นเป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักไทย ตามมาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหาร กับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดที่จะทำการพิจารณาพิพากษาได้ สำหรับแถลงการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นเพียงคำชี้แจงเกี่ยวกับการยุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เท่านั้น ซึ่งไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด ส่วนการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดไม่มีอำนาจรับฟ้องไว้พิจารณาเช่นเดียวกัน จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

ซึ่งเมื่อดูคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสาระบบความ โดยเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณาเรื่องพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้นต้องพิจารณาดังนี้

---

[1] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542, มาตรา 11.

ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

โดยที่มาตรา 276 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเกี่ยวกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนอกจากนี้ มาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

เห็นได้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ

แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้

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

และส่วนข้อหาที่ 3 เมื่อพิจารณามาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

จะเห็นว่า การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาไม่ใช่คดีพิพาทตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องในข้อหาที่ 3 ไว้พิจารณาได้เช่นเดียวกันจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสาระบบความส่วนที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น เมื่อศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว จึงไม่จำต้องมีคำสั่งเกี่ยวกับคำขอดังกล่าวแต่อย่างใด

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

ปกครอง เพียงแต่ให้เหตุผลว่า การยุบสภาผู้แทนราษฎรมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดเท่านั้น ซึ่งตรงนี้ถึงแม้ว่าศาลปกครองจะไม่ได้ใช้คำว่าเป็น การกระทำทางรัฐบาล ตรงๆ แต่เมื่อพิจารณาแล้วก็จะเห็นได้ว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี เรื่องการตราพระราชกฤษฎีกานี้ เป็น "การกระทำทางรัฐบาล" ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร นั่นเอง

การกระทำของคณะรัฐมนตรีในเรื่องนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางรัฐบาล สามารถที่จะพิจารณาได้โดยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์องค์กรผู้กระทำ องค์กรหรือผู้กระทำการคือ คณะรัฐมนตรี เป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารของรัฐ และเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ถึงแม้ว่าในคดีนี้ผู้ที่กระทำจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ก็ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จะต้องไปพิจารณาต่อในหลักเกณฑ์ต่อไป คือ

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจคณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุผล หากคณะรัฐมนตรีกระการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะ เจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่จะกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อดูคดีที่มีการฟ้องเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภานี้ จะเห็นว่าคณะรัฐมนตรีได้กระทำโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ หาได้ใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเท่าพระราชบัญญัติไม่

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ ในเรื่องของเนื้อหานั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)[2] หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ "การ

---

[2] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). **คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2.** หน้า 17.

กระทำทางรัฐบาล และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำ ถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง และการกระทำเหล่านี้ก็เป็น "การกระทำทางปกครอง"

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมืองเพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

ในกรณีการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาของคณะรัฐมนตรีในกรณีนี้ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่ามีลักษณะที่เป็นเรื่องทางการเมือง นั่นเอง

เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่า การตราพระราชบัญญัติยุบสภาของคณะรัฐมนตรีนี้ เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นการใช้อำนาจในเรื่องความสัมพันธ์รัฐบาลกับรัฐสภานั่นเอง

ในเรื่องนี้เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่อาจเข้าควบคุมได้จะมีดังนี้คือ

1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล และรัฐสภา

2) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลหรือองค์กรต่างประเทศ

3) การกระทำที่เกี่ยวกับการสงคราม

4) การให้อภัยโทษ

ซึ่งในคดีนี้เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสมาวิเคราะห์ก็จะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา ซึ่งการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล และรัฐสภา (คำว่ารัฐบาลในที่นี้หมายความถึง ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย) นั้นสามารถแบ่งเป็นการกระทำดังนี้

1) การกระทำที่เป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจนิติบัญญัติเช่น การปฏิเสธที่จะยื่นร่างกฎหมายให้รัฐสภา การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย เป็นต้น

2) คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาลที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของรัฐสภาเช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศในเรื่องที่เกี่ยวกับดินแดนของประเทศ

3) การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่นการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา เป็นต้น

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

ในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล จะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแต่ว่ามิได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงานซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยชาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มิได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

(2) การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้ว จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้น เพราะรัฐบาลนั้นอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังที่จะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจจะกระทำการทางปกครองไปพร้อมๆ กับการกระทำทางตุลาการได้ องค์กรหนึ่งอาจจะมีสองฐานะพร้อมๆ กันก็ได้ ดังนั้นในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการพร้อมๆ กันไปก็ได้ ชาปู อธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการกระทำในทางปกครอง กับการกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึง จะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวกับ หน้าที่ของรัฐบาล ออกเป็นการ

การกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามแนวความคิดนี้จึงอาจได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาปกติ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาสงคราม หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี และกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง

ซึ่งการกระทำในกรณีนี้ เป็นการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภา ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส เพราะว่าการกระทำนี้ได้กระทำขึ้นโดยฝ่ายบริหาร และเนื้อหาของการกระทำนั้นก็เป็นไปในเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นทำให้คดีนี้ไม่อาจที่จะนำขึ้นสู่การพิจารณาโดยศาลยุติธรรม หรือศาลปกครองได้เลย

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

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

ซึ่งในคดีนี้จะไปคล้ายกับธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษในเรื่องที่ นายกรัฐมนตรีเท่านั้นที่เป็นผู้ถวายคำแนะนำในการยุบสภา ซึ่งเป็นธรรมเนียมปฏิบัติตั้งแต่ปี ค.ศ. 1918

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

ต่อมาเมื่อนำหลักปัญหาทางการเมือง (Political Questions) ของประเทศสหรัฐ ซึ่งมีพื้นฐานมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และหน้าที่ประมุขของฝ่ายบริหารเสมือนว่าประธานาธิบดีเป็นทั้งพระมหากษัตริย์ และนายกรัฐมนตรีในขณะเดียวกัน ด้วยเหตุนี้การบริหารของประธานาธิบดีย่อมรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน เพราะได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน สำหรับรัฐมนตรีนั้นประธานาธิบดีแต่งตั้ง เป็นเสมือนที่ปรึกษาของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะเรียกมาหารือ หรือมอบหมายการใด หรือไม่ก็สุดจะแล้วแต่ประธานาธิบดี รัฐมนตรีทั้งหลายรับผิดชอบโดยตรงต่อประธานาธิบดีเท่านั้นไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ในความสัมพันธ์กับฝ่ายบริหาร ซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุขนั้นถือหลักการแบ่งแยกอำนาจค่อนข้างเคร่งครัด กล่าวคือ รัฐสภาไม่อาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน ของประธานาธิบดีโดยตรงโดยการตั้งกระทู้ถาม หรืออภิปรายไม่ไว้วางใจประธานาธิบดี และในทางกลับกันประธานาธิบดีไม่อาจยุบสภาได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามในการปกครองแบบนี้จะมีการคานและดุล (Check and Balance) กัน โดยรัฐสภาอาจออกกฎหมายหรือ อนุมัติไม่อนุมัติงบประมาณแผ่นดินที่ประธานาธิบดี และในบางกรณีที่รัฐสภาเห็นว่าประธานาธิบดีทำผิดร้ายแรงบางประเภท ก็อาจถอดถอนประธานาธิบดี (Impeachment) ได้ในทำนองกลับกัน กฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาแล้วนั้นอาจไม่ได้รับการลงนามโดย ประธานาธิบดี (Veto) ได้ดุจกัน[3]

ซึ่งการออกพระราชกฤษฎีกายุบสภานี้เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ ซึ่งกรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ จะมีดังนี้

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลไม่ควรที่จะเข้าไปแทรกแซงเกี่ยวกับเรื่องของ “อำนาจรัฐ” เพราะการพิจารณาในปัญหาเฉพาะเช่นนี้ ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของประชานชนผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

ข. การกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงเช่นในคดี ได้แก่ ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภา เป็นต้น

ซึ่งเมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกามาพิจารณาเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร แล้วจะเห็นว่าได้ว่าการกระทำนี้จะเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับปัญหาภายในประเทศตามทฤษฎีปัญหาทางการเมือง ดังนั้นการกระทำนี้ไม่สามารถที่จะถูกควบคุมโดยทางศาลได้

---

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

4.2 คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa)

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

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

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

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

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

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

และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ กระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐล่าช้าเกินสมควรไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลมาวิเคราะห์คดีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) การที่จะพิจารณาว่าคดีนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาหลายๆหลักเกณฑ์ประกอบกัน ซึ่งจะเริ่มต้นที่

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

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจคณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราช บัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุผล หากคณะรัฐมนตรีกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่จะกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อดูในคดีนี้จะเห็นได้ว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีไปลงนามในความตกลงร่วมหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นนั้น คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญ มิใช่อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ เมื่อทราบว่าอำนาจที่คณะรัฐมนตรีได้ใช้กระทำการนั้นเป็นอำนาจจากที่ใดแล้วก็จะต้องไปพิจารณาหลักเกณฑ์ต่อไปคือ

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ ในเรื่องของเนื้อหานั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้า

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

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ-ไทย-ญี่ปุ่น (Jteppa) นี้เมื่อพิจารณาถึงลักษณะและเนื้อหาของการกระทำแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำนี้ มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย

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

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

กรณีที่ 1 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายรัฐสภา เช่น กรณีที่ประธานาธิบดีมีรัฐกฤษฎีกาให้ยุบสภากรณีเช่นนี้จะขอให้เพิกถอนไม่ได้ ยังมีกรณีอื่นอีกได้แก่

---

[4] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). **คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2.** หน้า 17.

