สถาบันพระปกเกล้า

มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ

รวินท์ ลีละพัฒนะ
ชมพูนุท ตั้งถาวร

เรื่อง มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ผู้เขียน รวินท์ ลีละพัฒนะ และ ชมพูนุท ตั้งถาวร

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

National Library of Thailand Cataloging in Publication Data

รวินท์ ลีละพัฒนะ.

มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ.-- กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2565.
262 หน้า.

1. รัฐบาล -- ไทย. 2. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. I. ชมพูนุท ตั้งถาวร, ผู้แต่งร่วม. II. ชื่อเรื่อง.

351.593

ISBN 978-616-476-232-9

รหัสสิ่งพิมพ์สถาบัน สสว.65-01-200.0

พิมพ์ครั้งที่ 1 ธันวาคม 2564

จัดทำโดย สถาบันพระปกเกล้า
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษาฯ
อาคารรัฐประศาสนภักดี ชั้น 5 (โซนทิศใต้)
เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-9550 โทรสาร 0-2143-8174
http://www.kpi.ac.th

พิมพ์ที่ บริษัท จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์ จำกัด
219 ซอยเพชรเกษม102/2
แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160
โทรศัพท์ 02-809-2281-3 โทรสาร 02-809-2284
www.fast-books.com e-mail : info@fast-books.com

คำนำ

ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการก่อตั้งขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เพื่อทำหน้าที่ตัดสินคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ รวมถึงการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ส่งผลกระทบต่อ “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งโดยลักษณะแล้วเป็นการใช้อำนาจที่มีความเป็นการเมือง และจะต้องถูกตรวจสอบโดยฝ่ายการเมือง (รัฐสภา) แม้ว่านักวิชาการจำนวนมากได้พยายามสกัดหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลจากคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการในต่างประเทศเพื่อสร้างหลักเกณฑ์ว่าการกระทำใดบ้างที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลและองค์กรตุลาการควรปฏิเสธการวินิจฉัยประเด็นเหล่านั้น แต่พัฒนาการเรื่องการใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในต่างประเทศก็มีลักษณะเป็นพลวัต และเมื่อพิจารณาประกอบกับคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายตุลาการในประเทศไทยแล้ว กลับพบว่าหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายตุลาการจะใช้พิจารณาว่าสิ่งใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นหรือไม่นั้นกลับมีความสัมพันธ์กับประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ เอง ไม่ใช่การยึดหลักเกณฑ์ที่นักวิชาการเคยอธิบายมาอย่างเคร่งครัด

สถาบันพระปกเกล้า จึงจัดให้มีการศึกษา เรื่อง “มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ภายใต้โครงการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ ซึ่งศึกษาวิจัยโดย ดร.รวินท์ ลีละพัฒนา และ นางสาวชมพูนุท ตั้งถาวร โดยมุ่งศึกษาขอบเขตการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยฝ่ายตุลาการทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ตลอดจนให้ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับ “เส้นแบ่ง” ที่เหมาะสมว่า ในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั้นควรถูกตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการเพียงใด และภายใต้เงื่อนไขอะไร สถาบันพระปกเกล้า หวังเป็นอย่างยิ่งว่ารายงานการศึกษาวิจัยฉบับนี้จะเป็นข้อมูลสำคัญสำหรับฝ่ายนิติบัญญัติในการนำไปประกอบการพิจารณาเพื่อปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

(ศาสตราจารย์วุฒิสาร ตันไชย)
เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

บทคัดย่อ

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่ถือว่าการกระทำใดที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมหรือนโยบายทางการเมืองแล้วศาลย่อมไม่มีเขตอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบ เนื่องจากกิจกรรมดังกล่าวเป็นกิจกรรมที่ฝ่ายการเมือง อันได้แก่ ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีความเหมาะสมที่จะควบคุมตรวจสอบกันเองมากกว่า งานวิจัยฉบับนี้ตั้งคำถามต่อ “ขอบเขตและข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม” โดยเฉพาะประเด็นที่ว่าวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในรูปแบบปทัสถานนิยม ซึ่งมุ่งนำเสนอเกณฑ์ที่นำเสนอโดยนักวิชาการในปัจจุบันนั้น สอดคล้องกับ “แนวโน้ม” การปรับใช้ในปัจจุบันโดยภาครัฐโดยเฉพาะศาลมากน้อยเพียงใด คณะผู้วิจัยมุ่งแสดงให้เห็นว่า รูปแบบการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมที่เสนอโดยนักวิชาการและการนำหลักดังกล่าวไปปรับใช้ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองนั้นมีความไม่สอดคล้องกัน และความไม่สอดคล้องที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมาย นอกจากนี้ งานวิจัยยังมุ่งแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาล

แบบปทัสถานนิยมผ่านปัญหาความไม่สอดคล้องที่ได้กล่าวมา ข้อจำกัดนี้ส่งผลให้การปรับใช้แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยมีลักษณะอพลวัต ไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพการเมืองและสังคมในศตวรรษที่ 21 ด้วยปัญหาที่เกิดขึ้น คณะผู้วิจัยจึงขอนำเสนอมุมมองใหม่ของการกระทำทางรัฐบาลที่สอดคล้องกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยที่แปรเปลี่ยนไปจากอดีตบนพื้นฐานของสิ่งที่คณะผู้วิจัยเรียกว่า “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ”

Abstract

The theory of *l'acte de gouvernement* is a public law theory which states that the judiciary must not take jurisdiction over cases related to political or policy matters deemed as best suited to the political branches of government, namely the legislature and the executive. This research seeks to reassess the scope and limitation of the normativist approach to the study of *l'acte de gouvernement* in contemporary Thai literature, which aims to propound formulas and normative criteria designed for its application to an individual case. The central question is whether these formulas and criteria proposed by contemporary scholars are in consonance with the practical application of *l'acte de gouvernement* especially by the Constitutional Court and the Administrative Court. The answer is nevertheless negative. Not only has such incompatibility entailed the problem of legal uncertainty and inconsistency, but it has also rendered the application of *l'acte de gouvernement*

itself too rigid and not reflective to the realities of 21st century Thailand. This study thereby offers an alternative understanding towards *l'acte de gouvernement*, in particular, its core features, in Thailand based on what its authors call 'a constitutional escalator'.

สารบัญ

หน้า

คำนำ 3

บทคัดย่อ 5

Abstract 7

สารบัญ 9

บทที่ 1 บทนำ 15

1. วัตถุประสงค์ของงานวิจัย ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา 15
2. วิธีการวิจัย 25
3. คำถามวิจัย 25
4. สมมติฐาน 26
5. ขอบเขตการศึกษา 28
6. ประโยชน์ที่คาดว่าได้รับ 30
7. เค้าโครงงานวิจัย 31

บทที่ 2 การปะทะกันระหว่างความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบธรรม: ฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล 35

1. ลักษณะเบื้องต้นของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล: จากความพยายามค้นหาทฤษฎีที่มีร่วมกันไปสู่ปริมณฑล “การเมือง” และ “กฎหมาย” ที่มีร่วมกัน 36

2. เหตุผลที่ศาลต้องปฏิเสธไม่เข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล 46
3. เหตุผลที่สนับสนุนให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล 49
4. การปะทะกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาลในฐานะคุณค่าที่ศาลต้องเลือก 53

บทที่ 3 ความไม่สอดคล้องระหว่างแนวคิดของนักวิชาการและคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล: ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม 57

1. วิธีการศึกษากฎหมายแบบปทัสถานนิยม: รูปแบบการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลกระแสหลักในประเทศไทย 58
2. คำวินิจฉัยของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล 64
   2.1 คำพิพากษาของศาลก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 66
      2.1.1 คดีเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา 66
      2.1.2 คดีประกาศสงคราม 67
      2.1.3 คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ไม่ปกติ 68
   2.2 คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 73
      2.2.1 การดำเนินการตามกระบวนการนิติบัญญัติ 74
      2.2.2 การยุบสภาผู้แทนราษฎร และการเลือกตั้ง 76

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 84
2.2.4 นโยบายของรัฐบาล 89
2.2.5 การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว 94
3. จากปฏิสัมพันธ์ระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ “ความชอบธรรม” ไปสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติ: ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม 96
4. สรุป 109

บทที่ 4 ปฏิสัมพันธ์ระหว่างฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลผ่านม่านประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ: นำเสนอมุมมองใหม่ผ่านกรณีศึกษาจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส 113
1. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล: ภูมิทัศน์ของดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมือง 115
1.1 สหราชอาณาจักร: พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งสะท้อนประวัติศาสตร์ความร่วมมือระหว่างศาลกับรัฐสภาเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร 115
1.1.1 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก่อนเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ 120
1.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ 124
1.2 ฝรั่งเศส: Acte de gouvernement ในฐานะสิ่งสะท้อนพื้นที่พิเศษของฝ่ายบริหารที่ไม่อาจถูกแตะต้องโดยอำนาจตุลาการ 131

1.2.1 ทัศนะเชิงลบต่อศาลปาเลอร์มองและอิทธิพลจากแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu กับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลในช่วงแรก 133
1.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลนับแต่สงครามโลกครั้งที่สอง 138
2. ความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล: ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชน 141
2.1 สหราชอาณาจักร: พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งหลงเหลือทางประวัติศาสตร์ของภัยต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากแนวคิด “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” 142
2.2 ฝรั่งเศส: “มติมหาชน” ในฐานะฐานแห่งความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล 146
3. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล 150
3.1 ศาลอังกฤษกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ 150
3.1.1 คำวินิจฉัยของศาลก่อนคดี GCHQ 155
3.1.2 คำวินิจฉัยของศาลนับแต่คดี GCHQ 157
3.2 คำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส 171
3.2.1 ความเป็นมาในการวางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาล 172
3.2.2 คำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสภายหลัง ค.ศ. 1875 177

4. บทสรุปจากกรณีศึกษาในสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส: มุมมองใหม่ของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลภายใต้วิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny 186

บทที่ 5 บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ 193

1. ปัจจัยเชิงโครงสร้างทางกฎหมาย และปัจจัยทางการเมืองและสังคมที่เป็นอัตลักษณ์ของระบบกฎหมายไทยที่มีอิทธิพลต่อแนวทางการตีความการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย 196
   1.1 ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในส่วนที่เชื่อมโยงกับ “อำนาจอันชอบธรรมตามธรรมเนียมดั้งเดิม”: วัฒนธรรมการเคารพเทินทูนองค์พระมหากษัตริย์ 196
   1.2 ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในส่วนที่เชื่อมโยงกับ “ความพยายามธำรงความเป็นรัฐเป็นสมัยใหม่”: ความมั่นคงของชาติ 199
2. ความชอบธรรมของศาลกับการวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีจุดยึดโยงกับประชาชนมากกว่า: บทสรุปและข้อเสนอแนะจาก “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional escalator) ที่สกัดได้จากกรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่อประเทศไทย 203
3. ข้อความส่งท้าย 226

บรรณานุกรม 229

ดัชนี 257

บทที่ 1
บทนำ

1. วัตถุประสงค์ของงานวิจัย ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

งานวิจัยเล่มนี้มุ่งนำเสนอมุมมองใหม่ในการทำความเข้าใจต่อลักษณะพื้นฐานของการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ในประเทศไทย โดยรัฐสภาและศาลไทยสามารถนำผลการวิจัยที่ได้ไปใช้เป็นแนวทางเพื่อปรับปรุงและปรับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญ ณ ปัจจุบัน อย่างไรก็ดี เบื้องต้น จะต้องทำความเข้าใจโดยสังเขปเสียก่อนว่าอะไรคือ “การกระทำทางรัฐบาล” ที่ปรากฏอยู่ในงานวิจัยเล่มนี้

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้น เป็นทฤษฎีกฎหมายที่ถูกพัฒนาขึ้นพร้อมกับการเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่และการบริหารราชการแผ่นดินแบบสมัยใหม่ในตะวันตก ในประเทศฝรั่งเศส ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นที่รู้จักกันในหมู่นักกฎหมายภายใต้ชื่อ l’acte de gouvernement นั้น

เป็นหนึ่งในทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนซึ่งมีความสำคัญต่อการจัดวางกรอบโครงสร้างความสัมพันธ์ทางอำนาจระหว่างสถาบันการเมืองหลักของรัฐโดยเฉพาะระหว่างรัฐสภา รัฐบาล และศาล[1] นักกฎหมายมักอธิบายทฤษฎีดังกล่าวว่าเป็นทฤษฎีซึ่งจำกัดอำนาจของฝ่ายตุลาการที่จะเข้าไปตรวจสอบหรือก้าวก่ายใน “กิจกรรมหรือนโยบายที่มีความสลับซับซ้อนทางการเมือง”[2] เนื่องจากเมื่อเปรียบเทียบกับฝ่ายการเมืองคือรัฐสภาและรัฐบาลแล้ว ฝ่ายตุลาการซึ่งมีบทบาทหลักในการ “ตีความตัวบทกฎหมาย” นั้น “ปราศจากความชำนาญ” เหนือกิจการเหล่านี้[3] นอกเหนือจากประเทศฝรั่งเศสซึ่งใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) แล้ว กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) เองก็ได้มีการพัฒนาหลักการและแนวคิดที่พอเทียบเคียงได้กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสขึ้นมาเช่นกัน[4] กล่าวคือในสหราชอาณาจักร แนวคิดที่คล้ายคลึงกับการกระทำทางรัฐบาลปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจฝ่ายบริหารที่เรียกกันว่า “พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์” (prerogative power)[5] โดยศาลอังกฤษเลือกที่จะจำกัดอำนาจตนเองในการเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

---

1 Gernot Biehler, *Procedures in International Law* (Springer 2008), p 164.

2 Lionel Neville Brown, John Bell, and Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 1998), p 162.

3 Ibid, p 151.

4 Francois Venter, *Constitutional Comparison: Japan, Germany, Canada and South Africa As Constitutional States* (Martinus Nijhoff Publishers 2000), p 111.

5 อ้างอิงคำแปลภาษาไทยจาก บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (นิติธรรม 2538), หน้า 86. Janet McLean and Mark Tushnet, ‘Administrative bureaucracy’ in Mark Tushnet, Thomas Fleiner, and Cheryl Saunders (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (Routledge 2013), p 128.

ของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์บางประการ เช่น การดำเนินนโยบายด้านการสงคราม[6] หลักกฎหมายอังกฤษนั้นมีอิทธิพลอย่างสูงต่อประเทศที่เคยเป็นอาณานิคมในการพัฒนาหลักการซึ่งปฏิเสธอำนาจศาลที่จะก้าวล่วงไปในปริมณฑลทางการเมือง ดังจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายที่เรียกว่า "หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง" (political question doctrine)[7] ซึ่งมีสารัตถะเทียบเคียงได้กับหลักการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสขึ้นในสหรัฐอเมริกา โดยศาลของสหรัฐอเมริกาจะปฏิเสธอำนาจของตนในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมบางประการของรัฐที่เป็นเรื่องการเมืองโดยแท้ อย่าง การแบ่งเขตเลือกตั้ง[8] อนึ่ง เมื่อระบบกฎหมายต่าง ๆ มีแนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธบทบาทของศาลไม่ให้เข้าไปก้าวก่ายกิจการทางการเมืองมีชื่อเรียกที่แตกต่างกัน ดังนั้น **เมื่อคณะผู้วิจัยต้องการสื่อถึงทฤษฎีทั้งหมดข้างต้นซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกันในลักษณะรวมกัน คณะผู้วิจัยจึงขอใช้คำว่า "ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล"**

เมื่อพิจารณาบริบทของประเทศไทย นักวิชาการไทยได้ยืมคำว่า "ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล" ของฝรั่งเศสมาใช้เพื่ออธิบายกิจการทางการเมืองบางประเภทซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ[9] แต่ทฤษฎีดังกล่าวกลับไม่เคยถูกศาลยุติธรรมของไทย

---

6 โปรดดูบทที่ 3

7 อ้างอิงคำแปลภาษาไทยจากจักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, 'หลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา' [2554] วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 17.

8 *Rucho v. Common Cause* 139 S. Ct. 2484 (2019).

9 ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เลือกที่จะใช้คำว่า "การกระทำของรัฐบาล" โปรดดู บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 177.

นำมาปรับใช้ในช่วงเวลาก่อน พ.ศ. 2540 เลย ตรงกันข้าม เมื่อศาลต้องพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาลหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลกลับเลือกใช้นิติวิธีทางแพ่งเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น (โปรดดูบทที่ 3) อย่างไรก็ตาม สิ่งนี้ได้เปลี่ยนไปนับแต่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีส่วนสำคัญยิ่งต่อการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนของไทย เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวได้จัดตั้งศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชน ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ขึ้นมาเป็นครั้งแรก การจัดตั้งศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนขึ้นมานี้มีส่วนสำคัญที่ทำให้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฐานะ “หลักกฎหมายมหาชนที่มีนิติวิธีต่างหากจากหลักกฎหมายแพ่ง” ถูกนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติ[10]

นอกจากนี้ เมื่อประเทศไทยต้องเผชิญกับวิกฤตความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมและฝ่ายเสรีนิยมนับตั้งแต่ พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา จะเห็นได้ว่า มีคดีซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวพันกับนโยบายทางการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลจำนวนมากที่ได้ถูกฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ทฤษฎีการกระทางรัฐบาลได้กลายเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายที่ศาลยกขึ้นมาในบางโอกาสเพื่อพิจารณาขอบเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดีของตน ทั้งนี้ ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลถูกศาลรัฐธรรมนูญอ้างถึงเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ซึ่งเกี่ยวข้องกับเหตุการณ์การผ่านพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยนายกรัฐมนตรีขณะนั้นคือพันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร เพื่อบรรเทาวิกฤติความขัดแย้งทางการเมืองซึ่งก่อตัวมาตั้งแต่ช่วง พ.ศ. 2548

[10] เรื่องเดียวกัน, หน้า 315-319.

ต่อมา เมื่อประเทศไทยประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองสูงสุดก็ได้อาศัยทฤษฎีดังกล่าวเป็นเครื่องมือเพื่อวินิจฉัยขอบอำนาจของตนเหนือข้อตกลงระหว่างประเทศในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 แต่คำสั่งที่เรียกได้ว่ามีผลทำให้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลกลายเป็นที่สนใจในแวดวงวิชาการด้านกฎหมายมหาชนก็คือคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ซึ่งเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกอันเป็นมูลเหตุของเหตุวิกฤติการณ์การเมืองเมื่อ พ.ศ. 2551[11] โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อความขัดแย้งทางการเมืองระหว่างฝ่ายอนุรักษ์นิยมและฝ่ายเสรีนิยมยังคงธำรงอยู่อย่างไม่หยุดหย่อนด้วยแล้ว ศาลโดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงต้องเผชิญกับข้อพิพาทที่สัมพันธ์กับการกระทำทางรัฐบาลอย่างคดีเกี่ยวกับการยุบสภาและการจัดการเลือกตั้งใหม่ใน พ.ศ. 2557 หรือในบางข้อพิพาท เช่น ข้อพิพาทอันสืบเนื่องจากการที่รัฐบาลของพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชาถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2562 ศาลรัฐธรรมนูญก็เลือกที่จะยกหลักการกระทำทางรัฐบาลขึ้นเพื่อวินิจฉัยผลแห่งคดีโดยตรง

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นข้างต้นทำให้การศึกษากฎหมายมหาชนในประเทศไทยไม่อาจปฏิเสธทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้อีกต่อไป เหตุดังกล่าวยังส่งผลให้นับตั้งแต่ พ.ศ. 2551 เป็นต้นมา จำนวนผลงานวิชาการที่มุ่งวิเคราะห์หลักการกระทำทางรัฐบาลก็มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็นทฤษฎีที่รับมาจากต่างประเทศและเพิ่งได้รับความสนใจเป็นวงกว้างในช่วงเวลาไม่ถึง

---

[11] จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, ‘หลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา’, หน้า 20-21.

20 ปีที่ผ่านมา องค์ความรู้ในประเด็นดังกล่าวจึงยังคงจำเป็นต้องได้รับการพัฒนาต่อยอดอยู่

นอกจากนี้ หากพิจารณาตำราหรือคำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองหลาย ๆ เล่มจะเห็นว่า บรรดานักวิชาการสาขากฎหมายมหาชนของไทยต่างยอมรับตรงกันว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเป็นทฤษฎีพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญประการหนึ่ง โดยบรรดานักวิชาการเหล่านี้มักพยายามอธิบายลักษณะทั่วไปของการกระทำทางรัฐบาลไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคิดการแบ่งแยก "หมวกสองใบของฝ่ายบริหาร" ได้แก่ "ฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง" และ "ฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล" เพื่อปูพื้นฐานความเข้าใจในทฤษฎีดังกล่าวให้แก่ผู้อ่านและผู้เรียน[12] ขณะเดียวกัน นอกเหนือจากการค้นคว้าตำราและคำอธิบายกฎหมายที่ได้กล่าวมาแล้ว คณะผู้วิจัยยังได้ค้นพบรายงานวิจัย หนังสือรวมบทวิเคราะห์ วิทยานิพนธ์ และดุษฎีนิพนธ์อีกจำนวนหนึ่งซึ่งมุ่งวิเคราะห์ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระดับที่ลึกซึ้งยิ่งขึ้น คณะผู้วิจัยจะขอยกเฉพาะผลงานเล่มที่สำคัญไว้ ดังต่อไปนี้

(ก) งานวิจัยของรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (ตำแหน่งวิชาการ ณ ขณะนั้น) และคณะเรื่อง "การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย

---

[12] อาทิ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2555), หน้า 315; ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549), หน้า 31; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 177; ปิยบุตร แสงกนกกุล, *พระราชอำนาจองคมนตรี และผู้มีบารมีนอกรัฐธรรมนูญ* (Openbooks 2550), หน้า 75-76; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2554), หน้า 219-221.

สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ" งานวิจัยเล่มนี้มุ่งวิเคราะห์ว่ากิจการของรัฐประเภทใดบ้างที่ไม่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลเนื่องจากจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ผ่านการเปรียบเทียบกับบทเรียนจากต่างประเทศ สุดท้าย รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกรและคณะได้สรุปว่าในประเทศไทย การปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลยังคง "มีความคลุมเครือ" และ "ไม่มีการวางกฎเกณฑ์ใด ๆ ที่ชัดเจน"[13] โดยคณะผู้วิจัยได้เสนอแนะให้รวมศูนย์อำนาจวินิจฉัยว่าอะไรคือกระทำทางรัฐบาลไปยังศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลดังกล่าวเป็นศาลเฉพาะทางกฎหมายมหาชน อีกทั้งคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญยังมีค่าเป็นการตีความรัฐธรรมนูญอันผูกพันองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ[14]

(ข) ผลงานวิชาการสำคัญอีกชิ้นหนึ่งที่วิเคราะห์ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ หนังสือรวมบทวิเคราะห์ "การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย" ซึ่งมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล เป็นบรรณาธิการ หนังสือรวมบทวิเคราะห์เล่มนี้มุ่งวิเคราะห์ว่า คำสั่งศาลปกครองที่ 984/2551 ในคดีปราสาท

---

13 เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, 'การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ' (งานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554), หน้า 232-244.

14 เรื่องเดียวกัน, หน้า 241-243.

พระวิหารนั้นสอดคล้องกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่เพียงใด และเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นั้น ผู้เขียนบทวิเคราะห์ในหนังสือดังกล่าวต่างต้องตอบคำถามหลักสองประการ ได้แก่ “อะไรคือการกระทำทางรัฐบาลที่แท้จริง” และ “ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลจะสามารถถูกปรับใช้กับระบบกฎหมายไทยได้มากน้อยแค่ไหนเพียงใด”[15]

(ค) นอกเหนือจากงานวิจัยของรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร และคณะและหนังสือรวมบทวิเคราะห์ซึ่งมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญเป็นบรรณาธิการแล้ว ยังมีวิทยานิพนธ์และดุษฎีนิพนธ์อีกจำนวนหนึ่งซึ่งศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ที่น่าสนใจ ได้แก่ วิทยานิพนธ์ของกัลยา ศิริถาวรวงศ์ เรื่อง “ปัญหาในการกำหนดความหมายและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์ของณัฐพล คำภีระ เรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง” วิทยานิพนธ์ของสุวีร์ ตรียุทธนากุล เรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” และดุษฎีนิพนธ์ของสุชาดา เรืองแสงทองกุล เรื่อง “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล” จุดร่วมของผลงานทั้งสามชิ้น ได้แก่ การศึกษาเกณฑ์บ่งชี้ทางทฤษฎีที่ใช้แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง

---

[15] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ‘บทนำ’ ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552), โดยเฉพาะหน้า 8-10.

ทั้งแง่องค์กร (ฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรี) ลักษณะของการกระทำ (เป็นอำนาจดุลยพินิจ) และฐานของการกระทำ (รัฐธรรมนูญ) ทั้งนี้ งานของณัฐพลและสุชาดาต่างยังสนับสนุนตรงกันให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรสูงสุดที่มีอำนาจวินิจฉัยว่าอะไรเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่นเดียวกับข้อเสนอในงานวิจัยของรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร[16]

จากการศึกษาผลงานวิชาการภาษาไทยข้างต้น คณะผู้วิจัยพบว่าผลงานเหล่านี้ต่างมีรูปแบบวิธีการศึกษากระทำทางรัฐบาลแบบ “ปทัสถานนิยม” (normativism) ทั้งสิ้น กล่าวคือ งานวิชาการที่คณะผู้วิจัยได้ยกตัวอย่างมาต่างพยายามปรับหลักกฎหมายกับข้อเท็จจริงเข้าด้วยกัน เพื่อ “บ่งชี้” ว่ากิจการอะไรบ้างที่เป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล[17] ภายใต้รูปแบบการศึกษาแบบปทัสถานนิยม ผลงานวิชาการที่ได้ยกมาจึงต่างเน้นย้ำตรงกันว่าในการพิจารณาว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลนั้นจะต้องแยก “หมวกของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลซึ่งเป็นงานเชิงนโยบาย”

---

[16] กัลยา ศิริถาวรวงศ์, ‘ปัญหาในการกำหนดความหมายและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง’ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มสาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2557); ณัฐพล คำภีระ, ‘การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง’ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2554), หน้า 162-163; สุชาดา เรืองแสงทองกุล, ‘การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล’ (ดุษฎีนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560), หน้า 270-280; สุวีร์ ตรียุทธนากุล, ‘การกระทำของรัฐบาล’ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538).

[17] Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013), p 36.

ออกจาก “หมวกของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครองซึ่งเป็นงานประจำ” การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจภายใต้หมวกประการแรกและมีฐานอำนาจคือรัฐธรรมนูญไม่ใช่พระราชบัญญัติอันเป็นฐานอำนาจของหมวกประเภทหลัง[18]

คณะผู้วิจัยจึงตั้งคำถามต่อ “ขอบเขตและข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม” โดยเฉพาะประเด็นที่ว่าวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในรูปแบบดังกล่าวนั้น สอดคล้องกับ “แนวโน้ม” (trend) การปรับใช้ในปัจจุบันโดยภาครัฐมากน้อยเพียงใด งานวิจัยฉบับนี้มุ่งแสดงให้เห็นว่ารูปแบบการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมที่เสนอโดยนักวิชาการและการนำหลักดังกล่าวไปปรับใช้ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความไม่สอดคล้องกัน ความไม่สอดคล้องที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมาย (legal uncertainty and inconsistency) นอกจากนี้ งานวิจัยยังมุ่งแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมผ่านปัญหาความไม่สอดคล้องที่ได้กล่าวมา ข้อจำกัดนี้ยังผลให้การปรับใช้แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยมีลักษณะอพลวัตไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนของสภาพการเมืองและสังคมในศตวรรษที่ 21 ด้วยปัญหาที่เกิดขึ้น คณะผู้วิจัยจึงขอนำเสนอมุมมองใหม่ของการกระทำทางรัฐบาลที่สอดคล้องกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยที่แปรเปลี่ยนไปจากอดีต

---

[18] สุชาดา เรืองแสงทองกุล, ‘การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล’, หน้า 270-272.

2. วิธีการวิจัย

ในงานวิจัยฉบับนี้ คณะผู้วิจัยจะใช้ระเบียบวิจัยแบบการวิเคราะห์หลักการและทฤษฎี (doctrinal analysis) โดยจะสกัดฐานความคิดเชิงทฤษฎีเบื้องหลังของการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนปัญหาของกฎหมายไทยและบทเรียนจากต่างประเทศผ่านตำราวิชาการ บทความจากวารสาร และแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวข้อง[19]

3. คำถามวิจัย

งานวิจัยเล่มนี้ต้องการตอบคำถามวิจัยที่สำคัญ 5 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก คณะผู้วิจัยตั้งคำถามว่า***คำอธิบายเชิงทฤษฎีของนักวิชาการไทยต่อการกระทำทางรัฐบาลในปัจจุบันสอดคล้องกับการนำทฤษฎีดังกล่าวไปปรับใช้โดยศาลไทยหรือไม่***

ประการที่สอง หากคำตอบของคำถามวิจัยแรกเป็นไปในเชิงปฏิเสธ คำถามวิจัยสองประการที่สองจึงได้แก่ ***อะไรคือข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม***

---

[19] Terry Hutchinson, 'The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Methods in Reforming the Law' [2015] Erasmus Law Review 1, p 3.

ประการที่สาม เมื่อทราบข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมแล้ว คำถามที่ตามมาก็คือ ***การศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในรูปแบบใหม่ควรมีสารัตถะเช่นใด***

ประการที่สี่ หากตอบคำถามวิจัยแรกไปในเชิงปฏิเสธและสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลผลิตของการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ คำถามวิจัยต่อไปที่ต้องพิจารณา ได้แก่ ***อะไรคือปัจจัยที่ส่งผลทำให้ศาลไทยเลือกเข้าไปวินิจฉัยว่ากิจการใดของรัฐจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลแตกต่างจากเกณฑ์การบ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลของนักวิชาการ***

ประการที่ห้า คำถามวิจัยประการที่สี่นั้นจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับคำถามประการสุดท้ายของงานวิจัย ได้แก่ คำถามที่ว่า***แนวทางการวินิจฉัยว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลของศาลไทยสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 21 หรือไม่เพียงใด***

4. สมมติฐาน

สมมติฐานเบื้องต้นของคณะผู้วิจัยต่อคำถามวิจัยประการแรก คือ เกณฑ์บ่งชี้โดยนักวิชาการและการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลนั้นไม่สอดคล้องกัน สืบเนื่องจากสมมติฐานของคำถามวิจัยแรก คณะผู้วิจัยจึงตั้งสมมติฐานต่อคำถามวิจัยที่สองว่ารูปแบบการศึกษา

แบบปทัสถานนิยมไม่สามารถอธิบายภาพความเป็น “พลวัต” (dynamic) ที่เปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคมในแต่ละช่วงเวลาของการกระทำทางรัฐบาลได้ และยังไม่สามารถช่วยตอบคำถามได้ว่าการตีความการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลสอดคล้องกับวิถีความเป็นไปของสังคมในช่วงเวลานั้น ๆ หรือไม่ ดั้งนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องนำเสนอมุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาล คณะผู้วิจัยตั้งสมมติฐานว่ามุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลนั้นต้องสะท้อนความเป็นพลวัตของการกระทำลักษณะนี้ออกมา อย่างไรก็ดี ปัจจุบันยังคงไม่มีงานวิชาการซึ่งวิเคราะห์การกระทำทางรัฐบาลในลักษณะเดียวกันกับข้อเสนอของคณะผู้วิจัยไม่ว่าจะเป็นงานภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ดังนั้น คณะผู้วิจัยจึงต้องอาศัยพัฒนาการของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลและคำวินิจฉัยของศาลของต่างประเทศ ได้แก่ หลักกฎหมายเรื่อง prerogative power ในสหราชอาณาจักร และ acte de gouvernement ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เพื่อพิสูจน์ว่าอัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลนั้นเกิดจากปฏิสัมพันธ์ในทางประวัติศาสตร์ระหว่างแนวคิดสองประการซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นก็คือ “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ “หลักความชอบธรรม” การกระทำทางรัฐบาลจึงไม่ได้เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายขึ้นมา คณะผู้วิจัยจะอาศัยกรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเพื่อสกัดปัจจัยทั้งในมิติ “ความชอบด้วยกฎหมาย” และมิติ “ความชอบธรรม” ซึ่งกำหนดรูปแบบของการกระทำทางรัฐบาลในบริบททางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกัน นอกเหนือจากที่ปรากฏในงานวิชาการภาษาไทยที่รัฐสภาและศาลไทยอาจพิจารณานำมาปรับใช้เมื่อพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล

5. ขอบเขตการศึกษา

งานวิจัยเล่มนี้ไม่ได้ต้องการศึกษาว่าการกระทำของรัฐประการใดบ้างที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นสิ่งที่งานวิชาการกระแสหลักที่ได้กล่าวไปในส่วนที่ 1 ได้ศึกษาแล้ว ตรงกันข้าม งานวิจัยดังกล่าวมุ่งศึกษาฐานทางทฤษฎีกฎหมายที่อยู่เบื้องหลังทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล โดยคณะผู้วิจัยจะศึกษาปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างเกณฑ์การบ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลเชิงทฤษฎีและการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลที่เกิดขึ้นในประเทศไทย โดยคณะผู้วิจัยจะเน้นไปที่ศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนคือศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยอาศัยปัจจัยที่ทำให้เกิดความไม่สอดคล้องดังกล่าวนี้เป็นฐานเพื่อสกัดมุมมองใหม่ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาล และอาศัยบทเรียนจากต่างประเทศคือสหราชอาณาจักรโดยจะศึกษาเฉพาะระบบกฎหมายอังกฤษ (ซึ่งใช้ในเวลส์ด้วย) ไม่รวมถึงระบบกฎหมายสกอตแลนด์และระบบกฎหมายไอร์แลนด์เหนือ และสาธารณรัฐฝรั่งเศสเพื่อพิสูจน์มุมมองใหม่นั้น สาเหตุที่คณะผู้วิจัยเลือกศึกษาบทเรียนเรื่องการกระทำทางรัฐบาลจากสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสก็เนื่องจาก

(ก) งานวิชาการภาษาไทยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลมักจะเลือกศึกษาและรวบรวมบทเรียนจากทั้งสองประเทศในฐานะตัวอย่างของประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ (สหราชอาณาจักร) และซีวิลลอว์ (ฝรั่งเศส) ซึ่งมีแนวคิดจำกัดอำนาจการตรวจสอบของศาลเหนือการกระทำบางประการของฝ่ายบริหาร[20] ที่พอจะมอบองค์ความรู้เกี่ยวกับ

[20] สุชาดา เรืองแสงทองกุล, 'การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล', หน้า 12.

การกระทางรัฐบาลบางประการให้กับประเทศไทยได้[21] อย่างไรก็ดี งานวิชาการที่มีอยู่มักไม่ได้อธิบายเหตุผลเชิงเนื้อหาว่าทำไมผู้เขียนจึงเลือกศึกษาบทเรียนจากทั้งสองประเทศ อีกทั้งคณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นอีกด้วยว่าข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ปรากฏในงานวิชาการของไทยนั้นไม่เพียงพอและไม่ทันต่อเหตุการณ์

(ข) หลักกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสทั้งเรื่อง Prerogative power และ acte de gouvernement ถือว่าเป็นหลักกฎหมายที่มีอัตลักษณ์เป็นของตนเอง กล่าวคือ หลักกฎหมายทั้งสองหลักนั้นเป็นหลักที่ถูกพัฒนาขึ้นภายในระบบกฎหมายทั้งสองระบบเอง ไม่ใช่เป็นหลักกฎหมายที่หยิบยืมมาจากต่างประเทศ หลักกฎหมายทั้งสองจึงเป็นกรณีศึกษาที่ดีที่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่ได้เป็นผลผลิตจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายโดยนักวิชาการ หากแต่เป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ (constitutional change) ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวเป็นฐานของคำตอบของงานวิจัย

---

[21] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, 'การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ', หน้า x; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 'บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล*, หน้า 180.

(ค) หากพิจารณาในเชิงเนื้อหา โครงสร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยนั้นมีลักษณะ “ผสมผสาน” ความคิดเกี่ยวด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศ กล่าวคือ ประเทศไทยนำระบบรัฐสภา (Westminster system) มาใช้ตามแบบสหราชอาณาจักร ทั้งพยายามอธิบายและปรับใช้มุมมองความสัมพันธ์ระหว่างพระมหากษัตริย์ รัฐสภา รัฐบาล และศาลโดยถอดแบบมาจากสหราชอาณาจักร[22] แต่ขณะเดียวกันบุคคลที่มีอิทธิพลอย่างยิ่งในคณะราษฎร ซึ่งนำความคิดเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเข้ามาได้รับอิทธิพลจากทฤษฎีของฝรั่งเศส ทั้งการอธิบายลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลโดยนักกฎหมายไทยก็มีจุดเริ่มต้นมาจากคำอธิบาย acte de gouvernement ของฝรั่งเศส[23]

6. ประโยชน์ที่คาดว่าได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมซึ่งเป็นวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลรูปแบบหลักในปัจจุบัน
2. ทำให้ทราบถึงความจำเป็นที่ต้องนำมุมมองใหม่ในการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้

---

[22] ธงทอง จันทรางศุ, *พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548).

[23] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ‘บทนำ’, หน้า 7-8.

3. เป็นแนวทางเพื่อนำเสนอเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่นอกเหนือจากที่ปรากฏในงานวิชาการภาษาไทยที่รัฐสภาและศาลไทยอาจพิจารณานำมาปรับใช้เมื่อพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล

7. เค้าโครงงานวิจัย

ในบทที่ 2 คณะผู้วิจัยมุ่งแสดงให้เห็นถึงภาพของการปะทะกันระหว่างแนวคิดซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล นั่นก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality) และหลักความชอบธรรม (legitimacy) โดยนำเสนอการปะทะกันระหว่างหลักทั้งสองเพื่อเป็นฐานความคิดในการตอบคำถามทั้งสามประการของงานดังที่ได้กล่าวไปในส่วนที่ 3

จากนั้น ในบทที่ 3 คณะผู้วิจัยจะกลับมาศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในบริบทของกฎหมายไทยเพื่อวิเคราะห์ว่าเกณฑ์บ่งชี้เชิงทฤษฎีว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลโดยนักวิชาการไทยในปัจจุบัน สอดคล้องกับการนำทฤษฎีดังกล่าวไปปรับใช้โดยศาลไทยหรือไม่ คำตอบที่ได้นี้จะช่วยแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม (normativism)

ต่อมา บทที่ 4 จะอาศัยกรณีศึกษาจากต่างประเทศคือสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเพื่อพิสูจน์ว่าแม้แต่ในระบบกฎหมายที่มีทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลที่เป็นอัตลักษณ์ของตนเอง (คือถูกพัฒนาขึ้นภายในทั้งสองระบบกฎหมาย ไม่ใช่เป็นหลักกฎหมายที่หยิบยืมมาจากต่างประเทศ) การกระทำทางรัฐบาลนั้นก็ไม่ได้เป็นผลผลิตจาก

การบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายโดยนักวิชาการ หากแต่เป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยอาศัยผลการศึกษาในส่วนนี้เพื่อนำเสนอวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลที่เชื่อมโยงลักษณะการกระทำรูปแบบนี้เข้ากับประวัติศาสตร์ **โดยการเชื่อมโยงดังกล่าวเป็นรูปแบบวิธีการศึกษากฎหมายในแบบฉบับของ Friedrich Carl von Savigny ผู้เสนอแนวคิดที่ว่า "ธรรมชาติและความเป็นไปแห่งชีวิตของปวงชนที่มีประวัติศาสตร์ร่วมกันหนึ่ง ๆ มีผลจำกัดและกำหนดแนวทางแห่งเนื้อหาของ ... กฎหมายที่ชอบธรรม ... " ("the nature and concrete life of a particular historical people constrained and largely determined the content of ... legitimate law ...")**[24] กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หากอิงตามทฤษฎีของ Savigny แล้ว อัตลักษณ์ของสังคมหนึ่ง ๆ ต่อมุมมองของสถาบันทางสังคมอย่างเช่นศาลมีผลต่อการกระทำทางรัฐบาล ทั้งแนวทางการวินิจฉัยว่าอะไรเป็นการกระทำทางรัฐบาลของศาลควรจะต้องปรับให้สอดคล้องกับโครงสร้างและภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญในแต่ละช่วงเวลาของประวัติศาสตร์ซึ่งสามารถแปรเปลี่ยนไปด้วย[25]

---

[24] Benjamin A. Schupmann, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis* (Oxford University Press 2017), p 8 [emphasis added]; Friedrich Karl von Savigny, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (The Lawbook Exchange 2002), pp 28, 59.

[25] Xenophon Contiades, 'Constitutional Change engineering' in Xenophon Contiades (Ed), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* (Routledge 2012), p 1.

สุดท้าย บทที่ 5 เป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะของงานวิจัย คณะผู้วิจัยจะเชื่อมโยงวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลบนพื้นฐานทฤษฎีของ Savigny เพื่อชี้ให้เห็นถึงปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมภายในที่กำหนดอัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย ก่อนจะวิเคราะห์ว่าแนวทางวินิจฉัยว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลของศาลไทยสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 21 หรือไม่เพียงใด

บทที่ 2

การปะทะกันระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรม: ฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

ในบทที่ 2 นี้ คณะผู้วิจัยมุ่งแสดงให้เห็นถึงปริมณฑลสองประการซึ่งเป็นองค์ประกอบร่วมกันของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันอย่างไรก็ตาม นั่นก็คือ ปริมณฑล “การเมือง” และปริมณฑล “กฎหมาย” โดยปริมณฑล “การเมือง” นั้นเป็นพื้นที่แห่งการเจรจาหรืออภิปรายต่อรองผลประโยชน์บนพื้นฐานความเชื่อและคุณค่าที่แตกต่างกัน[26] ส่วนปริมณฑล “กฎหมาย” เป็นพื้นที่ของการปรับใช้หลักเกณฑ์ที่เป็นภววิสัยในนามของรัฐ[27] คณะผู้วิจัยจะอาศัยปริมณฑลทั้งสองนี้เพื่อนำเสนอให้เห็นถึงภาพของการปะทะกันระหว่างแนวคิดซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ การปะทะกันระหว่างหลัก

---

[26] Hans Kelsen, ‘Science and Politics’ (1951) 45 American Political Science Review 641, p 641.

[27] โปรดดูส่วนที่ 1

ความชอบด้วยกฎหมาย (legality) และหลักความชอบธรรม (legitimacy) หลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นความสอดคล้องระหว่างข้อเท็จจริงกับเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมาย[28] ส่วนหลักความชอบธรรมจะมีขอบเขตกว้างกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย โดยมีความสัมพันธ์กับการยอมต่อการใช้อำนาจ[29]การปะทะกันระหว่างหลักทั้งสองเป็นฐานความคิดสำคัญในการตอบคำถามวิจัยทั้งห้าประการของงานวิจัยฉบับนี้

1. ลักษณะเบื้องต้นของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล: จากความพยายามค้นหาทฤษฎีที่มีร่วมกันสู่ปริมณฑล "การเมือง" และ "กฎหมาย" ที่มีร่วมกัน

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 1 (บทนำ) ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่ปรากฏอยู่ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) และกลุ่มประเทศแองโกล-อเมริกา ในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย นักกฎหมายได้พัฒนา "ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล" (acte de gouvernement) เพื่ออธิบายว่าเป็นทฤษฎีว่าด้วยการกระทำซึ่ง "โดยทั่วไปแล้วไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ" กล่าวคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็น "เรื่องเชิงนโยบาย" และ "ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองคือรัฐสภาและรัฐบาลโดยแท้" ตลอดจนเป็น "การตัดสินใจดำเนินมาตรการเพื่อธำรงไว้ซึ่งอธิปไตยของชาติ" ไม่ใช่ "ภารกิจธุรการประจำวันอันเป็นการดำเนิน

---

[28] David Dyzenhaus, 'The Legitimacy of Legality' (1996) 46 University of Toronto Law Journal 129, pp 130, 138.

[29] โปรดดูส่วนที่ 4

ภารกิจของฝ่ายบริหาร “ในฐานะฝ่ายปกครอง” (acte administratif)”[30]

ในทางทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสสามารถจำแนกออกเป็นสามกลุ่มด้วยกัน ได้แก่ “(ก) กลุ่มการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่น การยุบสภา; (ข) กลุ่มการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (foreign relations); และ (ค) กิจการเกี่ยวกับความมั่นคงและการประกาศสงคราม”[31] หากพิจารณาในภาพที่กว้างขึ้น ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสตั้งอยู่บนแนวคิดใหญ่ที่ว่ากิจกรรมใด ๆ ของฝ่ายบริหารต่างเป็นสิ่งที่ฝ่ายตุลาการไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้ ตรงกันข้าม กลไกการตรวจสอบการดังกล่าวจะต้องกระทำโดยองค์กรของฝ่ายบริหารเองหรือฝ่ายการเมืองด้วยกัน[32] ดังจะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของฝรั่งเศสเลือกที่จะมอบหมายให้องค์กรซึ่งทำหน้าที่ที่ปรึกษาของฝ่ายบริหารที่รู้จักกันในนาม “สภาแห่งรัฐ” หรือ Conseil d’état ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทอันสืบเนื่อง

---

30 วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, ‘แถลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551: ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา’ ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย*, หน้า 154-155; James W. Garner, ‘French Administrative Law’ (1924) 33 Yale Law Journal 597, p 607.

31 George D. Brown, ‘DeGaulle’s Republic and the Rule of Law: Judicial Review and the Conseil d’Etat’ (1966) 46 Boston University Law Review 462, pp 485-486.

32 Ibid.

มาจากการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง[33] แต่หากเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาลแล้ว สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่จะก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสมและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำเชิงนโยบายเหล่านี้มาอย่างยาวนาน โดยเลือกที่จะโอนอ่อนผ่อนตามดุลยพินิจทางการเมืองของฝ่ายบริหารเรื่อยมา[34] ทั้งนี้ องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่คอยตรวจสอบ อนุมัติ หรือปฏิเสธการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ รัฐสภา[35]

เมื่อลองพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American) คณะผู้วิจัยก็ได้กล่าวไปบ้างแล้วว่า ในสหราชอาณาจักรนั้น มีการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยอำนาจของฝ่ายบริหารขึ้นประการหนึ่งที่เรียกว่า “พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์” (prerogative power) พระราชอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจ “โดยแท้” ในทางบริหารซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้เพื่อบริหารกิจการบ้านเมืองแต่ปัจจุบันถูกถ่ายโอนมายังฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) และรัฐบาลสามารถใช้พระราชอำนาจที่แต่เดิมเป็นของพระมหากษัตริย์เหล่านี้ได้เองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา)[36] และยังพบว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในบางกิจการนั้น

---

[33] Jan Malíř, ‘Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ *actes de gouvernement* ve francouzském právu’ [2017] Jurisprudence 3, p 6.

[34] Brown, Bell, and Galabert, *French Administrative Law*, pp 136-137.

[35] เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ‘บทนำ’, หน้า 7.

[36] Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, and Jo Murkens, *Public Law: Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press 2010), pp 344-345; Hilaire Barnett, *Constitutional & Administrative Law* (12th edn, Routledge 2017), pp 111-118.

มีลักษณะเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส เช่น การทำข้อตกลงระหว่างประเทศ หรือการประกาศสงคราม และศาลเองก็ปฏิเสธที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบกิจการเหล่านี้*ในระดับนึง* (ดังที่จะอธิบายให้ละเอียดมากขึ้นในบทที่ 4)[37]

แนวคิดที่ว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์บางประเภทนั้นเป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพและศาลไม่ควรเข้าไปก้าวก่ายมากจนเกินไปในสหราชอาณาจักรยังถูกนำไปปรับใช้ในประเทศอาณานิคม อาทิ แคนาดาและออสเตรเลีย[38] นอกจากนี้ แนวบรรทัดฐานของศาลอังกฤษโบราณในข้อพิพาทคดี Duke of York ยังมีอิทธิพลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายที่ชื่อว่า “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (political question doctrine) ของสหรัฐอเมริกา ข้อพิพาทคดีนี้เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 15 (ค.ศ. 1460) โดยมีมูลเหตุมาจากความพยายามกล่าวอ้างความชอบธรรมในฐานะรัชทายาทผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์เหนือราชบัลลังก์อังกฤษและทรงสิทธิเหนือพระราชอำนาจประเภทต่าง ๆ โดยชนชั้นสูงท่านหนึ่ง[39] อย่างไรก็ดี ศาลอังกฤษได้ยกฟ้องคดีนี้โดยให้เหตุว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้าข่าย “ปัญหาทางการเมือง” (political question)[40]

---

37 *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374, 417-418 [ต่อไปจะเรียกว่าคดี “GCHQ”].

38 Marcella Firmini and Jennifer Smith, ‘The Crown in Canada’ in Peter Oliver, Patrick Macklem, and Nathalie Des Rosiers (eds), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford University Press 2017), ch 6.

39 โปรดดูประกอบ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 182.

40 Ralph J. Bean Jr., ‘The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication?’ in Kermit L. Hall (ed), *The Least Dangerous Branch: Separation of Powers and Court-Packing: The Supreme Court in American Society* (Garland 2000), pp 2-3.

ด้วยอิทธิพลจากบรรทัดฐานดังกล่าว ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกานับตั้งแต่คดี Marbury v Madison[41] เป็นต้นมา ก็ได้สร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายขึ้นมาว่าการดำเนินกิจการของรัฐบางประการภายใต้รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องการเมืองโดยแท้นั้นไม่ควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลฎีกา หากแต่ควรอยู่ภายใต้การตัดสินใจโดยฝ่ายการเมือง[42]

ในเชิงทฤษฎี นักกฎหมายหลาย ๆ ท่านพยายามอธิบายหลักกฎหมายที่เป็นรากฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล หลักกฎหมายที่นักกฎหมายมักยกขึ้นมา ได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) ซึ่งอ้างอิงมาจากหนังสือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” (The Spirit of the Laws) ของ Montesquieu[43] ในหนังสือ

---

41 5 US (1 Cranch) 137 (1803); Ibid.

42 โปรดดู; J. Peter Mulhern, ‘In Defense of the Political Question Doctrine’ (1988) 137 University of Pennsylvania Law Review 97, pp 168-169; Louis Henkin, ‘Is There a “Political Question” Doctrine?’ (1976) 85 The Yale Law Journal 597, p 599. ศาลฎีกาในคดี *Baker* โดยผู้พิพากษา Brennan ได้พยายามสร้างเกณฑ์เพื่อที่ใช้บ่งบอกว่ากิจการใดจัดว่าเข้าข่าย “ปัญหาการเมือง” ไว้ ได้แก่ “กิจการที่ตัวบทรัฐธรรมนูญบัญญัติให้อยู่ภายใต้ขอบอำนาจขององค์กรทางการเมือง, กิจการที่ยังปราศจากเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายหรือหลักกฎหมายที่แน่นอนอันจะนำมาปรับใช้เพื่อชี้ขาดข้อพิพาทที่สืบเนื่องมาจากกิจการดังกล่าว, กิจการอันเป็นการตัดสินใจเชิงนโยบาย, ตลอดจนการตัดสินใจเหนือกิจการที่ศาลต้องอาศัยความร่วมมือกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร”. *Baker v Carr* 369 US 186 (1962), 217; โปรดอ้างอิงเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาประกอบ Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2nd edn, Yale University Press 1986), p 184; Jesse H. Choper, ‘The Political Question Doctrine: Suggested Criteria’ (2005) 54 Duke Law Journal 1457, pp 1463-1464; Monica Claes, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution* (Hart 2006), p 57.

43 Karl Loewenstein, ‘The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law’ (1938) 5 The University of Chicago Law Review 566, p 567.

ดังกล่าว Montesquieu ได้แบ่งแยกการใช้อำนาจของผู้ปกครองออกเป็นสามอำนาจ ได้แก่ “อำนาจนิติบัญญัติ” (“the legislative”) “อำนาจบริหารเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของชาติ” (“executes the law of nations”) และ “อำนาจบริหารสิ่งซึ่งขึ้นอยู่กับสิทธิของเอกชน” (“the executive over the things depending on civil right”) ซึ่งเป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนสองฝ่ายขึ้นไปหรือที่เรียกว่า “อำนาจตุลาการ”[44] ที่สำคัญก็คือ ในหนังสือเล่มเดียวกันนี้ได้กล่าวถึงการตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจทั้งสามส่วนเอาไว้ ซึ่งอาจตีความได้ว่า ในกรณีที่การดำเนินนโยบายหรือกิจการต่าง ๆ ของรัฐใดนำไปสู่ความขัดแย้งเชิงนโยบายระหว่างฝ่ายการเมือง (ซึ่งกรณีนี้จะต่างจากกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างปัจเจกชนด้วยกันเอง ซึ่งศาลยุติธรรมต้องเข้ามาตัดสิน) ก็ควรให้ข้อพิพาทนี้อยู่ในอาณัติการตรวจสอบถ่วงดุลของรัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของปวงชน หากศาลเข้ามาก้าวก่ายปริมณฑลดังกล่าว ก็เท่ากับว่าศาลกำลังเข้ามารุกล้ำเขตอำนาจของผู้แทนปวงชน[45]

อย่างไรก็ดี แม้การกระทำทางรัฐบาลมีลักษณะที่สะท้อนแนวคิดพื้นฐานของหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่ก็ไม่ใช่ว่าทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทุกระบบกฎหมายจะมีรากฐานมาจากหลักดังกล่าว ตัวอย่างที่ชัดเจนคือกรณีหลักกฎหมายเรื่องพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในกลุ่มสหราชอาณาจักรและอาณานิคม นักกฎหมายอังกฤษไม่เคยนำหลักทั้งสองที่ได้กล่าวมาข้างต้นมาใช้อธิบายว่าทำไม

---

44 Melvin Richter, *The Politcal Theory of Montesquieu* (Cambridge University Press 1977), p 90; Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, and Harold Samuel Stone (eds), Cambridge University Press 1989), p 156.

