



บทที่ 3

การกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายต่างประเทศ

3.1 การกระทำทางรัฐบาลประเทศฝรั่งเศส

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

1) ความหมายของการกระทำทางรัฐบาล

(1) ความหมายทางทฤษฎีในอดีต

การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) เป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนืออำนาจจากการควบคุมของฝ่ายตุลาการ ทั้งจากศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นปัญหาใหญ่ที่ยุ้งยากที่สุดเรื่องหนึ่งในคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil D'Etat) ได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ขึ้นโดยในเบื้องต้นได้มีคำพิพากษาถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในทางการเมือง เป็นการกระทำทางรัฐบาล⁵ โดยพิจารณาจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับนโยบายชั้นสูง หรือเกี่ยวกับความปลอดภัยของสาธารณะ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายต่างประเทศ หรือการดำเนินการที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา หรือที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติ ซึ่งถือว่าการกระทำในลักษณะต่างๆ เหล่านี้เป็นดุลพินิจของรัฐบาล ซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจตุลาการ การที่ศาลไม่อาจเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวได้นี้เอง จึงได้มีการตรากฎหมายลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ขึ้นเพื่อใช้เป็นเครื่องมือให้กับศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 โดยกฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับคดีที่กำลังขึ้นสู่ศาลปกครองรัฐมนตรีสามารถทำคำคัดค้านยื่นต่อศาลคดีขัดกันซึ่งมิให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคดีนั้นได้⁶ นักวิชาการจึงได้มีการตีความว่า สิทธิร้องไปยังศาลคดีขัดกัน ตามมาตรา 26 ของกฎหมายลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872

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

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

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

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

เป็นปัญหาเรื่องการกระทำทางรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่า กฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลได้

นักวิชาการอีกพวกหนึ่งได้อธิบายถึง ทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำผสม” (L'Acte mixte) นั่นคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง⁹ ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของอำนาจบริหารแต่ฝ่ายเดียว แต่คำอธิบายนี้ก็ยังไม่สมบูรณ์¹⁰ เช่น กรณีการอภัยโทษแก่นักโทษของประธานาธิบดี

การที่กฎหมายฝรั่งเศสกำหนดให้การกระทำทางรัฐบาลไม่ต้องตรวจสอบโดยศาล โดยไม่ได้ให้คำนิยามใดๆ เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไว้ด้วย ทำให้ไม่อาจทราบได้ว่า การกระทำเช่นไรที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้จึงเกิดช่องว่างขึ้นในกฎหมาย ซึ่งจะต้องวินิจฉัยกันเป็นเรื่องๆ ไปว่า การกระทำอย่างใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล

แรกเริ่มเดิมทีถือกันว่า การกระทำทางรัฐบาล เป็นการกระทำที่แสดงออกถึง “วัตถุประสงค์ทางการเมือง” เช่น การกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม การกระทำเพื่อต่อต้านศัตรู ทั้งจากภายนอกประเทศและในประเทศ แต่การถือหลักเช่นนี้ย่อมก่อให้เกิดกรณีต่างๆ ขึ้นมากมาย ที่จะสามารถจัดได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเป็นเรื่องที่อันตรายน้อยมาก หากการกระทำดังกล่าวมีปัญหาในเรื่องความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และด้วยสาเหตุนี้เองที่ทำให้ศาลปกครองสูงสุดและศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศส ได้หันไปพิจารณาเกี่ยวกับ “ธรรมชาติ” ของการกระทำนั้นๆ แทนโดยยังถือหลักว่า การกระทำทางรัฐบาลไม่ถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ ซึ่งยังทำให้ผู้พิพากษาของฝรั่งเศสไม่สามารถสรุปหรือวินิจฉัยได้ว่าการกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล¹¹

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

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

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

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

¹² C.E. Prince Napoleon. (19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875). อ้างถึงในสุวิทย์ ศรียุทธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 12.

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

คดีนี้นับว่ามีความสำคัญมากเพราะว่าเป็นคดีที่วางบรรทัดฐานว่ากรณีใดจะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ โดยศาลพยายามจะอธิบายว่า มิใช่ว่าเรื่องใดที่เป็นเรื่องทางการเมืองแล้วจะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป และคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้ในคดี *marquigny* ที่ตัดสินโดยศาลระงับความขัดแย้ง โดยวางหลักเกณฑ์ในทำนองเดียวกับคดีของเจ้าชาย นโปเลียนว่า “เหตุผลในทางการเมืองของการกระทำทางปกครองนั้น เป็นเหตุผลที่ไม่เพียงพอที่จะตัดสินว่า การกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องถูกตรวจสอบโดยศาล” ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าการกระทำทางรัฐบาล ที่มีพื้นฐานทางการเมืองชั้นสูง หรือมูลเหตุในทางการเมืองได้ถูกยกเลิกไปโดยคำพิพากษาในคดีดังกล่าว เพราะว่าเหตุผลในทางการเมืองเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่อาจสรุปได้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

โดยสรุป ความหมายของการกระทำทางรัฐบาลในอดีตมีวิวัฒนาการมาจากความคิดที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องของการแสดงออกถึงวัตถุประสงค์ทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นนโยบายสาธารณะ นโยบายด้านต่างประเทศ หรือนโยบายชั้นสูงของรัฐบาล รวมถึงการกระทำที่เกี่ยวกับคนต่างชาติ การทำสนธิสัญญากับต่างประเทศ เหล่านี้ล้วนยากต่อการระบุชี้ชัดลงไปว่า การกระทำเช่นไรเป็นการกระทำทางรัฐบาล เพราะกฎหมายไม่ได้มีคำนิยามเอาไว้ การกระทำทางรัฐบาล หมายความว่าอย่างไร มีขอบเขตแค่ไหน ก็จะมีแค่หลักการที่ยึดถือต่อกันมาว่า การกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบ และกฎหมายฉบับวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 ที่ให้สิทธิ

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

แก่รัฐมนตรีในอันที่จะคัดค้านการพิจารณาคดีที่ตนเห็นว่าน่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในศาลปกครองสูงสุด โดยให้ศาลคดีขัดกันชี้ขาดได้ ซึ่งกรณีทำนองนี้ก็ไม่ค่อยมีเกิดขึ้นเท่าไร จนเมื่อมีกรณีเจ้าชายนโปเลียนเกิดขึ้น จึงเกิดหลักใหม่ว่า การจะดูว่าเรื่องใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ให้ดูจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นกรณีๆ ไป

2) ความหมายทางทฤษฎีในปัจจุบัน

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

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

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

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

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

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

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

(1) หลักความคุ้มกันทางศาล (L'immunité juridictionnelle)

การกระทำใดๆ ที่ศาลไม่เข้าควบคุม ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยใช้หลักความคุ้มกันทางศาลนั้น ซึ่งชาปูไม่เห็นด้วยกับหลักนี้ โดยมีเหตุโต้แย้งอยู่ 3 ประการก็คือ

ประการที่ 1 หลักความคุ้มกันทางศาลมิสามารถใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกได้ เพราะความกันทางศาลนี้ ไม่ได้เป็นจุดเริ่มต้น แต่เป็นเหตุที่จะไม่สามารถแบ่งแยกหา

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

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

หลักเกณฑ์ได้ว่าการกระทำนั้นๆ ศาลจะไม่ควบคุม เนื่องจากมีความคุ้มกันทางศาล มิใช่ว่าเมื่อการกระทำใดได้รับความคุ้มกันทางศาลแล้ว การกระทำนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป

ประการที่ 2 ปัญหาที่เผชิญอยู่นั้น มิใช่ว่าปัญหานี้จะพิจารณาเพื่อจะรู้ว่าการกระทำใดในเวลาใดเวลาหนึ่ง จะได้รับความคุ้มกันทางศาล แต่เป็นปัญหาที่เราอยากรู้ว่า การกระทำนั้นโดยสิทธิและโดยสภาพของการกระทำแล้วจะเป็นจะต้องอยู่ภายใต้ระบบคุ้มกันทางศาลหรือไม่ และนอกจากนี้เพื่อที่จะแสดงว่ามีการกระทำอย่างอื่นอีกหรือไม่ที่ได้รับความคุ้มกันทางศาล

ประการที่ 3 ความคุ้มกันในทางศาล ไม่มีลักษณะพิเศษแต่อย่างใดเพราะหลักความคุ้มกันทางศาลนั้นมีความหมายที่กว้างมาก และเกิดขึ้นด้วยเหตุผลหลายประการที่จำเป็นอันเป็นเหตุผลของรัฐ และมีการกระทำเป็นจำนวนมากที่อยู่ภายใต้หลักความคุ้มกันนี้ การที่เราอาศัยหลักเกณฑ์นี้มาพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล จึงไม่สามารถทำให้เราแยกแยะการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำอย่างอื่นได้

(2) หลักเหตุผลทางการเมือง

การกระทำทางรัฐบาลกับทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมการกระทำทางรัฐบาล¹⁸ โดยอ้างว่าเป็นเรื่องทางการเมืองชั้นสูง ชาปู ก็อธิบายว่า อาจจะเป็นไปได้ว่าการที่ศาลไม่เข้าไปควบคุมนั้นอาจเป็นเพราะ

ประการที่ 1 ศาลพยายามจำกัดตัวเองในการควบคุมฝ่ายปกครองเพราะศาลอาจเล็งเห็นว่า ถ้าศาลเข้าไปควบคุมฝ่ายปกครองในทุกๆ เรื่องแล้วผลที่ตามมาอาจทำให้ ฝ่ายปกครองเกิดความรู้สึกขัดแย้งไม่ยอมรับ และจะทำให้ฝ่ายปกครองไม่ยอมอยู่ภายใต้การควบคุมจากศาล เพราะ ฉะนั้นวิถีทางที่ดีที่สุดก็คือศาลควรจะจำกัดตัวเอง โดยในบางเรื่องศาลจะเข้ามาควบคุมทุกอย่าง แต่ในขณะเดียวกันในบางเรื่องก็จะไม่ควบคุม เพื่อพยายามที่จะหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับฝ่ายปกครองหรือรัฐบาล เพื่อที่จะได้มีอิสระในการเข้าไปควบคุมเรื่องอื่นๆ มากยิ่งขึ้น

ประการที่ 2 เรื่องที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมืองชั้นสูงนั้นเป็นเรื่องที่ศาลก็ไม่อยากที่จะเข้าไปควบคุม และถึงอย่างไรก็ตามที่การกระทำนั้นๆ ศาลก็ไม่สามารถควบคุมหรือบังคับให้เป็นผลอยู่แล้ว ดังนั้นศาลไม่ควบคุมดีกว่า