1) การดำเนินการเบื้องต้นเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกกฤษฎีกาออกกำหนดวันเลือกตั้ง

(1) การมีส่วนร่วมในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย เช่นการเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย เป็นต้น

(2) การประกาศใช้รัฐบัญญัติ เช่นการกล่าวหาว่า รัฐบัญญัติ ที่มีรัฐฎีกาประกาศใช้นั้นมีเนื้อหาไม่ตรงกับร่าง รัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

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

กรณีที่ 2 การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปได้แก่ การกระทำทางการทูต แนวคำพิพากษาจะไม่ได้ชี้ชัดว่าที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ค่อนข้างถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณา ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องรัฐกับรัฐ เช่นการเจรจาทางการทูตต่างๆ การปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การลงนามในสนธิสัญญาต่างๆ การให้สัตยาบันต่อสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

2) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศเช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือให้การคุ้มครองไม่เพียงพอ

3) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลโลก เช่นการปฏิเสธไม่เสนอคดีให้ศาลโลกตัดสิน

4) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม โดยสภาแห่งรัฐได้ถือเอาความหมายเกี่ยวกับสงครามว่าหมายถึงการปฏิบัติการทางทหารในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล จะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแต่ว่ามิได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงานซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยชาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มิได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

ข. การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้นว่ามีลักษณะเป็นเรื่องในทางนโยบาย หรือมีเนื้อหาเป็นงานประจำ

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

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

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

คดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยปกติแล้วจะเกิดจากความพยายามของปัจเจกชน หรือเอกชน ที่จะให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น โดยมีผลกระทบทางอ้อมของการกระทำ

- การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน

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

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

ต่อมาเมื่อนำหลัก ปัญหาทางการเมือง (Political Question) มาวิเคราะห์คดีที่นายกรัฐมนตรีและผู้เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น หลักปัญหาทางการเมือง คือการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำนั้นอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณามาจากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็นส่วนของอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำการบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจที่เป็นสิ่งอ่อนไหวในการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบรวมข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เพียบพร้อมกว่าอำนาจตุลาการ

ซึ่งหลักปัญหาทางการเมือง นั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการคือ

(1) กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ ซึ่งได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง และการกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรง เช่น การเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

(2) กรณีที่เกี่ยวการเมืองระหว่างประเทศ เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับทางการทูต การรับรองรัฐบาลการจัดทำหรือยกเลิกสัญญาต่างๆ การตัดสินใจของประธานาธิบดีในการประกาศสงครามหรือยุติสงคราม

เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา มาวิเคราะห์การกระทำที่นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องไปดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ก็จะเห็นได้ว่า การกระทำนี้เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารไปใช้อำนาจในเรื่องที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ คือการไปทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ ซึ่งเรื่องนี้ก็จะเป็นเรื่องหลักปัญหาทางการเมือง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจถูกแทรกแซงโดยอำนาจตุลาการได้ เพราะที่สหรัฐอเมริกานั้นจะให้การยอมรับในหลักการแยกอำนาจแบบเด็ดขาด ดังนั้นการกระทำในลักษณะนี้จึงไม่อาจที่จะถูกแทรกแซงโดยอำนาจตุลาการได้ ซึ่งการกระทำในแบบนี้จะต้องควบคุมโดยอำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา และท้ายที่สุดแล้วการกระทำนี้ก็จะถูกควบคุมโดยประชาชนนั่นเอง

4.3 คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

ต่อมาดูที่คดีหมายเลขดำที่ 984/2551ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ศาลปกครองกลาง คดีการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีนั้นได้ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำ 3 การกระทำ ได้แก่ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ จะเห็นได้ว่าการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯและมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ นั้นเป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เท่านั้น และการกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและที่สำคัญนั้นยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเอาเป็นวัตถุแห่งคดีได้ อย่างไรก็ตามศาลปกครองกลางกลับนำการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล

ปกครอง ดังปรากฏให้เห็นในคำสั่งของคำสั่งศาลปกครองกลาง และในส่วนของการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ -อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุแห่งคดีได้นั้น จะเห็นได้ว่า การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ไทย-กัมพูชา เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครอง การกระทำดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาล

ในคดีนี้เมื่อดูจากคำสั่งศาลปกครองกลางแล้วอาจจะกล่าวกันได้ว่า ศาลปกครองกลางนั้นไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่พิจารณาเฉพาะการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ตรงนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าว ไม่สามารถที่จะแยกการกระทำออกเป็นส่วนๆ เพื่อพิจารณาได้ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ถือเป็น "การกระทำที่สามารถแยกออกได้" จากการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ การกระทำดังกล่าว ล้วนแล้วแต่เป็นกระบวนการเดียวกัน สืบเนื่องต่อกันไป เป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนาม ไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงนามซึ่งถือว่าแยกออกจากแถลงการณ์ฯที่มีการลงนามแล้วได้

ประเด็นที่เกี่ยวกับอำนาจฟ้องของผู้ฟ้องคดีนั้น ถ้าหากการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นการกระทำที่สามารถถูกตรวจสอบจากศาลปกครองได้ตามคำฟ้องที่ผู้ฟ้องคดีดังกล่าวมาแล้วนั้น ผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวจะมีอำนาจฟ้องได้อย่างไร ทั้งนี้เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าระบบกฎหมายไทยไม่ได้อนุญาตให้บุคคลใดก็ได้ที่พบเห็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถมีอำนาจฟ้องคดีปกครอง กล่าวคือ ไม่ได้ยอมรับหลักการฟ้องคดีปกครองโดยประชาชนทั่วไป แต่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ได้รับความเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรา 42[5] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ

---

[5] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพุทธศักราช 2542, มาตรา 42

ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ

วิธีพิจารณาคดีปกครอง ความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ที่เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าคืออะไร ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้แต่เพียงผู้เดียว และฟ้องคดีแทนปวงชนชาวไทยได้หรือไม่ หากเป็นเช่นนี้ต่อไปบุคคลใดๆ ก็สามารถนำเรื่องราวการกระทำของฝ่ายบริหารไปฟ้องร้องศาลปกครองก็ได้ใช่หรือไม่ โดยอ้างเพียงแต่ว่าตนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย ก็มีอำนาจฟ้องแล้ว ซึ่งมันก็มีแต่จะทำให้เกิดความวุ่นวายขึ้นมาในการบริหารบ้านเมืองของฝ่ายบริหารหรือไม่

เมื่อดูจากคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีนี้ ศาลปกครองได้กล่าวไว้ว่า "พิเคราะห์แล้วจะเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 11[6] แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20[7] แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งตรงจุดนี้ศาลปกครองได้พิจารณาเพียงแค่หลักองค์กรผู้กระทำการเท่านั้นไม่ได้พิจารณาไปถึงเนื้อหาของการกระทำ ซึ่งตรงจุดนี้ จึงยังไม่สามารถที่จะสรุปได้ว่าคดีนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และในคำฟ้องนั้นผู้ฟ้องคดียังได้อ้างว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีกรณีขอขึ้นทะเบียนพร้อมแผนที่แนบท้ายโดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และ

สัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีนั้นจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วเท่านั้น

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

[7] พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534, มาตรา 20 ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 11 กระทรวงหนึ่งมีรัฐมนตรีว่าการ กระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และกำหนดนโยบายของกระทรวงให้สอดคล้องกับนโยบาย ที่คณะรัฐมนตรีกำหนดหรืออนุมัติและรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของกระทรวง และจะให้มี รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงเป็นผู้ช่วยสั่งและปฏิบัติราชการก็ได้

ในกรณีที่มีรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวง การสั่งหรือการปฏิบัติราชการของ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมอบหมาย

ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเป็นผู้บังคับบัญชาส่วนราชการที่เรียกชื่อ อย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรมแต่มิได้สังกัดกระทรวง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะมอบหมายให้ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงปฏิบัติราชการแทนก็ได้

กระทำนอกอำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประชาชาติ และคณะรัฐมนตรีได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)[8] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 ซึ่งตรงนี้เมื่อลองพิจารณาดูแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นเพียงข้อกล่าวหาที่ผู้ฟ้องคดีนั้นได้อ้างขึ้นเพื่อให้เข้าเงื่อนไขในการที่จะทำให้เข้าการควบคุมของศาลปกครองในเรื่องการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 เท่านั้น ซึ่งประเด็นสำคัญในคดีนี้นั้นไม่ได้อยู่ตรงที่การกระทำนี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งการที่จะสามารถยืนยันได้ว่าการกระทำใดชอบด้วยกฎหมายหรือไม่อย่างไรนั้นจะอยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งขั้นตอนนั้นจะต้องผ่านเงื่อนไขในการฟ้องคดีไปก่อน ซึ่งประเด็นสำคัญของคดีนี้อยู่ที่ว่า การกระทำที่เป็นวัตถุแห่งการฟ้อง

---

[8] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ 2542, มาตรา 9 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากการกระทำไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้อง กระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากรศาลทรัพย์สินทางปัญญาและ การค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนัญพิเศษอื่น

คดีนี้นั้นอยู่ในขอบเขตอำนาจในการพิจารณาของศาลปกครองหรือไม่ ถึงการกระทำนี้จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่การกระทำนั้นไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือผู้ฟ้องไม่มีอำนาจที่จะฟ้องคดีได้ ศาลปกครองก็จะไม่รับฟ้องคดีไว้เพื่อที่จะทำการพิจารณาต่อได้

