

การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาในเรื่องการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยจะทำการศึกษา ตั้งแต่ความหมายของการควบคุม การควบคุมฝ่ายปกครองในแบบต่างๆ รวมถึงการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยนำทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติของฝรั่งเศส และหลักการกระทำของรัฐมาศึกษาเทียบเคียงให้เห็นถึง การกระทำของรัฐในด้านต่างๆ เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่า การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และการใช้มาตรการในระหว่างการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายปกครองจะสามารถควบคุมได้มากน้อยเพียงใด

การดำเนินการของฝ่ายปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเพื่อให้บรรลุเป้าหมายเป็นการใช้อำนาจมหาชน ลักษณะการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงเป็นการใช้อำนาจที่ไปกระทบต่อปัจเจกบุคคลเป็นหลักบังคับให้ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมายซึ่งมิได้หมายเฉพาะกฎหมายที่จัดทำขึ้นระดับรัฐสภาเท่านั้น แต่ยังหมายรวมถึงกฎหมายทั้งระบบตั้งแต่รัฐธรรมนูญ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร กฎหมายเหล่านี้ถือเป็นที่มาทางกฎหมายสำคัญของกฎหมายปกครอง หลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นถือว่าเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ (Rule of Law) เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถจะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ โดยไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกัน ระหว่างอำนาจภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลกัน (check and balance) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมด และดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวดังนั้นหลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบอำนาจ และการถ่วงดุลอำนาจ การดำเนินกิจกรรมทางการปกครองโดยหลักแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการในแดนของกฎหมายมหาชนเป็นหลัก เนื่องจากแดนของกฎหมายมหาชนเป็นแดนที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจเหนือเอกชน ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้ภายในกรอบของกฎหมาย โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเอกชนแต่อย่างใด(ยกเว้นกรณีสัญญาทางการปกครอง) โดยเฉพาะภารกิจเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ในเรื่องของความปลอดภัยของประชาชนโดย รัฐ และ องค์การของรัฐทั้งหลายที่จัดตั้งขึ้น

โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมายมีหน้าที่ต้องเคารพกฎหมายที่ตราขึ้นในรัฐนั้นด้วย ไม่ว่าจะกฎหมายนั้นจะเป็นรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายในลำดับใด ระบบการควบคุม และการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรทั้งหลายของรัฐประชาธิปไตยจึงเป็นระบบสำคัญที่เป็นพื้นฐานในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพที่ขาดเสียมิได้¹ อย่างไรก็ตามหลักประโยชน์ของสาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์ของเอกชน โดยเฉพาะในสถานการณ์ฉุกเฉิน และยังมีความจำเป็นที่จะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายปกครองในการเข้าแก้ไขสถานการณ์นั้นให้บรรเทาลง ผ่านหรือหมดไป ซึ่งย่อมจะใช้ระบบกฎหมายปกติไม่ได้ เช่น สถานการณ์สงคราม การจลาจลอย่างรุนแรงหรือ สถานการณ์อุบัติเหตุที่ต้องให้ความช่วยเหลือ หรือ จัดการโดยเร่งด่วนมิฉะนั้นแล้วจะเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรง และเกิดผลกระทบต่อประชาชนมากที่สุด ในระบบกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส อินเดีย อาฟริกาใต้ เกาหลีใต้ การรักษาความสงบเรียบร้อยที่ให้อำนาจฝ่ายทหารในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ และยังมีความจำเป็นต้องใช้บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวอยู่เพราะเป็นประโยชน์ในการบริหารราชการ ควบคุมสถานการณ์ได้ทันเวลาที่²

การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นการใช้อำนาจตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับจากฝ่ายบริหาร โดยอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อประโยชน์มหาชน ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตัว องค์กรฝ่ายปกครองอยู่ใต้อำนาจบังคับบัญชา หรืออำนาจกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร จึงถือได้ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางการปกครองอย่างชัดเจน คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีอาจกระทำได้ทั้ง 2 ฐานะ คือ ในฐานะที่เป็นรัฐบาล และในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง³ ฉะนั้น การออกข้อกำหนด ประกาศ ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ถือได้ว่า ประกาศข้อกำหนด มาตรการต่างๆ เป็นคำสั่งทางปกครอง จากการศึกษาพบว่า การใช้อำนาจของหัวหน้าฝ่ายบริหารในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน มีความใกล้เคียงกับ การประกาศกฎอัยการศึก และ การประกาศสงคราม ซึ่ง ในต่างประเทศถือว่าเป็น“การกระทำของรัฐ” (Act of State) ซึ่งอยู่นอกเหนือการควบคุม อย่างไรก็ตามจะต้องมีวิธีการควบคุม และ ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองใน

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบบการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 13 ตอนที่ 2, (2528), น. 13-14.

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “รายงานการประชุมสรุปผลการพิจารณาของคณะกรรมการศึกษาพระราชกำหนดว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495,” วันที่ 11 พฤศจิกายน 2535.

³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “คำบรรยายกฎหมายปกครองชั้นสูง 2”, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537) อ้างใน ชาณุชัย แสงศักดิ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2534) น. 104-106.

สถานการณ์ฉุกเฉินเพื่อมิให้เกิดการกระทำที่ละเมิดกฎหมาย และการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน มิฉะนั้นแล้วก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าการปกครองของประเทศไทย เป็นระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย

3.1 ความหมายทั่วไปของการควบคุมและการตรวจสอบ⁴

ความหมายของคำว่า การควบคุม(Controlling) หมายถึง การตรวจสอบฝ่ายปกครอง ประการหนึ่ง และการเยียวยาโดยฝ่ายปกครองอีกประการหนึ่ง และการควบคุมยังหมายถึงการกำกับดูแล⁵

การตรวจสอบหมายถึง การสอบสวน การสอดส่อง การดูแลให้ถูกต้องก่อนการกระทำหรือมีนิติกรรมทางการปกครองว่าฝ่ายปกครองได้ดำเนินการดี หรือไม่ดี ถูกต้อง หรือ ไม่ถูกต้องในแง่ของการตรวจสอบจึงหมายถึงการควบคุมก่อนการกระทำซึ่งมีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดการละเมิดกฎหมายขึ้น (Contrôle Préventif) การตรวจสอบนั้นมีหลายรูปแบบ เช่น การโต้แย้ง การคัดค้าน การปรึกษาหารือการโต้สวนทั่วไป การให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงเอกสาร การให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง สิทธิของคู่ความที่จะเข้าฟังการพิจารณาคดี เป็นต้น ดังนั้นการควบคุมฝ่ายปกครองจึงหมายถึงการตรวจสอบฝ่ายปกครองที่อาจกระทำการทางปกครอง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและการแก้ไขความเสียหายแก่ประชาชน ผู้ได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยฝ่ายปกครองเอง หรือการควบคุมจากภายนอก

การควบคุมฝ่ายปกครอง ก็คือ การคุ้มครองประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองแบ่งได้เป็น 2 ระยะ คือ การควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางปกครอง และ การควบคุมฝ่ายปกครอง และการคุ้มครองประชาชนภายหลังการกระทำทางปกครอง จะต้องควบคู่กันไป จะขาดอย่างใดอย่างหนึ่งหาได้ไม่ โดยมีเหตุผลในเรื่องของสภาพของการควบคุม และการคุ้มครองนั้นได้ยึด "ระยะเวลา" เป็นหลักในการจัดแบ่ง เช่น ในกรณีก่อนการกระทำทางปกครองนั้นจะมีวิธีการใดในการควบคุม และคุ้มครองให้ได้ผลดีที่สุดอาจต่างจากการควบคุมภายหลังการกระทำ กล่าวคือการควบคุมฝ่ายปกครองและการคุ้มครองประชาชนก่อนการกระทำทางการปกครองเป็นด่านแรกที่จะช่วยระงับ ก่อนที่จะเกิดข้อพิพาทเป็นการสกัดกั้นมิให้มีการละเมิดกฎหมายโดยฝ่ายปกครอง

⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์, การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2540) น.13.

⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2525, (กรุงเทพมหานคร : อักษรเจริญทัศน์, 2525) น.175.

และเกิดคดีความมากยิ่งขึ้น แต่ในบางครั้งวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชน ก่อนการกระทำทางการปกครองไม่สามารถสกัดกั้นฝ่ายปกครองละเมิดกฎหมายได้ จึงต้องมีวิธีการควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังการกระทำทางการปกครองมาช่วยในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เสียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการละเมิดกฎหมายให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ แต่ต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะของฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความเห็นไว้ว่าระบบการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น ระบบขององค์กร และกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐ รวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้อย่างทั่วถึงอย่างแท้จริงองค์กร และกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบครอบคลุมกิจกรรมต่างๆของรัฐที่ยิ่งหลากหลายก็ยิ่งมีประสิทธิผลจริงจัง แต่องค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้นต้องไม่ซ้ำซ้อนไม่สับสน ดังนั้นการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้ไม่ให้ซ้ำซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกัน และกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ ไม่มีประเทศใดที่มีระบบควบคุมการใช้อำนาจของรัฐเพียงระบบเดียว แต่จะใช้หลายรูปแบบผสมกันให้เหมาะสมเสมอทั้งระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างคุณภาพของความจำเป็น ในการใช้อำนาจรัฐ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ละคนให้ได้การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิเอกชนจนเจ้าหน้าที่ทำอะไร เพื่อประโยชน์สาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอกับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจ เพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจ จนสิทธิเสรีภาพประชาชนสูญเสียไปความสำคัญ จึงอยู่ที่การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชน และองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้นต้องมีลักษณะเป็นอิสระที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้โดยองค์กรควบคุมนั่นเอง จะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วยการกำหนดวิธีการดำเนินงาน หรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะเป็นอิสระเป็นกลางและถูกตรวจสอบได้ ก็จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรม และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น เพราะองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเอง สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือการปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบควบคุมที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่ต้องไม่กว้างเกินไปทำให้ระบบการบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของคนบางคน จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรง หรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจ

หลักเสียงได้จากการใช้อำนาจรัฐนั้นๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาให้องค์กรผู้ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองพิจารณาได้

3.2 การควบคุมฝ่ายปกครอง

หลักทั่วไปในการควบคุมฝ่ายปกครอง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ⁶ ได้อธิบายถึงหลักความผูกพันต่อกฎหมายขององค์กรผู้ใช้กฎหมายไว้ว่าเป็นหลักที่ใช้กับการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรืออาจจะเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหลัก "การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย" ซึ่งเป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตยโดยผู้แทน กล่าวคือ การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิ หรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้น จะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ "หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย" และ "หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ" สำหรับหลัก "การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย" นั้นกล่าวได้ว่าองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน กฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นจึงต้องถือว่ามาจากประชาชนด้วย เหตุนี้ฝ่ายปกครองจึงต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นก็คือ "การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย" ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองนี้ มีอยู่ด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และหากกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ไว้ให้ปฏิบัติฝ่ายปกครองก็ยังคงมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ความผูกพันต่อกฎหมายเช่นนี้อาจแบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ ดังนี้

(ก) ความผูกพันในทางปฏิเสธ ฝ่ายปกครองจะต้องไม่พิจารณาสั่งการเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งหมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อฝ่าย ปกครองมิให้พิจารณาสั่งการแตกต่างไปจากกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับเรื่องนั้นๆ

⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, "การควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ", ใน <www.public-law.net/article/ac241044_1.html>, ลงเผยแพร่ครั้งแรกใน Public Law Net วันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ.