45 Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, p 157.

ศาลจึงไม่ควรเข้าไปตรวจสอบพระราชอำนาจบางประเภทที่เป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพ ทั้งต่างยอมรับตรงกันว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักร “หาได้รับรู้ถึงทฤษฎีว่าด้วยรัฐ” ซึ่งกำหนดให้ “รัฐเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากสมาชิกของรัฐและจากเจ้าหน้าที่ที่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ” (“the state as an entity distinct both from its members and from its officers”)[46] ขณะเดียวกัน นักกฎหมายบางท่านยังมีทัศนะด้วยซ้ำไปว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรไม่ได้รับรู้ถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ[47] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ **ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในแต่ละระบบกฎหมายนั้น มีทฤษฎีพื้นฐานเฉพาะเป็นของตน คำถามที่เกิดขึ้นคืออะไรเป็นมูลเหตุที่ทำให้ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในแต่ละระบบกฎหมายนั้นแตกต่างกันไป** คณะผู้วิจัยจะอาศัยกรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเพื่อตอบคำถามนี้ในบทที่ 4 ประเด็นที่คณะผู้วิจัยเน้นย้ำในชั้นนี้ก็คือ **แทนที่จะเริ่มต้นการศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลโดยพยายามเชื่อมโยงกับหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือแนวคิดเรื่องเหตุผลของรัฐ คณะผู้วิจัยจะเริ่มต้นการศึกษาทฤษฎีดังกล่าวด้วยการแสดงให้เห็นถึงจุดร่วมระหว่างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของระบบกฎหมายที่แตกต่างกัน สิ่งนี้จะช่วยให้เห็นถึงการปะทะกันระหว่างแนวคิดที่ปรากฏอยู่ในทฤษฎีที่แตกต่างกันนั้น**

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าลักษณะของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไม่ว่ามีชื่อเรียกว่าอะไรหรือถูกพัฒนาขึ้นภายใต้ระบบกฎหมายแบบใด ต่างเกี่ยวข้องกับการแยกฝ่ายการเมืองคือ

---

46 J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in The Common Law* (Oxford University Press 1996), ch 5; Martin Loughlin, *Idea of Public Law* (Oxford University Press 2003), p 6.

47 Adam Tomkins, *Public Law* (Oxford University Press 2003), pp 33-44.

รัฐสภาและรัฐบาล ออกจากฝ่ายตุลาการคือศาล ทฤษฎีดังกล่าวได้เน้นย้ำถึงพื้นที่พิเศษของฝ่ายการเมือง โดยรัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้การดำเนินกิจการทางการเมืองบางประการ เป็นสิ่งที่ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร “จะต้องร่วมมือกันเพื่อให้กิจการนั้นลุล่วงไปได้” เช่น การเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศ โดยศาลถูก “คาดหวังให้ต้องเคารพไม่ก้าวล่วงดุลยพินิจของทั้งสองฝ่ายนี้”[48] ขณะเดียวกัน พื้นที่ของกิจการของฝ่ายการเมืองนี้ยังสะท้อนภาพความเป็นไปได้ของ “ความขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลที่อาจเกิดขึ้น” เช่น ทั้งสองฝ่ายอาจมีความเห็นไม่ลงรอยกันเกี่ยวกับการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้น หรือทั้งสองฝ่ายอาจมีความเห็นไม่ลงรอยต่อวันและเวลาที่ฝ่ายบริหารตัดสินใจปิดการประชุมรัฐสภาหรือยุบสภาผู้แทนราษฎร[49] เมื่อเกิดข้อพิพาทเช่นนี้ขึ้น ก็มีความเป็นไปได้ที่ศาลหรือองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการอย่างเช่นสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสอาจถูกดึงให้เข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำนั้น ด้วยเหตุนี้ ฝ่ายตุลาการจึงได้กลายเป็นองค์กรที่มีบทบาทกำหนดขอบเขตของทฤษฎีเกี่ยวด้วยการกระทำทางรัฐบาลโดยอาศัยบรรทัดฐานที่เกิดขึ้นเป็นรายคดี ๆ ไป[50] โดยสรุป ภาพที่อยู่คู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลที่คณะผู้วิจัยได้บรรยายมานั้นสะท้อนให้เห็นว่าทฤษฎีนี้ไม่ว่าจะมีชื่อว่าอะไรก็ตามต่างประกอบด้วย “ปริมณฑล” พื้นฐานสองส่วนร่วมกันนั่นก็คือส่วนที่เป็นปริมณฑล “การเมือง” และส่วนที่เป็นปริมณฑล “กฎหมาย”

---

48 Pierre Avril, ‘Political Question in France’ in Nada Mourtada-Sabbah and Bruce E. Cain (eds), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (Lexington Books 2007), p 170.

49 Ibid. นอกจากนี้ โปรดดูข้อพิพาทจากเหตุการณ์ Brexit ในสหราชอาณาจักรในบทที่ 4

50 Mulhern, ‘In Defense of the Political Question Doctrine’, p 99.

ในมุมหนึ่ง คำจำกัดความของคำว่า “การเมือง” (politics) โดย Max Weber ช่วยอธิบายขอบเขตของปริมณฑล “การเมือง” ของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างดียิ่ง การเมืองสำหรับ Weber นั้นเป็นเรื่องของ “การต่อสู้ช่วงชิง” (struggle)[51] เพื่อให้ได้มาซึ่ง “ส่วนแบ่งอำนาจหรืออิทธิพลเหนือการจัดสรรปันส่วนอำนาจ” (“a share of power or for influence on the distribution of power”)[52] เราจะเห็นได้ว่าทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลมีองค์ประกอบที่เป็นพื้นที่ “การเมือง” คือ เป็นพื้นที่ที่กลุ่มผลประโยชน์ซึ่งยึดถือคุณค่า (value) ที่แตกต่างกันเข้ามาถกเถียงต่อรองคุณค่าและผลประโยชน์นั้น เช่น การอภิปรายถกเถียงถึงข้อดีและข้อด้อยของการลงนามเพื่อเข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ๆ หรือการตัดสินใจยุบสภาผู้แทนราษฎรเมื่อเกิดความขัดแย้งเชิงคุณค่า อุดมการณ์หรือผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างรัฐบาลและสภาผู้แทนราษฎร[53]

ในอีกมุมหนึ่ง ปริมณฑล “กฎหมาย” ของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั้น มีความเกี่ยวพันกับลักษณะของกฎหมายตามความคิดของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (legal positivism)

---

51 Andreas Anter, *Max Weber’s Theory of the Modern State* (Palgrave McMillan 2014), p 41.

52 Max Weber, ‘The Profession and Vocation of Politics’ in Max Weber, *Political Writings* (Peter Lassman and Ronald Speirs (eds), Cambridge University Press 1994) p 311.

53 Hans Kelsen, *What Is Justice?: And Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (University of California Press 1957), p 350; Mulhern, ‘In Defense of the Political Question Doctrine’, pp 168-169; Max Weber, ‘Politics as a Vocation’ in Max Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology* (H.H. Gerth and C. Wright Mills (trs), Routledge 2009), p 78.

ในทัศนะของนักคิดสำนักกฎหมายฝ่ายนี้ กฎหมายนั้นเป็น “กลไกการควบคุมทางสังคม” (social control) ที่เป็น “ภววิสัย” (objective)[54] การมีผลใช้บังคับ (validity) ของการกระทำในนามรัฐจึงไม่ได้ขึ้นอยู่กับทัศนคติส่วนบุคคลหรือคุณค่าที่ปัจเจกชนยึดถือ หากแต่ยึดโยงกับตัวบทกฎหมายและหลักการเบื้องหลังตัวบทนั้น[55] เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐ การกระทำทางรัฐบาลจึงไม่อาจตัดขาดจาก “กฎหมาย” ได้อย่างเด็ดขาด[56] และในหลาย ๆ โอกาส เมื่อเกิดข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากนโยบายของรัฐบาลและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการซึ่งถูกโยงให้เข้ามาชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำเหล่านั้น ตลอดจนต้องวางบรรทัดฐานว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล ก็ต้องอาศัยการพิจารณาหลักเกณฑ์ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ และถึงการกระทำนั้นจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล องค์กรตุลาการก็ต้องวินิจฉัยด้วยว่าหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ ให้อำนาจแก่ตนในการเยียวยาปัญหาความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำรัฐบาลนั้น

---

54 Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (eds), Clarendon Press 1996), pp 7-10; Lars Vinx, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford University Press 2007), p 10.

55 Choper, 'The Political Question Doctrine', p 1470; Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Max Knight (tr), 5th edn, Law Book Exchange 2008), p 8.

56 Aharon Barak, 'The Role of a Supreme Court in a Democracy' (2002) 53 Hastings Law Journal 1205, pp 53-73; Margit Cohn, 'Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law System' (2011) 59 The American Journal of Comparative Law 675, p 693; Shabtai Rosenne, *The World Court: What It Is and How It Works* (4th edn, Martinus Nijhoff 1989), p 37.

มากน้อยเพียงใด[57]

คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นต่อไปว่า ความเชื่อมโยงระหว่างปริมณฑลการเมืองและกฎหมายข้างต้นเผยให้เห็นถึงการปะทะกันระหว่างแนวคิดสองประการที่ยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรม ทั้งนี้ การปะทะกันระหว่างหลักทั้งสองตั้งอยู่บนมุมมองอันแตกต่างซึ่งมีผลต่อบทบาทของศาลที่จะเข้ามาควบคุมกิจกรรมที่เกี่ยวด้วยนโยบายของรัฐบาลและความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล โดยเหตุผลทั้งสองส่วนเองก็ยึดโยงอยู่กับปริมณฑลการเมืองและปริมณฑลกฎหมายของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล คณะผู้วิจัยจะอาศัยการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องเพื่อนำเสนอเหตุผลเหล่านั้น

2. เหตุผลที่ศาลต้องปฏิเสธไม่เข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนที่ 2 นี้ คณะผู้วิจัยจะทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องเพื่อนำเสนอให้เห็นถึงเหตุผลที่ศาลต้องปฏิเสธไม่เข้ามาตรวจสอบการกระทำของรัฐที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล สำหรับเหตุผลที่นักกฎหมายมักยกขึ้นมาย้ำเตือนให้ศาลต้องปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำลักษณะดังกล่าวนั้น อาจจะจำแนกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ได้แก่ เหตุผลเชิงเทคนิคทางกฎหมายและเหตุผลในทางปฏิบัติ[58]

---

[57] B.V. Harris, 'Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy' (2003) 62 Cambridge Law Journal 631, pp 632-633. โปรดดูประกอบกับ G. Michael Parsons, 'Gerrymandering & Justiciability: The Political Question Doctrine After *Rucho v. Common Cause*' 95 Indiana Law Journal 1295, p 1297.

[58] โปรดดูประกอบกับ Cohn, 'Form, Formula and Constitutional Ethos', p 686.

เหตุผลเชิงเทคนิคทางกฎหมายที่ปฏิเสธบทบาทของศาลในการเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกับความคิดแบบสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองของปริมณฑล “กฎหมาย” ของการกระทำทางรัฐบาล นักกฎหมายคนสำคัญผู้ยกเหตุผลทางเทคนิคกฎหมายขึ้นมาเพื่อเน้นย้ำให้ศาลต้องปฏิเสธที่จะเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการเมือง ได้แก่ นักกฎหมายชาวเยอรมันชื่อดังอย่าง Carl Schmitt ซึ่งให้เหตุผลว่าเมื่อหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ คือ “การบอกว่าอะไรคือกฎหมายที่ใช้บังคับในบ้านเมือง” [59] และ “ปรับใช้หลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นพิพาท”แล้ว[60] ดังนั้น หากศาลเข้ามาตรวจสอบ “ดุลยพินิจทางการเมือง” ซึ่งเป็นเรื่อง “การเจรจาต่อรองเพื่อผสานผลประโยชน์” และอาจไม่ได้อิงกับ “มาตรทางกฎหมายที่เป็นภววิสัย” ก็เท่ากับว่าตนกำลังกระทำการเกินขอบอำนาจ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจโดย “ปราศจากฐานอำนาจอันชอบธรรม” (legitimate authority) และยังจะทำให้ศาลนั้นถูกการเมืองครอบงำไปในที่สุด[61]

ในอีกแง่หนึ่ง เหตุผลในทางปฏิบัติของการปฏิเสธบทบาทศาลในการเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลมีรากฐานมาจากความคิดภายใต้

---

59 Herbert Wechsler, ‘Toward Neutral Principles of Constitutional Law’ (1959) 73 Harvard Law Review 1, p 6.

60 Carl Schmitt, ‘The guardian of the constitution: Schmitt’s argument against constitutional review’ in Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015), pp 113-115.

61 Ibid, p 116; Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg (tr), Polity Press 1996), pp 89, 256-259, 271. สำหรับบทวิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายและการเมืองของ Carl Schmitt โปรดอ้างอิง Rawin Leelapatana, ‘The Kelsen-Schmitt Debate and the Use of Emergency Powers in Political Crises in Thailand’ (PhD in law thesis, University of Bristol).

ปริมณฑล “การเมือง” ของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลที่มองว่าการกระทำประเภทดังกล่าวนั้นเกี่ยวข้องกับความแตกต่างหลากหลายทางความคิด ข้อเขียนทางวิชาการของ Carl Schmitt และนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันอย่าง Alexander Bickel ช่วยชี้ให้เห็นเหตุผลแห่งการปฏิเสธบทบาทศาลประการนี้ได้อย่างดียิ่ง โดยนักกฎหมายทั้งสองท่านต่างตั้งข้อสงสัยต่อ “ความชอบธรรม” ของศาลโดยเฉพาะศาลในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยในการพิจารณาปัญหาการเมือง

ทั้ง Schmitt และ Bickel ต่างเห็นตรงกันว่าองค์กรตุลาการนั้น “ไม่ได้เป็นองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน”[62] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ตามความคิดของพวกเขา องค์กรตุลาการ “ไม่มีความเป็นประชาธิปไตยทัดเทียมกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร” ดังนั้น หากศาลเข้าไปก้าวล่วงกิจกรรมที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลนอกจากจะเท่ากับว่าศาลได้เข้าไปทำหน้าที่เป็น “ผู้วางนโยบาย” เสียเองแล้ว ก็ยังเท่ากับเป็นการที่ “องค์กรซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง” เข้าไป “กลับ” การตัดสินใจของฝ่ายการเมืองซึ่งมีที่มาจากประชาชน[63] สิ่งนี้สามารถนำไปสู่ความแตกแยกระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการ เนื่องจากอาจจะทำให้ฝ่ายการเมืองระแวงว่ามติที่ตนได้ลงไปแล้วนั้นอาจถูกศาลเข้ามา “กลับดุลยพินิจ”[64] Bickel ยังอธิบายด้วยว่าศาลนั้น

---

62 Bickel, *The Least Dangerous Branch*, pp 16-23, 36-37; Carl Schmitt, ‘The guardian of the constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution’ in Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution*, pp 149-150.

63 Po Liang Chen and Jordan T. Wada, ‘Can the Japanese Supreme Court Overcome the Political Question Hurdle’ (2017) 26 Washington International Law Journal 349, p 367.

64 Michael J. Glennon, ‘Foreign Affairs and the Political Question Doctrine’ (1989) 83 The American Journal of International Law 814, p 818.

เป็นหนึ่งในสถาบันสังคมเฉกเช่นรัฐสภาและรัฐบาล ดังนั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของตนไว้เสมอ[65] ด้วยเหตุนี้ Bickel จึงสนับสนุนแนวคิดว่าเมื่อการกระทำทางรัฐบาล (Bickel วิเคราะห์ในบริบทของแนวว่าด้วยปัญหาการเมือง) นั้น เป็นสิ่งที่ศาล “ขาดความรู้ความเข้าใจ” หากศาลยังดึงดันเข้าไปตรวจสอบก็อาจนำไปสู่ปฏิกิริยาตอบสนองทางลบจากสังคมหรืออาจจะนำพาให้ตนต้องบาดหมางกับฝ่ายการเมือง[66]

3. เหตุผลที่สนับสนุนให้ศาลเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

จากข้างต้น เราจะเห็นได้ว่าเมื่อศาลมีหน้าที่หลักในการตีความตัวบทกฎหมายและวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมาย ศาลจึงไม่ควรเข้ามาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นเรื่องทางนโยบายการเมืองและคุณค่าอันหลากหลายเนื่องจากประเด็นดังกล่าวไม่อาจถูกจัดการได้ด้วยเครื่องมือทางกฎหมายหากแต่ต้องอาศัยการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ระหว่างกัน[67] อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยจะขอยกกรณีศึกษาหนึ่งขึ้นมาเกี่ยวกับการเจรจาสนธิสัญญาเพื่อทำให้เกิดการทบทวนข้อความเห็นข้างต้นในความเป็นจริง อาจมีความเป็นไปได้ว่าการเจรจาสนธิสัญญาบางประเภทอาจนำไปสู่การยกเลิกสิทธิที่ประชาชนภายในรัฐได้รับประโยชน์ตามกฎหมายจากการที่รัฐที่ตนเป็นพลเมืองเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น

---

65 Martin H. Redish, ‘Judicial Review and the “Political Question”’ (1984-1985) 79 Northwestern University Law Review 1031, p 1032.

66 Chen and Wada, ‘Can the Japanese Supreme Court Overcome the Political Question Hurdle’, p 367.

67 Sandrine Baume, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (John Zvesper (tr), ECPR Press 2012), p 55.

ทั้งยังทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล[68] คำถามที่เกิดขึ้นจากตัวอย่างที่ได้นำเสนอไปก็คือเมื่อตามทฤษฎีกฎหมาย ศาลถูกคาดหวังให้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างฝ่ายการเมืองและทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของบุคคล ศาลจะปฏิเสธไม่ยอมเข้าไปควบคุมตรวจสอบการกระทำดังตัวอย่างข้างต้นโดยสิ้นเชิงเพียงเพราะการกระทำนี้เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจทางการเมืองหรือ ตัวอย่างดังกล่าวทำให้ต้องคิดถึงความเป็นไปได้ว่าในบางกรณี การตัดอำนาจศาลมิให้เข้าไปควบคุมการกระทำทางรัฐบาลโดยสิ้นเชิงนั้นอาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี ดังนั้นจึงมีนักกฎหมายบางส่วนที่พยายามหาเหตุผลสนับสนุนบทบาทของศาลที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำเหล่านี้

นักกฎหมายคนแรกที่คณะผู้วิจัยจำเป็นต้องกล่าวถึง ได้แก่ Hans Kelsen อดีตศาสตราจารย์ชาวออสเตรียผู้นี้แสดงความเห็นแย้งกับ Schmitt เอาไว้ในบทความของเขาชื่อ “ใครควรเป็นผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญ ?” (“Who ought to be the guardian of the constitution? (“Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”)) ตอนหนึ่งว่าคำวินิจฉัยของศาลนั้นมีลักษณะเป็นการสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายใหม่ขึ้นไปในตัว กล่าวคือคำวินิจฉัยของศาลนั้นเป็นผลผลิตจาก “การเลือก” แนวทางการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายหนึ่งจากหลากหลายแนวทางและศาลเองก็ไม่อาจเลี่ยงที่ต้องวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวพันกับประโยชน์สาธารณะซึ่งเป็นเรื่องทางการเมือง[69] ด้วยเหตุนี้ เขาจึงได้อธิบายต่อไปในบทความเดียวกันว่าการเลือกข้างต้นมีลักษณะเป็น “ปัญหาทางการเมืองโดยสภาพ”[70]

---

68 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

69 Hans Kelsen, ‘Who ought to be the guardian of the constitution?: Kelsen’s reply to Schmitt’ in Vinx (ed)(tr), *The Guardian*, p 175.

70 Ibid.

หากเชื่อมโยงความคิดของ Kelsen เข้ากับประเด็นการกระทำทางรัฐบาล วิธีคิดแบบของเขาส่งเสริมให้*ครอบ* "ปริมณฑลการมือง" ของการกระทำดังกล่าวด้วย "มาตรทางกฎหมาย"[71] การส่งเสริมนี้มีรากฐานทางความคิดมาจากความเชื่อมั่นของ Kelsen ต่อองค์กรตุลาการ ซึ่งสำหรับเขา ด้วยสถานะและโครงสร้างที่เป็นกลางจากฝ่ายการเมือง คือ รัฐสภาและรัฐบาล องค์กรตุลาการจึงสามารถช่วยประกันได้ว่ารัฐนั้นจะปกครองภายใต้กฎหมาย[72] ถ้ากลไกทางรัฐธรรมนูญปล่อยปละละเลยให้รัฐบาลใช้อำนาจโดยอ้างหลักการกระทำทางรัฐบาลโดยไม่มีฝ่ายตุลาการเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลไม่ว่าในกรณีใด ๆ เลย ก็ย่อมเปิดโอกาสให้ฝ่ายการเมืองสามารถตัดสินใจดำเนินกิจการหนึ่ง ๆ โดยอ้างอิง "ความสะดวกทางการเมือง" (political expediency) ได้โดยไม่จำต้องสนใจข้อห้ามข้อจำกัดที่กฎหมายกำหนด[73] ดังนั้น ภายใต้วิธีคิดแบบ Kelsen การปฏิเสธบทบาทของศาลในการเข้าไปวินิจฉัยว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล*โดยสิ้นเชิง* เพียงเพราะการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องของดุลยพินิจทางการเมือง จึงเป็นเหตุผลที่ฟังไม่ขึ้น

---

71 Ellen Kennedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar* (Duke University Press 2004), p 162; Ran Hirschl, 'The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide' (2006) 75 Fordham L Rev 721, p 721; Robert Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16 Ratio Juris 433.

72 Hans Kelsen, 'The Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution*, pp 44-45; สำหรับบทวิเคราะห์ทฤษฎีกฎหมายและการเมืองของ Hans Kelsen โปรดอ้างอิง Leelapatana, 'The Kelsen-Schmitt Debate', pp 22-24 ประกอบคำอธิบายในหัวข้อนี้.

73 Kelsen, 'The Nature', p 72; David Dyzenhaus, 'The compulsion of legality' in Victor V. Ramraj (ed), *Emergencies and the Limits of Legality* (Cambridge University Press 2008), pp 37-38.

นอกจากวิธีคิดแบบ Kelsen นักกฎหมายอีกท่านที่สนับสนุนให้ศาลเข้าไปมีบทบาทตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ Martin Redish นักกฎหมายท่านนี้ได้เขียนบทความโต้แย้งข้อเขียนของ Bickel ซึ่งโจมตีลักษณะอันไม่เป็นประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการ โดย Redish ได้แสดงความเห็นไว้ว่า หากไม่ให้ศาลเข้าไปตรวจสอบฝ่ายการเมืองได้โดยสิ้นเชิงแล้ว ก็จะทำให้ฝ่ายการเมืองกลายเป็น “ผู้วินิจฉัยชี้ขาดสูงสุดต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของตนเอง” (“the final arbiter of the constitutionality of their own actions”)[74] สภาวะที่ได้กล่าวมาเป็นสิ่งที่บั่นทอนคุณภาพของประชาธิปไตย[75] นอกจาก Kelsen และ Redish นักวิชาการอีกท่านคือ Michael Glennon ยังเสริมด้วยว่ายิ่งในระบบการเมืองที่ฝ่ายบริหารสามารถควบคุมเสียงข้างมากในรัฐสภาได้อย่างเด็ดขาดแล้ว ความเป็นไปได้ของสภาวะข้างต้นก็จะยิ่งเพิ่มมากขึ้นกว่าเดิม[76] ซ้ำร้ายไปกว่านั้น ยิ่งหากการตัดสินใจทางการเมืองมีผลลิดรอนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนแล้ว ถ้าศาลไม่เข้ามาควบคุมการกระทำทางการเมืองเลย ก็เท่ากับว่าศาลละเลยที่จะทำหน้าที่ผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน[77]

---

74 Redish, ‘Judicial Review and the “Political Question”’, pp 1045-1046, 1061.

75 Ibid, p 1060.

76 Glennon, ‘Foreign Affairs and the Political Question Doctrine’, p 819.

77 Choper, ‘The Political Question Doctrine’, p 1466.

4. การปะทะกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาลในฐานะคุณค่าที่ศาลต้องเลือก

การทบทวนวรรณกรรมในส่วนที่ 2 และ 3 ข้างต้นแสดงให้เห็นถึงการปะทะกันระหว่างแนวคิดสองประการซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ในมุมหนึ่ง เราสามารถสรุปได้ว่าการปฏิเสธอำนาจศาลที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยสิ้นเชิงนั้นอาจส่งผลให้รัฐบาลใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยอ้าง “ความสะดวกทางการเมือง” จนมีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน[78] เป้าหมายในการสร้าง “รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด” (limited government) นี้สะท้อนให้เห็นถึงฐานความคิดซึ่งสนับสนุนบทบาทของศาลในการเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล นั่นก็คือ “ความชอบด้วยกฎหมาย” (legality)[79] หากอ้างอิงตามคำอธิบายของ Max Weber ความชอบด้วยกฎหมายนั้นเกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยว่าการกระทำหนึ่ง ๆ รวมถึงการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ “สอดคล้อง” กับ “เกณฑ์อย่างเป็นทางการที่กำหนดไว้โดยตัวบทกฎหมาย” หรือไม่[80] หากสอดคล้อง การใช้อำนาจดังกล่าวก็จะ “มีผลใช้บังคับ” (validity)[81] ด้วยเหตุนี้เอง ความชอบด้วยกฎหมายจึงเกี่ยวข้องกับ “กระบวนการ”

---

78 Louis Henkin, ‘Lexical Priority or “Political Question”: A Response’ (1987) 101 Harvard Law Review 524, pp 529-530.

79 Ibid.

80 Max Weber, *Economy and Society: Volume I* (Guenther Roth and Claus Wittich (eds), University of California Press 1978), pp 37, 215.

81 Habermas, *Between Facts and Norms*, p 20.

และ “รูปแบบ” มากกว่า “ขอบเขตแห่งเนื้อหา”[82] ดังนั้น ความชอบด้วยกฎหมายจึงมีขอบเขตที่แคบกว่า “ความชอบธรรม” (legitimacy)[83]

ในทางกลับกัน หากศาลเข้ามา “ก้าวก่าย” การกระทำทางรัฐบาลได้อย่างกว้างขวาง ก็เท่ากับว่าฝ่ายตุลาการมิได้ทำหน้าที่ปรับหลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง หากแต่กำลังกระทำการโดยไม่มีฐานอำนาจอันชอบธรรมด้วยการก้าวล่วงปริมณฑลแห่งอำนาจของนักการเมืองซึ่ง (อ้างว่า) เป็นผู้แทนของประชาชน ซึ่งการกระทำลักษณะนี้จะส่งผลให้ศาล “ถูกครอบงำทางการเมือง”ในท้ายที่สุด[84] นอกจากนี้ ในฐานะตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์อันหลากหลาย ฝ่ายการเมืองจึงมีความเหมาะสมที่จะตัดสินปัญหาการเมืองซึ่งเป็นเรื่องเชิงนโยบายมากกว่าศาล ด้วยสถานะและความเหมาะสมของฝ่ายการเมืองที่มีมากกว่าศาลที่ได้กล่าวมา จะเห็นได้ว่าหลักการซึ่งสนับสนุนให้การกระทำทางรัฐบาลอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจึงได้แก่ “หลักความชอบธรรม” โดยความชอบธรรมนั้นประกอบด้วยทั้งมิติภายในและภายนอกองค์กร มิติภายในนั้นว่าด้วย “คุณสมบัติ” ที่อำนวยให้สถาบันการเมืองหนึ่งถูกยอมรับว่ามี “ความคู่ควร” ที่จะกระทำการในนามของรัฐ[85]

---

82 Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Cambridge University Press 2010), p 7.

83 Ibid; Richard H. Fallon Jr., *Law and Legitimacy in the Supreme Court* (Harvard University Press 2018), p 21.

84 Wallace Mendelson, ‘Mr. Justice Douglas and Government by the Judiciary’ (1976) 38 The Journal of Politics 918, p 937.

85 David Beetham, *The Legitimation of Power* (Palgrave Macmillan 1991), p 11.

ส่วนมิติภายนอกเป็นเรื่องของการที่สถาบันการเมืองนั้นถูกยอมรับโดย “สถาบันทางสังคมอื่นๆ” ว่ามี “ความคู่ควรที่จะใช้อำนาจ” (“the recognition of the right to govern”)[86]

เมื่อต้องเผชิญกับข้อพิพาทที่สัมพันธ์กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล องค์กรตุลาการจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้อง “เลือก” ว่าในข้อพิพาทนั้น ตนจะต้องให้น้ำหนักกับทฤษฎีใดมากกว่ากัน[87] แน่นอน การตัดสินใจดังกล่าวเป็น “การตัดสินใจเชิงคุณค่า” อันส่งผลให้การตัดสินใจนั้นกลายเป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพ ศาลไทยเองก็ไม่อาจหลีกเลี่ยงการตัดสินใจที่ได้กล่าวมานี้ได้ ในบทถัดไป (บทที่ 3) คณะผู้วิจัยจะโยงการปะทะกันที่ได้กล่าวมานี้กลับเข้ามาที่บริบทของไทย โดยจะแสดงให้เห็นว่านักวิชาการไทยได้นำเสนอเกณฑ์บ่งชี้และแนวทางเพื่อจัดการกับการปะทะกันระหว่างแนวคิดที่ยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาลทั้งสองอย่างไร ที่สำคัญก็คือ แล้วเกณฑ์บ่งชี้เหล่านั้นถูกศาลซึ่งเป็นองค์กรที่ต้อง “เลือก” ระหว่างคุณค่าทั้งสองเมื่อวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนำไปใช้อย่างไร สอดคล้องกับเกณฑ์บ่งชี้ของนักวิชาการหรือไม่ และอะไรเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการวินิจฉัยของศาล

---

[86] Jean-Marc Coicaud, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility* (Cambridge University Press 2002), p 10.

[87] Jackson A. Myers, ‘Transatlantic Perspectives on the Political Question Doctrine’ (2020) 106 Virginia Law Review 1007, pp 1010, 1030.

บทที่ 3

ความไม่สอดคล้องระหว่างแนวคิดของนักวิชาการและคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล: ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม

ในบทที่ 2 คณะผู้วิจัยได้อาศัยทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นถึงการปะทะกันระหว่างแนวคิดสองประการซึ่งยึดโยงกับการกระทำรูปแบบดังกล่าว นั่นก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรม ในส่วนของหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้น ถือว่าหากไม่ให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบกิจกรรมของรัฐที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยสิ้นเชิง ย่อมเปิดช่องให้ฝ่ายการเมืองสามารถละเลยกฎหมายได้ตามอำเภอใจ ส่วนหลักความชอบธรรมนั้น ถือว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นพื้นที่พิเศษของฝ่ายการเมือง หากศาลเข้ามาก้าวก่ายก็เท่ากับว่าศาลพยายามรุกล้ำพื้นที่ของฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มประโยชน์อันหลากหลาย ฝ่ายการเมืองจึงมีความชอบธรรมมากกว่าศาลเหนือกิจการที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล

ในบทที่ 3 นี้ คณะผู้วิจัยจะหันกลับมาศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในบริบทของกฎหมายไทยเพื่อตอบคำถามวิจัยหลักประการแรกที่ว่า ***คำอธิบายเชิงทฤษฎีของนักวิชาการไทยต่อการกระทำทางรัฐบาลในปัจจุบัน สอดคล้องกับการนำทฤษฎีดังกล่าวไปปรับใช้โดยศาลไทยหรือไม่*** เพื่อตอบคำถามวิจัยนี้ คณะผู้วิจัยจะเริ่มต้นบทโดยแสดงให้เห็นว่านักวิชาการไทยได้เสนอแนวทางที่จะจัดการกับการปะทะกันระหว่างแนวคิดที่ยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาลทั้งสองอย่างไร ตลอดจนสรุปให้เห็นถึงลักษณะของรูปแบบวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลกระแสหลักในประเทศไทยที่คณะผู้วิจัยใช้คำว่า “วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม” (normativism) จากนั้น จึงค่อยศึกษาแนวบรรทัดฐานของศาลไทยในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ก่อนที่จะสรุปคำตอบของคำถามวิจัยประการแรก และยังช่วยให้สามารถตอบคำถามวิจัยประการที่สองว่า ***อะไรคือข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม*** ได้อีกด้วย

1. วิธีการศึกษากฎหมายแบบปทัสถานนิยม: รูปแบบการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลกระแสหลักในประเทศไทย

เบื้องต้น คณะผู้วิจัยได้เกริ่นไปบ้างแล้วว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นทฤษฎีกฎหมายที่นักกฎหมายไทยรับเอามาจากต่างประเทศ (ฝรั่งเศส) เพื่อใช้อธิบายลักษณะและสาระสำคัญของการกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นเรื่องการเมืองโดยสภาพ และศาลจะต้องจำกัดขอบเขตการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำเหล่านั้นในทางปฏิบัติ ในเชิงทฤษฎี นักกฎหมายไทยได้พยายามเชื่อมโยงการกระทำทางรัฐบาลเข้ากับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” โดยมักอธิบายว่าภายใต้

หลักการดังกล่าว รัฐสภา รัฐบาล และศาลจะต้องไม่ใช้อำนาจในลักษณะที่ “ก้าวก่าย” หรือ “ล้ำเส้น” จนเข้าขั้นระดับเป็น “การครอบงำ” หรือ “การก้าวล่วง” อำนาจหน้าที่ของสถาบันอื่นอีกสองสถาบัน ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลช่วยย้ำเตือนไว้ว่ามีปริมณฑลของการใช้อำนาจรัฐบางส่วนที่ *“เป็นความสัมพันธ์ในทางการเมือง[อัน]อยู่นอกเหนือจากอำนาจ [และความชำนาญ] ของฝ่ายตุลาการ [ซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อกฎหมาย]จะเข้าไปก้าวล่วงได้”*[88] หากผู้พิพากษาไม่เคารพทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลแล้ว ก็เท่ากับว่าฝ่ายตุลาการกำลังทำลายหลักดุลและคานอำนาจ (checks and balances)[89]

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่านักวิชาการไทยได้นำเสนอแนวทางเพื่อจัดการกับการปะทะกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงกับการกระทำทางรัฐบาลโดยนำเสนอ “เกณฑ์บ่งชี้” (formula) ซึ่งเป็น “กลุ่มเงื่อนไข” (set of criteria) อันมีลักษณะเป็น “ภววิสัย” (objective) และเป็น “การทั่วไป” (universal)[90] เพื่อบ่งชี้ว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนอธิบายว่าหากการกระทำดังกล่าวมีข้อเท็จจริงที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว องค์กรตุลาการจะมีบทบาทเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้นได้มากน้อยเพียงใด

เบื้องต้น จากการสำรวจผลงานวิชาการภาษาไทย คณะผู้วิจัยพบว่านักวิชาการไทยได้นำเสนอเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลสามเกณฑ์หลัก โดยเกณฑ์ทั้งสามนั้นประกอบด้วยเกณฑ์องค์กร เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ และเกณฑ์ลักษณะแห่งการกระทำ[91]

---

88 เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ‘การกระทำทางรัฐบาล’ [2554] จุลนิติ 62, หน้า 76.

89 จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, ‘หลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา’, หน้า 19-22.

90 Cohn, ‘Form, Formula and Constitutional Ethos’, p 676.

91 สุชาดา เรืองแสงทองกุล, ‘การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล’, หน้า 140-142.

สำหรับเกณฑ์ประการแรก คือ **เกณฑ์องค์กร**นั้น นักวิชาการไทยได้แบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำรูปแบบอื่น ซึ่งการแบ่งแยกดังกล่าวสามารถแบ่งได้เป็นสองมิติด้วยกัน ได้แก่ มิติภายนอกและมิติภายใน *มิติภายนอก*นั้นเกี่ยวข้องกับ "ความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ" นักวิชาการไทยต่างมีความเห็นตรงกันว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่ต้องแยกออกจากทั้งกระบวนการพิจารณาและตรากฎหมายซึ่งเป็นกิจการของฝ่ายนิติบัญญัติและการวินิจฉัยอรรถคดีต่าง ๆ/ ระเบียบวิธีพิจารณาความโดยฝ่ายตุลาการ โดยการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ในปริมณฑลของฝ่ายบริหาร[92] ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลในฐานะการใช้อำนาจบริหารนี้นำไปสู่*มิติภายใน*ของการแบ่งแยกซึ่งว่าด้วยลักษณะของอำนาจบริหาร จะเห็นได้ว่านักวิชาการไทยต่างยึดถือตรงกันถึงแนวคิด "หมวกสองใบของฝ่ายบริหาร"[93] ซึ่งประกอบไปด้วย "หมวกของฝ่ายบริหารในฐานะรัฐบาล" และ "หมวกของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง" การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้หมวกใบแรก กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวเป็น "เรื่องเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายการเมืองหรือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมือง คือ รัฐสภาและรัฐบาล" ไม่ใช่เรื่องของ "การดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบาย" ซึ่งจะอยู่ภายใต้หมวก "ฝ่ายปกครอง"[94]

---

92 เรื่องเดียวกัน, หน้า 140; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 'การกระทำทางรัฐบาล', หน้า 63-64.

93 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 'บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา', หน้า 179.

94 ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*, หน้า 31; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 220-223.

เกณฑ์ประการต่อมาที่นักวิชาการไทยใช้เพื่อบ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ **เกณฑ์ฐานแห่งกระทำ**นักกฎหมายไทยต่างอธิบายตรงกันว่าการกระทำประเภทนี้เป็น “การกระทำโดยคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่มีฐานอำนาจ คือ รัฐธรรมนูญ” เช่น อำนาจในการเจรจาอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาต่าง ๆ ภายใต้หลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนการเจริญสัมพันธไมตรีหรือประกาศสงครามกับต่างประเทศ รวมไปถึงกิจการภายในอย่างการเรียกประชุมรัฐสภา หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น[95] ไม่ใช่ “การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ” ที่จะทำให้สถาบันและบุคคลข้างต้นมีสถานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ฝ่ายปกครอง[96]

ส่วนเกณฑ์ประการสุดท้ายคือ**เกณฑ์ลักษณะแห่งการกระทำ**นั้น นักวิชาการไทยต่างเห็นตรงกันว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร “ที่ไม่อาจมอบให้องค์กรอื่น หรือเอกชนไปดำเนินการแทนได้”[97] ต่างจากการใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นเรื่องของ “งานธุรกิจประจำวันที่ต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง”[98]

หากการกระทำของรัฐอย่างหนึ่งอย่างใดสามารถปรับเข้ากับเกณฑ์ทั้งสามที่กล่าวมาได้ทั้งหมด การกระทำดังกล่าวก็ถือว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล สำหรับกิจการที่นักกฎหมายไทยยอมรับตรงกันว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารตามการปกครอง

---

95 วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, ‘แถลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551’, หน้า 156.

96 เรื่องเดียวกัน.

97 สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น*, หน้า 220.

98 เรื่องเดียวกัน, หน้า 223.

ภายใต้ระบบรัฐสภา เช่น การเรียกประชุมรัฐสภา หรือการยุบสภาผู้แทนราษฎร รวมไปถึงการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่ว่าจะปรากฏในรูปของการเจรจาสนธิสัญญาหรือการประกาศสงครามกับอริราชศัตรู ตลอดจนการกำหนดนโยบายที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศที่ฝ่ายบริหารดำเนินการไปในสถานะ “รัฐบาล”[99] ปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญของประเทศไทยจำนวนหนึ่งนั้นมีบทบัญญัติที่ล้อกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล กฎหมายเหล่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งห้ามนำหลักเกณฑ์การปฏิบัติราชการทางปกครองมาปรับใช้กับกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล[100] นอกจากนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เอง[101]ก็มีบทจำกัดไม่ให้บุคคลที่สิทธิเสรีภาพถูกกระทบกระเทือนใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลบรรเทาปัญหานั้น หากคำร้องดังกล่าวเข้าข่ายเป็น “การกระทำของรัฐบาล” [102]

อย่างไรก็ดี แม้กิจกรรมของรัฐหนึ่ง ๆ จะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งปกติองค์กรตุลาการไม่มีอำนาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบ แต่นักวิชาการไทยจำนวนหนึ่งก็ได้อธิบายต่อไปว่าในบางกรณี รัฐธรรมนูญอาจจะบัญญัติให้ฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัย

---

99 บุญเสริม นาคสาร, ‘ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย’ (*Pub-law.net*, 2550) <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1115> เข้าถึงเมื่อ 28 กันยายน 2563.

100 มาตรา 4

101 มาตรา 47

102 กฎหมายดังกล่าวใช้ถ้อยคำเดียวกับบวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ‘บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา’, หน้า 179.

การกระทำลักษณะดังกล่าวได้เป็นกรณี ๆ ไป[103] เหตุที่ศาลรัฐธรรมนูญมีความเหมาะสมที่จะเข้ามาวินิจฉัยและวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลก็เพราะ “คำวินิจฉัยของศาล[ดังกล่าว]มีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ จึงสามารถวางหลักเกณฑ์ไว้ให้เป็นบรรทัดฐานแก่องค์กรอื่น ๆ ของรัฐว่าสมควรตีความและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญอย่างไร” ทั้งอำนาจตีความรัฐธรรมนูญยังเป็นอำนาจโดยสภาพของศาลรัฐธรรมนูญ[104] และอาจกล่าวได้ว่า **นักวิชาการไทยนั้นมองหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเป็น “หลักทั่วไป” ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งยึดโยงกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็น “ข้อยกเว้น”**

จากข้างต้น คณะผู้วิจัยสามารถสรุปภาพของรูปแบบวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลโดยนักวิชาการไทยได้ดังนี้ เบื้องต้น นักวิชาการไทยมักจะเสนอตรงกันให้ปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้ทั้งสามประการเข้ากับข้อเท็จจริงทั้งปวง หากการกระทำนั้นมีลักษณะเข้าเกณฑ์ข้อบ่งชี้ทั้งสาม กิจการตามข้อเท็จจริงเหล่านั้นต่างก็ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล*เหมือน ๆ กัน* แต่ทั้งนี้ กิจการเหล่านี้ก็มีโอกาสถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้*เหมือน ๆ กัน*ถ้ารัฐธรรมนูญมีบัญญัติเปิดช่องเอาไว้ ในหนังสือของ Croce และ Salvatore รวมถึงหนังสือ Schmitt ผู้เขียนทั้งสามเรียกวิธีการศึกษากฎหมายลักษณะนี้ว่าเป็น**รูปแบบการศึกษากฎหมาย**

---

103 นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง*, หน้า 319; วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, ‘แถลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551’, หน้า 155.

104 เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, ‘การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ’, หน้า 241.

แบบปทัสถานนิยม[105] รูปแบบการศึกษากฎหมายดังกล่าวเป็นวิธีการศึกษากฎหมายของสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองรูปแบบหนึ่ง[106] ซึ่งให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกการกระทำทางข้อเท็จจริงออกจากบรรทัดฐานหรือเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นภววิสัย[107] บรรทัดฐานหรือเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นมีหน้าที่ “ให้ความหมาย” กับข้อเท็จจริงซึ่งปรากฏเบื้องหน้า[108] และทำสิ่งหลังให้มีผลในทางกฎหมาย[109] อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยตั้งคำถามว่าศาลไทยซึ่งเป็นองค์กรผู้มีบทบาทสำคัญในการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั้นยอมผูกพันตนกับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำลักษณะนี้ของนักวิชาการมากน้อยเพียงใด ด้วยคำถามนี้เอง สิ่งที่คณะผู้วิจัยจะศึกษาในลำดับถัดไปจึงได้แก่แนวบรรทัดฐานของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

2. คำวินิจฉัยของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยได้ศึกษาคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล คณะผู้วิจัยจะขอแบ่งคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งเหล่านี้ออกเป็นสองกลุ่มโดยใช้การปฏิรูปการเมืองและรัฐธรรมนูญใน พ.ศ. 2540 เป็นจุดแบ่งโดย *คำพิพากษา*

---

105 Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought* (Joseph W. Bendersky (tr), Praeger 2004), pp 48, 52.

106 Croce and Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, p 36.

107 Ibid.

108 Ibid, pp 36, 82; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg (tr), Harvard University Press 1945), p 45.

109 Hans Kelsen, ‘Causality and Imputation’ (1950) 61 Ethics 1, pp 7-8.

กลุ่มแรก ได้แก่ คำพิพากษาของศาลก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศไทยใช้ระบบ “ศาลเดี่ยว” โดยมีระบบศาลยุติธรรมเพียงระบบเดียวและมีเขตอำนาจเหนือคดีในทางกฎหมายเอกชนและคดีในทางกฎหมายมหาชน อีกทั้งในช่วงเวลาดังกล่าว แนวความคิดของกฎหมายมหาชนในประเทศไทยจะไม่ค่อยมีความชัดเจนมากนัก (ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป) *ส่วนคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลกลุ่มที่สอง* ก็คือ คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นช่วงที่ประเทศไทยใช้ระบบหลายศาลโดยมีการจัดตั้งศาลอื่น ๆ ซึ่งเป็นศาลเฉพาะทางด้านกฎหมายมหาชนควบคู่ไปกับศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองนับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าการจัดตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญมีส่วนทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนรวมถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยถูกแบ่งแยกให้เป็นเอกเทศต่างหากจากปริมณฑลของกฎหมายเอกชนอย่างเด่นชัดมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ นับตั้งแต่ปลาย พ.ศ. 2548 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยังมีผลใช้บังคับ ประเทศไทยยังได้เผชิญกับความแตกแยกทางอุดมการณ์การเมืองจนนำไปสู่ปัญหาวิกฤตการณ์การเมืองไทยอยู่หลายครั้ง ในระหว่างช่วงเวลาดังกล่าวคู่ขัดแย้งทางการเมืองทั้งสองฝ่ายได้ฟ้องร้องคดีความซึ่งเกี่ยวข้องกับประเด็นข้อพิพาททางการเมืองต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองอยู่หลายครั้ง และประเด็นพิพาทที่เกิดขึ้นทำให้ศาลทั้งสองต้องหยิบยกเอาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาประกอบในการทำคำวินิจฉัย

2.1 คำพิพากษาของศาลก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[110]

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น ในช่วงเวลาก่อน พ.ศ. 2540 ประเทศไทยมีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวตัดสินคดีทุกประเภท ที่สำคัญแนวความคิดกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องการกระทำทางรัฐบาลในช่วงก่อน พ.ศ. 2540 นั้น ยังไม่มีความชัดเจนเท่าใดนัก ด้วยเหตุนี้ จึงมีคดีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา เช่น คดีการยุบสภาผู้แทนราษฎร คดีที่เกี่ยวข้องกับการประกาศสงคราม และคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ไม่ปกติ (คดีการใช้อำนาจตามมาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักร) ซึ่งในคดีสองประเภทแรกนั้น **ศาลมักจะหลีกเลี่ยงที่จะพิพากษาคดีดังกล่าวโดยไม่ได้ยกเหตุผลเรื่องการกระทำทางรัฐบาลขึ้นกล่าวอ้าง หากแต่อาศัย "เหตุผลทางเทคนิค" ในการพิจารณาความเพื่อจำหน่ายคดีออกจากสารบบความหรือยกฟ้อง**[111] ส่วนคดีหลังนั้น ศาลได้มีคำพิพากษาโดยให้เหตุผลที่ใกล้เคียงกับแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลมากที่สุด ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.1.1 คดีเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา

ในวันที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2519 หม่อมราชวงศ์คึกฤทธิ์ ปราโมช นายกรัฐมนตรี ณ ขณะนั้น ได้ตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อจัดการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2519 แต่ต่อมาได้มี

---

110 โปรดดูประกอบ บุญเสริม นาคสาร, 'ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย' < http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1115>; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 183-185.

111 เรื่องเดียวกัน.

บุคคลฟ้องร้องต่อศาลว่าการตราพระราชกฤษฎีกาที่ได้กล่าวมานั้นเป็นไปโดยไม่สอดคล้องกับกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 กล่าวคือ การนำร่างพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ขึ้นทูลเกล้า ฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยนั้นไม่ได้ดำเนินการโดยคณะรัฐมนตรี โจทก์จึงขอให้ศาลพิพากษาให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งหลังพระราชกฤษฎีกาตามข้อพิพาทเป็นโมฆะ โดยศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษารับรองเอาไว้ว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ปรากฏว่าในขณะนั้น ได้เกิดรัฐประหารขึ้นถึงสองครั้ง ได้แก่ รัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งมีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ทั้งยังมีผลทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ต้องสิ้นสุดลงตามไปด้วย และอีกครั้งเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 ซึ่งนำไปสู่ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 อันเป็นผลผลิตจากการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับพุทธศักราช 2517 สิ้นผลบังคับใช้แล้ว ศาลฎีกาจึงมีคำสั่งให้ “จำหน่ายคดี” ด้วย “เหตุผลทางเทคนิค” นั่นก็คือ “*เพราะคำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับคดีได้อีกต่อไป*”[112]

2.1.2 คดีการประกาศสงคราม

อีกคำพิพากษาหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลแต่ศาลได้ปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบโดยอ้างเหตุผลอย่างอื่น คือ กรณีการประกาศสงคราม โจทก์ในคดีนี้ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยต่อศาลแพ่ง

[112] คำพิพากษาฎีกาที่ 103/2521.

ว่าการที่รัฐบาลที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้เข้าร่วมกับประเทศญี่ปุ่นและประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตรมีลักษณะเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการดังกล่าวส่งผลทำให้ทรัพย์สินของโจทก์ถูกโจมตีด้วยระเบิดของกองกำลังทหารฝ่ายหลังจนได้รับความเสียหาย แต่ในคดีนี้ ศาลแพ่งได้พิพากษาไม่รับฟ้องของโจทก์โดยให้เหตุผลตามหลักกฎหมายเอกชน (กฎหมายแพ่ง) ว่า "*ผู้ที่จะเป็นคู่ความได้จะต้องมีสภาพบุคคล*" และมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งวางหลักไว้ว่า "*ทบวงการเมืองเป็นนิติบุคคล แต่รัฐบาลไม่ใช่นิติบุคคลตามกฎหมาย*" ในเวลาต่อมา ทั้งศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาต่างก็ได้พิพากษายืนตามศาลแพ่ง[113]

2.1.3 คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ไม่ปกติ

สำหรับประเทศไทยซึ่งประสบกับการทำรัฐประหารอยู่บ่อยครั้งนั้น เมื่อคณะรัฐประหารทำการยึดอำนาจสำเร็จก็มักจะประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่ใช้อยู่และประกาศใช้รัฐธรรมนูญชั่วคราว โดยรัฐธรรมนูญชั่วคราวบางฉบับที่มีการประกาศใช้ก่อน พ.ศ. 2540 เช่น ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 และ พุทธศักราช 2515 นั้น มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจพิเศษแก่นายกรัฐมนตรีบัญญัติไว้ในมาตรา 17 ซึ่งให้อำนาจนายกรัฐมนตรีโดยมติของคณะรัฐมนตรีในการสั่งการหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้ "*ในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักร ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน หรือการกระทำอันเป็นการก่อกวน*

[113] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490.

หรือคุกคามความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือทำลายทรัพยากรของประเทศ หรือเป็นการบั่นทอนสุขภาพอนามัยของประชาชน" และยังบัญญัติด้วยว่า "*ให้ถือว่าคำสั่ง การกระทำ รวมถึงการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวนั้น ชอบด้วยกฎหมาย*"[114]

ทั้งนี้ ในสมัยที่จอมพลถนอม กิตติขจร ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี อำนาจตามมาตรา 17 ข้างต้นได้ถูกใช้เพื่อตั้งคณะกรรมการสอบสวนทรัพย์สินของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ อดีตนายกรัฐมนตรี ซึ่งเสียชีวิตไปเมื่อ พ.ศ. 2506 โดยรัฐบาลที่นำโดยจอมพลถนอมกล่าวหาว่าจอมพลสฤษดิ์นั้นเป็น "ผู้บ่อนทำลายความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร"[115] ต่อมา ท่านผู้หญิงวิจิตรา ธนะรัชต์ ซึ่งเป็นทายาทของฝ่ายหลังและได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจของจอมพลถนอมจึงได้เป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลว่าการบังคับใช้มาตรา 17 ตามข้อเท็จจริงนั้นเป็นไปโดย "ไม่สุจริต" และมีการ "แกล้งกระทำโดยกรรมการสอบสวนเฉพาะบุคคลบางคนที่จะให้ถ้อยคำในทางที่จอมพลสฤษดิ์เบียดบังยักยอกเงินของรัฐ โดยขณะนั้นไม่มีข้อเท็จจริงดังนั้นเลย"[116] อย่างไรก็ดี ศาลได้มีคำพิพากษายกฟ้องโจทก์ โดยให้เหตุผล ดังนี้

> *"...มาตรา 17 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรให้อำนาจนายกรัฐมนตรีที่จะออกคำสั่งหรือกระทำการใด ๆ โดยมติคณะรัฐมนตรี ในเมื่อนายกรัฐมนตรีเห็นสมควรเพื่อประโยชน์ในการระงับหรือปราบปราม*

---

114 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515

115 คำสั่งลงวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2507

116 คำฎีกาของโจทก์ (ท่านผู้หญิงวิจิตรา ธนะรัชต์) ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 494/2510.

การกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความมั่นคงของราชอาณาจักรฯ ***แสดงว่านายกรัฐมนตรีมีอำนาจที่จะวินิจฉัยพฤติการณ์ที่เห็นสมควรใช้มาตรการที่กำหนดไว้การวินิจฉัยว่าคำสั่งหรือการกระทำชอบด้วยมาตรา 17 หรือไม่ อยู่ที่ความเห็นของนายกรัฐมนตรี โดยมติคณะรัฐมนตรีว่าสมควรต้องมีคำสั่งหรือกระทำ มิได้อยู่ที่มีพฤติการณ์บ่อนทำลายจริงหรือไม่*** *นอกจากนี้ เหตุต่าง ๆ ที่โจทก์อ้างมาเพื่อแสดงว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 17 ไม่ถูกต้องนั้นเป็นเรื่องที่โจทก์โต้เถียงข้อเท็จจริงที่โจทก์มีความเห็นไม่ตรงกับผู้ดำเนินการตามมาตรา 17 เท่านั้น ไม่เป็นเหตุพอที่จะให้ศาลวินิจฉัยว่าความเห็นเช่นนั้นมิใช่ความเห็นที่สมควรตามมาตรา 17 และไม่มีพฤติการณ์ที่จะยกขึ้นอ้างและวินิจฉัยว่าคำสั่งและการกระทำที่อ้างมาตรา 17 นั้น ได้กระทำโดยมิชอบด้วยมาตรา 17...”*[117]

ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า การปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในสถานการณ์ไม่ปกตินี้ มีรากฐานความเชื่อหรือกระบวนการทางความคิด (mindset) เช่นเดียวกับการพิพากษายอมรับว่าคำสั่งของคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย ดังเช่นที่ศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษาวางหลักว่า

---

[117] คำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องเดียวกัน. นอกจากนี้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1729/2512 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2573/2519 ยังพิพากษาในทำนองเดียวกัน

"...คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศ ได้เป็นผลสำเร็จหัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมิได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม..."[118]

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้น ศาลจะ "หลีกเลี่ยง" การเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะตามทฤษฎีเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งคณะผู้วิจัยเห็นว่าสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นนี้ค่อนข้างน่าสนใจ เนื่องจากแม้ก่อน พ.ศ. 2540 จะยังไม่มีการจัดตั้งศาลพิเศษอย่างศาลปกครองขึ้นมา แต่ในช่วงเวลานั้นประเทศไทยก็มีคณะกรรมการที่เรียกว่า "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" อันเป็นส่วนหนึ่งของคณะกรรมการกฤษฎีกาตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522[119] โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ซึ่งปัจจุบันอยู่ในขอบเขตของศาลปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์อันสืบเนื่องมาจากเหตุที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ล่าช้าเกินสมควร[120] ประเด็นที่คณะผู้วิจัยให้ความสนใจก็คือพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ได้กำหนดประเภท "เรื่องร้องทุกข์ที่ไม่ให้รับไว้พิจารณา" เอาไว้ โดยหนึ่งในนั้นได้แก่ "เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไป

---

118 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505.

119 มาตรา 4 และมาตรา 6

120 มาตรา 19(2)(ข)

ทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา"[121] เรื่องร้องทุกข์ที่ต้องห้ามมิให้รับไว้พิจารณาลักษณะนี้มีลักษณะสอดคล้องกับกิจการที่ไม่อยู่ในขอบอำนาจพิจารณาของศาลตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลอย่างยิ่ง

ทั้งนี้ แม้จะปรากฏความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่แนวความคิดดังกล่าวก็ไม่ได้มีอิทธิพลต่อทัศนะหรือนิติวิธีของศาล ดังจะเห็นได้ว่าศาลก่อน พ.ศ. 2540 มักจะใช้เหตุผลตามหลักกฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพื่อปฏิเสธไม่รับฟ้องหรือยกฟ้องโจทก์[122] อย่างไรก็ตาม ในคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษของนายกรัฐมนตรีตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลได้มีคำพิพากษาอย่างชัดเจนผ่านการตีความตัวบทธรรมนูญการปกครองว่าการใช้อำนาจดังกล่าวเป็น "พื้นที่" การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่ศาลจะไม่เข้าไปตรวจสอบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเลือกใช้อำนาจตามบทบัญญัติมาตรา 17 ของฝ่ายบริหาร หรือประเด็นเกี่ยวกับมาตรการที่ออกภายใต้การใช้อำนาจตามมาตรา 17[123] แต่ศาลก็ไม่ได้อาศัยเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลสามประการตามที่ได้อธิบายในส่วนที่ 3 เป็นพื้นฐานในการทำคำพิพากษา

---

121 มาตรา 20(1)

122 โปรดอ้างอิงข้อสังเกตของคณะผู้วิจัยในส่วนนี้ประกอบ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 183-189.

123 เรื่องเดียวกัน.

2.2 คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ประเทศไทยก็ได้จัดตั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนขึ้นมานอกเหนือจากศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปอย่างศาลยุติธรรม โดยศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ส่วนศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีหน้าที่และอำนาจตามบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตลอดจนมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและการพิจารณาคดีอื่น ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด บทบัญญัติใหม่ที่ได้กล่าวมานี้ส่งผลให้คดีที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลถูกนำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาจากตัวบทของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเขตอำนาจศาลปกครองในการพิจารณาคดีไว้ในมาตรา 9 ที่สำคัญ คือ การกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจ “*พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ*” ซึ่งหากพิจารณาตามทฤษฎี ถ้าประเด็นที่มีการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองนั้นเป็นกรณีที่

ฝ่ายบริหารใช้อำนาจในฐานะ "รัฐบาล" ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อย่างการเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่การขั้นตอนพิจารณาของรัฐสภา หรือการตราพระราชกำหนด ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวนั้น **"เป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา"** และยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าการนั้น **"ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง"**[124]

ส่วนข้อพิพาทซึ่งถูกฟ้องร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพ ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องเผชิญกับการปะทะกันระหว่างแนวคิดสองประการซึ่งยึดโยงอยู่กับการกระทำทางรัฐบาลนั่นก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรม มากกว่าศาลปกครอง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญอาจเลือกที่จะให้น้ำหนักกับหลักความชอบธรรม และยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเพื่อเลี่ยงไม่เข้าไปวินิจฉัย หรือศาลอาจเลือกให้น้ำหนักกับหลักความชอบธรรมเพื่อเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกิจการที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยสภาพ

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงคำพิพากษาของศาลปกครองและคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งมีคำวินิจฉัยและคำสั่งที่สำคัญ ดังนี้

2.2.1 การดำเนินการตามกระบวนการนิติบัญญัติ

รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจเสนอร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้ เช่นเดียวกับสมาชิก

---

[124] นันทวัฒน์ บรมานันท์, 'บทบรรณาธิการ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 "การกระทำทางรัฐบาล"' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล*, หน้า 151-152.

สภาผู้แทนราษฎร หรือประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง[125] อย่างไรก็ตาม ถ้าหากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน ก็จะต้องให้นายกรัฐมนตรีรับรอง[126] ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ในทางทฤษฎี การเสนอร่างกฎหมายนั้นอยู่ในขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล ถ้าหากมีการฟ้องคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติของคณะรัฐมนตรี หรือเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้น ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่าคดีดังกล่าว**ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง เนื่องจาก "การจัดทำร่างพระราชบัญญัติ การอนุมัติหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือการเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อรัฐสภานั้นเป็นอำนาจโดยเฉพาะของคณะรัฐมนตรีตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญและศาลไม่สามารถกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้"**[127] เช่น ในคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ....[128] หรือกรณีที่ฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการตรา (เสนอร่าง) พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อเวนคืนที่ดินของผู้ถูกฟ้องคดี[129] หรือในกรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติไม่อนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติ[130] และรวมถึงคดีที่เกี่ยวกับกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบและสั่งให้มีการยกร่างพระราชบัญญัติด้วย[131] โดยศาลปกครองได้วางหลักมาตลอดว่า ประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่อง

---

125 มาตรา 142 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

126 มาตรา 142 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

127 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546 : www.krisdika.go.th/data/comment_admincourt/

128 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550.

129 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546.

130 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2551 และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551.

131 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 25/2546.

ที่ตนจะไม่เข้าไปตรวจสอบ เนื่องจากอยู่ภายใต้อาณัติการตรวจสอบทางการเมืองซึ่งดำเนินการโดยรัฐสภา

นอกจากนี้ ยังเคยมีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ซึ่งมีลักษณะเป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวด้วยการเงินและต้องให้นายกรัฐมนตรีรับรองก่อนจึงจะเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภาได้ แต่ปรากฏว่าในกรณีดังกล่าวนั้น นายกรัฐมนตรีกลับไม่ได้ให้คำรับรองและส่งผลทำให้ร่างพระราชบัญญัติข้างต้นไม่สามารถถูกนำเข้าไปสู่การพิจารณาโดยรัฐสภา ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนำไปสู่การร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของนายกรัฐมนตรีตามที่ได้กล่าวมา โดยผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการไม่ให้คำรับรองตามข้อพิพาทมีผลขัดต่อหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้รับรองและคุ้มครอง[132] อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าว แต่ไม่ได้ยกหลักกฎหมายเรื่องการกระทำทางรัฐบาลขึ้น หากแต่ให้เหตุผลว่า *"ผู้ร้องไม่ได้โต้แย้งว่าถูกละเมิดสิทธิตามบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ และผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางอื่นได้อยู่"*[133]

2.2.2 การยุบสภาผู้แทนราษฎร และการเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศไทยนั้นกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะต้องดำเนินการในรูปแบบของการตราพระราชกฤษฎีกา และแม้ว่าศาลปกครองจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาซึ่งตราขึ้นตามพระราชบัญญัติ

---

132 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2554, หน้า 1-2.

133 เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

อันมีสถานะเป็น “กฎ”[134] แต่ถ้าหากเป็นคดีข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นกลไกหรือขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องกระทำเพื่อยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น ตามทฤษฎีย่อมจัดว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และศาลจะต้องวินิจฉัยไม่รับฟ้อง[135]

ข้อพิพาทซึ่งสืบเนื่องมาจากพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรปรากฏขึ้นครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2549 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่วิกฤตการณ์การเมืองในประเทศไทยที่ยังคงค้างคามาจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2564) กำลังเริ่มก่อตัว เนื่องจากกลุ่มฝ่ายอนุรักษ์นิยมและชนชั้นกลางบางส่วนเริ่มรวมตัวชุมนุมเพื่อกดดันให้นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น คือ พันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ลาออก พันตำรวจโททักษิณได้อ้างความจำเป็นในการสร้างความประนีประนอมไม่ให้ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นลุกลามบานปลายเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาตามข้อเท็จจริงนั้นเป็นไปโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลบังคับใช้อยู่ขณะนั้น และในพระราชกฤษฎีกาฉบับเดียวกันก็ได้กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรชุดใหม่ในวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2549[136] อย่างไรก็ดี ฝ่ายต่อต้านรัฐบาลนั้นไม่เห็นด้วยกับการยุบสภาเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งใหม่ และโจมตีว่าการกระทำของนายกรัฐมนตรีนั้นเป็นไปเพื่อรักษาอำนาจ

---

134 มาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

135 มาตรา 116 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ‘การกระทำทางรัฐบาล’, หน้า 73-74.

136 มาตรา 4

ของรัฐบาลที่หมดความชอบธรรมไปแล้ว[137] จนนำไปสู่การฟ้องเป็นคดีความดังต่อไปนี้

คดีแรก เป็นคดีที่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนหนึ่งร้องให้ศาลปกครองเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาข้างต้น โดยอ้างว่าเหตุผลของการตราพระราชกฤษฎีกาที่ว่าการเลือกตั้งมีความจำเป็นเพื่อป้องกันมิให้ปัญหาความขัดแย้งบานปลายจนนำไปสู่ความรุนแรงนั้น ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง เนื่องการชุมนุม ณ เวลานั้นเป็นการใช้สิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ[138] อย่างไรก็ดี ศาลปกครองได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549 ว่าคำฟ้องนี้ไม่อยู่ในอำนาจของตน ทั้งยังได้สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายสำคัญขึ้นไว้ด้วยว่า *"พระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายคือตามพระราชบัญญัติเท่านั้น"*[139]

ส่วน*คดีที่สอง* คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดวันเลือกตั้ง แม้พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จะได้กำหนดวันเลือกตั้งห่างจากวันยุบสภา 35 วัน ซึ่งอยู่ในกรอบเวลา 60 วันตามที่ระบุในตัวบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บังคับใช้อยู่ ณ ขณะนั้น แต่การกำหนดวันดังกล่าวก็เป็นการดำเนินการที่ "ไม่เที่ยงธรรมถึงแม้จะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" เนื่องจาก

---

137 สำหรับรายละเอียดของเหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองในช่วงเวลาดังกล่าว โปรดอ้างอิงประกอบ Tom Lansford (ed), *Political Handbook of the World 2018-2019 Vol 1* (SAGE 2019), p 1571.

138 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549, หน้า 1-2.

139 เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

การกำหนดวันเลือกตั้งในลักษณะตามข้อเท็จจริงส่งผลให้ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งบางส่วนต้องเสียเปรียบ โดยเฉพาะผู้สมัครสังกัดพรรคฝ่ายค้าน รวมถึงผู้สมัครจากพรรคการเมืองขนาดเล็ก[140] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มีขอบเขตกว้างกว่าคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดอย่างชัดเจน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่าศาลมีอำนาจวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับการกำหนดวันเลือกตั้งของรัฐบาล โดยวินิจฉัยว่า

> *"...พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ*
>
> *ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่*
>
> *ส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549*
>
> *บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น* ***การยุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการกระทำของรัฐบาล*** *โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ*

[140] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ในส่วนสรุปข้อเท็จจริง, หน้า 1-4.

ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สอง ***แม้ว่าการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะเป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการการเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง****ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจไว้ และมีกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องดำเนินการในกระบวนการจัดการเลือกตั้งหลายประการ การที่รัฐบาลจะต้องกำหนดวันเลือกตั้งในพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงจำเป็นต้องประสานงานกับคณะกรรมการการเลือกตั้งก่อน ทั้งนี้ เมื่อกำหนดวันเลือกตั้งแล้ว* ***การดำเนินการเกี่ยวกับการควบคุมและดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้ง ก็จะเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง****ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้.....เนื่องจาก****การจัดการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชน****เข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ* ***ดังนั้น หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ....”***[141]

[141] สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 โดยศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 3.

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญข้างต้น จะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญก็ยอมรับว่าการตัดสินใจยุบสภาของรัฐบาลเป็น "การกระทำทางรัฐบาล" ซึ่งเป็นเรื่องกระบวนการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันระหว่างฝ่ายการเมือง ดังเช่นศาลปกครองสูงสุด แต่ในส่วนของการกำหนดวันเลือกตั้งและการดำเนินการจัดการเลือกตั้งนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไปไกลกว่าศาลปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พยายามให้เหตุผลด้วยการชี้ให้เห็นว่าการกำหนดวันเลือกตั้งเป็นอำนาจของรัฐบาลซึ่งต้องมี "*การประสานงานกับคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะต้องดำเนินการจัดการเลือกตั้ง*" และเมื่อเป็นเรื่องเกี่ยวกับ "*อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง*" ศาลรัฐธรรมนูญก็กล่าวอ้างว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้[142] ท้ายที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยว่า "*การกำหนดวันเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ*"[143]

ภายหลังจากเหตุการณ์การยุบสภาข้างต้นอีก 8 ปี ประเทศไทยก็ต้องเผชิญกับเหตุการณ์การชุมนุมต่อต้านรัฐบาลอันนำไปสู่วิกฤตการณ์ทางการเมืองอีกครั้งหนึ่งระหว่าง พ.ศ. 2556 และ พ.ศ. 2557 เช่นเดียวกับใน พ.ศ. 2549 รัฐบาลขณะนั้นซึ่งนำโดยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ได้ตัดสินใจยุบสภาผู้แทนราษฎรและได้ออกพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 กำหนดให้ประชาชนได้มีโอกาสไปใช้สิทธิเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2557 ทั้งนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งได้กำหนดให้พรรคการเมืองต่าง ๆ สามารถดำเนินการยื่นบัญชีรายชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อได้ระหว่างวันที่ 23 และ 27 ธันวาคม พ.ศ. 2557 อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าว เหตุการณ์

142 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 [ฉบับเต็ม], หน้า 7, 10, 21-22.

143 เรื่องเดียวกัน, หน้า 34-35.

การชุมนุมต่อต้านรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ภายใต้ข้อเรียกร้อง “การปฏิรูปประเทศก่อนการเลือกตั้ง” ได้ลุกลามบานปลายจนนำไปสู่เหตุการณ์การปิดล้อมสถานที่สมัครรับเลือกตั้ง รวมถึงเหตุการณ์ความไม่สงบอื่น ๆ อันส่งผลกระทบต่อการจัดการเลือกตั้งให้มีความสุจริตเที่ยงธรรมตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในบางพื้นที่ ดังจะพบว่า ในบางเขตเลือกตั้ง มีผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเพียงผู้เดียว หรือในบางเขตเลือกตั้งก็ไม่อาจดำเนินกระบวนการเปิดให้มีการลงสมัครรับเลือกตั้งได้[144]

ทั้งนี้ คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีหนังสือไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรีและได้เสนอความเห็นว่า ถ้าหากยังจัดการเลือกตั้งต่อไปในขณะที่ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลและผู้ชุมนุมยังคุกรุ่น ก็อาจจะยิ่งเป็นการ “เติมเชื้อไฟ” ให้ความขัดแย้งที่มีอยู่แล้วลุกลามจนเกิดความรุนแรงอื่น ๆ และสภาวะจลาจลได้ แต่คณะรัฐมนตรีก็ยืนยันที่จะจัดการเลือกตั้งตามกำหนดเวลาข้างต้นต่อไป คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า *“ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการรับสมัครเลือกตั้งดังที่ได้กล่าวมา รัฐจะมีอำนาจกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใหม่ได้หรือไม่ และองค์กรใดของรัฐจะเป็นผู้กำหนดวันเลือกตั้งใหม่นั้น”*[145]

ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเนื่องจาก *“เป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใหม่ระหว่างคณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะรัฐมนตรีโดยนายกรัฐมนตรี”*[146] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลได้ให้ความเห็นว่า

144 สรุปข้อเท็จจริงแห่งจริงจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557, หน้า 1-5.

145 เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-5, 14.

146 เรื่องเดียวกัน, หน้า 4-5.

กรณีดังกล่าวเป็น *"ความขัดแย้งของอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด"*[147] อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ยังให้เหตุผลประกอบการยืนยันอำนาจพิจารณาคดีของศาลว่า

> *"การกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557* ***ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีความขัดแย้งและความแตกแยกของชนในชาติอย่างรุนแรง*** *และมีการขัดขวางการสมัครรับเลือกตั้ง การจัดการเลือกตั้งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว* ***ย่อมทำให้การจัดการเลือกตั้งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ"***[148]

สุดท้ายศาลได้วินิจฉัยว่า *"พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 มิได้จัดการให้เป็นการเลือกตั้งวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักร อันเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ..."*[149] คณะผู้วิจัยเห็นว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 นี้มีหลักการหลายประการเป็นอย่างเดียวกันกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าการยุบสภานั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจตน ส่วนการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น

---

147 เรื่องเดียวกัน; มาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

148 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557, หน้า 17 (เน้นโดยคณะผู้วิจัย).

149 เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารและคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตอำนาจของศาลที่จะสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

หลังจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังมีคำวินิจฉัยที่เป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับการกำหนดวันเลือกตั้งอีกเช่นกัน ซึ่งในประเด็นนี้ คณะผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงรายละเอียดและการวิเคราะห์อีกครั้งในบทที่ 5

2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในประเด็นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น นับแต่ พ.ศ. 2550 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งฉบับพุทธศักราช 2550 และฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2560) ได้กำหนดให้การทำหนังสือสัญญาบางประเภท เช่น หนังสือสัญญาที่อาจกระทบต่อเขตแดนหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศไทย จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ทั้งยังกำหนดให้ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าการทำหนังสือสัญญาตามข้อเท็จจริงเป็นการทำหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย[150]

ทั้งนี้ คดีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ก็จะเป็นประเด็นว่าการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ และศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยเฉพาะแต่ประเด็นดังกล่าวเท่านั้น ไม่ได้วินิจฉัยเลยไปถึงเนื้อหาของหนังสือสัญญา หรือ

[150] มาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560)

ดุลพินิจในการทำหนังสือสัญญาของรัฐบาล[151]

นอกจากนี้ คดีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลก็เคยถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองเช่นกัน โดยมักจะเป็นการฟ้องร้องขอให้เพิกถอนการดำเนินการดังกล่าว เช่น การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น แต่ศาลปกครองชั้นต้นกลับมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องโดยได้วินิจฉัยว่าการทำความตกลงที่ได้กล่าวมานั้นมีลักษณะเป็นการดำเนินกิจการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่เรื่องของการใช้อำนาจปกครอง[152] และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดก็ยังคงเลือกที่จะวินิจฉัยยืนตามแนวบรรทัดฐานของศาลปกครองชั้นต้น[153]

อย่างไรก็ตาม ในคดีเกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ซึ่งเกี่ยวข้องกับการยื่นขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก อันเป็นหนึ่งในชนวนที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลและมวลชนกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2551 นั้น ได้มีผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนการลงนามของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ ในท้ายที่สุด ศาลปกครองได้เลือกเข้าไปวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและมีคำสั่งเพิกถอนการลงนามตามที่พิพาท ตลอดจนออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยศาลปกครองได้ให้เหตุผลเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองในคดีนี้ไว้ดังต่อไปนี้

---

151 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563.

152 คดีหมายเลขดำที่ 628/2550 และคดีหมายเลขแดงที่ 504/2550.

153 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550.

"...แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง (คณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ) จะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดนแหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วยการกระทำของรัฐบาลดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย ซึ่งการจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนโดยรวม และจะ***ก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทย*** อีกทั้งแถลงการณ์ร่วมเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครองครอง และรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน รวมถึงแหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติให้คงอยู่สืบต่อไป... ***เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นประชาชนคนไทยเป็นเจ้าของอธิปไตยและเป็นผู้มีสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ***ฟ้องขอให้ศาลปกครองแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็น

*เจ้าหน้าที่ของรัฐและขอให้ศาลเพิกถอนการจัดทำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว....**จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ....”***[154]

จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองได้**อ้างเหตุผลเกี่ยวกับ “ความมั่นคงของชาติ”** โดยยกเหตุว่าแถลงการณ์ร่วมตามที่พิพาทส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนในชาติ และยังไม่ได้ผ่านการให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนหรือให้ข้อมูลแก่ประชาชนตามเงื่อนไขที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ ศาลปกครองจึงเลือกที่จะวินิจฉัยประเด็นพิพาทแม้จะตระหนักอยู่แล้ว (จากคำพิพากษาถ้อยคำสั่งข้างต้น) ว่าการลงนามในแถลงการณ์ร่วมที่พิพาทกันมีลักษณะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” **อย่างไรก็ดี ในข้อพิพาทอื่นๆ ที่เกิดขึ้นภายหลังซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองก็วินิจฉัยตามหลักเดิม คือ เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในอำนาจศาล** เช่น กรณีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ อดีตนายกรัฐมนตรีนำข้อพิพาทเกี่ยวกับปราสาทพระวิหารเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อ พ.ศ. 2554 ซึ่งผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า *“ทำโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและจะนำมาซึ่งความเสียหายแก่ประเทศไทยที่อาจจะทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียดินแดนและผลประโยชน์แห่งชาติ อีกทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหมยังสั่งการให้กองทัพไทยถอนทหารออกจากพื้นที่ตามคำสั่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ส่งผลให้ประชาชนชาวไทยต้องเดินประท้วง”* [155] นั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่รับคำฟ้องโดยให้เหตุผลว่า

---

[154] คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2046-2048/2552, หน้า 37-38 (เน้นโดยคณะผู้วิจัย).

[155] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 595/2555, หน้า 2-3.

"...เป็นคำขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดี (นายกรัฐมนตรี) กระทำการหรือละเว้นกระทำการในกิจการอันเป็นเรื่องของการดำเนินรัฐประศาสนโยบายตามอำนาจหน้าที่ในฐานะฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มิได้เป็นการกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง...."[156]

ในส่วนนี้ เป็นที่เห็นได้ชัดเจนว่าแม้จะเป็นเรื่องการดำเนินนโยบายต่างประเทศของฝ่ายบริหารที่เหมือนกัน และศาลปกครองเองก็ตระหนักดีว่าการทำหนังสือสัญญาดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ศาลก็ให้น้ำหนักกับการกระทำทางรัฐบาลไม่เท่ากัน กล่าวคือ ถ้าหากศาลมองว่าการทำหนังสือสัญญาของรัฐบาลนั้นอาจส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยเหนือเขตแดน ศาลก็จะเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าศาลจะได้แสดงให้เห็นในคำวินิจฉัยว่าศาลตระหนักดีว่ากำลังจะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล แต่ถ้าหากเป็นกรณีอื่นศาลก็จะวินิจฉัยว่าการทำหนังสือสัญญานั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในขอบอำนาจศาลที่จะวินิจฉัยได้ ด้วยเหตุนี้ คณะผู้วิจัยจึงตั้งข้อสังเกตต่อการวางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของนักวิชาการไทยที่ได้กล่าวถึงข้างต้นของบทที่ 3 นี้ ซึ่งมุ่งจะวางหลักเกณฑ์เพื่อกำหนดว่า ถ้าหากการดำเนินการมีลักษณะตามหลักเกณฑ์แล้วจะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลและอยู่นอกอำนาจศาลในทุกกรณี และส่งผลให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าคำวินิจฉัยของศาลไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์นั้น อาจจะไม่เพียงพอต่อการมองเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยในปัจจุบัน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทเรียนจากต่างประเทศซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในบทที่ 4 จะยิ่งพบว่า การวินิจฉัย

156 เรื่องเดียวกัน, หน้า 5-7.

ความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลนั้นมีแนวโน้มที่จะมีขอบเขตกว้างมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าหากการกระทำของฝ่ายการเมืองส่งผลกระทบต่อสิ่งที่ศาลมองว่าเป็นสาระสำคัญหรือเป็นคุณค่าของประชาชนในชาติ (หรือที่ Savigny เรียกว่า "จิตวิญญาณของประชาชาติ")[157] ศาลก็จะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายทันทีเพื่อรักษาสาระสำคัญหรือคุณค่าดังกล่าวไว้

ด้วยเหตุนี้ ในส่วนของประเทศไทย คณะผู้วิจัยจึงจะกล่าวถึงสิ่งที่ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญไทยมองว่าเป็นสาระสำคัญหรือคุณค่าของประชาชนในชาติซึ่งจะส่งผลให้ศาลเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลถ้าหากการกระทำทางรัฐบาลจะกระทบต่อสาระสำคัญหรือคุณค่านั้น โดยจะกล่าวถึงต่อไปในข้อที่ 3 และในบทที่ 5

2.2.4 นโยบายของรัฐบาล

รัฐธรรมนูญของประเทศไทยมักจะกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาก่อนเข้าบริหารราชการแผ่นดิน และนโยบายของรัฐบาลนั้นก็ถือเป็นสิ่งที่อยู่ในดุลพินิจของรัฐบาล ถ้าหากนโยบายดังกล่าวมีข้อบกพร่องหรือไม่เหมาะสมอย่างไร ก็จะต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลทางการเมืองโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีก็มีการนำคดีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาลขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ โดยผู้ร้องมักจะกล่าวอ้างว่าเป็นกรณีที่ทำให้ผู้ร้องนั้นถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ และขอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำนั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็มักจะมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา ในกรณีนี้ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะยกเหตุผลทาง "เทคนิค" เช่น

[157] โปรดดูส่วนที่ 4 ของบทที่ 4.

"คำร้องไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ใช้บังคับอยู่ขณะนั้น" หรือ "ไม่ชอบด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ" แต่ศาลก็จะยกเหตุผลเรื่อง "การกระทำทางรัฐบาล" ขึ้นมาด้วยเช่นกัน เช่น กรณีการร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ซึ่งเข้าบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา[158] ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องโดยให้เหตุผลว่า

> *"...[การ]แถลงนโยบายต่อรัฐสภา ... เป็นเรื่องของการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร (คณะรัฐมนตรี) โดยฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา) ..."*[159]

นอกจากนี้ ยังมีกรณีกลุ่มนักวิชาการและนักศึกษาได้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาลที่นำโดยนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ตลอดจนขอให้ยุติโครงการดังกล่าว ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่า

> *"...กรณีตามคำร้องนี้เป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญยับยั้งหรือยุติโครงการรับจำนำข้าวของรัฐบาล ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับไว้พิจารณาวินิจฉัย..."*[160]

อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเป็นกรณีที่รัฐบาลได้กำหนดนโยบายแล้ว และเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติขึ้น เช่นนี้ การตรากฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามนโยบาย

158 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2554, หน้า 2.

159 เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

160 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 56/2555, หน้า 3.

ของรัฐบาลนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะเข้าไปตรวจสอบได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย เช่น กรณีที่มีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2557 ว่าร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ที่มีการนำเสนอในสมัยรัฐบาลของนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนั้น[161] ถึงแม้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเป็นร่างกฎหมายที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เลือกเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายฉบับนี้ และวินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการลงมติร่างพระราชบัญญัติข้างต้นในรัฐสภา กลับปรากฏเหตุการณ์ที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใช้บัตรแสดงตนและลงมติแทนสมาชิกคนอื่นในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติในประเด็นพิพาท[162] ศาลก็ถือว่าการกระทำดังกล่าวขัดกับหน้าที่พื้นฐานของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่จะ *"ต้องปฏิบัติ[หน้าที่]ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อ**ประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย**"* [163] การละเมิดหน้าที่ที่ได้กล่าวมาด้วยการ "ลงคะแนนเสียงแทนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนอื่น" จึงส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติในประเด็นพิพาทถูกตราขึ้นด้วยกระบวนการที่ไม่สอดคล้องกับตัวบทและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ และทำให้ร่างกฎหมายนี้ต้องตกไปทั้งฉบับ[164]

ทั้งนี้ แม้ว่าตามบรรทัดฐานจากคดีที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายที่ผ่านมาจะปรากฏว่า

---

161 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557.

162 เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

163 เรื่องเดียวกัน, หน้า 36 (เน้นโดยคณะผู้วิจัย).

164 เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-45.

หากศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่ากระบวนการตรากฎหมายใดไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและตกไปทั้งฉบับแล้ว ศาลก็จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปวินิจฉัยต่อถึงเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัตินั้น แต่ในคำวินิจฉัยคดีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ศาลยังได้วินิจฉัยเนื้อหาของร่างกฎหมายนี้ต่อไปด้วย โดยในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัย ศาลได้พิจารณาเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่จะส่งผลให้เกิดการจ่ายเงินแผ่นดินโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นได้บัญญัติให้ *"การจ่ายเงินแผ่นดินจะต้องกระทำตาม (1) กฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย (2) กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ (3) กฎหมายเกี่ยวด้วยการโอนงบประมาณหรือ (4) กฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่เป็นกรณี**<u>**จำเป็นเร่งด่วน**</u>**ก็สามารถจ่ายเงินนั้นไปก่อนได้ แต่ต้องตั้งงบประมาณชดใช้ในปีงบประมาณต่อไป"*[165] ซึ่งร่างกฎหมายให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินที่เสนอโดยรัฐบาลจะส่งผลให้มีการจ่ายเงินแผ่นดินนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในกฎหมาย 4 ประเภทข้างต้น[166] และถ้าหากพิจารณาจากปากคำของพยานที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลแล้วก็จะพบได้ว่าเหตุผลที่รัฐบาลเลือกใช้วิธีการตรากฎหมายตามข้อพิพาทก็เพราะรัฐบาลเห็นว่า *"เป็นเรื่องเร่งด่วนแต่ยังไม่เร่งด่วนถึงขนาดจะต้องตราพระราชกำหนด"* [167] แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาร่างกฎหมายดังกล่าวโดยวินิจฉัยว่า

---

165 มาตรา 169 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

166 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557, หน้า 42.

167 เรื่องเดียวกัน, หน้า 17, 40.

"...เมื่อร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... อนุญาตให้จ่ายเงินแผ่นดินโดยไม่ได้กระทำตามที่อนุญาตไว้ในกฎหมายงบประมาณว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายเกี่ยวด้วยการโอนงบประมาณหรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง ***อีกทั้งมิใช่กรณีจำเป็นเร่งด่วน*** *ร่างพระราชบัญญัตินี้จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ...."*[168]

ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยเห็นว่า เมื่อรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้อำนาจแก่รัฐบาลในการจ่ายเงินแผ่นดินนอกเหนือจากวิธีการที่กฎหมายข้างต้นกำหนดในกรณีจำเป็นเร่งด่วนได้ อำนาจในการตัดสินใจว่าจะใช้วิธีการจ่ายเงินแผ่นดินนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดหรือไม่จึงควรเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจในการวินิจฉัยว่าเรื่องใด "จำเป็นเร่งด่วน" หรือไม่ ควรจะเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาล นอกจากนี้ แม้ว่าคณะผู้วิจัยจะเห็นว่าการวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยแท้ (ซึ่งเพียงพอแล้วที่จะทำให้ร่างพระราชบัญญัติตกไปทั้งฉบับ) แต่การก้าวล่วงไปวินิจฉัยเรื่องความจำเป็นเร่งด่วนที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยไม่มีการให้เหตุผลว่าเป็นไปเพื่อรักษาสาระสำคัญหรือคุณค่าของประชาชนในชาติอย่างไร ก็อาจทำให้การวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวถูกตั้งคำถามเรื่องเขตอำนาจศาลและเรื่องความเหมาะสมได้

---

168 เรื่องเดียวกัน, หน้า 42.

2.2.5 การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว

รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะกำหนดให้คณะรัฐมนตรีจะต้องกล่าวคำถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีต้องกล่าวถ้อยคำว่าอย่างไรบ้าง[169] อย่างไรก็ตาม เมื่อพ.ศ. 2562 ได้มีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการถวายสัตย์ปฏิญาณของคณะรัฐมนตรีในสมัยรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชานั้น ไม่ต้องตรงตามตัวบทของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) จึงมีลักษณะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เหตุดังกล่าวส่งผลต่อเนื่องทำให้การเข้ารับหน้าที่ ตลอดจนการใช้อำนาจต่าง ๆ ของคณะรัฐมนตรีของพลเอกประยุทธ์นั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามไปด้วย[170] โดยความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจเหล่านั้นบางส่วนได้มีผลกระทบสิทธิของผู้ร้อง[171]

อย่างไรก็ตาม หลังจากการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ซึ่งกำหนดให้คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คดีที่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล”[172] สุดท้าย ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้อ้างบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังว่าและมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา[173] โดยให้เหตุผลว่า

---

169 มาตรา 161 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

170 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562, หน้า 1.

171 เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-2.

172 มาตรา 47 (1) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561

173 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562, หน้า 3.

> *"...การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์เป็นการกระทำทางการเมือง (Political Issue) ของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็น* ***องค์กรตามรัฐธรรมนูญฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์เฉพาะกับพระมหากษัตริย์ อันอยู่ในความหมายของการกระทำของรัฐบาล (Act of Government) ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 (1)*** *ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจรับคำร้องไว้พิจารณาได้...."*[174]

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญข้างต้นเป็นกรณีแรกที่ได้มีการกล่าวถึงความสัมพันธ์เฉพาะของฝ่ายบริหารกับพระมหากษัตริย์ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็น "การกระทำทางรัฐบาล" โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ไม่ได้ให้เหตุผลอธิบายว่าการถวายสัตย์ดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเพราะเหตุใด ตลอดจนไม่ได้นำเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้อย่างชัดแจ้ง ซึ่งคณะผู้วิจัยเห็นสอดคล้องกับศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ว่าความจริงแล้ว การถวายสัตย์เป็นขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจน ไม่ใช่การดำเนินการที่ฝ่ายบริหารจะมีดุลพินิจว่าจะดำเนินการอย่างไรก็ได้[175] หากแต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญเลือกจะวินิจฉัยว่าประเด็นดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาล ก็เนื่องจากว่าถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

---

174 เรื่องเดียวกัน, หน้า 3-4.

175 'คำต่อคำ 'วรเจตน์' มองศาลตีตกคำร้องถวายสัตย์ ต้องแยก 'การเมือง-กฎหมาย' ยันสภามีอำนาจเปิดอภิปรายตามม.152' (*Voice Online*, 15 กันยายน 2562) <https://voicetv.co.th/read/Y36N1t5uS> เข้าถึงเมื่อ 7 สิงหาคม 2563.

ก็อาจจะกระทบต่อการใช้พระราชอำนาจ ซึ่งศาลมองว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ถือเป็นสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของชาติและประเทศไทย จึงเลือกที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัยเพราะอาจเกิดความไม่เหมาะสมได้ ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์เนื้อหาของคำวินิจฉัยนี้อย่างละเอียดต่อไปในบทที่ 5

3. จากปฏิสัมพันธ์ระหว่าง "ความชอบด้วยกฎหมาย" และ "ความชอบธรรม" ไปสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติ: ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม

คำพิพากษาและคำวินิจฉัยของศาลไทยที่ได้บรรยายไปในส่วนที่ 2 แสดงให้เห็นว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นเพิ่งเริ่มถูกนำมาปรับใช้โดยศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ "อย่างประจักษ์" ภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2540 เท่านั้น แม้ก่อน พ.ศ. 2540 ประเทศไทยจะปรากฏ "เมล็ดพันธุ์ทางความคิด" เรื่องการกระทำทางรัฐบาลในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 แต่หลักกฎหมายดังกล่าวกลับยังไม่ถูกปรับใช้ในวงกว้าง ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อองค์กรฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลฎีกาต้องพิจารณาคดีความซึ่งเกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาลหรือความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา ศาลก็เลือกที่จะใช้หลักกฎหมายแพ่งและวิธีพิจารณาความแพ่งอย่างหลักกฎหมายเรื่องนิติบุคคลและหลักกฎหมายเรื่องการบังคับคดีมาเป็นฐานในการตัดสิน[176] หรือในคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลยพินิจในกิจการที่เกี่ยวข้องกับภัยต่อความมั่นคงของชาติ ดังเช่นกรณีการใช้อำนาจพิเศษตามธรรมนูญ

[176] โปรดดูประกอบ สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 'การกระทำของรัฐบาล', หน้า 144-145.

การปกครอง ศาลก็เลือกที่จะพิจารณาคดีโดยอ้างอิงถ้อยคำจากตัวบทบัญญัติของธรรมนูญซึ่งมอบ “อภิสิทธิ์ปลอดความรับผิด” (impunity) ให้กับนายกรัฐมนตรี[177]

ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญข้างต้นได้แปรเปลี่ยนไปโดยสิ้นเชิงหลังจากที่ประเทศไทยได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หากพิจารณาในแง่*กฎหมาย* การจัดตั้ง “ศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะ” ขึ้นมาย่อมเท่ากับเป็นการสร้างปริมณฑลเฉพาะให้เกิดการพัฒนานิติวิธีทางกฎหมายมหาชน[178] โดยศาลทั้งสองมีหน้าที่ต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนประการหนึ่งไว้เสมอนั่นก็คือหลักที่ว่า “กฎหมายมหาชนนั้นมีนิติวิธีเฉพาะที่แยกต่างหากจากกฎหมายเอกชน ศาลไม่อาจแทนที่นิติวิธีเฉพาะตามกฎหมายมหาชนด้วยนิติวิธีแบบกฎหมายเอกชน”[179] ปัจจัยดังกล่าวสนับสนุนให้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลถูกนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติ

ขณะเดียวกันในทาง*การเมือง* ก็คงไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวพันกับการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นผลพวงมาจากสภาพปัญหาการแตกแยกทางความคิดระหว่างพลังความคิดแบบอนุรักษ์

---

177 ‘‘ธงชัย วินิจจะกูล’ อภิสิทธิ์ปลอดความผิดเป็นส่วนหนึ่งในวัฒนธรรมและนิติรัฐแบบไทย’ (*Prachatai*, 8 ตุลาคม 2559) <https://prachatai.com/journal/2016/10/68259> เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2563; Tyrell Haberkorn, *In Plain Sight: Impunity and Human Rights in Thailand* (The University of Wisconsin Press 2018), p 65.

178 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550), หน้า 10-13.

179 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3*, หน้า 294-304, 315-333.

นิยมและพลังความคิดแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย ซึ่งทั้งสองขั้วการเมืองต่างผลัดกันขึ้นมามีอำนาจเป็นรัฐบาลระหว่าง พ.ศ. 2550 - 2557 ความขัดแย้งระหว่างทั้งสองฝ่ายมีมูลเหตุมาจากหลากหลายประเด็น ทั้งประเด็นการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ประเด็นการยุบสภาและจัดการเลือกตั้งทั่วไป ทั้งใน พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557, หรือการแถลงนโยบายและการถวายสัตย์ปฏิญาณตนของรัฐบาล ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองได้ถูกดึงเข้ามาเป็น “กรรมการ” ที่ผู้เห็นต่างร้องขอให้วินิจฉัยคดีที่สืบเนื่องจากการเมืองเหล่านี้ ด้วยลักษณะที่เกี่ยวข้องกับการเมืองและความชอบธรรมของรัฐสภาที่จะเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลการกระทำเหล่านี้ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ยิ่งเปิดช่องให้ทฤษฎีถูกนำมาปรับใช้ในการพิจารณาขอบเขตการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล

ทั้งนี้ ปัญหาที่ศาลไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องเผชิญได้ ได้แก่ ปัญหาที่ว่าศาลควรให้น้ำหนักกับมิติความชอบด้วยกฎหมายหรือมิติความชอบธรรมซึ่งยึดโยงกับการกระทำทางรัฐบาลมากกว่ากัน กล่าวคือ ศาลควรโอนอ่อนผ่อนตามฝ่ายการเมืองอย่างกว้างขวางเนื่องจากเป็นองค์กรมีความชอบธรรมเหนือกิจการที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล หรือศาลควรจะต้องพยายามรักษาอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือความขอบด้วยรัฐธรรมนูญของตนเอาไว้ ในหลาย ๆ ครั้ง นักวิชาการมักจะแสดงความไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยที่ออกมา สิ่งนี้เองทำให้จำนวนผลงานวิชาการที่ศึกษาประเด็นการกระทำทางรัฐบาลเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย สภาพดังกล่าวแตกต่างจากช่วงก่อน พ.ศ. 2540 ซึ่งจำนวนผลงานวิชาการภาษาไทยเกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลมีจำนวนจำกัดเป็นอันมาก ทั้งนี้ อาจจะเป็นเพราะในขณะนั้น ยังไม่ปรากฏคำพิพากษาสำคัญ (landmark decisions) ซึ่งศาลนำหลักกฎหมาย

ดังกล่าวมาปรับใช้ในระดับที่กระตุ้นความสนใจในวงวิชาการ สิ่งที่ผลงานเหล่านี้ทำได้มากที่สุดจึงได้แก่การนำเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายเรื่องการกระทำทางรัฐบาลให้ชัดเจนขึ้น เช่น สุวีร์ ตรียุทธนากุล ได้เสนอให้แก้ตัวบทของพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติให้ “เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปทางนโยบายโดยตรงซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภา” เนื่องจาก “ถ้อยคำดังกล่าวทำให้เกิดความสับสนว่าคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อาจไม่มีอำนาจวินิจฉัยกฎหมายลำดับรองหรือคำสั่งทางปกครองที่รัฐบาลออกโดยกล่าวอ้างว่าเป็นผลผลิตของการดำเนินนโยบายของตน”[180]

ในส่วนที่ 1 คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่านักวิชาการไทยมักเลือกศึกษาการกระทำทางรัฐบาลโดยอาศัยวิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม โดยบรรดานักวิชาการไทยต่างพยายามปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้ ได้แก่ เกณฑ์องค์กร เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ และเกณฑ์ลักษณะแห่งการกระทำเพื่ออธิบายว่าอะไรคือการกระทำรูปแบบดังกล่าว รวมถึงเพื่อวิเคราะห์วิจารณ์คำวินิจฉัยและคำสั่งของทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ในมุมหนึ่ง แม้คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองมักถูกบรรดานักวิชาการวิพากษ์วิจารณ์อย่างดุเดือด แต่กระนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าจะไม่มีปรากฏคำวินิจฉัยหรือคำสั่งฉบับใดเลยที่ได้รับการยกย่อง คณะผู้วิจัยพบว่ามีคำสั่งของศาลทั้งสองอยู่สองฉบับซึ่งได้รับคำชื่นชมเป็นวงกว้างจากนักวิชาการว่าศาลได้วินิจฉัยประเด็นพิพาทที่ปรากฏได้สอดคล้องกับหลักวิชา (กล่าวคือ สอดคล้องกับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล) คำสั่งทั้งสองฉบับได้แก่ คำสั่ง

180 สุวีร์ ตรียุทธนากุล, ‘การกระทำของรัฐบาล’, หน้า 148.

ศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549 ซึ่งศาลปกครองถือว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็นพระราชบัญญัติกฤษฎีกาที่ถูกตราขึ้นภายใต้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ) และเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลมิใช่เรื่องของ “กลไกการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ” (เกณฑ์องค์กรประกอบกับเกณฑ์ลักษณะของการกระทำ) [181] และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ซึ่งศาลถือว่าการลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นไม่ใช่เป็นการกระทำทางปกครอง แต่เป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งคณะรัฐมนตรีอาศัย “ฐานอำนาจ” จากตัวบทรัฐธรรมนูญซึ่งบังคับใช้อยู่ ณ ขณะนั้น คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550[182]

ในอีกมุมหนึ่ง เมื่อพิจารณากลุ่มคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ คณะผู้วิจัยพบว่าบทวิเคราะห์วิจารณ์เหล่านี้มักมุ่งตรงไปที่คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ซึ่งเกี่ยวข้องกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการขอขึ้นทะเบียนประสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 ซึ่งเกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของการยุบสภาและการจัดวันเลือกตั้งทั่วไป และคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562 เรื่องการถวายสัตย์ของคณะรัฐมนตรีต่อพระมหากษัตริย์

---

[181] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 3/2549,หน้า 4; วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, ‘แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551’, หน้า 157.

[182] เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, ‘การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ’, หน้า xix.

สำหรับคำสั่งศาลปกครองในข้อพิพาทปราสาทพระวิหาร ซึ่งศาลปกครองได้เลือกเข้าไปวินิจฉัยและมีคำสั่งเพิกถอนการลงนามของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ ตลอดจนออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราว รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และกลุ่มคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน 5 ท่านได้วิจารณ์ว่าคำสั่งของศาลนั้นไม่ถูกต้องตามทฤษฎีและหลักวิชา เนื่องจากหากพิจารณาจากเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้ง 3 ประการ การลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศตามข้อพิพาทเป็น “เรื่องของการดำเนินนโยบายในฐานะของฝ่ายบริหารไม่ใช่ในฐานะฝ่ายปกครอง” (เกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจและลักษณะแห่งอำนาจ) และ “มีฐานอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญ” (เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ)[183]

ส่วนกรณีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยุบสภาและจัดการเลือกตั้งนั้น ดร.เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง ได้ให้ความเห็นเอาไว้ว่าการกำหนดวันเลือกตั้งนั้นเป็นเรื่องทางการเมืองและต้องปรับด้วยทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล การที่ศาลรัฐธรรมนูญเลือกเข้าไปตรวจสอบการกำหนดวันเลือกตั้งจึงเท่ากับว่าศาลได้ “ขยายขอบอำนาจตนโดยไม่มีฐานอำนาจที่กฎหมายรับรอง” [184]

สุดท้าย ในกรณีคำสั่งเกี่ยวกับเหตุการณ์การถวายสัตย์ปฏิญาณ ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นด้วยกับศาลรัฐธรรมนูญที่เลือก

---

183 เรื่องเดียวกัน; วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, ‘แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551’, หน้า 158-162.

184 Khemthong Tonsakulrungruang, ‘The Constitutional Court of Thailand: From Activism to Arbitrariness’ in Albert HY Chen and Andrew Harding (eds), *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018), p 201.

สั่งไม่รับคำสั่ง แต่ก็ได้แสดงทัศนะว่าการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากการถวายสัตย์ปฏิญาณตามข้อพิพาทเป็น “แบบพิธีทางรัฐธรรมนูญหรือขั้นตอนตามรัฐธรรมนูญที่ต้องปฏิบัติ*ไม่ใช่*การกระทำทางการเมือง” เหมือนอย่างการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ของรัฐบาล[185] และหากยึดถือบรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองว่าการถวายสัตย์ของรัฐบาลต่อองค์พระมหากษัตริย์มีสถานะเป็นการกระทำทางรัฐบาลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทย ก็อาจ “ก่อให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนว่าการถวายสัตย์โดยองค์กรอื่น*ที่ไม่ใช่ฝ่ายการเมือง* เช่น องค์กรตุลาการ ต่อพระมหากษัตริย์ถูกจัดเป็นการกระทำประเภทนี้เฉกเช่นกัน”[186]

อย่างไรก็ดี ภายใต้วิธีการศึกษารูปแบบปทัสถานนิยม บทศึกษาและบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองข้างต้นยืนยันว่าศาลจะต้องใช้เกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งสาม คือ เกณฑ์องค์กร, เกณฑ์ฐานของการกระทำ, และเกณฑ์ลักษณะแห่งการกระทำ ประกอบกันเพื่อพิจารณาว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล การนี้แสดงให้เห็นว่า**ภายใต้วิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม เกณฑ์บ่งชี้การกระทำเช่นว่าทั้งสามนั้นต่างมีน้ำหนักเท่า ๆ กัน โดยศาลจะต้องมี “ความคงเส้นคงวา” (consistency) คือ ต้องให้น้ำหนักกับเกณฑ์ทั้งสามประการอย่างเท่าเทียมกันและ “เหมือน ๆ กัน” ไม่ว่ากับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับ**

---

185 ‘คำต่อคำ ‘วรเจตน์’ มองศาลตีตกคำร้องถวายสัตย์ ต้องแยก ‘การเมือง-กฎหมาย’ ยันสภามีอำนาจเปิดอภิปรายตาม ม.152’ <https://voicetv.co.th/read/Y36N1t5uS> เข้าถึงเมื่อ 7 สิงหาคม 2563.

186 ‘Wake Up Thailand - ‘วรเจตน์ ภาคีรัตน์’ ชี้ถวายสัตย์ไม่ใช่ ‘Act Of Government’ สภาฯตรวจสอบได้’ (*Youtube*, 13 กันยายน 2562) <https://www.youtube.com/watch?v=geB1ZKJxLYg> เข้าถึงเมื่อ 7 สิงหาคม 2563.

การกระทำทางรัฐบาลอันปรากฏเบื้องหน้าตน ถ้าศาลปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้ดังกล่าวไม่ถูกต้องก็เท่ากับว่าศาลกำลังใช้อำนาจของตนโดยไม่มีฐานทางกฎหมายรับรอง ขณะเดียวกัน การกระทำใด ๆ ของรัฐมีลักษณะเข้าเกณฑ์บ่งชี้ทั้งสามประการข้างต้นย่อมถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งมิอาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้เหมือน ๆ กัน ดังนั้น สิ่งที่การศึกษาและบทวิเคราะห์การกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมสามารถอธิบายได้มากที่สุดก็คือการยุบสภากับกิจการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศซึ่งต่างมีลักษณะเข้าข่ายเกณฑ์บ่งชี้ทั้งสาม**จึงต่างเป็นการกระทำทางรัฐบาล "เหมือน ๆ กัน"** และฝ่ายการเมืองก็มีความชอบธรรมที่จะเข้ามาถกเถียงอภิปรายและควบคุมตรวจสอบเหนือกิจการเหล่านี้ "เหมือน ๆ กัน" เสมอ สิ่งที่จะทำให้เกิดความแตกต่าง ก็ได้แก่กรณีมีบทบัญญัติเฉพาะในรัฐธรรมนูญให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลบางประเภทได้[187] อย่างไรก็ดี นักกฎหมายไทยก็มักจะอธิบายแต่เพียงว่าหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ก็คือหน้าที่ที่จะต้องปรับบรรทัดฐานทางกฎหมายเข้ากับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันปรากฏเบื้องหน้า[188] กล่าวอีกนัยหนึ่ง **วิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมไม่ได้ช่วยอธิบายว่าทำไมศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความชอบธรรมที่จะวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลบางกลุ่มมากกว่าการกระทำกลุ่มอื่น ๆ**

กระนั้น ถ้าลองพิเคราะห์บรรดาคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งตามที่ได้แสดงไปในส่วนที่ 2 ก็เป็นที่ประจักษ์ว่าเมื่อปรับใช้ทฤษฎี

---

187 วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, 'แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551', หน้า 155.

188 สุชาดา เรืองแสงทองกุล, 'การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล', หน้า 259-260.