ดังนั้น ชาปู ได้อธิบายการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องทางการเมือง หลักความคุ้มกันทางศาลมาอธิบายนั้น มิใช่เป็นเรื่องทางกฎหมายเลยกลายเป็นเรื่องพูดคุยกันเล่นๆ ไปเรื่อยๆ โดยมิได้คิดอะไรให้เป็นเรื่องจริงจังขึ้นมาได้ แต่มิได้เป็นการนำเรื่องของเหตุผลในทางกฎหมายมาวิเคราะห์เจาะลึกลงไป เพราะท้ายที่สุดแล้วนั้น ถ้าการกระทำใดที่ศาลไม่เข้าไปควบคุม การกระทำ

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

นั่นก็กลายเป็นเรื่องทางการเมือง หรืออธิบายว่าเป็นเรื่องของหลักความคุ้มกันไปซึ่งเท่ากับว่าเป็นเรื่องที่ศาลจะใช้อำนาจโดยอำเภอใจ¹⁹ ที่จะอธิบายว่าเรื่องใดเป็นเรื่องทางการเมือง หรือมิใช่เรื่องทางการเมือง ดังนั้นควรที่จะหาหลักเกณฑ์ที่ดี เพื่อที่จะอธิบายได้ว่าอย่างไร จึงจะถือเป็นหลักเกณฑ์ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำใดเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครอง

(3) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลกับหลักการแบ่งแยกหน้าที่ของรัฐบาลกับหน้าที่ฝ่ายปกครอง

นักทฤษฎีกฎหมายกลุ่มนี้ ได้อธิบายถึงการกระทำทางรัฐบาล โดยพิจารณาพื้นฐานของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติถึงหน้าที่ของรัฐบาล โดยการแบ่งแยกระหว่างหน้าที่หรือกิจกรรมของรัฐบาลกับหน้าที่หรือกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ลาแฟร์ รีแยร์ เป็นนักกฎหมายปกครองที่ยิ่งใหญ่คนหนึ่งของฝรั่งเศส โดยเขาได้กล่าวว่า การปกครอง (Administre) คือการปกครองที่บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ในลักษณะที่เป็นประจำวันและรักษาไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองในเมืองหลวง หรือในระดับท้องถิ่น หรือประชาชนกับฝ่ายปกครองอื่นๆ แต่รัฐบาล (Gouvernement) เป็นเรื่องของการดำเนินการให้เป็นไปตามเรื่องของสังคมในทางการเมืองทั้งหมดและเป็นเรื่องของการทำให้อำนาจในทางสาธารณะที่สำคัญกล่าวคือ อำนาจนิตินบัญญัติ หรืออำนาจอธิปไตย ให้เป็นไปได้อย่างดี และเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐกับรัฐ หรือรัฐบาลต่างประเทศ หรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ภายในประเทศ

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

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

ก. การพิจารณาในแง่ขององค์กร

องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหาร ถ้าการกระทำใดมิได้กระทำลงโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแต่ไม่มีได้กระทำโดยรัฐบาล การกระทำนั้นมิใช่การกระทำทางรัฐบาลเราก็จะพิจารณาถึงเนื้อหาของงาน ซึ่งก็คือกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง โดยซาปูได้เสนอไว้ดังนี้ว่า ควรคำนึงถึงหลักเกณฑ์ในแง่ขององค์กรกับองค์ประกอบในเรื่องของเนื้อหา นำมาพิจารณาว่าการกระทำในลักษณะอย่างไรจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล โดยจะพิจารณาดังนี้

- องค์กรนั้นจะต้องเป็นรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่มีได้กระทำโดยรัฐบาล ก็ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ดังนั้นการกระทำใดก็ตามที่ได้รับความคุ้มครองทางศาลแล้วแต่มิได้กระทำโดยรัฐบาลก็จะไม่ใช่ การกระทำทางรัฐบาล

- การกระทำทางรัฐบาลนั้น รัฐบาลในที่นี้หมายถึงรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ดังนั้นถ้าเป็นเรื่องของการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศแล้วไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- กรณีการกระทำผสม กล่าวคือเป็นการกระทำร่วมกันระหว่างรัฐบาลฝรั่งเศสกับรัฐบาลของต่างประเทศ ก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

ข. การพิจารณาในแง่เนื้อหาของการกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลนั้น นอกจากจะพิจารณาจากองค์กรที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นยังจะต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของการกระทำมิใช่หมายความว่าถ้าการกระทำใดที่ได้ทำโดยรัฐบาลแล้ว จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด โดยการกระทำแต่ละการกระทำนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเนื้อหาของการกระทำนั้น เพราะรัฐบาลนั้นอาจกระทำการในหลายหน้าที่ ดังที่จะเห็นได้จากการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจจะกระทำการทางปกครองไปพร้อมๆกับการกระทำทางตุลาการได้ องค์กรหนึ่งอาจจะมีสองฐานะพร้อมๆกันก็ได้ ดังนั้นในทำนองเดียวกันรัฐบาลเองก็มีหน้าที่หลายๆ ประการพร้อมๆ กันไปได้ ซาปู อธิบายว่า ในอดีตมีการแบ่งแยกกันระหว่างการทำในทางปกครอง กับ การกระทำในทางตุลาการ ดังนั้นทำไมเราจึง จะแบ่งเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ หน้าที่ของรัฐบาล ออกเป็นการกระทำอีกลักษณะหนึ่งไม่ได้ ซึ่งก็คือหลักเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง ตัวอย่างการกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ตามแนวความคิดนี้จึงอาจได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาปกติ หรือการกระทำที่เกี่ยวกับชาวต่างชาติในเวลาสงคราม หรือการกระทำที่เกี่ยวกับการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี และกฎหมายลำดับรองต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง

ในฝรั่งเศสการกระทำทางรัฐบาลนั้น เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ภายในขอบอำนาจการควบคุมของอำนาจตุลาการ ทั้งขอบอำนาจของศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลนี้เป็นปัญหาในคดีปกครองในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากหลักการกระทำทางรัฐบาลมาจากคำ

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

(4) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย

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

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

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

(5) ประเภทของการกระทำทางรัฐบาล

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น การกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นเรื่องของวิวัฒนาการทางความคิด ซึ่งนักคิดนักทฤษฎีทางกฎหมายได้พยายามหาทางอธิบายถึงการ

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

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

ในคำพิพากษาของศาลเหล่านั้น บางคดีศาลก็ใช้คำว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล บางคดีศาลไม่ได้พูดถึงว่า การกระทำนั้นเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล แต่ก็ได้อธิบายว่าเป็นธรรมชาติของเรื่องนั้นที่ไม่อาจควบคุมโดยศาลได้ และจากการกระทำทั้ง 4 ประเภtdังกล่าว จะเห็นว่าจุดร่วมประการหนึ่ง คือคดีต่างๆ เหล่านั้นไม่อาจนำขึ้นสู่ศาลได้ ซึ่งก็ หมายความว่าวิธีพิจารณาความโดยทั่วไปไม่อาจใช้บังคับกับกรณีของการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งจะ ได้กล่าวถึงรายละเอียดต่อไป

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

คำว่ารัฐบาลในที่นี้รวมถึงประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐซึ่งเป็นประมุขแห่งรัฐด้วย ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้คือ

- การกระทำนั้นเป็นการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในการเข้าร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย กล่าวคือ เป็นการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจอธิปไตยหรือการเข้ามามีอำนาจในการดำเนินเรื่องนิติบัญญัติ เช่น การปฏิเสธที่จะขึ้นร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้รัฐสภา²¹ การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมาย²² การตัดสินใจของรัฐบาลในการถอนร่างกฎหมาย มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้เสนอร่างญัตติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา²³ การที่รัฐบาลปฏิเสธที่จะดำเนินการในบางเรื่องเพื่อที่จะให้มีการดำเนินการรับร่างกฎหมายได้เร็วขึ้น พระราชบัญญัติที่มีกฎหมายประกาศใช้เนื้อหาไม่ตรงกับร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเป็นต้น

- คำวินิจฉัยหรือคำสั่งการของรัฐบาล ที่เป็นจุดเริ่มต้นก่อให้เกิดการตัดสินใจของสภา คำสั่งการของรัฐบาลในกรณีเช่นนี้ เช่น การที่รัฐบาลเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อที่จะประกาศในเรื่องเกี่ยวกับดินแดนของประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญเพื่อจะได้มีการให้สัตยาบันต่อสัญญา

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

²² แหล่งเดิม.

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

หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือการที่รัฐบาลออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมองค์การดูแล การเลือกตั้งของรัฐสภา

- การดำเนินการเบื้องต้น เพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เช่น การออก กฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศ รายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งการที่รัฐบาลออกกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง การที่รัฐบาล ออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกตั้ง²⁴

- การสั่งการของประธานาธิบดีในการตัดสินใจ หรือการดำเนินการบางอย่าง ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ ระหว่างองค์กรต่างๆตามรัฐธรรมนูญ และเกี่ยวข้องกับการ ดำเนินการของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การตัดสินใจใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ในภาวะฉุกเฉิน²⁵ การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อจะ นำร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ

ข้อสังเกตในการใช้อำนาจของประธานาธิบดี ตามมาตรา 16 นี้ ซึ่งบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 มาตรา 16 บัญญัติว่า หากสถาบันต่างๆ แห่ง สาธารณรัฐเอกราชของชาติบูรณภาพแห่งดินแดนหรือการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ถูก คุกคามร้ายแรง กระทั่งหนักหน่วงและการปฏิบัติหน้าที่ตามปกติของสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญต้อง ชะงักลงให้

ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐมีอำนาจที่จะใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นตาม สถานการณ์ เมื่อได้รับคำปรึกษาเป็นทางการจากนายกรัฐมนตรีของประธานสภาทั้งสอง และคณะ ตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว ซึ่งในคดี Rubin de Servens et Autres ที่สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยนี้ในภายหลัง จากที่ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว ประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจมาตรา 16 ดังกล่าวใน ปี ค.ศ. 1961 ตอนฤดูใบไม้ผลิได้มีการพยายามทำรัฐประหารขึ้นที่ เมือง Alger ประเทศ อัลจีเรีย ซึ่ง ขณะนั้นยังเป็นเมืองขึ้น ของประเทศฝรั่งเศสอยู่เมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1961 นายพลเดอโกล ประธานาธิบดีฝรั่งเศสจึงมีคำสั่งให้ใช้มาตรา 16 ดังกล่าว และได้ มีการใช้มาตรการต่างๆ ปราบปราม ผู้ที่พยายามทำรัฐประหาร ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ให้จัดตั้งศาลทหารพิเศษ มีหน้าที่พิจารณาความผิดต่อความมั่นคง ของประเทศและความผิดต่อวินัยของกองทัพ พร้อมทั้งกำหนด วิธีพิจารณาของศาลดังกล่าว Rubin de Servens et Autres และพวก ซึ่งถูกศาลทหารดังกล่าวพิพากษา

²⁴ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คดี Tixier วันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1951. อ้างถึงใน สุวิทย์ ศรีธนากุล. (2538). การกระทำของรัฐบาล. หน้า 17.