กล่าวโดยสรุปคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ นั่นเอง

(ข) ความผูกพันที่จะต้องใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยบุคคลย่อมมีสิทธิ เรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันในการที่จะให้ฝ่ายปกครองใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน และฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันต่อการใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

(ค) ความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่อง โดยในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองให้ใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใดๆ ทั้งสิ้น

หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครอง จะมีผลในทางปฏิบัติได้ก็ต่อเมื่อระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองได้ รวมถึงจะต้องมีเนื้อหาเลยไปถึงผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมาหากฝ่ายปกครองกระทำการขัดต่อกฎหมาย ซึ่งการกำหนดผลในทางกฎหมายนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องพิจารณาผลกระทบหลายด้านประกอบกัน สำหรับหลัก "ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ" เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองปัจเจกชนจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยถือว่าฝ่ายปกครองจะไม่สามารถกระทำการใดๆ อันเป็นการก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิของราษฎรได้หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้มีความหมายครอบคลุมตั้งแต่สิทธิที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญจนถึงสิทธิที่ได้รับมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย โดยระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐต้องมีหลากหลายให้ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน และต้องไม่ซ้ำซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกัน และต้องเหมาะสมกับกิจกรรมของรัฐแต่ละประเภทด้วยดังนั้น โดยระบบการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐในประเทศไทย การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และอำนาจปกครองของฝ่ายปกครองที่อยู่ในบังคับบัญชาของฝ่ายบริหารต้องพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจด้วยโดย

(ก) ถ้าเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐบาล เช่น การดำเนินการทั้งหลายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการทำสนธิสัญญา การตั้งทูต หรือการกระทำที่เกี่ยวกับสภา เช่น จะเสนอร่างกฎหมายให้สภาพิจารณาหรือไม่ จะยุบสภาหรือไม่ กระบวนการควบคุมก็ต้องทำโดยทางการเมืองโดยสภา (เช่น เสนอญัตติ, ขออภิปรายไม่ไว้วางใจ) หรือ โดยสื่อมวลชนหรือประชาชน (โดยอาศัยเสรีภาพในการแสดงความเห็นวิพากษ์วิจารณ์ ฯลฯ) ไม่ควรเอาวิธีการควบคุมทางกฎหมาย หรือ โดยองค์กรศาลเข้าไปเกี่ยวข้องมิเช่นนั้นศาลจะกลายเป็นองค์กรสูงสุดที่ควบคุมได้ทั้งสภา และรัฐบาล

(ข) หากเป็นการใช้อำนาจทางกฎหมายของรัฐบาล หรือเจ้าหน้าที่ก็ควรให้ศาลปกครองเป็นผู้ควบคุมซึ่งการควบคุมนั้นจะต้องเน้นความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจเท่านั้น ถ้าการใช้อำนาจนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็เพิกถอนได้ แต่ถ้าการใช้อำนาจนั้นชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสม

หรือไม่เป็นธรรมก็ไม่ใช่เรื่องของศาลปกครอง เพราะถ้าให้ศาลปกครองควบคุมได้ถึงดุลพินิจความเหมาะสมกับเจ้าหน้าที่ทางเทคนิคด้วยก็จะเกิดปัญหาในเชิงปรัชญาว่า ถ้าเช่นนั้นศาลก็จะกลายเป็นผู้บังคับบัญชาที่ควบคุมความเหมาะสมทางเทคนิคของเรื่องที่เจ้าหน้าที่ทำอยู่ และศาลเองก็อาจไม่มีความถนัดในเรื่องทางเทคนิคนั้นๆเลย

(ค) ถ้าจะควบคุมความเหมาะสมและความเป็นธรรม ก็คงต้องให้องค์กรอื่นทำหน้าที่ ในต่างประเทศ เช่นประเทศในกลุ่ม สแกนดิเนเวีย, อังกฤษ, ฝรั่งเศส, แคนาดา, ออสเตรเลีย มีผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา(Ombudsman) คอยรับเรื่องร้องเรียนของราษฎรที่ได้รับความไม่เป็นธรรม หรือเดือดร้อนจากการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่เหมาะสมได้ ผู้ตรวจการรัฐสภาจะไม่ลงไปดูว่าเรื่องนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะเป็นหน้าที่ของศาลปกครองอยู่แล้ว แต่จะดูความเหมาะสมหรือ เป็นธรรม แล้วทำรายงานเสนอสภาและรัฐบาลแล้วพิมพ์เผยแพร่ให้สาธารณชนทราบเท่านั้น ไม่มีอำนาจสั่งอะไรเลย(ซึ่งต่างจากศาลที่มีอำนาจเพิกถอน)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ⁷ ได้อธิบายในเรื่องการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยแบ่งเป็น 3 กรณีคือ กรณีแรก เป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง มี 3 ประเภท คือ การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรแบบป้องกันภายใน การควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง, การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท กรณีที่สอง เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง กรณีที่สาม การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

3.2.1 การควบคุมภายในฝ่ายปกครอง

3.2.1.1 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน หมายถึงการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางการปกครอง อันเป็นการควบคุมระยะเตรียมการก่อนที่จะฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งแบ่งออกเป็น การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ และ การควบคุมโดยประชาชน

1) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจทั่วไป และ การควบคุมองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง

(ก) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจทั่วไป ในระบบกฎหมายไทย คือ คณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งตามกฎหมายให้มีหน้าที่ในการตรวจสอบร่างกฎหมายถือเป็นหน้าที่ในการควบคุมป้องกันประการหนึ่ง เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย รัฐธรรมนูญ รวมถึงการตรวจสอบลำดับชั้นของกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจของฝ่ายปกครอง และกฎหมายที่

⁷เพ็ญอ้าง.

ตรวจสอบไปขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักกฎหมายอื่นหรือไม่ ทำให้ข้อพิพาทน้อยลง ถือได้ว่าเป็นการลดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน นอกจากนั้นแล้วยังเป็นการให้ความเห็นทางกฎหมายแก่หน่วยงานของรัฐ เป็นบทบาทที่มีหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดข้อพิพาท

(ข) การควบคุมโดยองค์กรของรัฐที่มีอำนาจเฉพาะเรื่อง กรณีนี้เกิดจากตามพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ มักมีคณะกรรมการโดยให้คณะกรรมการตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นทางกฎหมาย หรือเป็นองค์กรให้คำปรึกษาแก่องค์กรฝ่ายปกครองที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินั้นๆ เป็นการให้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะเรื่อง เช่น คณะกรรมการควบคุมอาคาร คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ

2) การควบคุมโดยประชาชน

เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกันโดยการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการขึ้นเตรียมการหรือในขั้นพิจารณาของฝ่ายปกครองนั้นโดยการควบคุมโดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมและให้รับรู้และเข้าถึงเอกสารของทางราชการ

การควบคุมฝ่ายปกครองแบบป้องกัน หมายถึงการควบคุมฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการกระทำทางการปกครอง อันเป็นการควบคุมระยะเตรียมการ ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะมีคำสั่งหรือมีการกระทำในสถานการณ์ฉุกเฉิน นั้นผู้ศึกษาเห็นว่าหลังจากที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้วฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของฝ่ายบริหาร ในการจัดการให้กับสถานการณ์นั้นๆ บรรเทาหรือ หมดสิ้นภัย ด้วยเหตุผลในเรื่องสวัสดิภาพและความปลอดภัยของประชาชน โดยปกติทั่วไปจะเป็นการใช้อำนาจในการออกข้อกำหนด มาตรการ ประกาศ และมีผลบังคับกับคนทั่วไปเพื่อแก้ไขสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นคำสั่งทางการปกครองมาตรการพิเศษดังกล่าวนี้เป็นเรื่องที่ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจเฉพาะเรื่องในช่วงเวลาสถานการณ์นั้นๆ หากมีการควบคุมการใช้อำนาจก่อนที่จะออกมาตรการ ประกาศ ตรวจสอบความชอบว่าขัดต่อหลักกฎหมายทั่วไป รัฐธรรมนูญ หรือไม่ จะทำให้มาตรการ ข้อบังคับ ที่ออกระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไม่เกิดผลกระทบต่อประชาชนเกินกว่าความจำเป็น จะมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการควบคุมความเหมาะสมในมาตรการต่างๆ ที่แม้ศาลก็อาจจะเข้าควบคุมความเหมาะสมของการกระทำของฝ่ายปกครองได้

3.2.1.2 การควบคุมฝ่ายปกครองแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

การควบคุมแบบแก้ไขเป็นการควบคุมภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งต่อบุคคล และมีผลทางกฎหมายแล้ว ซึ่งหากการกระทำทางการปกครองมีข้อบกพร่อง หรือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิก็จะต้องใช้วิธีการแก้ไขเยียวยาสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางการปกครองนั้น ซึ่งอาจทำได้โดยการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง

คือการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมตามพระราชบัญญัติ
วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

3.2.2 การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง

หลักการแบ่งแยกอำนาจโดยทั่วไปไม่ได้เรียกร้องการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง
เช่น การควบคุมตรวจสอบโดยผู้บังคับบัญชา การควบคุมภายในฝ่ายปกครองเป็นข้อเรียกร้องจาก
หลักอื่น ๆ ต่อการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง แต่เป็นการเรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบโดย
องค์กรภายนอก เช่น การควบคุมโดยองค์กรนิติบัญญัติองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงการ
ควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ อาจกล่าวได้ว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักพื้นฐานที่
เรียกร้องให้มีการควบคุมตรวจสอบอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง ระบบควบคุมฝ่าย
ปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมทางการเมือง และการควบคุมโดยองค์กร
ตุลาการ และการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ที่ประกอบด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา
คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ
คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ในการศึกษาการควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินนี้ จะ
ทำการศึกษาเฉพาะการควบคุมทางการเมือง และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น กล่าวคือ

