



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
THAMMASAT LAW JOURNAL

ชื่อเรื่อง: มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ

ชื่อผู้แต่ง: รวินท์ ลีละพัฒนนะ, ชมพูนุท ตั้งถาวร

การอ้างอิงที่แนะนำ: รวินท์ ลีละพัฒนนะ, ชมพูนุท ตั้งถาวร, ‘มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย: ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ’ (2567) 53(2) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 623.

ผู้สนับสนุนหลัก



SAIJO DENKI

Tax and Legal Counsellors

Seri Manop & Doyle



**SATYAPON
& PARTNERS**
THAILAND Intellectual Property Law Firm

**Baker
McKenzie.**

ผู้สนับสนุนร่วม

WEERAWONG C&P
WEERAWONG, CHINNAVAT & PARTNERS LTD.



DEJ-UDOM & ASSOCIATES
Attorneys-at-Law



โครงการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง

เขตพระนคร กรุงเทพมหานคร 10200 โทร. 02 613 2109 อีเมล tu.lawjournal@tu.ac.th

มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย :

ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ*

A New Perspective towards Acte de gouvernement
in Thailand: A Study through the History of
Constitutional Law

รวินท์ ลิละพัฒนะ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Rawin Leelapatana

Assistant Professor, Faculty of Law, Chulalongkorn University

ชมพูนุท ตั้งถาวร

นักวิชาการผู้ชำนาญการ สำนักงานส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า

Chompunoot Tangthavorn

Senior Research Fellow, Parliamentary Academic Support Office, King Prajadhipok's
Institute

วันที่รับบทความ 10 มกราคม 2567; วันแก้ไขบทความ 17 พฤษภาคม 2567; วันที่ตอบรับบทความ 20 พฤษภาคม 2567

* บทความวิจัยนี้เป็นการเผยแพร่งานวิจัยเรื่อง “มุมมองใหม่ต่อการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย : ศึกษาผ่านประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ” ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากสถาบันพระปกเกล้า และได้รับอนุญาตจากสถาบันพระปกเกล้าให้นำมาเผยแพร่โดยคงข้อความเดิมและเผยแพร่ในรูปแบบบทความวิจัย.

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มุ่งนำเสนอให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันระหว่างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลซึ่งนำเสนอโดยนักวิชาการและการปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองของประเทศไทย ความไม่สอดคล้องที่เกิดขึ้นนี้ก่อให้เกิดปัญหาความไม่แน่นอนในการปรับใช้หลักกฎหมาย บทความนี้ยังมุ่งอาศัยความไม่สอดคล้องที่ได้กล่าวมาเพื่อแสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม โดยเฉพาะปัญหาความเป็นพลวัต สืบเนื่องจากข้อจำกัดเช่นว่า ผู้เขียนจักอาศัยวิธีการวิจัยแบบรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบเพื่อนำเสนอมุมมองใหม่ของการกระทำทางรัฐบาลที่สอดคล้องกับภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยที่แปรเปลี่ยนไปจากอดีตบนพื้นฐานของแนวคิด “ขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ”

คำสำคัญ : การกระทำทางรัฐบาล ขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ วิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม

Abstract

This article seeks to address the incompatibility between the normativist approach to the study of l’acte de gouvernement proposed by contemporary scholars and its practical application by the Thai Constitutional Court and the Administrative Court. Such incompatibility, arguably, entails the problem of static-ness. This study ultimately adopts a comparative constitutional law approach to propose an alternative understanding towards l’acte de gouvernement which suits contemporary Thailand’s changing constitutional landscape – the idea of ‘a constitutional escalator’.

Keywords: Acte de gouvernement, constitutional escalator, prerogative power, Friedrich Carl von Savigny’s approach to the study of law, normativism