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

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

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

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

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

ประการแรก พระราชกำหนดดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้นสภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจเข้าควบคุม

ประการที่สอง ไม่มีสถานการณ์พิเศษอะไรมาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นต้องมีศาลเช่นนั้น ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักทั่วไปของกฎหมายอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการห้ามอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลดังกล่าวไม่ว่ากรณีใด

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าในคดี Robin เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญที่จะใช้มาตรการต่างๆ ให้เกิดความเรียบร้อยกลับเข้าสู่สภาพปกติ แต่ในคดี Canal สภาแห่งรัฐเห็นว่า พระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจ ตามพระราชบัญญัติที่ผ่านการลงประชามติ มีลักษณะไม่ต่างไปจากพระราชกำหนดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 38 ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะเป็นการกระทำในทางปกครอง²⁷ จนกว่าจะมีพระราชบัญญัติอนุมัติเห็นชอบพระราชกำหนดนี้อีกครั้งหนึ่ง ฉะนั้นในคดีของ Canal จึงต้องตัดสินว่าพระราชกำหนดตามพระราชบัญญัติวันที่ 13 เมษายน ค.ศ. 1962 เป็นการกระทำทั้งปวงในทางปกครอง ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิ่งนี้สภาแห่งรัฐยอมรับว่าไม่อยู่ในอำนาจควบคุมของตนมีเพียง 3 ประการ

1. พระราชบัญญัติ
2. มาตรการที่โดยปกติอยู่ในอำนาจนิติบัญญัติ แต่ใช้โดยประธานาธิบดีด้วยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16

3. มาตรการทางนิติบัญญัติในรูปพระราชกำหนดที่ตราขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจโดยอาศัยบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญมาตรา 92 ทั้งนี้เพื่อให้สถาบันต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นภายใน 4 เดือน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

ข. การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลหรือองค์กรระหว่างประเทศ

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

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

ยอมรับคำขอให้ถอนคำสั่งของฝ่ายบริหาร เนื่องจากการใช้อำนาจเกินขอบเขต โดยให้เพิกถอนคำสั่ง เนรเทศเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญ ปี ค.ศ. 1946 ของฝรั่งเศสได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหนือกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาของศาลมิได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุม การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทาง รัฐบาล แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งศาลภายในไม่ มีอำนาจพิจารณา ซึ่งพอจะสรุปประเภทการกระทำดังกล่าวได้ดังนี้

- การกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำ หรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่ง เห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูตต่างๆ²⁸ การที่ศาลปฏิเสธที่จะ รับฟ้องการกระทำที่เกี่ยวกับการจัดทำอนุสัญญา การลงนามในสัญญา ตลอดจนการตีความอนุสัญญา ระหว่างประเทศของรัฐบาล²⁹ การดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญา การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่าง ประเทศ

การที่ศาลพิจารณาเห็นว่ามีกรกระทำบางอย่างที่แยกออกจากความสัมพันธ์ ในทางการทูต หรือในเรื่องของสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้น ซึ่งได้แก่ มาตรการต่างๆ ที่เป็นการ กระทำโดยอิสระที่แยกตัวออกจากต้นกำเนิดหรือแยกจากผลในทางระหว่างประเทศได้ในกรณีการ ที่กงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศคนคนหนึ่งออกจากประเทศดังกล่าวในฐานะที่เป็นบุคคลไม่พึง ประารถนา ซึ่งคำสั่งของกงสุลนี้สามารถแยกออกได้จากกิจกรรมอื่นๆ ของกงสุลที่มีฐานะทางการทูตได้ ดังนั้นจึงสามารถร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐได้ และกรณีพระราชกฤษฎีกาส่งผู้ร้ายข้ามแดน โดยถือศาล เป็นการกระทำในทางปกครอง และศาลจะควบคุมว่าพฤติการณ์ของผู้ร้ายข้ามแดนมาปรับข้อเท็จจริงกับ บทบัญญัติของกฎหมายให้เป็นไป โดยถูกต้องซึ่งหมายความว่า ศาลจะเข้าควบคุมฝ่ายบริหารใน กรณีนั้นเอง อนึ่งมีข้อสังเกตว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง โดย ศาลจะถือว่าผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ ในกรณีการละเมิดสนธิสัญญา ซึ่งเท่ากับ ว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศหนึ่ง

- การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ

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

²⁹ แหล่งเดิม.

การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศสหรือความคุ้มครองไม่เพียงพอ³⁰

- การกระทำที่เกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลโลก เช่น การปฏิเสธไม่เสนอข้อพิพาทให้ศาลโลกตัดสิน³¹

- การกระทำที่มีผลต่อการดำเนินการของกิจการในต่างประเทศ เช่น คำสั่งในการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่ให้สถานีกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นไปรบกวนการกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลต่างประเทศ³²

ก. การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม (Les faits de guerre)

การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม (les faits de guerre) หมายถึง การปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากแนวคำพิพากษาคูเหมื่อนจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุม เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้³³

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

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

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

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

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

ผลโดยตรงจากการกระทำของสงครามหรือไม่ หรือว่าการกระทำนั้นเกี่ยวข้องกับมาตรการทาง การทหารหรือไม่ ซึ่งถ้าไม่มีเนื้อหาในการกระทำเช่นนั้น ศาลก็จะเข้ามาควบคุม

ง. การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี

อำนาจในการให้อภัยโทษ หรือลดโทษให้แก่ักโทษที่ดี ได้มีคำพิพากษาของ ศาลปกครองในที่ศาลปกครองปฏิเสธที่จะตรวจสอบการให้อภัยโทษของประธานาธิบดี ว่าจะเป็น การเหมาะสมถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะว่าการให้อภัยโทษนี้ ไม่ใช่การใช้อำนาจในทางบริหาร แต่เป็นการใช้อำนาจในทางตุลาการ ดังนั้นศาลปกครองจึงไม่อาจควบคุมตรวจสอบการให้อภัยโทษ ของประธานาธิบดีได้เพราะเป็นเรื่องการกระทำผสม (L'Acte mixte) เนื่องจากการกระทำของ อำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลโดยเฉพาะศาล ปกครอง³⁴

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

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

³⁴ โกติน พลกุล. (2532). “คดีปกครองฝรั่งเศส.” เอกสารสัมมนาการทางวิชาการเรื่องการจัดตั้งองค์กร วิชาการข้อพิพาททางปกครอง. หน้า 30.

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

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

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

มีข้อสงสัยกันว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในการสั่งการโดยการออกหนังสือเวียนดังกล่าวของรัฐมนตรีกระทรวงศึกษาธิการฝรั่งเศส จะไม่ขัดด้วยกฎหมาย อีกทั้งหนังสือเวียนฉบับนั้นก็มีเนื้อหาใจความที่เป็นการแบ่งแยกเชื้อชาติ ซึ่งถือว่าไม่ขัดด้วยกฎหมายอีกด้วย เพราะไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้ แต่ก็มีคำถามว่า ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาชี้ขาดในกรณีนี้หรือไม่ หรือการออกหนังสือเวียนเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่งที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาล ซึ่งตามขอบเขตการพิจารณานั้นถือว่าการกระทำทางรัฐบาลอาจแบ่งได้หลักๆ 2 ประเภทคือ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสมาชิกเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศ การยอมรับหลักที่ว่า ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำใดๆ ของรัฐบาล มีผลทำให้การกระทำนั้นๆ หลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาล และถือว่าเป็นข้อจำกัดของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) อันเป็นการชี้ให้เห็นถึงเหตุผลที่ว่า ทำไมกฎหมายเฉพาะจึงต้องเข้มงวดต่อการกำหนดขอบเขตของความคิดนี้ โดยผ่านทางทฤษฎีว่าด้วยการกระทำที่สามารถเพิกถอนได้ (Acte detachable)

Roger Errera³⁷ เห็นว่า การกระทำทั้งหลายของรัฐบาล เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับความสัมพันธ์กับรัฐอื่นๆ หรือองค์การระหว่างประเทศ ย่อมไม่ใช่เรื่องที่จะต้องตัดสินชี้ขาดกันในด้านความยุติธรรมทางศาล เช่นการเจรจาและการให้สัตยาบันสนธิสัญญา การปฏิเสธที่จะเข้าไปแทรกแซงกิจการของรัฐบาลของประเทศใดประเทศหนึ่ง เพื่อปกป้องประชาชาติอื่นตามที่มีการร้องขอ เป็นต้น แม้แต่การกระทำต่างๆ ของฝรั่งเศสเองดังต่อไปนี้ ก็ถือว่า อาจยกเลิก เพิกถอนได้ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชาติฝรั่งเศส ซึ่งได้รับความเสียหายภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ เดือนมีนาคม ค.ศ. 1964 อำนาจเกี่ยวกับการก่อสร้างสถานทูตต่างประเทศ (ธันวาคม 1978) อำนาจการตัดสินใจเกี่ยวกับการส่งอุปกรณ์นิวเคลียร์ไปยังประเทศปากีสถาน (กุมภาพันธ์ 1988)

มีข้อสงสัยกันว่า โดยสภาพแวดล้อมแล้ว การตัดสินใจของรัฐมนตรีย่อมไม่อาจแบ่งแยกได้ จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

³⁷ Roger Errera. (1992). *Recent Decisions of the French Conseil d'Etat public law*. pp. 194-195.
อ้างถึงใน สาราช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำของรัฐบาล. หน้า 142.