1) การควบคุมทางการเมือง

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 182
และมาตรา 212⁸ ได้บัญญัติรับรองในเรื่องอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในการตรวจสอบคณะรัฐมนตรีใน
ระบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาจะต้องมีการตรวจสอบซึ่งกันและกันเพื่อมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีอำนาจ
เหนือกว่ารัฐสภาจึงมีอำนาจโดยตรงในการตรวจสอบคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารว่าได้ดำเนินการ
ตามรัฐธรรมนูญกฎหมายและนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อสภาหรือไม่เนื่องจากนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี
ซึ่งเป็นฝ่ายการเมืองเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองทาง
การเมืองมีวิธีการที่สำคัญ คือการใช้กลไกการตั้งกระทู้ถาม ซึ่งเป็นการควบคุมการบริหารราชการ
แผ่นดินที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติ เพื่อที่จะให้ฝ่ายบริหารระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตน

⁸ มาตรา 182 “สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน
โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

มาตรา 212 “ในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่ง
รัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ตามมาตรา 211 และต้องรับผิดชอบต่อสภา
ผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบต่อร่วมกันต่อสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี”

เนื่องมาจากคำถามจะต้องแสดงถึงความผิดพลาด หรือ บกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้นแล้วยังมีวิธีการควบคุมโดยการตั้งกรรมการตามรัฐธรรมนูญมาตรา 189 ที่ได้บัญญัติไว้ว่า “ให้สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจเลือกสมาชิกของแต่ละสภาตั้งเป็นคณะกรรมการสามัญและมีอำนาจเลือกบุคคลผู้เป็นสมาชิกหรือมิได้เป็นสมาชิกตั้งเป็นคณะกรรมการวิสามัญ เพื่อกระทำการพิจารณาสอบสวนหรือศึกษาเรื่องใดๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาแล้วรายงานต่อสภา โดยมีมติตั้งคณะกรรมการวิสามัญดังกล่าวต้องระบุกิจการ หรือ เรื่องให้ชัดเจนไม่ซ้ำซ้อนกัน ฯลฯ เป็นการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรการสำคัญคือ การเปิดอภิปรายทั่วไป เป็นการนำหลักการที่คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินอยู่ได้ด้วยใจกว้างใจของสภา เมื่อสภาไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี หรือ รัฐมนตรีผู้นั้นย่อมไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินต่อไปได้ โดยการเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล หรือ ทั้งคณะ ซึ่งสมาชิกเห็นว่าการบริหารงานของรัฐบาลไม่เป็นไปตามนโยบายที่แถลงต่อสภา หรือ การบริหารงานผิดพลาด แล้วลงมติไม่ไว้วางใจ และอาจมีผลทำให้รัฐมนตรีผู้นั้นหรือคณะรัฐมนตรีต้องพ้นจากตำแหน่ง หรือ ฝ่ายบริหารอาจยุบสภาให้มีการเลือกตั้งใหม่

ในการตราพระราชกำหนดพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้น ฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 218 คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เสนอแนะ ให้ความเห็นชอบ หรือ อนุมัติ โดยถวายคำแนะนำ พระราชกำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนด เป็นการให้อำนาจฝ่ายบริหารทำหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีมีเหตุฉุกเฉิน จำเป็นอย่างยิ่ง โดยหลังจากฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดแล้วจะต้องนำเสนอพระราชกำหนดดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่ออนุมัติหรือไม่อนุมัติโดยไม่ชักช้า หากรัฐสภาไม่อนุมัติ พระราชกำหนดนั้นเป็นอันตกไปไม่มีอำนาจแก้ไขพระราชกำหนด แต่ระบบรัฐสภาของไทยในบริบทแล้วไม่สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลได้เนื่องจากรัฐสภาไม่มีอำนาจในการแก้ไขร่างพระราชกำหนดไม่สามารถอภิปรายเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชกำหนด เพียงแต่มีมติอนุมัติหรือไม่อนุมัติเท่านั้นจะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มีบทบัญญัติที่กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก เช่น อำนาจของรัฐมนตรีเกี่ยวกับกฎหมายทุกฉบับให้ออมาเป็นอำนาจของนายกรัฐมนตรี และมีอำนาจในการควบคุมบุคคลที่ต้องสงสัยได้เป็นระยะเวลานานโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางอาญาตามกฎหมายปกติทั่วไป

ในประเทศฝรั่งเศส การควบคุมการใช้อำนาจพิเศษของประธานาธิบดีของฝรั่งเศสในทางทฤษฎีกฎหมาย มีปัญหาว่าการกระทำของประธานาธิบดี ตามมาตรา 16 การควบคุมทางการเมืองของรัฐสภามีขอบเขตน้อยเท่าใด กล่าวคือ รัฐสภาเปิดอภิปรายได้เท่านั้น แต่จะลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลไม่ได้ ซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นความเห็นของประธานสภา

ผู้แทนราษฎร ซึ่งปฏิเสธการรับญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลของสมาชิกสภาผู้แทน ระหว่างที่ประธานาธิบดีเดอโกลใช้อำนาจพิเศษมาตรา 16 โดยประธานสภาผู้แทนราษฎรให้เหตุผลว่า ในเมื่อรัฐธรรมนูญห้ามรัฐบาลยุบสภาผู้แทนระหว่างที่มีการใช้อำนาจพิเศษ รัฐสภาก็ไม่ควรมีอำนาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ระหว่างที่ประธานาธิบดีได้ใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 กรณีนี้ตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมาตรา 16 ได้ห้ามมิให้มีการยุบสภาระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ดังนั้นการอภิปรายไม่ไว้วางใจก็ไม่มีข้อห้ามในการลงมติไม่ไว้วางใจได้

2) การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมฝ่ายปกครองที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนได้อย่างดีที่สุด เป็นไปตามหลักนิติรัฐมากกว่าการควบคุมฝ่ายปกครองโดยทางการเมือง หรือ การควบคุมภายในองค์กร⁹ ด้วยเหตุผลที่ว่า ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ที่มีหลักประกันความเป็นอิสระของศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใดๆ และเมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้องศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสนอจะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้นราษฎรจึงได้รับหลักประกันว่าจะได้รับการขจัดปัดเป่าได้ภายในเวลาอันสมควร ซึ่งไม่อาจพบได้ในการควบคุมระบบอื่น และระหว่างการดำเนินการของศาลวิธีพิจารณาของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาคดีได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองนำพยานหลักฐานต่างๆ มาสืบสนับสนุนข้ออ้างข้อเกี่ยวข้องของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่การพิพากษาชี้ขาดศาลต้องใช้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยข้อพิพาทไปในทางหนึ่งทางใด ให้ปรากฏต่อคู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า ศาลจะไม่พิพากษาคดีตามอำเภอใจได้เช่นกัน การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการนั้นมีขอบเขตการควบคุมแตกต่างกันกับการควบคุมโดยฝ่ายปกครองด้วยกันเอง เนื่องจากมีขอบเขตที่แคบกว่าการควบคุมในฝ่ายปกครองเอง เพราะการควบคุมในฝ่ายปกครองเองนั้น ควบคุมได้ทั้งปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของการกระทำ หรือความเหมาะสมของการกระทำนั้นๆ ในขณะที่การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นศาลไม่สามารถเข้าไปควบคุมในเรื่องความเหมาะสมของการกระทำได้ การควบคุมโดยองค์กรตุลาการแบ่งลักษณะของการควบคุมเป็นสองลักษณะคือ

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544) น. 56.

ลักษณะแรก ศาลจะมีอำนาจควบคุม ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในกรณีใดได้บ้างนั้นจะต้องมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ศาลเข้ามาควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองได้

ลักษณะที่สอง กำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปกล่าวคือเป็นกรณีที่มีการกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจเป็นการทั่วไปว่า มีอำนาจที่จะพิจารณาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายเฉพาะเรื่องนั้นๆ ได้บัญญัติให้สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลได้หรือไม่ การกำหนดเขตอำนาจศาลในลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอันได้รับผลกระทบจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ระบบที่ควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองแบ่งเป็น ระบบศาลเดียว เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา มีอำนาจพิจารณาทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง และระบบศาลคู่ เช่น ฝรั่งเศส เบลเยียม รวมถึงประเทศไทย

ระบบกฎหมายในฝรั่งเศสได้เคยมีแนวคำวินิจฉัยการใช้อำนาจในการการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 16 ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยกรณีดังกล่าวไว้เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1962 คดีระหว่าง แบงเดอ แวองส์ โจทก์ คำวินิจฉัยดังกล่าวได้แยกเป็น 2 กรณีคือ¹⁰

กรณีแรก เป็นคำสั่งให้ใช้อำนาจพิเศษตามมาตรา 16 ซึ่งได้วินิจฉัยว่า คำสั่งของประธานาธิบดีตามมาตรา 16 เป็น "การกระทำของรัฐบาล" (l'acte de gouvernement) ที่ไม่อยู่ในความควบคุมของศาลใดๆทั้งสิ้น

กรณีที่สอง คำสั่งที่เป็นมาตรการที่ได้กำหนดขึ้นตามความจำเป็นของสถานการณ์ ถ้าเป็นคำสั่ง มีสถานะเหมือนการกระทำทางการปกครอง (des acts administratifs) ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมได้ ซึ่งหมายความว่า ถ้าคำสั่งนั้นใช้บังคับรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ตราเป็นรัฐบัญญัติ คำสั่งนั้นก็จะมีผลบังคับเสมือนหนึ่งเป็นรัฐบัญญัติ และหลุดพ้นจากศาลทั้งหลายเช่นเดียวกันกับรัฐบัญญัติ แต่ถ้าคำสั่งนั้นใช้บังคับในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องตราเป็นข้อบังคับ คำสั่งนั้นก็มิสภาพเป็นข้อบังคับ และอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง ซึ่งอาจถูกเพิกถอนได้

สำหรับในประเทศไทยมีคดีที่ฟ้องร้องเกี่ยวกับการใช้อำนาจของใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารหลายคดี เป็นการใช้อำนาจตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช มาตรา 17¹¹ มิใช่การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแต่ยังไม่พบว่า คดีที่ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายปกครองถูกฟ้องในกรณีการปฏิบัติทางการปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

¹⁰ อมร จันทรมานูรณ์, "คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์", วารสารกฎหมายปกครอง 10 (สิงหาคม 2534).