เมื่อได้พิจารณาคดีปราสาทเขาพระวิหารตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 นี้ ศาลปกครองกลางใช้เพียงหลักเกณฑ์ทางองค์กรพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ "เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20[9] แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534" และคณะรัฐมนตรี "มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย" รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี "จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา3แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542" ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรี ก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯและเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็น "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" ใช้อำนาจตามพระราช บัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองจะเห็นได้ว่าแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่

---

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

(1) สำนักงานเลขานุการรัฐมนตรี

(2) สำนักงานปลัดกระทรวง

(3) กรมการปกครอง

(4) กรมการผังเมือง

(5) กรมการพัฒนาชุมชน

* (6) (ยกเลิก)

(7) กรมที่ดิน

(8) กรมโยธาธิการ

(9) กรมราชทัณฑ์

(10) สำนักงานเร่งรัดพัฒนาชนบท

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

บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลก็คือ ศาลปกครองย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะ รัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองโดยองค์คณะ 5 คนกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรีแม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบาย หรือเรื่องในทางระหว่างประเทศซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร จะเห็นว่าการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวข้างต้นย่อมขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ[10] ที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้ง ซึ่งถ้าหากศาลยึดหลักเช่นนี้ก็จะหมายความว่า ต่อไปนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งกระทำการโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญนั้นสามารถที่ถูกฟ้องต่อศาลปกครอง ซึ่งจะทำให้เกิดความยุ่งเหยิงต่อระบบของกฎหมายมหาชน และถ้าเป็นเช่นนี้ต่อไปอีก จะไม่สามารถแยกได้ว่าคดีใดเป็นคดีปกครอง คดีใดเป็นคดีรัฐธรรมนูญได้ และศาลปกครองก็สามารถที่จะทำการพิจารณาคดีโดยพิจารณาเพียงแค่ดูองค์กรผู้กระทำการ คือ มองว่าถ้าเป็นเจ้าหน้าที่รัฐก็พอแล้ว ไม่ต้องไปสนใจว่าจะมีเนื้อหาของคดีอย่างไร ที่มาของอำนาจเป็นอย่างไร ซึ่งตรงนี้เองจะเป็นสิ่งที่ช่วยแยกแยะว่าเป็นคดีปกครองหรือคดีรัฐธรรมนูญนั่นเอง

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

คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยื่นคำ ร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำบังคับได้ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีเจตนาฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมการฟ้องขอเพิกถอนการกระทำอันเป็น

---

[10] พรชัย เลื่อนฉวี. (2546). **กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง.** หน้า 114.

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

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

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

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

ซึ่งการที่จะทราบว่าการกระทำนี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาลนั้น เราต้องนำหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นมาพิจารณาประกอบกันดังต่อไปนี้

1) หลักเกณฑ์องค์กรผู้กระทำ เมื่อดูจากองค์กรที่ใช้อำนาจในคดีนี้จะเห็นว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3[11] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่จะยังสรุปไม่ได้ว่าการกระทำนี้จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

---

[11] มาตรา 3 ในพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

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

"เจ้าหน้าที่ของรัฐ" หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือ มติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าของรัฐตาม (1) หรือ (2)

"คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท" หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและ วิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

"ตุลาการศาลปกครอง" หมายความว่า ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น

"ก.ศป." หมายความว่า คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

"คู่กรณี" หมายความว่า ผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดี และให้หมายความรวมถึงบุคคลหน่วยงานทางปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เข้ามาเป็นคู่กรณีด้วยการร้องสอดไม่ว่าจะโดยความสมัครใจเอง หรือโดยถูกคำสั่งศาลปกครองเรียก เข้ามาในคดี ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย หรืออาจถูกกระทบจากผลแห่งคดีนั้น และเพื่อประโยชน์แห่งการดำเนิน กระบวนพิจารณา ให้รวมถึงผู้มีสิทธิกระทำการแทนด้วย

"คำฟ้อง" หมายความว่า การเสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอ หรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยความสมัครใจ หรือถูกบังคับ หรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

2) หลักเกณฑ์ที่มาของอำนาจ คณะรัฐมนตรีนั้นอาจมีแหล่งอำนาจมาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งเพื่อให้การดำเนินการกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดบรรลุผล หากคณะรัฐมนตรีกระการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ถ้าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารจากรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ เมื่อดูจากคดีนี้แล้วจะเห็นได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ที่ได้ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯไทย-กัมพูชา นั้นได้รับอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ หาใช่ เป็นการใช้อำนาจ ตามพระราชบัญญัติตามที่ผู้ฟ้องได้ฟ้องไม่

3) หลักเกณฑ์ลักษณะหรือเนื้อหาของการกระทำ ในเรื่องของเนื้อหานั้นต้องพิจารณาจากลักษณะของการกระทำนั้นๆ องค์กรฝ่ายบริหารที่เรียกว่ารัฐบาลอาจกระทำการได้ 2 ลักษณะ ถ้ากระทำการในลักษณะที่เป็นการเมือง (Political Action)[12]หรือเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย ถือว่าองค์กรเหล่านั้นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำของรัฐบาลเหล่านี้ ก็คือ “การกระทำทางรัฐบาล และในทางกลับกัน ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการในลักษณะที่เป็นงานประจำถือว่าองค์กรเหล่านี้กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองและการกระทำเหล่านี้ก็เป็น “การกระทำทางปกครอง”

การกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นเรื่องของการใช้อำนาจดุลพินิจ เพื่อเลือกตัดสินใจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะเป็นนโยบายชั้นสูง หรือนโยบายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกิจการที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางการเมือง เพราะเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภา

กรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชานั้น มีลักษณะเป็นการกระทำในเชิงนโยบาย

“กฎ” หมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวงข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือ บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

“สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทาง ปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือ จัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

[12] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). **คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2.** หน้า 17.

เมื่อนำการกระทำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ไปลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา มาพิจารณากับหลักเกณฑ์ข้างต้นแล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็น "การกระทำทางรัฐบาล" จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะทำการพิจารณาพิพากษาได้

เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvenement) ของประเทศฝรั่งเศสมาวิเคราะห์การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ก็จะเห็นได้ว่า การกระทำนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความ สัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งโดยหลักทั่วไปได้แก่ การกระทำทางการทูต ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

1) การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องรัฐกับรัฐ เช่นการเจรจาทางการทูตต่างๆ การปฏิเสธที่จะรับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในอนุสัญญา การลงนามในสนธิสัญญาต่างๆ การให้สัตยาบันต่อสัญญาตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

(1) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศเช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือให้การคุ้มครองไม่เพียงพอ

(2) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดีของศาลโลก เช่นการปฏิเสธไม่เสนอคดีให้ศาลโลกตัดสิน

(3) การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม โดยสภาแห่งรัฐได้ถือเอาความหมายเกี่ยวกับสงครามว่าหมายถึงการปฏิบัติการทางทหาร

ในประเทศฝรั่งเศสการกระทำในลักษณะอย่างไร จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะต้องพิจารณาดังนี้คือ

(1) การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแต่ว่ามิได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงานซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยชาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

ก. องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มิได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

ข. การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ค. กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

(2) การพิจารณาในเรื่องเนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้นว่าเป็นการกระทำที่ลักษณะเป็นเรื่องในทางนโยบาย หรือเป็นเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานประจำ

แม้ว่าแนวคำพิพากษา จะไม่ได้ชี้ชัดว่าการที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ค่อนข้างถือหลักว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณาได้

เมื่อดูที่องค์กรผู้กระทำ ในกรณีนี้ก็จะเห็นได้ว่า องค์กรผู้กระทำนี้ก็คือ ฝ่ายบริหารนั่นเอง เพราะว่าการกระทำที่ไม่ได้กระทำโดยฝ่ายบริหารแล้วจะไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล แต่การที่จะมองว่าองค์กรผู้กระทำคือฝ่ายบริหารแล้วจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่ เพราะจะต้องไปดูที่เนื้อหาว่าเป็นการกระทำทางปกครอง หรือการกระทำทางรัฐบาล และเนื้อหาของการกระทำในคดีนี้ ก็เป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล หาใช่เป็นการกระทำทางปกครอง

ซึ่งการกระทำที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา เมื่อนำหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศส มาวิเคราะห์ก็จะเห็นได้ว่า เรื่องนี้เป็นการกระทำทางรัฐบาล ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งมีผลทำให้การกระทำนี้ หลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาลทั้งสิ้น

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

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

ตั้งคำถามใดๆได้ เพราะเป็นเรื่องที่ไม่ใช่เรื่องของอำนาจฝ่ายตุลาการ หรือไม่อาจใช้อำนาจยุติธรรมมาตัดสินได้ หรือเป็นสิ่งประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้บังคับซึ่งสิทธิใดๆ จากอำนาจตุลาการ

คดีที่เกี่ยวกับการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยปกติแล้วจะเกิดจากความพยายามของปัจเจกชน หรือเอกชน ที่จะให้ได้รับการชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นโดยมีผลกระทบทางอ้อมของการกระทำ

ข. การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ที่เกี่ยวข้องกับปัจเจกชนมีหลักของการกระทำของรัฐ เป็นหลักการป้องกัน ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจตุลาการ เพื่อให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้าง Non-Jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบโดยศาล

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

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

เมื่อมาดูหลักปัญหาทางการเมือง (Political Questions) หลักปัญหาทางการเมืองคือการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำนั้นอีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณามาจากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลาการไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็นส่วนของอำนาจของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำการบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจที่เป็นสิ่งอ่อนไหวในการรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบรวมข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เพียบพร้อม