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

3.2 ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ

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

1) แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

โดยหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอังกฤษ มีพื้นฐานเกิดจากการมีวิวัฒนาการมาจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) และศาลอังกฤษได้ตัดสินวางหลักการนี้เพื่อจำกัดตัวเองในการใช้อำนาจควบคุมฝ่ายบริหารในกิจการเหล่านี้ ดังนั้นก่อนที่จะได้ทำการศึกษาถึงหลักการกระทำของรัฐ ซึ่งจำเป็นต้องกล่าวถึง แนวคิดพื้นฐานของระบบกฎหมายและการปกครองของอังกฤษในเบื้องต้นเสียก่อน ซึ่งถือเป็นพัฒนาการเริ่มต้นของหลักการกระทำของรัฐนั่นเอง

(1) พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative)

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

การเรือมาตราบททุกวันนี้³⁸ การไม่ไว้วางใจอำนาจบริหารที่มีมากเกินไป โดยเฉพาะของพระมหากษัตริย์อังกฤษ ตลอดระยะเวลาอันยาวนานนั้นพระมหากษัตริย์อังกฤษซึ่งเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหาร ทรงพยายามจะขยายพระราชอำนาจ แต่ไม่เคยทรงประสบผลสำเร็จด้วยเหตุนี้ ระบบกฎหมายและระบบการเมืองของประเทศอังกฤษ จึงไม่ยอมให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากนัก จึงเกิดหลักที่ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์นั้นจะมีอยู่ (Exist) และมีขอบเขต (Ambit) เฉพาะที่คอมมอนลอว์ ซึ่งเป็นบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลยุติธรรมรับรองเท่านั้น ไม่ใช่อำนาจตามพระราชหฤทัยประการหนึ่ง และถือกันว่าถ้ารัฐสภาออกกฎหมายมาจำกัดหรือยกเลิกพระราชอำนาจดังกล่าวโดยชัดแจ้ง ก็ย่อมจะกระทำได้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา อีกประการหนึ่ง ดังนั้น (Dicey) จึงให้คำนิยามไว้ว่า “พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จึงเป็นสิ่งที่เหลืออยู่ของอำนาจดุลพินิจหรืออำนาจอใจ” กล่าวคือ เป็นสิ่งที่เหลืออยู่จากการที่ศาลยุติธรรมและรัฐสภายอมรับให้มีอยู่³⁹ ถึงแม้ว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ จะเป็นสิ่งที่ “เหลืออยู่” ก็ตาม แต่หากศาลและรัฐสภาไม่ได้กำหนดขอบเขตและวิธีใช้พระราชอำนาจไว้เป็นพิเศษ พระราชอำนาจนั้นๆ ก็เป็นดุลพินิจ (Absolute discretion) หรือ เรียกว่า อำนาจตามอำนาจอใจนั่นเองกล่าวคือ ศาลจะไม่เข้าไปก้าวก้าว ควบคุมการใช้พระราชอำนาจดังกล่าวเลย พระราชอำนาจดังกล่าวของ พระมหากษัตริย์อังกฤษใช้อยู่ใน 3 ขอบเขตที่สำคัญ คือ พระราชอำนาจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างนิติบัญญัติและบริหาร อาทิ พระราชอำนาจแต่งตั้ง และถอดถอนนายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรี พระราชอำนาจเรียกประชุมสภา เปิดสภา ปิดสภา และยุบสภาและพระราชอำนาจในการลงพระปรมาภิไธย ในร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านรัฐสภามาแล้ว จะเห็นได้ว่าเป็นพระราชอำนาจที่มีมาแต่โบราณพระราชอำนาจที่เกี่ยวกับการต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร และการปกครองอาณานิคม ซึ่งก่อให้เกิดแนวคิดเรื่อง การกระทำของรัฐ (Act of State) ในหลักกฎหมายอังกฤษในเวลาต่อมา พระราชอำนาจในทางปกครองรวมถึงสิทธิ และความคุ้มกันที่คอมมอนลอว์ให้ไว้กับพระมหากษัตริย์ และข้าราชการทั้งมวล เช่นหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะกระทำผิดไม่ได้” (The King can do no wrong) ซึ่งห้ามฟ้องร้องพระมหากษัตริย์ หรือหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์ไม่ทรงผูกพันโดยกฎหมายของรัฐสภาเว้นแต่กฎหมายนั้นมีข้อกำหนดชัดแจ้ง” นอกจากนั้นคอมมอนลอว์ยังยอมรับอำนาจพิเศษของพระมหากษัตริย์ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎอัยการศึก (Martial law) และเฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการซึ่งตามหลักคอมมอนลอว์ ถือว่าขึ้นตรงต่อราชบัลลังก์เพราะเป็นผู้รับใช้ราชบัลลังก์

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

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

อย่างไรก็ดีแต่ในทางปฏิบัติในความเป็นจริง พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก็ถูกจำกัดโดยธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the constitution) ซึ่งเป็นหลักที่หัวใจของธรรมเนียมปฏิบัติโดยหลักที่ว่า “พระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจก็เฉพาะเมื่อโดยคำแนะนำและความยินยอม ของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบทางการเมืองโดยตรงต่อสภาเท่านั้น

2) หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา (Supremacy of Parliament)

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

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

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

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

ขานกันว่าเป็นสิ่ง “สูงสุด” ในแง่ของกฎหมายอาจเป็นจริงและดูเหมือนจะเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษทีเดียว ถ้าจะมีจำกัดเกี่ยวกับเรื่องนี้ หาใช่ข้อจำกัดด้านกฎหมายไม่ แต่เป็นเรื่องทางออกทางการเมืองมากกว่า⁴³

ถึงแม้ว่ากฎหมายปกครองประเทศอังกฤษจะพัฒนามาน้อยมากในทางด้านทฤษฎีเมื่อเทียบกับฝรั่งเศส แต่ปรากฏการณ์ในการปกครองหรือทางการเมืองนั้น อังกฤษก็มีเวลาในการพัฒนาไม่ยิ่งหย่อนกว่าประเทศอื่นๆ ในยุโรป ในสมัยเดิมนั้นอังกฤษมีการปกครองประเทศโดยมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เช่นเดียวกันกับในสมัยปัจจุบันพระมหากษัตริย์ ทรงมีอำนาจทั้งในทางนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ เรียกได้ว่ากษัตริย์ในสมัยนั้น ยังมีอำนาจเด็ดขาดในการปกครอง แม้ว่าในทางปฏิบัติแล้วจะมีสภาที่ปรึกษาษัตริย์ เช่นสภาวิตัน (Witan) หรือสภามกนัมคอนซิลล์มคอยให้คำปรึกษาแก่กษัตริย์ของอังกฤษ แต่คำแนะนำของสภาที่ปรึกษานั้นกษัตริย์จะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้ เพียงแต่ว่าในขณะใดที่กษัตริย์องค์ใดเข้มแข็งก็ไม่ค่อยฟังหรือ เชื่อคำแนะนำของสภา ต่อมาความเด็ดขาดของกษัตริย์ก็น้อยลง เนื่องมาจากการพยายามจำกัดอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์โดยบรรดาขุนนาง และพระหลายครั้งเช่น

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

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

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

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

กฎหมายบังคับราษฎรเป็นหน้าที่ของรัฐสภา กษัตริย์จะขึ้นภาษีหรือบังคับเก็บภาษีโดยปราศจาก
ความยินยอมของรัฐสภาไม่ได้

เมื่อมีการตรากฎหมาย The Act of Settlement 1700 อันเป็นการทำให้อำนาจของรัฐสภา
เหนือกษัตริย์ปรากฏชัดขึ้น กฎหมายนี้ตราเพื่อเปลี่ยนแปลงระเบียบการสืบสันตราชวงศ์ของอังกฤษ
ดังที่เราพิจารณาดังแต่ต้นแล้วว่า แต่เดิมพระมหากษัตริย์ของอังกฤษมีอำนาจเด็ดขาดพระมหากษัตริย์
เป็นทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง พระมหากษัตริย์มีอำนาจออกคำสั่ง หรือใช้กำลังบังคับแก่เอกชน
หากฝ่าฝืนคำสั่ง อันถือได้ว่าเป็นกฎหมายก็เพราะว่า พระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือกฎหมาย ครั้น
กษัตริย์ของอังกฤษค่อยๆ ถูกลดอำนาจลง อำนาจต่างๆ ในการกระทำเช่นนั้นก็มาตกอยู่ภายใต้กฎหมาย
ของรัฐสภาไป ทั้งต่อมาพระมหากษัตริย์ก็มิได้ทรงมีอำนาจในทางปกครองในฐานะฝ่ายบริหาร และ
ฝ่ายปกครองอีกต่อไป พระมหากษัตริย์กลายเป็นสัญลักษณ์ในการปกครองประเทศไปและอยู่ภายใต้
หลักที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) เพราะกฎหมายกำหนด
เช่นนั้น เช่น การให้มีบุคคลลงนามสนองพระบรมโองการ เป็นต้น

หลักการที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา เองก็เกิดขึ้นภายหลัง ค.ศ. 1688 ตาม
หลักที่ว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนปวงชนย่อมมีอำนาจสูงสุดในการตรา หรือไม่ตรากฎหมายใด หรือไม่
ก็ได้ และเมื่อมีการตรากฎหมายแล้ว ไม่มีศาลใดตัดสินหรือกล่าวได้ว่ากฎหมายนั้นเป็นโมฆะ ที่เป็น
เช่นนี้ก็เพราะอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นกฎหมายสูงสุดของ
ประเทศอย่างในประเทศอื่นๆ จึงไม่มีสิ่งใดจำกัดอำนาจของรัฐสภาได้⁴⁵

ด้วยเหตุนี้ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในอังกฤษนั้น หากไม่มีกฎหมายคอม
มอนลอว์รองรับอำนาจหรือไม่มีอำนาจซึ่งมีฐานะพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์ ข้าราชการอังกฤษ
จะไม่มีอำนาจกระทำการใดๆ ที่กระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เลย เว้นแต่จะมีพระราช บัญญัติ
ที่ตราโดยรัฐสภาให้อำนาจไว้ด้วยเหตุนี้เอง เมื่อฝ่ายบริหารมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการอย่างใด
ก็มักเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสภาเพื่อขออำนาจ และเมื่อรัฐสภาตราพระราชบัญญัติก็มอบอำนาจให้
ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) หรืออีกชื่อหนึ่งเรียกว่ากฎหมายที่ได้รับ
มอบอำนาจ (Delegate legislation) กำหนดการทั้งหลายที่จำเป็นได้ในรูปพระราช บัญญัติที่ออกโดย
ความเห็นชอบของสภาองคมนตรีที่เรียกสั้นๆ ว่า พระราชกฤษฎีกาในสภาองคมนตรี (Order in court)

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

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

ตามหลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐบาลนี้ แสดงให้เห็นถึงการมีอำนาจล้นพ้นหาที่สุดมิได้ของรัฐบาลเพราะรัฐบาลของประเทศอังกฤษนั้นมียุทธศาสตร์สูงสุดและเด็ดขาด อย่างยากที่จะหาที่ใดเสมอเหมือนได้ ดังที่ เดอลอร์ม (Delorm) ได้อธิบายสรุปไว้ในทำนองประชดประชันว่า นักกฎหมายอังกฤษพึงระลึกไว้เถิดว่ารัฐบาลอังกฤษมีอำนาจบาดาลได้สารพัดในปฐพี จะมีก็แต่ข้อยกเว้นแต่การเปลี่ยนหญิงให้เป็นชาย หรือการเปลี่ยนชายให้เป็นหญิงเท่านั้น เพราะฉะนั้น รัฐบาลจึงมีอำนาจควบคุมทุกสิ่งทุกอย่าง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายธรรมดาสามัญใช้ การร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁴⁷

3) การจำกัดและควบคุมอำนาจบริหาร

อำนาจนิติบัญญัติของรัฐบาลอังกฤษนั้น ในทางทฤษฎีไม่มีข้อจำกัดแต่อย่างใด และอำนาจของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นอำนาจของราชบัลลังก์ (The Crown) รัฐมนตรี กระทรวง กรม รัฐมนตรี และองค์กรปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีคอมมอนลอว์ รับรองไว้แล้วก็ต้องได้รับอำนาจมาจากรัฐบาลทั้งสิ้นจึงจะดำเนินการได้ โดยเฉพาะในส่วนที่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพ ประชาชน ทั้งนี้ตามหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐบาล ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติที่รัฐตราขึ้นจึงเป็นกฎหมายแม่บท ซึ่งเป็นที่มาของอำนาจฝ่ายบริหาร และศาลก็จะควบคุมพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ ส่วนกฎหมายที่รัฐสภามอบให้ฝ่ายบริหารตราขึ้น เพื่อบังคับใช้พระราชบัญญัติ จึงถือว่าเป็นเสมือนกฎหมายลำดับรอง (Subordinate legislation) ที่ได้รับมอบอำนาจจาก (Delegate legislation) ซึ่งศาลสามารถควบคุมกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ไม่ให้ออกเกินอำนาจ ที่กฎหมายแม่บทมอบมาให้ นอกจากนั้น หากเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์มาแต่เดิม ก็อาจใช้พระราชอำนาจออกกฎหมายลำดับรองเช่นกัน แต่กฎหมายนั้นจะขัดกับคอมมอนลอว์ เพราะพระราชบัญญัติที่รัฐสภตราขึ้นไม่ได้ หากเกินอำนาจ ศาลก็จะควบคุม

(1) การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาลยุติธรรม

ประเทศอังกฤษมีประวัติศาสตร์ที่เข้มข้นขึ้นกับการก่อตั้งศาลพิเศษและใช้กฎหมายพิเศษดังนั้นจึงปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะให้มีศาลปกครองขึ้นอย่างในประเทศยุโรป และปฏิเสธที่จะใช้หลักกฎหมายพิเศษด้วย คดีที่เอกชนฟ้องร้องข้าราชการ หรือฝ่ายปกครอง จึงต้องขึ้นศาลยุติธรรม

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

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

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

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

(2) อุทธรณ์คำสั่ง หรือ คำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองต่อศาล ตามที่กฎหมายลายลักษณ์บัญญัติให้สิทธิไว้ (Statutory Appeal)

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

และการทำสัญญาสงบศึก การทำสัญญา การรับรองรัฐและรัฐบาล⁴⁸ เป็นต้น ดังนั้นการกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อาจนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอังกฤษได้

4) แนวความคิดเรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

หากว่าการกระทำของรัฐนำไปฟ้องร้อง รัฐบาลจะต้องเข้าไปดำเนินการเพื่อแสดงให้เห็นศาลเห็นว่า การกระทำนั้นๆ เกิดจากคำสั่งของรัฐบาลเอง ดังนั้นคดี *Buron v. Denman* (1948)⁵⁶ ซึ่งทหารเรือคนหนึ่งแห่งราชนาวิกอังกฤษได้ละเมิดคำสั่งเกี่ยวกับการปราบปรามทาส โดยยิงปืนประจำไปยังบ้านของนายทาส และทำการปลดปล่อยทาสออกมา นายทาสได้ฟ้องข้อกล่าวหาว่า นายทหารแห่งราชนาวิกอังกฤษผู้นั้นกระทำละเมิด แต่การกระทำของทหารเรือ ดังกล่าว รัฐบาลอังกฤษได้ออกมาปกป้องว่าการกระทำของรัฐ ศาลจึงไม่รับฟ้อง แต่กระนั้นก็ตาม ศาลก็ยังถือว่าศาลมีความชอบธรรมที่จะวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ แต่ก็ไม่มีวิธีใดที่ชัดเจนที่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำเช่นไรเป็นการกระทำของรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า บางที”การกระทำของรัฐ”เป็นเรื่องที่มีความเป็น “นโยบายชั้นสูง” แฝงอยู่ และเป็นการกระทำที่ฝ่ายบริหารยอมรับเป็นกรณีพิเศษว่า การกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ แต่ดูเหมือนว่าหลักดังกล่าวนี้ ไม่อาจนำไปใช้ในดินแดนที่เป็นอาณานิคมของอังกฤษ โดยเฉพาะผู้จงรักภักดีต่อราชบัลลังก์อังกฤษ รวมทั้งมิตรประเทศของอังกฤษ หรือคนชาติอื่นที่ไม่ได้เป็นคู่ต่อสู้ของอังกฤษ ส่วนการชดเชยค่าเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำของรัฐ ถือว่าเป็นส่วนของการเมืองที่จะต้องดำเนินการกันในระดับรัฐบาลต่อรัฐบาล⁵⁷

(1) ประเภทของการกระทำของรัฐ

ดังความหมายของการกระทำของรัฐที่ได้กล่าวมาแล้ว อาจแยกการกระทำของรัฐออกได้เป็น 2 กรณี คือ การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐบาลต่างประเทศ ประการหนึ่ง กับการกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน

ก. การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐบาลต่างประเทศ

ในการอธิบายความหมายนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการกระทำที่ความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม และการสงบศึก รวมทั้งการทำสนธิสัญญา การผนวกดินแดนและการยกดินแดนให้รัฐอื่น และการให้การยอมรับรัฐบาลของต่างประเทศ⁵⁸ การกระทำทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นเรื่องที่อยู่นอกอำนาจของศาลอังกฤษในความหมายที่ว่า ไม่มีใครตั้งคำถามใดๆ ได้ เพราะเป็นเรื่องที่มีไว้เรื่องของอำนาจตุลาการหรือไม่

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

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

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

อาจใช้ความยุติธรรมมาตัดสินได้หรือเป็นสิ่งที่ประชาชนไม่สามารถเรียกร้องให้มีการบังคับซึ่งสิทธิใดๆจากอำนาจตุลาการได้

- การประกาศสงครามและการสงบศึก

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

- การรับรองความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ

ในการรับรองอำนาจอธิปไตย หรือการยอมรับรัฐหรือการรับรองรัฐบาลต่างประเทศนั้น อาจจะกระทบต่อสิทธิปัจเจกชนอันเนื่องมาจากความคุ้มกันจากอำนาจศาล ดังในคดี Duff Development Co. V. Government of Kelantan ซึ่ง Lord Summer ได้กล่าวอธิบายไว้ว่าเป็นพระราชอำนาจ ของฝ่ายบริหารที่จะให้การรับรองยอมรับ หรือไม่ยอมรับรัฐอธิปไตยต่างประเทศ หรือตัวผู้นำของรัฐต่างประเทศ ซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาไตร่ตรองสภาพของอำนาจรัฐต่างประเทศ ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง ในการให้การติดต่อความสัมพันธ์ร่วมมือระหว่างกัน ซึ่งการยอมรับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อผลในทางกฎหมายของศาลอังกฤษ และสิ่งที่พิสูจน์ให้เห็นถึงการยอมรับที่ชัดเจนที่สุดก็คือ ถ้อยแถลงของฝ่ายบริหารที่ลงพระปรมาภิไธยโดยกษัตริย์นั่นเอง⁶⁰

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

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

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

- การจัดทำสนธิสัญญา

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

- การผนวกดินแดน

การเคลื่อนย้ายกำลังทหาร หรือการเข้าผนวกดินแดนประเทศอื่นๆ นั้นคู่ได้จากคดี *West Rand Central Gold Mining Co. V. The King* โดยการผนวกดินแดนนี้เป็นอำนาจฝ่ายบริหาร ที่จะพิจารณาสีทธิและข้อผูกพันใดๆ ที่รัฐบาลเดิมได้กระทำไว้ เช่นการยกเลิกสัมปทานที่รัฐบาลปกครองดินแดนรัฐบาลก่อนได้ทำกับปัจเจกชน แม้ว่าปัจเจกชนนั้นจะเป็นผู้อยู่ได้อำนาจอปกครองของอังกฤษ ก็ตาม และคดี *Cook V. Spigg* ซึ่งมีข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันและคดีนี้สภาองคมนตรียุติวินิจฉัยไว้ว่า “การปฏิเสธการยอมรับสัมปทานสามารถอ้างการจำกัดอำนาจศาลได้โดยอาศัยแนวคิดพื้นฐานที่ว่า การผนวกดินแดน เป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งมีข้อสังเกตว่าในคดีนี้วินิจฉัยโดยมิได้พิจารณาเกี่ยวกับบุคคลผู้อยู่ได้ปกครองของอังกฤษ” แม้ว่าจะไปกระทบผลประโยชน์ของพวกเขาก็ตาม

(2) การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของปัจเจกชน

การกระทำภายใต้พระราชอำนาจของกษัตริย์ที่เกี่ยวข้องปัจเจกชน มีหลักของเรื่องการกระทำของรัฐ เป็นหลักการป้องกัน ปัจเจกชนที่ได้รับความเสียหาย จะฟ้องร้องโดยใช้อำนาจตุลาการให้ได้รับการชดเชย แต่ฝ่ายบริหารจะอ้างว่ามันเป็นเรื่อง Non-Jurisdiction เพื่อปฏิเสธการตรวจสอบจากศาลซึ่งอาจจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวนอกอาณาเขตอังกฤษ

ในคดี *Buron V. Denman*⁶¹ โดยจำเลยเป็นผู้บังคับการเรือที่มีสถานียับคับการบนชายฝั่งแอฟริกา ซึ่งจำเลยได้รับ ได้รับคำสั่งให้ทำการปราบปรามการค้าทาส ผู้บังคับการถูกร้องขอจากผู้ว่าการรัฐของ Sierra Leone ให้ปลดปล่อยทาส 2 คน ซึ่งเป็นบุคคลภายใต้บังคับของอังกฤษ ที่ถูกกักขังให้เป็นทาสที่ Gallines ซึ่งผู้บังคับการก็ได้ทำตามท้องร้องขอภายหลังจากนั้นผู้บังคับการได้

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

กระทำการนอกเหนือคำสั่งโดยไม่ได้รับอนุญาตจากราชการส่วนกลาง ได้เข้าไปโจมตีอาคารของ นายทาสสเปนคนหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจการค้าทาสอยู่ และทำการปลดปล่อยทาสไป นายทาสผู้นี้จึง นาคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำของรัฐที่ไม่มีผู้ใดจะฟ้องศาลได้ เพราะการกระทำของผู้ บังคับการนั้นได้กระทำตามที่ได้รับมอบหมายจากฝ่ายบริหาร ซึ่งทั้งนี้แม้การกระทำนั้นจะเกิน อำนาจที่ได้รับมอบหมาย แต่ศาลก็ได้อธิบายว่าในลักษณะกรณีนี้หลักการกระทำของรัฐนำมาใช้ได้ เพราะการกระทำนั้นต่อมาภายหลังก็ได้รับการยอมรับจากฝ่ายบริหารนั่นเอง กรณีนี้ถ้าดูผิวเผินแล้ว น่าจะมาจากหลัก The King can do no wrong แต่ทำไมไม่ต้องนัก เพราะว่าการกระทำนี้เป็นการ กระทำของฝ่ายบริหารต่อคนต่างด้าวนอกราชอาณาจักร ดังนั้น ไม่ใช่อำนาจศาลภายในที่จะวินิจฉัย ว่าถูกหรือผิด เป็นเรื่องทางการทูตที่จะตกลงกันระหว่างรัฐหรือจากกฎหมายระหว่างประเทศหรือ จากการประนีประนอมข้อพิพาทระหว่างกัน