1. บทนำ

นับแต่มีการจัดตั้งศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชนอย่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองขึ้น ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้ถูกนำมาปรับใช้ในทางปฏิบัติในฐานะ “หลักกฎหมายมหาชนที่มีนิติวิธีต่างจากหลักกฎหมายแพ่ง”¹ ดังจะเห็นได้ว่า ในช่วงราวสองทศวรรษที่ผ่านมา ศาลทั้งสองได้อาศัยทฤษฎีดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยขอบเขตอำนาจของตน ในหลากหลายข้อพิพาททั้งที่เกี่ยวข้องกับประเด็นการเมืองและที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (โปรดดูส่วนที่ 3 ของบทความ) ภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญ/กฎหมายมหาชนที่เปลี่ยนไปภายหลัง พ.ศ.2540 ทำให้การศึกษากฎหมายมหาชนไทยในปัจจุบันไม่อาจปฏิเสธทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้อีกต่อไป ดังจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่ พ.ศ. 2551 จนถึงปัจจุบัน จำนวนผลงานวิชาการที่มุ่งศึกษาวิเคราะห์ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้ทวีจำนวนเพิ่มมากขึ้นกว่าในอดีตอย่างมีนัยสำคัญ² อย่างไรก็ตาม ผลงานเหล่านี้ ต่างศึกษาการกระทำทางรัฐบาลภายใต้วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม (normativism) โดยมุ่งนำเสนอ “เกณฑ์ที่เป็นภววิสัย” เพื่อบ่งชี้ว่าการกระทำรูปแบบใดบ้างที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลเป็นหลัก ผู้เขียนตั้งคำถามต่อวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลรูปดังกล่าว โดยเฉพาะประเด็นที่ว่ารูปแบบการศึกษาเช่นว่าสอดคล้องกับ “แนวโน้ม (trend)” การปรับใช้ในปัจจุบันโดยภาครัฐมากน้อยเพียงใด (ส่วนที่ 3 ของบทความ)

ผู้เขียนจักใช้ระเบียบวิธีวิจัยแบบการวิเคราะห์หลักการและทฤษฎี (doctrinal analysis) และ การศึกษารัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (comparative constitutional law) เพื่อสกัดภาพของการปะทะกันระหว่างแนวคิดซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั่นก็คือ “หลักความชอบธรรม (legitimacy)” และ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย (legality)” ซึ่งเป็นกรอบความคิดเชิงทฤษฎี (theoretical framework) ของบทความ (ส่วนที่ 2 ของบทความ) ก่อนอาศัยการปะทะกันระหว่าง

¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3: ที่มาและนิติวิธี* (นิติธรรม 2538) 315-319.

² ตัวอย่าง เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, ‘การกระทำทางรัฐบาล : ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ’ (งานวิจัยเสนอสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554); นันทวัฒน์ บรมานันท์, *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2555) 315; ประยูร กาญจนดุล, *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) 31; ปิยบุตร แสงกนกกุล, *พระราชอำนาจของกษัตริย์และผู้มี บารมีนอกรัฐธรรมนูญ* (Openbooks 2550) 75-76; สมยศ เชื้อไทย, *หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2554) 219-221; เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ), *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการ ในระบบกฎหมายมหาชนไทย* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552). โดย ในอดีตมีผลงานวิชาการที่ศึกษาเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลอย่างจำกัด ผลงานที่โดดเด่น ได้แก่ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 1) 177; สุวีร์ ตรียุทธนากุล, ‘การกระทำของรัฐบาล’ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538).



หลักการทั้งสองเพื่อวิเคราะห์ความไม่สอดคล้องกันระหว่างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่นำเสนอโดยนักวิชาการและการนำทฤษฎีเช่นว่าไปปรับใช้ในทางปฏิบัติโดยเฉพาะโดยศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนข้อจำกัดของวิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม (ส่วนที่ 3 ของบทความ) สุดท้าย ผู้เขียนจะถอดบทเรียนจากการปรับใช้ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส (ส่วนที่ 4 ของบทความ) เพื่อนำเสนอแนวคิดใหม่ที่น่านำมาใช้เพื่อวิเคราะห์ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย (ส่วนที่ 5 ของบทความ)

2. การปะทะกันระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความชอบธรรม : ฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่ปรากฏอยู่ทั้งในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (civil law) และกลุ่มประเทศแองโกล-อเมริกา สำหรับประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ดังเช่น ประเทศฝรั่งเศสนั้น ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลถูกพัฒนาขึ้นเพื่ออธิบายถึงการกระทำซึ่งโดยทั่วไปไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ กล่าวคือ การกระทำทางรัฐบาลเป็นเรื่องเชิงนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองคือรัฐสภาและรัฐบาลโดยแท้ ตลอดจนเป็นการตัดสินใจดำเนินมาตรการเพื่ออ้างไว้ซึ่งความอยู่รอดและอธิปไตยของชาติ หาใช่ภารกิจธุรการประจำวันอันเป็นการดำเนินภารกิจของฝ่ายบริหารในฐานะฝ่ายปกครอง (acte administratif)³ โดยนักวิชาการได้จำแนกประเภทของการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสออกเป็นสามกลุ่มด้วยกัน ได้แก่ กลุ่มการกระทำที่มีลักษณะเป็นกิจการของฝ่ายการเมืองโดยสภาพ อาทิ การยุบสภา กลุ่มการกระทำในทางระหว่างประเทศ และกิจการด้านความมั่นคง อาทิ การประกาศสงคราม⁴

ส่วนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบแองโกล-อเมริกันดังเช่น สหราชอาณาจักรก็ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยอำนาจของฝ่ายบริหารที่เรียกว่า “พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์” (prerogative power) ซึ่งเป็นอำนาจ “โดยแท้” ในทางบริหารซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจ

³ James W. Garner, ‘French Administrative Law’ (1924) 33 Yale Law Journal 597, 607; วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, ‘แถลงการณ์ คณะกรรมาธิการนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 : ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก และกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพาทฯ’ ใน เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) (เชิงอรรถ 2) 154-155.

⁴ George D. Brown, ‘De Gaulle’s Republic and the Rule of Law: Judicial Review and the Conseil d’Etat’ (1966) 46 Boston University Law Review 462, 485-486.

ที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้เพื่อบริหารกิจการบ้านเมือง ในปัจจุบันอำนาจดังกล่าวได้ถูกถ่ายโอนมายังฝ่ายบริหารทำให้รัฐบาลจึงสามารถใช้พระราชอำนาจที่แต่เดิมเป็นของพระมหากษัตริย์เหล่านี้ได้เองโดยไม่ต้องขอความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐสภา)⁵ โดยการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในบางลักษณะก็เทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศส เช่น การทำข้อตกลงระหว่างประเทศหรือการประกาศสงคราม แนวคิดพระราชอำนาจดั้งเดิมนี้นี้ได้ถูกนำไปปรับใช้ในประเทศอาณานิคม อาทิ แคนาดาและออสเตรเลีย⁶ และยังมีอิทธิพลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายที่ชื่อว่า “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (political question doctrine) ของสหรัฐอเมริกา⁷

แม้ในเชิงทฤษฎี หลักกฎหมายว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers) มักจะถูกยกขึ้นในฐานะรากฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำของรัฐบาล⁸ แต่แท้จริงแล้ว ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในแต่ละระบบกฎหมายนั้นมีทฤษฎีพื้นฐานเฉพาะเป็นของตนเอง เพราะไม่ใช่ว่าทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทุกระบบกฎหมายจะมีรากฐานมาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจ ตัวอย่างที่ชัดเจนคือกรณีของสหราชอาณาจักรที่ไม่ปรากฏการนำหลักการดังกล่าวไปอธิบายถึงสาเหตุว่าทำไมศาลจึงไม่ควรเข้าไปตรวจสอบพระราชอำนาจบางประเภทที่เป็นเรื่องทางการเมืองโดยสภาพ ทั้งนี้กฎหมายบางท่านยังมีทัศนะด้วยซ้ำไปว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรไม่ได้รับรู้ถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ⁹

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้แต่ละระบบกฎหมายจะมีมุมมองต่อการกระทำทางรัฐบาลที่แตกต่างกัน แต่กระนั้น เราก็สามารถพบได้ถึง “การปะทะกัน” ระหว่างหลักการสองประการที่มุมมองเหล่านี้มีร่วมกัน ได้แก่ การปะทะกันระหว่าง “หลักความชอบธรรม” และ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ในมุมหนึ่ง หากพิจารณาจากมุมมองของหลักความชอบธรรมซึ่งว่าด้วย “คุณสมบัติ” ที่อำนวยให้สถาบัน

⁵ อ้างอิงคำแปลภาษาไทยจาก บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 1) 86; Andrew Le Suer, Muarice Sunkin, and Jo Murkens, *Public Law: Text, Cases, and Materials* (2nd edn, Oxford University Press 2010), 344-345; Hilaire Barnett, *Constitutional & Administrative Law* (12th edn, Routledge 2017) 111 – 118.