กว่าอำนาจตุลาการ ซึ่งหลักปัญหาทางการเมืองสามารถแยกพิจารณาจากเหตุผลในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจได้เป็น 2 ประการคือ

ก. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ

ข. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ

เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์ที่การใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศโดยลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย-กัมพูชา ก็จะเห็นได้ว่าการกระทำนี้เป็นเรื่องที่ตรงกับหลักปัญหาทางการเมืองของประเทศสหรัฐอเมริกา ในส่วนที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งในส่วนนี้สามารถที่จะแบ่งเป็นเรื่องได้ดังนี้

1) กรณีเกี่ยวกับนโยบาย การตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเรื่องที่เกี่ยวกับการทูต การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ

2) การจัดทำและยกเลิกสนธิสัญญา การกระทำที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ดังเช่น การกระทำของประธานาธิบดีในการจัดทำสนธิสัญญา หรือการยกเลิกการบังคับใช้ของสนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่ง

3) การตัดสินใจของประธานาธิบดี ในเรื่องที่เกี่ยวกับการประกาศสงคราม หรือการยุติสงคราม

4) การกระทำที่เกี่ยวกับอำนาจการใช้กำลังทหาร เช่น การส่งกำลังทหารไปรบในสงครามเวียดนาม หรือการส่งทหารเข้าไปในประเทศนิคาระกัว แม้ว่า การกระทำนี้จะไม่ได้กระทำภายใต้สภาวะประกาศสงครามก็ตาม

ดังนั้นเมื่อการกระทำนี้เมื่อนำหลักปัญหาทางการเมืองมาวิเคราะห์แล้วเห็นว่า เป็นเรื่องที่ตรงกับหลักปัญหาทางการเมืองซึ่งทำให้เรื่องนี้จะไม่สามารถถูกแทรกแซงโดยอำนาจ ตุลาการได้ เพราะจะเป็นเรื่องที่จะต้องถูกควบคุมโดยอำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา ตามหลักแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

4.4 ความเห็นของนักวิชาการกฎหมายมหาชนในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

1) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์[13] ได้กล่าวว่า เรื่องปราสาทพระวิหารกลายมาเป็น เรื่องใหญ่ของการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลที่ส่งผลกระทบหลายประการ เริ่มจากการที่มีบุคคลกลุ่มหนึ่งไปฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย-กัมพูชา เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทย และขอให้ศาลปกครอง

---

[13] นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2551). การกระทำทางรัฐบาล. สืบค้นเมื่อ 2 กรกฎาคม 2551, จาก **httc://www.pub-law.net**

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

และผู้ฟ้องคดียังได้ขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งศาลปกครองกลางก็ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวห้ามมิให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีดำเนินการใดๆ ในเรื่องที่ถูกฟ้องคดีจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ซึ่งก็หมายความว่ามติของคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วม และแถลงการณ์ร่วมที่ลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ไม่สามารถใช้บังคับได้จนกว่าศาลปกครองจะมีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว

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

มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำนั้น โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น "การกระทำทางปกครอง" (Acte administratif) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในขณะที่คณะรัฐมนตรีประเภทหลังซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยทั่วไปแล้วคณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น "การกระทำทางรัฐบาล" (Acte de gouvernement) ซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบของรัฐสภา

ในทางทฤษฎีนั้น การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภทคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา กับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ ในประเทศฝรั่งเศสนั้นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่างๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ. 1930 วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำรัฐบาล ค.ศ. 1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดที่กล่าวไปแล้วศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ในเบื้องต้นว่า ในฝรั่งเศสศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่าตนเองมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัย "การกระทำทางปกครอง" ส่วน "การกระทำทางรัฐบาล" นั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในการตรวจสอบของรัฐสภา

สำหรับในประเทศไทยนั้นเมื่อพิจารณาดูกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคณะรัฐมนตรีหลายฉบับก็ไม่พบว่ามีการแยกการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (2) ถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณา "คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี" ก็ไม่ได้มีการแยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา ด้วยเหตุนี้เองที่มีการนำมติคณะรัฐมนตรีหลาย ประเภทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองในเวลาต่อมา

แนวความคิดเรื่อง "การกระทำทางรัฐบาล" ยังเป็นสิ่งที่พูดถึงและศึกษากันน้อยมากที่เคยมีการให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวไว้บ้าง เช่น ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ในฐานะ

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

เมื่อไม่นานมานี้ก็มีการกล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลไว้ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า "การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภาเพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

ซึ่งสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ซึ่งนับเป็นเอกสารทางวิชาการที่สำคัญที่สุดชิ้นหนึ่งที่ได้อธิบายถึงหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลไว้เป็นอย่างดียิ่ง ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นผลงานของรองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ นักกฎหมายมหาชนแถวหน้าของประเทศไทย อดีตอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งปัจจุบันเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดและเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในเรื่องดังกล่าว ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า "มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง" โดยในคำสั่งดังกล่าวได้ "อธิบาย" ถึง "การกระทำทางปกครอง"และ "การกระทำทางรัฐบาล" ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่ได้กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่ง ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในตอนท้ายท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ ได้พิจารณาถึงคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 คดีปราสาทพระวิหารที่กำลังเป็นปัญหาอยู่ในขณะนี้ ซึ่งศาลปกครองเห็นว่าการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกต่อคณะรัฐมนตรีและการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง สรุปได้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงมีฐานะเป็น "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" ตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาซึ่งนอกจากศาลปกครองกลางจะรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาแล้วยังมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในคราวเดียวกันด้วย

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

สำหรับคำสั่งของศาลปกครองทั้ง 2 คำสั่ง คือคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 กับคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 นั้นมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนในแง่ของ แนวคิดทฤษฎี และเหตุผลที่นำมาใช้เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งก็ส่งผลทำให้คำสั่งทั้ง 2 ออกมาในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน ซึ่งท่านอาจารย์เห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะการกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้นมีทั้งการกระทำทางปกครองอันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กับการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากไม่แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองและมองว่าคณะรัฐมนตรีไม่ว่าจะใช้อำนาจจากแหล่งใดก็ตามถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และอยู่

ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง ในอนาคตก็จะมีผู้นำเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองตลอดเวลา รัฐบาลก็คงไม่สามารถทำงานอะไรได้อย่างราบรื่น ซึ่งก็จะส่งผลตามมาอีกมากมายหลายประการ จนทำให้ในที่สุดระบบการแบ่งแยกอำนาจซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุด และในวันนั้น คณะรัฐมนตรีจะบริหารประเทศต่อไปได้อย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสำคัญของประเทศหรือเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่หากศาลปกครองมีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้

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

2) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ราชบัณฑิต ศาสตราภิชาน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า[14] มีความเห็นดังนี้

ท่านกล่าวว่า เมื่อวันศุกร์ที่ 27 ที่ผ่านมา ศาลปกครองกลางได้ออกคำสั่งกำหนดวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนคำพิพากษาในคดีที่นายสุริยะใส กตะศิลา และคณะ เป็นผู้ฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบและลงนามร่วมไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนเขาพระวิหาร พร้อมทั้งขอให้ศาลออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวเพื่อให้แถลงการณ์ร่วมสิ้นผลชั่วคราว รวมทั้งให้มติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวสิ้นผลชั่วคราว และให้ผู้ฟ้องแจ้งการยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อองค์การยูเนสโกไว้ชั่วคราว

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

---

[14] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2551). แถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารกับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ. สืบค้นเมื่อ 20 ตุลาคม 2551, จาก **httc://www. kpi.ac.th**

(1) ปฏิกิริยาและผลของคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว

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

ต่อมามีการอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดซึ่งมีคำพิพากษายืนตามศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นข้อแตกต่างระหว่าง การใช้อำนาจทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันอยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ว่าแตกต่างจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ กระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่ได้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และศาลปกครองสูงสุดก็สรุปว่า ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำริไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสาระบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550)

ส่วนเรื่องที่ท่านไม่แน่ใจ ก็เพราะท่านได้กล่าวว่าท่านได้เรียนกฎหมายมหาชนมาและสอนกฎหมายมหาชนอยู่จนทุกวันนี้ ก็ได้สอนอย่างที่ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางตัดสินไว้เมื่อปี 2550 ว่า "การกระทำของรัฐบาล" (Act of government) ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาก็ดี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ดี ศาลไม่อาจควบคุมได้ เมื่อศาลปกครองกลางกลับแนวคำพิพากษาของท่านเอง และของศาลปกครองสูงสุดที่ตัดสินเมื่อปีที่แล้ว โดยออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวในคดีแถลงการณ์ร่วมนี้ จึงทำให้ท่านไม่แน่ใจว่าศาลปกครองไทยจะมีบรรทัดฐานในเรื่องนี้อย่างไรแน่ ซึ่งท้ายที่สุดคงต้องรอคำสั่งศาลปกครองสูงสุดว่าจะยึดบรรทัดฐานเดิมหรือจะเปลี่ยนบรรทัดฐาน

ซึ่งท่านเห็นว่า ผลคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวก่อให้เกิดผลดังนี้

ก. กระทรวงการต่างประเทศยกเลิกการสัมมนาที่จะจัดขึ้นเพื่อชี้แจงเรื่องนี้ รวมทั้งยกเลิกสมุดปกขาวที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงทั้งหมด อธิบดีกรมสนธิสัญญาที่รับว่าจะไปอภิปรายเรื่อง

"การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร : ปัญหากฎหมายและอธิปไตยของชาติ" เมื่อวันจันทร์ที่ผ่านมา ซึ่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร และสถาบันพระปกเกล้าจัดขึ้น ยกเลิกการมาร่วมอภิปราย