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

ข. กรณีการกระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูในประเทศอังกฤษ

การกระทำของรัฐถูกนำมาอ้างถึงในกรณีเมื่อเป็นการกระทำของฝ่ายบริหาร ต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรู ดังในคดีที่โจทก์เป็นชาวเยอรมันอาศัยอยู่ในอังกฤษตั้งแต่ปี ค.ศ. 1928 โดยที่มิได้เปลี่ยนสัญชาติมาเป็นคนอังกฤษ และต่อมาเขาถูกกักกันให้อยู่ในเขตที่กำหนดโดยกระทรวง มหาดไทย ในช่วงระหว่างสงครามกับเยอรมัน ซึ่งเขาได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลออกหมายเรียกเจ้าหน้าที่ กระทรวงมหาดไทยมาไต่ถามว่า เป็นการควบคุมขังโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ไม่สำเร็จเพราะ ศาลปฏิเสธโดยวินิจฉัยว่าการที่ฝ่ายบริหารกักกันคุมตัวบุคคลต่างด้าวที่เป็นศัตรูเป็นการกระทำที่ เป็นการกระทำของรัฐศาลจึงไม่อาจรับวินิจฉัยได้ อีกประการหนึ่ง หลักการทำนองเดียวกันก็นำไปใช้ กับการเนรเทศคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูเช่นกัน ดังในคดี *Netz V. Chuterede*⁶² ซึ่งโจทก์ได้ถูกกระทรวง มหาดไทยเนรเทศออกจากประเทศ ในระหว่างที่อังกฤษกับสงครามกับเยอรมัน

⁶² Netz V. Chuterede. (1946). Ch.224. อ้างถึงใน สาโรช โชติพันธุ์. (2541). การควบคุมการกระทำ ของรัฐบาล. หน้า 158.

ค. กรณีที่ไม่อาจใช้หลักการกระทำของรัฐ

กรณีที่ การกระทำของรัฐจะไม่นำมาใช้ในกรณีที่เป็นกรกระทำของฝ่ายบริหารที่กระทำต่อพลเมืองอังกฤษ หรือพลเมืองของประเทศเครือจักรภพ หรือคนในบังคับของอังกฤษ ดังในคดี Walker V. Baird⁶³ เป็นผู้บังคับการเรือรบอังกฤษ ได้เข้ายึดโรงงานกึ่งมังกรของคนอังกฤษ ในเกาะ New Foundland ซึ่งศาลได้วินิจฉัยว่าผู้บังคับการเรือทำตามคำสั่งของฝ่ายบริหารเพื่อปฏิบัติตามสนธิสัญญากับฝรั่งเศสนั้น ไม่อาจจะอ้างการกระทำของรัฐมาใช้ในกรณีนี้ได้ ในทำนองเดียวกันนี้สภาขุนนาง ยังวินิจฉัยให้รวมถึงการกระทำของฝ่ายบริหารต่อชาวต่างชาติที่เป็นพันธมิตร และอยู่ในอาณาเขตแดนอังกฤษในคดี Johnstone V. Pedlar โดยศาลได้วินิจฉัยไว้ว่าพลเมืองชาวสหรัฐที่อาศัยอยู่ในเมือง ดับลิน มีสิทธิจะฟ้องร้องคณะตำรวจที่ทำการจับกุมตัว และเข้าตรวจค้นตัวเขา ว่ามีการกระทำโดยไม่ชอบได้ ซึ่งฝ่ายบริหาร ไม่อาจอ้างการกระทำของรัฐมาให้ความคุ้มครองจากอำนาจศาลในกรณีนี้ได้

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

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

ประการหนึ่ง เป็นเรื่องที่ฝ่ายราชการใช้อำนาจเกี่ยวกับนโยบายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น พระราชอำนาจในการสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูต การประกาศสงคราม การสงบศึก การผนวกดินแดน เป็นต้น การกระทำเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่า ที่ศาลไม่มีอาจใช้อำนาจตุลาการมาควบคุมตรวจสอบได้เพราะ

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

- เป็นเรื่องของการกระทำของอำนาจอธิปไตย ดังนั้นอำนาจในการกระทำนี้จึงไม่อาจที่จะถูกท้าทาย บังคับหรือเข้ามาตรวจสอบโดยศาลได้ เพราะการกระทำของรัฐมิใช่ลักษณะของกฎหมายที่ศาลเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการๆ นั้นได้ แต่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตย

- การกระทำของรัฐเป็นหลักที่เกิดขึ้นเนื่องจาก การกระทำนั้นเป็นการใช้อำนาจตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศ ที่อาจกระทบต่ออธิปไตยของสหราชอาณาจักร โดยศาลจะต้องรับผิดชอบต่อนโยบายที่รัฐบาลในสมเด็จพระราชินีอังกฤษได้ประกาศ หรืออาจกล่าวได้ว่า “ศาลต้องยอมรับในการตัดสินใจของฝ่ายบริหารนั่นเอง”

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

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

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

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

การกระทำทางรัฐบาลในประเทศอังกฤษจึงสรุปลงได้ ว่าเป็นการกระทำใดๆ ที่เกิดจากการใช้อำนาจสูงสุดหรือการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำตามอำนาจที่มีอยู่ก่อนแล้ว หรือเป็นการกระทำที่มีการให้สัตยาบันในภายหลัง เป็นการกระทำที่ไม่อาจตรวจสอบโดยกระบวนการทางกฎหมายว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นโดยศาลใดๆ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องได้แย้งว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมายอังกฤษ ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “การกระทำทางรัฐบาล” ในกฎหมายฉบับใด ที่จะเป็เหตุให้ศาลไม่อาจเข้าไปพิจารณาคดีซึ่งเอกชนเป็นคู่ความกัน เพราะเป็นความจำเป็นอย่างยั้งที่กระบวนการยุติธรรมจะต้องเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่เป็นอำนาจจากต่างประเทศที่มีเอกชนเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องด้วย อย่างไรก็ดีตาม หากมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐ ศาลก็อาจเข้าไปพิจารณาในข้อเท็จจริงได้จากปัจจัยแวดล้อมทั้งหลายว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) เป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ ด้วยเหตุ หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) ของอังกฤษจึงสามารถเทียบเคียงได้ กับหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศสไม่ว่าจะเป็นการประกาศสงคราม การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ การดำเนินการทางการทูต เป็นต้น ซึ่งการกระทำของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) เหล่านี้ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบถึงสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจจากศาลได้ เช่นเดียว กับหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

3.3 ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศอเมริกา

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

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

ในปี ค.ศ. 1460 คดียุคแห่งยอร์ก ได้นำฎีกาที่ประกาศถึงการเป็นทาสทอนชอบทำที่จะได้ขึ้นครองราชย์ขึ้นฟ้องต่อศาลแต่คณะผู้พิพากษาได้วินิจฉัยว่า ศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสถาบันพระมหากษัตริย์ได้ นับแต่นั้นมา ศาลเองไกล-อเมริกันก็ปฏิเสธที่จะดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรม ในกรณีที่เห็นว่าเป็นการไม่สมควรที่จะให้อำนาจตุลาการก้าวล่วงเข้าไปพิจารณา กรณีทำนองนี้เองที่เป็นที่มาของคำที่ศาลอเมริกันเรียกว่า “หลักปัญหาทางการเมือง” (Political Question)

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

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

⁶⁶ *bid.*

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

1) หลักปัญหาทางการเมือง (Political Question)

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

หนึ่งในสหรัฐอเมริกา มีการกระทำอีกลักษณะหนึ่งที่ เรียกว่า การกระทำของรัฐ โดยมีหลักทฤษฎีที่ว่า “ทฤษฎีการกระทำของรัฐ” ซึ่งศาลสหรัฐได้จำกัดอำนาจของตนเองในการเข้าวินิจฉัยตรวจสอบการกระทำของรัฐต่างประเทศที่ได้กระทำการนั้น ภายในอาณาเขตดินแดนของตนเองว่าการกระทำนั้นจะเป็นการชอบด้วยกฎหมาย หรือการกระทำนั้นจะเป็นเรื่องที่ถูกต้องหรือผิดอย่างไร เนื่องจากศาลพิจารณาเห็นว่าอำนาจในการวินิจฉัยและดำเนินการเรื่องนี้ควรปล่อยให้อำนาจที่การแก้ไขของฝ่ายบริหารโดยเฉพาะเท่านั้น เพราะเป็นเรื่องของการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ทางด้านต่างประเทศ ที่ศาลไม่ควรจะก้าวล่วงไปวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลต่างประเทศนั้น ทฤษฎีการกระทำของรัฐนั้น อาจทำให้สับสนกับ หลักในเรื่องการกระทำของรัฐประเทศอังกฤษได้ เพราะมีการใช้คำๆ เดียวกันแต่ว่าในของเขตของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้นั้น เป็นการศึกษในเรื่องของการควบคุมฝ่ายปกครอง หรือฝ่ายบริหารของประเทศหรือรัฐบาลนั้นๆ เองที่ศาลไม่อาจจะก้าวล่วงไปควบคุมตรวจสอบได้ แต่ว่ามิใช่เรื่องของการที่ศาลภายในประเทศหนึ่งจะไปมีอำนาจ หรือไม่มีอำนาจที่จะไปวินิจฉัยการกระทำของรัฐบาลอีกประเทศหนึ่ง ตามหลักของทฤษฎี การกระทำของรัฐ ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะต้องทำการศึกษาในเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกลักษณะต่างหาก หลักการแบ่งแยกอำนาจกับแนวความคิดพื้นฐานของหลักปัญหาทางการเมือง

ความเข้าใจในระบบโครงสร้างชั้นพื้นฐานในองค์ประกอบของชาติเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะนำไปสู่ความเข้าใจถึงวิธีการและเหตุผลที่ศาลสามารถเข้าไปตรวจการกระทำของฝ่ายบริหารได้ ระบบโครงสร้างของชาตินั้นไม่จำเป็นต้องแบ่งอำนาจอธิปไตย ออกเป็นสามอำนาจแยกต่างหากจากกันเช่น สำหรับในรัฐเผด็จการนั้นอำนาจอธิปไตยจะถูกใช้โดยรัฐบาลเพียงองค์กรเดียว สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ ใช้หลักการพื้นฐานของโครงสร้างองค์กรของชาติ ที่จะสามารถคานและดุลอำนาจซึ่งกันและกันอย่างเหมาะสมที่สุด หลักการแบ่งแยกอำนาจตามความเข้าใจของสหรัฐอเมริกานั้น มีหลักสำคัญในการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็นสามส่วน คืออำนาจนิติ

บัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ออกไว้ในหน่วยงานต่างจากกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุล และคานอำนาจ ซึ่งกันและกัน และรัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรับรองในเรื่องนี้โดยแยกองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการออกจากกันโดยสิ้นเชิง ใน

มาตรา 1 บัญญัติให้อำนาจ นิติบัญญัติแก่สภา

มาตรา 2 บัญญัติให้อำนาจ บริหารแก่รัฐบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้มอบอำนาจเด็ดขาดให้แก่ประธานาธิบดี ในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐบาล

มาตรา 3 บัญญัติให้อำนาจ จัดตั้งศาลสูงสุด และได้มอบให้มื่ออำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลด้วย⁶⁸

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

2) การควบคุมฝ่ายบริหารโดยศาล

รัฐธรรมนูญแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยึดถือในหลักการแบ่งแยกอำนาจเพื่อป้องกันมิให้อำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งซึ่งศาลมีภาระหน้าที่และความรับผิดชอบที่จะต้องบังคับให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวโดยวิธีการถ่วงและดุลอำนาจ อย่างไรก็ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่า จะต้องแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยออกจาก

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

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

กันโดยเด็ดขาด เพียงแต่รัฐธรรมนูญ บัญญัติแบ่งแยกอำนาจและมอบอำนาจให้แก่องค์กรต่างๆ ไว้ ซึ่งศาลมีภาระหน้าที่ในอันที่จะป้องกันมิให้องค์กรใดเปลี่ยนแปลงขอบอำนาจที่รัฐธรรมนูญ กำหนดไว้ไว้ หลักการแบ่งแยกอำนาจนี้เองที่เป็นรากฐานแห่งเหตุผลในการจัดตั้งรัฐธรรมนูญ ตามความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติมอบอำนาจให้แก่ศาลโดยชัดแจ้ง แต่เนื่องจากโครงสร้างของรัฐธรรมนูญประกอบหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วจะเห็นได้ว่า มีเหตุผลเป็นอย่างมากที่ศาลจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนี้ ในขณะที่ศาลไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการจัดทำงบประมาณแผ่นดิน และดูแลอำนาจทางทหาร เพราะเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารตามลำดับ เพื่อที่จะคงไว้ซึ่งอำนาจแห่งฝ่ายตุลาการในอันที่จะถ่วงและดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารไว้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่ศาลจะต้องมีอำนาจชี้ขาดว่ากฎหมาย หรือ การกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญเนื่องจากปราศจากอำนาจชี้ขาดดังกล่าวนี้แล้ว อำนาจตุลาการจะไม่สามารถถ่วงและดุลอำนาจของอีกฝ่ายได้เลย และศาลจะต้องปกป้องสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลไว้ให้พ้นจากอำนาจของเสียงข้างมากด้วย ศาลจะสามารถเข้ามาตรวจสอบและควบคุมฝ่ายบริหารได้ เมื่อข้อพิพาทมาสู่ศาล ขอบอำนาจของศาลที่จะวินิจฉัยคดีข้อพิพาทที่จะมาสู่ศาลนั้น จะเป็นเรื่องที่กำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญแห่งรัฐ สิ่งที่จะพึงระลึกคือศาลจะไม่ให้ความเห็นหรือกำหนดนโยบายของชาติ แต่เพียงจะเข้ามาตัดสินเมื่อมีการกล่าวอ้างโต้แย้งโดยประชาชนว่ารัฐบาลได้กระทำละเมิดต่อสิทธิของพวกเขา ซึ่งอาจเป็นการโต้แย้งในอำนาจดำเนินการตามกฎหมายของรัฐบาล ทั้งนี้อาจเป็นการโต้แย้งในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือ เป็นการโต้แย้งว่ามีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หรืออีกนัยหนึ่งคือ การละเมิดต่อรัฐธรรมนูญ หรืออาจกล่าวอ้างได้ว่าศาลซึ่งนำโดยศาลฎีกาสหรัฐ เป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ⁷⁰

พัฒนาการของกฎหมายปกครองที่นำมาซึ่งการเผชิญหน้า ระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร คือการพัฒนาการในช่วงสมัยของประธานาธิบดีรูสเวลต์ สมัยดังกล่าวอยู่ในยุคเศรษฐกิจตกต่ำสุดขีด ภาวะดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าตลาดเสรีที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุมไม่สามารถได้รับความไว้วางใจ ให้เสนอตอบสนองความต้องการทางสังคม และเศรษฐกิจของประเทศได้ ประธานาธิบดีรูสเวลต์ได้นำมาตรการที่เรียกว่า New Deal มาใช้ ผลก็คือ รัฐเข้ามามีบทบาทควบคุมกิจการต่างๆ อย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนสังคมค้าขายแบบเสรีแบบนายทุน ดังเช่นสหรัฐอเมริกา ความมุ่งหมายของมาตรการดังกล่าวก็คือ เพื่อนำประเทศไปสู่ความเป็นประเทศรัฐสวัสดิการ เหตุผลพื้นฐานมาตรการนี้ก็คือ “เพื่อปกป้องระบบนายทุนจากตัวของระบบนายทุนเอง” กล่าวคือ เพื่อแก้ไขความล้มเหลวอย่างเห็นได้ชัดของตลาดที่ไม่มีการออกกฎข้อบังคับควบคุมอันจะเป็นการ

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

หลีกเลี่ยง การเข้ามาแทนที่ของทางเลือกของนักสังคมนิยมที่ให้อำนาจแก่รัฐเป็นเจ้าของกิจการและธุรกิจโดยตรง รัฐสภาได้ขานรับข้อเรียกร้องของประธานาธิบดี และเห็นกันว่าเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้เวลานั้น กฎหมายจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองหลายฉบับได้ออกโดยรัฐสภา เพื่อเป็นเครื่องมือในการนำนโยบายดังกล่าวมาสู่การปฏิบัติ เหตุผลในการนำระบบที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองมาแทนที่ระบบเดิมของผู้สนับสนุนนโยบายของประธานาธิบดีรูสเวลต์ คือความเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญอาชีพ (Expert Professionalism) ขององค์กรฝ่ายปกครอง ผู้สนับสนุนดังกล่าวให้เหตุผลว่าการกู้ภาวะเศรษฐกิจของประเทศ เป็นที่จะต้องมีการควบคุมโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความรู้อย่างผู้เชี่ยวชาญมีอำนาจแบบผสมและมีการบริหารงานแบบใช้ดุลพินิจที่เทียบได้กับที่พึงได้โดยผู้ประกอบธุรกิจ และระเบียบแบบแผนและขั้นตอนที่เป็นทางการต่างๆ จำต้องให้น้อยที่สุด แต่สำหรับผู้ไม่เห็นด้วย และการให้อำนาจหน้าที่ฝ่ายปกครองดังกล่าวเป็นการขัดต่อหลัก Due Process ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้ที่ไม่เห็นด้วยอย่างรุนแรงคือ ฝ่ายตุลาการศาลฎีกา สหรัฐ ได้ชี้ขาดว่ากฎหมายหลายฉบับที่จัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองดังกล่าว ขัดต่อรัฐธรรมนูญและตกเป็นโมฆะ ตัดสินของศาลก่อให้เกิดการโงมต้อยอย่างหนัก ฝ่ายสนับสนุนนโยบายประธานาธิบดีโงมต้อยว่า คำตัดสินของศาลขัดต่อความประสงค์ ของประชาชน และขัดขวางการกู้ภาวะเศรษฐกิจของประเทศ ประธานาธิบดีรูสเวลต์ถึงกับเสนอโครงการจัดรูปแบบองค์กรคณะในศาลฎีกาสหรัฐใหม่ โดยการขยายจำนวนผู้พิพากษา แต่ก่อนที่โครงการดังกล่าวจะประสบความสำเร็จ ได้มีการเปลี่ยนแปลงในศาล และประธานาธิบดีรูสเวลต์ ได้มีโอกาสดำรงผู้พิพากษาหลายคนซึ่งมีผู้สนับสนุนมาตรการ New Deal หลังจากนั้นไม่นานศาลฎีกาก็ยอมรับกฎหมายดังกล่าว นับว่าเป็นความสำเร็จของผู้สนับสนุนกระบวนการทางปกครองซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้รับการยอมรับจากศาล

(1) การกระทำทางปกครองที่ศาลมีอำนาจตรวจสอบ

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

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

การกระทำทางปกครองที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบ

ข้อจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีระดับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง มาตรา 701 (A) (2) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กฎหมายหลายฉบับที่ให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจ แต่ก็มีปัญหาถกเถียงในทางศาลอยู่ว่า ศาลจะเข้าตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นๆ ได้หรือไม่ เนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 701 (A) (2) ดังกล่าวได้ทับทบัญญัติว่าห้ามมิให้มีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองหากว่าการกระทำนั้นกฎหมายให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ⁷¹ ซึ่งก็จะมีปัญหาต่อไปว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งทำโดยมิชอบปราศจากเหตุผลนั้น จะสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้หรือไม่ ซึ่งศาลได้ตัดสินว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ภายใต้อำนาจศาล

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

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

แนวคิดและวิวัฒนาการของหลักปัญหาทางการเมือง

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

การอธิบายถึงการแบ่งแยกระหว่างการเข้าไปใน “แวดวงการเมือง” กับการ ค้ำครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ได้รับการประกันไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ในเรื่อง ความเสมอภาคเท่าเทียมกันนั้น เป็นการแบ่งแยกที่อธิบายความค่อนข้างยากได้อย่างเป็นรูปธรรม” คำวินิจฉัยคดีนี้นับว่าเป็นเรื่องที่อันตรายอย่างมากในการค้ำครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ที่จะอธิบายเพียงแค่การกระทำเกี่ยวกับการเลือกตั้ง เป็นกิจกรรมทางการเมืองซึ่งศาลไม่ควรจะเข้าไป โดยวิธีการทางตุลาการมาแก้ไข เพราะถือว่าเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของรัฐสภา

ปัญหาทางการเมืองนี้ ได้รับการอธิบายถึงอีกครั้งโดยเป็นคดีขึ้นสู่ศาลในปี ค.ศ. 1962 โดยศาลสูงในคดี *Baker V. Carr*⁷³ ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า ความไม่เท่าเทียมกันของการแบ่งเขต เลือกตั้งในรัฐเทนเนสซี หากไม่เกี่ยวกับสูตรทางตรรกวิทยา และมีเหตุผลที่ผู้จะไปลงคะแนนเสียง จะได้รับการปกป้องโดยกฎหมายที่เท่าเทียมกันแล้ว การแบ่งเขตเลือกตั้งนี้ถือว่าชอบด้วย กฎหมาย คดีแบบนี้ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาตัดสินเป็นที่สุดของคดีโดยใช้หลักปัญหา ทางการเมือง โดยศาลได้แยกเอาองค์ประกอบที่จะใช้อธิบายตามหลักเฉพาะกรณี (Case by Case) ออกมาเพื่อพิจารณาว่า เรื่องใดเป็นการเมืองโดยธรรมชาติและไม่ต้องดำเนินการตามกระบวนการ

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

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

ยุติธรรม จึงเป็นการเน้นย้ำว่า “ความไม่สามารถที่จะเข้าไปใช้อำนาจตัดสินใจในเรื่องของหลักปัญหาทางการเมือง” ถือเป็นหน้าที่พื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ” คดีนี้ ศาลได้พิจารณาโดยใช้หลักการควบคุมตรวจสอบโดยศาล ซึ่งมีข้อจำกัดในตัวเอง ภายใต้หลักปัญหาทางการเมือง สิ่งที่นำสังเกตของคดีนี้ก็ คือ การที่ศาลสูงได้มีการจำกัดหลักปัญหาทางการเมืองอย่างตรงไปตรงมาว่าเป็นเรื่องของ “ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการและหน่วยงานทางการเมืองของรัฐบาลกลาง (Federal Government) เท่านั้นหาใช่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายตุลาการกับรัฐบาลของมลรัฐต่างๆ ไม่” ดังนั้นเมื่อนำหลักนี้ไปใช้ในระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ข้อจำกัดที่มีอยู่ในตัวเองจึงไม่ได้จำกัดฝ่ายตุลาการเท่าที่ควรจะเป็นเหมือนกับที่ได้จำกัดต่อรัฐบาล

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

คดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางทหาร เช่นการกระทำเกี่ยวกับการตั้งกำลังทหารไปรบในเวียดนามในสงครามเวียดนาม ซึ่งโดยหลักแล้วการประกาศสงครามต้องได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ทำการประกาศสงครามกับประเทศเวียดนามเหนือ องค์การบริหารของอเมริกาก็ได้อ้างต่อองค์กฤษฎีกา ในการขอความร่วมมือ ในการอนุมัติงบประมาณ ว่ามีความจำเป็น ที่จะต้องเพิ่มกำลังรบ เพื่อรักษาเกียรติภูมิ และศักดิ์ศรีของสหรัฐ อเมริกา ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้ความสนับสนุนอย่างเต็มที่ ทั้งๆ ที่มิได้มีการประกาศสงครามอย่างเป็นทางการ ดังนั้นศาลสูงจึงหลีกเลี่ยงที่ไม่วินิจฉัยการกระทำของประธานาธิบดีในกรณีนี้

อย่างไรก็ตาม ในการวิเคราะห์เรื่องที่เป็นปัญหาทางการเมืองได้ให้อำนาจแก่ศาลที่จะพิจารณาว่า กรณีใดเป็นหลักปัญหาทางการเมืองที่ศาลจะเข้าไปควบคุม กรณีเช่นนี้นี้มักจะปรากฏอย่างชัดเจนในเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลในการดำเนินการต่างๆ ภายในประเทศเช่นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กำหนดให้รัฐบาลกลางจะต้องให้หลักประกันแก่มลรัฐต่างๆ ทุกมลรัฐ

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

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

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

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

หลักปัญหาทางการเมืองกับการอธิบายโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมการกระทำอีกนั้น อีกลักษณะหนึ่ง ซึ่งเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ปฏิเสธจะเข้าไปตรวจสอบ โดยศาลพิจารณา จากปัญหาดังกล่าวมีพื้นฐานมาจากเรื่องของหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁷⁷ ซึ่งหมายความว่าอำนาจตุลา การไม่ควรที่จะใช้อำนาจไปในทางที่เข้าไปก้าวก่ายอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งการกระทำนั้นๆ เป็น ส่วนของอำนาจฝ่ายบริหารโดยเฉพาะ ซึ่งในการตัดสินใจกระทำการบางอย่างอยู่ภายใต้ “ภารกิจ ที่เป็นสิ่งอ่อนไหว ในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ ของชาติ” ซึ่งฝ่ายบริหารสามารถตัดสินใจโดยรวบ รวมข้อมูลพื้นฐานที่เป็นความจริงต่างๆ ที่เทียบพร้อมกว่าฝ่ายตุลาการ หรืออาจกล่าวได้ว่าหลัก ปัญหาทางการเมืองก็คือ หลักการแบ่งแยกหน้าที่งานเบื้องต้นจากหลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

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

การอธิบายความหมายของปัญหาทางการเมือง ซึ่งอาจมีพื้นฐานอยู่หลาย ประการ ซึ่งอาจมีพื้นฐานอยู่หลายประการ แต่หลักการที่สำคัญคือ การอ้างอิงถึงหลักการแบ่งแยก

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

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

อำนาจทั้งนี้การพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าว อาจจะพิจารณาได้จากหลักการหรือ บทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ เพราะกรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาล อันเป็นความรับผิดชอบโดยตรงตามรัฐธรรมนูญต่อรัฐสภา⁷⁸ เช่นบทบัญญัติเกี่ยวกับโครงสร้าง และอำนาจหน้าที่ของแต่ละฝ่ายในการถ่วงดุล การตรวจสอบกับทั้งการประสานงานฝ่ายบริหาร และฝ่าย การเมืองต่างๆ ซึ่งกันและกัน การกระทำที่มีลักษณะที่เป็นปัญหาทางการเมืองที่จะให้อำนาจตุลา การเข้ามาตัดสิน ในเรื่องที่ต้องพิจารณาถึง นโยบายบางประการที่มาตรฐานทางอำนาจตุลาการ มีอยู่ ไม่เพียงพอ

ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Political Questions) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ ถูกอ้างโดยศาลสูงของสหรัฐ โดยมีรากฐานแนวคิดจากหลายเรื่องด้วยกัน กล่าวคือ เรื่องความ สัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเปรียบเทียบหลักการกระทำของรัฐ ในแนวคิดพื้นฐานของอังกฤษ ซึ่ง การอ้างถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ อาจจะไม่ถูกต้องนัก แต่หลักการนี้น่าจะมาจากแนวคิด การ กระทำของรัฐมากกว่า กล่าวคือเป็นเรื่อง การกระทำรัฐอธิปไตย “Exercise of Sovereign Power” ซึ่ง มาจากเหตุผลที่ว่า การกระทำนี้ ไม่สามารถถูกท้าทายหรือ ถูกควบคุม หรือถูกแทรกแซงโดยศาล ภายใต้นี้⁷⁹

ดังนั้น หลักปัญหาทางการเมืองสามารถแยกพิจารณาจากเหตุผลในเรื่องการ แบ่งแยกอำนาจได้เป็น 2 ประการคือ

ก. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองภายในประเทศ

- การกระทำที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งทางการเมือง ซึ่งในเรื่องนี้ศาลไม่ควรที่จะ เข้าไปแทรกแซงเกี่ยวกับเรื่องของ “อำนาจรัฐ” เพราะการพิจารณาในปัญหาเฉพาะเช่นนี้ ควรปล่อยให้ เป็นเรื่องของประชาชนชนผู้ลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

- การกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติโดยตรงเช่นใน คดี Luther V.Borden⁸⁰ การกระทำที่ถูกควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติได้แก่

1. ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญ ให้ได้รับการรับรองโดยรัฐสภา
 2. ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอของรัฐบาลว่า แบบวิธีพิจารณาของกฎหมาย
- ใดที่ละเมิดหลักประกันของรัฐธรรมนูญสหพันธรัฐ

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

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

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

ข. กรณีที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ

- กรณีเกี่ยวกับนโยบาย การตัดสินใจของฝ่ายบริหาร ที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเรื่องเกี่ยวกับการทูต การรับรองรัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ

- การจัดทำและยกเลิกสนธิสัญญา การกระทำที่เกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ดังเช่นการกระทำของประธานาธิบดีในการจัดทำสนธิสัญญา หรือการยกเลิกการบังคับใช้ของสนธิสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่ง

- การตัดสินใจของประธานาธิบดี ในเรื่องเกี่ยวกับการประกาศสงคราม หรือการยุติสงคราม

4. การกระทำที่เกี่ยวกับอำนาจการใช้กำลังทหาร เช่นการส่งกำลังทหารไปรบในสงครามเวียดนาม หรือการส่งทหารเข้าไปในประเทศนิการากัว แม้ว่า การกระทำนี้จะไม่ได้กระทำภายใต้ภาวะการณ์ประกาศสงครามก็ตาม

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

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

เนื้อหาาร่วมกันของหลักว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลฝรั่งเศสและหลักการกระทำของรัฐของอังกฤษ และหลักว่าด้วยประเด็นทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา ส่วนหนึ่งเน้นหนักไปในเรื่องของการกระทำของรัฐกับรัฐต่างประเทศ หรือองค์กรระหว่างประเทศ ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญา และยกเลิกสัญญา อีกส่วนหนึ่งเป็นเรื่องของการกระทำของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) กับฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) อันเป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเมืองภายในประเทศ ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยสององค์กร ซึ่งต่างกระทำการในลักษณะตรวจสอบและควบคุม ซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นเหตุผลว่า ทำไมองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยอีกองค์กรหนึ่ง คือ ศาลหรือฝ่ายตุลาการ จึงไม่ปรารถนาจะเข้าไปตรวจสอบตรงนี้สำหรับวิธีการของการกระทำที่เป็นกระทำทางรัฐบาล ตามเนื้อหาข้างต้น ส่วนใหญ่จะกระทำการโดยผ่านตัวแทนของรัฐ หรือประมุขของรัฐ แล้วแต่กรณีของเนื้อหา หากเป็นเรื่องของการกระทำที่เกี่ยวข้องกับต่างประเทศหรือมีผลสู่ภายนอกประเทศ ย่อมเป็นการกระทำโดยประมุขของรัฐ หากเป็นกิจการภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับระหว่างองค์กรภายในด้วยกันเอง ย่อมเป็นการกระทำของประมุขฝ่ายบริหาร แม้ว่า อังกฤษจะมีรัฐบาลในระบบรัฐสภา มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหาร โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ฝรั่งเศสจะมีรัฐบาลแบบกึ่งประธานาธิบดีมีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและประมุขของฝ่ายบริหารและมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร และสหรัฐอเมริกามีรัฐบาลในระบบประธานาธิบดี มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของรัฐและเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร แต่ประเทศทั้งสามก็มีหลักการกระทำทางรัฐบาลที่คล้ายคลึงกันได้