¹¹ มาตรา 17 "ในระหว่างที่ใช้ธรรมนูญนี้ ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร หรือ

สำหรับการควบคุม และตรวจสอบการใช้อำนาจอีกส่วนหนึ่งคือ การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีปัญหาข้อพิจารณาเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชกำหนดที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ จากการศึกษาพบว่ากรณีที่ฝ่ายบริหารได้ตราพระราชกำหนด โดยอ้างเหตุผลความจำเป็นเร่งด่วน ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 218 นั้น จะถือว่าเป็นเรื่องของฉุกเฉินมีความจำเป็นเร่งด่วนอันมีอาจหลีกเลี่ยงหรือไม่นั้น สำนักนายกรัฐมนตรี¹²ได้ออกคำแถลงการณ์ถึงเหตุผลในการตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 และประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2548 ให้ความว่า “สถานการณ์เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2548(เหตุลอบทำลายเสาไฟฟ้าแรงสูงในจังหวัดยะลา)และจากคำให้การของผู้ต้องหา พยานบุคคลอื่นๆ ตลอดจนรายงานข่าวกรองนับเป็นสัญญาณที่ไม่น่าไว้วางใจ จำเป็นต้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจตามกฎหมายเข้าปราบปราม ควบคุมสถานการณ์และระงับยับยั้งพฤติกรรมบางอย่างได้ทันเวลาที่ นั้นเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 218 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติก็ได้การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งให้กระทำได้เฉพาะ เมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วน อันมีอาจหลีกเลี่ยงได้”เมื่อพิจารณาเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว จะเห็นพบว่ามีเงื่อนไขอยู่ 2 ประการคือ

ประการที่หนึ่ง การตราพระราชกำหนดต้องเป็นเพื่อประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายประการประกอบกันคือ รักษาความปลอดภัยของประเทศ รักษาความปลอดภัยสาธารณะ รักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

ประการที่สอง คณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมีอาจหลีกเลี่ยงได้หลักเกณฑ์การตรวจสอบว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 218 วรรคหนึ่ง ที่สำคัญที่สุดคือ ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้เฉพาะว่าพระราชกำหนดนั้นตราขึ้นถูกต้อง

กระทำอันเป็นการบ่อนทำลายก่อวิน หรือ คุกคามความสงบที่เกิดขึ้นภายในหรือ มาจากภายนอกราชอาณาจักร ให้นายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการ หรือ กระทำการใด ๆ ได้ และให้ถือว่าคำสั่ง หรือ การกระทำเช่นนั้นเป็นคำสั่ง หรือ การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย”

¹² [Http://www.thainews.com.prdnews/rescript/bull.htm](http://www.thainews.com.prdnews/rescript/bull.htm)

ตามเงื่อนไขที่หนึ่งตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งหรือไม่เท่านั้น ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยเงื่อนไขประการที่สองที่ว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่

การควบคุมให้พระราชกำหนดดังกล่าวมิให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมี คำวินิจฉัยที่ ว.1/2541 เป็นแนวทางเดียวกันว่าหากคณะรัฐมนตรีเห็นว่า เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้เฉพาะว่าพระราชกำหนดนั้นตราขึ้นถูกต้องตามเงื่อนไขที่หนึ่งตามมาตรา 218 วรรคหนึ่งหรือไม่เท่านั้นศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่ โดยแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวสรุปได้ดังนี้

1) ในการพิจารณาว่าพระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 218 หรือไม่นั้นศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการตราพระราชกำหนดนั้น โดยสิ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ประกอบการพิจารณาคือ เหตุผลที่ปรากฏในหมายเหตุพระราชกำหนดประกอบกับสภาพข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในขณะที่มีการตราพระราชกำหนดนั้น

2) ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 219 วรรคหนึ่ง พระราชกำหนดใดที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต้องเป็นกรณีที่พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 218 วรรคหนึ่ง คือ พระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ ป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

3) หากมีการเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดเป็นไปตาม มาตรา 219 แต่ไม่มีการระบุว่าพระราชกำหนดขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 218 วรรคใดโดยเฉพาะ ศาลรัฐธรรมนูญก็รับไว้พิจารณา โดยจะพิจารณาเฉพาะประเด็นว่า พระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 219 หรือไม่เท่านั้น

ฉะนั้น ในระบบรัฐธรรมนูญของไทยมีบทบัญญัติให้รัฐสภาเป็นผู้ควบคุมและตรวจสอบการใช้ดุลพินิจและนโยบายของฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นความรับผิดชอบทางการเมืองของฝ่ายบริหาร หากได้มีการตราพระราชกำหนดและเสนอรัฐสภาเพื่อรับรองหรืออนุมัติตามที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติต้องทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบและคานอำนาจของฝ่ายบริหารว่าการตราพระราชกำหนดนั้นเป็นเรื่องฉุกเฉิน ที่มีความจำเป็นเร่งด่วนจะต้องรักษาความปลอดภัยสาธารณะหรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะหรือไม่ตามกลไกการตรวจสอบการใช้อำนาจ หากรัฐสภาไม่รับรองพระราชกำหนดดังกล่าวกฎหมายฉบับนั้นก็ตกไป และฝ่ายบริหารอาจถูกตรวจสอบทางการเมือง เช่น การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจได้ หากศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบและใช้ดุลพินิจ

ของฝ่ายบริหารว่าการตราพระราชกำหนดเป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ใช้ดุลพินิจเสียเอง

ผู้ศึกษาเห็นว่าในข้อเท็จจริงความเร่งด่วน ในเรื่องรูปแบบของการตราพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 มีข้อพิจารณาว่าการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามมาตรา 218 เป็นเรื่องจำเป็น เร่งด่วน หรือไม่ เพื่อนำไปสู่เหตุผลในการตรวจสอบการใช้อำนาจในการตราพระราชกำหนดที่มีเนื้อหาที่ก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนที่ไม่ผ่านการตราตามขั้นตอนในระบบรัฐสภามากกว่าการตรวจสอบในเรื่องความเร่งด่วน

3.3 การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉิน

หลักของการกระทำทางการเมืองการปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ถึงแม้บางกรณีฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจเป็นการผ่อนคลายเป็นหลักบังคับขึ้นนี้ลงบ้างก็ตาม แต่ในยามจำเป็นจึงต้องมีข้อผ่อนคลายเป็นหลักยกเว้นหลักนี้บ้างเพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้เหมาะสมกับสถานการณ์ ในระบบกฎหมายต่างประเทศ มีข้อพิจารณาในเรื่องของการปฏิบัติการในทางการเมืองการปกครองในช่วงสถานการณ์ไม่ปกติอยู่ 2 กรณี คือ ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงคราม หรือ ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ และ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Act of State) ซึ่งทฤษฎีทั้งสองดังกล่าวมีความโน้มเอียงในทางที่ให้ฝ่ายปกครองมีอิสระมากขึ้นไม่ถูกผูกมัดโดยหลักที่ว่า การกระทำทางการเมืองการปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย¹³ โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ ความสงบเรียบร้อย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หากใช้มาตรการปกติทั่วไปอาจไม่สามารถป้องกัน หรือ แก้ไขสถานการณ์บางประเภทได้ แต่อีกด้านหนึ่ง หากมีการใช้มาตรการพิเศษดังกล่าวบ่อยเกินความจำเป็น สิทธิและเสรีภาพของประชาชนย่อมถูกกระทบกระเทือน และเป็นช่องทางให้ฝ่ายบริหาร ฝ่ายปกครองใช้อำนาจผิดทำนองคลองธรรมปราศจากการควบคุม ฉะนั้นควรจะต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจอย่างเหมาะสม ไม่เกินแก่ความจำเป็น ควบคู่กันไปด้วย ข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง มีอยู่สองกรณีคือ

¹³ ประยูร กาญจนกุล, คำบรรยายกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518) น. 26.

3.3.1 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในสถานการณ์ไม่ปกติ

ในประเทศฝรั่งเศสเรียกสถานการณ์ฉุกเฉินว่า “exceptionnelle” ซึ่งหมายความว่า “สถานการณ์ไม่ปกติ” เป็นทฤษฎียกเว้นความรับผิดชอบของรัฐ ฝ่ายบริหาร และ ฝ่ายปกครองทฤษฎีนี้เกิดจากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ฝรั่งเศสซึ่งยอมรับว่าการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองในยามปกตินั้น จำเป็นต้องผ่อนคลายลงเมื่อมีเหตุการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้น และจำเป็นต้องให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งที่แตกต่างกับวิธีที่ใช้ในยามปกติ โดยการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายปกครองมากขึ้น

การควบคุมฝ่ายปกครองในสถานการณ์ฉุกเฉินในประเทศฝรั่งเศส ในบางสถานการณ์ที่ร้ายแรง เช่น สถานการณ์สงคราม หรือ สถานการณ์ฉุกเฉิน (exceptionnelle) การจะให้ฝ่ายปกครองต้องเคารพกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเคร่งครัดเหมือนในภาวะปกติก็คงจะไม่ได้ เพราะการรักษาเอกราชของชาติความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยย่อมมาก่อนสิ่งอื่นใดความจำเป็นย่อมเป็นกฎหมาย (nécessité fait loi) ระบบกฎหมายทั้งหลายจึงยอมรับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการใช้อำนาจไปได้ตามความจำเป็นของสถานการณ์ โดยไม่ต้องเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมายเคร่งครัดนัก ในฝรั่งเศสสภาแห่งรัฐยอมรับว่าการจำกัดขอบเขตอำนาจของฝ่ายปกครองในยามปกตินั้นจำเป็นต้องมีการผ่อนคลายลงเมื่อมีเหตุการณ์ไม่ปกติเกิดขึ้น และจำเป็นต้องให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองที่จะดำเนินการให้เหมาะสมกับสถานการณ์ โดยใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่งที่ไม่ใช่ในยามปกติ และเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองมากขึ้น การผ่อนคลายหลักการเช่นนี้จะพึงกระทำได้เพียงใด และควรเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองอย่างใดนั้นเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากลักษณะของสถานการณ์

(ก) ลักษณะของสถานการณ์ไม่ปกติ เป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองได้รับอำนาจมากขึ้น ได้แก่ สถานการณ์สงคราม ด้วยเหตุนี้ในยามสงคราม ฝ่ายปกครองจึงอาจใช้มาตรการบางอย่าง ซึ่งถ้านำมาใช้ในยามปกติก็อาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองที่เพิ่มขึ้นนี้เรียกว่า “อำนาจในยามสงคราม” เช่น อำนาจในการเรียกเกณฑ์บุคคลและทรัพย์สินต่าง ๆ เป็นต้น

(ข) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'État) ของฝรั่งเศสได้เคยตัดสินว่า ในสถานการณ์ไม่ปกติอื่น ๆ ฝ่ายปกครองก็มีอำนาจเพิ่มขึ้นเช่นเดียวกัน ถ้าสถานการณ์นั้นอาจทำให้เกิดความไม่สงบหรือการจลาจล ในทางการเมืองหรือในทางสังคมขึ้น เช่น สถานการณ์ฉุกเฉิน หรือ สถานการณ์คับขัน เป็นต้น¹⁴

¹⁴ ชาญชัย ลั่นตสงว้าง, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2536) น.126-128.