ข. ถ้าไม่มีการอุทธรณ์หรืออุทธรณ์ แต่ศาลปกครองสูงสุดยังไม่มีคำสั่ง หรือยืนตามศาลชั้นต้น คงจะไม่มีผู้แทนรัฐบาลไทยไปร่วมประชุมคณะกรรมการมรดกโลกที่ควิเบกระหว่างวันที่ 2-10 กรกฎาคมนี้ กัมพูชาก็คงจะนำเสนอการขึ้นทะเบียนมรดกโลกไปแต่ผู้เดียว

ค. ไม่แน่ใจว่า ระหว่างรอคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ความน่าเชื่อถือของรัฐบาลไทยในการเจรจาต่อรองกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศที่กำลังดำเนินการอยู่ก็ดี หรือจะดำเนินการก็ดี จะเหลือเพียงใด เพราะมีความไม่แน่นอนในสถานะของข้อตกลง

(2) หลักกฎหมายมหาชนเรื่อง "การกระทำของรัฐบาล" (Act of government)

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

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

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ห้องสมุดงานวิจัย

ท่านยังได้ยกตัวอย่างเกี่ยวกับศาลปกครองของ ฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกา อย่างสั้นๆ ไว้ดังนี้

ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ถือหลักไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาลมากว่า 100 ปี มีคำพิพากษากว่า 100 คำพิพากษา เช่น ในคดี Tallagrand (CE 29 Nov. 1968) ศาลตัดสินว่า การเสนอหรือไม่เสนอกฎหมาย หรือการถอนร่างกฎหมาย เป็นการกระทำของรัฐบาลมาฟ้องศาลไม่ได้ ในคดี Desreumrux (CE 3 Nov. 1933) ศาลตัดสินว่า การประกาศกฎหมายมาฟ้องศาลไม่ได้ ในอีกคดีศาลตัดสินว่าการขอหรือไม่ขอประชามติ ฟ้องศาลไม่ได้ ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดตัดสินว่าคดีที่เกิดจากการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นการกระทำของรัฐบาลฟ้องศาลไม่ได้ (CE 13 July 1979 Coparex) ฟ้องศาลไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันสนธิสัญญาไม่ได้ (CE 5 Feb. 1926 Dame Caracs) การที่รัฐบาลฝรั่งเศสสั่งให้ส่งสัญญาณกวนสถานีวิทยุอันดอร์รารัฐเล็กๆ ในพรมแดนฝรั่งเศส สเปน เป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลไม่รับฟ้อง

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

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

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

จะมีแนวทางในการไม่รับพิจารณา ศาลไทยเองก็ถือหลักนี้มาตลอด ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ดังกล่าวแล้ว หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวินิจฉัยชัดเจนว่า การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งศาลไม่ควบคุม

(3) หลักกฎหมายมหาชน ที่เกี่ยวกับการแยกหน้าที่ศาล (ผู้ควบคุม) ออกจากหน้าที่ดำเนินการบริหารของฝ่ายปกครอง เป็นหลักกฎหมายมหาชนสำคัญอีกหลักหนึ่ง คือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครองไม่มีหน้าที่บริหาร มีเพียงหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมายหลักนี้สำคัญมาก เพราะถ้าศาลปกครองสามารถ สั่งฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่อง ก็เท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็น ศาลเป็นรัฐบาล (Government of judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้อง อนึ่ง ศาลเองก็ไม่มีความรู้ทางเทคนิคทุกด้านด้วยพอที่จะลงไปควบคุมสั่งการทุกเรื่อง ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักกฎหมายสำคัญว่าศาลจะไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะดุลพินิจเทคนิค (Technical Discretion) เช่น จะตัดถนนไปทางไหนดี สิ่งเหล่านี้เป็นโบราณสถาน โบราณวัตถุหรือไม่ งานวิชาการชิ้นนี้ได้มาตรฐานงานวิชาการที่ดีหรือไม่ ยิ่งเป็นเรื่องการต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็ดี ศาลในระบบประมวลกฎหมาย (Civil law) ก็ดี จะไม่ยอมตีความสนธิสัญญาเอง โดยไม่ขอความเห็นกระทรวงการต่างประเทศเป็นอันขาด ดังนั้นหากต้องตีความสนธิสัญญา ศาลประเทศเหล่านี้จะส่งเรื่องไปขอความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศเหล่านี้จะไม่คุมการกระทำของรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอันขาด

ท่านศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้มีข้อเสนอดังนี้ คือ 1) กระทรวงการต่างประเทศควรอุทธรณ์คำสั่งนี้โดยด่วน เพื่อฟังคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด และ 2) ศาลรัฐธรรมนูญควรเร่งพิจารณาคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและฝ่ายค้านว่า แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องดำเนินการตามมาตรา 190 คือเสนอให้รัฐสภาเห็นชอบหรือไม่ หากต้องดำเนินการ คณะรัฐมนตรีก็ต้องเสนอแถลงการณ์ร่วมไทย- กัมพูชา ให้รัฐสภาพิจารณาโดยด่วนที่สุด และแจ้งให้คณะกรรมการมรดกโลกทราบว่า ประเทศไทยยังดำเนินการไม่ครบถ้วนตามขั้นตอน ภายในของเรา จึงยังไม่อาจใช้แถลงการณ์ร่วมประกอบการพิจารณาทางคณะกรรมการมรดกโลกได้ ซึ่งเป็นเหตุผลที่รัฐต่างประเทศเข้าใจและยอมรับกันเสมอมา

3) ความเห็นของคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์[15] (รองศาสตราจารย์วรเจตน์ ภาคีรัตน์ รองศาสตราจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิชย์ ดร.ฐาปนันท์ นิพิฎฐกุล, อาจารย์ธีระ สุธีวรางกูร, และอาจารย์ปิยบุตร แสงกนกกุล)

---

[15] แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2551). ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีดำหมายเลขที่ 984/2551. สืบค้นเมื่อ 20 กรกฎาคม 2551, จาก **httc://www.prachatai.com**

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

ส่วนแรก นั้นจะเป็นเรื่องที่เป็นสาระสำคัญของการกระทำทางรัฐบาล

ก. ท่านคณาจารย์ได้อธิบาย ว่า หลักนิติรัฐนั้นได้เรียกร้องให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายนั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีการกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมือง หรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นต้น ในทางวิชานิติศาสตร์จะเรียกการกระทำที่มีลักษณะนี้ว่า การกระทำทางรัฐบาล (Act of State; Acte de gouvernement; Regierungsakt) ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการที่จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมาย ก็จะมีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่องๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมาย แต่ต้องควบคุมตรวจสอบในทางการเมืองเท่านั้น

ข. ท่านคณาจารย์ได้ให้เหตุผลว่าการที่ การกระทำทางรัฐบาล ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ก็เป็นเพราะโดยปกติแล้วการกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะแล้วกา รกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง ที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่งในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์หรือเป็นเครื่องมือในการควบคุมตรวจสอบ และหากให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลปกครองเข้ามามีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบต่อใครทั้งสิ้น

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

ง. ท่านคณาจารย์ได้กล่าวว่า ในส่วนของหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ ต้องพิจารณาจากประเภทของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีกระทำการ กล่าวคือ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีผู้นั้นย่อมกระทำการในฐานะรัฐบาลใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นก็เป็นการกระทำทางรัฐบาลและไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลใด และในทางกลับกัน กรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีนั้นย่อมกระทำการในฐานะเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นฝ่ายปกครอง และใช้อำนาจปกครอง และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง

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

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

ถือเป็นการกระทำที่แยกออกได้จากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติ และหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นคดีอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองได้

ส่วนที่สองจะเป็นความเห็นของคณาจารย์ทั้ง 5 ต่อ คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีดำที่ 984/2551 (กรณีเขาพระวิหาร)

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

ข. คณาจารย์ทั้ง 5 เห็นว่า การเสนอแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและการที่คณะรัฐมนตรีลงมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ต่างก็เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครอง

ค. ท่านคณาจารย์เห็นว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการกระทำ 3 การกระทำ ได้แก่ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี มติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เท่านั้น การกระทำทั้งสองนั้นยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุแห่งคดีได้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองกลางกลับนำการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ มาใช้พิจารณาว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ง. ในส่วนของการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อันก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งมีผลทางกฎหมายสู่ภายนอก ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ และอาจเป็นวัตถุแห่งคดีได้นั้น ท่านคณาจารย์เห็นว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการ

กระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอาศัยอำนาจอันมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่อำนาจอันมีที่มาจากกฎหมายปกครอง ดังนั้นการกระทำดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

จ. ท่านคณาจารย์มองว่าศาลปกครองกลางไม่ได้วินิจฉัยว่าการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ได้พิจารณาเฉพาะการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่สามารถที่จะแยกการกระทำออกเป็นส่วนๆเพื่อพิจารณาได้ การเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี และมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ถือเป็นการกระทำที่แยกออกได้ จากการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ ซึ่งการกระทำดังกล่าวล้วนถือว่าเป็นกระบวนการเดียวกันและได้กระทำสืบเนื่องต่อกัน และเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิดการลงนามไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการลงนามซึ่งถือว่าแยกออกจากแถลงการณ์ฯ ที่มีการลงนามแล้วได้

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

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

ไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ซ. ส่วนกรณีคดีปราสาทพระวิหาร ตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 นั้นศาลปกครองกลางใช้หลักเกณฑ์ทางองค์กรพิจารณาเท่านั้น โดยมองว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 และคณะรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรี จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งคณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ หากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลที่ตามมาก็คือศาลปกครองจะสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรี แม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบาย หรือเรื่องในทางระหว่างประเทศ ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าการตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างชัดเจน