⁶ 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).

⁷ 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) 2-3.

⁸ Karl Loewenstein, ‘The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law’ (1938) 5 *The University of Chicago Law Review* 566, 567.

⁹ Adam Tomkins, *Public Law* (Oxford University Press 2003) 33-44.



การเมืองหนึ่งถูกยอมรับว่ามี “ความคู่ควร” ที่จะกระทำภายในนามของรัฐ¹⁰ และ “การได้รับการยอมรับถึงความคู่ควรที่จะใช้อำนาจ” (“the recognition of the right to govern”) โดย “สถาบันทางสังคมอื่น ๆ”¹¹ เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจเชิงนโยบาย ก็ควรให้ฝ่ายการเมืองซึ่งเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ที่แตกต่างหลากหลายในสังคม (รัฐสภา) และมีความชำนาญเฉพาะด้านและทรัพยากร (ฝ่ายบริหาร) มากกว่าศาลเป็นผู้ตัดสินใจในการดำเนินกิจการที่เข้าข่ายการกระทำประเภทนี้ การก้าวถ่ายของศาลในการกระทำทางรัฐบาลอย่างกว้างขวางจึงย่อมเป็นการที่ฝ่ายตุลาการกระทำโดยมิได้มีฐานอำนาจอันชอบธรรมและก้าวล่วงปริมณฑลแห่งอำนาจนิกการเมืองซึ่งจะทำให้ศาลถูกรอบงำทางการเมืองในท้ายที่สุด¹² แต่ในทางกลับกัน หากพิจารณาจากมุมมองของความชอบด้วยกฎหมายซึ่งว่าด้วยความสอดคล้องระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับบรรทัดฐาน/หลักการทางกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ล่วงหน้า¹³ การปฏิเสธบทบาทของศาลในการเข้าไปควบคุมการกระทำทางรัฐบาลโดยสิ้นเชิงอาจส่งผลเสียมากกว่าผลดี เพราะการปฏิเสธอำนาจศาลที่จะเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลโดยสิ้นเชิงนั้นอาจส่งผลให้รัฐบาลใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยอ้าง “ความสะดวกทางการเมือง” จนมีผลกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน¹⁴

ในส่วนตัวไป ผู้เขียนจะโยนการปะทะกันระหว่างหลักความชอบธรรมและหลักความชอบด้วยกฎหมายกลับมายังบริบทของไทยเพื่อวิเคราะห์วิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมอันเป็นระเบียบวิธีวิจัยที่นักวิชาการกระแสหลักปรับใช้

¹⁰ David Beetham, *The Legitimation of Power* (Palgrave Macmillan 1991) 11.

¹¹ Jean-Marc Coicaud, *Legitimacy and Politics: A Contribution to the Study of Political Right and Political Responsibility* (Cambridge University Press 2002) 10.

¹² Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, (2nd edn, Yale University Press 1986) 16-23, 36-37; Carl Schmitt, ‘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) 149-150; Wallace Mendelson, ‘Mr. Justice Douglas and Government by the Judiciary’ (1976) 38 *The Journal of Politics* 918, 937.

¹³ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (William Rehg (tr), Polity Press 1996) 20; Max Weber, *Economy and Society: Volume I* (Guenther Roth and Claus Wittich (eds), University of California Press 1978) 37, 215.

¹⁴ Louis Henkin, ‘Lexical Priority or “Political Question”: A Response’ (1987) 101 *Harvard Law Review* 524, 529-530.

3. ความไม่สอดคล้องระหว่างแนวคิดของนักวิชาการและคำวินิจฉัยของศาลในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล : ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม

ในส่วนนี้ ผู้เขียนศึกษาการกระทำทางรัฐบาลในบริบทของกฎหมายไทยเพื่อตอบคำถามว่า “คำอธิบายเชิงทฤษฎีของนักวิชาการไทยต่อการกระทำทางรัฐบาลในปัจจุบัน สอดคล้องกับการนำทฤษฎีดังกล่าวไปปรับใช้โดยศาลไทยหรือไม่ และ อะไรคือข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม”

3.1 วิธีการศึกษากฎหมายแบบปทัสถานนิยม : รูปแบบการศึกษากการกระทำทางรัฐบาลกระแสหลักในประเทศไทย