ทฤษฎีสถานการณ์ที่ไม่ปกติ (La Theorié des circonstances exceptionnelles)¹⁵ อาจกล่าวได้ว่าหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกตินี้ก่อให้เกิดความชอบด้วยกฎหมาย“แบบยกเว้น” เกิดขึ้น (Une légalité d'exception) โดยแท้ที่จริงแล้ว หลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติที่ไม่ได้ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่ ผ่อนคลายหลักที่ว่านี้จะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับความจำเป็นและผลของมันเท่านั้น มีปัญหาเพียงว่าการผ่อนคลายนี้อาจจะเกินขีดจำกัดเพียงใด และควรจะเพิ่มอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองเท่าใด ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงครามและในยามสถานการณ์ไม่ปกติ เช่นนี้ เป็นเพียงข้อยกเว้นในกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็นที่จะต้องผ่อนคลายนี้อาจจะด้วยความไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ไม่หมายความว่าอาจจะดัดใช้หลักนี้เสียโดยสิ้นเชิง อาจเป็นเพียงว่าการจำกัดอำนาจฝ่ายปกครองโดยหลักนี้ได้มีการผ่อนคลายนลงไป และมีการจำกัดอำนาจน้อยกว่ายามปกติ แต่ฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ปฏิบัติภารกิจเกินขอบเขตอำนาจที่ขยายออกไป มิฉะนั้น อาจถูกฟ้องร้องต่อศาลได้

ในประเทศไทยเราก็มีพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457 และพระราชบัญญัติว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2495¹⁶

ทฤษฎีดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาหลายประการ สภาพของปัญหาการอยู่ภายใต้กฎหมายของฝ่ายปกครองนั้นเป็นหลักซึ่งหลักดังกล่าวมีข้อยกเว้นสองประการ คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะการบังคับทั่วไปทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองบางอย่างไม่อยู่ในบังคับ และในส่วนของการใช้บังคับอย่างถาวรซึ่งมีสถานการณ์บางอย่างที่อาจทำให้ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย

ประเด็นแรก จะพบว่าปัจจุบันไม่มีการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างสมบูรณ์อีกต่อไปแล้วจึงเหลือแต่เพียงการกระทำประเภทที่เรียกว่าการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) หมายถึงการกระทำบางประเภทที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง ประเทศ หรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาล แต่ความจริงไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เพราะมิได้ทำให้เกิดกรณีที่ไม่สามารถจะใช้บังคับกฎหมายใดๆ ต่อการกระทำดังกล่าวได้ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลจึงไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายหากแต่เป็นข้อยกเว้นอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาล

¹⁵ศูนย์การศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบ, "หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส," สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547) น.14-21.

¹⁶บรรคิต จุวรรณโณ, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครองที่มาของกฎหมายมหาชน และหลักความชอบด้วยกฎหมาย, (สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.143-144.

ประเด็นที่สอง นอกจากนี้มีปัญหาว่า ฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ไม่ว่าในสถานการณ์ใด ๆ หรือไม่ ในเรื่องนี้มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ขยายอำนาจบางประการให้แก่ ฝ่ายปกครองสำหรับในกรณีที่มีภัยพิบัติสาธารณะ ได้แก่กรณีการประกาศใช้กฎอัยการศึก และการ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 แต่กรณีดังกล่าวก็มีได้กระทบกระเทือนต่อ หลักความชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายเองเป็นผู้กำหนดและจัดตั้งระบบดังกล่าว ใน กรณีนี้จึงเป็นเพียงการทำหน้าที่แทนฝ่ายนิติบัญญัติโดยองค์กรอื่นเท่านั้น

แนวความคิดในเรื่องข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมาย (La dérogation au principe) ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าข้อจำกัดในเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ในบางกรณีอาจถือได้ว่าเป็นช่องโหว่ของหลักนี้ก็ได้ จึงจัดเป็น "ข้อยกเว้น" เสียมากกว่า เป็น "การจำกัด" เท่านั้น สามารถ แยกข้อยกเว้นดังกล่าวออกเป็น 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ เป็นการกระทำของรัฐบาลประการหนึ่ง และการโอนอำนาจเป็นกรณีพิเศษของฝ่ายนิติบัญญัติไปให้ฝ่ายบริหารประการหนึ่ง

ผลทางกฎหมายของหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกติ เมื่อมีสถานการณ์อย่างหนึ่ง อย่างใดเกิดขึ้น เช่นภัยพิบัติ หรือ เหตุการณ์ที่ไม่สงบจนต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินมีผลของ สถานการณ์ดังนี้

(1) ฝ่ายปกครองไม่ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายที่อาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่ ของตนต้องเสียไป เช่น กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจ (ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการ นอกเหนือไปจากอำนาจที่มีตามปกติ) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับรูปแบบและวิธีการ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเนื้อหา (ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้) ทั้งนี้ โดยศาลสงวนอำนาจ ที่จะเลือกว่ากฎเกณฑ์ใดที่จะไม่สามารถบังคับใช้และกฎเกณฑ์ใดที่ยังคงบังคับอยู่สำหรับสถานการณ์ ดังกล่าวซึ่งศาลจะพิจารณาโดยคำนึงถึง สถานการณ์ตามความเป็นจริงอย่างมาก จนถึงขั้นที่มีการ ยอมรับว่าสถานการณ์ที่ไม่ปกติสามารถทำให้การกระทำที่เป็นเพียงการกระทำของเอกชนแต่เป็นการ กระทำที่เข้าแทนที่องค์กรของรัฐ ซึ่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ (défaillante) เป็นการกระทำทางปกครองที่ ชอบด้วยกฎหมายได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ ลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ.1944 ในคดี Lecoq, R.D.P., 1944)

(2) ฝ่ายปกครองถูกผูกพันโดย "ความชอบด้วยกฎหมายในภาวะวิกฤติการณ์" ที่กำหนด ขึ้นโดยศาล ความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานที่สำคัญสองประการคือ ประการแรก เกี่ยวกับวัตถุประสงค์ กล่าวคือ การกระทำในขณะที่มีวิกฤติการณ์จะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อเผชิญต่อ วิกฤติการณ์ และประการที่สอง วิธีการที่นำมาใช้จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าว

(3) สำหรับขอบเขตที่ไม่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางปกครองนั้น มีข้อสังเกตว่า ในปัจจุบันสถานการณ์ที่ไม่ปกติมีผลหลายประการต่อความรับผิดชอบทางปกครอง กล่าวคือ การกระทำบางอย่างซึ่งในภาวะปกติอาจเป็นความผิด แต่ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ฝ่ายปกครองจะหลุดพ้นจากความรับผิดชอบได้ หรือการกระทำอื่นที่โดยปกติแล้ว จากลักษณะของความร้ายแรงของการกระทำดังกล่าว ถือว่าเป็นการกระทำผิดที่กระทบต่อทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (voie de fait) และอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม หากเป็นการกระทำในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ถือว่าเป็นเพียงความผิดธรรมดา และอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำพิพากษาศาลคดีซัดกัน ในคดี dame de la Murette, อ้างแล้ว) และบางครั้งการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายที่ได้กระทำไปในสถานการณ์ไม่ปกติ แม้จะถือว่าไม่เป็นความผิดแต่ก็ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางปกครองที่เกิดจากความเสียหายได้

ผลทางกฎหมายของหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกตินี้เป็นการขยายอำนาจฝ่ายปกครองออกไป แต่อำนาจของฝ่ายปกครองที่ขยายออกไปนี้ไม่เท่ากันทุกกรณีหรือไม่อาจที่จะเหมือนกันได้ในทุกกรณีนั่นเอง ซึ่งที่จริงแล้วโดยธรรมชาติของทฤษฎีนี้เองที่ทำให้มีลักษณะเช่นนั้น เพราะยกเว้นความชอบด้วยกฎหมาย และจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจฝ่ายปกครองพอที่เผชิญความจำเป็นซึ่งเกิดจากสถานการณ์เช่นนั้น ซึ่งไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะจะเป็นไปในรูปใดได้เลยหลักว่าด้วยสถานการณ์ยามไม่ปกตินี้ ทำให้การกระทำหรือวิธีการทุกอย่างที่ฝ่ายปกครองได้ใช้นั้นกลายเป็นชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา การสั่งการ หรือการดำเนินการใดๆ ที่ในยามปกตินั้นจะเป็นการผิดกฎหมายอย่างร้ายแรงนั้น เนื่องจากอยู่ในสถานการณ์ ไม่ปกติ จะได้รับการพิจารณาและวินิจฉัยว่าให้การกระทำดังกล่าวได้อย่างเช่น การระงับการบังคับใช้กฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การจำกัดอิสระและเสรีภาพส่วนบุคคลต่างๆ การให้อำนาจแก่“เจ้าหน้าที่โดยพฤตินัย”ทำแทนเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายทั้งนี้ เนื่องจากสถานการณ์จำเป็น และรีบด่วนจำต้องดำเนินการบางอย่าง

หลักทั่วไปในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ถือว่าการกระทำในทางการปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นการคุ้มครองป้องกันประชาชนจากการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐ แต่การกระทำของรัฐที่เรียกว่า“การกระทำของรัฐบาล”(acte de gouvernement หรือ acte of government) ได้วางหลักไว้ว่าไม่อาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรใดๆ ของรัฐว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังนั้น ในประเทศฝรั่งเศสถ้าต้องมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองสูงสุดของ

ฝรั่งเศส (Conseil d'État) จะไม่รับฟ้องโดยศาลปกครองสูงสุด ได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย“การกระทำของรัฐบาล” ขึ้นโดยมีคำพิพากษาถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุทางด้านการเมือง เป็นการกระทำของรัฐบาล¹⁷

ในทางทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ มิใช่เป็นข้อยกเว้นที่แท้จริงของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในประเด็นนี้มีข้อสังเกตว่าการที่จะบังคับใช้บทบัญญัติของกฎหมายในสถานการณ์ที่ผู้บัญญัติกฎหมายมิได้คาดการณ์ไว้ว่าจะให้กฎหมายดังกล่าวบังคับใช้นั้น เท่ากับเป็นการไม่เคารพต่อเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้ร่างกฎหมาย นอกจากนี้การดำรงอยู่ของรัฐเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย และการทำให้หลักการดำรงอยู่ของรัฐดังกล่าวกระทบกระเทือนด้วยการยึดติดในเรื่องรูปแบบกับกฎเกณฑ์ธรรมดา อาจกลายเป็นการทำลายรากฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายลงได้ และในท้ายที่สุดเราเทียบเคียงทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติ กับหลักกฎหมายอื่น ๆ ที่เกิดจากแนวบรรทัดฐานของศาล ซึ่งเกิดจากแนวความคิดในทำนองเดียวกันได้ กล่าวคือ แม้ในช่วงของสถานการณ์ปกติ บ่อยครั้งที่ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขึ้นอยู่กับสถานการณ์จริงที่เกิดขึ้นในการกระทำนั้น เช่น กรณีฉุกเฉิน (โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย) สภาพตามความเป็นจริงของวิถีชีวิตของท้องถิ่น ซึ่งจะเป็นเหตุผลสนับสนุนการขยายอำนาจของฝ่ายปกครองในเรื่องเกี่ยวกับสัญญาทางปกรณนั้น “สถานการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้” (circonstance imprévisibles) อาจทำให้ภาระหน้าที่ตามสัญญาจะจับไปไม่ได้ (ทฤษฎีเหตุการณ์ที่ไม่อาจคาดหมายได้) ทฤษฎีสถานการณ์ไม่ปกติเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนที่สุดของแนวความคิดในเรื่องนี้ แต่ทฤษฎีนี้ก็มิอันตรายอยู่ไม่น้อย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถใช้สถานการณ์ไม่ปกติเป็นข้ออ้างสำหรับคำสั่งที่ออกมาด้วยการใช้อำนาจตามอำเภอใจ และการควบคุมตรวจสอบโดยศาลซึ่งกระทำขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการออกคำสั่งไปแล้ว ก็ไม่อาจป้องกันการกระทำดังกล่าวได้ดีพอ