ฌ. จากเหตุผลที่ได้กล่าวมา คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ

ต่างประเทศต่อคณะรัฐมนตรี ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศกัมพูชาและยูเนสโกนั้น ไม่ถือเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เมื่อคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกรณีดังกล่าว ก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองด้วยเช่นกัน ส่วนประเด็นที่ว่าแถลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 190 อันจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ญ. คณาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่านมีความตระหนักในสำคัญของหลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความห่วงใยในคุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ว่าอาจจะเสียไปโดยการที่ศาลปกครองกลางในคดีนี้เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหารโดยแท้ของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อสภาผู้แทนราษฎรตามวิถีทางในทางประชาธิปไตยอยู่แล้ว อีกทั้งคำสั่งในคดีนี้ยังขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่คณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอีกด้วย จึงขอแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อคำสั่งศาลปกครองกลางผ่านแถลงการณ์ฉบับนี้

4) ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์[16] ในคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ว่าถูกต้องหรือไม่นั้น ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา โดยท่านมีความเห็นว่า ในเวลาเรื่องที่คนไทยทุกคนทราบดีและเป็นกังวลกันอยู่ทุกคน ก็คือ ประเทศไทยจะสูญเสียดินแดนหรือสูญเสียอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในเขตบริเวณประสาทหินบนเขาพระวิหาร เพราะการที่ประเทศกัมพูชานำประสาทพระวิหารขึ้นทะเบียนมรดกโลก หรือไม่ และได้มีบุคคลจำนวนหนึ่งได้นำเรื่องนี้ไปฟ้องเป็นคดี ในศาลปกครอง (คดีหมายเลขดำ ที่ 984 / 2551) เพื่อตรวจสอบว่า การดำเนินการของรัฐบาลปัจจุบันในเรื่องนี้ เป็นไปโดยถูกต้องโปร่งใส เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือไม่ ต่อมาศาลปกครอง

---

[16] อมร จันทรสมบูรณ์. (2551). คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีดำหมายเลขที่ 984/2550 ถูกต้องหรือไม่ ?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ขึ้นทะเบียน "ปราสาทพระวิหาร) สืบค้นเมื่อ 24 สิงหาคม 2551, จาก **www.pub-law.net**

กลางได้มีคำสั่ง (ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551) ลงวันที่ 27มิถุนายน 2551 สั่งต่อรัฐบาลกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในเรื่องนี้ และได้กลายมาเป็นประเด็นที่วงการวิชาการกฎหมายให้ความสนใจ และมีนักกฎหมายจำนวนมากออกมาแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่อง เขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ของศาลปกครองว่า ศาลปกครองจะมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีประเภทนี้คดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือไม่

ซึ่งเมื่อท่าน (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์) ได้อ่านคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำหมายเลขที่ 984/2551 แล้วมีความเห็นที่ไม่ตรงกับท่านอาจารย์ทั้ง 3 ท่าน (คณาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, และศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์) เพราะท่านเห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลาง ที่ได้มีการรับเรื่องการฟ้องคดีเรื่องเขาพระวิหารไว้พิจารณา และเห็นด้วยกับการที่ศาลปกครองที่ได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว ทั้งนี้ท่านจะยังไม่พิจารณาไปถึงแนวทางการให้เหตุผลของศาลปกครองกลางในคดีนี้ ว่า จะตรงหรือไม่ตรง กับหลักกฎหมายหรือทฤษฎีใดของกฎหมายมหาชนของต่างประเทศ แต่อาจารย์ทั้ง 3 ท่านมีความเห็นว่า ศาลปกครองกลางไม่ควรรับเรื่องไว้พิจารณา และดังนั้นจึงไม่ควรสั่งมาตรการคุ้มครองชั่วคราว

ท่านได้ให้ความสำคัญกับความเห็นหรือข้อวิจารณ์ ในทางวิชาการของนักวิชาการที่มีต่อคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลเป็นอย่างมาก เพราะท่านเห็นว่าระบบศาล จะพัฒนาไปข้างหน้าได้หรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับความใส่ใจของนักวิชาการในวงการวิชาการ ต่อคำพิพากษาฯของศาล และเขียนวิพากษ์วิจารณ์ โดยท่านเห็นว่า ความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการจะเป็นเครื่องมือที่ทำให้สังคมได้มองเห็นคุณภาพของผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นผู้ที่เขียนคำพิพากษานั้นๆ และแน่นอนว่า ความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการที่จะก่อให้เกิดผลในทางพัฒนาคุณภาพของผู้พิพากษาหรือพัฒนา บรรทัดฐานของคำพิพากษาได้ จะต้องเป็นความเห็นหรือข้อวิจารณ์(ของนักวิชาการ) ที่มีความสมเหตุสมผล (Logical) และชี้นำอย่างถูกต้อง แต่ในทางกลับกันถ้าหากความเห็นหรือข้อวิจารณ์ของนักวิชาการไม่ครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ได้มาตรฐาน ก็จะเกิดผลในทางตรงกันข้าม คือ ทำให้สังคมเกิดความสับสนและทำให้บรรทัดฐานของ ของคำพิพากษาถอยหลังได้

ซึ่งความเห็นของอาจารย์ทั้ง 3 ท่านนั้น ได้ทำให้เหตุการณ์ทางการเมืองไปไกลมากกว่าการที่นายกรัฐมนตรี (นายสมัคร สุนทรเวช) ได้นำมาอ้างอิงดังกล่าวข้างต้น เพราะได้ปรากฏเป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์ (วันที่ 25 กรกฎาคม) ว่า ส.ส.ของพรรคการเมืองรัฐบาล เตรียมล่าลายชื่อให้วุฒิสภาถอดถอนตุลาการศาลปกครอง โดยกล่าวว่า ศาลปกครองวินิจฉัยคดีเป็น 2 มาตรฐาน หมายเหตุ กระบวนการยื่นถอดถอนตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ ส.ส.ต้องใช้

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

ทั้งนี้คดีพิพาทเรื่องปราสาทเขาพระวิหารนี้ เป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสูญเสียหรือไม่สูญเสียดินแดน หรืออำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนหรือไม่ และดูเหมือนว่าความเห็นของท่านจะแตกต่างจากบรรดาท่านอาจารย์ที่ได้มีความเห็นที่ได้กล่าวมาก่อนแล้วข้างต้น

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

1.) นักกฎหมายทั้งสามท่านไม่เห็นด้วยกับคำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีดำหมายเลขที่ 984/2551 ที่ได้มีการรับคำฟ้องคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา และก็ยังไม่เห็นด้วยที่ศาลปกครองกลางมีคำสั่งให้ใช้มาตรการคุ้มครองชั่วคราว ซึ่งนักกฎหมายทั้งสามท่านได้อ้างอิงในหลักกฎหมายที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล

2.) นักกฎหมายทั้งสามท่าน ได้มีความเห็นว่าควรที่จะใช้คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นบรรทัดฐานในการพิจารณาคดี

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

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

หัวข้อที่สอง เป็นปัญหาข้อกฎหมายในทางวิชาการ คือ ถ้าสมมติว่า ข้อเท็จจริงตามที่เป็นอยู่ในคดีพิพาทเรื่องปราสาทพระวิหารนี้ เกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้ว ศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาพิพากษาหรือไม่ คือ จะเห็นว่าคดีพิพาทนี้เป็น

เรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ และถ้าศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วจะรับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณาหรือไม่

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

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 198 / 2550 (Jteppa) มีสาระเช่นใด

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

คดีนี้วินิจฉัยโดยตุลาการศาลปกครองสูงสุดจำนวน 5 ท่าน คือ นายวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน นายอำพล สิงหโกวินท์ หัวหน้าคณะ, นายวิชัย ชื่นชมพูนุท, นายไพบูลย์ เสียงก้อง, และนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เป็นองค์คณะ

ซึ่งสาระของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 มีสาระสำคัญดังนี้

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

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

และการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ในส่วนที่เป็นการวินิจฉัยของศาลอาจสรุปแนวทางการเขียนได้ เป็น 2 ตอนดังต่อไปนี้

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

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

(ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) ใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 4) หาได้กระทำในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง ฯ พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และในกรณีนี้ ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่าง องค์กรตามรัฐธรรมนูญ กับ เอกชนและระหว่าง องค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกันเอง

จากนั้นศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีและวินิจฉัยว่าคดีนี้ไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครอง และมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

2) คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นไปตามแนวทางทฤษฎี Acte de gouvernement หรือไม่

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

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเหตุผลที่เป็นหลักการประการดังนี้ คือ (1) หลักการประการแรก คือ ต้องพิจารณาดูว่าองค์กรที่กระทำการนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ (2) หลักการประการที่สอง คือ องค์กรดังกล่าวใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามกฎหมายอะไรใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯหรือใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ โดยตุลาการศาลปกครองสูงสุด ได้วินิจฉัยเป็นหลักการไว้ว่า ถ้าองค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวคณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครอง ฯ ไม่และไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ดังนั้นศาลปกครองสูงสุด จึงมิได้ไม่รับฟ้องคดีพิพาทนี้เพราะเหตุผลว่าการกระทำของคณะรัฐมนตรีเป็นการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาล กับรัฐสภาหรือเป็น การกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะศาลปกครองสูงสุด ได้กล่าวถึง การกระทำทั้งสอง เพียงเป็นตัวอย่างของการกระทำที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4