บรรดานักวิชาการไทยได้เสนอแนวทางเพื่อจัดการกับการปะทะกันระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงกับการกระทำทางรัฐบาลโดยเสนอ “เกณฑ์บ่งชี้” (formula) ซึ่งเป็น “กลุ่มเงื่อนไข” อันมีลักษณะเป็น “ภาวีสัย” (objective) และเป็น “การทั่วไป” (universal)¹⁵ เพื่อบ่งชี้ว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล ข้อเท็จจริงใดเข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาล และองค์กรตุลาการจะเข้ามาตรวจสอบการกระทำนั้นได้เพียงใด ซึ่งจากการสำรวจผลงานวิชาการภาษาไทย พบว่า นักวิชาการไทยได้นำเสนอเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลออกเป็น 3 เกณฑ์¹⁶ ได้แก่

3.1.1 เกณฑ์องค์กร

นักวิชาการไทยได้แบ่งแยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำรูปแบบอื่น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลนั้นแตกต่างจากการกระทำประเภทอื่นทั้งหมดสองมิติด้วยกัน ได้แก่ มิติภายนอกและมิติภายใน *มิติภายนอก* เป็นมิติที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ส่วนมิติภายในนั้นเกี่ยวข้องกับลักษณะอำนาจที่ใช้ จากมุมมองมิติภายนอก การกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นกิจการที่อยู่ในปริมณฑลของฝ่ายบริหาร หากใช้การใช้อำนาจนิติบัญญัติ และตุลาการ¹⁷ ส่วนในมิติภายใน การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจบริหารซึ่งเป็น “เรื่องเกี่ยวกับ

¹⁵ Magit 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, 686.

¹⁶ สุชาติดา เรื่องแสงทองกุล, ‘การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล’ (ดุชนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560) 140-142.

¹⁷ เพิ่งอ้าง 140; เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ‘การกระทำทางรัฐบาล’ (2564) จุลนิติ 62, 63-64.



การกำหนดนโยบายการเมืองหรือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมือง คือ รัฐสภาและรัฐบาล” ไม่ใช่ “การดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบาย” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจของ “ฝ่ายปกครอง”¹⁸ ขณะเดียวกัน ยังมีนักวิชาการที่ให้ความเห็นว่า “การกระทำที่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ” ซึ่งเป็นการใช้อำนาจบริหารในฐานะประมุขของรัฐก็ควรจะถือว่าเข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาล¹⁹

3.1.2 เกณฑ์ฐานแห่งกระทำ

การกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำโดยคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่มีฐานอำนาจ คือ รัฐธรรมนูญ” เช่น อำนาจในการเจรจาสนธิสัญญา การเจริญสัมพันธไมตรีหรือประกาศสงคราม กับต่างประเทศ การเปิด-ปิดประชุมสภา หรือการยุบสภา เป็นต้น²⁰ ไม่ใช่ “การใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ” ที่จะทำให้สถาบันและบุคคลข้างต้นมีสถานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ฝ่ายปกครอง²¹

3.1.3 เกณฑ์ลักษณะของการกระทำ

นักวิชาการไทยเห็นตรงกันว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร “ที่ไม่อาจมอบให้องค์กรอื่น หรือเอกชนไปดำเนินการแทนได้”²² ต่างจากการใช้อำนาจปกครองซึ่งเป็นเรื่องของ “งานธุรกิจประจำวันที่ต้องปฏิบัติอย่างต่อเนื่อง” ซึ่งในบางกรณีเอกชน (เช่น องค์กรวิชาชีพ) สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจประการนี้ได้²³

เมื่อการกระทำของรัฐอย่างหนึ่งอย่างใดสามารถปรับเข้ากับเกณฑ์ทั้งสามที่ได้กล่าวมา ได้ทั้งหมดย่อมถือว่าการกระทำมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล สำหรับกิจการที่ยอมรับตรงกันว่า มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารตามการปกครองภายใต้ระบบรัฐสภา และการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ²⁴ กระนั้น แม้กิจกรรมบางอย่างของรัฐจะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งปกติองค์กรตุลาการไม่มีอำนาจเข้าควบคุมตรวจสอบ แต่นักวิชาการไทยก็ได้อธิบายว่าในบางกรณีรัฐธรรมนูญอาจจะบัญญัติ

¹⁸ ประยูร กาญจนกุล (เชิงอรรถ 2) 31; สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 2) 220-223.

¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (เชิงอรรถ 17) 69 และ 74.

²⁰ วรเจตน์ ภาคิรัตน์และคณะ (เชิงอรรถ 3) 156.

²¹ เพิ่งอ้าง.

²² สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 2) 220-223.

²³ เพิ่งอ้าง.

²⁴ บุญเสริม นาคสาร, ‘ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลกับคำพิพากษาของศาลไทย’ (Pub-law.net, 2550)

<<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1115>> สืบค้นเมื่อ 28 กันยายน 2563.

ให้ฝ่ายตุลาการโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาวินิจฉัยการกระทำลักษณะดังกล่าวได้เป็นกรณี ๆ²⁵ ด้วยเหตุนี้ เราจึงสามารถกล่าวได้ว่า นักวิชาการไทยนั้นมองหลักความชอบธรรมซึ่งยึดโยงอยู่กับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเป็น “หลักทั่วไป” ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งยึดโยงกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็น “ข้อยกเว้น”

โดยสรุป ภาพรวมของรูปแบบวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลโดยนักวิชาการไทย จึงเป็นการเสนอให้ปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้ทั้งสามประการเข้ากับข้อเท็จจริงทั้งปวง หากการกระทำนั้นมีลักษณะเข้าเกณฑ์ข้อบ่งชี้ทั้งสามทำให้กิจการเหล่านั้นต่างก็ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลเหมือน ๆ กัน นอกจากนี้กิจการเหล่านี้ก็มีโอกาสถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญได้เหมือนกัน ถ้ารัฐธรรมนูญมีบัญญัติเปิดช่องไว้ ชุดความคิดดังกล่าวเป็นรูปแบบการศึกษากฎหมายซึ่งให้ความสำคัญกับการแบ่งแยกการกระทำทางข้อเท็จจริงออกจากบรรทัดฐานหรือเกณฑ์ทางกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นภววิสัยหรือที่เรียกว่ารูปแบบการศึกษากฎหมายแบบปัทธานนิยม²⁶ อย่างไรก็ดี คำถามก็ยังคงมีว่า ศาลไทยยอมผูกพันตนกับเกณฑ์บ่งชี้การกระทำลักษณะดังกล่าวของนักวิชาการมากน้อยเพียงใด

3.2 คำวินิจฉัยของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

ผู้เขียนได้ศึกษาคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งของศาลไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล โดยใช้เหตุการณ์การปฏิรูปการเมืองและรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่เมื่อ พ.ศ. 2540 เป็นจุดแบ่งเป็นสองกลุ่ม ซึ่งได้แก่ คำพิพากษาของศาลก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นคำพิพากษากลุ่มแรกและคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นคำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลกลุ่มที่สอง จุดแบ่งดังกล่าวเป็นการแบ่งระหว่างช่วงที่ประเทศไทยใช้ระบบ “ศาลเดียว” ที่มีระบบศาลยุติธรรมมีเขตอำนาจเหนือคดีในทางกฎหมายเอกชนและคดีในทางกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นช่วงก่อน พ.ศ. 2540 และช่วงหลังจากนั้นที่ประเทศไทยจัดตั้งศาลเฉพาะทางด้านกฎหมายมหาชน ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองควบคู่ไปกับศาลยุติธรรมซึ่งมีส่วนทำให้แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทยถูกแบ่งแยกให้เป็นเอกเทศจากปริณทณของกฎหมายเอกชนชัดเจนยิ่งขึ้น

²⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์ (เชิงอรรถ 2) 315; วรเจตน์ ภาคีรัตน์และคณะ (เชิงอรรถ 3) 155.

²⁶ Carl Schmitt, *On the Three Types of Juristic Thought* (Joseph W. Bendersky (tr), Praeger 2004), 48, 52; Hans Kelsen, ‘Causality and Imputation’ (1950) 61 *Ethics* 1, 6; Mariano Croce and Andrea Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt* (Routledge 2013) 36.