การกระทางรัฐบาลเข้ากับข้อเท็จจริง **ศาลไทยไม่ได้ปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลแต่ละเกณฑ์อย่างเท่าเทียมกัน ทั้งยังไม่ได้มีทัศนะว่าฝ่ายการเมืองมีความชอบธรรมเหนือการกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทเท่า ๆ กัน** สามารถยืนยันได้โดยพิจารณาจาก***มิติภายใน*** คือ ด้วยการเปรียบเทียบคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลเกี่ยวด้วยการกระทำทางรัฐบาลประเภทเดียวกัน และจาก***มิติภายนอก*** คือด้วยการเปรียบเทียบคำวินิจฉัยและคำสั่งเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลต่างประเภท

เมื่อพิจารณาจากมุมของ***มิติภายใน*** จะเห็นได้ว่าในระหว่างคำวินิจฉัยหรือคำสั่งในข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางรัฐบาลประเภทเดียวกัน กล่าวคือ ในกลุ่มข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากยุบสภาผู้แทนราษฎรและการกำหนดวันเลือกตั้ง ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งที่ ฟ. 3/2549 เลือกที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัยเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยยกหลักการกระทำทางรัฐบาลขึ้นมาตรงกันข้ามกับในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ที่แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะยอมรับว่าดุลยพินิจในการยุบสภาผู้แทนราษฎรจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่ศาลกลับเลือกจะเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดวันเลือกตั้ง แม้การกำหนดวันดังกล่าวจะเป็น “เรื่องทางการเมือง” ก็ตาม นิติวิธีคล้าย ๆ กันนี้ยังได้ถูกนำมาใช้เพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ขณะเดียวกัน หากพิจารณาบนฐานของเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล คำสั่งของศาลปกครองเมื่อ พ.ศ. 2549 นั้นสะท้อนการให้น้ำหนักกับเกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ (พระราชกฤษฎีกาซึ่งถูกตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญ) เกณฑ์องค์กร (ฝ่ายบริหารในหมวกของรัฐบาล) และเกณฑ์ลักษณะ

แห่งการกระทำ (ไม่ใช่การกระทำในเชิงการบริหารราชการแผ่นดินอันเป็นกิจวัตรประจำวัน) อย่างเท่า ๆ กัน แต่ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสองประการหลัง ศาลดูจะให้น้ำหนักกับเกณฑ์ทั้งสามน้อยลงเป็นอันมากจนลดทอนขอบเขตทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมิให้ครอบคลุมการกำหนดวันเลือกตั้ง กล่าวคือแม้ศาลเห็นว่าการกำหนดวันเลือกตั้งจะเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ศาลก็ยังเลือกเข้าไปวินิจฉัย

ในกลุ่มคดีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เมื่อลองเปรียบเทียบคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ซึ่งเกี่ยวข้องกับคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการขอขึ้นทะเบียนประสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกกับข้อพิพาทก่อนหน้าคือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ซึ่งเกี่ยวกับการลงนามของรัฐบาลในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เราจะพบว่าข้อพิพาททั้งสองไม่ได้มีเนื้อหาที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญดังที่รองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ตั้งข้อสังเกต[189] ตรงกันข้าม ข้อพิพาททั้งสองต่างเป็นเรื่องของการเจรจาดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ศาลกลับมีคำวินิจฉัยแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง คือ ในข้อพิพาทแรกศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบการดำเนินการของรัฐบาล แต่เมื่อพิจารณาบนฐานของเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล ศาลกลับละเลยเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งเกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจและลักษณะแห่งอำนาจ (การลงนามตามข้อพิพาทเป็นการใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลเพื่อดำเนินนโยบายที่ไม่อาจมอบหมายให้องค์กรอื่นไปกระทำแทน) และเกณฑ์ฐานอำนาจ (ฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญ) ส่วนในข้อพิพาทหลังศาลได้วินิจฉัยโดยอาศัยตรรกะตามทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล และ

189 เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 'การกระทำทางรัฐบาล', หน้า 75.

หากพิเคราะห์จากเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล คำสั่งของศาลดังกล่าวได้ให้น้ำหนักกับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งสามอย่างเท่า ๆ กัน[190]

สุดท้าย ในข้อพิพาทอันเชื่อมโยงกับนโยบายของรัฐบาล เราจะพบว่าในมุมหนึ่ง ศาลเลือกไม่เข้าไปวินิจฉัยประเด็นการแถลงนโยบายของรัฐบาลหรือการริเริ่มนโยบาย แต่ถ้าหากเป็นกรณีที่มีการกำหนดนโยบายขึ้นโดยรัฐบาลแล้ว และได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้น ศาลก็พร้อมจะเข้าไปตรวจสอบแม้กระทั่งในประเด็นที่ว่านโยบายนั้นมีความจำเป็นเร่งด่วนหรือไม่ ทั้ง ๆ ที่ประเด็นดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องนโยบายและอยู่ในปริมณฑลของการกระทำทางรัฐบาล หากพิจารณาบนพื้นฐานของเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลในกลุ่มคำวินิจฉัยประเด็นแรก ศาลได้ให้น้ำหนักกับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งสามเท่า ๆ กัน ส่วนข้อพิพาทอันสืบเนื่องมากจากร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. ... ศาลกลับเลือกไม่ปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล

เมื่อลองหันมาพิจารณาแง่มุม***มิติภายนอก***ดูบ้าง คณะผู้วิจัยพบว่าในระหว่างกิจการที่อาจเข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลต่างประเภท ศาลไทยได้เข้าไปตรวจสอบการกระทำทั้งหลายเหล่านี้ในระดับความเข้มข้นที่ต่างกัน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศาลดูจะให้ค่าความชอบธรรมกับการกระทำบางประการน้อยกว่าอีกกลุ่มการกระทำและเลือกเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยสภาพเหล่านั้น ดังจะพบได้ว่าในข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุบสภาและกำหนดวันเลือกตั้งระหว่างเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมือง ศาลก็ไม่ลังเลที่จะเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วย

190 โปรดดู เรื่องเดียวกัน.

รัฐธรรมนูญของการกระทำที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลตามทฤษฎี คือการยุบสภาโดยพยายามให้เหตุประกอบอย่างละเอียดพอสมควร ตรงกันข้าม ในกรณีการถวายสัตย์ปฏิญาณ ศาลกลับยกเหตุผลเรื่องการกระทำทางรัฐบาลขึ้นมาแต่ไม่ได้อธิบายเกณฑ์ในการปรับใช้ทฤษฎี

จากมิติภายในและภายนอกข้างต้น คณะผู้วิจัยสรุปว่าภายใต้วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยมที่การกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทถูกมองว่า**มีสถานะเท่าเทียมกันหมด** โดยศาลจะต้องเคารพและให้น้ำหนักเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งสามประการอย่างเท่าเทียมและปรับใช้เกณฑ์เหล่านั้นอย่างคงเส้นคงวา **วิธีการศึกษารูปแบบดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นแบบ "อพลวัต"** คือเน้นความแน่นอนของเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาล**ที่มีลักษณะแบบ "บนลงล่าง" (top-down)** อันเน้นอธิบายว่าฝ่ายรัฐต้องปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลภายใต้หลักเกณฑ์ใด อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะทั้งสอง **รูปแบบการศึกษาแบบปทัสถานนิยมจึงไม่อาจอธิบายปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองและสังคมได้ ทั้งไม่อาจอธิบายได้ว่าการตีความการกระทำทางรัฐบาลโดยศาล ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ สอดคล้องกับปฏิสัมพันธ์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมือง (หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายกับหลักความชอบธรรม) ณ ช่วงเวลานั้นหรือไม่**[191] กรณีศึกษาของประเทศไทยย้ำเตือนให้นักกฎหมายต้องหันมาคำนึงถึง "ความเป็นพลวัต" (dynamics) นี้ เราจะพบว่าในคำวินิจฉัยและคำสั่งที่คณะผู้วิจัยยกขึ้นมา มีปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมาย การเมือง และสังคมบางประการที่ทำให้ศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่ตามทฤษฎีจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่เท่ากัน นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยยังเสนอ

---

[191] Björn Dressel, 'Public administration and the rule of law in Asia: breadth without depth?' (2014) 36 Asia Pacific Journal of Public Administration 9, p 10.

ให้ตั้งข้อสังเกตอีกด้วยถึงความเป็นพลวัตของระบบรัฐธรรมนูญไทย ผ่านภาพภายหลัง พ.ศ. 2540 ดังจะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีอิทธิพลต่อพัฒนาการของกฎหมายมหาชนเป็นอย่างมากโดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงจากการปรับใช้นิติวิธีทางแพ่งเพื่อวินิจฉัยการกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางนโยบายหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาเป็นการอ้างอิงหลักกฎหมายมหาชน เหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองเองก็เป็นอีกตัวเร่งให้ศาลมีโอกาสนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้

ทั้งหมดทั้งมวล กรณีศึกษาของไทยย้ำเตือนให้ผู้ศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลต้องขบคิดวิธีการศึกษาประเด็นดังกล่าวเหนือขึ้นไปจากรูปแบบการศึกษาแบบปทัสถานนิยม การกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่ได้มีขอบเขตอย่างแคบเพียงเรื่องของกฎเกณฑ์หรือเกณฑ์บ่งชี้ หากแต่ยังเป็นเรื่องของ**ปฏิสัมพันธ์ระหว่างตัวกระทำทางการเมืองต่าง ๆ**[192] กรณีศึกษาของไทยจึงเสนอแนะให้นักกฎหมายต้องหันมาวิเคราะห์ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมาย และปัจจัยเชิงการเมือง-สังคมที่ “มีอิทธิพลต่อ” แนวทางการตีความการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรต่าง ๆ ของรัฐโดยเฉพาะศาลที่อาจจะแปรเปลี่ยนไปตามแต่ละบริบทสังคมในแต่ละช่วงเวลา

---

[192] See Marco Goldoni, ‘Introduction to the material study of global constitutional law’ (2019) 8 Global constitutionalism 71, p 74-76; Ran Hirschl, ‘The Judicialization of politics’ in Robert E. Goodin (ed), *The Oxford Handbook of Political Science* (Oxford University Press 2009), pp 255-256.

4. สรุป

ความไม่สอดคล้องระหว่างเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลโดยนักวิชาการและการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลที่ได้แสดงให้เห็นไปข้างต้นนั้นเชิญชวนให้เราต้องย้อนกลับมาทบทวนวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม ในขณะที่วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยมมุ่งแต่เพียงปรับเกณฑ์ทางกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อตอบคำถามว่าการกระทำหนึ่ง ๆ จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ มิติภายในและภายนอกของความชอบธรรมที่คณะผู้วิจัยได้บรรยายไปในบทที่ 2 ชี้ให้เห็นว่าแม้ตามมิติภายในของความชอบธรรมซึ่งว่าด้วย “คุณสมบัติ” ที่อำนวยให้สถาบันการเมืองหนึ่งถูกยอมรับว่ามี “ความคู่ควร” ที่จะการกระทำการในนามของรัฐ การกระทำทางรัฐบาลจะมีลักษณะเป็นกิจการที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของฝ่ายการเมืองซึ่งอ้างความชอบธรรมมาจากสถานะความเป็นผู้แทนปวงชนและความเหมาะสมที่จะตัดสินปัญหาการเมืองเหมือน ๆ กัน แต่ถ้าหากเราลองมาพิจารณาจากมิติภายนอกของความชอบธรรมซึ่งว่าด้วยการยอมรับต่อสถาบันการเมืองหนึ่ง ๆ โดยสถาบันทางสังคมอื่น ๆ ว่าสถาบันการเมืองนั้นมีความคู่ควรที่จะใช้อำนาจ คณะผู้วิจัยพบว่าการกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทไม่ได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกันโดยองค์กรอื่นของรัฐโดยเฉพาะศาล หรือถ้ากล่าวให้เจาะจงมากยิ่งขึ้น ศาลไม่ได้เข้ามาตรวจสอบหรือปฏิเสธการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลทุกประเภทอย่างเท่าเทียมกันหมด คำถามที่เกิดขึ้นจึงได้แก่ปัจจัยด้านเนื้อหาหรือด้านเวลามีผลต่อแนวทางคำวินิจฉัยหรือไม่เพียงใด คำถามนี้สะท้อนปฏิสัมพันธ์ระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรมซึ่งอยู่เบื้องหลังแนวคิดการกระทำทางรัฐบาล อย่างไรก็ตาม วิธีการศึกษาการกระทำ

ทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมที่เสนอโดยงานวิชาการภาษาไทยนั้นไม่สามารถตอบคำถามดังกล่าวได้

ในบทที่ 4 คณะผู้วิจัยจะอาศัยพัฒนาการของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลและคำวินิจฉัยของศาลของต่างประเทศ ได้แก่ หลักกฎหมายเรื่อง prerogative power ในสหราชอาณาจักร และ acte de gouvernement ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีอัตลักษณ์เฉพาะเป็นของตนเพื่อ “พิสูจน์” ว่าอัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลนั้นเกิดจากปฏิสัมพันธ์ของปัจจัยต่าง ๆ ทั้งปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและปัจจัยเชิงการเมือง-สังคม และปัจจัยเหล่านี้ต่างเป็นผลผลิตของประวัติศาสตร์หาใช่เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายขึ้นมา

บทที่ 4

ปฏิสัมพันธ์ระหว่างฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลผ่านม่านประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ: นำเสนอมุมมองใหม่ผ่านกรณีศึกษาจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในบทที่ 3 คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นไปแล้วถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมและความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาวิธีการศึกษาประเด็นดังกล่าวในรูปแบบใหม่ สำหรับบทนี้คณะผู้วิจัยจะอาศัยบทเรียนจากอำนาจในสหราชอาณาจักรที่เรียกว่า prerogative power หรือพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์และ Acte de gouvernement ในประเทศฝรั่งเศสเพื่อ “พิสูจน์” ว่าอัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นผลผลิตจากปฏิสัมพันธ์ของปัจจัยต่าง ๆ ทั้งปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและปัจจัยเชิงการเมือง-สังคม และปัจจัยเหล่านี้ต่างเป็นผลผลิตของประวัติศาสตร์ไม่ใช่เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บ่งชี้ทางกฎหมายขึ้นมา การพิสูจน์ที่ได้กล่าวมาจะดำเนินไปภายใต้กรอบความคิด

ที่คณะผู้วิจัยได้สกัดเอาไว้ในบทที่ 2 ที่แสดงถึงการปะทะกันระหว่างแนวคิดซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั่นก็คือหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรม หลักประการแรกสนับสนุนความจำเป็นที่ศาลต้องเข้ามาตรวจสอบการกระทำลักษณะดังกล่าวเพื่อสร้าง “รัฐบาลที่มีอำนาจจำกัด” ส่วนหลักประการหลังสนับสนุนว่าฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์มีความเหมาะสมที่จะเข้ามาตัดสินปัญหาการเมืองอันเป็นเรื่องเชิงนโยบายมากกว่าศาล ดังนั้น ในส่วนที่ 1 และ 2 ของบท คณะผู้วิจัยจึงจะต้องศึกษา (ก) ภูมิทัศน์ (topography) ของดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมืองเพื่อจะได้ทราบขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายตุลาการจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส และ (ข) ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชนในสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสอันเป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมที่จะทำให้ฝ่ายดังกล่าวมีความเหมาะสมมาก-น้อยที่จะตัดสินกิจกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลเหนือองค์กรตุลาการ ตามลำดับ ประเด็นที่ได้กล่าวมาเป็นสิ่งที่งานวิชาการภาษาไทยแทบจะไม่ได้วิเคราะห์ จากนั้น ในส่วนที่ 3 คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นผลพวงมาจากภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันส่งผลให้ศาลอังกฤษและศาลฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลแตกต่างกันตามไปด้วย สุดท้าย คณะผู้วิจัยมุ่งสรุปในส่วนที่ 4 ว่าลักษณะของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและประเทศฝรั่งเศสนั้นยืนยันความสำคัญของการนำวิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny ที่เน้นย้ำความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในทางประวัติศาสตร์มาใช้เพื่อศึกษาการกระทำทางรัฐบาล

1. ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล: ภูมิทัศน์ของดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมือง

สำหรับส่วนที่ 1 นี้ คณะผู้วิจัยมุ่งศึกษาภูมิทัศน์ของขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกิจกรรมที่จัดได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส การนี้ คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์รากฐานทางประวัติศาสตร์ของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในสหราชอาณาจักรและการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส การเข้าใจรากฐานทางประวัติศาสตร์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสองช่วยให้เห็นภาพว่าศาลสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการต่าง ๆ ได้ภายใต้กรอบความคิดเช่นใด คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นต่อไปภายหน้าในส่วนที่ 3 ว่าคำวินิจฉัยของทั้งศาลอังกฤษและศาลฝรั่งเศสต่างตั้งอยู่บนกรอบความคิดอันเป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์ที่ได้กล่าวมา

1.1 สหราชอาณาจักร: พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งสะท้อนประวัติศาสตร์ความร่วมมือระหว่างศาลกับรัฐสภาเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร

เบื้องต้น เราต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่าสหราชอาณาจักรนั้นไม่ได้มีแนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วยรัฐขึ้นมาอย่างเช่นในประเทศฝรั่งเศสหรือแม้แต่ในประเทศไทยหลัง พ.ศ. 2540 นั่นจึงส่งผลให้คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” หรือ Acte de gouvernement หรือ Act of government ไม่เคยปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษหรือคำพิพากษาของศาล

คอมมอนลอว์ (common law)[193] อย่างไรก็ดี นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ปฏิเสธที่จะรับรู้ถึงข้อจำกัดและเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) โดยสิ้นเชิง ในทางตรงกันข้าม ด้วยลักษณะของระบบกฎหมายประเภทนี้ที่เน้นการพัฒนาหลักกฎหมายมาจากคำพิพากษาเป็นรายคดี ศาลอังกฤษจึงได้กลายเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวด้วยขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร[194] และถึงแม้ด้วยลักษณะของระบบคอมมอนลอว์ที่เชื่อมั่นใน “วิวัฒนาการ” (evolution) และ “ความยืดหยุ่น” (flexibility) ของกฎหมายอันทำให้บรรดานักกฎหมายในสหราชอาณาจักรไม่ได้พยายามอธิบายเกณฑ์นามธรรมที่ใช้บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลขึ้นมาอย่างเช่นในฝรั่งเศส[195] แต่ข้อเท็จจริงก็ชี้ให้เห็นว่าศาลได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐบาลที่เรียกว่า Prerogative power ในบางกิจการที่สามารถเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลเอาไว้ นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสเอง อาทิ Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve, และ Mattias Guyomar ก็ได้ยอมรับว่า *Pouvoirs de prérogative* ในกฎหมายอังกฤษนั้นสามารถเทียบเคียงได้กับ Acte de gouvernement ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[196] อย่างไรก็ดี คำถามพื้นฐานที่เกิดขึ้นก็คือแล้วอะไรคือพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์

---

193 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, ch 5.

194 Adam Tomkins, ‘The Struggle to Delimit Executive Power in Britain’ in Paul Craig and Adam Tomkins (eds), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective* (Oxford University Press 2006), p 41.

195 Cohn, ‘Form, Formula, and Constitutional Ethos’, p 710-711.

196 Bernard Stirn, Duncan Fairgrieve, and Mattias Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni* (Odile Jacob 2006), p 60.

อำนาจบริหารในสหราชอาณาจักรที่รู้จักกันในนาม Prerogative power นั้นเป็นอำนาจที่ตกทอดมาจากสมัยอดีตกาลที่องค์พระมหากษัตริย์ยังทรงมีอำนาจผู้ปกครองโดยตรงมายังพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ (constitutional monarchy) และรัฐบาลในยุคสมัยใหม่[197] ด้วยลักษณะดังกล่าว นักกฎหมายไทยจึงมักแปล Prerogative power เป็นภาษาไทยว่า "พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์" (โปรดดูบทที่ 2) ปัจจุบัน รัฐบาลสหราชอาณาจักรสามารถใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ (The Crown) เพื่อดำเนินนโยบายของตนหรือเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองได้เองโดยไม่ต้องไปขอให้รัฐสภาอนุมัติหรือต้องอาศัยฐานอำนาจจากพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้พิจารณา[198] อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยต้องหมายเหตุไว้ตั้งแต่แรกเริ่มว่าหากเปรียบเทียบกับทฤษฎี Acte de gouvernement ของประเทศฝรั่งเศสหรือการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยแล้ว พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ของสหราชอาณาจักรมีขอบเขตกว้างขวางกว่ามาก แต่ประเภทของพระราชอำนาจที่อยู่ในขอบเขตของงานวิจัยนี้นั้นจำกัดเฉพาะแต่พระราชอำนาจบางประการเท่านั้น เพื่อให้เข้าใจขอบเขตประเภทของพระราชอำนาจดั้งเดิมที่งานวิจัยมุ่งศึกษา คณะผู้วิจัยต้องอธิบายประเภทของอำนาจดังกล่าวเสียก่อน

Gail Bartlett และ Michael Everett ได้จำแนกพระราชอำนาจดั้งเดิม ฯ ออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ ด้วยกัน ดังต่อไปนี้[199]

---

197 Thomas Poole, 'United Kingdom: The royal prerogative' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 146, p 146.

198 Ibid.

199 Gail Bartlett and Michael Everett, 'The Royal Prerogative' (House of Commons' Briefing Paper, Number 03861, 17 August 2017), p 5.

พระราชอำนาจดั้งเดิม*ประเภทแรก* ได้แก่ "พระราชอำนาจดั้งเดิมที่ยังคงสงวนให้องค์พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้โดยพระองค์เอง" ("The Sovereign's constitutional prerogatives") [200] เช่น พระราชอำนาจในการพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์, พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี, พระราชอำนาจในการพระราชทานคำแนะนำแก่นายกรัฐมนตรี, พระราชอำนาจปิดประชุม (prorogation) หรือเรียกประชุมรัฐสภาตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรี, รวมไปถึงพระราชอำนาจในการตราพระราชบัญญัติ เป็นต้น[201]

นอกเหนือจากพระราชอำนาจที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้โดยพระองค์เองแล้ว พระราชอำนาจ*ประเภทต่อมา* ได้แก่ "พระราชอำนาจดั้งเดิมในทางนิติบัญญัติ" ("The legal prerogatives of the Crown") [202] โดยพระราชอำนาจดั้งกล่าวนั้นยังสงวนอภิสิทธิ์ไม่ให้ดำเนินคดีบางประเภทแก่องค์พระประมุขตามหลัก "พระมหากษัตริย์มิต้องทรงรับผิด" ("The King can do no wrong") [203] นอกจากนี้ พระมหากษัตริย์ยังทรงพระราชอำนาจที่จะพระราชทานตราตั้ง (Charter) เพื่อสถาปนาสถาบันต่าง ๆ อาทิ มหาวิทยาลัย[204]

---

200 Ibid.

201 Ursula Smartt, *Optimize Public Law* (Routledge 2014), p 71; Walter Bagehot, *The English Constitution* (Chapman and Hall 1867), p 103.

202 Bartlett and Everett, 'The Royal Prerogative', p 5.

203 Rodney Brazier, 'Constitutional Reform and the Crown' in Maurice Sunkin and Sebastian Payne (eds), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Oxford University Press 1999), p 344; Ruth Paley, 'Modern Blackstone: The King's Two Bodies, the Supreme Court and the President' in Wilfrid Prest (ed), *Re-Interpreting Blackstone's Commentaries: A Seminal Text in National and International Contexts* (Hart 2014), p 195.

204 King's College (London), *The charter and by-laws of King's College', London* (Gilbert & Rivington 1830), p 4.

สำหรับพระราชอำนาจ*ประการสุดท้าย*นั้นก็ได้แก่ “พระราชอำนาจที่ปัจจุบันฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้ในนามพระมหากษัตริย์” (“Prerogative executive powers”)[205] เช่น พระราชอำนาจในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีด้านต่าง ๆ พระราชอำนาจเหนือดินแดนโพ้นทะเล (อาณานิคม) ตลอดจนพระราชอำนาจประกาศสงครามและเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างชาติ/เจรจาสนธิสัญญา[206]

พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่สามารถเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศส ได้แก่ พระราชอำนาจประเภทที่ 1 และประเภทที่ 3 อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยก็ต้องหมายเหตุไว้อีกด้วยว่าในบรรดาพระราชอำนาจประเภทที่ 3 เองก็ยังมีพระราชอำนาจจำนวนหนึ่งที่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจปกครอง (administrative power) ของฝ่ายบริหารซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของงานวิจัย เช่น พระราชอำนาจในการออกหนังสือเดินทาง หรือพระราชอำนาจบรรจุแต่งตั้งข้าราชการประจำซึ่งศาลเองก็พร้อมจะเข้าไปทบทวนความชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ลังเล[207] ในงานวิจัยฉบับนี้ คณะผู้วิจัยจึงจำกัดขอบเขตการศึกษาเอาไว้เฉพาะแต่เพียงพระราชอำนาจดั้งเดิมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและพระราชอำนาจที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลเท่านั้น

คณะผู้วิจัยเริ่มต้นส่วนที่ 1.1 นี้ด้วยการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรส่วนที่มีผลกำหนดลักษณะของการมีผลใช้บังคับทางกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์

---

205 Bartlett and Everett, ‘The Royal Prerogative’, p 5.

206 Murray Hunt, *Using Human Rights Law in English Courts* (Hart 1998), p 8.

207 Paul F Scott, *The National Security Constitution* (Hart 2018), p 181.

การนี้ คณะผู้วิจัยจะอาศัยเหตุการณ์สำคัญทางประวัติศาสตร์ซึ่งมีผลเปลี่ยนแปลงลักษณะของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จาก “อำนาจเทวสิทธิ์” ให้กลายมาเป็น “อำนาจที่ถูกจำกัด” จวบจนปัจจุบันอย่าง “เหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (Glorious Revolution) เป็น “จุดตัด” ของการศึกษา เหตุการณ์ดังกล่าวนั้นนับได้ว่ามีผลสถาปนา “ข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญใหม่” (“a new constitutional settlement”) ของสหราชอาณาจักรให้บังเกิดขึ้น ซึ่งข้อตกลงนี้เองได้กลายเป็นรากฐานของโครงสร้างความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างศาลและฝ่ายการเมืองคือรัฐสภาและรัฐบาลสมัยใหม่ในปัจจุบัน[208]

1.1.1 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก่อนเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์

ก่อนหน้าเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ แม้พระมหากษัตริย์อังกฤษสมัยโบราณจะมีพระราชอำนาจในกิจการทางบริหารโดยตรง[209] แต่ข้อมูลทางประวัติศาสตร์ได้บ่งชี้ว่าเพื่อรักษาราชบัลลังก์ของพระองค์เอาไว้ พระมหากษัตริย์จึงทรงไม่อาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องพยายามต่อรองผลประโยชน์กับบรรดาเหล่าขุนนางซึ่งต่อมาได้พัฒนามาเป็นสมาชิกรัฐสภาและผู้พิพากษาให้ลงตัว[210] ดังนั้น Payne จึงได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่ายามที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจเพื่อดำเนินกิจการบ้านเมือง

---

208 Aaron N. Coleman, *The American Revolution, State Sovereignty, and the American Constitutional Settlement, 1765-1800* (Lexington Books 2016), p 18.

209 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, Volume 1* (The University of Chicago Press 1979), p 146.

210 Roger D. Congleton, *Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy* (Cambridge University Press 2011), pp 298-301.

พระองค์จึงต้อง “ทรงประเมินไปพร้อมกันว่าทรงมีพระบารมีเพียงพอในระดับที่สามารถทำให้บรรดาขุนนางโอนอ่อนจำนนตามได้หรือไม่” หากทรงมีพระบารมีไม่เพียงพอแต่ก็ยังทรงฝืนที่จะขยายพระราชอำนาจไปเหนือกลุ่มขุนนาง การนั้นก็มักจะนำไปสู่สภาวะสงครามระหว่างทั้งสองฝ่าย อาทิ สงครามบารอนจำนวนสองครั้ง (Barons’ Wars) เมื่อศตวรรษที่ 13[211] ข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์กับการควบคุมตรวจสอบโดยศาลในสมัยโบราณนั้นมีลักษณะ “ผันแปร” ไปตาม “พระบารมี” ขององค์พระประมุขแต่ละพระองค์[212] หากพระมหากษัตริย์พระองค์ใดทรงมีพระบารมีมากขอบเขตพระราชอำนาจก็ย่อมมีเหนือศาลมากขึ้นตามไปด้วย[213] เช่น ในรัชสมัยของพระเจ้า Richard II (ครองราชย์ ค.ศ. 1377-ค.ศ. 1399) มีการจับกุมและประหารบรรดาผู้พิพากษาที่บังอาจตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับ “ขอบเขตของพระราชอำนาจ” (“the extent of the royal prerogative”) [214]

ครั้นเวลาล่วงเลยมาจนถึงช่วงศตวรรษที่ 17 ศาลอังกฤษได้เข้ามามีบทบาทวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์อยู่บ่อยครั้งมากขึ้น พระมหากษัตริย์ ณ ช่วงเวลานั้น อย่างพระเจ้า James I (ครองราชย์ ค.ศ. 1603 – ค.ศ. 1625) ทรงพยายามแสดงให้เห็นว่าพระองค์ทรงมีพระราชสถานะเป็น “ตัวแทนขององค์พระเจ้า” (God’s vicar) ผู้ทรงอุดมไปด้วย “ภูมิปัญญา” (wisdom) และ “รู้ผิดชอบชั่วดี” (conscience) เพื่อปลดเปลื้องการใช้พระราชอำนาจ

---

211 Sebastian Payne, ‘The Prerogative Power’ in Sunkin and Payne (eds), *The Nature of the Crown*, p 82.

212 Ibid.

213 Ibid.

214 Sir William Searle Holdsworth, *Some Makers of English Law: The Tagore Lectures 1937-1938* (Cambridge University Press 1966), p 55.

ของพระองค์จากการถูกควบคุมตรวจสอบ[215] พระองค์เคยถึงขั้นมีพระราชดำรัสว่าพระมหากษัตริย์นั้นทรงไว้ซึ่ง “พระราชอำนาจสัมบูรณ์ซึ่งทรงสามารถใช้ตามพระราชหฤทัยส่วนพระองค์และตามพระราชอัธยาศัย” (“absolute prerogatives according to his private will and judgment”) โดยพระองค์จะทรง “รับผิดชอบต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีส่วนพระองค์และพระเจ้าเท่านั้น” (“accountable only to his conscience and to God”)[216] ความพยายามข้างต้นถูกต่อต้านจากเหล่าบรรดาขุนนางกลุ่มที่บรรดานักประวัติศาสตร์เรียกว่ากลุ่ม Roundheads สุดท้ายด้วยความขัดแย้งที่ได้กล่าวมา ศาลจึงมีโอกาสได้เข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจที่องค์พระมหากษัตริย์ทรงใช้อยู่หลายกรณี อย่างไรก็ดี Zoller ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าบรรทัดฐานที่ศาลวางไว้ในประเด็นนี้สามารถจำแนกได้เป็นสองแนวทางอย่างชัดเจนขึ้นอยู่กับ “ประเภทของพระราชอำนาจ”[217]

ในทางหนึ่ง Zoller นำเสนอให้เห็นว่าศาลได้ปฏิเสธพระราชอำนาจบางประการที่จัดเป็น “พระราชอำนาจธรรมดา” (“ordinary prerogative”)[218] อาทิ ศาลเคยยืนยันว่าตนมีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจขององค์พระมหากษัตริย์ที่นักกฎหมายมักเรียกกันว่า “พระราชอำนาจระงับใช้กฎหมายคอมมอนลอว์”

---

215 Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy* (Oxford University Press 2010), pp 79-86.

216 Ibid; James I’s speech in Star Chamber on 20 June 1616; Keith Syrett, *The Foundations of Public Law: Principles and Problems of Power in the British Constitution* (Palgrave Macmillan 2011), p 136.

217 Élisabeth Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff 2008), pp 91-95.

218 Zoller, *Introduction to Public Law*, pp 90-92.

("suspending power")[219]

ในทางกลับกัน Zoller ก็ได้แสดงให้เห็นว่าในบางคำพิพากษาศาลกลับเลือกที่จะรับรองพระราชอำนาจที่จัดเป็น "อำนาจพิเศษตามแบบฉบับสมบูรณาญาสิทธิราชย์" ("extraordinary prerogative") และไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ[220] เช่น ศาลได้ยอมรับพระราชอำนาจโดยสัมบูรณ์ของพระมหากษัตริย์ในการวินิจฉัย "กิจการอันเป็นราชการลับของรัฐ" ("secrets of the state") เช่น การตัดสินใจเข้าร่วมสงคราม[221] รวมถึงพระราชอำนาจที่จะบังคับประชาชนมอบเงินกู้แก่รัฐบาล (forced loan) เพื่อนำไปใช้ในราชการสงคราม[222] ตลอดจนพระราชอำนาจในการวินิจฉัยว่ามีสถานการณ์ฉุกเฉินเกิดขึ้นเหนือดินแดนอังกฤษหรือไม่[223]

ทัศนะที่แตกต่างต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งแสดงออกผ่านแนวคำวินิจฉัยทั้งสองกลุ่มข้างต้นสะท้อนภาพความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์นิยม (royalist หรือ Cavalier) กับฝ่ายต่อต้าน (Roundheads) ซึ่งได้แก่ฝ่ายรัฐสภาและผู้พิพากษาบางกลุ่มในระดับที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้[224] ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนำไปสู่เหตุการณ์การยึดอำนาจของบรรดาขุนศึกนำโดยนายพล Oliver Cromwell

---

219 The Case of Prohibitions [1607] EWHC J23 (KB); The Case of Proclamations [1610] EWHC KB J22; Brian Thompson and Michael Gordon, *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law* (12th edn, Oxford University Press 2017), p 48.

220 Zoller, *Introduction to Public Law*, pp 92-95.

221 Thomas Poole, *Reason of State: Law, Prerogative and Empire* (Cambridge University Press 2015), p 26.

222 *The Five Knights' case* (1627) 3 How St Tr 1.

223 *R v Hampden* (1637) 3 State Tr 826.

224 Poole, *Reason of State*, pp 26-40.

อันนำไปสู่การยกเลิกระบอบกษัตริย์และสถาปนาเครือจักรภพแห่งอังกฤษ, สกอตแลนด์, และไอร์แลนด์ (Commonwealth of England, Scotland, and Ireland) ซึ่งปกครองโดยผู้นำเผด็จการขึ้นมาแทน อย่างไรก็ตาม การปกครองโดย Oliver Cromwell และบุตรชายคือ Richard Cromwell กลับไม่สามารถสร้างความเป็นหนึ่งเดียวขึ้นระหว่างรัฐบาลและกองทัพได้ จนทำให้ระบอบกษัตริย์ถูกรื้อฟื้นขึ้นมาใหม่อีกครั้ง[225] ความล้มเหลวของระบอบเผด็จการนี้เป็นอีกรากฐานทางประวัติศาสตร์ที่ส่งผลต่อลักษณะของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในสหราชอาณาจักรดังที่จะได้กล่าวในส่วนที่ 2 ต่อไป

1.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์[226]

ย้อนกลับมาที่การรื้อฟื้นระบอบกษัตริย์ภายหลังยุคของสองผู้ปกครองตระกูล Cromwell การรื้อฟื้นดังกล่าวเองก็ได้นำพาความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์นิยมและฝ่ายรัฐสภาให้หวนกลับมาอีกครั้ง โดยเฉพาะในรัชสมัยของพระเจ้า James II เราจะพบว่าระหว่างรัชสมัยของพระเจ้า James II ศาลได้เข้าไปมีบทบาทสนับสนุนการใช้พระราชอำนาจ

---

[225] Israel Smith Clare, *Illustrated Universal History* (J.C. McCurdy & Co. 1881), p 243; Philip Baker, 'A Despicable Comtemptible Generation of Men'?: Cromwell and the Levellers' in Patrick Little (ed), *Oliver Cromwell: New Perspectives* (Palgrave 2009), p 105.

[226] โปรดอ้างอิงบทวิเคราะห์ส่วนนี้ประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, 'พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 และหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา: รัฐสภาสหราชอาณาจักรยังคงมีอำนาจอธิปไตยจริงหรือ?' (2555) 30 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 91; รวินท์ ลีละพัฒนะ, 'หลักนิติธรรมในความคิดของไดซีย์' (2557) 32 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 117.

ของพระองค์โดยไม่ผ่านรัฐสภาโดยเฉพาะในคดี Godden v Hales[227] ในคดีนี้ ศาลได้รับรองสถานะของพระมหากษัตริย์ในฐานะ “องค์อธิปัตย์” (sovereign princes) โดย “กฎหมายของดินแดนอังกฤษทั้งปวงต่างเป็นของพระองค์” (“that the laws of England are the king’s laws.”) ตลอดจนทรงสามารถใช้พระราชอำนาจ “ระงับใช้กฎหมายอาญา” (“dispense with penal laws”) [228] ท้ายที่สุด ความพยายามปกครองแบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของพระเจ้า James II โดยไม่ทรงประเมิน “พระบารมี” ของพระองค์ให้ถ้วนถี่ประกอบกับคำวินิจฉัยคดี Hales ได้นำไปสู่เหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์เมื่อ ค.ศ. 1688[229]

บรรดานักกฎหมายอังกฤษต่างยอมรับตรงกันว่าผลผลิตจากการปฏิวัติเมื่อช่วงปลายศตวรรษที่ 17 คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิ ค.ศ. 1689 (Bill of Rights 1689) นั้นมีผลเปลี่ยนแปลงภูมิทัศน์ของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ให้ก้าวเข้าสู่ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญยุคใหม่ กฎหมายดังกล่าวนั้นมีผลกลับบรรทัดฐานที่ศาลเคยรับรอง “อำนาจพิเศษตามแบบฉบับสมบูรณาญาสิทธิราชย์” และบรรทัดฐานจากคดี Godden v Hales ดังจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่ ค.ศ. 1689 เป็นต้นมา พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกแปลงเป็น

---

227 *Godden v Hales* (1686) 11 St Tr 1166; Paul Craig, ‘Prerogative, Precedent and Power’ in Christopher Forsyth (ed), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* (Oxford University Press 1998), p 73.

228 Ian Loveland, *Constitutional law, administrative law, and human rights: a critical introduction* (4th edn, Oxford University Press 2006), p 99.

229 Brinton Coxe, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation: Being a Commentary on Parts of the Constitution of the United States* (The Lawbook Exchange 2005), p 166; Payne, ‘The Prerogative Power’, p 82.

"พระราชอำนาจดั้งเดิม" อย่างแท้จริงและเป็นสิ่งที่ Dicey ใช้คำว่า "อำนาจดุลยพินิจที่รัฐสภายอมคงเหลือไว้ให้แก่องค์พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของแผ่นดิน" ("residue of discretionary power left at any moment in the hands of the Crown")[230] กล่าวคือ ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ นักกฎหมายอังกฤษต่างยอมรับตรงกันว่าพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ได้ถูกจำกัดให้อยู่ภายใต้หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญพื้นฐานอย่าง "หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา" (parliamentary sovereignty) ซึ่งถือว่าพระราชอำนาจไม่อาจจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของสหราชอาณาจักรนั่นก็คือพระราชบัญญัติได้[231] ด้วยเหตุนี้ พระมหากษัตริย์จึงมิอาจทรงขยายขอบเขตพระราชอำนาจโดยอ้างฐานะ "ตัวแทนของพระเจ้า" ได้อีกจวบจนปัจจุบัน[232] ตรงกันข้าม กิจกรรมที่แต่เดิมกระทำในรูปของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์กลับมีแนวโน้มถูกยกเลิกโดยรัฐสภาหรือถูกโอนให้มาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติแทน (อาทิ การยุบสภาผู้แทนราษฎร)[233] ที่สำคัญก็คือ สถานะทางกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่มีลำดับศักดิ์รองลงมาจากพระราชบัญญัตินั้นยังมีผลทำให้เกิดหลักกฎหมายขึ้นมาอีกด้วยว่า "***ศาลยุติธรรมสามารถ***

---

230 A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn, Macmillan 1959), p 425; Thomas Poole, 'The Executive in Public Law' in Jeffrey Jowell and Colm O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (9th edn, Oxford University Press 2019), pp 201-202.

231 Ibid, pp 39-40; *Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd* [1920] AC 508.

232 Clemens Nathan, *The Changing Face of Religion and Human Rights: A Personal Reflection* (Martinus Nijhoff 2009), p 28.

233 Bartlett and Everett, 'The Royal Prerogative', pp 13-14.

เข้ามาตรวจสอบขอบเขต (extent) ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจในเรื่องใด ๆ ก็ได้" การที่รัฐบาลดำเนินกิจกรรมหนึ่ง ๆ โดยอาศัยเครื่องมือทางกฎหมายคือพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ไม่ได้เป็นเหตุตัดอำนาจศาลมิให้เข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนั้น[234] ด้วยเหตุนี้ ขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมจึงคล้ายกับการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย ในแง่ที่ว่าศาลเป็นผู้กำหนดขอบเขตของการนั้น นั่นจึงหมายความไปในขณะเดียวกันด้วยว่า**ศาลเองก็ยังมีบทบาทที่จะวินิจฉัยว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมในประเด็นใดที่ไม่อยู่ในขอบเขตอำนาจตรวจสอบของตนซึ่งเป็นองค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย**[235]

ครั้นเวลาล่วงเลยมาถึงศตวรรษที่ 20 ภูมิทัศน์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรได้แปรเปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ สหราชอาณาจักรได้เข้าไปเป็นสมาชิกขององค์การระหว่างประเทศหลายองค์กร ซึ่งนำไปสู่การตรากฎหมายขึ้นจำนวนหนึ่งที่มีเนื้อหาขยายขอบเขตสิทธิเสรีภาพของประชาชน ตลอดจนอำนวยให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพได้มากกว่าเดิม กฎหมายที่สำคัญนั้นก็ได้แก่พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ. 1972 (European Communities Act 1972) และพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Rights Act 1998)

---

234 Brigid Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown' in Sunkin and Payne (eds), *The Nature of the Crown*, p 199.

235 *Laker Airways Ltd v Department of Trade* [1977] 2 All ER 182, at 192.

ในฐานะอดีตสมาชิกของสหภาพยุโรประหว่าง ค.ศ. 1973 จนถึง ค.ศ. 2020 พระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ. 1972 มีผลทำให้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ไม่อาจถูกใช้ไปในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับกฎหมายของสหภาพที่รับรองสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลเอาไว้ เช่น กลุ่มกฎหมายที่รับรองเสรีภาพในการทำงานและการเดินทาง โดยศาลมีหน้าที่ตามมาตรา 2(1)(3) และมาตรา 3 ที่จะต้อง "ตีความและบังคับใช้" พระราชอำนาจดั้งเดิมให้สอดคล้องกับบรรดากฎหมายของสหภาพ[236] นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกของสภายุโรป (Council of Europe) ตั้งแต่ ค.ศ. 1949 อันส่งผลให้รัฐบาลสหราชอาณาจักรมีพันธกรณีที่ต้องไม่ใช้อำนาจในรูปของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ไปในลักษณะที่ล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights)[237] อย่างไรก็ดี ก่อนพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนจะมีถูกตราขึ้นในค.ศ. 1998 นักกฎหมายอังกฤษมักจะวิพากษ์วิจารณ์ถึงปัญหาที่ว่าหากมีการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์โดยรัฐบาลไปในทิศทางที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญายุโรป อาทิ หลักการห้ามเลือกปฏิบัติศาลภายในกลับไม่มีอำนาจเยียวยาการละเมิดสิทธินั้นได้โดยตรงและ

---

236 *Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board House of Lords* [1983] 2 All ER 770, at 775-776; *R (XH and Al) v SSHD* [2017] EWCA Civ 41. โปรดอ้างอิงประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา: บทเรียนจากกฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรในเหตุการณ์เบร็กซิท* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564), ส่วนที่ 2 ของบทที่ 1 [รอการตีพิมพ์]; Colm O'Cinneide, 'Human Rights and the UK Constitution' in Jowell and O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution*, p 65.

237 Hemme Battjes, *European Asylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff 2006), p 471.

สุดท้ายรัฐบาลก็อาจถูกฟ้องร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (The European Court of Human Rights)[238] มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ตราขึ้นเมื่อค.ศ. 1998 ได้มอบพันธะให้ศาลภายในต้อง “ตีความและบังคับการ” (“be read and given effect”) พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ให้เป็นไปในทิศทางที่สอดคล้องกับแนวทางการคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่วางโดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป[239] **เราจะเห็นได้ว่าทั้งพระราชบัญญัติประชาคมยุโรปและพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนต่างสร้างสิ่งที่ O’Cinneide เรียกว่า “ความคาดหวังใหม่ให้ศาลบริเตนมีบทบาทเชิงรุกมากยิ่งขึ้นในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน” (“generated new expectations that British courts should play a more active role in protecting individual rights.”)[240] ตลอดจนควบคุมการใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ให้สอดคล้องกับสิทธินั้น**[241]

---

238 *R v Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] 1 All ER 256; [1996] QB 517; Tom Hickman, *Public Law after the Human Rights Act* (Hart 2010), pp 25-26.

239 มาตรา 3(1) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน บัญญัติว่า

“Interpretation of legislation.

(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights…”

240 O’Cinneide, ‘Human Rights and the UK Constitution’, p 65 [emphasis added].

241 C. A. Gearty, *Principles of Human Rights Adjudication* (Oxford University Press 2004), p 79. โปรดดูประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, ‘บทวิจารณ์หนังสือ : Public Law (ค.ศ. 2003) เขียนโดยศาสตราจารย์ Adam Tomkins’ (2554) 29 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 125.

ความคาดหวังดังกล่าวยังเป็นการยืนยันและเสริมกำลังให้กับข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ในศตวรรษที่ 20 และ 21[242]

โดยสรุป **ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรสะท้อนภาพของสิ่งที่ Allison ถือว่าเป็นความพยายามปฏิเสธแนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลโดยความร่วมมือระหว่างฝ่ายตุลาการกับฝ่ายนิติบัญญัติ**[243] ทั้งนี้ Elliott และ Thomas ได้อธิบายไว้ว่า นักกฎหมายอังกฤษปัจจุบันมักมีมุมมองต่อพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ว่าเป็น “สิ่งหลงเหลือทางประวัติศาสตร์” ของการใช้ “พระราชอำนาจตามพระราชหฤทัย” เพื่อทำลายหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งรวมไปถึงสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจนนำไปสู่วิกฤตการณ์การเมืองในช่วงศตวรรษที่ 17[244] ดังนั้น การที่พระราชอำนาจดั้งเดิมมีมูลเหตุการตราหรือมีเนื้อหาคาบเกี่ยวกับความขัดแย้งหรือวิกฤตการณ์ทางการเมืองจึงไม่เป็นมูลเหตุที่จะห้ามศาลเข้ามาตรวจสอบความมีอยู่ (existence) และขอบเขตการใช้ (extent) ของอำนาจดังกล่าว[245]

---

242 Andrew R. Mitchell and Minel Dadhania, *AS Level Law* (Cavendish 2003), p 5.

243 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, p 72.

244 โปรดอ้างอิงประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, หน้า 34-35 [รอการตีพิมพ์]; Mark Elliott and Robert Thomas, *Public Law* (3rd edn, Oxford University Press 2017), pp 62. 157.

245 De Keyser’s Royal Hotel Ltd.; *R (on the application of Miller) v The Prime Minister* [2019] UKSC 41, [31]-[32]; Jack Williams, ‘Prerogative Powers After *Miller* Tale: An Analysis in Four E’s’ in Mark Elliott, Jack Williams and Alison L Young (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond* (Hart 2018), pp 41-47.

ระบบกฎหมายอังกฤษจึงไม่ได้รับรู้ว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่อยู่ใน "ปริมณฑลพิเศษ" ที่อยู่เหนือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล การที่ศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าว (manner) มากหรือน้อยนั้นอยู่กับว่าศาลจะจำกัดอำนาจตัวเองแค่ไหนเพียงใด[246] การเติบโตมากยิ่งขึ้นของแนวคิดการคุ้มครองสิทธิก็ยิ่งช่วยอำนวยให้ศาลนั้นมีบทบาทควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์มากยิ่งขึ้นตามไปด้วย

1.2 ฝรั่งเศส: Acte de gouvernement ในฐานะสิ่งสะท้อนพื้นที่พิเศษของฝ่ายบริหารที่ไม่อาจถูกแตะต้องโดยอำนาจตุลาการ

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศสหรือ Acte de gouvernement เป็นแนวคิดที่ถูกพัฒนาขึ้นโดยองค์กรที่เรียกว่าสภาแห่งรัฐ (Conseil d'état) สภาดังกล่าวนั้นเป็นองค์กรที่ Napoleon Bonaparte สถาปนาขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษาของประมุขของรัฐ และต่อมาได้ถูกพัฒนาขึ้นให้ทำหน้าที่เสมือนดั่งศาลปกครอง (แต่นั่นก็ไม่ได้ทำให้สภาดังกล่าวกลายสภาพเป็นศาล) ในช่วงต้นศตวรรษที่ 19 (ค.ศ. 1822) ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ Napoleon Bonaparte ดำรงตำแหน่งประมุขแห่งรัฐและสภาแห่งรัฐ สภาแห่งรัฐได้มีโอกาสวินิจฉัยข้อพิพาทคดี Laffitte ซึ่งเกี่ยวข้องกับสถานะทางทรัพย์สินของราชนิกูลของจักรพรรดิ Napoleon แต่สุดท้ายสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าประเด็นดังกล่าวเป็น "ปัญหาทาง

246 *The Zamora* [1916] 2 AC 77, at 90; Mark Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Hart 2001), pp 175, 178-182.

การเมือง" (question politique หรือ political question) ซึ่งตนไม่มีอำนาจวินิจฉัย[247] แนวบรรทัดฐานนี้ถือได้ว่าเป็นหมุดหมายสำคัญต่อการพัฒนาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส ดังจะพบได้ว่าภายหลังจากเกิดข้อพิพาทดังกล่าว สภาแห่งรัฐยังได้วางบรรทัดฐานอื่น ๆ เกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายบริหารบางประการที่ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ตนจะไม่ก้าวล่วงไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายเอาไว้ การเกิดขึ้นของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลยังทรงอิทธิพลให้องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในคดีทางกฎหมายมหาชนอื่นอย่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) เลี่ยงที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในบางลักษณะ

ในส่วนที่ 1.2 นี้ คณะผู้วิจัยจะศึกษาถึงการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล โดยจะชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวความคิดการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดการให้ความสำคัญกับการสร้างเสถียรภาพของฝ่ายบริหารมาจนถึงปัจจุบันที่มีการให้ความสำคัญกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายบริหารเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากยิ่งขึ้นจนส่งผลให้เกิดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่องเพื่อวางกลไกดังกล่าว

---

247 คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 5363 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1822 ; C.E. Laffitte, 1 er mai 1882.

1.2.1 ทัศนะเชิงลบต่อศาลปาเลอร์มองและอิทธิพลจากแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu กับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลในช่วงแรก

ภูมิทัศน์ของดุลอำนาจระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายการเมืองตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะที่แตกต่างจากกรณีของสหราชอาณาจักรอย่างมีนัยสำคัญ ดังจะเห็นได้ว่าในขณะที่รัฐสภาและศาลอังกฤษต่างร่วมมือกันเพื่อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์และฝ่ายบริหาร คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่านักกฎหมายฝรั่งเศสกลับมีทัศนะที่ไม่สู้ดีนักต่ออำนาจตุลาการนักอันเป็นผลพวงมาจากบทบาทของศาลปาเลอร์มอง (Parlement) ก่อนการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789 ทั้งด้วยอิทธิพลจากการเกิดขึ้นของแนวคิดว่าด้วยรัฐประกอบกับแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu ต่อการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่หลังการปฏิวัติจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน รัฐธรรมนูญทุกฉบับของประเทศฝรั่งเศสก็ล้วนแล้วแต่พยายามสร้างความเข้มแข็งและเสถียรภาพให้แก่ฝ่ายบริหารทั้งสิ้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงไม่ได้พยายามลดทอนสถานะของอำนาจบริหารให้กลายเป็นเพียง “เศษเหลือ” ที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการอนุญาตให้มีดังเช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ[248] ปัจจัยทั้งสองมีส่วนทำให้ศาลฝรั่งเศสไม่อาจเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างกว้างขวางเหมือนในระบบกฎหมายอังกฤษ

---

248 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, p 54.

ทัศนะเชิงลบต่อฝ่ายตุลาการในฝรั่งเศสเป็นผลพวงมาจากเหตุการณ์บ้านเมืองก่อนการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789[249] ในช่วงเวลานี้กษัตริย์ฝรั่งเศสได้ตั้งศาลประเภทหนึ่งขึ้นมาตามหัวเมืองต่าง ๆ เพื่อตัดสินคดีในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ศาลดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในนาม “ศาลปาเลอร์มอง” โดยผู้พิพากษาศาลปาเลอร์มองนี้จะได้รับการแต่งตั้งจากขุนนางชั้นสูง[250] อย่างไรก็ดี ขุนนางที่ได้รับแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาเหล่านี้มักจะต่อสู้แย่งชิงอำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจนิติบัญญัติกับพระมหากษัตริย์มาตลอด เนื่องจากศาลดังกล่าวมีอำนาจคัดค้านกฎหมายและส่งกลับไปให้พระมหากษัตริย์ทรงทบทวนก่อนจะนำมาบังคับใช้[251] นี้ ส่งผลให้ประมุขแห่งรัฐเองก็ไม่ไว้วางใจศาลปาเลอร์มองและพยายามจำกัดอำนาจของศาล[252] หากพิจารณาในภาพที่ใหญ่ขึ้น ศาลปาเลอร์มองจึงเป็นดั่ง “สัญลักษณ์ของชนชั้นนำซึ่งดำเนินภารกิจไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของชนชั้นนำ”[253] ดังจะพบว่าในความเป็นจริง ศาลดังกล่าวเคยใช้อำนาจยับยั้งการดำเนินนโยบายทางบริหารบางประการที่อาจพอเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลสมัยปัจจุบัน อาทิ การปฏิรูประบบการเงิน[254] ภาพลักษณ์เชิงลบที่ศาล

---

249 Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2013), p 32.

250 Katherine Crawford, *Perilous Performances: Gender and Regency in Early Modern France* (Harvard University Press 2004), p 155.

251 Sylvia Neely, *A Concise History of the French Revolution* (Rowman & Littlefield 2008), p 5.

252 Sophie Boyron, *The Constitution of France: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2013), p 3.

253 R. R. Palmer, *The Age of the Democratic Revolution: The challenge* (Princeton University Press 1959), p 99.

254 Albert Soboul, *A Short History of the French Revolution, 1789-1799* (Geoffrey Symcox (tr), University of California Press 1965), p 12.