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

ด้วยเหตุนี้แม้ตุลาการศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งที่ 178/2550) จะมีข้อยุติและสั่งไม่รับคดีพิพาทนี้ไว้พิจารณา แต่ เหตุผลที่ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นกล่าว มิได้เป็นไปตามทฤษฎีหรือหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล แต่เป็นเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดพยายามที่จะวางแนวทางการให้เหตุผลเป็นของตนเองขึ้นมาใหม่

3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 จะใช้เป็นบรรทัดฐานได้หรือไม่

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ กล่าวว่าถ้าวงการกฎหมายและศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วสามารถคิดสร้างหลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) มาใช้ในการบริหารประเทศจนทำให้การบริหารประเทศมีประสิทธิภาพและประสบความสำเร็จในการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตยได้ วงการกฎหมายและศาลปกครองของไทย ก็น่าจะสามารถคิดสร้างหลักการและหลักกฎหมายทั่วไปที่เหมาะสมกับประเพณีไทยและสภาพการบริหารของสภาพการบริหารที่ให้มีประสิทธิภาพได้เช่นกัน

หลักการหรือหลักกฎหมายทั่วไปที่วงการกฎหมายและศาลปกครองคิดขึ้นมานั้น จะต้องเป็นหลักปฏิบัติที่สามารถนำมาใช้ได้อย่างเป็นบรรทัดฐาน คือสามารถอ้างอิงนำไปใช้ได้ในกรณีที่คล้ายคลึงกัน โดยเกิดผลดีต่อการบริหารประเทศได้ในลักษณะเดียวกัน มิใช่ว่ากรณีนี้ใช้ได้ผลดี แต่อีกกรณีหนึ่งกลับเกิดผลเสีย เมื่อพิจารณาดูถึงเหตุผลที่ ตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้อธิบายไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น) เป็นหลักการไว้ว่า ศาลปกครองย่อมไม่อำนาจพิจารณาพิพากษา ในคดีพิพาทที่มีการฟ้องร้องขอให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กร ถ้า (2) องค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ(ในที่นี้คือ คณะรัฐมนตรี) และ (2) องค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ได้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ และ ในทางกลับกัน ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเมื่อองค์กรที่ใช้อำนาจนั้น (1) มิใช่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ (2) การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าว เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติในฐานะที่เป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ

ท่านอาจารย์เห็นว่าหากนำหลักเกณฑ์นี้ มาใช้เป็นบรรทัดฐาน จะทำให้เกิดปัญหาแล้วก็จะก่อให้เกิดผลเสีย โดยให้เหตุผลดังนี้

ประการแรกคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีความหมายเพียงใด ได้แก่ องค์กรใดบ้าง ตามรัฐธรรมนูญนั้นจะมีองค์กรอยู่หลากหลาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติอย่างไร ในรัฐธรรมนูญของเราในปัจจุบันก็มีทั้ง องค์กรที่เป็นสถาบันการเมือง เช่น คณะรัฐมนตรี และสภานิติบัญญัติและมีทั้ง องค์กรที่เป็นสถาบันบริหารซึ่งมิใช่สถาบันการเมือง อันเป็นโครงสร้างสำคัญของระบบบริหารประเทศ อยู่หลายประเภท เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และต่อไปจนถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษย์ชนแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ หรือแม้แต่องค์กรอัยการ ทั้งนี้โดยยังไม่พูดถึงองค์กรที่เป็นศาลต่างๆ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่อย่างหลากหลาย และอาจกระทำการได้ในหลายๆ ลักษณะ โดยอาจจะเป็นการกระทำกึ่งตุลาการ การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของรัฐบาล การกระทำทางปกครอง หรือแม้แต่กระทำการที่การกระทำทางกายภาพ ซึ่งไม่ใช่การกระทำนิติกรรมที่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายก็ได้ และแม้ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว ก็อาจกระทำกิจกรรมได้ในหลายลักษณะ

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

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

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

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

เมื่อท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ได้อ่านความเห็นของคณาจารย์ ซึ่งคณาจารย์เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ได้ใช้หลักเกณฑ์ ทางองค์กรในการพิจารณาการกระทำของรัฐบาล (เช่นเดียวกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์) แล้วท่านก็ค่อนข้างแปลกใจอย่างมาก ที่พบว่า ในการสรุปสาระของคำสั่งศาลปกครองกลาง (ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551) ซึ่งดูเหมือนว่าคณาจารย์ได้เพิ่มเติมข้อความในสาระสำคัญ เกินไปกว่าที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว

คณาจารย์ 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้สรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขดำที่ 984/2551) ไว้โดยกล่าวว่า ศาลปกครองกลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีฯเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมฯลฯ ก็ดีเป็นกรณีที่รัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ได้กระทำการในฐานะที่เป็น "เจ้าหน้าที่ของรัฐ " ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง

เมื่อนำข้อสรุปที่เป็นความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ฯ มาเทียบกับสาระที่เป็นเหตุผลของศาลปกครองกลางที่วินิจฉัยที่อยู่ในคำสั่งคดีหมายเลขดำที่ 984 /2551 โดยได้กล่าวว่าศาลปกครองกลางอ้างข้อกฎหมายไว้เพียงว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็น "หน่วยงานของรัฐ"ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดฯของกระทรวงต่างประเทศ ตามกฎหมาย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะรัฐมนตรี) มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและดังนั้น ศาลปกครองกลางจึงมีความเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีข้อความใดในคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ที่ระบุว่าการใช้

อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ตามที่คณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้กล่าวไว้ และในการสรุปสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว เหมือนว่าคณาจารย์ 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นั้นไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญที่ตุลาการศาลปกครองกลางได้กล่าวเป็นข้อเท็จจริงว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีฯ) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่สองคณะรัฐมนตรี กรณีขอขึ้นทะเบียนฯ พร้อมแผนที่แนบท้าย โดยไม่สุจริต ใช้อำนาจหน้าที่และกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงฐานะของแถลงการณ์ร่วม ทั้งไม่แสดงผลความผูกพันที่อาจเกิดจากประเทศชาติ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทยจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่ "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯพ.ศ. 2542 ซึ่งศาลเห็นสมควรรับไว้พิจารณา

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ไม่เข้าใจว่าเพราะเหตุผลใดท่านคณาจารย์ทั้ง 5 ท่านของคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงได้สรุปสาระคำสั่งของศาลปกครองกลาง (คดีหมายเลขดำ ที่984/2551) ไว้เช่นนั้น ซึ่งท่านเห็นว่าอาจมีการเพิ่มเติมข้อความที่เป็นสาระสำคัญ(ที่ไม่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง) และไม่ได้กล่าวถึงข้อความที่เป็นสาระสำคัญ(ที่ปรากฏในคำสั่งของศาลปกครองกลาง) ดังนั้นการให้ความเห็นในเชิงวิจารณ์คำสั่งของศาลปกครองกลาง ของท่านคณาจารย์ค ณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จึงอาจเป็นความเห็นวิจารณ์ที่อยู่บนพื้นฐานของข้อมูลที่คณาจารย์ 5 ท่าน ได้เขียนสรุปไว้เองและทำให้ผู้ที่มาอ่านความเห็น ของท่านคณาจารย์ฯ เข้าใจสาระสำคัญของคำสั่งของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ผิดไปจากความเป็นจริงได้

โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ในข้อ9) ได้ให้ความเห็นโดยอ้างถึง คำสั่งของคาลปกครองกลาง หน้า 12-13 ไว้ด้วย โดยกล่าวว่าศาลปกครองกลาง นำคำขอของผู้ฟ้องคดี 2 ประการ (คือคำขอเกี่ยวกับการเสนอร่างแถลงการณ์ Acte materiel หรือ Realakt กับ คำขอเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรี Acte administratif) มาใช้พิจารณาว่า เป็น "การกระทำ"ที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏให้เห็นในหน้า 12-13 ของคำสั่งของศาลปกครองกลาง เมื่อได้พิจารณาคำสั่งของศาลปกครองกลางดูแล้ว เห็นว่า ศาลปกครองกลางมิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่า "การกระทำ" (ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ) จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

หรือไม่ แต่ศาลปกครองกลางพิจารณาเพียงว่า เป็นคดีที่พิพาทที่เกี่ยวกับ "เจ้าหน้าที่ของรัฐ "(ตามคำนิยามของกฎหมาย) ได้กระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ส่วนประเด็นที่ว่า การกระทำนิติกรรมทางปกครอง ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีผลอย่างไรจะเป็น การกระทำที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หรือไม่ ศาลปกครองกลางยังมิได้วินิจฉัย ศาลปกครองกลางเพียงแต่ตรวจดูว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีฯหรือคณะรัฐมนตรี) เป็น "เจ้าหน้าที่ของรัฐ" ตามกฎหมายหรือไม่ และเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวได้ กระทำการในเรื่องที่จะถูกตรวจสอบจากศาลปกครองตามคำขอของผู้ถูกฟ้องหรือไม่

ท่านศาสตราจาร ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่าการให้ความเห็นในเชิงวิจารณ์ต่อคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลนั้น ผู้ที่ทำการวิจารณ์จะต้องมีความระมัดระวังอย่างมากเพื่อมิให้มีการผิดพลาดในการอ้างอิงข้อความในคำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาล เพื่อมิให้ผู้อ่านเข้าใจสาระของคำสั่งศาลปกครองกลางผิดไปจากความเป็นจริง และจะต้องไม่เพิ่มข้อความลงในการสรุปคำสั่งของศาลปกครองกลาง