เนื่องจากอำนาจของฝ่ายปกครองอาจได้รับการขยายออกไปอย่างกว้างขวาง ศาลปกครองจึงควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในยามสถานการณ์ไม่ปกตินี้ค่อนข้างเคร่งครัดพอสมควร โดยศาลปกครองจะสามารถพิจารณาได้จากเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ¹⁸

(1) การมีจริงของสถานการณ์ไม่ปกติ โดยพิจารณาว่ามีสถานการณ์เช่นนั้นเกิดขึ้นจริงหรือไม่ และยังเกิดภาวะเช่นนั้นอยู่ในสถานที่ และในขณะที่ได้มีการกระทำหรือคำสั่งในทางปกครองกรณีนั้นหรือไม่ ดังนั้นการที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งโดย “ไม่มีกำหนดเวลา” จึงถือว่าไม่ชอบ ศาลจะสั่งเพิกถอนคำสั่งเช่นนั้นได้

¹⁷ คำวินิจฉัยของ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส (Conseil d'État) ลงวันที่ 9 พฤษภาคม 1867 คดี duc d'Aumale , อ้างใน โภคิน พลกุล, เอกสารคำบรรยายวิชาปัญหาทางกฎหมายมหาชน 2: คดีปกครองในฝรั่งเศส, (มหาวิทยาลัยรามคำแหง ,2528) น.35 .

¹⁸ วิชาญชัย สันตสว่าง, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 14, น. 86.

(2) ความจำเป็น ของฝ่ายปกครองที่จะต้องดำเนินการหรือสั่งการเช่นนั้น เพื่อประโยชน์สาธารณะ และจำเป็นที่จะต้องขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับในยามปกติ

(3) ความพอสมควร กล่าวคือ ศาลปกครองจะพิจารณาว่าคำสั่งหรือการดำเนินการที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปนั้นได้สัดส่วนความจำเป็นของเหตุการณ์เพียงใด หรือไม่

3.3.2 หลักการกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement)

การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของฝ่ายบริหารตามพระราชกำหนดการบริหารราชการฉุกเฉิน พ.ศ.2548 จากสถานการณ์สงคราม การก่อการร้าย เป็นการใช้อำนาจเพื่อที่จะป้องกันตนเองเพื่อความสงบเรียบร้อยภายในรัฐนั้นๆ การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐที่ใช้สิทธิในการป้องกันตนเองให้พ้นจากสถานการณ์ฉุกเฉินต่างๆ จนเกิดทฤษฎีและแนวคิดว่ากฎหมายในการป้องกันตนเองเป็นกฎหมายแรกของประเทศ (self-preservation is the first law of any nation)¹⁹ John W.Dean นักวิชาการในด้านรัฐศาสตร์มีความเห็นว่าประชาธิปไตยจะทำงานได้ดีที่สุดในเวลาสงบ (Democracy works best in times of peace) แต่ในกรณีสถานการณ์ไม่ปกติ การกระทำของรัฐในสถานการณ์ฉุกเฉินถือได้ว่ากระทำแทนรัฐได้รับการยกเว้น และอยู่นอกเหนือการควบคุมและตรวจสอบจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงน่าจะพิจารณาว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินจะถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ สามารถควบคุม และควบคุมได้หรือไม่ ถือได้หรือไม่ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลที่อยู่นอกเหนือการควบคุมและการตรวจสอบ เพราะถือได้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล

การกระทำของรัฐบาลหมายความว่า การกระทำบางอย่างของรัฐ ซึ่งรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่สามารถนำไปฟ้องต่อศาลได้แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ผู้อยู่ภายใต้การปกครองก็ตาม กล่าวคือเอกชนจะฟ้องร้องรัฐว่าการทำงานนอกเหนืออำนาจหน้าที่ และสั่งให้เพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอใช้ค่าเสียหายไม่ได้การฟ้องคดีที่ว่านี้ศาลจะไม่รับฟ้องทั้งนี้เพราะการกระทำของรัฐบาลมีลักษณะพิเศษซึ่งแตกต่างจากการกระทำในทางการปกครองผู้ได้รับความเสียหายจึงไม่อาจถือเป็นเหตุฟ้องร้องรัฐได้ ปัญหาว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำของรัฐบาล การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำทางปกครองนั้น เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องมาจากการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายปกครอง การกระทำที่ฝ่ายบริหารปฏิบัติไปตามฐานะรัฐบาล เช่น การติดต่อดำเนินงานระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา เช่นการยุบสภาผู้แทนราษฎร การติดต่อสัมพันธ์ทางการทูตที่เป็นเรื่องระหว่างประเทศ การประกาศสงครามเหล่านี้ถือเป็นการกระทำของรัฐบาล

¹⁹ <http://www.write.news.findlaw.com/Dean/20020607.html>

ในเรื่องข้อยกเว้นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ศาตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล²⁰ ได้ให้ความเห็นในเรื่องความแตกต่างระหว่างทฤษฎีสถานการณ์ฉุกเฉิน กับ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล แตกต่างกันไว้ว่า

“ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลมีลักษณะแตกต่างกับทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงคราม และในสถานการณ์ไม่ปกติ เพราะการกระทำที่ปฏิบัติไปโดยใช้อำนาจในยามสงคราม และในสถานการณ์ไม่ปกตินั้นยังถือว่าเป็นการกระทำในทางการปกครองจึงอาจมีการฟ้องร้องได้ แต่สำหรับการกระทำของรัฐบาลนั้นได้รับความคุ้มครองที่จะไม่ถูกฟ้องร้องโดยสิ้นเชิง ถ้าจะพิจารณาตามทฤษฎีที่ว่ากระทำทางการปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายแล้วการกระทำของรัฐบาล ก็เท่ากับเป็นยกเว้นของทฤษฎีนี้ ซึ่งนับว่าเป็นช่องโหว่อยู่นางเพราะเท่ากับเปิดโอกาสให้รัฐกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักที่ว่ากระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เท่ากับเป็นการยกเว้นฝ่ายปกครองซึ่งกระทำการในนามของฝ่ายบริหารไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้ในยามปกติได้ในกรณีจำเป็น ด้วยเหตุนี้จึงมีการจำกัดขอบเขตการกระทำของรัฐบาลให้แคบลงทุกทีเพื่อบังคับให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อจำกัดขอบเขตการกระทำเช่นว่านี้กฎหมายของประเทศต่างๆจึงไม่พยายามที่จะให้ คำนิยามว่าการกระทำของรัฐบาลคืออะไร และมีขอบเขตเพียงใดเป็นการให้ความเป็นอิสระแก่ศาลที่พิจารณาเป็นเรื่องๆไปตามควรแก่กรณี เพราะถ้ามีคำนิยามไว้แล้วก็อาจมีการตีความขอบเขตการกระทำ ในทางการปกครองให้กลายเป็นการกระทำของรัฐบาลมากขึ้น ในทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดเป็น ผู้กำหนดวงหลักว่าการกระทำอันใดถือว่าการกระทำของรัฐบาล เมื่อมีการฟ้องร้องคดีปกครองขึ้น”การกระทำของรัฐบาลในกฎหมายฝรั่งเศส ศาลปกครอง และ ศาลยุติธรรมของฝรั่งเศส ปฏิเสธไม่ยอมควบคุมสิ่งที่เรียกกันว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) โดยใน แต่ละประเทศมีแนวคิด ดังนี้

1) หลักการกระทำของรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองและศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่ยอมควบคุมสิ่งที่เรียกกันว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ซึ่งได้แก่การกระทำต่อไปนี้

(1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับสภา

ความสัมพันธ์ระหว่างประธานาธิบดีฝรั่งเศสหรือรัฐบาลและรัฐสภา ไม่สามารถนำไปฟ้องร้องต่อศาลใด ๆ ได้ ดังนั้น คดีประเภทดังกล่าวนี้ย่อมไม่สามารถนำไปฟ้องร้องยังสภาแห่งรัฐได้ คือมติของคณะรัฐมนตรีในการเสนอร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งต่อรัฐสภา⁽¹⁾ หรือคำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศสให้นำร่างรัฐบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่งไปให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ นอกจากนี้แล้ว ยังมี

²⁰ประยูร กาญจนกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 85.

(2) การเตรียมการจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา เช่น การออกรัฐกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการเกี่ยวกับการลงทะเบียนประกาศรายชื่อสมัครรับเลือกตั้ง ฯลฯ เป็นต้น

(3) การมีส่วนร่วมในกระบวนการนิติบัญญัติของรัฐบาล เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การถอนร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการจัดให้มีการลงมติในร่างกฎหมาย

(4) การประกาศใช้รัฐบัญญัติ การกล่าวอ้างว่ารัฐบัญญัติที่มีรัฐกฤษฎีกาประกาศใช้นั้น มีเนื้อหาไม่ตรงกับร่างรัฐบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากสภา

(5) การกระทำของประธานาธิบดีฝรั่งเศส เช่น การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ

(6) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างฝรั่งเศสกับรัฐอื่น ๆ ก็เช่นกัน ศาลปกครองย่อมไม่รับพิจารณาคดีให้สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธไม่รับพิจารณา ในเรื่องความสมบูรณ์ หรือการตีความในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ สภาแห่งรัฐได้รับเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้บังคับของสนธิสัญญาไว้พิจารณาก็เฉพาะกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศส ตัวอย่าง เช่น คดีที่เกี่ยวกับการเนรเทศคนอเมริกันออกจากประเทศฝรั่งเศส ตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1909 สภาแห่งรัฐได้ยอมรับคำขอให้เพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองเนื่องจากใช้อำนาจเกินขอบเขต (*recours pour excès de pouvoir*) และได้เพิกถอนคำสั่งเนรเทศเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เพราะเหตุว่ารัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1946 ได้บัญญัติให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีฐานะเหมือนกับกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตามบรรทัดฐานคำพิพากษามีได้ชี้ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” แต่ถือหลักว่าศาลไม่มีอำนาจ เพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งศาลภายในไม่มีอำนาจพิจารณาแต่อาจสรุปประเภทของคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้ดังนี้