ได้เข้าไปเป็น “ผู้เล่นทางการเมือง” ที่ได้กล่าวมานี้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้แม้ว่าปัจจุบัน ศาลปาเลอร์มองจะถูกยกเลิกและพัฒนาการมาเป็นศาลยุติธรรม ฝรั่งเศสก็ยังคงเลือกที่จะจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมให้มีอยู่เฉพาะแต่คดีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้น และไม่มีบทบาทในการวางกำหนดขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลได้ดั่งเช่นศาลอังกฤษ[255]

นอกเหนือจากทัศนคติเชิงลบต่ออำนาจตุลาการ อีกปัจจัยหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสก็ได้แก่ลักษณะการรวมศูนย์อำนาจภายในดินแดนดังกล่าว เราจะเห็นได้ว่าพระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสโดยเฉพาะราวศตวรรษที่ 13 ถึง 15 ทรงไม่เคยประสบกับเหตุการณ์ที่บรรดาขุนนางบังคับให้พระองค์ทรงลงพระปรมาภิไธยในเอกสารอันมีผลกระทบต่อขอบเขตของพระราชอำนาจ[256] ด้วยพระราชสถานะที่ค่อนข้างมั่นคง พระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสจึงทรงประสบความสำเร็จในการค่อย ๆ รวมอำนาจเข้าสู่ศูนย์กลาง ตลอดจนสถาปนาพระราชสถานะของพระองค์ขึ้นเป็น “ศูนย์รวมความเป็นชาติ” และ “ผู้พิทักษ์บูรณภาพแห่งดินแดนฝรั่งเศส” (“a defender of the French as a whole”) โดยเฉพาะช่วงหลังสงครามร้อยปี (The Hundred Years War ระหว่าง ค.ศ. 1337 ถึง ค.ศ. 1453)[257] ประวัติศาสตร์การรวมศูนย์อำนาจมายังส่วนกลางตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 15 อำนวยให้แนวความคิดว่าด้วย “รัฐ”

---

255 Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, p 33.

256 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, pp 42-48.

257 สงครามดังกล่าวเป็นสงครามระหว่างฝรั่งเศสกับอังกฤษเพื่อแย่งชิงสิทธิเหนือราชบัลลังก์ฝรั่งเศส Kody E. Whittington, ‘The Social Impact of the Hundred Years War on the Societies of England and France’ (Honors undergraduate thesis submitted to the University of Central Florida, 2016), pp 75-76.

ค่อย ๆ กำเนิดขึ้นนี่ก็เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่จำกัดอำนาจตุลาการในการเข้ามาควบคุมการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส การรวมศูนย์อำนาจดังกล่าวนำไปสู่การเกิดขึ้นของแนวคิดที่ว่า “รัฐนั้นเป็นสถาบันเอกเทศต่างจากทั้งประชาชนภายในรัฐและตัวผู้ปกครอง” ทำให้นักกฎหมายไม่อาจปฏิเสธพื้นที่เฉพาะของฝ่ายบริหารได้อีกต่อไป[258] ขณะเดียวกัน ข้อเขียนของนักปรัชญาคนสำคัญอย่าง Montesquieu ซึ่งมีอิทธิพลยิ่งยวดต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่หลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 จนถึงปัจจุบันก็มีส่วนช่วยรับรองพื้นที่เฉพาะของการใช้อำนาจบริหารในนามของรัฐ แนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจของเขาถูกรับรองไว้ในข้อ 16 ของประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (Déclaration des droits de l’homme et du citoyen) อันส่งผลให้ผู้ร่างรัฐธรรมนูญภายหลังการปฏิวัติใหญ่นั้นมีทัศนะว่า “การแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด ตลอดจนการแยกการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายเอกชนออกจากพื้นที่ของ “กิจการทางการเมือง” จะช่วยให้เสรีภาพของปัจเจกชนไม่ถูกล่วงละเมิด และช่วยป้องกันไม่ให้องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐหนึ่ง ๆ สามารถใช้อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จ”[259] ภายใต้สภาวะของการเกิดขึ้นของรัฐสมัยใหม่ กิจการทางการเมืองควรจะเป็นเรื่องของฝ่ายบริหารไม่ใช่ฝ่ายตุลาการ[260] ในที่นี้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีความเข้าใจว่า Montesquieu สนับสนุนความคิดดังกล่าวโดยจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมให้อยู่เพียงการวินิจฉัยข้อพิพาททางแพ่งและอาญาระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน[261] ประเด็นสำคัญที่คณะผู้วิจัยมุ่งชี้ให้เห็นในส่วนนี้ก็คือแนวคิดของ Montesquieu ในหนังสือ

---

258 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, pp 44-45.

259 Leon Duguit, ‘The French Administrative Courts’ (1914) 29 Political Science Quarterly 385, pp 386-387.

260 Ibid.

261 Ibid. และดูประกอบกับบทที่ 2

The Spirit of the Laws ทำให้เกิดความคิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสว่าอำนาจบริหารเป็นอำนาจคนละส่วนที่ไม่ได้มีสถานะด้อยกว่าอำนาจตุลาการแต่อย่างใดเลย ศาลจึงไม่อาจเข้ามาก้าวก่ายกิจการภายในของฝ่ายบริหาร[262] อีกประการที่สำคัญก็คือความคิดของ Montesquieu ยังมีผลอย่างมากต่อการสถาปนาระบบจักรวรรดิ (Empire) ภายใต้รูปแบบการปกครองแบบจักรพรรดิซีซาร์ (Caesarian tradition) ในฝรั่งเศส ภายใต้การนำของนายพล Napoleon เมื่อศตวรรษที่ 19 มรดกจากรูปแบบการปกครองดังกล่าวยังปรากฏอยู่จวบจนปัจจุบัน ดังคณะผู้วิจัยจะได้อธิบายต่อไป[263]

ภายใต้การปกครองแบบจักรพรรดิซีซาร์ Napoleon พยายามรวมศูนย์อำนาจมาที่ประมุขแห่งรัฐเพื่อสร้างเสถียรภาพให้แก่ดินแดนฝรั่งเศสซึ่งส่งผลตามมาให้การตรวจสอบฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติเป็นไปได้ยาก (โปรดดูต่อไปในส่วนที่ 2 ของบท)[264] การนี้ Napoleon ได้ตั้งรัฐมนตรี (Consul) ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารขึ้นมา 3 คน โดย Napoleon ได้ขึ้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีลำดับที่หนึ่งซึ่งถือเป็นตำแหน่งผู้นำของอาณาจักร ก่อนจะปราบดาตนเองขึ้นเป็นจักรพรรดิ (Emperor)[265] และในช่วงเวลาดังกล่าวนี้ Napoleon ยังได้ขยายเขตอำนาจของฝ่ายบริหารผ่านการจัดตั้งสภาแห่งรัฐหรือ Conseil d'Etat ขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้ให้คำปรึกษาแก่ฝ่ายบริหารในการบริหารรัฐกิจยกร่างกฎหมาย ตลอดจนเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการของฝ่ายปกครอง[266] ที่สำคัญ ในช่วงเวลาที่จักรพรรดิ

262 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, pp 46-48.

263 Boyron, *The Constitution of France*, p 21.

264 Ibid, p 11.

265 Ibid.

266 Ibid.

Napoleon ปกครองอยู่นี้เอง ก็เป็นช่วงเดียวกับที่เริ่มมีการก่อตัวของแนวคิดการกระทำทางรัฐบาล ด้วยอิทธิพลจากความคิดของ Montesquieu เมื่อศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจการพิจารณาเฉพาะคดีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการบริหารนโยบายหรือกิจการต่าง ๆ ของรัฐโดยฝ่ายบริหารบางส่วนจึงต้องถูกพิจารณาโดยองค์กรของฝ่ายบริหารเองอย่างสภาแห่งรัฐ ด้วยเหตุนี้ สภาแห่งรัฐจึงมีบทบาทสำคัญต่อการวางบรรทัดฐานว่ากิจการใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกันเอง[267] และ**ยิ่งถ้ากิจการของฝ่ายบริหารใดเป็น "เรื่องทางการเมืองโดยเนื้อแท้" (actes de haute politique) ด้วยแล้ว สภาแห่งรัฐก็ยิ่งต้องปฏิเสธไม่เข้าไปก้าวก่าย**[268] **หากกล่าวให้ถึงที่สุด ด้วยพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ได้กล่าวมา อำนาจบริหารของฝรั่งเศสจึงไม่ได้มีลักษณะเป็น "ส่วนเหลือ" ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการยอมอนุญาตให้คงไว้ดังเช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ**[269]

1.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลนับแต่สงครามโลกครั้งที่สอง

เนื่องจากบริบทของสังคมได้มีความเปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งเหตุการณ์ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงที่เกิดขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองในหลายประเทศได้ก่อให้เกิดผลที่สำคัญสองประการอันกระทบต่อภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ได้แก่ *ประการแรก* การละเมิดดังกล่าวทำให้เกิดแนวคิดในการตระหนักถึงการคุ้มครองสิทธิ

---

267 โปรดดูบทที่ 2

268 Malíř, 'Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě', p 6.

269 Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, pp 42-58.

มนุษยชนในหลาย ๆ ประเทศ[270] และ*ประการที่สอง* การละเมิดสิทธิมนุษยชนในช่วงสงครามยังทำให้เกิดการทบทวนว่าการยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดกล่าวคือให้รัฐสภาและฝ่ายบริหารตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างกันเองในกิจการที่เกี่ยวข้องกับการเมืองโดยแท้นั้น ก็อาจทำให้การตรวจสอบถ่วงดุลไม่อาจเกิดขึ้นได้จริง[271] เหตุทั้งสองประการส่งผลให้หลายประเทศเลือกที่จะจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง หรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่เรียกชื่ออย่างอื่น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ได้ทำหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน[272]

ประเทศฝรั่งเศสเองก็ได้รับอิทธิพลจากความเปลี่ยนแปลงข้างต้นเช่นเดียวกัน แต่ด้วยประวัติศาสตร์ที่ศาลเคยมีบทบาทเป็น “ผู้เล่นทางการเมือง” เมื่อช่วงก่อการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789 นักกฎหมายฝรั่งเศสจึงค่อนข้างลังเลที่จะสนับสนุนการมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการเข้ามาทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพ การนี้จึงทำให้กว่าประเทศฝรั่งเศสจะจัดตั้งระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ต้องรอจนกระทั่ง ค.ศ. 1958[273] อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเป็นแบบประมวลกฎหมายและด้วย

---

270 Steven Greer, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press 2006), pp 9-10, 18.

271 Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003), pp 1-3.

272 Ibid, pp 2, 90; Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, pp 32-33.

273 Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, pp 32-33.

รากฐานพัฒนาการการยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีทัศนะว่าตนมีเขตอำนาจเฉพาะที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดเท่านั้น และไม่มีเขตอำนาจในการพิจารณาประเด็นอื่นใดนอกเหนือจากที่บรรดากฎหมายเหล่านี้บัญญัติไว้[274] ดังจะพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมักจะตีความปฏิเสธว่าตนเองมีเขตอำนาจโดยให้เหตุผลว่า "*...รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้*" อยู่หลายครั้ง[275] ดังนั้น เรื่องใดก็ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าเป็นอำนาจของประธานาธิบดี คือ มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล และไม่ได้มีตัวบทปรากฏเอาไว้อย่างชัดเจนว่าให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยเรื่องดังกล่าวได้แล้วนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะไม่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของประเด็นนั้น[276]

อย่างไรก็ดี ความตื่นตัวต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่งผลให้ฝรั่งเศสมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 เพิ่มอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะประเด็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลของการใช้อำนาจของประธานาธิบดี[277] หากกล่าวอีกนัยหนึ่ง การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งนี้

---

274 Parviz Owsia, *Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law* (Graham & Trotman 1994), p 104.

275 เช่น การวินิจฉัยเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2003 ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า "ในเมื่อรัฐธรรมนูญให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของร่างกฎหมายเท่านั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่สามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้" คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 2003-469.

276 โปรดดูส่วนที่ 3.2

277 Jean-Pièrre Camby et al., *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?* (LGDJ 2011), p 68.

ทำให้ฝ่ายตุลาการสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจที่เข้าข่ายการกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้มากกว่าในอดีต

โดยสรุป ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษถือว่าการที่ศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบลักษณะการใช้อำนาจที่เข้าข่ายการกระทำทางรัฐบาลมากหรือน้อยนั้นขึ้นอยู่กับว่าศาลจะจำกัดอำนาจตัวเองแค่ไหนเพียงใด **ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสะท้อนภาพ "ความพยายามรักษา *พื้นที่พิเศษ*ของฝ่ายบริหาร" เอาไว้** โดยพื้นที่ดังกล่าวเป็นปริมณฑลที่อยู่**เหนือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล** ศาลไม่มีอำนาจโดยสภาพที่จะเข้าไปก้าวก่ายปริมณฑลดังกล่าว ข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากกิจกรรมของฝ่ายบริหารย่อมต้องถูกจัดการโดยฝ่ายบริหารเอง การขยายขอบเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการเหนือกิจการที่เข้าข่ายการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้นที่จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามที่ได้รับมอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

2. ความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล: ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชน

เมื่อทราบถึงภูมิทัศน์ของดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมืองเพื่อจะได้ทราบขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายตุลาการจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสไปแล้ว ในส่วนนี้ของบท คณะผู้วิจัยจะหันมาศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสองระบบกฎหมายบ้างผ่านมิติความชอบธรรม โดยคณะผู้วิจัยจะศึกษาลักษณะ

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชนในระบบอังกฤษและฝรั่งเศส อันเป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมที่จะทำให้ฝ่ายดังกล่าวมีความเหมาะสมมาก-น้อยที่จะตัดสินกิจกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลเหนือองค์กรตุลาการ

2.1 สหราชอาณาจักร: พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งหลงเหลือทางประวัติศาสตร์ของภัยต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากแนวคิด "เจตจำนงทั่วไปของปวงชน" [278]

ในขณะที่มิติ "ความชอบด้วยกฎหมาย" ของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์สะท้อนภาพประวัติศาสตร์ของสิ่งที่ Allison จัดว่าเป็นความร่วมมือระหว่างศาลกับรัฐสภาเพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ประวัติศาสตร์ที่พระราชอำนาจดังกล่าวถูกทำให้อยู่ภายใต้หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาก็แสดงให้เห็นไปพร้อมกันด้วยว่า "ความชอบธรรม" ของพระราชอำนาจนั้นไม่ได้ผูกกับแนวคิดอำนาจ "เจตจำนงทั่วไปของปวงชน" (general will) ซึ่งถือว่าปวงชนเป็นที่มาของความชอบธรรมของการใช้อำนาจตามกฎหมาย[279] เพื่ออธิบายข้อเสนอส่วนนี้ คณะผู้วิจัยขอย้อนไปที่เหตุการณ์ก่อนการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์เล็กน้อย ได้แก่ ความพยายามต่อต้านการปกครองของ

---

[278] โปรดอ้างอิงส่วนนี้ประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, ส่วนที่ 3.4 ของบทที่ 2 [รอการตีพิมพ์].

[279] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (อ่าน 2561), หน้า 327-328; Martin Loughlin, 'Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice' in Martin Loughlin and Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press 2008).

พระมหากษัตริย์ในศตวรรษที่ 17 และความล้มเหลวของระบอบเผด็จการโดยนายพล Cromwell เหตุการณ์เหล่านี้ต่างมีอิทธิพลต่อแนวทางของกลุ่มการเมืองฝ่าย Whigs ซึ่งเป็นแกนนำในการก่อเหตุการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์

ดังที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 1.1 ในช่วงต้นถึงกลางศตวรรษที่ 17 พระมหากษัตริย์ของอังกฤษ ขณะนั้นต่างทรงพยายามอ้างความชอบธรรมจากพระเจ้าเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การใช้พระราชอำนาจของพระองค์ ความขัดแย้งระหว่างฝ่าย Cavalier กับฝ่าย Roundheads ได้จุดไฟแห่งสงครามการเมือง (civil war) ขึ้นระหว่าง ค.ศ. 1642 และ ค.ศ. 1651 นักกฎหมายมักมองเหตุการณ์ความรุนแรงนี้ว่าเป็น “ปฐมบท” ของหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาและการปฏิเสธแนวคิด “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน”[280] ในช่วงวิกฤตนี้เองได้เกิดนักคิดและกลุ่มการเมืองที่พยายามขับเคลื่อนอุดมการณ์ว่าประชาชนนั้นคือเจ้าของอำนาจสูงสุดในแผ่นดินซึ่งคล้ายกับแนวความคิดเรื่อง “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” ซึ่งมีส่วนผลักดันให้เกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อค.ศ. 1789[281] เช่น Henry Parker เคยกล่าวไว้ว่า “เสียงของประชาชนนั้นเป็นสิ่งที่ควรค่าที่จะถูกคารวะดั่งเสียงของพระเจ้า” (“Vox populi was ever reverenced as vox Dei.”) [282] หรือกลุ่มการเมืองที่รู้จักกันในนาม The Levellers ได้เสนอแนวคิดว่าการใช้อำนาจของรัฐบาลต้องเป็นไปเพื่ออำนวยให้

---

280 Michael Gordon, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy* (Hart 2015), p 13.

281 โปรดอ้างอิงเนื้อหาส่วนนี้ประกอบ Loughlin, ‘Constituent Power Subverted’, pp 32-36.

282 Henry Parker, *The Case of Shipmony briefly discoursed, according to the grounds of law, policy and conscience. And most humbly presented to the censure and correction of the High Court of Parliament, Nov. 3. 1640* (Ann. Dom. 1640), p 35.

“ความผาสุก ความปลอดภัย และเสรีภาพ” (“weals, safeties, and freedoms”) บังเกิดแก่ประชาชน[283] ความขัดแย้งและสงครามกลางเมืองที่เกิดขึ้นนำไปสู่การสถาปนาระบอบเผด็จการภายใต้เครือจักรภพแห่งอังกฤษ, สกอตแลนด์, และไอร์แลนด์ การเปลี่ยนแปลงนี้กล่าวอ้าง “ประโยชน์ของปวงชน” เพื่อสร้างความชอบธรรม[284]

อย่างไรก็ดี แม้จะอาศัย “ประโยชน์ของปวงชน” เป็นข้ออ้างเพื่อปฏิวัติล้มล้างระบอบเก่า แต่ผู้ที่ขึ้นมามีอำนาจที่แท้จริงกลับเป็นฝ่ายทหารซึ่งก็ได้อ้าง “อำนาจในฐานะปากเสียงของปวงชน” เพื่อสร้างและรักษาอำนาจของตนเอาไว้[285] กลุ่มผู้ปกครองที่เป็นทหารได้ปกครองเครือจักรภพอังกฤษโดยอาศัยวิธีการหลากหลายประการที่ไม่ต่างจากแนวทางการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ผู้ได้ชื่อว่ากดขี่อย่างพระเจ้า James I ไม่ว่าจะเป็นความพยายามปกครองโดยไม่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา ตลอดจนใช้กำลังทหารเพื่อขจัดฝ่ายตรงข้ามอย่างโหดเหี้ยม[286] กระนั้น เมื่ออำนาจถูกถ่ายโอนไปยังบุตรชายของ Oliver Cromwell คือ Richard Cromwell ซึ่งด้อยบารมี Cromwell ผู้ลูกก็ไม่สามารถรักษาดุลอำนาจระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ในเครือจักรภพโดยเฉพาะกลุ่มทหารและฝ่ายรัฐสภาจนสุดท้ายฝ่ายกษัตริย์นิยมก็สามารถกลับมามีบทบาททางการเมืองได้อีกครั้ง[287] แต่คณะผู้วิจัยก็ได้กล่าว

283 Richard Overton, ‘An arrow against all tyrants (12 October 1646)’ in Andrew Sharp (ed), *The English Levellers* (Cambridge University Press 1998), p 56.

284 Loughlin, ‘Constituent Power Subverted’, pp 38-39.

285 Susan Kingsley Kent, *Gender and Power in Britain 1640-1990* (Routledge 1999), pp 17-18.

286 Graham Goodlad, *Oliver Cromwell* (Tirril 2007), pp 23-24.

287 Blair Worden, *God’s Instruments: Political Conduct in the England of Oliver Cromwell* (Oxford University Press 2012), p 307.

ไปแล้วเช่นกันว่าการฟื้นฟูระบอบกษัตริย์ (restoration) นั้น กลับปูทางไปสู่ความขัดแย้งอีกครั้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์นิยมและฝ่ายรัฐสภา ศาลเองอย่างเช่นในคดี Godden v Hales ซึ่งได้วินิจฉัยรับรองสถานะองค์อธิปัตย์ผู้ทรงพระราชอำนาจบังคับใช้หรือระงับใช้กฎหมายของพระมหากษัตริย์ก็มีส่วนเร่งเร้าไฟความขัดแย้งจนเป็นเหตุให้เกิดเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ในที่สุด

อย่างไรก็ดี เป็นที่น่าสังเกตว่าแม้การใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์จะเป็นมูลเหตุนำไปสู่การปฏิวัติเมื่อปลายศตวรรษที่ 17 แต่ชาวอังกฤษกลับไม่ได้คิดจะป้องกันการกลับมาของอำนาจเผด็จการในระยะยาวโดยสถาปนาแนวคิด “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” ให้เป็น “ความคิดนำทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ดังเช่นในประเทศฝรั่งเศสช่วงหลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789[288] สิ่งนี้เป็นผลมาจากประวัติศาสตร์*ความล้มเหลว*ของแนวทางแก้ไขปัญหาการใช้พระราชอำนาจตามพระราชหฤทัยของพระมหากษัตริย์โดยสถาปนาระบอบเผด็จการทหารขึ้นมาแทนที่ ดังที่ได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าการปฏิวัติโดยอ้างความชอบธรรมจากปวงชนไม่อาจสร้างเสถียรภาพให้เกิดขึ้นบนเกาะบริเตนใหญ่ได้อย่างยั่งยืน[289] Loughlin และ Philip ยังอธิบายด้วยว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรในปัจจุบันยังคงสะท้อนภาพของประวัติศาสตร์ส่วนนี้ นั่นก็คือภาพของสถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะสถาบันที่ช่วยอำนวยให้เสถียรภาพทางการเมืองธำรงอยู่ได้อย่างเหนียวแน่น พระราชอำนาจในนามของพระองค์จึงยังเป็นสัญลักษณ์แห่งเกียรติยศและความชอบธรรม

---

[288] Donald S. Lutz, ‘State constitution-making, through 1781’ in Jack P. Greene and J. R. Pole (eds), *A Companion to the American Revolution* (Blackwell 2000), p 277.

[289] Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, pp 177-178, 232.

ด้วยซ้ำไป[290] ส่วนการขับเคลื่อนมวลชนมีแต่จะนำไปสู่ลัทธิเชิดชูผู้นำ ซึ่งเปิดช่องให้ผู้นำสามารถอ้างความชอบธรรมจากปวงชนเพื่อใช้อำนาจในลักษณะที่ไม่ต่างจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยไม่ถูกควบคุมอำนาจ (อย่างเช่นกรณี Cromwell ผู้พ่อ)[291] ความเคลือบแคลงต่อการขับเคลื่อนมวลชนที่ได้กล่าวมาส่งผลให้**ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีแนวคิดที่ว่ารัฐบาลสามารถอ้างความชอบธรรมจาก "เจตจำนงทั่วไปของปวงชน" เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจของตนในรูปพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์และเพื่อปลดเปลื้องการใช้อำนาจประเภทนี้จากการถูกศาลตรวจสอบได้**[292]

2.2 ฝรั่งเศส: "มติมหาชน" ในฐานะฐานแห่งความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล

แม้ว่าการเกิดขึ้นของทฤษฎีการกระทางรัฐบาลจะสะท้อนให้เห็นว่าฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสมีพื้นที่พิเศษซึ่งฝ่ายตุลาการจะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายบริหารจะสามารถใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ในทางตรงกันข้ามฝ่ายบริหารจะต้องแสวงหาความชอบธรรมในการใช้อำนาจของตนเอง และฐานของความชอบธรรมที่ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสมักกล่าวอ้างมาตลอดในการดำเนินการของตนมาตลอดคือ**มติมหาชน** ความชอบธรรมที่ได้กล่าวมานี้เกี่ยวพันกับประวัติศาสตร์นับแต่การปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789

290 Loughlin, 'Constituent Power Subverted', pp 39-40.

291 รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, ส่วนที่ 3.4 ของบทที่ 2; Anter, *Max Weber's Theory of the Modern State*, p 72; Mark Philip, 'English Republicanism in the 1790s' (1998) 6 Journal of Political Philosophy 235, p 238.

292 Paul Craig, 'Brexit and the UK Constitution' in Jowell and O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution*, pp 118-119.

เบื้องต้น การปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 ส่งผลให้แนวความคิดของ Rousseau เรื่อง “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” (Volonté Générale) ถูกสถาปนาขึ้นเป็น “แกน” ของโครงสร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส[293] การดังกล่าวทำให้เกิดทัศนะที่ว่าพระมหากษัตริย์ไม่ได้เป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดอีกต่อไป ปวงชนที่รวมกันเป็นชาติต่างหากที่เป็นผู้ทรงอำนาจนี้ (popular sovereignty) [294] อย่างไรก็ดี การเมืองของฝรั่งเศสหลังการปฏิวัติใหญ่กลับมิได้ราบรื่นอย่างที่หลายฝ่ายคาดหวัง ฝรั่งเศสต้องเผชิญกับทั้งการปกครองแบบเผด็จการภายใต้การนำของ Robespierre ตลอดจนความไร้เสถียรภาพทางการเมืองภายใต้ระบบคณะผู้บริหารบ้านเมือง 5 คน (five directors) ระบบคณะผู้บริหารสิ้นสุดลงภายหลังถูกนายพล Napoleon ก่อการรัฐประหารเมื่อค.ศ. 1799[295] นอกจากจะช่วยอำนวยรื้อฟื้นเสถียรภาพทางการเมืองแล้ว นายพล Napoleon ยังได้รับการยกย่องจากประชาชนให้เป็นวีรบุรุษผู้ช่วยป้องกันประเทศจากภายนอก[296] ด้วยเสียงแซ่ซ้องจากประชาชน เขาจึงสามารถสถาปนาระบบจักรพรรดิซีซาร์ขึ้นมาได้สำเร็จ ภายใต้ระบบดังกล่าว Napoleon ได้เชื่อมโยงแนวคิดเรื่อง “เจตจำนงทั่วไป” เข้ากับอำนาจบริหารแทนที่จะเป็นอำนาจนิติบัญญัติดังเช่นภายหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 โดยเขาได้เสนอภาพตัวเองในฐานะ “ผู้นำซึ่งทรงบารมี” (charismatic leader) และ “มีความชอบธรรมจากการยอมรับของปวงชน”[297] ประมุขของรัฐนั้น

---

293 Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, p 32.

294 Luke Glanville, *Sovereignty and the Responsibility to Protect: A New History* (University of Chicago Press 2014), p 60.

295 Boyron, *The Constitution of France*, pp 10-11.

296 Ibid.

297 Frank Furedi, *Authority: A Sociological History* (Cambridge University Press 2013), p 79.

จึงเป็นทั้ง “ผู้นำฝ่ายบริหาร” ตลอดจนเป็น “ศูนย์รวมและเครื่องแสดงออกซึ่งความเป็นหนึ่งเดียวของเจตจำนงทั่วไปของปวงชน” (“a leader who answers to the belief that there can be only one true leader who expresses the popular will”)[298] Napoleon ได้อาศัยฐานความชอบธรรมจากเจตจำนงทั่วไปของปวงชนขอให้ปวงชนชาวฝรั่งเศสลงประชามติถึงสามครั้งว่าต้องการให้เขาดำรงตำแหน่งประมุขแห่งรัฐตลอดชีวิตเมื่อ ค.ศ. 1800 และ ค.ศ. 1802 ตลอดจนควรให้ตำแหน่งดังกล่าวมีทายาทผู้สามารถสืบสันติวงศ์ต่อไปหรือไม่เมื่อ ค.ศ. 1804 เมื่อผลปรากฏว่าประชาชนได้ให้ความเห็นชอบกับประเด็นคำถามทั้งสาม Napoleon ก็ได้อาศัยความชอบธรรมนี้สถาปนาการปกครองในแบบจักรวรรดิ (Empire)[299] รูปแบบการปกครองแบบจักรพรรดิซีซาร์ที่ Napoleon ได้สถาปนาขึ้นนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ **ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ว่ารัฐบาลสามารถอ้างความชอบธรรมจาก “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การตัดสินใจเชิงนโยบายทางการเมืองโดยแท้ซึ่งจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลเพื่อปลดเปลื้องการใช้อำนาจประเภทนี้จากการถูกสภาแห่งรัฐหรือฝ่ายตุลาการตรวจสอบได้**[300]

ในศตวรรษที่ 20 แนวคิดแบบจักรพรรดิซีซาร์ถูกสร้างผ่านการก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งประธานาธิบดีสมัยสาธารณรัฐที่ 4 ของนายพล Charles de Gaulle หลังสงครามโลกครั้งที่สอง เนื่องจากเขาเป็นผู้ที่

---

298 Richard Swedberg and Ola Agevall, *The Max Weber Dictionary: Key Words and Central Concepts* (Stanford University Press 2005), p 199.

299 Matt Qvortrup, *The Referendum and Other Essays on Constitutional Politics* (Hart Publishing 2019), pp. 20-21.

300 Boyron, *The Constitution of France*, pp 21-23.

ได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้ช่วยกอบกู้ประเทศฝรั่งเศสระหว่างสงคราม[301] นอกจากนี้ เช่นเดียวกับ Napoleon ประธานาธิบดี de Gaulle ยังอาศัยการอ้างมติมหาชนโดยการออกเสียงประชามติเพื่อรักษาอำนาจของตน ดังจะพบว่า เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ใน ค.ศ. 1958 ก็ได้มีบทบัญญัติมาตรา 11 กำหนดให้ประธานาธิบดีโดยการร้องขอของนายกรัฐมนตรีสามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติในร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับโครงสร้างของรัฐได้[302] บทบัญญัตินี้สะท้อน “มรดก” จากระบบจักรพรรดิซีซาร์โดยบทบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารซึ่งอาจต้องการผ่านร่างกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนไม่เห็นชอบ ถ้าหากฝ่ายบริหารเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นมีความสำคัญและจำเป็นอย่างมากต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ก็สามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติ ซึ่งเท่ากับเป็น “การคืนอำนาจการตัดสินใจให้แก่ประชาชน” ตลอดจนเป็น “การสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจบริหารนั้นโดยตรงจากปวงชน”[303] ประธานาธิบดี de Gaulle ได้ใช้ช่องทางตามมาตรา 11 นี้เพื่อขอให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อแก้รัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากปวงชนชาวฝรั่งเศส เหตุการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การร้องขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการนำกลไกตามมาตรา 11 มาใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[304] โดยคณะผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงรายละเอียดของคำวินิจฉัยดังกล่าวในข้อ 3.2 ต่อไป

---

301 Eugénie Mérieau, ‘French authoritarian constitutionalism and its legacy’ in Helena Alviar García and Günter Frankenberg (eds), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique* (Elgar 2019), p 203.

302 Ibid, p 200.

303 Ibid.

304 Ibid, pp 200-203.

3. คำวินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นข้างต้นไปแล้วถึงทั้งขอบเขตอำนาจที่ฝ่ายตุลาการจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลของระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส ตลอดจนลักษณะของการอ้างความชอบธรรมของฝ่ายการเมืองจากปวงชนในระบบกฎหมายทั้งสองระบบ ในส่วนที่ 3 นี้ คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นผลพวงมาจากภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันส่งผลให้ศาลอังกฤษและศาลฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลแตกต่างกันตามไปด้วย

3.1 ศาลอังกฤษกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์

ประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ที่ได้บรรยายไปในส่วนที่ 1 สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามลดทอนสถานะของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ให้ลงมาเป็นเพียงอำนาจที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายรองจากพระราชบัญญัติ การใช้อำนาจในรูปของพระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการทางการเมืองจึงไม่ได้เป็นเหตุยกเว้นมิให้ฝ่ายบริหารต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ขณะเดียวกัน ฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถอ้างเสียงสนับสนุนจากปวงชนต่อการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการหนึ่ง ๆ เพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การใช้พระราชอำนาจนั้นได้ ด้วยลักษณะของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ชื่นชอบในการพัฒนากฎหมายจาก “แนวทางบรรทัดฐานจากข้อเท็จจริง” มากกว่า “หลักเกณฑ์ที่เป็นนามธรรม” ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมาย

รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์และกำหนดว่าการใช้พระราชอำนาจเรื่องหนึ่ง ๆ จะถูกตรวจสอบขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด[305]

ย้อนกลับมาที่งานวิชาการภาษาไทย นักวิชาการไทยมักจะยกคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษจำนวนหนึ่งขึ้นมาเพื่อเป็นตัวอย่างว่าหากเป็นกิจกรรมทางการเมืองหรือเกี่ยวกับนโยบายทางการเมืองซึ่งเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้วนั้น ศาลจะต้องเลี่ยงไม่เข้าไปทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย อาทิ งานวิชาการของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ยกบรรทัดฐานของศาลอังกฤษคดี Duke of York และคดี Denman (คดีหลังยังได้ถูกอ้างอิงโดยรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (ตำแหน่งวิชาการ ณ ขณะนั้น))[306] คณะผู้วิจัยได้บรรยายถึงคดี Duke of York ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อค.ศ. 1460 ไปในบทที่ 2 แล้ว ในที่นี้จึงขออธิบายถึงเฉพาะรายละเอียดของคดี Denman[307]

คดี Denman นั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าทาสชาวสเปนกับผู้การเรือชาวอังกฤษ และเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเรื่อง Act of State ซึ่งว่าด้วยการที่เป็นการใช้พระราชอำนาจเพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนซึ่งไม่อาจถูกศาลตรวจสอบ[308] คดีนี้มีมูลเหตุมาจากการที่

---

305 Mark Elliott, Jack Williams and Alison L Young, 'The *Miller* Tale: An Introduction' in Elliott, Williams and Young (eds), *The UK Constitution after Miller*, p 35.

306 เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 'การกระทำทางรัฐบาล', หน้า 73; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, 'บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา', หน้า 180.

307 *Buron v Denman* (1848) 2 Exch. 167.

308 Eirik Bjorge and Cameron Miles, 'Crown and Foreign Acts of State before

ผู้การเรือชาวอังกฤษชื่อ Denman ได้นำกำลังทหารเข้าไปช่วยเหลือทาส ซึ่งเป็นคนในบังคับของบริเตน (British subjects) ในโรงงานทาสของสเปน ทั้งยังได้เผาโรงงานนั้นทิ้ง ต่อมา เหตุการณ์การเผาโรงงานได้ถูกรับรอง โดยรัฐบาลอังกฤษในนามพระมหากษัตริย์ (The Crown) ด้วยผลจาก การรับรองที่ได้กล่าวมา ศาลอังกฤษจึงได้วินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนี้ เป็น “การกระทำของรัฐ” (Act of state)[309] อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัย มีข้อสังเกตคือแม้คำวินิจฉัยทั้งคดี Duke of York และคดี Denman ที่นัก วิชาการชาวไทยมักยกขึ้นมาเป็นกรณีศึกษาจะพอเทียบได้กับการกระทำ ทางรัฐบาลของไทยได้ก็จริง แต่คำพิพากษาคดี Duke of York นั้น เกิดขึ้นตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 15 ก่อนเกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ด้วยซ้ำไป ส่วนคำพิพากษาคดี Denman เกิดขึ้นเมื่อศตวรรษที่ 19 นอกจากนี้ คำพิพากษาทั้งสองยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับโลกสมัยใหม่อีกต่อไป (การแก่งแย่งราชบัลลังก์หรือการจัดการกับการค้าทาส) ในปัจจุบัน แนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษที่เกี่ยวกับการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิม ของพระมหากษัตริย์ที่พอเทียบได้กับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทย นั้นพัฒนาไปไกลกว่านี้มาก งานวิจัยชิ้นนี้จึงถือโอกาสเพิ่มเติมข้อมูลใหม่ ให้กับงานวิจัยที่มีอยู่แต่เดิม

เมื่อลองมาพิจารณาผลงานวิชาการภาษาไทยอื่น ๆ ซึ่งศึกษา ประสบการณ์จากต่างประเทศเพื่อเสนอแนวทางพัฒนาองค์ความรู้ทาง วิชาการเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลและพัฒนาแนวทางการปรับใช้

British Courts: *Rahmatullah*, *Belhaj*, and the Separation of Powers’ in Curtis A. Bradley (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019), p 727.

309 Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law* (Cambridge University Press 2014), pp 278-279.

ทฤษฎีดังกล่าวในประเทศไทย ดุษฎีนิพนธ์ของสุชาดา เรืองแสงทองกุล ดูจะเป็นงานที่รวบรวมคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษไว้เป็นจำนวนมากที่สุด สุชาดาได้เลือกศึกษาคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตของพระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการด้านการต่างประเทศและกิจการด้านความมั่นคงเพื่อแสดงให้เห็นว่าในสหราชอาณาจักรเองศาลก็เลี่ยงไม่เข้าไปก้าวก่ายกิจการประเภทเหล่านี้[310] กระนั้น สุชาดากลับมิได้ศึกษาคำวินิจฉัยชื่อดังเมื่อ ค.ศ. 1984 อย่างคดี Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service หรือที่รู้จักกันทั่วไปในนามคดี GCHQ ซึ่งเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เกี่ยวกับขอบเขตของพระราชอำนาจดั้งเดิม

นอกจากนี้ คณะผู้วิจัยขอหมายเหตุอีกด้วยว่างานวิชาการภาษาไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งศึกษาประสบการณ์จากสหราชอาณาจักร (กฎหมายอังกฤษ) ต่างได้ถูกเขียนขึ้นก่อนเหตุการณ์ความพยายามของสหราชอาณาจักรที่จะแยกตัวออกจากสหภาพยุโรป หรือที่รู้จักกันในชื่อเหตุการณ์ Brexit โดยเหตุการณ์ Brexit นั้นนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างความพยายามของรัฐบาลที่จะใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการด้านการต่างประเทศและพระราชอำนาจดั้งเดิมเพื่อปิดประชุมรัฐสภาเพื่ออำนวยให้การแยกตัวนั้นลุล่วงกับฝ่ายที่ต่อต้านการกระทำดังกล่าวจนเป็นเหตุของการฟ้องคดี R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union[311] หรือที่รู้จักกันในนามคดี Miller I และคดี R (Miller) v The Prime Minister and Cherry v Advocate General

---

310 สุชาดา เรืองแสงทองกุล, 'การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล', บทที่ 2.

311 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5 [ต่อไปนี้จะเรียกว่า "Miller I"].

for Scotland[312] หรือที่รู้จักกันในนามคดี Miller II (บ้างก็เรียกคดี Miller and Cherry) ทั้งงานวิชาการภาษาไทยในเรื่องที่กล่าวมายังได้ถูกจัดทำขึ้นก่อนมีการฟ้องคดีอันสืบเนื่องจากแผนปฏิบัติการกวาดล้างกลุ่มก่อการร้ายของสหราชอาณาจักรภายใต้การใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิม คดีที่เกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 21 เหล่านี้ได้สะท้อนภาพลักษณะของพระราชอำนาจดั้งเดิมในระบบกฎหมายอังกฤษสมัยใหม่อย่างแท้จริง

ในส่วนที่ 3 นี้ คณะผู้วิจัยจะศึกษาการพัฒนาบรรทัดฐานของศาลอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับขอบเขตพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่เทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลของไทยภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ โดยคณะผู้วิจัยจะอาศัยคดี GCHQ เมื่อค.ศ. 1984 เป็นจุดแบ่ง[313] คณะผู้วิจัยจะแสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาของศาลนั้นสะท้อนภาพประวัติศาสตร์การยืนยันว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมไม่เป็นอำนาจ “เหนือ” การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายอีกต่อไป ที่สำคัญก็คือนับตั้งแต่ศาลมีคำวินิจฉัยคดี GCHQ ประกอบกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรที่มีความเชื่อมโยงกับ “การคุ้มครองสิทธิ” ภายใต้กฎหมายสหภาพยุโรปและอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ศาลอังกฤษในยุคใหม่ได้พยายามเชื่อมโยงพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เข้ากับสิทธิของปัจเจกชนมากยิ่งขึ้น

---

312 *R (on the application of Miller) v The Prime Minister; Cherry and Others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41 [ต่อไปนี้จะเรียกว่า “Miller II”].

313 Loveland, *Constitutional law, administrative law, and human rights*, pp 103-122.

3.1.1 คำวินิจฉัยของศาลก่อนคดี GCHQ[314]

ก่อนสภาขุนนาง (House of Lords) ซึ่งเคยทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของสหราชอาณาจักรจนถึงค.ศ. 2009 (ปัจจุบันศาลสูงสุดของรัฐดังกล่าวได้แก่ ศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร (The Supreme Court of the United Kingdom)) จะมีคำวินิจฉัยในคดี GCHQ ศาลต่าง ๆ ในสหราชอาณาจักรก็เคยมีโอกาสพิจารณาข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เพื่อดำเนินการเชิงนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาอยู่บ้างแล้ว การนี้ คำวินิจฉัยของศาลก่อนคดี GCHQ สะท้อนประวัติศาสตร์ข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์อย่างชัดเจน กล่าวคือ **ศาลได้ปฏิเสธบรรทัดฐานจากทั้งคดี Hampden ที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียวในการวินิจฉัยว่าอะไรคือ "ความจำเป็นเพื่อพิทักษ์ความมั่นคงของชาติ"[315] รวมถึงบรรทัดฐานคดี Hales ที่ว่าพระมหากษัตริย์ทรงเป็นรัฏฐาธิปัตย์ผู้ทรงพระราชอำนาจในการระงับใช้กฎหมาย** เราจะพบได้ว่าในกรณีการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมซึ่งเกี่ยวกับการสงครามและความมั่นคงของชาติ เช่น คดี Zamora ศาลได้ปฏิเสธบรรทัดฐานข้างต้นและเข้าไปวินิจฉัยความมีอยู่และขอบเขตของพระราชอำนาจดั้งเดิมโดยให้ฝ่ายรัฐบาลนำเสนอ "ข้อเท็จจริงที่เป็นมูลเหตุให้ต้องใช้พระราชอำนาจ" ("factual prerequisite")[316] หรือในคดี Burmah Oil ศาลก็ยืนยันว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในการสงครามมีสถานะเป็นเพียง "อัฐิจากอดีตกาล" ("relic of a past age") ไม่ได้เป็นอำนาจที่สัมบูรณ์และได้วินิจฉัยให้รัฐบาลในนามพระมหากษัตริย์

---

314 โปรดอ้างอิงเนื้อหาส่วนนี้ประกอบกับ Ibid, pp 102-103.

315 Ibid.

316 Ibid.

(the Crown) ต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่เอกชนผู้เสียหายจากการถูกยึดทรัพย์สินระหว่างสงครามโดยอาศัยพระราชอำนาจนั้น[317]

อย่างไรก็ดี **ศาลก็ทำมากที่สุดแค่วินิจฉัยความมีอยู่และขอบเขตของพระราชอำนาจ ตลอดจนให้รัฐบาลเสนอหลักฐานและให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามที่ได้กล่าวมาเท่านั้น**[318] เราจะพบว่าก่อนเกิดคดี GCHQ ศาลได้เลี่ยงไม่เข้าไปก้าวล่วงดุลยพินิจของรัฐบาลว่าสภาพเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติหรือไม่[319] อันเป็นเรื่องที่สัมพันธ์กับ "ลักษณะของการใช้พระราชอำนาจ" (manner)[320] หันมาดูกรณีพระราชอำนาจที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศบ้าง กรณีนี้ ศาลจะถือหลักไว้ว่าพระราชอำนาจดังกล่าวเป็นเรื่องนโยบายอย่างแท้จริง กล่าวคือ ถึงแม้สนธิสัญญาที่รัฐบาลกำลังเจรจานั้นจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญอย่างมีนัยสำคัญ เช่น การเจรจาสนธิสัญญาโรม (Treaty of Rome) ซึ่งยังผลให้สหราชอาณาจักรกลายเป็นส่วนหนึ่งของตลาดร่วมยุโรป (common market)[321] แต่ศาลก็จะถือว่า "*กฎหมาย [ก็] ไม่ได้มุ่งไถ่ถามถึงรูปแบบลักษณะการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมที่ถูกนำไปใช้*" ("[L]aw would not inquire into *the manner* in which [the] prerogative was exercised.")[322]

---

317 *Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate* [1965] AC 75, at 101.

318 *GCHQ*, at 398; Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown', p 230.

319 *Burmah Oil Co*; *Re A Petition of Right* [1915] 3 KB 649; Loveland, *Constitutional law, administrative law, and human rights*, p 103.

320 Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, p 178.

321 *Blackburn v Attorney General* [1971] 1 WLR 1037.

322 Ibid; *Hanratty and Another v Lord Butler of Saffron Walden* (1971) SJ 382, at 386 (emphasis added); Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown', pp 207-209, 220-221.

3.1.2 คำวินิจฉัยของศาลนับแต่คดี GCHQ

คำวินิจฉัยคดี GCHQ เมื่อค.ศ. 1984 จัดเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญต่อทัศนะของศาลในการเข้ามาทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ประเภทที่เทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยเลยก็ว่าได้ คดีนี้มีมูลเหตุมาจากการที่นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการข้าราชการ (Minister for the Civil Service) ณ ขณะนั้นคือนาง Margaret Thatcher อ้างเหตุผลเรื่อง "ความมั่นคงของชาติ" เพื่อใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ (ในรูปพระบรมราชโองการ (Order in Council)) ห้ามข้าราชการประจำหน่วยข่าวกรอง (Government Communications Headquarters หรือ GCHQ) เข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน (trade union) ต่อมา นาง Thatcher ในฐานะรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกิจการข้าราชการได้ถูกฟ้องต่อศาลว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมที่ได้กล่าวมาไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ดี ความสำคัญของคดี GCHQ นั้นไม่ใช่มูลเหตุที่นำมาสู่การฟ้องร้องหรือประเภทของพระราชอำนาจดั้งเดิมที่ฟ้องร้องหรือแม้แต่ผลของคดีหากแต่เป็นบรรทัดฐานที่บรรดาผู้พิพากษาในสภาขุนนางได้วางขึ้น

ในมุมหนึ่ง ศาลในคดี GCHQ ยอมรับว่า "ความมั่นคงของชาติ" (national security) เป็นเหตุที่สร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้พระราชอำนาจตามข้อเท็จจริงแห่งคดี[323] แต่ในอีกมุมหนึ่งนักกฎหมายหลายท่านเห็นตรงกันว่าแนวทางวินิจฉัยคดีดังกล่าวมีผลเปลี่ยนแปลงเกณฑ์วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมไปอย่างมีนัยสำคัญ[324] **ผู้พิพากษาในคดี GCHQ ยืนยันผลพวงจาก**

323 GCHQ, at 401-404.

324 Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, pp 175-

ประวัติศาสตร์ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ที่ว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในรูปพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ไม่ได้เป็นมูลเหตุตัดอำนาจศาลมิให้เข้ามาทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย[325] แต่สิ่งที่นักกฎหมายอังกฤษจำนวนหนึ่งเห็นว่าบรรทัดฐานในคดีนี้ก้าวไปไกลกว่าคดีก่อน ๆ หากอ้างอิงตามคำอธิบายของ Cohn ประกอบกับ Loveland ก็คือ**ศาลได้ยืนยันว่าเกณฑ์ที่ใช้บ่งชี้ว่าตนจะสามารถเข้าไปตรวจสอบพระราชอำนาจหนึ่ง ๆ ได้หรือไม่นั้น ได้แก่ "เกณฑ์สารัตถะแห่งพระราชอำนาจตามข้อพิพาท" ("subject-matter formula")**[326] **ซึ่งว่าด้วย "วิสัยของการใช้อำนาจของรัฐบาลหาใช่ฐานแห่งอำนาจ" ("nature of government rather than source")**[327] ผู้พิพากษาประจำคดีคือ Lord Roskill ได้กล่าวในตอนหนึ่งของคำวินิจฉัยไว้ว่าหากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ใดมีผล "กระทบกระเทือนสิทธิของพลเมือง" ("affecting the right of the citizen") ศาลก็ย่อมมีอำนาจที่จะเข้าไปควบคุมการใช้พระราชอำนาจในกรณีนั้น[328]

ศาสตราจารย์ชื่อดังอย่าง Mark Elliott ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าเกณฑ์พิจารณา "ด้านเนื้อหา" ที่ได้กล่าวมาแสดงให้เห็นว่าศาลจะไม่จำกัดการเข้าไปทบทวนพระราชอำนาจดั้งเดิมแค่ในประเด็นความมีอยู่

179; Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown', pp 214-217; Thomas Poole, 'The Strange Death of Prerogative in England' (LSE Law, Society and Economy Working Papers 21/2017), p 13.

325 GCHQ, at 409-410.

326 Cohn, 'Form, Formula and Constitutional Ethos', p 704.

327 Loveland, *Constitutional law, administrative law, and human rights*, pp 119-125.

328 GCHQ, at 417-418.

และขอบเขตการใช้ (“existence and extent”) เท่านั้นเหมือนแต่ก่อน หากแต่พร้อมที่จะเข้าไปตรวจสอบลักษณะ (“manner”) ของการใช้อำนาจมากขึ้นกว่าที่เคย[329] กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากอ้างอิงตามข้อสังเกตของ Thomas Poole บรรทัดฐานจากคดี GCHQ ข้างต้นแสดงให้เห็นว่าศาลมีแนวโน้มโอนอ่อนผ่อนตามฝ่ายบริหารลดลงโดยจะเลือกโอนอ่อนผ่อนตามโดยพิจารณาจากเนื้อหาของการใช้พระราชอำนาจเป็นรายกรณี ๆ และเฉพาะกรณีที่ “มีความเหมาะสม” (“in appropriate case”)[330] ถ้ากล่าวให้ถึงที่สุด บรรทัดฐานคดี GCHQ ได้*เปิดช่อง*ไว้ว่า **แม้กิจการที่ฝ่ายบริหารดำเนินการไปในรูปของพระราชอำนาจดั้งเดิมจะมีเนื้อหาเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาล แต่ถ้าการดำเนินการของรัฐบาลนั้นมีเนื้อหาบางส่วนที่ศาลเหมาะจะเข้าไปทบทวนความชอบด้วยกฎหมายโดยเฉพาะหากมีลักษณะกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ฝ่ายบริหารก็ไม่อาจอ้างว่ากิจการที่ตนดำเนินการอยู่เป็นเรื่องเชิงนโยบายเพื่อปฏิเสธอำนาจศาลได้**[331]

โดยสรุป หมุดหมายแห่งความเปลี่ยนแปลงที่ศาลในคดี GCHQ ได้วางไว้สะท้อนให้เห็นว่าศาลพยายามผูกมัดตนเองให้เคารพข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญที่ถูกสถาปนาขึ้นจากเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ โดยเฉพาะหลักการที่ว่ารัฐบาลไม่อาจใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์โดยปราศจากความควบคุมความชอบด้วยกฎหมายให้มากยิ่งขึ้น Hadfield ได้อธิบายว่าปัจจัยทางประวัติศาสตร์ที่ส่งผลต่อความเปลี่ยนแปลงนี้ ได้แก่ การปรับปรุงระเบียบวิธีพิจารณาความ

---

329 Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, p 179; Le Sueur, Sunkin, and Murkens, *Public Law*, p 351.

330 Poole, ‘The Strange Death of Prerogative in England’, p 20.

331 Stirn, Fairgrieve, and Guyomar, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, p 60.

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลระหว่างค.ศ. 1970s ถึงค.ศ. 1980s[332] ด้วยปัจจัยดังกล่าวทำให้ศาลถูกคาดหวังจากสังคมให้ทำหน้าที่ผู้พิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายอย่างแข็งขันมากยิ่งขึ้น[333]

แนวบรรทัดฐานจากคดี GCHQ ถูกยืนยันโดยศาลอุทธรณ์ (Court of Appeal) ในคดี Everett ที่สำคัญก็คือผู้พิพากษาในคดีหลังนั้นได้ตีความว่าบรรทัดฐานจากคดีแรกได้สร้าง "มาตรวัด" ว่าด้วยอำนาจศาลที่จะทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์[334] ผู้พิพากษาประจำคดี Everett คือ ผู้พิพากษา Taylor ได้กล่าวในตอนหนึ่งของคำพิพากษาว่า "*ในส่วนยอดสุดของมาตรวัด [ที่ได้กล่าวมา] ได้แก่ พระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการเชิงนโยบายโดยแท้ … [เช่น] การทำสนธิสัญญา การประกาศสงคราม … การเคลื่อนกำลังทหาร*" ("At the top of the scale of executive functions under the prerogative are matters of high policy …[for instance,] making treaties, making war, …, mobilising armed forces.") ซึ่งศาลจะปฏิเสธไม่เข้าไปควบคุม (non-justiciability) แต่หากการใช้พระราชอำนาจ "*มีผลกระทบต่อสิทธิ [และเสรีภาพของ]ปัจเจกชน*" ("affecting the rights [and freedoms] of individuals") กิจการเหล่านั้นย่อมอยู่ภายใต้อาณัติแห่งอำนาจทบทวนของศาล (justifiable)[335] ที่น่าสนใจก็คือในฐานะที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคี

---

[332] Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown', pp 205-217.

[333] Allison, *A Continental Distinction in The Common Law*, pp 1, 26-27.

[334] Hadfield, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown', pp 219-220.