มีข้อสังเกตว่าในความเห็นของท่านคณาจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์นั้น ไม่ได้วิจารณ์หรือวิเคราะห์คำวินิจฉัยหรือคำสั่งของศาลปกครองอย่างเดียว แต่ท่านคณาจารย์นั้นได้กล่าวไปถึงคำขอของผู้ที่ฟ้องคดี ที่มีความผิดพลาดด้วย คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ (ในข้อ 12) ได้กล่าวถึงคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องการให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรี ไว้ว่าการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นแล้วในโลกของความเป็นจริง ไม่อาจถูกเพิกถอนได้ เพราะการกระทำนั้น เสร็จสิ้นไปแล้ว การเพิกถอนการกระทำในทางกฎหมายปกครอง ต้องเป็นกรณีที่เป็นการเพิกถอนการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งความเห็นนี้เป็นเรื่องที่ถูกต้อง แต่ความเห็นของคณาจารย์ในข้อนี้ เป็นการวิจารณ์ผู้ฟ้องคดี ในการเขียนคำขอ (มิใช่เป็นการให้ความเห็นของคณาจารย์) ในคำสั่งของศาลปกครองกลางโดยท่านเห็นว่า ความผิดพลาดในการเขียนคำขอของผู้ฟ้องคดี เป็นเรื่องที่ปกติเพราะ การที่จะคาดหมายว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องเขียนคำขอโดยถูกต้องตามหลักกฎหมายและตามข้อเท็จจริงคงจะเป็นไปได้ยาก เนื่องจากผู้ฟ้องคดีเดือดร้อนอย่างไรก็ ก็ขอมาอย่างนั้น ผู้ฟ้องคดีโดยทั่วไปย่อมมิใช่ผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย และในขณะนี้ผู้ฟ้องคดีส่วนใหญ่ คงยังไม่มีความรู้พอที่จะสามารถแยก การกระทำทางกายภาพออกจากการกระทำที่เป็นนิติกรรมทางปกครองอย่างที่ท่านคณาจารย์กล่าวมาได้

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

สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ ห้องสมุดงานวิจัย

ท่านเห็นว่าเขตอำนาจของศาลปกครอง ย่อมไม่ถูกจำกัดว่า การกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ใน “องค์กร” ที่ไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น และย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว จะต้องเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือตามกฎหมายอื่นที่ผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่าศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษา ได้ใน 2 ประการดังนี้

หลักเกณฑ์ประการแรก ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายมหาชน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการ จะต้องมีอำนาจตาม กฎหมายในการกระทำการ ซึ่งตามกฎหมายไทย ก็คือ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลปกครองฯ พ.ศ. 2542 คำนิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหน่วยงานทางปกครอง และตราบใดที่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ดังกล่าว เป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการมอบหมายให้ใช้ อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครองก็จะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้น จะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าการมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองใช้ อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินการทางปกครองนั้น จะเป็นการมอบหมายโดยบทบัญญัติ “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551 (กรณี ปราสาทพระวิหาร) ที่วินิจฉัยว่ากรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้เข้าหลักเกณฑ์นี้และ ในทางกลับกันจะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี Jteppa) ที่มอง องค์กรเป็นหลัก โดยวินิจฉัยว่า ต้องเป็นการกระทำของ องค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น น่าจะขัดแย้งกับ คำนิยามตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯโดยชัดแจ้ง และเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตาม ทฤษฎี “Acte de gouvernement” ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งทำให้เป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อระบบบริหารราชการ

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

รัฐธรรมนูญ และไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวนั้น จะเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติฯลฯ หรือตามรัฐธรรมนูญ

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

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

ซึ่งถ้าหากนักวิชาการจะไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) นักวิชาการน่าจะอ้างอิงเหตุผลในทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล”ของประเทศพัฒนาแล้วเพียงอย่างเดียวโดยไม่จำต้องอ้างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 มาเป็นบรรทัดฐานเพราะเป็นคนละเหตุผลและคนละหลักการ ซึ่งจะเห็นว่าเงื่อนไขหรือหลักการ 2 ประการ (“องค์กร”ที่กระทำการ ต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรฯ ต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ) ที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของเราใช้เป็นเหตุผลในการสั่งไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ตามที่เขียนไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (Jteppa) นั้นได้ทำให้แนวการวินิจฉัยใน เรื่องนี้ของศาลปกครองของไทยออกนอกกรอบ ของทฤษฎีว่าด้วย Acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะหลักการของ Acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้วจะขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำ โดยมิได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำว่า ผู้กระทำจะต้องเป็น“องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัติ

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

(คณะรัฐมนตรี)กับสภานิติบัญญัติ และแม้แต่ตัวนายกรัฐมนตรีเองในฐานะ"นายกรัฐมนตรี" ก็เหมือนจะไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ และถ้าถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ก็สามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วย Act of State ได้และ (2) ประการที่สอง โดยนัยกลับกัน ถ้าองค์กรที่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติได้กระทำการอันใด ที่การกระทำนั้นไม่มีลักษณะเป็น การกระทำของรัฐบาลการ กระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำประเภทอื่น ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็นการกระทำนิติกรรมทางปกครองเสมอไป แต่ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นเช่นนั้นการกระทำนั้นก็จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ กล่าวว่า ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Acte de government) ของประเทศที่พัฒนาแล้วอำนาจการตีความจะอยู่กับองค์กรใด คือ องค์กรใดหรือสถาบันใดจะเป็นผู้มีอำนาจตีความว่า การกระทำใด เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาลและในแนวทางของประเทศที่มีระบบศาลปกครอง ศาลปกครองของต่างประเทศจะมีอำนาจตีความปัญหานี้เอง เมื่อมีการฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นมาสู่ศาล

ซึ่งแนวทางนี้จะไม่ตรงกับความเห็นของท่านคณาจารย์ 5 ท่านจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เพราะท่านคณาจารย์ได้กล่าวไว้ว่า กรณีใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบ การกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจทำได้ในทางกฎหมาย เพราะถ้าเป็นไปตามระบบของศาลปกครองต่างประเทศ ความเข้าใจจะกลับทางกัน คือ ศาลปกครองของต่างประเทศจะมีอำนาจตีความ "การกระทำของรัฐบาล"ได้เอง เว้นแต่ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลอื่น

กล่าวโดยสรุป ท่านศาสตราจารย์เห็นว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย–ญี่ปุ่น Jteppa) ไม่น่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานได้ เพราะว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดใช้ในการอธิบายเพื่อวินิจฉัยคดีมิได้นำไปสู่จุดหมายของการพัฒนาประสิทธิภาพในระบบบริหารของประเทศ อันเป็นวัตถุประสงค์ที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ซึ่งท่านเห็นว่าตุลาการศาลปกครองของไทย สามารถที่จะสร้างบรรทัดฐานที่เหมาะสมกับประเทศไทยได้ เช่นเดียวกับตุลาการศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่มีเงื่อนไขเพียงขอให้หลักการหรือแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสร้างขึ้นนั้น จะต้องสามารถนำไปใช้เป็นบรรทัดฐานอ้างอิงได้ ในกรณีต่างๆ ที่คล้ายคลึงกันที่จะเกิดขึ้นอีกในอนาคต โดยเกิดผลดีต่อการบริหารประเทศ กล่าวคือ มิใช่ว่าในกรณีนี้นำหลักการและเหตุผลอย่างนี้มาใช้โดยมีผลดี แต่ในอีก

กรณีหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายเคียงกัน นำนำหลักการและเหตุผลแบบนี้ไปใช้กลับเกิดผลเสีย แนวการวินิจฉัยของตุลาการศาลปกครองเช่นนี้ไม่สามารถที่จะทำให้เกิด หลักกฎหมายที่ใช้เป็นมาตรฐานในการปฏิบัติราชการได้ และแนวความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังจะต้องพัฒนาไปข้างหน้าโดยเสริมหรืออุดช่องว่างของแนวความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหรือใช้อยู่แล้ว แต่มิใช่ว่าแนวความคิดที่เกิดขึ้นภายหลังเป็นเวลากว่า 100 ปี กลับทำให้ระบบบริหารถอยหลังกลับไปสู่ปัญหาเดิมๆ โดยคิดเพียงว่าจะสร้างแนวความคิดขึ้นใหม่การที่คำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองใดจะเป็นบรรทัดฐานได้นั้น ตุลาการศาลปกครองที่ทำคำสั่งหรือคำวินิจฉัยจะต้องคิดไปไกลกว่าปัญหาที่ต้องตัดสินเฉพาะหน้าในคดีพิพาทนั้น คือต้องคิดไปถึงแนวทางการแก้ปัญหาในระบบบริหารที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย ไม่ว่าปัญหาที่มีลักษณะคล้ายคลึงกันนั้นจะเป็นคดีกลับมาสู่ศาลปกครองหรือไม่ก็ตาม ซึ่งคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ไม่ได้มาตรฐานก็จะก่อให้ ผลเสียแก่การบริหารในอนาคตมากกว่าผลดีที่เกิดขึ้นเฉพาะคดีจากการวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นๆ เพราะคำสั่งหรือคำวินิจฉัยที่ไม่ได้มาตรฐาน อาจถูกนำไปอ้างอิงและใช้เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวของ เจ้าหน้าที่รัฐที่บิดเบือนอำนาจหรือไม่สุจริตได้ในหลายๆ กรณี ด้วยเหตุนี้ท่านเห็นว่าถ้ากรณีดังกล่าวไม่กลับมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองเพื่อให้ตุลาการท่านอื่น มาเปลี่ยนแนวบรรทัดฐาน ความเสียหายแก่ระบบบริหารของประเทศก็จะมากขึ้นเป็นเงาตามตัว

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