(ก) การกระทำเกี่ยวกับการจัดทำหรือยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของรัฐกับรัฐ เช่น การดำเนินการเจรจาทางการทูต ตลอดจนการตีความอนุสัญญาระหว่างประเทศของรัฐบาล การปฏิบัติตามข้อตกลงหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เป็นต้น

(ข) การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลของฝรั่งเศสในต่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คนฝรั่งเศส หรือการให้ความคุ้มครองไม่เพียงพอ การไม่ยอมตรวจลงตราหนังสือเดินทาง(*visa*) ให้ เป็นต้น แต่กรณีนี้ปัจจุบันศาลปกครองยอมรับพิจารณาคดีแล้ว

(ค) การกระทำเกี่ยวกับการดำเนินคดียังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เช่น การปฏิเสธไม่ส่งข้อพิพาทให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสิน

(ง) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม ซึ่งหมายถึง การปฏิบัติการทางทหาร ซึ่งถ้าเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นในดินแดนต่างประเทศแล้ว จากบรรทัดฐานคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐจะถือว่าการที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ใช่การกระทำของรัฐบาล และรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบอย่างใด เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้

“การกระทำของรัฐบาล”(acte de gouvernement) ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือ รัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง (สภาแห่งรัฐ) ในการดำเนินงานบางอย่างรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบ และเอกชนไม่อาจจะนำไปฟ้องต่อศาลได้ แม้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ตาม กล่าวคือ เอกชนจะฟ้องร้องรัฐบาลว่ากระทำนั้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ และขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำนั้น หรือขอให้ชดเชยค่าเสียหายไม่ได้ ผลในทางกฎหมายของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลนั้น เมื่อไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครองแล้ว เท่ากับเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐบาลกระทำการใด ๆ ได้ โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การบังคับควบคุมทางกฎหมายของศาล แต่การกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ในการควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง เช่น รัฐสภาอาจลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล หรือสื่อมวลชนอาจวิพากษ์วิจารณ์รัฐบาลได้ มีปัญหาว่าเหตุใดศาล จึงปฏิเสธไม่ควบคุมการกระทำของรัฐบาล มีเหตุผลจากที่ในยุคแรก สภาแห่งรัฐได้สร้างทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำของรัฐบาล” โดยคำพิพากษาถือว่าการกระทำที่มีมูลเหตุในการเมือง (Le mobile politique) เป็นการกระทำของรัฐบาลนับว่าเป็นเรื่องอันตรายมาก เพราะการกระทำทุกการกระทำจะเป็นการกระทำของรัฐบาลไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาลเลย ต่อมาสภาแห่งรัฐได้เลิกเดินตามแนวนี้นักวิชาการได้มีการตีความว่าสิทธิร้องไปยังศาลคดีขัดกัน (Le Tribunal des conflits) ตามมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 1872 นี่เป็นปัญหาเรื่องการกระทำของรัฐบาล แต่ก็ไม่สามารถถือได้ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นที่มาของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลได้ นักวิชาการอีกพวกหนึ่งได้อธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำผสม” (l' acte mixte) นั่นคือ การกระทำของรัฐบาลเป็นการกระทำของอำนาจบริหารในความสัมพันธ์กับเจ้าหน้าที่ที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาล โดยเฉพาะศาลปกครอง เช่น รัฐบาลหรือรัฐต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะการกระทำดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของอำนาจบริหารแต่ผู้เดียว

ตั้งแต่คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1875 คดี “Prince Napoléon” ศาลเลิกถือว่าการกระทำที่มีเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ทางการเมืองเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า เมื่อปี ค.ศ.1853 จักรพรรดิ นโปเลียนที่ 3 ได้แต่งตั้งเจ้าชายนโปเลียน โจเซฟ โบนาปาร์ต ซึ่งเป็นญาติให้เป็นนายพล ต่อมาในปี ค.ศ.1873 หลังจากยุคของจักรพรรดิดังกล่าวได้สิ้นสุดลง ได้มีการพิมพ์ทำเนียบทหาร ซึ่งระบุรายชื่อของนายพลต่าง ๆ ขึ้นเป็นครั้งแรก แต่ไม่ปรากฏว่ามีรายชื่อของเจ้าชายดังกล่าว เจ้าชายจึงได้มีหนังสือถามไปยังรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมว่า การที่หนังสือดังกล่าวไม่ได้ลงชื่อของเขานั้นเนื่องจากความพลั้งเผลอ หรือเป็นการกระทำโดยเจตนา

รัฐมนตรีฯ ก็ได้มีหนังสือตอบว่าไม่อาจจะลงชื่อของเจ้าชายในทำเนียบได้ เพราะเมื่อพิจารณากฎหมายแล้ว การแต่งตั้งเจ้าชายเป็นนายพลไม่ชอบเนื่องจากเป็นการแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขเฉพาะของระบอบการปกครองที่ปัจจุบันได้ยกเลิกไปแล้ว ซึ่งทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผล เจ้าชายนโปเลียนจึงได้ฟ้องคดีดังกล่าวต่อสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) รัฐมนตรีฯ ได้ต่อสู้ว่า สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ไม่มีอำนาจเนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นเรื่องทางการเมือง จึงเป็นการกระทำของรัฐบาล สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาคดีดังกล่าว และได้พิพากษา ยกฟ้องในคดีนี้มีความเห็นของพนักงานรับผิดชอบจำนวนซึ่งน่าสนใจว่า จากที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่ใช่ว่าถ้าเป็นนิติกรรม(หรือการกระทำ) ที่ได้ทำลงโดยรัฐบาลหรือผู้แทนของรัฐบาล โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรือที่ได้ทำลงโดยมีเหตุผลทางการเมือง (Intérêt politique) แล้วจะมีผลให้นิติกรรมดังกล่าวมีลักษณะพิเศษ ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมทางศาล...." เป็นอันว่านับแต่นั้นมา "เหตุผลทางการเมือง" จึงไม่ใช่สาเหตุที่ทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของรัฐบาล

ต่อมา คำพิพากษาของศาลคดีขัดกันและสภาแห่งรัฐได้พัฒนาเรื่องการทำของรัฐบาล โดยใช้หลักว่า การกระทำใดจะเป็นการทำของรัฐบาลก็ต่อเมื่อศาลคดีขัดกัน และสภาแห่งรัฐเห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐบาลเพราะเหตุผลแห่งความเหมาะสม ดังนั้น การจะดูว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของรัฐบาลจึงดูได้แค่คำพิพากษาว่าเป็นหรือไม่เป็นคดี ๆ ไป ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองและศาลยุติธรรมปฏิเสธไม่ยอมควบคุมสิ่งที่เรียกกันว่า การกระทำของรัฐบาล (acte de gouvernement) ได้แก่ การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การกระทำที่เกี่ยวกับสงคราม หรือการปฏิบัติการทางทหาร การกระทำของรัฐบาล ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมาย คือรัฐบาลไม่ต้องถูกควบคุมโดยศาลปกครอง ในการดำเนินการบางอย่างรัฐบาลไม่ต้องรับผิดชอบ ศาลปกครองไม่รับไว้พิจารณาแต่การกระทำดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การควบคุมทางการเมือง เช่นการถูกลงมติไม่ไว้วางใจ

2) หลักการกระทำของรัฐบาลในกฎหมายอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษแม้จะมีระบบกฎหมายต่างกับประเทศฝรั่งเศส แต่มีแนวความคิดใกล้เคียง และสามารถเปรียบเทียบได้ในเรื่องหลักการกระทำของรัฐบาล โดยหากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลอังกฤษให้เป็นเรื่องหลักการกระทำของรัฐ (Act of state) หลักดังกล่าวเกิดจากหลัก Common law กับหลักสถาบันกษัตริย์ หากเป็นเรื่องการเมืองภายใน เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในเรื่องการเปิดและปิดสมัยประชุม การยุบสภา การตั้งนายกรัฐมนตรี อำนาจสภาที่จะออกกฎหมายศาล และนักวิชาการเห็นว่าเป็น "ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ"(Convention of constitution) ศาลจะไม่รับผิดชอบให้ โดยได้แบ่งประเภท การกระทำของรัฐไว้ดังนี้

ประการแรก คือ การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งประกอบด้วย การกระทำของรัฐที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การประกาศสงคราม การสงบศึก การทำสนธิสัญญา การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ การผนวกดินแดน ศาลจะไม่เข้าไปควบคุมและตรวจสอบ

ประการที่สอง การกระทำของรัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน ถือหลักการกระทำของรัฐเป็นหลักป้องกันฝ่ายบริหาร หากปัจเจกชนได้รับความเสียหายจะต้องร้องศาลเพื่อให้ได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำของฝ่ายบริหาร ฝ่ายบริหารก็จะยกหลักการกระทำของรัฐอ้างว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรรับไว้พิจารณา (non – jurisdiction) เช่น กรณีการกระทำของคนต่างด้าวนอกดินแดนอังกฤษ การกระทำต่อคนต่างด้าวที่เป็นศัตรูในดินแดนอังกฤษ กรณีนี้ได้เคยมีคดีฟ้องร้องรัฐ ในคดี In R.V.Bottrill.exp.Kuechenmeister โจทก์เป็นชาวเยอรมันอาศัยอยู่ในอังกฤษ ตั้งแต่ปี ค.ศ.1928 โดยมีได้เปลี่ยนสัญชาติเป็นคนอังกฤษ ได้ถูกกักตัวระหว่างสงครามอังกฤษกับเยอรมัน ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายเรียกเจ้าหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทยมาได้ส่วนว่า เป็นการคุมขังโดยไม่ชอบ (Habeas Corpus) ศาลได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำของรัฐ ในประเทศอังกฤษ หลักการกระทำของรัฐเป็นเรื่องของพระราชอำนาจเป็นอำนาจพิเศษมีมานานแล้วโดยกษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวแม้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญเหมือนกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่นการแสวงหาและยึดครองดินแดนต่างๆ การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาสันติภาพ การเข้ายึดทรัพย์สินต่างๆ จากผลของสงครามตามแนวคำพิพากษารูปได้ว่าเป็นการกระทำใดๆที่รัฐได้ใช้อำนาจสูงสุดหรือการใช้อำนาจอธิปไตยของประเทศที่ไม่อาจตรวจสอบถึงความเหมาะสมในการตัดสินใจของศาลได้

3) หลักการกระทำของรัฐบาลในสหรัฐอเมริกา²¹

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเรียกว่า"ประเด็นทางการเมือง"(political questions)ศาลสหรัฐอเมริกาปฏิเสธการรับตัดสินคดีที่เกี่ยวกับ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายรัฐสภา การสั่งใช้กำลังทหาร และการกระทำของรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดย ได้แบ่งการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 5 ประเภท²² คือ 1)ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 2)การประกาศสงคราม 3) การประกาศใช้กฎหมาย 4) ฐานะของชนเผ่าอินเดีย 5) รูปแบบของรัฐบาล

²¹ ลาโรจน์ โชติพันธุ์, "การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยสภา," (วิทยานิพนธ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์) น.176.