[335] Ibid, pp 219-220; *R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Everett* [1989] All ER 655, at 660. ตัวอย่างที่ผู้พิพากษา

ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป แม้ศาลอังกฤษจะโอนอ่อนผ่อนตาม ไม่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิม บางประเภทซึ่งเป็นเรื่องเชิงนโยบายโดยแท้ อาทิ พระราชอำนาจด้านกิจการทหารและความมั่นคงของชาติ แต่หากพระราชอำนาจนั้นกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของบุคคลบางกลุ่ม บุคคลที่ถูกกระทบสิทธินั้นก็สามารถไปฟ้องร้องต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ เช่น ในคดี Smith[336] หากศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าสิทธิมนุษยชนถูกกระทบโดยพระราชอำนาจดั้งเดิมจริง การนี้ก็จะยังผลให้รัฐบาลสหราชอาณาจักรต้องมีหน้าที่เยียวยาผู้เสียหายและแก้ไขแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ[337] อย่างไรก็ดี คดี Smith นั้นเกิดขึ้นก่อน ค.ศ. 1998 การตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนเมื่อ ค.ศ. 1998 ทำให้ศาลภายในสามารถวินิจฉัยได้ว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์สอดคล้องกับสิทธิตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปหรือไม่ พัฒนาการทางประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่ ค.ศ. 1998 เป็นต้นมานี้ทั้งเพิ่มอำนาจและย้ำเตือนบทบาทของศาลในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการถูกล่วงละเมิดโดยการใช้อำนาจภายใต้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์[338] สิ่งนี้ถูกสะท้อนผ่านคำวินิจฉัยในช่วงศตวรรษที่ 21 ซึ่งเกิดเหตุการณ์สำคัญขึ้นนั่นก็คือเหตุการณ์ Brexit และการดำเนินนโยบายปราบปรามผู้ก่อการร้าย

Taylor ยกขึ้นมาแต่คณะผู้วิจัยได้ละไปคือการยุบสภา (dissolution of Parliament) เนื่องจากคณะผู้วิจัยได้อธิบายไปแล้วว่าปัจจุบันการดังกล่าวเป็นกิจการที่ต้องกระทำภายใต้กฎเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติ

336 *R v Ministry of Defence, ex parte Smith* [1996] 1 All ER 256.

337 *Smith and Grady v UK* (1999) 29 EHRR 493.

338 รวินท์ ลีละพัฒนะ, 'พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998', หน้า 93-97, บทที่ 3; John Stanton and Craig Prescott, *Public Law* (Oxford University Press 2018), p 217.

สำหรับกลุ่มคดีแรกคือกลุ่มคดีที่สืบเนื่องมาจากเหตุการณ์ Brexit[339] นั้น เกิดขึ้นภายหลังรัฐบาลพรรคอนุรักษ์นิยม (Conservative Party) เปิดโอกาสให้พลเมืองบริเตนได้ลงคะแนนประชามติเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2016 เพื่อแสดงความเห็นว่าสหราชอาณาจักรควรธำรงสถานะสมาชิกของสหภาพยุโรปเอาไว้อีกต่อไปหรือไม่[340] ดังที่ทราบกันดี ผลของประชามติครั้งนี้ก็คือประชาชนเสียงข้างมาก (ร้อยละ 52 ต่อ ร้อยละ 48) เลือกให้สหราชอาณาจักร "ถอนตัวออกจากสหภาพยุโรป"[341] ภายหลังจากการทำประชามติข้างต้นได้ไม่นาน นายกรัฐมนตรีคือ นาง Theresa May จึงได้ตระเตรียมอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพื่อทำหนังสือแสดงความประสงค์แยกตัวต่อประธานคณะมนตรียุโรป (President of the European Council) การดังกล่าวนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลกับองค์กรภาคประชาคมซึ่งต้องการให้สหราชอาณาจักรคงความเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปต่อไป (ฝ่าย Remainer) ความขัดแย้งนี้นำไปสู่การฟ้องคดีสำคัญ 2 คดีนั่นก็คือคดี Miller I และคดี Miller II โดยทั้งสองคดีได้สะท้อนมุมมองที่แตกต่างกันระหว่างรัฐบาลและฝ่ายผู้คัดค้านการแยกตัวออกจากสหภาพยุโรปต่อสถานะทางกฎหมายรัฐธรรมนูญของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์

---

339 โปรดอ้างอิงส่วนนี้ประกอบกับคำบรรยายเหตุการณ์ Brexit ที่เป็นภาษาไทยอย่างละเอียดใน รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, บทที่ 1.

340 มาตรา 1(4) แห่งพระราชบัญญัติการออกเสียงประชามติสหภาพยุโรป ค.ศ. 2015 (The European Union Referendum Act 2015)

341 สำหรับผลประชามติ โปรดดู BBC: <https://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results> accessed 18 October 2020.

ในคดี Miller I[342] กลุ่มพลเมืองบริเตนบางส่วนได้ยื่นคำฟ้องต่อศาล High Court[343] ว่ารัฐบาลไม่อาจอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เพื่อทำหนังสือแสดงความจำนงขอถอนตัวออกจากสหภาพยุโรปได้ โดยได้ยกเหตุผลว่าเมื่อการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมโดยนาง May นั้น เป็นจุดเริ่มต้นของการยกเลิกพระราชบัญญัติประชาคมยุโรป ค.ศ. 1972 ซึ่งรับรองให้บรรดา “สิทธิ” ตามที่ปรากฏในบรรดากฎหมายของสหภาพยุโรปมีผลใช้บังคับภายในระบบกฎหมายอังกฤษ การใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวจึงขัดกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งถูกพัฒนาขึ้นนับแต่การปฏิวัติเมื่อศตวรรษที่ 17 ที่ว่ารัฐบาลไม่มีอำนาจที่จะใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เพื่อยกเลิกหรือระงับใช้พระราชบัญญัติและสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายดังกล่าวรับรอง[344] ส่วนฝ่ายรัฐบาลต่อสู้ว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมเพื่อการข้างต้นนั้นมีความชอบธรรมเนื่องจากเป็นไปเพื่อปฏิบัติตามผลประชามติเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 2016[345] เราจะเห็นได้ว่าข้อต่อสู้ของฝ่ายรัฐบาลท้าทายคำอธิบายลักษณะของพระราชอำนาจดั้งเดิมกระแสหลักที่สะท้อนความเคลือบแคลงต่อการอ้างความชอบธรรมจากเจตจำนงทั่วไปของ

---

342 โปรดอ้างอิงเนื้อหาส่วนนี้ประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, ส่วนที่ 3 ของบทที่ 1 และบทที่ 3. โดยเนื้อหาส่วนนี้สรุปความมาจากหนังสือดังกล่าว อย่างไรก็ดี ผู้เขียนหนังสือข้างต้นได้เน้นผลการศึกษาไปที่หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา ส่วนงานวิจัยชิ้นนี้มุ่งพิจารณาไปที่พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์

343 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768 (Admin).

344 Written case for the lead claimant, Mrs. Gina Miller, paras 2(2)-(3), 4-5.

345 Appellant’s case, para 14(d).

ปวงชนอย่างเช่นในประเทศฝรั่งเศสเป็นอย่างยิ่ง[346] ทั้งศาล High Court เห็นพ้องกับฝ่ายผู้ฟ้อง ฝ่ายรัฐบาลจึงอุทธรณ์คดีต่อในชั้นฎีกา

ศาลฎีกาในคดี Miller I เลือกเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ (แผนการใช้) พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ตามข้อเท็จจริงโดยได้นำแนวทางการวินิจฉัยในคดี Everett มาปรับใช้ กล่าวคือ ศาลได้แยกประเด็นดุลยพินิจทางการเมืองโดยแท้ของฝ่ายบริหาร (ดุลยพินิจกำหนดเงื่อนไขการแยกตัวออกจากสหภาพยุโรป) ซึ่งเทียบได้กับหลักการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยออกจากประเด็นผลทางกฎหมายที่จะเกิดจากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมเพื่อแจ้งความจำนงถอนตัว[347] สุดท้าย ศาลฎีกาตัดสินว่าการทำหนังสือแจ้งความจำนงถอนตัวออกจากสหภาพยุโรป “ย่อมจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้างรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่” เนื่องจากการดังกล่าวส่งผลให้พระราชบัญญัติประชาคมยุโรปต้องถูกยกเลิก ซึ่งการยกเลิกที่จะเกิดขึ้น “ยังผลให้ประชาชนต้องสูญเสียสิทธิต่าง ๆ ตามกฎหมายของสหภาพยุโรปตามไปด้วย”[348] ทั้งนี้ ศาลได้อ้างพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายอังกฤษขึ้นมาเพื่อสนับสนุนคำวินิจฉัยของตนในส่วนนี้ โดยศาลอธิบายว่าการแจ้งความจำนง “แยกตัว” ต่อประธานคณะมนตรียุโรปโดยอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์นั้นมีลักษณะที่ขัดกับหัวใจของผลผลิตจากประวัติศาสตร์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์นั่นก็คือพระราชบัญญัติว่าด้วยสิทธิที่ห้ามรัฐบาลอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมเป็นเครื่องมือ

---

346 โปรดดู Adam Tomkins, ‘The High Court got it wrong on Article 50’ (Prospect, 7 November 2016) <https://www.prospectmagazine.co.uk/politics/high-court-article-50-parliament-vote-brexit> accessed 13 July 2020.

347 Miller I, para 3.

348 Ibid, paras 81-82, 87.

เพื่อทำให้พระราชบัญญัติหรือสิทธิของประชาชนไม่มีผลบังคับใช้[349] ที่น่าสนใจก็คือคำวินิจฉัยของศาลซึ่งไม่ได้ให้น้ำหนักกับผลการออกเสียงประชามติเมื่อค.ศ. 2016 นั้นก็ยังสะท้อนภาพประวัติศาสตร์ความเคลือบแคลงต่อ “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน”[350] นอกจากคดี Miller I ความขัดแย้งระหว่างรัฐบาลพรรคอนุรักษ์นิยมกับภาคประชาชนฝ่าย Remainer ยังนำไปสู่การฟ้องร้องคดี Miller II เมื่อปลายค.ศ. 2019 คดี Miller II เป็นผลพวงมาจากความพยายามของนายกรัฐมนตรีคนต่อจากนาง May คือนาย Boris Johnson ที่จะผลักดันกระบวนการแยกตัวแบบไร้ข้อตกลงกับสหภาพยุโรปท่ามกลางเสียงต่อต้านจากสมาชิกสภาสามัญชนอย่างใหญ่หลวง[351]

เมื่อวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 2019 นายกรัฐมนตรีคนใหม่คือนาย Johnson ได้ตัดสินใจอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เป็นเครื่องมือเพื่อ “ปิดการประชุมสภาสามัญชนชั่วคราว (prorogation) ตั้งแต่ไม่ก่อนวันที่ 9 กันยายน แต่ไม่ช้าไปกว่าวันที่ 12 กันยายน ค.ศ. 2019 จนถึงวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 2019”[352] ด้วยเหตุที่การปิดประชุมสภาที่เกิดขึ้นนั้นกินเวลากว่า 5 สัปดาห์ ซึ่งมากกว่าระยะเวลาปิดประชุมปกติกว่า 2 เท่า อันส่งผลให้รัฐสภามีเวลาอภิปราย ลงมติเห็นชอบ

---

349 Ibid, paras 44, 82.

350 *รวินท์ ลีละพัฒนะ, คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, ส่วนที่ 3.4 ของบทที่ 2; Sionaidh Douglas-Scott, ‘Popular sovereignty v Parliamentary sovereignty’ in Denis Galligan (ed), *Constitution in Crisis: The New Putney Debates* (Hart 2017), p 14.

351 สำหรับเหตุการณ์ที่ปูทางไปสู่การฟ้องคดี Miller II และรายละเอียดแห่งคดี โปรดอ้างอิงประกอบ *รวินท์ ลีละพัฒนะ, คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, บทที่ 4 ส่วนที่ 2. โดยเนื้อหาในส่วนนี้สรุปความมาจากหนังสือดังกล่าว

352 Miller II, para 15.

ตลอดจนผ่านร่างกฎหมายยับยั้งนโยบายของนาย Johnson ได้น้อยมาก เมื่อคำนึงประกอบกับวันถึงกำหนดที่สหภาพยุโรปได้ตกลงให้สหราชอาณาจักรต้องแยกตัว ณ เวลานั้นคือวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 2019[353] สมาชิกสภาสามัญชนจากหลายพรรคการเมืองจึงมองว่าการใช้พระราชอำนาจปิดสภาที่เกิดขึ้นเป็นหลักฐานที่แสดงว่านาย Johnson ต้องการใช้ยุทธวิธีที่ “ไม่สุจริต” (bad faith) เพื่อให้นโยบาย No-deal Brexit ของเขาสามารถบรรลุผล[354] ประเด็นนี้นำไปสู่การฟ้องร้องต่อศาลฎีกาเป็นคดี Miller II

เนื้อหาของคดี Miller II[355] นี้ท้าทายอำนาจของศาลเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมเพื่อปิดประชุมสภานั้นโดยสภาพเป็นความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล[356] อย่างไรก็ดี ศาลเลือกที่จะยังคงยืนยันข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญอันเป็นผลพวงจากประวัติศาสตร์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ว่าตน “*มีภาระความรับผิดชอบที่ต้องรักษาไว้ซึ่งคุณค่าและหลักการของรัฐธรรมนูญ [ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร] และอำนวยให้ [สิ่งเหล่านี้] มีผลบังคับได้จริง ดังนั้น จึงเป็นพันธกิจโดยเฉพาะของศาลที่จะต้องวินิจฉัยขอบเขตอำนาจตามกฎหมายที่องค์กรของรัฐบาลแต่ละองค์กร [ได้รับจากรัฐธรรมนูญ] และต้องวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจเหล่านั้นเกินไปกว่าขอบเขตดังกล่าวหรือไม่ ศาลไม่อาจ*

---

353 Ibid, para 17.

354 ‘Supreme Court: Second day of legal prorogation battle ends’ (*BBC News*, 18 September 2019) <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49735947> accessed 5 July 2020.

355 โปรดอ้างอิงบทวิเคราะห์ส่วนนี้ทั้งหมดประกอบกับบทวิเคราะห์ใน รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา*, ส่วนที่ 3 ของบทที่ 4.

356 โปรดย้อนกลับไปดูหัวข้อที่ 2

เลี่ยงภาระความรับผิดชอบดังกล่าวได้เพียงเพราะปัญหาข้อพิพาทที่ปรากฏต่อตนมีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการเมือง" ("[T]he courts have the responsibility of upholding the values and principles of our constitution and making them effective. It is their particular responsibility to determine the legal limits of the powers conferred on each branch of government, and to decide whether any exercise of power has transgressed those limits. The courts cannot shirk that responsibility merely on the ground that the question raised is political in tone or context.") [357] นอกจากนี้ ศาลยังได้อ้างบรรทัดฐานจากคดี GCHQ ขึ้นมาด้วยว่าปัจจัยที่กำหนดว่าศาลจะมีอำนาจทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ได้หรือไม่นั้น ได้แก่ "ลักษณะและเนื้อหาของพระราชอำนาจ" ("the nature and subject matter")[358] สุดท้าย เช่นเดียวกับในคดี Miller I ศาลได้ยกประวัติศาสตร์พัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของสหราชอาณาจักรขึ้นมาเพื่อยืนยันคำวินิจฉัยของตน โดยศาลได้ยืนยันว่าหากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมมีผลกระทบในทางลบต่อ "ผลผลิตจากเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์" ซึ่งได้แก่ "หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา" และ "หลักความชอบรับผิดชอบของรัฐบาลต่อรัฐสภา" (parliamentary accountability) แล้ว การใช้พระราชอำนาจนั้นก็ย่อมอยู่ในขอบเขตที่จะถูกศาลเข้ามาตรวจสอบแม้พระราชอำนาจนั้นจะมีลักษณะ/เนื้อหาคาบเกี่ยวกับการใช้ดุลยพินิจทางการเมืองก็ตาม[359] ด้วยลักษณะของการปิดประชุมซึ่งกินเวลามากกว่าระยะเวลาปิดประชุม

---

357 Miller II, paras 31-32, 39.

358 Ibid, para 35.

359 Ibid, paras 44-47.

ปกติกว่า 2 เท่า [360] ศาลจึงสรุปว่าการใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ตามข้อเท็จจริงโดยนาย Johnson มีลักษณะ "ผิดกฎหมาย" (unlawful)[361]

สำหรับกลุ่มคดีที่เป็นผลพวงมาจากนโยบายปราบปรามผู้ก่อการร้ายของสหราชอาณาจักรในช่วงศตวรรษที่ 21 คดีในกลุ่มนี้อย่างคดี Belhaj[362]และคดี Al-Waheed และ Serdar Mohamed[363] นั้นต่างเกี่ยวข้องกับทฤษฎี Act of State[364] ในคดี Belhaj รัฐบาลสหราชอาณาจักรถูกกล่าวหาว่าได้สนับสนุนให้รัฐอื่น (มาเลเซีย, ไทย, สหรัฐอเมริกา, และลิเบีย) คุมขังและทรมานบุคคลซึ่งถูกต้องสงสัยว่าเกี่ยวพันกับองค์การก่อการร้าย ส่วนคดี Al-Waheed และ Serdar Mohamed โจทก์กล่าวหาว่ากองกำลังทหารของสหราชอาณาจักรได้จับกุมและทรมานตนขณะที่ปฏิบัติการในอัฟกานิสถาน (Al-Waheed) และอิรัก (Serdar Mohammed) ในทุกคดีที่ได้กล่าวมา รัฐบาลสหราชอาณาจักรได้โต้แย้งฝ่ายผู้ฟ้องโดยอ้างหลักการกระทำของรัฐหรือ Act of State ขึ้นเพื่อปฏิเสธศาลมิให้เข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้พระราชอำนาจในกิจการด้านการต่างประเทศ

ศาลในคดี Belhaj ได้วินิจฉัยคดีโดยอิงตามแนวบรรทัดฐานของคดี Everett โดยเฉพาะประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของ

---

360 Ibid, paras 42, 45-46, 49-50, 55-57.

361 Ibid, para 61.

362 *Belhaj and another v Straw and others* and *Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and another* [2017] UKSC 3.

363 *Abd Ali Hameed Al-Waheed v Ministry of Defence* and *Serdar Mohammed v Ministry of Defence* [2017] UKSC 2.

364 โปรดดูส่วนนี้ประกอบกับ Poole, 'The Strange Death of Prerogative in England', pp 16-20.

พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ โดยได้วางหลักไว้ว่า แม้ *"หลักการกระทำของรัฐนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อปฏิเสธอำนาจศาลมิให้เข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการมีผลใช้บังคับของการกระทำทางของรัฐในกิจการการต่างประเทศ แต่หลักดังกล่าวก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างการทรมานบุคคลซึ่งขัดกับอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปที่สหราชอาณาจักรเป็นภาคีและได้ตราพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชนขึ้นมาเพื่ออำนวยให้สิทธิตามอนุสัญญานั้นสามารถถูกบังคับโดยศาลภายในได้"*[365] ส่วนในคดี Al-Waheed และ Serdar Mohamed ศาลก็ได้เน้นย้ำว่าการจับกุมคุมขังบุคคลอันเป็นผลพวงมาจากการใช้พระราชอำนาจในกิจการด้านการต่างประเทศซึ่งเป็นเรื่องเชิงนโยบายยังคงต้องเคารพเงื่อนไขตามข้อ 5 ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (สิทธิในเสรีภาพ (right to liberty)) คือรัฐบาลต้องเคารพสิทธิของผู้ถูกคุมขังนั้นที่จะร้องขอให้ศาลทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการคุมขังนั้น[366]

จากข้างต้น เราอาจพอสรุปได้ว่า**คำวินิจฉัยของศาลอังกฤษเกี่ยวกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในศตวรรษที่ 21 ยังคงยืนยันประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร** ในสองส่วน ส่วนแรก ได้แก่ **ความพยายามทำให้อำนาจดังกล่าวอยู่ภายใต้ความควบคุมของรัฐสภาและศาล** พระราชอำนาจดั้งเดิมไม่อาจถูกใช้เพื่อล่วงละเมิดหรือลบล้างสิทธิของบุคคลที่พระราชบัญญัติรับรอง/อำนวยให้ศาลภายในทำหน้าที่คุ้มครองหรือเพื่อบ่อนทำลาย

---

365 *Belhaj and another v Straw and others*, para 266; Poole, 'The Strange Death of Prerogative in England', pp 16-17.

366 *Abd Ali Hameed Al-Waheed v Ministry of Defence* and *Serdar Mohammed v Ministry of Defence*, paras 10, 113, 219-220, 223, 224, 232, 235.

ข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์เมื่อ ค.ศ. 1688 ทั้งด้วยบทบาทที่มีมากขึ้นในการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ศาลฎีกาในคดี Miller II ยังตีความข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญอันเป็นมรดกจากประวัติศาสตร์เมื่อศตวรรษที่ 17 ไปถึงขั้นที่ว่า **หากการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์นั้นมีลักษณะเป็นไปเพื่อ "ขัดขวาง" ("prevent") หรือ "บ่อนทำลาย" ("frustrate") อำนาจของรัฐสภาหรือศาลในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ศาลย่อมต้องเข้ามาทำหน้าที่ผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยวินิจฉัยว่าการกระทำของฝ่ายบริหารตามข้อเท็จจริงนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย**[367] ในขณะเดียวกัน การที่ศาลในคดี Miller I และคดี Miller II ไม่สนใจเลยว่าแผนการใช้พระราชอำนาจของนาง May และนาย Johnson นั้นเป็นไปเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามเสียงข้างมากในประชามติ Brexit ก็สะท้อนให้เห็นว่าศาลยังคงมีมุมมอง**แง่ลบต่อประวัติศาสตร์การอ้างความชอบธรรมจากมวลชน** ซึ่งในอดีตเคยนำไปสู่สภาวะไร้เสถียรภาพทางการเมือง อย่างไรก็ดี แนวบรรทัดฐานนี้ดูไม่ค่อยจะสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญนับตั้งแต่เกิดกระแสเรียกร้องให้มีการจัดทำประชามติ Brexit นักนักวิชาการชื่อดังอย่าง Adam Tomkins วิจารณ์คำวินิจฉัยคดี Miller I ว่าศาลไม่ให้น้ำหนักกับคะแนนเสียงประชามติ ทั้ง ๆ ที่สหราชอาณาจักรเลือกใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อหาทางออกสำหรับกิจการที่มีผลเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางกฎหมายและการเมือง-สังคมที่สำคัญอย่างการถอนตัวจากสหภาพยุโรป กล่าวอีกนัยหนึ่ง Tomkins พยายามจะสื่อเป็นนัยว่าการตัดสินใจทำประชามติ Brexit สะท้อนให้เห็นว่าปัจจุบัน สหราชอาณาจักรมิได้มีทัศนคติเชิงบวกต่อมติมหาชนเหมือนเช่นในศตวรรษที่ 17

[367] Miller II, paras 52, 58-67; Alex Powell, 'Miller/Cherry and the Justiciability of Prerogative Powers' (TCLR Online, 2019), pp 31-32.

อีกต่อไป[368] ข้อวิจารณ์ของ Tomkins น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากผลจากการที่ศาลไม่ได้ให้น้ำหนักกับคะแนนเสียงข้างมากของผู้มาลงคะแนนในประชามติ Brexit ทำให้ผู้สนับสนุนการแยกตัวบางส่วนโจมตีว่าศาลกำลังทำตัวเป็นปฏิปักษ์กับประชาชน[369]

3.2 คำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

ในส่วนนี้ คณะผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และอีกองค์กรหนึ่งนั่นก็คือศาลวินิจฉัยคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) สำหรับคำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยคดีขัดกันนั้นมีความสำคัญต่อการศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลอย่างยิ่ง เนื่องจากองค์กรดังกล่าวทำหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมหรือสภาแห่งรัฐหรือเป็นข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในอาณัติของทั้งสององค์กรเลยเนื่องจากมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ดังนั้น การศึกษาพัฒนาการของแนวบรรทัดฐานเรื่องการกระทำทางรัฐบาล นอกจากจะต้องพิจารณาจากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐแล้ว ก็อาจจะต้องพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยคดีขัดกันประกอบด้วย[370]

---

368 Tomkins, 'The High Court got it wrong on Article 50' <https://www.prospectmagazine.co.uk/politics/high-court-article-50-parliament-vote-brexit>.

369 James Slack, 'Enemies of the people: Fury over 'out of touch' judges who have 'declared war on democracy' by defying 17.4m Brexit voters and who could trigger constitutional crisis' (*The Daily Mail*, 3 November 2016) <https://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html> accessed 14 November 2020.

370 Duguit, 'The French Administrative Courts', p 403.

คณะผู้วิจัยจะเริ่มต้นคำอธิบายในส่วนนี้ด้วยการนำเสนอความเป็นมาในการวางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส จากนั้นจึงค่อยศึกษาแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของสภาแห่งรัฐและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งยังเป็นหลักที่ใช้บังคับอยู่จนถึงปัจจุบัน

3.2.1 ความเป็นมาในการวางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

ดังที่ได้บรรยายไปพอสังเขป หลักกฎหมายเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั้นปรากฏขึ้นครั้งแรกในคำวินิจฉัยคดี Laffitte ของสภาแห่งรัฐเมื่อช่วงต้นศตวรรษที่ 19 โดยสภาแห่งรัฐได้อาศัยเหตุผลเรื่อง “มูลเหตุจูงใจทางการเมือง” (mobile politique หรือ political motivation) เพื่อเป็นเครื่องมือจำแนกว่าการกระทำของฝ่ายบริหารใดมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลและตนจะไม่เข้าไปตรวจสอบ[371]

หลังจากเกิดข้อพิพาทคดี Laffitte สภาแห่งรัฐยังได้ปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลอีกครั้งในข้อพิพาทคดี Duc d’Aumale เมื่อ ค.ศ. 1867[372] คดีดังกล่าวมีมูลเหตุสืบเนื่องมาจากชนชั้นสูงคนหนึ่งคือ Duc d’Aumale ได้เขียนเอกสาร (brochure) ชื่อ “จดหมายเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของฝรั่งเศส” (A letter on the history of France) ซึ่งมีเนื้อหาวิพากษ์วิจารณ์การปกครองของจักรพรรดิ Napoleon III อย่างรุนแรง ต่อมา รัฐมนตรี

371 สุชาดา เรืองแสงทองกุล, ‘การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล’, หน้า 54.

372 สำหรับรายละเอียดของคดีโปรดอ้างอิงประกอบ Eric E. Bergsten, *Community Law in the French Courts: The Law of Treaties in Modern Attire* (Martinus Nijhoff 1973), p 24.

ว่าการกระทรวงมหาดไทย (Ministry of Interior) ได้มีคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ตำรวจริบเอกสารดังกล่าว ตลอดจนอนุญาตให้เจ้าหน้าที่สามารถดำเนินมาตรการใด ๆ ที่สืบเนื่องกับการริบเอกสารต้นฉบับและต้นร่างของเอกสารนั้นทั้งหมดที่อาจได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ภายหลังบุคคลผู้เป็นเจ้าของเอกสารตามที่พิพาทนั้นจะถูกรัฐบาลสั่งเนรเทศไปแล้วก็ตาม ภายหลัง Duc d'Aumale และเจ้าของสำนักพิมพ์ได้ทำคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งข้างต้นต่อสภาแห่งรัฐ โดยต่อสู้ว่าคำสั่งริบเอกสารของรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย[373] อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลเป็น "การกระทำทางการเมือง" (acte politique หรือ political act) คือการกระทำดังกล่าวนั้นมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองอยู่เบื้องหลังส่งผลให้สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจวินิจฉัย[374]

บรรทัดฐานจากคดี Duc d'Aumale ส่งผลให้นักวิชาการด้านกฎหมายและรัฐศาสตร์ของฝรั่งเศสให้ทัศนะว่าการให้เหตุผลเรื่องมูลเหตุจูงใจทางการเมืองมีลักษณะเป็นอันตรายต่อการธำรงไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนบทบาทของรัฐในฐานะผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจาก "*ไม่ว่าการดำเนินการของฝ่ายบริหารนั้นจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ก็ตาม แต่ถ้าหากมีเหตุผลเบื้องหลังหรือมีปัจจัยทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น การใช้อำนาจของประมุขแห่งรัฐ ก็จะส่งผลให้การดำเนินการเหล่านั้นกลายเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งสภาแห่งรัฐจะอ้างมูลเหตุจูงใจทาง*

---

373 โปรดดูรายละเอียดของประวัติศาสตร์ส่วนนี้ใน Milan Petrović, 'The «Acts of Government» and the Legal Notion of Politics' (2011) 9 Law and Politics 85, p 86.

374 คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 39621 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1867 ; C.E. Duc d'Aumale, 9 mai 1867.

การเมืองเพื่อปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายทันที"[375]

อย่างไรก็ดี ต่อมาสภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยคดีสำคัญที่รู้จักกันในนามคดีเจ้าชาย Napoleon กลับหลักที่มีแต่เดิมว่าสภาแห่งรัฐจะไม่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใด ๆ ของรัฐบาลที่มีความเกี่ยวข้องกับการเมือง มาเป็นว่าสภาแห่งรัฐอาจตรวจสอบการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองอยู่เบื้องหลังได้ถ้าหากการกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง แต่ถ้าหากมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล สภาแห่งรัฐก็จะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบเช่นกัน[376]

คดีเจ้าชาย Napoleon นั้นมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า จักรพรรดิ Napoleon III ทรงแต่งตั้งพระญาติที่มีชื่อว่าเจ้าชาย Napoléon-Joseph Bonaparte ให้ดำรงตำแหน่งนายพลระหว่างช่วงจักรวรรดิที่ 2 (Second Empire) แต่เมื่อฝรั่งเศสพ่ายแพ้สงครามต่อปรัสเซีย (Prussia) จนนำไปสู่การรวมชาติเยอรมันและการสิ้นสุดยุคจักรวรรดิที่ 2 ซึ่งส่งผลให้ระบบจักรพรรดิของฝรั่งเศสถูกยกเลิกแล้ว รัฐบาลแห่งสาธารณรัฐที่ 3 (The Third Republic) ได้จัดทำรายชื่อของผู้ดำรงตำแหน่งนายพลในกองทัพฝรั่งเศสฉบับใหม่ขึ้นมา แต่ในบัญชีนั้นกลับไม่มีชื่อของเจ้าชาย Napoléon-Joseph Bonaparte[377] เบื้องต้น รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงคราม (Minister of War) ได้ชี้แจงต่อเจ้าชาย Napoleon ไปว่า การแต่งตั้งเขาให้ดำรงตำแหน่ง

---

375 Paul Duez, *Les actes de gouvernement* (Dalloz 2006), p 31.

376 โปรดอ้างอิงประกอบ สุชาดา เรืองแสงทองกุล, 'การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล', หน้า 54-55.

377 โปรดอ้างอิงข้อเท็จจริงของคดีนี้กับ Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon> accessed 26 February 2021.

นายพลที่เกิดขึ้นในช่วงจักรวรรดิที่ 2 เป็นการแต่งตั้งภายใต้ “เงื่อนไขพิเศษทางการเมือง” และเมื่อจักรวรรดิที่ 2 ล่มสลาย เงื่อนไขดังกล่าวก็ได้สิ้นผลตามไปด้วย[378] เจ้าชาย Napoleon ไม่เห็นพ้องกับคำอธิบายข้างต้นจึงได้ฟ้องให้สภาแห่งรัฐเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายหลัง สภาแห่งรัฐได้รับพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น สุดท้ายเมื่อพิจารณาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นแล้ว ได้แก่ มาตรา 6 แห่งรัฐบัญญัติ Sénatus-consulte ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน ค.ศ. 1852 และรัฐบัญญัติลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1854 สภาแห่งรัฐจึงมีความเห็นว่าการคงสถานะตำแหน่งนายพลของเจ้าชาย Napoleon นั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของดุยพินิจในการกำหนดตำแหน่งทหารของรัฐมนตรี ส่งผลให้สภาแห่งรัฐไม่มีอำนาจวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว[379] หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สภาแห่งรัฐมีทัศนะว่าการกำหนดตำแหน่งภายในกองทัพนั้นเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจวินิจฉัยของตน

โดยสรุป เราจะพบได้ว่าสภาแห่งรัฐยอมรับถึง “ปริมณฑลพิเศษของฝ่ายบริหาร” อันเป็นผลจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกลไกรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมาตั้งแต่ครั้งอดีต และ**ยืนยันว่าตนไม่มีอำนาจโดยสภาพที่จะเข้าไปก้าวก่ายปริมณฑลเฉพาะนี้** อย่างไรก็ดี ในคดีเจ้าชาย Napoleon สภาแห่งรัฐได้เปลี่ยนหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งอยู่ในปริมณฑล

---

[378] Brown, Bell, and Galabert, *French Administrative Law*, p 162.

[379] Ibid; คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 46707 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1875 ; C.E. Prince Napoléon, 19 février 1875; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี*, หน้า 180-181; Bergsten, *Community Law in the French Courts*, pp 28-29.

พิเศษข้างต้น จากเดิมที่ใช้หลัก “มูลเหตุจูงใจทางการเมือง” (ดังที่ปรากฏในคดี Duc d’Aumale) ซึ่งจะทำให้การดำเนินการทุกอย่างของรัฐบาลที่มีลักษณะเกี่ยวข้องกับการเมืองนั้นอยู่นอกเหนือจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย มาเป็นการใช้เกณฑ์วินิจฉัยโดย “พิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ” (คือพิจารณาจากตัวบทกฎหมายว่าอำนาจตามตัวบทนั้นเป็นอำนาจที่มอบให้เป็นการเฉพาะแก่ฝ่ายบริหารหรือไม่)[380] ผลของการเปลี่ยนแปลงที่ได้กล่าวมาทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสกับระบบกฎหมายอังกฤษมีหลักกฎหมายที่คล้ายคลึงกันคือแม้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจะเป็นประเด็นเกี่ยวกับการเมือง แต่นั่นก็ไม่เป็นเหตุที่จะปลดเปลื้องการกระทำนั้นจากการถูกควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ ข้อพิพาทคดีเจ้าชาย Napoleon ยังแสดงให้เห็นอีกด้วยว่าสภาแห่งรัฐยอมรับการมีอยู่ของ “การกระทำทางรัฐบาล” โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่ให้อำนาจ ซึ่งจะทำให้การดำเนินการดังกล่าวของรัฐบาลอยู่นอกเหนือจากการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของสภาแห่งรัฐ แต่จะต้องใช้กระบวนการทางการเมืองในการตรวจสอบแทนอย่างการตรวจสอบโดยรัฐสภา[381]

---

380 ‘Abandon du mobile politique pour définir l’acte de gouvernement’ (*Conseil d’État*, N.D.) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon> accessed 22 November 2020.

381 Ibid; และหลังจากนั้น ก็มีคำวินิจฉัยของศาลวินิจฉัยคดีขัดกันและสภาแห่งรัฐอีกหลายประการที่ยืนยันว่ามูลเหตุจูงใจทางการเมืองไม่สามารถนำมาพิจารณาว่าการดำเนินการนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่อีกต่อไป โปรดดู Brown, Bell, and Galabert, *French Administrative Law*, p 162.

3.2.2 คำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสภายหลังค.ศ. 1875

นับตั้งแต่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยคดีเจ้าชาย Napoleon เมื่อ ค.ศ. 1875 เป็นต้นมา สภาแห่งรัฐเอง รวมไปถึงศาลวินิจฉัยคดีขัดกัน และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังได้วางหลักเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งองค์กรเหล่านี้จะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยใช้เกณฑ์วินิจฉัยโดยพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจ คณะผู้วิจัยแบ่งกลุ่มคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสหลังค.ศ. 1875 เป็นกลุ่มต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- การดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการเจรจา ลงนาม หรือให้สัตยาบันในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ[382] หรือแม้แต่การประกาศสงคราม[383] นั้น รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสกำหนดให้การดำเนินการเหล่านี้อยู่ภายใต้ขอบอำนาจของประธานาธิบดี ซึ่งเป็นประมุขของรัฐ ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวก็จะถูกสภาแห่งรัฐและศาลวินิจฉัยคดีขัดกันวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรดังกล่าว อาทิ กรณีการทำความตกลงทดลองขีปนาวุธ[384]

- การกระทำที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจเฉพาะของประธานาธิบดี นอกเหนือจากอำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้ว ตัวบทของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส

382 C.E, Dame Caraco, 5 février 1926, C.E. 15 octobre 1993.

383 C.E. 6 mai 1921.

384 C.E. 29 Septembre 1995.

ยังมีบทบัญญัติจำนวนหนึ่งซึ่งมอบอำนาจเฉพาะบางประการให้กับประธานาธิบดี ซึ่งสภาแห่งรัฐและศาลวินิจฉัยคดีขัดกันได้วางหลักไว้ว่าการใช้อำนาจเหล่านั้นจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งจะต้องถูกตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น สภาแห่งรัฐเคยวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 นั้นเป็นอำนาจเฉพาะที่รัฐธรรมนูญมอบให้แก่ประธานาธิบดี โดยประธานาธิบดีมีดุลยพินิจที่จะวินิจฉัยว่าจะใช้มาตราดังกล่าวเมื่อใดหรือในสถานการณ์ใด สภาแห่งรัฐจึงไม่สามารถวินิจฉัยประเด็นนี้ได้[385] นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐก็ยังปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจเฉพาะตามบทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดีทั้งการเสนอร่างกฎหมาย การประกาศใช้กฎหมาย[386] เช่นเดียวกัน สภาแห่งรัฐได้ปฏิเสธที่เข้าไปตรวจสอบอำนาจในการตรารัฐกฤษฎีกาเพื่อยุบสภาซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี[387] ตลอดจนอำนาจในการแต่งตั้งและถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนด[388] ประเด็นที่ได้กล่าวมาเหล่านี้ จะถูกวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ของฝ่ายบริหารเอง นอกจากการกระทำข้างต้นแล้ว ยังมีอำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญซึ่งให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการริเริ่มการทำประชามติ คณะผู้วิจัยขอแยกอธิบายการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นส่วนต่างหากในลำดับถัดไป

---

385 C.E.. Rubin de Servens, 2 mars 1962.

386 C.E. 17 février 1888; C.E. L'arrêt Jaquot, 13 novembre 1896

387 C.E. 20 février 1989.

388 C.E. 9 avril 1999.

- การใช้อำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958

บทบัญญัติมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ประธานาธิบดีโดยการร้องขอของรัฐบาล สามารถนำร่างรัฐบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบโครงสร้างอำนาจรัฐไปขอความเห็นชอบจากประชาชนโดยผ่านการออกเสียงประชามติแทนการพิจารณาในรัฐสภาได้[389] ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เคยวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามบทบัญญัติข้างต้นไว้เมื่อ ค.ศ. 1962

เมื่อค.ศ. 1962 ประธานาธิบดีของฝรั่งเศส ขณะนั้นคือนายพล de Gaulle ได้แสดงความประสงค์ที่จะแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) เพื่อเปลี่ยนให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐนั้นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนแทนที่จะมาจากการเลือกตั้งโดยคณะผู้เลือกตั้ง (electoral college) แต่ตัวบทของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในส่วนที่ได้กล่าวมาจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติและวุฒิสภา ซึ่งมีสมาชิกจำนวนหนึ่งไม่เห็นด้วยกับแนวทางของนายพล de Gaulle

---

389 Article 11 of the Constitution of the Republic of France:

"*The President of the Republic may, on a proposal from the Government when Parliament is in session or on a joint motion of the two assemblies, published in either case in the Journal officiel, submit to a referendum any government bill which deals with the organization of the public authorities, or with reforms relating to the economic or social policy of the Nation and to the public services contributing thereto, or which provides for authorization to ratify a treaty that, although not contrary to the Constitution, would affect the functioning of the institutions.*" <https://www.refworld.org/docid/3ae6b594b.html>

เพื่อหลีกเลี่ยงแรงทัดทานทางการเมืองจากฝ่ายตรงข้ามในรัฐสภา นายพล de Gaulle จึงตีความว่าการเปลี่ยนวิธีการได้มาซึ่งประธานาธิบดีข้างต้นมีลักษณะเป็นการจัดระเบียบโครงสร้างอำนาจรัฐตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญ นายพล de Gaulle จึงได้เสนอร่างรัฐบัญญัติที่กำหนดให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากปวงชนเข้าสู่กระบวนการออกเสียงประชามติเมื่อวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1962 สุดท้าย ประชาชนชาวฝรั่งเศสกว่าร้อยละ 60 ได้ลงมติเห็นชอบร่างกฎหมายนั้นจนนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุด[390] อย่างไรก็ตาม ฝ่ายตรงข้ามของนายพล de Gaulle ได้โจมตีแผนการแก้ไขรัฐธรรมนูญนี้ว่าเมื่อรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับที่มาของประธานาธิบดีเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว (คือให้ได้รับเลือกจากคณะผู้เลือกตั้ง) การจะแก้ไขบทบัญญัตินี้ได้ก็จะต้องดำเนินไปตามกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามที่ตัวบทของรัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้ (คือต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา) ส่วนการใช้บทบัญญัติมาตรา 11 ดังเช่นที่นายพล de Gaulle กระทำไปจึงไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[391] สุดท้าย ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับนายพล de Gaulle ได้นำประเด็นข้อพิพาทร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กระนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 62-20 ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 1962 ว่า

---

390 Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017), p 159.

391 Jean-Philippe Derosier, 'The French People's Role in Amending the Constitution: A French Constitutional Analysis from a Pure Legal Perspective' in Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (eds), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Hart Publishing 2017), p 321.

"...ไม่ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือรัฐบัญญัติธรรมดาจะบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าอำนาจนี้จำกัดเฉพาะรัฐบัญญัติหรือรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ [ไม่รวมถึงรัฐบัญญัติหรือรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ประชาชนเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ] หรือไม่ก็ตาม แต่เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเอง ก็ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ มีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้ให้ความเห็นชอบ ***ไม่ใช่กฎหมายที่ประชาชนให้ความเห็นชอบผ่านกระบวนการลงประชามติ อันเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐโดยตรง****....นอกจากนี้ เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่กำหนดหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีที่มีการลงประชามติแล้ว ก็ไม่ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจดำเนินการใด ๆ ในระหว่างขั้นตอนการประกาศใช้กฎหมายที่ผ่านการลงประชามติเลย... ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจวินิจฉัย..."*[392]

แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะไม่ได้อ้างถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในคำวินิจฉัยข้างต้นโดยตรง แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการตัดสินใจของฝ่ายบริหารทางการเมืองซึ่งเกี่ยวพันกับรัฐสภาและปวงชนที่สำคัญเอาไว้สองประการ ดังต่อไปนี้

---

392 Conseil Constitutionnel 62-20, 6 Novembre 1962.

ประการแรก คำวินิจฉัยของคณะตุลาการสะท้อนภาพประวัติศาสตร์การให้ความสำคัญกับเสียงของปวงชน/มติมหาชนในฐานะที่มาของความชอบธรรมของการใช้อำนาจบริหาร กล่าวคือ เมื่อร่างรัฐบัญญัติที่กำหนดให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากปวงชนที่นายพล de Gaulle เสนอนั้นได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผ่านการทำประชามติแล้ว (แม้กระบวนการเสนอร่างรัฐบัญญัตินั้นจะถูกฝ่ายตรงข้ามโจมตีว่ามีลักษณะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเนื่องจากร่างกฎหมายดังกล่าวมีผลเปลี่ยนแปลงที่มาของประธานาธิบดีที่ไม่ใช่การจัดระเบียบอำนาจรัฐ อีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 11 ยังไม่สามารถนำไปใช้เป็นช่องทางในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญซึ่งมีกระบวนการกำหนดไว้อย่างชัดเจนในมาตราอื่นของรัฐธรรมนูญแล้ว) คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงขาดความชอบธรรมในการเข้าไปตรวจสอบ[393]

ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังคงยึดถือการตีความแบบจำกัดอำนาจของตนเองอย่างเคร่งครัดอันเป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์ของข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังจากการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 กล่าวคือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยนี้ถือหลักว่าตนมีอำนาจจำกัดเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ประเด็นใดที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะไม่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในประเด็นนั้น ๆ

จากคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลภายหลัง ค.ศ. 1875 ข้างต้น ได้มีนักวิชาการด้านกฎหมายและรัฐศาสตร์ชาวฝรั่งเศสวิเคราะห์และพยายามสกัดสารัตถะของการกระทำทางรัฐบาลจากบรรดาคำวินิจฉัยเหล่านี้ นักวิชาการเหล่านี้มีทัศนะว่าการกระทำรูปแบบเช่นว่านั้นมีลักษณะ

---

393 Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, p 159.

เป็นเรื่องการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการทำความตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การยุบสภา หรือการใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉิน (emergency powers) และสรุปว่าแท้ที่จริงแล้ว *"การกระทำทางรัฐบาลนั้นมีลักษณะเป็นการดำเนินการของฝ่ายบริหารในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีกระบวนการและกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลตามที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และถ้าหากการดำเนินการลักษณะดังกล่าวไปกระทบกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็ต้องให้องค์กรที่มีเขตอำนาจวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย"*[394]

แนวคิดของนักวิชาการข้างต้นเป็นส่วนสำคัญที่นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 เพื่อแก้ไขปัญหาอันเนื่องมาจากแนวโน้มการตีความจำกัดอำนาจตนเองของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แนวความคิดในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่ได้แพร่หลายในยุคปัจจุบันนั้นก่อให้เกิดคำถามจำนวนมากเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (constitutionality) ของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้อำนาจพิเศษเมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉินโดยประธานาธิบดีตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ถึงแม้ว่าก่อนการใช้อำนาจฉุกเฉิน ประธานาธิบดีจะต้องหารือกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (รวมถึงนายกรัฐมนตรี) ตามเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 16 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อประธานาธิบดีประกาศใช้อำนาจดังกล่าวไปแล้ว องค์กรตุลาการก็จะปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนั้นทั้งสิ้น

---

394 G.M. Dufour, *Traité de droit administratif appliqué* (Delamotte aîné 1843-1845), p 128 ; Mathias Forteau, 'Using Military Force and Engaging in Collective Security' in Curtis A. Bradley (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019), p 818.

เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญให้อำนาจตรวจสอบเอาไว้[395] ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 จึงเพิ่มอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งแต่เดิมสามารถวินิจฉัยได้แต่เพียงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายสามารถเข้ามาควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจบริหารที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ด้วย โดยรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมได้อนุญาตให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดีได้เมื่อมีการประกาศใช้ไปแล้ว 30 วัน หากมีผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญ อาทิ สมาชิกของรัฐสภา ร้องขอ (“After thirty days of the exercise of such emergency powers, the matter may be referred to the Constitutional Council by the President of the National Assembly, the President of the Senate, sixty Members of the National Assembly or sixty Senators, so as to decide if the conditions laid down in paragraph one still apply”)[396] กล่าวอีกนัยหนึ่ง ถึงแม้ฝรั่งเศสจะไม่เคยแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้สภาแห่งรัฐสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้ แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 ก็เป็นภาพสะท้อนแนวโน้มในการพยายามให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลมากยิ่งขึ้น

---

395 Camby et al., *La révision de 2008*, p 67.

396 Ibid; มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 (แก้ไขเพิ่มเติมค.ศ. 2008) (อ้างอิงคำแปลจาก: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en); Mark Kesselman, Joel Krieger, and William A. Joseph, *Introduction to Comparative Politics: Political Challenges and Changing Agendas* (8th edn, Cengage 2019), p 108.

โดยสรุป **คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของสภาแห่งรัฐและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังคงยังคงยืนยันประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสที่สะท้อนการยอมรับปริมณฑลพิเศษของอำนาจบริหาร** โดยองค์กรทั้งสองมีแนวโน้มที่จะตีความจำกัดอำนาจของตนเองและปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการของฝ่ายบริหารหากไม่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใดให้อำนาจตรวจสอบเอาไว้ อย่างไรก็ตาม เมื่อกาลเวลาแปรเปลี่ยนไป ฝรั่งเศสเองก็เริ่มมองว่าการยอมรับในปริมณฑลพิเศษข้างต้นโดยปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุลย่อมเปิดช่องให้มีการใช้อำนาจในนามกระทำทางรัฐบาลในลักษณะที่ส่งผลกระทบทางลบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนซึ่งเป็นสิ่งสำคัญที่กระแสในโลกยุคปัจจุบันให้คุณค่า ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องให้องค์กรตุลาการมีอำนาจเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลในบางกรณี มุมมองดังกล่าวส่งผลนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อบัญญัติให้ชัดเจนไปในตัวบทรัฐธรรมนูญถึงอำนาจในการเข้ามาควบคุมความชอบด้วยกฎหมายนั้น การบัญญัติให้ชัดเจนนี้ยังช่วยลดปัญหาการตีความขยายเขตอำนาจตนเองขององค์กรตุลาการซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์อย่างรุนแรงในสังคมได้ นอกจากนี้คำวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังได้แสดงให้เห็นอีกด้วยว่า ประเทศฝรั่งเศสยังคงยึดมั่นกับประวัติศาสตร์การยอมรับ “มติมหาชน” ในฐานะที่มาแห่งความชอบธรรมของการใช้อำนาจบริหาร

4. บทสรุปจากกรณีศึกษาในสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส: มุมมองใหม่ของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลภายใต้วิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny

ผลการศึกษาบทเรียนจากทั้งสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสแสดงให้เห็นว่า**สารัตถะของการกระทำทางรัฐบาลย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่บริบททางสังคม และจะต้องเปลี่ยนแปลงให้เข้ากับสภาพสังคมที่แตกต่างกันไปตามแต่ละช่วงเวลา** อาทิ การให้ความสำคัญกับแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพที่มากยิ่งขึ้น กรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรยังสะท้อนให้เห็นด้วยว่าหากศาลไม่ปรับใช้ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลโดยคำนึงถึงบริบททางสังคมที่แปรเปลี่ยนไปอย่างเพียงพอ คำวินิจฉัยนั้นก็อาจกลายเป็นชนวนแห่งความแตกแยกภายในสังคมแทนที่จะช่วยสร้างความสมานฉันท์ให้เกิดขึ้น อย่างไรก็ดี ประเด็นหลักที่คณะผู้วิจัยต้องการนำเสนอในส่วนนี้ก็คือความแตกต่างและการปรับตัวที่กล่าวไปข้างต้นนั้น**มีความสัมพันธ์กับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการมีปฏิสัมพันธ์อันมีลักษณะเป็นพลวัตระหว่างหลักการสองประการซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลอย่างหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งสัมพันธ์กับ “ระบอบโครงสร้างการจัดสรรและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย”**[397] **และหลักความชอบธรรมซึ่งสัมพันธ์กับ “แนวทางปฏิบัติภายในรัฐ**

---

[397] Bui Ngoc Son, *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World* (Oxford University Press 2020), p 14; Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009), p 38.

เพื่อจัดการกับผลประโยชน์ที่ขัดแย้ง"[398] ภาพปฏิสัมพันธ์ข้างต้นนี้สามารถเรียกโดยรวมได้ว่า "การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ" (constitutional change)[399] ดังจะเห็นได้ว่า ในทางหนึ่ง ประวัติศาสตร์ความพยายามจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ภายใต้หลักอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภาและอำนาจตุลาการ ตลอดจนความเคลือบแคลงต่อเจตจำนงทั่วไปของปวงชนเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่อำนาจบริหารในสหราชอาณาจักร ส่งผลทำให้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์มีสถานะเป็นเพียงอำนาจส่วนเหลือที่ศาลสามารถเลือกเข้าไปตรวจสอบลักษณะการใช้ได้มากหรือน้อยตามที่ตนเลือกจะจำกัดอำนาจตัวเอง ขณะที่ในอีกแง่มุมหนึ่ง ประวัติศาสตร์ทัศนคติเชิงลบต่อการที่ศาลเคยเข้าไปเป็นผู้เล่นทางการเมือง ตลอดจนพัฒนาการการรวมศูนย์อำนาจเข้าสู่ส่วนกลาง อิทธิพลจากแนวคิดของ Montesquieu และมรดกจากระบบจักรพรรดิซีซาร์ที่ Napoleon เคยสถาปนาขึ้น ส่งผลทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสรับรู้ถึงปริมณฑลพิเศษของฝ่ายบริหารซึ่งศาลไม่อาจเข้ามาก้าวล่วงเว้นแต่มีกฎหมายโดยเฉพาะรัฐธรรมนูญบัญญัติเอาไว้เป็นพิเศษ หากกล่าวให้ถึงที่สุด ผลการศึกษาจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสย้ำเตือนให้เห็นว่าการศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไม่อาจจำกัดอยู่แต่ภายใต้วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยมซึ่งไม่สามารถอธิบายภาพความเป็น "พลวัต" ที่เปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคมในแต่ละช่วงเวลาของการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนไม่อาจช่วยประเมินได้ว่าการตีความการกระทำทางรัฐบาล ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เหมาะสมสอดคล้องกับภูมิทัศน์ความเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ ณ ช่วงเวลานั้นได้ การนี้

---

398 David Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics* (Polity Press 1985), p 73.

399 Bui, *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World*, p 16.

คณะผู้วิจัยจึงเสนอว่ามุมมองใหม่ของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลต้องคำนึงถึงวิธีการศึกษากฎหมายในแบบของ Friedrich Carl von Savigny

Savigny เป็นนักกฎหมายชาวเยอรมันผู้มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1779 ถึง ค.ศ. 1861 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่เกิดขบวนการชาตินิยมในเยอรมนีเพื่อรวมดินแดนของชนเผ่าเยอรมันให้เป็นหนึ่งเดียว ทั้งยังปรากฏนักคิดอย่าง Anton Thibaut ที่เสนอให้มีการจัดทำประมวลกฎหมาย (codification) เพื่อสร้างเอกภาพแก่ชนชาติดังกล่าว[400] Savigny นั้นมีความเห็นที่แย้งกับ Thibaut อย่างไรก็ดี สิ่งที่คณะผู้วิจัยให้ความสนใจไม่ใช่ความเห็นแย้งของ Savigny ต่อการจัดทำประมวลกฎหมาย หากแต่เป็นทัศนะของเขาต่อ "บ่อเกิดของกฎหมาย"

Savigny ตอบคำถามว่า "อะไรคือบ่อเกิดของกฎหมาย" โดยปฏิเสธแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเพียง "หลักการซึ่งสมเหตุสมผลอันมีลักษณะเป็นภววิสัย" ("abstract rational principle") รวมทั้งแนวคิดที่ว่ากฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับนั้นเป็นเพียงผลผลิตของ "กระบวนการนิติบัญญัติโดยผู้มีอำนาจ" (legislation)[401] สิ่งที่ Savigny ปฏิเสธนี้ก็คือความเข้าใจกฎหมายซึ่งแทรกซึมอยู่ในวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมนั่นเอง ในทางกลับกัน **เขาเสนอว่า "กฎหมายที่ใช้บังคับกับสังคมหนึ่ง ๆ นั้น มิอาจถูกตัดขาดจากความเป็นไปของ**

---

400 Jan Smits, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (Nicole Kornet (tr), Intersentia 2002), pp 77-78.

401 Schupmann, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory*, p 8.

วิถีชีวิตมนุษย์" ได้เลย[402] ดังนั้น กฎหมายจึงมีรากฐานมาจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของสังคมหนึ่ง ๆ บ่อเกิดหรือรากเหง้าแห่งกฎหมายจึงไม่ใช่กระบวนการนิติบัญญัติหรือตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร **หากแต่เป็น "จิตวิญญาณของประชาชาติ" ("the spirit of the people")**[403] สำหรับ Savigny นักกฎหมายผู้เข้าไปทำหน้าที่บัญญัติกฎหมาย ตลอดจนบรรดาผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ตีความกฎหมายไม่อาจใช้อำนาจนั้นไปตามที่ตนเห็นควร หากแต่ต้องทำหน้าที่เป็นผู้แสดงออกซึ่งเจตจำนงประชาชาติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง กระบวนการบัญญัติและตีความกฎหมายจะต้องเชื่อมโยงสอดคล้องกับความเป็นไปในสังคมนั้น ๆ[404] **การตราและการบังคับใช้กฎหมายจึงเป็นสิ่งที่มีความเป็น "พลวัต" คือต้องปรับตัวให้สอดคล้องกับพัฒนาการความเป็นไปของสังคมตามแต่ช่วงเวลา**[405]

---

402 Savigny, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, pp 28-29.

403 Ibid, pp 59, 67; ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552), หน้า 230; Manlio Bellomo, *The Common Legal Past of Europe, 1000–1800* (Lydia G. Cochrane (tr), The Catholic University of America Press 1995), p 17.