²² Martinn H. Redish , "Judicial Review and the Political Question" , Northwestern University Law Review 79 (1984 – 85) : 1034, อ้างใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, "การกระทำของรัฐบาล", น. 79.

โดยประเด็นการเมืองจะเกี่ยวข้องกับเรื่องต่างๆ เหล่านี้ได้อย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง คือ

ก.) เป็นข้อผูกพันเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามรัฐธรรมนูญ ข.) ความไม่อาจใช้กระบวนการค้นพบของทางศาลและการจัดการที่เป็นมาตรฐานเข้าไปแก้ปัญหาได้ ค.) ความไม่อาจเป็นไปได้ที่จะเข้าไปพิจารณาโดยปราศจากนโยบาย เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดให้ใช้ดุลพินิจทางศาลแต่แรก ง.) ความไม่อาจเป็นไปได้ที่ศาลจะเข้าไปดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมได้อย่างอิสระจ.) ความต้องการที่ไม่ปกติของหน่วยต่างๆ ที่มีการตัดสินใจทางการเมืองร่วมกัน และเรื่องอื่นๆ ได้เสร็จสิ้นลงแล้ว ฉ.) การออกแถลงการณ์คัดค้านของหน่วยงานต่างๆ ต่อกรณีปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

แนวความคิดของสหรัฐอเมริกาเหมือนกับอังกฤษ คือ เรื่องการดำเนินการด้านกิจการต่างประเทศขององค์การเมืองต่างๆ ภายในประเทศ เช่น การเลือกตั้งทางการเมือง การกระทำที่ฝ่ายบริหารจะต้องถูกควบคุม หรือ ตรวจสอบจากฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญที่จะต้องได้รับการรับรองจากสภาองเกรส ปัญหาเกี่ยวกับการเสนอของรัฐบาลว่า แบบวิธีพิจารณาของกฎหมายใดละเมิดหลักประกันของรัฐธรรมนูญสหพันธ์หรือไม่ เกี่ยวกับการเมืองต่างประเทศ ได้แก่ การกระทำที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับนโยบาย หรือ การตัดสินใจของฝ่ายบริหาร เรื่องเกี่ยวกับทูต การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ การจัดทำและยกเลิกสนธิสัญญาอันเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร หรือเป็นการกระทำของประธานาธิบดี การประกาศสงคราม การยุติสงคราม การส่งกำลังทหารนอกประเทศ จึงอาจกล่าวได้ว่าประเด็นทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา เหมือนกับหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของฝรั่งเศส ศาลไม่อาจเข้าไปขัดขวางการดำเนินการโดยการตรวจสอบ ซึ่งเป็นความจำเป็นในเรื่องนโยบาย และในเรื่องของความมั่นคงของประเทศ

4) หลักการกระทำของรัฐบาลในระบบกฎหมายไทย

ในประเทศไทยไม่ได้วางหลัก และไม่มียกข้อยกเว้นของกฎหมายได้บัญญัติในเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้โดยตรง แต่ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมนุญณ์ ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า²³ ทฤษฎีการกระทำของรัฐบาล (act de gouvernement) ของกลุ่มประเทศ Civil Law เปรียบเทียบได้กับ ทฤษฎีว่าด้วย act of state ของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้นำมาแปลงเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยได้นำมาเขียนไว้ใน มาตรา 20 (1) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 โดยได้ใช้คำว่า (เรื่องร้องทุกข์ต่อไปนี้ไม่ได้รับไว้พิจารณา)" เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปทางนโยบายโดยตรง" ซึ่งหลักการที่เขียนขึ้นไว้นี้เป็นหลักการที่ไม่ปรากฏในกฎหมายว่าด้วยเรื่องราວร้องทุกข์เดิม (พ.ศ.2492) ที่ถูกยกเลิกไป ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (หรือ"นิติกรรมของรัฐบาล") นี้ในต่างประเทศได้เกิดจากการที่สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองได้ยอมรับว่า สถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปในกิจการ หรือ การกระทำที่สมควรอยู่ใน

²³ ออมร จันทรมนุญณ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 10, น. 82.

ขอบเขตหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐบาลในฐานะที่เป็นองค์กรการเมือง กิจการและการกระทำดังกล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งจะได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ ฯลฯ และสำหรับขอบเขตและความหมายของ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำ (หรือ นิติกรรม) ของรัฐบาลนี้ย่อมมีความกว้างขวางและแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ และในแต่ละช่วงเวลา ทั้งนี้แล้วแต่ว่าบรรทัดฐานที่เกิดจากคำวินิจฉัยของสถาบันฝ่ายปกครองของประเทศนั้นๆ จะกำหนดขึ้นอย่างไร ในแต่ละระยะของการพัฒนา (เพราะทฤษฎีนี้มีลักษณะพลวัต - dynamic) ในระยะเวลาที่ทฤษฎีนี้มีความหมายกว้าง ก็ย่อมหมายถึงขอบเขตอำนาจ ของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองในการควบคุมรัฐบาลจะกว้างขวางตามไปด้วย และมีผลดีในด้านการคุ้มครองผู้ร้องทุกข์ได้มากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันก็อาจมีผลเสียที่จะเกิดความขัดแย้ง (ในนโยบาย) ระหว่างสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครอง(ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบงานปกครองที่มีลักษณะเป็นงานประจำทางบริหาร) กับรัฐบาลที่ได้รับการเลือกตั้ง และมีอำนาจในทางการเมือง และมีผลเสียที่เกิดจากการ "ขยายอำนาจ" ของผู้พิพากษาเองโดยผู้พิพากษาเป็นผู้ที่มีฐานะ และความเห็นเป็นอิสระ และชี้ขาดไปโดยที่ตนเอง(ผู้พิพากษา)ไม่ต้องรับผิดชอบ หากจะมีผลเสียเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของตน

หากได้พิจารณาพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20 ห้ามให้คณะกรรมการร้องทุกข์รับเรื่องที่มีลักษณะ ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับไว้พิจารณา รวม 7 ลักษณะคือ

- (1) เรื่องที่มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบ ต่อสภา
- (2) เรื่องที่คณะรัฐมนตรี หรือ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลได้มีมติเด็ดขาดแล้ว
- (3) เรื่องที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีอยู่ในศาล หรือ ศาลพิพากษา หรือ มีคำสั่งเด็ดขาดแล้ว
- (4) เรื่องที่ยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความเดือนร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนตามที่

กฎหมายกำหนดไว้

- (5) เรื่องที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ได้วินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดแล้ว
- (6) เรื่องที่ผู้ร้องทุกข์ละทิ้งการร้องทุกข์
- (7) เรื่องที่ขาดอายุความ

ทั้งนี้เพราะกฎหมายประสงค์ให้รัฐสภาเป็นผู้ตรวจสอบทางการเมือง มิใช่ตรวจสอบทางกฎหมาย (judicial review) ในประเทศไทยเองก็มีแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา และกฎหมายบางฉบับ โดยเฉพาะพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 ได้วางแนวทางจำกัดอำนาจศาล และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่จะพิจารณาเรื่องบางเรื่องที่เป็นกรกระทำขององค์กรทางการเมืองไว้ เช่น การยุบสภา²⁴ เป็นกรณีที่ศาลฎีกาวางหลักการไม่เข้าไปควบคุมการกระทำบางอย่างของ

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521 วินิจฉัยว่า โจทก์ฟ้องว่าคณะรัฐมนตรีกับพวกยุบสภาผู้แทนราษฎรโดยไม่มีผลบังคับ ขอให้รัฐบาลชุดก่อนรับดำเนินงานต่อไป เมื่อใช้รัฐธรรมนูญการปกครอง

นายกรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจตามมาตรา 17 โดยศาลจำกัดอำนาจตนเองที่จะวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 17 ดังกล่าวชอบหรือไม่ คล้ายคลึงกันกับทฤษฎีการกระทำของรัฐบาลของต่างประเทศ และมีสังเกตต่อไปด้วยว่าอำนาจที่นายกรัฐมนตรีอาศัยมาตรา 17 เป็นอำนาจที่กว้างขวางมากที่รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการด้วย ซึ่งการใช้อำนาจเช่นนี้ได้โดยศาลปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุม และยังไม่มียกเลิกที่ให้การใช้อำนาจนี้ถูกตรวจสอบโดยองค์กรอื่นด้วยย่อมจะนำไปสู่อำนาจเผด็จการเบ็ดเสร็จในท้ายที่สุดอย่างไรก็ตาม ศาลน่าจะควบคุมว่ามีเหตุตามที่รัฐธรรมนูญการปกครองบัญญัติไว้หรือไม่ประการหนึ่ง และมาตรการที่ออกโดยอาศัยบทมาตรานี้ชอบด้วยกฎหมายมหาชนทั่วไปหรือไม่ ส่วนในเรื่องการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 นั้นก็มีมาตรา 20(1) กำหนดห้ามมิให้รับพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ที่ "มีลักษณะเป็นไปในทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา" และที่ "คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีมติเด็ดขาดแล้ว" จะเห็นได้ว่า ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 20(1) ได้วางหลักการเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่อาจจะร้องทุกข์ได้โดยมีหลักการและแนวความคิดว่า หลักกฎหมายปกครองต้องเป็นหลักกฎหมายที่แยก "งานนโยบาย" ออกจาก "งานประจำ" ได้โดยงานนโยบายนั้นไม่อยู่ในความควบคุมของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เพราะงานนโยบายเป็นเรื่องที่รัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา ซึ่งมีกลไกและการควบคุมเป็นพิเศษแตกต่างออกไป

หากได้พิจารณาลักษณะของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครอง ตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 ในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน การออกข้อกำหนด เพื่อใช้บังคับกับประชาชนในระหว่างประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน โดยนำทฤษฎีในเรื่องหลักการกระทำของรัฐบาล และในสถานการณ์ฉุกเฉิน และ ทฤษฎีของสถานการณ์ไม่ปกติแล้ว จึงเป็นเรื่องน่าจะต้องพิจารณาเป็นอย่างยิ่งว่า จะควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และฝ่ายปกครองได้มากน้อยเพียงใด หรือ ไม่สามารถควบคุมการใช้อำนาจได้เลย

ราชอาณาจักร พ.ศ.2520 แล้ว ก็ไม่มีประโยชน์ที่จะพิจารณาฎีกาใจทบทต่อไป ศาลฎีกาจำหน่ายคดีได้นอกจากนั้นแล้วยังมีคำพิพากษาที่เป็นแนวเดียวกัน คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1792/2512, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1785/2513, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2291/2519