404 Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence* (4th edn, Oxford University Press 2015), p 231; Savigny, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence*, pp 32-34.

405 วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, หน้า 380-381; Susan Gaylord Gale, 'A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School' (1982) 18 Stanford Journal of International Law 123, p 132.

โดยสรุป หากอธิบายให้เป็นทฤษฎีมากยิ่งขึ้น ข้อเขียนของ Savigny ต่อกฎหมายประกอบด้วย 2 มิติด้วยกัน ดังต่อไปนี้ มิติประการแรก เป็น “มิติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่จับต้องได้” (visible) ส่วนมิติประการที่สอง ได้แก่ “มิติทางจิตวิญญาณอันอยู่เบื้องหลังของกฎหมายและอยู่เหนือผัสสะ” (invisible) มิติประการแรกต้องถูกบังคับใช้และแปรเปลี่ยนให้สอดคล้องกับมิติประการที่สอง[406] ด้วยเหตุดังกล่าว ข้อเขียนของ Savigny จึงเป็นเครื่องย้ำเตือนให้การศึกษาการกระทำทางรัฐบาลต้องทบทวนถึงปรากฏการณ์ที่นักวิชาการเรียกว่า “การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงแนวทางการตีความตัวบทรัฐธรรมนูญและโครงสร้างพื้นฐานรัฐธรรมนูญให้เชื่อมโยงสอดคล้องกับ “ความเป็นไปตามประวัติศาสตร์” (evolution) แห่งวิถีชีวิตของชุมชนที่เรียกว่ารัฐให้เหมาะสมแก่ช่วงเวลา[407] โดยการเปลี่ยนแปลงนั้นอาจจะเกิดขึ้นอย่างเป็นทางการผ่านกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญ หรือไม่เป็นทางการจากการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติทางการเมือง[408]

---

406 Schupmann, *Carl Schmitt’s State and Constitutional Theory*, p 9.

407 Ibid; Joel Colón-Ríos, ‘Judge-made constitutional change’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021), p 217 [forthcoming]; Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, ‘Introduction—Comparative constitutional change: a new academic field’ in Contiades and Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change*, p 1 [forthcoming].

408 Contiades and Fotiadou, ‘Introduction’, 16.

ในบทสุดท้ายซึ่งเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะของงานวิจัย คณะผู้วิจัยจะอาศัยวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลบนพื้นฐานทฤษฎีของ Savigny เพื่อวิเคราะห์ว่าอะไรคือปัจจัยทางสังคมและวัฒนธรรมภายในที่กำหนดอัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลและปฏิสัมพันธ์ระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมที่ยึดโยงอยู่กับการกระทำดังกล่าวในประเทศไทย ก่อนจะวิเคราะห์แนวทางการวินิจฉัยว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลของศาลไทยสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 21 หรือไม่เพียงใด

บทที่ 5
บทวิเคราะห์และข้อเสนอแนะ

ความไม่สอดคล้องระหว่างเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลโดยนักวิชาการไทยและแนวทางคำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลไทยที่ได้แสดงไปในบทที่ 3 สะท้อนให้เห็นถึงข้อจำกัดของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมซึ่งเน้นการปรับหลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงแต่ไม่อาจช่วยนำเสนอแนวทางปรับปรุงให้ศาลสามารถปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลให้สอดคล้องกับบริบททางรัฐธรรมนูญที่แปรเปลี่ยนไป แนวทางการปรับปรุงดังกล่าวเป็นข้อเสนอหลักของงานวิจัยชิ้นนี้ ในบทสุดท้ายของงานวิจัยนี้ คณะผู้วิจัยจะเชื่อมโยงบทเรียนจากต่างประเทศคือสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่สะท้อนให้เห็นความจำเป็นของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาล

บนพื้นฐานของวิธีการศึกษากฎหมายแบบ Savigny เข้ากับบริบทของประเทศไทยเพื่อนำเสนอข้อเสนอของงานวิจัย โดยแบ่งเนื้อหาของบทออกเป็นทั้งหมด 3 ส่วนด้วยกัน

ก่อนจะทราบแนวทางการปรับปรุงแนวทางการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของไทยให้สอดคล้องกับบริบททางรัฐธรรมนูญ ณ ปัจจุบัน เราจำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนถึง***ปัจจัยที่ส่งผลทำให้ศาลไทยตีความการกระทำทางรัฐบาลแตกต่างจากเกณฑ์การบ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลของนักวิชาการ*** แนวคิดของ Savigny ที่ว่าการปรับใช้ทฤษฎีกฎหมายเรื่องเดียวกันในระบบกฎหมายที่มีรากฐานพัฒนาการที่แตกต่างกัน ก็ย่อมได้ผลลัพธ์ที่แตกต่างตามไปด้วยช่วยย้ำเตือนให้เราต้องนำวิธีการศึกษากฎหมายซึ่งเชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์และการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญมาเพื่อวิเคราะห์อัตลักษณ์ของการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย[409] อิทธิพลจากปัจจัยบางประการที่สะท้อนรากฐานวัฒนธรรมไทยทำให้ในบางกรณี แม้ว่าประเด็นแห่งข้อพิพาทที่ปรากฏต่อศาลจะหาได้เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาล หากแต่เป็นเรื่องการไม่ปฏิบัติตามแบบพิธีทางรัฐธรรมนูญ ศาลก็กลับอ้างมิติหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเพื่อเป็นเหตุผลปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบและผลักภาระนี้กลับไปให้กับฝ่ายการเมืองแทน แต่ขณะที่บางกรณี ศาลกลับเลือกเข้าไป

---

409 David Nelken, 'Towards a Sociology of Legal Adaptation' in David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures* (Hart 2001), pp 12, 26; Eva Hoffman, *Lost In Translation: A Life in a New Language* (Vintage 1998), p 273; Pierre Legrand, 'What "Legal Transplants"? in Nelken and Feest (eds), *Adapting Legal Cultures*, pp 58, 60-61.

วินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำตามข้อเท็จจริงที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาล ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การดำเนินการของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องถูกตรวจสอบถ่วงดุลด้วยวิธีการทางการเมือง สภาวะที่เกิดขึ้นทำให้คำวินิจฉัยของศาลถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางทั้งในวงวิชาการและในสังคม ตลอดจนก่อให้เกิดปัญหาความไม่มั่นคงแน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมาย คณะผู้วิจัยจะนำคำตอบที่ได้จากส่วนที่ 1 นี้ไปใช้เพื่อตอบคำถามที่ว่า ***แนวทางการวินิจฉัยว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลของศาลไทยสอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 21 หรือไม่เพียงใด***ในส่วนที่ 2 โดยจะย้อนกลับไปวิเคราะห์คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลไทยที่เกี่ยวข้องบนพื้นฐานของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบ Savigny การนี้คณะผู้วิจัยจะอาศัยบทเรียนจากสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเพื่อสกัดปัจจัยทั้งในมิติ “ความชอบด้วยกฎหมาย” และมิติ “ความชอบธรรม” ซึ่งกำหนดรูปแบบของการกระทำทางรัฐบาลในบริบททางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันเพื่อเป็นฐานในการตอบคำถามดังกล่าว ขณะเดียวกันคณะผู้วิจัยก็ยังจะนำเสนอแนวทางในการปรับปรุงบทบัญญัติที่กำหนดการใช้อำนาจศาล ตลอดจนเพื่อให้การดำเนินการของฝ่ายบริหารมีการตรวจสอบถ่วงดุลที่เหมาะสมและชอบธรรมไปพร้อมกัน สุดท้ายส่วนที่ 3 จะเป็นข้อความส่งท้ายเกี่ยวด้วยการนำผลงานวิจัยชิ้นนี้ไปใช้ศึกษาต่อยอด

1. ปัจจัยเชิงโครงสร้างทางกฎหมาย และปัจจัยทางการเมืองและสังคมที่เป็นอัตลักษณ์ของระบบกฎหมายไทยที่มีอิทธิพลต่อแนวทางการตีความการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย

คณะผู้วิจัยจำแนกปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในที่เป็นอัตลักษณ์ของระบบกฎหมายไทยนี้ออกเป็นสองส่วนด้วยกัน ได้แก่ ส่วนที่เชื่อมโยงกับสิ่งที่ Max Weber เรียกว่า “อำนาจอันชอบธรรมตามธรรมเนียมดั้งเดิม” (traditional authority)[410] และส่วนที่เกิดจาก “ความพยายามธำรงความเป็นรัฐเป็นสมัยใหม่”

1.1 ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในส่วนที่เชื่อมโยงกับ “อำนาจอันชอบธรรมตามธรรมเนียมดั้งเดิม”: วัฒนธรรมการเคารพเทิดทูนองค์พระมหากษัตริย์

หากอิงตามคำอธิบายของ Weber ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในส่วนที่เชื่อมโยงกับ “อำนาจอันชอบธรรมตามธรรมเนียมดั้งเดิม” นั้นมีรากฐานมาจากความเคารพสักการะที่สังคมหนึ่ง ๆ มีต่อสถาบันทางสังคมดั้งเดิมซึ่งมีอยู่ก่อนสังคมจะก้าวเข้าสู่ความเป็นสมัยใหม่ อาทิ สถาบันพระมหากษัตริย์[411] อำนาจอันชอบธรรมประเภทดังกล่าวจึงมีลักษณะยึดโยงกับ “ขนบประเพณีที่หยั่งรากลึก

410 Weber, *Economy and Society*, p 215.

411 Ibid, pp 229-231.

ในสังคม" (custom) และ "ไม่ผันแปรไปตามกาลเวลา" (timeless)[412] ความเคารพต่อสถาบันตามขนบธรรมเนียมดั้งเดิมนี้เป็นปัจจัยประการสำคัญที่มีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของศาลที่จะปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยเฉพาะในคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562

ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในบทที่ 3 ในคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับการถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระมหากษัตริย์นี้ ศาลได้ยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลขึ้นเพื่อเป็นเหตุผลปฏิเสธไม่รับฟ้องกระนั้น ศาลก็ไม่ได้อธิบายการปรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่าเข้ากับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลสามประการคือ เกณฑ์องค์กร เกณฑ์ฐานแห่งการกระทำ และเกณฑ์ลักษณะแห่งการกระทำ อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยเสนอว่าหากลองพิจารณาข้อเท็จจริงที่ศาลรัฐธรรมนูญอ้างอิงประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลในคดีก่อนหน้า เราจะพบปัจจัยที่อยู่เบื้องหลังการที่ศาลเลือกยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐเพื่อเลี่ยงตรวจสอบปัญหาที่ปรากฏในข้อพิพาท ข้อเท็จจริงดังกล่าว ได้แก่

> *"หลังจากนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีกล่าวคำถวายสัตย์ปฏิญาณจบ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้พระราชทานพระราชดำรัสเพื่อให้นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้น้อมนำไปเป็นแนวทางในการบริหารราชการแผ่นดิน และต่อมาเมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2562 เวลา 09.00 นาฬิกา นายกรัฐมนตรีพร้อมคณะรัฐมนตรีได้เข้า*

---

412 Lars Buur and Helene Maria Kyed, *State Recognition of Traditional Authority in Mozambique: The Nexus of Community Representation and State Assistance* (Nordic Africa Institute 2005), p 11.

รับพระราชดำรัสในโอกาสเข้าเฝ้าทูลละอองธุลีพระบาท ถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ซึ่งพระราชทานเป็นลายลักษณ์อักษร พร้อมทั้งทรงลงพระปรมาภิไธยเข้ารับต่อหน้าพระบรมฉายาลักษณ์ ณ ห้องรับรอง ชั้น 5 ตึกบัญชาการ ทำเนียบรัฐบาล การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์จึงไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรตามรัฐธรรมนูญใด ..."[413]

คณะผู้วิจัยขอเชิญชวนผู้อ่านให้ลองพิจารณาข้อเท็จจริงข้างต้นประกอบกับทัศนะของศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562 และคำวินิจฉัยที่ 28-29/2555 ในคำวินิจฉัยเมื่อพ.ศ. 2562 ศาลได้แสดงทัศนะว่าเมื่อตัวบทรัฐธรรมนูญของไทยต่างได้รับรองสถานะอันเป็นที่ "เคารพสักการะ" ของสถาบันพระมหากษัตริย์ การนี้ก็เท่ากับรัฐธรรมนูญได้ยอมรับ "*นิติราชประเพณีของประเทศไทย*" ที่มีมาอย่างยาวนานที่ว่า "*พระมหากษัตริย์ ... ทรงใช้พระราชอำนาจโดยธรรม และทรงดำรงพระองค์อยู่ในทศพิธราชธรรม เพื่อให้สำเร็จผลเป็นประโยชน์ส่วนรวมแก่ประเทศชาติ และความผาสุกของประชาชนโดยรวม*"[414] และด้วยนิติราชประเพณีที่ได้กล่าวมา สถาบันพระมหากษัตริย์จึงถือ "*เป็นศูนย์รวมใจของคนไทยทั้งชาติ*" อีกด้วย[415] ยิ่งไปกว่านั้น ในคำวินิจฉัยฉบับก่อนหน้าเมื่อพ.ศ. 2555 ศาลก็เคยได้กล่าวเอาไว้ว่า

413 คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562, หน้า 4.

414 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562, หน้า 17-18.

415 เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

> *"[ด้วย] ความเคารพศรัทธาและจงรักภักดีต่อองค์พระมหากษัตริย์และสถาบันพระมหากษัตริย์อย่างแน่นแฟ้น และด้วยคุณูปการของพระมหากษัตริย์ไทยตั้งแต่ในอดีตที่ผ่านมาทำให้ประชาชนชาวไทยเคารพรักและเทิดทูนพระมหากษัตริย์มาอย่างต่อเนื่องยาวนาน* ***อันเป็นลักษณะพิเศษเฉพาะของประเทศไทยที่ไม่มีประเทศใดเหมือน"***[416]

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562 ยังคงยืนยันโดยนัยถึงทัศนะที่ว่าสถานะอันเป็นที่เคารพสักการะของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็น "เอกลักษณ์เฉพาะของรัฐธรรมนูญไทย" กล่าวคือ ข้อเท็จจริงที่ศาลยกขึ้นมาตามที่คณะผู้วิจัยอ้างถึงข้างต้นสะท้อนโดยนัยถึงวิธีคิดที่ว่าหากศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบการถวายสัตย์ตามข้อเท็จจริงทั้ง ๆ ที่องค์พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชดำรัสตอบไปแล้วก็ย่อมจะเป็นการก้าวล่วงและแสดงความไม่เคารพเทิดทูนต่อสถาบันซึ่งเป็นศูนย์รวมใจของปวงชนชาวไทย

1.2 ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมภายในส่วนที่เชื่อมโยงกับ "ความพยายามธำรงความเป็นรัฐเป็นสมัยใหม่": ความมั่นคงของชาติ

ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและปัจจัยเชิงการเมือง-สังคมประการที่สองที่ส่งผลให้ศาลไทยเลือกหรือปฏิเสธที่จะปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเข้ากับข้อเท็จจริงมาก-น้อยแตกต่างกัน ได้แก่ แนวคิดเรื่องความมั่นคงของชาติ ความคิดดังกล่าวสัมพันธ์กับการปฏิรูปไปสู่ความเป็นสมัยใหม่ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว

416 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555, หน้า 10 (เน้นโดยคณะผู้วิจัย).

จนนำไปสู่การสถาปนา “รัฐชาติสมัยใหม่” (modern nation-state) ขึ้น ตามทฤษฎีแล้ว “รัฐ” เป็นองค์ภาวะ (entity) หรือ “สถาบัน” (institute) ทางการเมืองที่ถูกสมมติไม่ได้มีตัวตนจริงดังเช่นบุคคล[417] โดยองค์ภาวะดังกล่าวนั้นทรงไว้ซึ่ง “อำนาจผูกขาดการใช้กำลังเหนือดินแดน” (“monopoly of the legitimate use of physical force”) ซึ่งอาจแสดงออกผ่านการบังคับใช้กฎหมาย[418] ขณะเดียวกัน “ชาติ” คือ การแสดงออกซึ่ง “กลุ่มบุคคลที่มีอัตลักษณ์ร่วมกัน” (“a group of people who share common identity”)[419] หากผนวกคำทั้งสองเข้าด้วยกัน “รัฐชาติ” จึงสะท้อนภาพของสิ่งที่ Benedict Anderson เรียกว่า “ชุมชนจินตกรรม” (“imagined political community”) คือเป็นรัฐที่กอปรด้วย “กลุ่มก้อนความเป็นหนึ่งเดียวของสมาชิก” (“unit of solidarity”) [420] ความมั่นคงของชาติจึงถูกยึดโยงเข้ากับการธำรงไว้ซึ่งบูรณภาพและความผาสุกแห่งดินแดน ตลอดจนคุณค่าพื้นฐานที่ประชากรของดินแดนนั้นยึดถือ[421] รัฐไทยได้อาศัยอุดมการณ์ชาติ-ศาสนา-พระมหากษัตริย์เพื่อสร้าง

---

417 Björn Dressel, ‘Thailand’s Traditional Trinity and the Rule of Law: Can They Coexist?’ (2018) 42 Asian Studies Review 268, p 271.

418 Anter, *Max Weber’s Theory of the Modern State*, p 30; Weber, *Economy and Society*, p 54.

419 Anne K. Soper, ‘Mauritian Landscapes of Culture, Identity, and Tourism’ in Daniel C Knudsen and others (eds), *Landscape, Tourism, and Meaning* (Ashgate 2008), p 54.

420 ธงชัย วินิจจะกูล, ‘อ่าน Imagined Communities ของ Benedict Anderson หรือ IC ของ “ครูเบ็น”’ (2552) 9 วารสารศิลปศาสตร์ 163; Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (Verso 2006), p 6; Björn Dressel, “When Notions of Legitimacy Conflict: The Case of Thailand’ (2010) 38 Politics & Policy 445, p 453.

421 Dan Horowitz, ‘The Israeli Concept of National Security’ in Avner Yaniv (ed), *National Security and Democracy in Israel* (Lynne Rienner 1993), p 11.

ความเป็นหนึ่งเดียวของชนชาติไทยและเป็นแก่นของการธำรงอยู่ของความเป็นรัฐชาติสมัยใหม่[422] ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยยืนยันไว้ในคำวินิจฉัยที่ 28-29/2555 ว่าการธำรงอยู่ของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นส่วนสำคัญของการรักษาเอาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐ[423]

ตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย ความมั่นคงของชาติเป็นข้ออ้างที่มักถูกหยิบยกขึ้นโดยฝ่ายความมั่นคงเพื่อตีตราว่าบุคคลใดหรืออุดมการณ์ความคิดความเชื่อใดที่ไม่สอดคล้องกับอัตลักษณ์ของความเป็นไทยนั่นก็คือการเคารพต่อชาติ-ศาสนา-พระมหากษัตริย์ หรือบั่นทอนความเป็นหนึ่งเดียวภายใต้อุดมการณ์ดังกล่าว และมีสถานะเป็น “ศัตรูของชาติ” (public enemies) อาทิ ผู้ก่อการร้ายคอมมิวนิสต์ซึ่งต้องการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง หรือกลุ่มผู้ไม่จงรักภักดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์[424] Haberkorn ได้แสดงทัศนะว่าการตีตราข้างต้นช่วยสร้างความชอบธรรมแก่การอาศัยกำลังเข้าปราบปราม (ซึ่งอาจปรากฏในรูปการทำรัฐประหาร) ตลอดจนการตรากฎหมายขึ้นเพื่อปลดเปลื้องความรับผิดอันสืบเนื่องมาจากการกระทำเหล่านั้น[425] หากอิงตามคำอธิบายของ Streckfuss เราจะเห็นได้ว่าความมั่นคงของชาติไทยได้ถูกยึดโยงเข้ากับแนวคิด “สภาวะยกเว้น” (state of exception) จนกลายเป็นอัตลักษณ์หนึ่งของโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคมไทย[426] โดยในสภาวะดังกล่าวซึ่งกระทบต่อความอยู่รอดของรัฐ

---

422 Dressel, ‘Thailand’s Traditional Trinity and the Rule of Law: Can They Coexist?’, pp 271-273.

423 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555, หน้า 8.

424 Thongchai Winichakul, *Siam Mapped: A History of the Geo-Body of a Nation* (University of Hawaii Press 1994), pp 5-10, 168.

425 Haberkorn, *In Plain Sight*, pp 4, 75.

426 David Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand: Defamation, Treason, and Lèse-majesté* (Routledge 2011), ch 5.

การธำรงไว้ซึ่งความอยู่รอดนี้ต้องอยู่เหนือและมีลำดับความสำคัญก่อนสิ่งอื่นใด[427] องค์กรของรัฐอาจเลือกที่จะระงับใช้กฎหมายเพื่อธำรงไว้ซึ่งความอยู่รอดนั้นหรือตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับเป้าประสงค์นี้[428] ตรรกะที่ได้กล่าวมา[429]ได้แทรกซึมและมีอิทธิพลต่อการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลอย่างชัดเจน

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการจัดการเลือกตั้งทั้งเมื่อ พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 ศาลได้กล่าวถึงข้อเท็จจริงที่ว่าในทั้งสองช่วงเวลา ประเทศไทยกำลังเผชิญกับเหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองอันลุกลามจนส่งผลให้เกิดการชุมนุมต่อต้านรัฐบาล ถ้อยคำที่ศาลใช้สะท้อนให้เห็นว่าสำหรับศาล ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นส่งผลกระทบต่อความผาสุกของประเทศซึ่งเป็นมิติหนึ่งของความมั่นคงของชาติ สิ่งนี้เป็นมูลเหตุขับเคลื่อนให้ศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบ “ช่วงเวลาที่มีการจัดการเลือกตั้ง” หากลองพิจารณาให้ถี่ถ้วน เหตุผลของศาลตั้งอยู่บนตรรกะที่ว่าช่วงเวลาการจัดการเลือกตั้งทั้งเมื่อ พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 เป็นชนวนสำคัญที่ทำให้ปัญหาความขัดแย้งอันกระทบต่อความมั่นคงทวีความรุนแรงมากกว่าไปเดิม[430] หรือคำสั่งศาลปกครองกลางในข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกก็เป็นอีกกรณีศึกษาหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของ “ความมั่นคงของชาติ” ต่อการวินิจฉัยว่าอะไรเป็นการกระทำทางรัฐบาล กล่าวคือ ศาลได้ยกเหตุผลเรื่อง “ความเสียหายแก่รัฐและปวงชนชาวไทย” ขึ้นเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราว สุดท้าย

---

427 Carl Schmitt, *Political Theology* (The University of Chicago Press 2005), p 7.

428 Ibid; Streckfuss, *Truth on Trial in Thailand*, p 25.

429 โปรดศึกษาตรรกะที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอประกอบกับ Leelapatana, ‘The Kelsen-Schmitt Debate’, chs 2, 4.

430 Cf Ibid, p 114.

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญร่างกฎหมายให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน ศาลก็ได้ยกเหตุผลเรื่อง “การปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ปวงชนชาวไทย” ขึ้นเพื่อเข้าไปวินิจฉัยข้อพิพาท

โดยสรุป ปัจจัยทั้งเชิงโครงสร้างกฎหมายและปัจจัยเชิงการเมือง-สังคมที่ทรงอิทธิพลให้ศาลไทยเลือกหรือปฏิเสธที่จะปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเข้ากับข้อเท็จจริงมาก-น้อยแตกต่างกันนั้นมีความเชื่อมโยงอยู่กับอุดมการณ์ซึ่งบ่งบอกอัตลักษณ์วัฒนธรรม “ความเป็นไทย” (Thai-ness) คือเป็นรัฐชาติที่มีองค์พระมหากษัตริย์ผู้ทรงธรรมเป็นศูนย์รวมใจ[431] ได้แก่ อุดมการณ์ชาติ-ศาสนา-กษัตริย์ สังเกตได้ว่าการปรับหรือไม่ปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลไทยนั้นเป็นไปเพื่อธำรงไว้ซึ่งอัตลักษณ์ดังกล่าว

2. ความชอบธรรมของศาลกับการวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารที่มีจุดยึดโยงกับประชาชนมากกว่า : บทสรุปและข้อเสนอแนะจาก “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional escalator) ที่สกัดได้จากกรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสต่อประเทศไทย

เมื่อทราบไปแล้วว่าอะไรเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการปรับใช้มิติหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย คณะผู้วิจัยจึงมุ่งวิเคราะห์ต่อไปว่าแนวคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของศาลไทยโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญ

---

431 Dressel, “When Notions of Legitimacy Conflict’, p 449; Winichakul, *Siam Mapped*, p 5.

สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญในศตวรรษที่ 21 หรือไม่เพียงใด พร้อมกับนำเสนอข้อเสนอแนะ ทั้งนี้ การวิเคราะห์ดังกล่าวจะดำเนินการไปโดยอาศัยบทเรียนเชิงทฤษฎีที่สกัดได้จากกรณีศึกษาของสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังที่ได้นำเสนอไปในบทก่อนหน้า บทเรียนจากทั้งสองระบบกฎหมายยืนยันถึงความจำเป็นของการศึกษาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลตามแนวทางวิธีการศึกษากฎหมายแบบ Savigny ที่ว่ากฎหมายและการปรับใช้กฎหมายจะต้องสอดคล้องกับบริบททางรัฐธรรมนูญ ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ หากสังเคราะห์บทเรียนจากทั้งสองกรณีศึกษาประกอบกัน เราจะสามารถสกัดกรอบเชิงทฤษฎีที่ช่วยบ่งชี้ว่าภายใต้ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญแบบใด แนวทางการตีความการกระทำทางรัฐบาลควรจะให้น้ำหนักกับมิติหลักความชอบด้วยกฎหมายหรือหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงกับทฤษฎีดังกล่าวมากกว่ากัน คณะผู้วิจัยจะวิเคราะห์การปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของศาลรัฐธรรมนูญไทยเชื่อมโยงเข้ากับหน้าที่ของศาลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและหน้าที่ในการเคารพเสียงของปวงชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยบนพื้นฐานของกรอบนั้น

จากการศึกษากรณีศึกษาต่างประเทศในบทที่ 4 จะเห็นได้ว่าในกรณีของสหราชอาณาจักรนั้น ประวัติศาสตร์การขยายขอบอำนาจแก่รัฐสภาและศาลในการทำหน้าคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ตลอดจนความเคลือบแคลงต่อการอ้างความชอบธรรมจากมติมหาชน ส่งผลทำให้ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ศาลสามารถเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลได้อย่างกว้างขวาง อย่างไรก็ดี ศาลก็เลือกที่จะจำกัดตนเองให้เข้าไปควบคุม

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล**เฉพาะกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าสิทธิเสรีภาพนั้นถูกรับรองไว้โดยสนธิสัญญาและอนุสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีผลบังคับในระบบกฎหมายภายในโดยพระราชบัญญัติ** ความคาดหวังให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกมากยิ่งขึ้นในการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนยังส่งผลทำให้ศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักรตีความข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญอันเป็นผลจากการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์อย่างขยายความให้ตนมีอำนาจวินิจฉัยว่า**การใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่มีลักษณะทำลาย "โครงสร้างพื้นฐาน" ("basic organisational structure") ของรัฐธรรมนูญนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย**[432] อาทิ การใช้พระราชอำนาจเพื่อตัดทอนอำนาจของรัฐสภาหรือศาลในการเข้ามาควบคุมมิให้การกระทำของฝ่ายบริหารล่วงละเมิดต่อกฎหมายและสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในทางกลับกัน รัฐบาลของสหราชอาณาจักรนั้นไม่สามารถอ้างความชอบธรรมจากมติมหาชนมาเป็นเกราะกำบังให้การใช้อำนาจของตนที่มีผลกระทบทางลบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน (เช่น การถอนตัวออกจากการเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป) หลุดพ้นจากการถูกตรวจสอบโดยศาลได้ (ดังที่ปรากฏตามบรรทัดฐานคดี Miller I และคดี Miller II)

เมื่อลองพิจารณากรณีศึกษาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสดูบ้าง เราจะเห็นได้ว่าการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการของรัฐดังกล่าวสะท้อนภาพมรดกจากประวัติศาสตร์การยอมรับถึงแนวคิดของ Rousseau เรื่องเจตจำนงทั่วไปของปวงชนภายหลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อค.ศ. 1789 และปริมณฑลพิเศษของอำนาจบริหารซึ่งอ้างฐานความชอบธรรมมาจากมติมหาชน ดังเช่นกรณีการปรับใช้รัฐธรรมนูญ

---

[432] Myers, 'Transatlantic Perspectives on the Political Question Doctrine', pp 1021-1025.

มาตรา 11 ของประธานาธิบดี de Gaulle เพื่อเสนอรัฐบัญญัติกำหนดให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ได้ปฏิเสธที่จะเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของนายพล de Gaulle **โดยให้เหตุผลว่าร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงไม่เข้าไปตรวจสอบ** แม้ว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวจะไม่ได้มีการกล่าวถึงการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่คณะผู้วิจัยก็เห็นว่าคำวินิจฉัยนี้มีลักษณะเป็นการขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของฝ่ายบริหาร ที่สำคัญ เหตุผลที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้ในการปฏิเสธการเข้าไปตรวจสอบ คือ “มติของประชาชน” อย่างไรก็ดี แม้ว่าคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะสะท้อนให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับมติของมหาชน แต่ก็ใช่ว่าระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสจะไม่ให้ความสำคัญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือความชอบด้วยกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน บทเรียนจากฝรั่งเศสชี้ให้เห็นว่า**รัฐต้องแก้ไขกฎหมายและแนวทางการตีความหลักกฎหมายซึ่งรวมไปถึงการตีความว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาลให้สอดคล้องไปกับภูมิทัศน์ทางการเมืองและสังคมที่แปรเปลี่ยนไป** ดังที่ได้อธิบายไปแล้วในบทที่ 4 ว่าแต่เดิมที คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสจะมีอำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเฉพาะร่างรัฐบัญญัติเท่านั้น แต่ภายหลัง ค.ศ. 2008 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติได้ถ้าหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่สำคัญ แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐจะปฏิเสธที่จะเข้าไปวินิจฉัยการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร เช่น การตัดสินใจ

ว่าจะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 16 ในกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือมาตรา 11 ที่เกี่ยวกับการนำร่างรัฐบัญญัติไปผ่านการออกเสียงประชามติโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาหรือไม่ หากแต่ถ้าหากการใช้อำนาจนั้นนำไปสู่การดำเนินการอย่างอื่นที่อยู่ในขอบเขตที่ฝ่ายตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบได้แล้ว ฝ่ายตุลาการก็จะไม่ลังเลที่จะเข้าไปตรวจสอบ เช่น แม้ว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและสภาแห่งรัฐจะไม่เข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของประธานาธิบดีว่าจะใช้อำนาจตามมาตรา 16 หรือไม่ แต่ถ้าหากประธานาธิบดีใช้อำนาจตามมาตราดังกล่าวไปตรารัฐบัญญัติและรัฐบัญญัตินั้นกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็จะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติดังกล่าวตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

โดยสรุป หากลองสังเคราะห์ประวัติศาสตร์การจัดสมดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมืองที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศส บทเรียนจากทั้งสองระบบกฎหมายสะท้อนภาพที่ว่าในบริบททางรัฐธรรมนูญที่รัฐถูกคาดหวังมากขึ้นให้ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน องค์กรตุลาการก็ยิ่งควรจะคำนึงว่าสิทธิเสรีภาพเหล่านี้ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญตลอดจนเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของพวกเขาโดยต้องไม่ปฏิเสธที่จะเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลเพียงเพราะการดังกล่าวมีเนื้อหาทางการเมือง[433] การนี้ **ศาลต้องตั้งสมมติฐานไว้ว่าโครงสร้างพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนี้ (หากอิงกับทัศนะของ Savigny) เป็น *“วิถีความเป็นไปแห่งชีวิตของสังคม” คือเป็น “วิถีปฏิบัติที่สมาชิกของสังคมต้องการธำรงเอาไว้”***

---

433 Cf Harlan G. Cohen, ‘A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine’ (2017) 49 Arizona State Law Journal 1, p 39.

("standardized conduct that the members of a social group de facto maintain ...")[434] **เพื่อใช้บ่งชี้ว่าอะไรคือ *"สถานการณ์ปกติ"* ในสังคมที่ตนอาศัยอยู่ ตลอดจนเพื่อ *"ธำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพของสังคมนั้น"* ("maintain stable normal situations by providing sedimented norms of conduct")** [435] นอกจากนี้ องค์กรตุลาการยังต้องคำนึงด้วยว่าการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเข้ากับข้อเท็จจริงเพื่อเลี่ยงไม่เข้าไปวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐหรือความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองหนึ่ง ๆ จะมีผลสนับสนุนให้รัฐบาลสามารถอ้างทฤษฎีดังกล่าวเพื่อสร้างเกราะกำบังแก่ตนจากการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยรัฐสภาหรือศาลหรือไม่ หรือมีผลทำให้กลไกการตรวจสอบถ่วงดุลทางการเมือง "ทำงานผิดปกติ" (malfunctioning) หรือไม่ หากมีศาลก็ต้องเข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจนั้นดังเช่นในคดี Miller II โดยต้องตั้งสมมติฐานไว้ว่า ***"การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือเพื่อล้มล้างโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้"***[436] ขณะเดียวกัน ในบริบททางรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีความตื่นตัวทางการเมืองมากและต้องการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตน (civic activism) หากองค์กรตุลาการต้องเผชิญกับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีความเชื่อมโยงกับมติมหาชนดั่งเช่นข้อพิพาทเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการดำเนินกิจการระหว่างประเทศให้เป็นไปตามผลประชามติดังกรณีคดี Miller I หรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

---

[434] Leila Brännström, 'Carl Schmitt's definition of sovereignty as authorized leadership' in Matida Arvidsson, Leila Brännström, and Panu Minkkinen (eds), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt* (Routledge 2017), p 22.

[435] Ibid, pp 22-27.

[436] Cf Cohen, 'A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine', p 41.

ของแผนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยอาศัยกระบวนการประชามติ ดังข้อเท็จจริงของคดี de Gaulle องค์กรตุลาการต้องตั้งสมมติฐานไว้ว่า ***"รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองที่รัฐธรรมนูญได้สถาปนาขึ้น (ซึ่งรวมไปถึงกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาล (constitutional review)) เป็นช่องทางที่มีไว้เพื่ออำนวยให้ความเห็นทางการเมืองจากภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมถูกรับฟัง"*** ("[T]he Constitution and the institutions it creates are designed to guarantee that different voices, different parts of the electorate, will be heard in public policy debates.") [437] ดังนั้น องค์กรดังกล่าวจึงควรจะให้น้ำหนักกับมิติหลักความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาลคือเลี่ยงที่จะเข้าไปวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ด้วยตนเอง และปล่อยให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายการเมืองที่จะเป็นผู้ตรวจสอบ อนึ่ง หากสังคมหนึ่ง ๆ ประสบกับภาวะทั้งสองข้างต้นไปควบคู่กัน การปรับใช้ทฤษฎีการกระทางรัฐบาลก็ควรคำนึงถึง**ความสัมพันธ์ในรูป "ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ" ("constitutional escalator") ระหว่างแนวคิด 2 ประการ ซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีดังกล่าวนั่นก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรม กล่าวคือยิ่งการกระทำทางรัฐบาลมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากและ/หรืออาจนำไปสู่การขัดขวางหรือบ่อนทำลายอำนาจของรัฐสภาหรือศาลในการเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารตามข้อเท็จจริง ศาลก็ต้องเข้ามาตรวจสอบข้อจำกัดตามรัฐธรรมนูญมาก แต่ถ้าการกระทำทางรัฐบาลนั้นมีความสัมพันธ์หรือเชื่อมโยงกับการมีส่วนร่วมของปวงชนมาก องค์กรตุลาการก็ยิ่งต้องเลี่ยงที่จะ**

---

[437] Ibid, p 33.

เข้าไปตรวจสอบการดังกล่าว[438] ในที่นี้ องค์กรตุลาการจะต้องตั้งสมมติฐานเอาไว้ว่าการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเพื่อเลี่ยงไม่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนั้นเป็นไปเพื่อเสริมสร้างและสนับสนุน ***"กระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองระหว่างรัฐสภา รัฐบาล และภาคพลเมืองที่แข็งขัน"*** ("the robustness of the political process") **มิใช่เพื่อสร้างเกราะคุ้มกันให้กับ *"สิ่งที่รัฐบาลมุ่งหมายในทางการเมือง"*** ("the products of the political process") จากการควบคุมตรวจสอบของศาล[439]

เมื่อหันกลับมาพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลไทยบนกรอบความคิดที่สกัดออกมาได้จากบทเรียนจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส เราจะเห็นได้ว่าในคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั้น เหตุผลที่ศาลใช้อ้างอิงในการพิจารณาจะเป็น "เหตุผลแห่งรัฐ" เสียมากกว่า **แทบไม่ปรากฏคดีใดเลยที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลโดยให้เหตุผลเกี่ยวกับการปกป้องและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ถูกละเมิดจากการกระทำทางรัฐบาลนั้น** คณะผู้วิจัยพบว่าในคำวินิจฉัยให้การเลือกตั้งทั่วไปเมื่อพ.ศ. 2549 และพ.ศ. 2557 ตกเป็นโมฆะ ศาลก็ไม่ได้พิเคราะห์ผลกระทบของการก้าวล่วงไปในขอบเขตอำนาจในการยุบสภาของฝ่ายบริหารซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยสภาพนั้นส่งผล

---

[438] คณะผู้วิจัยได้หยิบยืมวิธีคิดและคำว่า "ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ" มาจากงานเขียนเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ Yaniv Roznai แต่ปรับให้เข้ากับประเด็นการกระทำทางรัฐบาล โปรดดู Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, pp 168-169.

[439] Cohen, 'A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine', pp 32, 42.

กระทบต่อสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้ง (right to vote) ของประชาชนตามรัฐธรรมนูญอย่างไร[440] ทั้งศาลยังไม่ได้ให้เหตุผลว่าหากยอมรับว่าการกำหนดวันเลือกตั้งเป็นการกระทำทางรัฐบาลและปล่อยให้การดังกล่าวดำเนินต่อไปจะมีผลบ่อนทำลายกระบวนการถกเถียงระหว่างฝ่ายการเมือง (ซึ่งเป็นผลพวงมาจากการใช้สิทธิเลือกตั้ง) อย่างไร ซ้ำร้ายไปกว่านั้น บรรทัดฐานของศาลในคำสั่งเรื่องปมถวายสัตย์เมื่อพ.ศ. 2562 ยังมีผลแปลงให้การกระทำทางรัฐบาลกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพที่จะมีส่วนร่วมทางการเมืองและตรวจสอบภาครัฐของปัจเจกชนกลายเป็นขั้วตรงข้ามกันเสียอีก เนื่องจากบรรทัดฐานดังกล่าวยืนยันว่าหากการกระทำของฝ่ายบริหารใดจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล ประชาชนก็ไม่อาจใช้สิทธิยื่นคำร้องเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพของเขาถูกล่วงละเมิดจากการกระทำนั้น ในทัศนะของคณะผู้วิจัย แนวคำวินิจฉัยของศาลไทยในส่วนนี้ไม่สอดคล้องกับบริบททางประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของไทยที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะภายหลังเหตุการณ์ปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ. 2540

เป็นที่ทราบกันดีว่าก่อน พ.ศ. 2540 นั้น ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของไทยนั้นประสบกับปัญหาความไร้เสถียรภาพทางการเมือง[441] อันนำไปสู่สภาวะที่ Ginsburg เรียกว่า “การสลับไปมาระหว่างการปกครองโดยทหารและรัฐบาลพลเรือน” (“oscillation between military rule and civilian government”)[442] ภาวะสลับไปมาดังกล่าวส่งผลทางลบ

---

440 โปรดดู ปิยบุตร แสงกนกกุล, *ศาลรัฐประหาร* (ฟ้าเดียวกัน 2560), หน้า 30-31.

441 Andrew Harding and Rawin Leelapatana, ‘Constitution-Making in 21st-Century Thailand: The Continuing Search for a Perfect Constitutional Fit’ (2019) 7 The Chinese Journal of Comparative Law 266, p 270.

442 Tom Ginsburg, ‘Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand’s postpolitical constitution’ (2009) 7 I•CON 83, p 86.

เป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาแนวคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ[443] ในมุมหนึ่ง รัฐบาลทหารซึ่งก้าวขึ้นมามีอำนาจภายหลังการทำรัฐประหาร นอกจากมักจะกล่าวอ้างภัยที่คุกคามสถาบันหลักของชาติแล้ว ยังมักโจมตีอีกด้วยว่าการใช้สิทธิเสรีภาพทางการเมืองภายใต้กลไกแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย อาทิ เสรีภาพในการชุมนุม (เช่น ในการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2514 หรือเมื่อพ.ศ. 2519) เป็นสาเหตุของสภาพความไม่สงบและความแตกแยกระหว่างหมู่ประชาชน[444] การใช้สิทธิดังกล่าวจึงเป็นต้นเหตุแห่งความแตกแยกในสังคม การรัฐประหารและการใช้เครื่องมือทางกฎหมายอย่างประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ตลอดจนธรรมนูญการปกครองฉบับต่าง ๆ เพื่อ “ระงับ” (suspend) การใช้สิทธิเสรีภาพทางการเมืองจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อขจัดภัยต่อความเป็นหนึ่งเดียวของชาติ[445] การเกิดรัฐประหารขึ้นบ่อยครั้งมีผลทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่ถูกทำให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามทฤษฎีกฎหมายสิทธิมนุษยชน หากแต่ส่งเสริมให้รัฐมีสถานะเป็น “ผู้ตัดสินว่าจะระงับการคุ้มครอง

---

443 โปรดอ้างอิงบทวิเคราะห์ส่วนนี้ประกอบ รวินท์ ลีละพัฒนะ และลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี, ‘กรอบความสมดุลเชิงทฤษฎีกฎหมายระหว่างการเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ: บทเรียนจากยุโรปแก่ประเทศไทย’ (รายงานความก้าวหน้าของงานวิจัยเสนอแก่สถาบันยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2563),หัวข้อ 2.1 ของบทที่ 3.

444 Rawin Leelapatana, ‘The Thai-style Democracy in Post-1932 Thailand and its Challenges: A Quest for Nirvana of Constitutional Saṃsāra in Thai Legal History before 1997’ in Andrew Harding and Munin Pongsapan (eds), *Essays in Thai Legal History: From Traditional to Modern Law* (Cambridge University Press 2021), pp 221-223 [forthcoming in May 2021]; Thak Chaloemtiarana, *Thailand: The Politics of Despotic Paternalism* (SEAP 2007).

445 Ibid; Dressel, ‘Thailand’s Traditional Trinity and the Rule of Law’, p 274.

ดังกล่าวหรือไม่”[446] ขณะเดียวกัน เมื่อประเทศอยู่ภายใต้การนำของรัฐบาลพลเรือนและมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวร การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพก็เป็นเพียง “ตัวบทอันสวยหรูในรัฐธรรมนูญแต่กลับขาดกระบวนการตรวจตราสอดส่องและบังคับใช้ในความเป็นจริง”[447]

การปฏิรูปรัฐธรรมนูญและการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เมื่อพ.ศ. 2540 ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากวิกฤติการณ์การเมืองเมื่อพ.ศ. 2535 สะท้อนความพยายามเปลี่ยนแปลงภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญข้างต้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้นเป็นผลผลิตจากกระบวนการประชาพิจารณ์และการรับฟังความคิดเห็นจากหลากหลายภาคส่วน ทั้งผู้ที่มีบทบาทร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้เอง (สภาร่างรัฐธรรมนูญ) ยังมีที่มาจากทั้งฝ่ายนักวิชาการและผู้แทนจากการเลือกตั้งโดยอ้อมในแต่ละจังหวัด[448] ตัวบทรัฐธรรมนูญฉบับพ.ศ. 2540 มีนวัตกรรมใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้านั่นก็คือบทบัญญัติ

---

446 รวินท์ ลีละพัฒนะ และลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี, ‘กรอบความสมดุลเชิงทฤษฎีกฎหมายระหว่างการเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ (รายงานความก้าวหน้า)’, หัวข้อ 2.1 ของบทที่ 3; Haberkorn, *In Plain Sight*, pp 64-65.

447 ndrew Harding, ‘Buddhism, Human Rights and Constitutional Reform in Thailand’ (2007) 2 Asian Journal of Comparative Law 1, p 13.

448 ‘รัฐธรรมนูญ 2540 เป็นอย่างไร ใครๆ ก็พูดถึง’ (*iLaw*, 13 ตุลาคม 2562) <https://ilaw.or.th/node/5426> เข้าถึงเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2563; Björn Dressel, ‘Thailand’s Elusive Quest for a Workable Constitution, 1997-2007’ (2009) 31 Contemporary Southeast Asia 296; Borwornsak Uwanno and Wayne D. Burns, ‘The Thai Constitution of 1997: Sources and Process’ (1998) 32 UBC Law Review 227. โปรดอ้างอิงเนื้อหาเกี่ยวกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญไทยภายหลังพ.ศ. 2540 นี้ประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ และลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี, ‘กรอบความสมดุลเชิงทฤษฎีกฎหมายระหว่างการเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ (รายงานความก้าวหน้า)’, หัวข้อที่ 2.2 ของบทที่ 3.

มาตรา 4 ที่ว่า *"ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง"* บทบัญญัตินี้สะท้อนความพยายามเปลี่ยนแปลงโครงสร้างรัฐธรรมนูญของไทยให้สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ที่ถือว่า "มนุษย์ทุกคนเป็นผู้มีศักดิ์ศรีแต่กำเนิด"[449] นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับประชาชนข้างต้นยังเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงทั้งในรูปแบบของการเสนอร่างพระราชบัญญัติ[450]และการเข้าชื่อเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง[451] ทั้งยังรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญของประชาชน[452]และสิทธิต่อต้านการได้มาซึ่งอำนาจปกครองราชอาณาจักรโดยวิธีการซึ่งไม่เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอย่างการทำรัฐประหาร[453]

แม้ว่าประเทศไทยจะประสบกับการทำรัฐประหารเมื่อพ.ศ. 2549 ซึ่งนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนและอีกครั้งหนึ่งเมื่อพ.ศ. 2557 ซึ่งมีผลลดทอนพื้นที่การมีส่วนร่วมทางการเมือง (อาทิ การยกเลิกสิทธิของประชาชนในการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา) แต่นี่ก็ไม่ได้หมายความว่าความพยายามปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ. 2540 จะกลายเป็นสิ่งที่สูญเปล่า ตรงกันข้าม หากอ้างอิงตามแนวคิดเรื่อง "ชีวิตหลังความตายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2540"

---

449 คำปรารภ (Preamble) ของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน; Kriengkrai Charoenthanavat, 'The Thai Constitution of 1997: A study on Protection Rights and Liberties' (*Publaw.net*, 5 February 2006) <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=872> accessed 27 February 2021.

450 มาตรา 170 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

451 มาตรา 304 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

452 มาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

453 มาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

(constitutional afterlife) ของ Tom Ginsburg การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อพ.ศ. 2540 นั้นยังมีอิทธิพลทำให้แนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพไม่อาจถูกปฏิเสธในสังคมไทยได้อีกต่อไป[454] เราสามารถเห็นได้ว่านับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา รัฐบาลไทยมีความตื่นตัวต่อการเคารพสิทธิมนุษยชนมากยิ่งขึ้น โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาว่าสิทธิมนุษยชนทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ในพ.ศ. 2542 อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) ใน พ.ศ. 2543 อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) ในพ.ศ. 2550 และ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of the Persons with Disabilities) ในพ.ศ. 2551 อันสร้างพันธกรณีให้รัฐไทยต้องแก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับตราสารกฎหมายระหว่างประเทศเหล่านี้ ทั้งรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560 ยังเพิ่มสิทธิแก่ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับพ.ศ. 2540 นั่นก็คือสิทธิในการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ[455] นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเองก็รับรองในมาตรา 213 ให้ “*บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ …*” อันเป็นสิทธิที่มิได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับพ.ศ. 2540

---

454 Ginsburg, ‘Constitutional afterlife’, pp 84, 101.

455 มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมาตรา 256 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ด้วยความตื่นตัวที่มีมากขึ้นต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และด้วยบริบททางรัฐธรรมนูญที่สิ่งดังกล่าวไม่อาจถูกปฏิเสธได้อีกต่อไป ฝ่ายตุลาการก็ยิ่งต้องทำหน้าที่ควบคุมมิให้รัฐบาลสามารถยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จำนวนอนุสัญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเข้าไปเป็นภาคีที่เพิ่มจำนวนมากขึ้นนับแต่ พ.ศ. 2540 ก็ยิ่งดูจะตอกย้ำให้ศาลต้องทำหน้าที่ดังกล่าวอย่างแข็งขันมากยิ่งขึ้น ข้อเท็จจริงนี้ชวนให้คณะผู้วิจัยตั้งคำถามขึ้นมาว่าหากในอนาคต รัฐบาลตัดสินใจถอนตัวออกจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาที่ได้กล่าวมา รัฐบาลจะอ้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้มากน้อยเพียงใด แน่นอนการถอนตัวออกจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาก็ย่อมทำให้ประเทศไทยไม่มีพันธกรณีผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศในอันจะต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกต่อไปดังเช่นกรณี Brexit ในสหราชอาณาจักร การนี้จึงส่งผลให้ในทางทฤษฎี รัฐอาจไม่ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีกฎหมายระหว่างประเทศอีกต่อไป ตลอดจนอาจตรากฎหมายภายในลดทอนระดับความเข้มข้นของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนลงหรือยกเลิกการคุ้มครองสิทธิบางประการที่ประชาชนเคยได้รับระหว่างประเทศไทยเคยเป็นภาคีของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนอยู่ การกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดการฟ้องร้องตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยเห็นว่าด้วยบริบททางรัฐธรรมนูญของไทยหลัง พ.ศ. 2540 ศาลรัฐธรรมนูญควรพิจารณาความเป็นไปได้ที่จะนำบรรทัดฐานจากคดี Miller I ของศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักรมาคำนึงประกอบ โดยศาลควรจะตีความขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลให้แคบลง และตีความอำนาจฟ้องตามมาตรา 213 ให้กว้างขึ้น ทั้งต้องเน้นย้ำว่าการใช้อำนาจบริหารไปในทิศทางที่ส่งผลทางลบต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็น “ประเด็นที่มีความอ่อนไหวทางรัฐธรรมนูญ” ตลอดจนคำนึงว่าพัฒนาการการขยายขอบเขต

การคุ้มครองสิทธิที่เพิ่มมากขึ้นนี้ทำให้การพิทักษ์สิทธิมนุษยชนเหล่านั้นกลายเป็นส่วนหนึ่งของโครงสร้างพื้นฐานรัฐธรรมนูญไปแล้ว ดังนั้น แม้รัฐบาลอาจอ้างว่ากิจการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่นั่นก็ไม่ได้ทำให้รัฐสามารถอ้างทฤษฎีดังกล่าวเพื่อล้มล้างโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนี้ได้

อย่างไรก็ตาม หากลองพิจารณาคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าส่งผลกระทบในทางที่เป็นการก้าวล่วงต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยเข้าไปวินิจฉัยสิ่งที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้ว จะพบว่าที่มาของคำวินิจฉัยบางส่วนนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากข้อเท็จจริงทางการเมืองและข้อบกพร่องในการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในระบบรัฐสภาเอง กล่าวคือ ในระบบรัฐสภานั้น ฝ่ายบริหารมีที่มาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมาก หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐบาลและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากจะเป็นพวกเดียวกัน และในช่วงตั้งแต่ พ.ศ. 2544 เป็นต้นมา รัฐบาลจะมาจากพรรคการเมืองที่ได้คะแนนเสียงข้างมากที่ค่อนข้างเด็ดขาดในสภาผู้แทนราษฎร ส่งผลให้การตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเป็นไปได้ยากมาก ดังจะเห็นได้จากในช่วง พ.ศ. 2548 ซึ่งรัฐบาลขณะนั้นถือเสียงข้างมากในสภาถึงขนาดที่ทำให้การลงมติไม่ไว้วางใจแทบจะเป็นไปไม่ได้เลย ด้วยเหตุที่พรรคฝ่ายค้านมีจำนวนสมาชิกไม่เพียงพอตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเอาไว้ ด้วยข้อจำกัดของการตรวจสอบนโยบายของฝ่ายบริหารผ่านกลไกทางการเมืองนี้เอง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคฝ่ายค้านจึงอาจเลือกใช้กลไกการส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแทน นี่จึงเป็นหนึ่งในเป็นสาเหตุให้ในกรณีที่รัฐบาลได้กำหนดนโยบายและมีการเสนอร่างกฎหมายเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้น ๆ พรรคฝ่ายค้าน

อาจโต้แย้งว่าร่างกฎหมายดังกล่าวขัดรัฐธรรมนูญ และขอให้ส่งร่างกฎหมายดังกล่าวให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยซึ่งเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และศาลรัฐธรรมนูญก็มักจะเข้าไปวินิจฉัยเนื่องจากการตรวจสอบถ่วงดุลโดยระบบรัฐสภาไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพในขณะนั้น และบางกรณี คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าวนั้นก็มีการพาดพิงหรือกระทบถึงการกำหนดนโยบายซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ทั้งนี้ คณะผู้วิจัยพบว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญบางส่วนที่มีเนื้อหาพาดพิงการกระทำทางรัฐบาลข้างต้นเกิดจากกรณีที่พรรคฝ่ายค้านอาศัยกลไกการฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อขัดขวางการออกกฎหมายของรัฐบาล เช่น คดีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ. .... ทั้งที่กฎหมายหลายฉบับนั้นเกิดจากนโยบายที่ได้มีการหาเสียงไว้แต่แรก ซึ่งในประเด็นดังกล่าวนี้ กล้า สมุทวนิช เคยตั้งข้อสังเกตว่า *"ในคดีเหล่านั้น ผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญมักจะเป็นกลุ่มผู้ร้องเดิมที่ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการดำเนินนโยบายของฝ่ายบริหาร"*[456]

สืบเนื่องจากการปฏิบัติทางการเมืองเช่นนี้ และเพื่อสร้างจุดสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการปล่อยให้เรื่องการกระทำทางการเมืองเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลด้วยกลไกทางการเมืองระหว่างผู้แทนของปวงชนกับผู้ที่ผู้แทนของปวงชนเลือกมา คณะผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอสองทาง ทางแรก คือ ไม่เปลี่ยนบทบัญญัติใด ๆ

---

[456] กล้า สมุทวณิช, *ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน* (สถาบันพระปกเกล้า 2557), หน้า 305.

ในรัฐธรรมนูญ แต่ชี้ให้ศาลได้เห็นว่าปัจจุบัน เหตุผลหลักที่สำคัญในการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล (ในกรณีที่จำเป็นต้องตรวจสอบเนื่องจากเล็งเห็นแล้วว่าการตรวจสอบถ่วงดุลในระบบการเมืองมีข้อขัดข้องไม่สามารถดำเนินการได้) คือการให้เหตุผลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพื่อให้ศาลยึดถือหลักดังกล่าวทั้งในส่วนของการตัดสินใจว่าจะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายมากน้อยเพียงใด และจะต้องให้เหตุผลอย่างไรเพื่อให้มีความชอบธรรม ทั้งนี้ การเลือกข้อเสนอทางนี้มีข้อดีคือศาลยังคงมีอำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอย่างกว้างขวาง แต่มีข้อห่วงกังวลคือไม่มีความแน่นอนว่าศาลจะยึดถือหลักดังกล่าวหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ จึงนำมาสู่ทางเลือกที่สอง คือ แก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2560) โดยกำหนดให้การส่งร่างกฎหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในกรณีที่ผู้ร้องเห็นว่าเนื้อหาของร่างกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญ จะเสนอได้ก็แต่เฉพาะประเด็นที่เนื้อหาดังกล่าวมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และไม่มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (เช่น ยุบองค์กรอิสระ หรือเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของศาล ฯลฯ) เท่านั้น[457] ซึ่งการเลือกข้อเสนอทางนี้มีข้อห่วงกังวลคือจะต้องมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ และจะกลายเป็นประเด็นที่บุคคลบางกลุ่มอาจตั้งคำถามว่าการจำกัดอำนาจศาลในกรณีดังกล่าวมีความชอบธรรมหรือไม่

[457] ทั้งนี้ ถ้าหากเกิดกรณีที่รัฐบาลใช้อำนาจตามกลไกที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างไม่เหมาะสม ก็ควรจะให้เป็นปัญหาในการตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายการเมือง ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา (โดยการตั้งกระทู้ถาม หรืออภิปรายไม่ไว้วางใจ) และประชาชน (โดยการเลือกตั้งครั้งต่อไป)

แต่ก็มีข้อดี คือ ทำให้เกิดความแน่นอนว่าไม่ว่าจะอย่างไร การเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ผู้เสนอ (พรรคฝ่ายค้าน) จะต้องชี้ให้เห็นให้ได้ว่าร่างกฎหมายดังกล่าวนั้น จะส่งผลเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพอย่างไร และถ้าหากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องเข้าไปวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวจริง ศาลก็จะต้องแสดงเหตุผลให้ได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างไร ซึ่งถือเป็นเหตุผลที่ชอบธรรม

ยิ่งไปกว่านั้นแล้ว คณะผู้วิจัยยังมีความเห็นต่อไปอีกด้วยว่า แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญบางคำวินิจฉัยจะถูกวิจารณ์ว่าเป็นผลผลิตจากการที่ศาลตีความขยายขอบเขตอำนาจตนเองจนรุกล้ำไปในปริมณฑลที่จัดเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตีความตัวบทรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่ขยายเขตอำนาจของตนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะขาดความชอบธรรมอย่างสิ้นเชิงทุกกรณี ในทางกลับกัน การให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในบางคำวินิจฉัยดูจะมีลักษณะสมเหตุสมผลในบางแง่มุมและเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลไปในทิศทางบวกในอนาคตด้วยซ้ำไป บรรทัดฐานที่ว่านี้ก็ได้แก่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 ซึ่งเกี่ยวกับการเสนอญัตติร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของคณะรัฐมนตรีสมัยรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เพื่อแก้ไขกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญให้มีการตั้งสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า *"การจะตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญ (ซึ่งอาจจะทำให้ได้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่) ควรที่จะต้องผ่านการออกเสียงประชามติเพื่อให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบเสียก่อน"* [458]

---

458 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555, หน้า 7-23.

แม้เนื้อหาของข้อพิพาทข้างต้นจะเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ไม่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก็ช่วยสร้างความชอบธรรมให้แก่เสียงจากปวงชน/มติมหาชน แนวบรรทัดฐานนี้สอดคล้องกับบริบททางรัฐธรรมนูญของไทยนับตั้งแต่ พ.ศ. 2549 เป็นต้นมาซึ่งประชาชนหลายภาคส่วนต่างพร้อมที่จะเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมือง ทั้งยังสอดคล้องกับแนวปฏิบัติ (ที่มีแนวโน้มจะกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ) เกี่ยวกับการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับถาวร 2 ฉบับล่าสุด (ฉบับพุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560) ซึ่งประเทศไทยได้จัดทำประชามติขอความเห็นชอบจากมหาชนก่อนประกาศใช้ ทั้งขณะปัจจุบัน (พ.ศ. 2563) ประชาชนหลายภาคส่วนเองก็พยายามเข้ามามีส่วนที่จะผลักดันร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งสะท้อนเจตจำนงของตนอย่างแท้จริง บรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยเมื่อ พ.ศ. 2555 ที่ได้กล่าวมาสามารถใช้เป็นกรอบความคิดสำหรับคำวินิจฉัยในอนาคตโดยเฉพาะหากเกิดกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญขึ้นโดยความริเริ่มของประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และการแก้ไขนั้นเข้าข่ายการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบังคับให้ต้องดำเนินการรับฟังมติจากประชาชนผ่านกระบวนการประชามติ (คือเป็นการแก้ไขหมวดต่อไปนี้ ได้แก่ หมวดทั่วไป หมวดพระมหากษัตริย์ หมวดการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรือเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของศาล/องค์กรอิสระ) [459] สมมติประชาชนเสียงข้างมากได้ลงประชามติให้ความเห็นชอบกับร่างแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวไปแล้ว แต่ก่อนมีการนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้า ฯ กลับมีผู้ไม่เห็นด้วยกับผลของประชามติยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตาม

[459] มาตรา 255 และ 256 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย; Cohen, 'A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine', p 32.

มาตรา 49 วรรคสอง (ผ่านอัยการสูงสุด) หรือวรรคสาม (ยื่นคำร้องเองโดยตรงหากอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำร้อง) ของรัฐธรรมนูญกล่าวหาว่าการใช้สิทธิลงคะแนนประชามติเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่มีผลล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในการวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญก็ควรยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลขึ้นโดยให้เหตุผลว่าเมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้นอยู่ระหว่างกระบวนการนำขึ้นทูลเกล้า ฯ ขั้นตอนดังกล่าวก็เป็นเรื่องทางการเมืองซึ่งได้ผ่านและเป็นการดำเนินการไปตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากมหาชนคือการทำประชามติมาแล้ว ดังนั้น ศาลจึงต้องยกคำร้อง[460]

อนึ่ง แม้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 จะช่วยวางรากฐานอันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาบรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลให้มีความเชื่อมโยงกับ “มติมหาชน” ทั้งมีความสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญของไทยภายหลัง พ.ศ. 2540 ที่ประชาชนมีความตื่นตัวทางการเมืองมากยิ่งขึ้น แต่หากมองในภาพรวมเหนือบริบทของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ คณะผู้วิจัยมีทัศนะว่าตัวบทมาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันซึ่งเป็นบททั่วไปของการทำประชามติกลับมีเนื้อหาที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาข้างต้น โดยมาตรา 166 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า “*ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร คณะรัฐมนตรีจะขอให้มีการออกเสียงประชามติในเรื่องใดอันมิใช่เรื่องที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือเรื่องที่เกี่ยวกับตัวบุคคลหรือคณะบุคคลใดก็ได้ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ*”

---

460 Marty Haddad, ‘Substantive Content of Constitutional Amendments: Political Question or Justiciable Concern?’ (1996) 42 The Wayne Law Review 1685, pp 1685-1686.

เบื้องต้น ตัวบทของมาตรา 166 นั้นมีผลรับรองให้การริเริ่มการทำประชามติเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างชัดเจน เนื่องจากเป็นกิจการเชิงนโยบายและเป็นความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา (เพราะรัฐบาลต้องขอให้รัฐสภาผ่านพระราชบัญญัติจัดให้มีการออกเสียงประชามติ) ที่มีฐานอำนาจคือรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันคณะผู้วิจัยก็ยังพบว่าบทบัญญัติข้างต้นยังถูกบัญญัติขึ้นในลักษณะที่ใกล้เคียงกับตัวบทของมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีและเป็นบทบัญญัติที่เป็นมูลเหตุของคดี de Gaulle เมื่อค.ศ. 1962 ที่ได้กล่าวไป อย่างไรก็ดี คณะผู้วิจัยได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่า อำนาจของประธานาธิบดีภายใต้ระบบกึ่งรัฐสภากึ่งประธานาธิบดีนั้น เป็นมรดกทางประวัติศาสตร์จากรูปแบบการปกครองแบบจักรพรรดิซีซาร์ในสมัย Napoleon มรดกดังกล่าวทำให้ประธานาธิบดีสามารถอ้างความชอบธรรมของการจัดทำประชามติ ตลอดจนปฏิเสธอำนาจของศาลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลประเภทนี้ โดยอาศัยฐาน “ความชอบธรรม” จากการที่เขาได้รับเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง ดังนั้น การกำหนดช่องทางให้ฝ่ายบริหารคืนอำนาจให้ประชาชนซึ่งมีอุดมการณ์ ความคิด และความเชื่อทางการเมืองอันหลากหลายและเป็นรากฐานความชอบธรรมโดยตรงของการใช้อำนาจของประธานาธิบดีจึงมีความเหมาะสม ทั้งยังทำให้ภาคพลเมืองได้มีโอกาสควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลผ่านกลไกทางการเมืองอันเป็นสิ่งจำเป็นที่จะช่วยป้องกันมิให้แนวคิดว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลถูกทำให้เป็น “เกราะคุ้มกันของฝ่ายบริหาร” อย่างไรก็ตาม ในทางตรงกันข้าม สำหรับประเทศไทยซึ่งใช้ระบบรัฐสภาอันส่งผลให้รัฐบาลและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

เสียงข้างมากมักจะมาจากพรรคการเมืองเดียวกัน[461] การกำหนดช่องทางออกเสียงประชามติโดยให้ริเริ่มจากฝ่ายบริหารซึ่งมีเสียงข้างมากในรัฐสภาสนับสนุนอยู่แล้วแต่เพียงอย่างเดียว จึงเปิดช่องให้รัฐบาลอาศัยแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลเป็น “เกราะคุ้มกันให้กับสิ่งที่ตนมุ่งหมายในทางการเมือง” มากกว่าจะเป็น “กระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองระหว่างรัฐสภา รัฐบาล และภาคพลเมืองที่แข็งขัน” ทั้ง ๆ ที่การกระทำทางรัฐบาลประเภทดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่จำเป็นต่อการบรรเทาวิกฤตความขัดแย้งที่กินวงกว้างระหว่างกลุ่มผลประโยชน์[462]

เพื่อป้องกันมิให้การกระทำทางรัฐบาลกลายเป็น “เกราะคุ้มกันฝ่ายบริหาร” หากแต่เป็นเครื่องมืออำนวยการมีส่วนร่วมทางการเมืองอันจะสอดคล้องกับบริบททางการเมืองของไทยภายหลัง พ.ศ. 2540 คณะผู้วิจัยจึงเสนอให้ทบทวนกลไกทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชามติ โดยอาจเพิ่มให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งหรือแม้กระทั่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้าน (ฝ่ายเสียงข้างน้อย) สามารถเข้าชื่อกันเพื่อริเริ่มจัดให้มีการออกเสียง

---

461 Teh-fu Huang, ‘Party Systems in Taiwan and South Korea’ in Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yun-han Chu, and Hung-mao Tien (eds), *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives* (The Johns Hopkins University Press 1997), p 138.

462 ‘Compromise is the answer’ (*Bangkok Post*, 3 November 2020) <https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2012839/compromise-is-the-answer> accessed 22 November 2020. บทวิเคราะห์ในส่วนนี้ต่อยอดมาจาก ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘การลงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชน’ (2559) 7 Assumption University Law Journal 110.

ประชามติในกิจการที่ประชาชนมีความเห็นที่แตกต่างกันเป็นวงกว้าง[463] อย่างไรก็ตาม หากลองพิจารณาข้อเท็จจริงที่คณะผู้วิจัยที่ได้กล่าวถึงไปแล้วว่าพรรคฝ่ายค้านมักจะอาศัยกลไกทางรัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือเพื่อขัดขวางการทำงานของรัฐบาล ก็อาจทำให้เกิดเป็นไปได้ว่าหากยอมให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยสามารถขอให้มีการออกเสียงประชามติได้ การดังกล่าวก็อาจถูกใช้อย่างเป็น “เครื่องมือทางการเมือง” ของกลุ่มผลประโยชน์จนมีผลบั่นทอนคุณค่าของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล[464] ดังนั้น เพื่อสร้างหลักประกันว่าการออกเสียงประชามติในแต่ละครั้งจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนอย่างแท้จริง ก็อาจกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยจะต้องขอคำรับรองจากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง โดยให้ฝ่ายหลังลงลายมือชื่อรับรองตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดในระดับหนึ่งจึงจะสามารถริเริ่มขอให้มีการออกเสียงประชามติได้[465] สุดท้าย เมื่อประชาชนได้แสดงเจตจำนงร่วมกันแล้ว องค์กรตุลาการก็ควรที่จะคำนึงถึง “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล” ที่คณะผู้วิจัยได้นำเสนอ โดยหลีกเลี่ยงการเข้ามาตรวจสอบตราบใดที่เจตจำนงนั้นไม่ได้ทำให้เกิดการละเมิดสิทธิเสรีภาพของผู้ใดหรือมีผลบ่อนทำลายกลไกการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

---

463 ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘การลงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชน’, หน้า 116, 126-127; รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 วันอังคารที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2540.

464 โปรดอ้างอิงประกอบ Palle Svensson, ‘Denmark: the referendum as minority protection’ in Michael Gallagher and Pier Vincenzo Uleri (eds), *The Referendum Experience in Europe* (Springer 1996).

465 ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘การลงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชน’, หน้า 126-127.

3. ข้อความส่งท้าย

กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าในการทบทวนวรรณกรรมบทที่ 2 ของคณะผู้วิจัยที่ได้กล่าวถึงไปแล้วนั้น งานวิจัยหลายเล่มได้มุ่งประเด็นไปที่การชี้ให้เห็นว่าในต่างประเทศนั้นมีการใช้หลักเกณฑ์อะไรบ้างมา และศาลไทยไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง ได้มีคำวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวอย่างไร แล้วจึงนำมาสู่ข้อสรุปว่าศาลควรมีคำวินิจฉัยให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์อย่างไร อย่างไรก็ตาม คณะผู้วิจัยเห็นว่าหลายคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย ศาลเองก็ได้ตระหนักดีว่าการวินิจฉัยของศาลกำลังก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลก็ได้ให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงจำเป็นต้องเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเพราะข้อบกพร่องของกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลในระบบรัฐสภา หรือเหตุผลเกี่ยวกับการปกป้องไว้ซึ่งแก่นสำคัญของความเป็นชาติไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงที่รัฐบาลมีเสียงข้างมากในรัฐสภาที่ค่อนข้างเด็ดขาด (เช่น ในช่วง พ.ศ. 2544 จนถึงก่อนรัฐประหาร พ.ศ. 2549 และช่วง พ.ศ. 2555 จนถึงก่อนการรัฐประหาร พ.ศ. 2557) ก็จะเป็นช่วงที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยหลายประการที่ตกเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ว่าก้าวล่วงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น ดังนั้น ข้อเสนอของคณะผู้วิจัยในงานวิจัยฉบับนี้ จึงมุ่งชี้ให้เห็นถึงปัจจัยสำคัญที่รัฐบาลจะต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจ และแก่นสำคัญที่ศาลควรจะต้องพิทักษ์ไว้ผ่านการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และสร้างกลไกที่แสดงให้เห็นได้ว่า อย่างน้อยที่สุด การดำเนินการของรัฐบาลซึ่งในระบบรัฐสภาถือว่าได้รับเลือกมาจากตัวแทนของประชาชนนั้น สอดคล้องกับเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน และกลไกที่สะท้อนได้ว่าการเข้าไปควบคุมความชอบ

ด้วยกฎหมายของศาลเองก็เป็นไปเพื่อพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตต่อไปว่า ถ้าหากมีกรณีที่รัฐบาลกำหนดนโยบายและประชาชนได้ลงมติให้ความเห็นชอบด้วย หากแต่นโยบายดังกล่าวนั้นกลับกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของคนบางกลุ่มอย่างชัดเจน เช่นนี้ ควรจะมีการกำหนดกลไกเพื่อยุติปัญหาดังกล่าวต่อไปอย่างไร เพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและองค์กรที่เข้ามาตรวจสอบต้องไม่ถูกครหาเรื่องก้าวล่วงเจตจำนงร่วมกันของปวงชน ซึ่งประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นที่ควรจะได้มีการศึกษาต่อไป

บรรณานุกรม

คำพิพากษา คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลไทย

คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 494/2510

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1729/2512

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2573/2519

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2562

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2554

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2554

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 28-29/2555

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 56/2555

คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562

คำพิพากษาศาลปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2046-2048/2552

คำสั่งศาลปกครองไทย

คำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.25/2546

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ.3/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ 3/2551

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 595/2555

คำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักร

Abd Ali Hameed Al-Waheed v Ministry of Defence and *Serdar Mohammed v Ministry of Defence* [2017] UKSC 2

Attorney-General v De Keyser's Royal Hotel Ltd [1920] AC 508

Belhaj and another v Straw and others and *Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and another* [2017] UKSC 3

Blackburn v Attorney General [1971] 1 WLR 1037

Burmah Oil Co (Burma Trading) Ltd v Lord Advocate [1965] AC 75, at 101.

Buron v Denman (1848) 2 Exch. 167

The Case of Impositions (1606) 2 St Tr 371.

The Case of Prohibitions [1607] EWHC J23 (KB)

The Case of Proclamations [1610] EWHC KB J22

Cherry and Others v Advocate General for Scotland [2019] UKSC 41

Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service [1985] AC 374

The Five Knights' case (1627) 3 How St Tr 1

Duke of York Case (1460)

Garden Cottage Foods Ltd v Milk Marketing Board House of Lords [1983] 2 All ER 770

Godden v Hales (1686) 11 St Tr 1166

Hanratty and Another v Lord Butler of Saffron Walden (1971) SJ 382

Laker Airways Ltd v Department of Trade [1977] 2 All ER 182

R v Hampden (1637) 3 State Tr 826

R v Ministry of Defence, ex parte Smith [1996] 1 All ER 256; [1996] QB 517

R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin)

R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5

R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex parte Everett [1989] All ER 655

R (on the application of Miller) v The Prime Minister [2019] UKSC 41

R (XH and Al) v SSHD [2017] EWCA Civ 41

Re A Petition of Right [1915] 3 KB 649

The Zamora [1916] 2 AC 77

คำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป

Smith and Grady v UK (1999) 29 EHRR 493

คำวินิจฉัยของศาลและสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส

คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 5363 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1822 ; C.E. Laffitte, 1 er mai 1882

คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 46707 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875 ; C.E. Duc d'Aumale, 9 mai 1867

คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ 2003-469

C.E. 17 février 1888; C.E. L'arrêt Jaquot, 13 novembre 1896

C.E., 6 mai 1921

C.E, Dame Caraco, 5 février 1926

C.E. Prince Napoléon, 19 février 1875

CE. Rubin de Servens, 2 mars 1962

CE 20 février 1989

C.E. 15 octobre 1993

CE 29 Septembre 1995

CE 9 avril 1999

Conseil Constitutionnel 62-20, 6 Novembre 1962

คำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกา

Baker v Carr 369 US 186 (1962)

Marbury v Madison 5 US (1 Cranch) 137 (1803).

Rucho v. Common Cause 139 S. Ct. 2484 (2019)

คำฟ้องและคำให้การ

Appellant's case

Written case for the lead claimant, Mrs. Gina Miller

งานวิชาการภาษาไทย

ตำราและหนังสือ

นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2555)

_____, 'บทบรรณาธิการ www.pub-law.net ครั้งที่ 190 "การกระทำทางรัฐบาล"' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550)

_____, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (นิติธรรม 2538)

_____, 'บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549)

ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

ปิยบุตร แสงกนกกุล, *พระราชอำนาจองคมนตรี และผู้มีบารมีนอกรัฐธรรมนูญ* (Openbooks 2550)

_____, *ศาลรัฐประหาร* (ฟ้าเดียวกัน 2560)

รวินท์ ลีละพัฒนะ, *คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา: บทเรียนจากกฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรในเหตุการณ์เบร็กซิท* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564) [รอการตีพิมพ์]

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (อ่าน 2561)

วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ, 'แถลงการณ์ คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551: ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือ*

การกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2554)

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, 'บทนำ' ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล: ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552)

บทความ

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 'การกระทำทางรัฐบาล' [2554] จุลนิติ 62

จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ, 'หลักปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา' [2554] วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 17

ชมพูนุท ตั้งถาวร, 'การลงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชน' (2559) 7 Assumption University Law Journal 110

ธงชัย วินิจจะกูล, 'อ่าน Imagined Communities ของ Benedict Anderson หรือ IC ของ "ครูเบ็น"' (2552) 9 วารสารศิลปศาสตร์ 163

_____, 'บทวิจารณ์หนังสือ: Public Law (ค.ศ. 2003) เขียนโดยศาสตราจารย์ Adam Tomkins' (2554) 29 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 125

_____, 'พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1998 และหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา: รัฐสภาสหราชอาณาจักรยังคงมีอำนาจอธิปไตยจริงหรือ?' (2555) 30 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 91

_____, 'หลักนิติธรรมในความคิดของไดซีย์' (2557) 32 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 117

รายงานการประชุม

รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 วันอังคารที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2540

วิจัย

กล้า สมุทวณิช, *ขอบเขตอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญเพื่อการส่งเสริมการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและคุ้มครองเสรีภาพของประชาชน* (สถาบันพระปกเกล้า 2557)

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, 'การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ' (งานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554)

รวินท์ ลีละพัฒนะ และลลิล ก่อวุฒิกุลรังษี, 'กรอบความสมดุลเชิงทฤษฎีกฎหมายระหว่างการเลือกตั้งโดยลับและการลงคะแนนเสียงแทนคนพิการ: บทเรียนจากยุโรปแก่ประเทศไทย' (รายงานความก้าวหน้าของงานวิจัยเสนอแก่สถาบันยุโรปศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2563)

วิทยานิพนธ์

กัลยา ศิริถาวรวงศ์, 'ปัญหาในการกำหนดความหมายและขอบเขตการกระทำทางรัฐบาล: ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง' (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มสาขาวิชากฎหมายมหาชน คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2557)

ณัฐพล คำภีระ, 'การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง' (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2554)

ธงทอง จันทรางศุ, *พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ* (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2548)

สุชาดา เรืองแสงทองกุล, 'การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล' (ดุษฎีนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560)

สุวีร์ ตรียุทธนากุล, 'การกระทำของรัฐบาล' (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538)

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

'คำต่อคำ 'วรเจตน์' มองศาลตีตกคำร้องถวายสัตย์ ต้องแยก 'การเมือง-กฎหมาย' ยันสภามีอำนาจเปิดอภิปรายตามม.152'

(*Voice Online*, 15 กันยายน 2562) <https://voicetv.co.th/read/Y36N1t5uS> เข้าถึงเมื่อ 7 สิงหาคม 2563

''ธงชัย วินิจจะกูล' อภิสิทธิ์ปลอดความผิดเป็นส่วนหนึ่งในวัฒนธรรมและนิติรัฐแบบไทย' (*Prachatai*, 8 ตุลาคม 2559) <https://prachatai.com/journal/2016/10/68259> เข้าถึงเมื่อ 1 ธันวาคม 2563

บุญเสริม นาคสาร, 'ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย' (Publaw.net, 8 กรกฎาคม 2550) < http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1115> เข้าถึงเมื่อ 15 ตุลาคม 2563

'รัฐธรรมนูญ 2540 เป็นอย่างไร ใครๆ ก็พูดถึง' (*iLaw*, 13 ตุลาคม 2562) <https://ilaw.or.th/node/5426> เข้าถึงเมื่อ 18 พฤศจิกายน 2563

'Wake Up Thailand - 'วรเจตน์ ภาคีรัตน์' ชี้ถวายสัตย์ไม่ใช่ 'Act Of Government' สภาฯตรวจสอบได้'

(*Youtube*, 13 กันยายน 2562) <https://www.youtube.com/watch?v=ge-B1ZKJxLYg> เข้าถึงเมื่อ 7 สิงหาคม 2563

งานวิชาการภาษาอังกฤษ

ตำราและหนังสือ

Anderson B, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*

(Verso 2006)

Anter A, *Max Weber's Theory of the Modern State* (Palgrave McMillan 2014)

Allison JWF, *A Continental Distinction in The Common Law* (Oxford University Press 1996)

Avril P, 'Political Question in France' in Nada Mourtada-Sabbah and Bruce E. Cain (eds), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States* (Lexington Books 2007)

Bagehot W, *The English Constitution* (Chapman and Hall 1867)

Baker P, 'A Despicable Comtemptible Generation of Men'?: Cromwell and the Levellers' in Patrick Little (ed), *Oliver Cromwell: New Perspectives* (Palgrave 2009)

Barnett H, *Constitutional & Administrative Law* (12th edn, Routledge 2017)

Battjes H, *European Asylum Law and International Law* (Martinus Nijhoff 2006)

Baume S, *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (John Zvesper (tr), ECPR Press 2012)

Bean Jr. RJ, 'The Supreme Court and the Political Question: Affirmation or Abdication?' in Kermit L. Hall (ed), *The Least Dangerous Branch: Separation of Powers and Court- Packing: The Supreme Court in American Society* (Garland 2000)

Beetham D, *The Legitimation of Power* (Palgrave Macmillan 1991)

_____, *Max Weber and the Theory of Modern Politics* (Polity Press 1985)

Bellomo M, *The Common Legal Past of Europe, 1000–1800* (Lydia G. Cochrane (tr), The Catholic University of America Press 1995)

Bergsten EE, *Community Law in the French Courts: The Law of Treaties in Modern Attire* (Martinus Nijhoff 1973)

Bickel A, *The Least Dangerous Branch* (2nd edn, Yale University Press 1986)

Biehler G, *Procedures in International Law* (Springer 2008)

Bjorge E and Miles C, 'Crown and Foreign Acts of State before British Courts: *Rahmatullah*, *Belhaj*, and the Separation of Powers' in Curtis A. Bradley (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019)

Blackstone W, *Commentaries on the Laws of England, Volume 1* (The University of Chicago Press 1979)

Boyron S, *The Constitution of France: A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2013)

Brännström L, 'Carl Schmitt's definition of sovereignty as authorized leadership' in Matida Arvidsson, Leila Brännström, and Panu Minkkinen (eds), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt* (Routledge 2017)

Brazier R, 'Constitutional Reform and the Crown' in Maurice Sunkin and Sebastian Payne (eds), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Oxford University Press 1999)

Brown LN, Bell J, and Galabert J, *French Administrative Law* (5th edn, Oxford Univesity Press 1998)

Brunnée J and Toope SJ, *Legitimacy and Legality in International Law: An Interactional Account* (Cambridge University Press 2010)

Bui NS, *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World* (Oxford University Press 2020)

Buur L and Kyed HM, *State Recognition of Traditional Authority in Mozambique: The Nexus of Community Representation and State Assistance* (Nordic Africa Institute 2005)

Colón-Ríos J, 'Judge-made constitutional change' in in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021) [forthcoming]

Chaloemtiarana T, *Thailand: The Politics of Despotic Paternalism* (SEAP 2007)

Claes M, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (Hart 2006)

Clare IS, *Illustrated Universal History* (J.C. McCurdy & Co. 1881)

Coicaud J, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility* (Cambridge University Press 2002)

Coleman AR, *The American Revolution, State Sovereignty, and the American Constitutional Settlement, 1765-1800* (Lexington Books 2016)

Congleton RD, *Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy* (Cambridge University Press 2011)

Contiades X, 'Constitutional Change engineering' in Xenophon Contiades (Ed), *Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA* (Routledge 2012)

Contiades X and Fotiadou A, 'Introduction—Comparative constitutional change: a new

academic field' in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021) [forthcoming]

Coxe B, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation: Being a Commentary on Parts of the Constitution of the United States* (The Lawbook Exchange 2005)

Craig P, 'Brexit and the UK Constitution' in Jeffrey Jowell and Colm O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (9th edn, Oxford University Press 2019)

_____, 'Prerogative, Precedent and Power' in Christopher Forsyth (ed), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC* (Oxford University Press 1998)

Crawford K, *Perilous Performances: Gender and Regency in Early Modern France* (Harvard University Press 2004)

Croce M and Salvatore A, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013)

Derosier J, 'The French People's Role in Amending the Constitution: A French Constitutional Analysis from a Pure Legal Perspective' in Richard Albert, Xenophon Contiades, and Alkmene Fotiadou (eds), *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (Hart Publishing 2017)

Dicey AV, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn, Macmillan 1959)

Douglas-Scott S, 'Popular sovereignty v Parliamentary sovereignty' in Denis Galligan (ed), *Constitution in Crisis: The New Putney Debates* (Hart 2017)

Dyzenhaus D, 'The compulsion of legality' in Victor V. Ramraj (ed), *Emergencies and the Limits of Legality* (Cambridge University Press 2008)

Elkins Z, Ginsburg T, and Melton J, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009)

Elliott M, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Hart 2001)

Elliott M and Thomas R, *Public Law* (3rd edn, Oxford University Press 2017)

Elliott M, Williams J and Young AL, 'The *Miller* Tale: An Introduction' in Mark Elliott, Jack Williams and Alison L Young (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond* (Hart 2018)

Fallon Jr. RH, *Law and Legitimacy in the Supreme Court* (Harvard University Press 2018)

Firmini M and Smith J, 'The Crown in Canada' in Peter Oliver, Patrick Macklem, and Nathalie Des Rosiers (eds), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution* (Oxford University Press 2017)

Forteau, M 'Using Military Force and Engaging in Collective Security' in Curtis A. Bradley (ed), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Oxford University Press 2019)

Furedi F, *Authority: A Sociological History* (Cambridge University Press 2013)

Gearty CA, *Principles of Human Rights Adjudication* (Oxford University Press 2004)

Ginsburg T, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003)

Glanville L, *Sovereignty and the Responsibility to Protect: A New History* (University of Chicago Press 2014)

Goldsworthy J, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy* (Oxford University Press 2010)

Goodlad G, *Oliver Cromwell* (Tirril 2007)

Gordon M, *Parliamentary Sovereignty in the UK Constitution: Process, Politics and Democracy* (Hart 2015)

Greer S, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects* (Cambridge University Press 2006)

Haberkorn T, *In Plain Sight: Impunity and Human Rights in Thailand* (The University of Wisconsin Press 2018)

Habermas J, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg (tr), Polity Press 1996)

Hadfield B, 'Judicial Review and the Prerogative Powers of the Crown' in Maurice Sunkin and Sebastian Payne (eds), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Oxford University Press 1999)

Hickman T, *Public Law after the Human Rights Act* (Hart 2010)

Hirschl R, 'The Judicialization of politics' in Robert E. Goodin (ed), *The Oxford Handbook of Political Science* (Oxford University Press 2009)

Hoffman E, *Lost In Translation: A Life in a New Language* (Vintage 1998)

Holdsworth WS, Sir, *Some Makers of English Law: The Tagore Lectures 1937-1938* (Cambridge University Press 1966)

Horowitz D, 'The Israeli Concept of National Security' in Avner Yaniv (ed), *National Security and Democracy in Israel* (Lynne Rienner 1993)

Huang T, 'Party Systems in Taiwan and South Korea' in Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yun-han Chu, and Hung-mao Tien (eds), *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives* (The Johns Hopkins University Press 1997)

Hunt M, *Using Human Rights Law in English Courts* (Hart 1998)

Kelsen H, *General Theory of Law and State* (Anders Wedberg (tr), Harvard University Press 1945)

_____, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson (eds), Clarendon Press 1996)

_____, 'The Nature and Development of Constitutional Adjudication' in Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015)

_____, *Pure Theory of Law* (Max Knight (tr), 5th edn, Law Book Exchange 2008)

_____, *What Is Justice?: And Justice, Law and Politics in the Mirror of Science* (University of California Press 1957)

_____, 'Who ought to be the guardian of the constitution?: Kelsen's reply to Schmitt' in Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015)

Kennedy E, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar* (Duke University Press 2004)

Kent SK, *Gender and Power in Britain 1640-1990* (Routledge 1999)

Kesselman M, Krieger J, and Joseph WA, *Introduction to Comparative Politics: Political Challenges and Changing Agendas* (8th edn, Cengage 2019)

King's College (London), *The charter and by-laws of King's College', London* (Gilbert & Rivington 1830)

Lansford T (ed), *Political Handbook of the World 2018-2019 Vol 1* (SAGE 2019)

Lautenbach G, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2013)

_____, 'The Thai-style Democracy in Post-1932 Thailand and its Challenges: A Quest for Nirvana of Constitutional Saṃsāra in Thai Legal History before 1997' in Andrew Harding and Munin Pongsapan (eds), *Essays in Thai Legal History: From Traditional to Modern Law* (Cambridge University Press 2021) [forthcoming in May 2021]

Legrand P, 'What "Legal Transplants"? in David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures* (Hart 2001)

Le Sueur A, Sunkin M, and Murkens J, *Public Law: Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press 2010)

Loughlin M, 'Constituent Power Subverted: From English Constitutional Argument to British Constitutional Practice' in Martin Loughlin and Neil Walker (eds), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press 2008)

_____, *Idea of Public Law* (Oxford University Press 2003)

Loveland I, *Constitutional law, administrative law, and human rights: a critical introduction* (4th edn, Oxford University Press 2006)

Lutz DS, 'State constitution-making, through 1781' in Jack P. Greene and J. R. Pole (eds), *A Companion to the American Revolution* (Blackwell 2000)

McLachlan C, *Foreign Relations Law* (Cambridge University Press 2014)

McLean J and Tushnet M, 'Administrative bureaucracy' in Mark Tushnet, Thomas Fleiner, and Cheryl Saunders (eds), *Routledge Handbook of Constitutional Law* (Routledge 2013)

Mérieau E, 'French authoritarian constitutionalism and its legacy' in Helena Alviar García and Günter Frankenberg (eds), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique* (Elgar 2019)

Mitchell AR and Dadhania M, *AS Level Law* (Cavendish 2003)

Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (Anne M. Cohler, Basia Carolyn Miller, and Harold Samuel Stone (eds), Cambridge University Press 1989)

Nathan C, *The Changing Face of Religion and Human Rights: A Personal Reflection* (Martinus Nijhoff 2009)

Neely S, *A Concise History of the French Revolution* (Rowman & Littlefield 2008)

Nelken D, 'Towards a Sociology of Legal Adaptation' in David Nelken and Johannes Feest (eds), *Adapting Legal Cultures* (Hart 2001)

O'Cinneide C, 'Human Rights and the UK Constitution' in Jeffrey Jowell and Colm O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (9th edn, Oxford University Press 2019)

Overton R, 'An arrow against all tyrants (12 October 1646)' in Andrew Sharp (ed), *The English Levellers* (Cambridge University Press 1998)

Qvortrup M, *The Referendum and Other Essays on Constitutional Politics* (Hart Publishing 2019)

Owsia P, *Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law* (Graham & Trotman 1994)

Paley R, 'Modern Blackstone: The King's Two Bodies, the Supreme Court and the President' in Wilfrid Prest (ed), *Re-Interpreting Blackstone's Commentaries: A Seminal Text in National and International Contexts* (Hart 2014)

Palmer RR, *The Age of the Democratic Revolution: The challenge* (Princeton University Press 1959)

Parker H, *The Case of Shipmony briefly discoursed, according to the grounds of law, policy and conscience. And most humbly presented to the censure and correction of the High Court of Parliament, Nov. 3. 1640* (Ann. Dom. 1640)

Payne S, 'The Prerogative Power' in Maurice Sunkin and Sebastian Payne (eds), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Oxford University Press 1999)

Poole T, 'The Executive in Public Law' in Jeffrey Jowell and Colm O'Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (9th edn, Oxford University Press 2019)

_____, *Reason of State: Law, Prerogative and Empire* (Cambridge University Press 2015)

Richter M, *The Politcal Theory of Montesquieu* (Cambridge University Press 1977)

Rosenne S, *The World Court: What It Is and How It Works* (4th edn, Martinus Nijhoff 1989)

Roznai Y, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017)

Savigny FKV, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (The Lawbook Exchange 2002)

Schmitt C, *Political Theology* (The University of Chicago Press 2005)

_____, 'The guardian of the constitution: Schmitt's argument against constitutional review' in Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015)

_____, 'The guardian of the constitution: Schmitt on pluralism and the president as the guardian of the constitution' in Lars Vinx (ed)(tr), *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law* (Cambridge University Press 2015)

_____, *On the Three Types of Juristic Thought* (Joseph W. Bendersky (tr), Praeger 2004)

Schupmann BA, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis* (Oxford University Press 2017)

Scott PF, *The National Security Constitution* (Hart 2018)

Smartt U, *Optimize Public Law* (Routledge 2014)

Smits J, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (Nicole Kornet (tr), Intersentia 2002)

Soboul A, *A Short History of the French Revolution, 1789-1799* (Geoffrey Symcox (tr), University of California Press 1965)

Soper AK, 'Mauritian Landscapes of Culture, Identity, and Tourism' in Daniel C Knudsen and others (eds), *Landscape, Tourism, and Meaning* (Ashgate 2008)

Stanton J and Prescott C, *Public Law* (Oxford University Press 2018)

Streckfuss D, *Truth on Trial in Thailand Defamation, Treason, and Lèse-majesté* (Routledge 2011)

Svensson P, 'Denmark: the referendum as minority protection' in Michael Gallagher and Pier Vincenzo Uleri (eds), *The Referendum Experience in Europe* (Springer 1996)

Swedberg R and Agevall O, *The Max Weber Dictionary: Key Words and Central Concepts* (Stanford University Press 2005)

Syrett K, *The Foundations of Public Law: Principles and Problems of Power in the British Constitution* (Palgrave Macmillan 2011)

Thompson B and Gordon M, *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law* (12th edn, Oxford University Press 2017)

Tomkins A, *Public Law* (Oxford University Press 2003)

_____, 'The Struggle to Delimit Executive Power in Britain' in Paul Craig and Adam Tomkins (eds), *The Executive and Public Law: Power and Accountability in Comparative Perspective* (Oxford University Press 2006)

Tonsakulrungruang K, 'The Constitutional Court of Thailand: From Activism to Arbitrariness' in Albert HY Chen and Andrew Harding (eds), *Constitutional Courts in Asia: A Comparative Perspective* (Cambridge University Press 2018)

Venter F, *Constitutional Comparison: Japan, Germany, Canada and South Africa As Constitutional States* (Martinus Nijhoff Publishers 2000)

Vinx L, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy* (Oxford University Press 2007)

Wacks R, *Understanding Jurisprudence* (4th edn, Oxford University Press 2015)

Winichakul T, *Siam Mapped: A History of the Geo-Body of a Nation* (University of Hawaii Press 1994)

Weber M, *Economy and Society: Volume I* (Guenther Roth and Claus Wittich (eds), University of California Press 1978)

_____, 'The Profession and Vocation of Politics' in Max Weber, *Political Writings* (Peter Lassman and Ronald Speirs (eds), Cambridge University Press 1994)

_____, 'Politics as a Vocation' in Max Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology* (H.H. Gerth and C. Wright Mills (trs), Routledge 2009)

Williams J, 'Prerogative Powers After *Miller* Tale: An Analysis in Four E's' in Mark Elliott, Jack Williams and Alison L Young (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond* (Hart 2018)

Worden B, *God's Instruments: Political Conduct in the England of Oliver Cromwell* (Oxford University Press 2012)

Zoller E, *Introduction to Public Law: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff 2008)

บทความ

Alexy R, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison' (2003) 16 Ratio Juris 433

Barak A, 'The Role of a Supreme Court in a Democracy' (2002) 53 Hastings Law Journal 1205

Brown GD, 'DeGaulle's Republic and the Rule of Law: Judicial Review and the Conseil d'Etat' (1966) 46 Boston University Law Review 462

Chen PL and Wada JT, 'Can the Japanese Supreme Court Overcome the Political Question Hurdle' (2017) 26 Washington International Law Journal 349

Choper JH, 'The Political Question Doctrine: Suggested Criteria' (2005) 54 Duke Law Journal 1457

Cohen HG, 'A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine' (2017) 49 Arizona State Law Journal 1

Cohn M, 'Form, Formula and Constitutional Ethos: The Political Question/Justiciability Doctrine in Three Common Law System' (2011) 59 The American Journal of Comparative Law 675

Dressel B, 'Public administration and the rule of law in Asia: breadth without depth?' (2014) 36 Asia Pacific Journal of Public Administration 9

_____, 'Thailand's Elusive Quest for a Workable Constitution, 1997-2007' (2009) 31 Contemporary Southeast Asia 296

_____, 'Thailand's Traditional Trinity and the Rule of Law: Can They Coexist?' (2018) 42 Asian Studies Review 268

_____, "When Notions of Legitimacy Conflict: The Case of Thailand' (2010) 38 Politics & Policy 445

Duguit L, 'The French Administrative Courts' (1914) 29 Political Science Quarterly 385

Dyzenhaus D, 'The Legitimacy of Legality' (1996) 46 University of Toronto Law Journal 129

Gale SG, 'A Very German Legal Science: Savigny and the Historical School' (1982) 18 Stanford Journal of International Law 123

Garner JW, 'French Administrative Law' (1924) 33 Yale Law Journal 597

Glennon MJ, 'Foreign Affairs and the Political Question Doctrine' (1989) 83 The American Journal of International Law 814

Ginsburg T, 'Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand's postpolitical constitution' (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 83

Goldoni M, 'Introduction to the material study of global constitutional law' (2019) 8 Global constitutionalism 71

Haddad M, 'Substantive Content of Constitutional Amendments: Political Question or Justiciable Concern?' (1996) 42 The Wayne Law Review 1685

Harding A, 'Buddhism, Human Rights and Constitutional Reform in Thailand' (2007) 2 Asian Journal of Comparative Law 1

Harding A and Leelapatana R, 'Constitution-Making in 21st-Century Thailand: The Continuing Search for a Perfect Constitutional Fit' (2019) 7 The Chinese Journal of Comparative Law 266

Harris BV, 'Judicial Review, Justiciability and the Prerogative of Mercy' (2003) 62 Cambridge Law Journal 631

Henkin L, 'Is There a "Political Question" Doctrine?' (1976) 85 The Yale Law Journal 597

_____, 'Lexical Priority or "Political Question": A Response' (1987) 101 Harvard Law Review 524

Hirschl R, 'The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide' (2006) 75 Fordham L Rev 721

Hutchinson T, 'The Doctrinal Method: Incorporating Interdisciplinary Methods in Reforming the Law' [2015] Erasmus Law Review 1

Kelsen H, 'Causality and Imputation' (1950) 61 Ethics 1

_____, 'Science and Politics' (1951) 45 American Political Science Review 641

Loewenstein K, 'The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law' (1938) 5 The University of Chicago Law Review 566

Mendelson W, 'Mr. Justice Douglas and Government by the Judiciary' (1976) 38 The Journal of Politics 918

Mulhern JP, 'In Defense of the Political Question Doctrine' (1988) 137 University of Pennsylvania Law Review 97

Myers JA, 'Transatlantic Perspectives on the Political Question Doctrine' (2020) 106 Virginia Law Review 1007

Parsons GM, 'Gerrymandering & Justiciability: The Political Question Doctrine After *Rucho v. Common Cause*' 95 Indiana Law Journal 1295

Petrović M, 'The "Acts of Government" and the Legal Notion of Politics' (2011) 9 Law and Politics 85

Philip M, 'English Republicanism in the 1790s' (1998) 6 Journal of Political Philosophy 235

Poole T, 'United Kingdom: The royal prerogative' (2010) 8 International Journal of Constitutional Law 146

Redish MH, 'Judicial Review and the "Political Question"' (1984-1985) 79 Northwestern University Law Review 1031

Uwanno B and Burns WD, 'The Thai Constitution of 1997: Sources and Process' (1998) 32 UBC Law Review 227

Wechsler H, 'Toward Neutral Principles of Constitutional Law' (1959) 73 Harvard Law Review 1

รายงาน

Bartlett G and Everett M, 'The Royal Prerogative' (House of Commons' Briefing Paper, Number 03861, 17 August 2017)

Poole T, 'The Strange Death of Prerogative in England' (LSE Law, Society and Economy Working Papers 21/2017)

Powell A, 'Miller/Cherry and the Justiciability of Prerogative Powers' (TCLR Online, 2019)

วิทยานิพนธ์

Leelapatana R, 'The Kelsen-Schmitt Debate and the Use of Emergency Powers in Political Crises in Thailand' (PhD in law thesis, University of Bristol)

Whittington KE, 'The Social Impact of the Hundred Years War on the Societies of England and France' (Honors undergraduate thesis submitted to the University of Central Florida, 2016)

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

BBC: <https://www.bbc.com/news/politics/eu_referendum/results> accessed 18 October 2020

Charoenthanavat K, 'The Thai Constitution of 1997: A study on Protection Rights and Liberties' (*Publaw.net*, 5 February 2006) <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=872> accessed 27 February 2021

'Compromise is the answer' (*Bangkok Post*, 3 November 2020) <https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2012839/compromise-is-the-answer> accessed 22 November 2020

Slack J, 'Enemies of the people: Fury over 'out of touch' judges who have 'declared war on democracy' by defying 17.4m Brexit voters and who could trigger constitutional crisis' (*The Daily Mail*, 3 November 2016) <https://www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judges-defied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html> accessed 14 November 2020.

'Supreme Court: Second day of legal prorogation battle ends' (*BBC News*, 18 September 2019) <https://www.bbc.com/news/uk-politics-49735947> accessed 5 July 2020

Tomkins A, 'The High Court got it wrong on Article 50' (Prospect, 7 November 2016) <https://www.prospectmagazine.co.uk/politics/high-court-article-50-parliament-vote-brexit> accessed 13 July 2020

อื่นๆ

James I's speech in Star Chamber on 20 June 1616

งานวิชาการภาษาฝรั่งเศส

ตำราและหนังสือ

Camby J et al., *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?* (LGDJ 2011)

Duez P, *Les actes de gouvernement* (Dalloz 2006)

Dufour G.M., *Traité de droit administratif appliqué* (Delamotte aîné 1843-1845)

Stirn B, Fairgrieve D, and Guyomar M, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni* (Odile Jacob 2006)

ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์

'Abandon du mobile politique pour définir l'acte de gouvernement' (*Conseil d'État*, N.D.) <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon> accessed 22 November 2020

Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon <https://www.conseil-etat.fr/ressources/decisions-contentieuses/les-grandes-decisions-du-conseil-d-etat/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon> accessed 26 February 2021

งานวิชาการภาษาอื่นๆ

Malíř J, 'Politické limity soudního přezkumu v historické perspektivě: případ *actes de gouvernement* ve francouzském právu' [2017] Jurisprudence 3

ดัชนี

ภาษาไทย

ก

การกระทำทางรัฐบาล 3-6, 9-13, 15-33, 35-55, 57-67, 71-77, 81, 83, 87-90, 93-110, 113-115-117, 119, 127, 130-136, 138, 140-142, 146, 148, 150-154, 157, 159, 164, 167, 171-178, 182-188, 190-191, 193-197, 199, 202-206, 208-211, 216-225

การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว 11, 94

การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ 26, 29, 32, 33, 114, 170, 187, 190, 191, 194, 195, 204

ข

ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ 6, 13, 203, 209, 210, 225

ค

ความเป็นไทย 201, 203

ความเป็นไปของวิถีชีวิตมนุษย์ 189

ความมั่นคงของชาติ 13, 87, 96, 155-157, 161, 199-202

ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ 11, 18, 37, 62, 84-87, 103, 105, 108, 119, 155-156, 162, 177, 217
คอมมอนลอว์ 28, 116, 122, 150

จ

จิตวิญญาณของประชาชาติ 89, 189
เจตจำนงทั่วไปของปวงชน 12, 142, 143, 145,-148, 163, 165, 187, 205

น

นโยบายของรัฐบาล 11, 18, 45-46, 89-91, 96, 106

ป

ปฏิสัมพันธ์ระหว่างตัวกระทำทางการเมือง 108
ปทัสถานนิยม 5, 6, 10, 11, 23-27, 30, 31, 57, 58, 64, 96, 102, 103, 107-110, 113, 188, 193

ฝ

ฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง 20, 24, 60
ฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายรัฐบาล 20

พ

พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ 11, 12, 16, 17, 38, 39, 41, 113, 115-119, 126-131, 142, 146, 150-155, 157-170, 187, 205

ร

รัฐชาติสมัยใหม่ (รวมถึง รัฐชาติ) 200, 201

ว

วัฒนธรรมการเคารพเทิดทูนองค์พระมหากษัตริย์ 196

ศ

ศัตรูของชาติ 201

ศาลปกครอง 5, 18, 19, 21-23, 28-29, 37, 60, 62, 65, 71, 73-79, 81, 85-89, 96-102, 104-105, 131, 139, 151, 202, 226

ศาลรัฐธรรมนูญ 3, 5, 18-19, 21, 23-24, 28, 62-63, 65, 73-74, 76, 78-85, 89-105, 139, 197-199, 201-204, 210-211, 215-222, 226

ส

สิทธิเสรีภาพ 11, 12, 50, 52-53, 62, 115, 127, 130, 132, 139-142, 159, 161, 163, 170, 183, 184, 185, 186, 204-207, 209-213, 215-216, 218-220, 222, 225, 227

ห

หมวกสองใบของฝ่ายบริหาร 20, 60

หลักความชอบด้วยกฎหมาย 10, 31, 36, 46, 53, 57, 59, 63, 74, 107, 114, 130, 173, 186, 191, 203, 204, 209

หลักความชอบธรรม 10, 23, 31, 36, 46, 53, 54, 57, 59, 63, 74, 107, 114, 186, 191, 194, 203, 204, 209

อ

อภิสิทธิ์ปลอดความรับผิด 97

ภาษาต่างประเทศ

A

Acte de gouvernement 110, 113, 115-117, 131, 176

C

Common law 42, 45, 116, 130, 133, 135, 136, 137, 138, 160

Constitutional change 29, 32, 186, 187, 190

D

De Gaulle 148-149, 179-180, 182, 206, 209, 223

F

Friedrich Carl von Savigny (รวมถึง Savigny) 32, 114, 186, 188

I

Impunity 97

M

Montesquieu 12, 40, 41, 133, 136-138, 187

N

Napoleon 131, 137-138, 147, 148-149, 172, 174-177, 187, 223

P

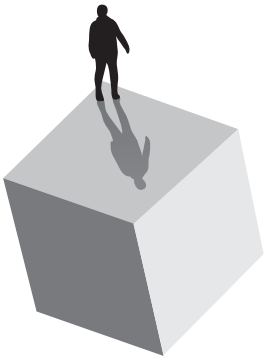
Prerogative power 16, 27, 29, 38, 110, 113, 116, 117, 121, 125, 127, 130, 156, 158, 160, 170

R

Rousseau 147, 205

S

Spirit of the people 189

T

Thai-ness 203