3.2.1 คำพิพากษาของศาลก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ. 2540²⁷

ในช่วงเวลา ก่อน พ.ศ. 2540 ซึ่งประเทศไทยยังคงใช้ระบบศาลเดี่ยวที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลสูงสุดและมีอำนาจตัดสินคดีทุกประเภท ศาลฎีกาได้เคยมีโอกาสวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำที่ในทางทฤษฎีถือว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับการประกาศสงคราม ซึ่งโจทก์ในคดีนี้ได้ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยต่อศาลแพ่งว่าการที่รัฐบาลที่นำโดยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ได้เข้าร่วมกับประเทศญี่ปุ่นและประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตรเป็นการกระทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการดังกล่าวส่งผลทำให้ทรัพย์สินของโจทก์ถูกโจมตีด้วยระเบิดของกองกำลังทหารฝ่ายสัมพันธมิตรจนได้รับความเสียหาย²⁸ และคดีเกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังมีบุคคลฟ้องร้องต่อศาลว่าการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อจัดการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2519 นั้นเป็นไปโดยไม่สอดคล้องกับกระบวนการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 เนื่องจาก คณะรัฐมนตรีมิได้เป็นบุคคลที่นำร่างพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ด้วยเหตุดังกล่าว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและคณะรัฐมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกาตามข้อพิพาทจึงเป็นโมฆะ อย่างไรก็ดี เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกา ปรากฏว่าในขณะนั้นได้เกิดรัฐประหารขึ้นถึงสองครั้งได้แก่ รัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 ซึ่งมีผลยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ทั้งยังมีผลทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งภายใต้รัฐธรรมนูญนี้ต้องสิ้นสุดลงตามไปด้วย และอีกครั้งเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2520 ซึ่งนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 อันเป็นผลผลิตจากการทำรัฐประหารเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ. 2519 เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับพุทธศักราช 2517 ไม่มีผลบังคับใช้อีกต่อ²⁹ กระนั้น ศาลหาได้ปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเหล่านั้น หากแต่อาศัย “เหตุผลทางเทคนิค/วิธีบัญญัติ” ไม่ว่าจะเป็นสภาพบุคคลของจำเลย³⁰ รวมไปถึงข้อจำกัดในการบังคับคดีในทางปฏิบัติ (เนื่องจากการยกเลิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการชั่วคราว “คำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับได้”)³¹

²⁷ ดูประกอบ บุญเสริม นาคสาร (เชิงอรรถ 24); บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 1) 183-185.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490.

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 724/2490.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 1) 183-185.

3.2.2 คำวินิจฉัยและคำสั่งของศาลหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ดังที่ได้กล่าวไปในบทนำ การตั้งศาลเฉพาะทางกฎหมายมหาชนขึ้นมาภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีผลทำให้มุมมองต่อกฎหมายมหาชนในฐานะระบบกฎหมายที่เป็นเอกเทศจากกฎหมายเอกชนมีความชัดเจนมากขึ้นในระบบกฎหมายไทย อันส่งผลต่อการพัฒนานิติวิธีทางกฎหมายมหาชน³² ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้ถูกนำมาปรับใช้ครั้งแรกในช่วงเวลานี้ คำพิพากษาของศาลปกครอง และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลที่สำคัญและสมควรกล่าวถึง มีดังต่อไปนี้

3.2.2.1 การดำเนินการตามกระบวนการนิติบัญญัติ

ศาลปกครองสูงสุดเคยวางบรรทัดฐานเอาไว้อย่างชัดเจนในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546 ว่า กลไกในทางนิติบัญญัติ โดยเฉพาะการจัดทำร่างและอนุมัติหลักการของพระราชบัญญัติเป็นอำนาจโดยเฉพาะของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนด ตนจึงไม่อาจเข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ/กฎหมายได้ (หน้า 4)³³ นอกจากนี้ ก็เคยมีคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นการดำเนินการตามกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีไม่ได้ให้คำรับรองแก่ร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่...) พ.ศ. ... จนทำให้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่สามารถนำไปพิจารณาโดยรัฐสภาโดยผู้ร้องกล่าวอ้างว่าการกระทำของนายกรัฐมนตรีมีลักษณะขัดต่อหลักการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ³⁴ ท้ายที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า “ผู้ร้องไม่ได้โต้แย้งว่าถูกละเมิดสิทธิตามบทบัญญัติใดของรัฐธรรมนูญ และผู้ร้องยังอาจใช้สิทธิทางอื่นได้อยู่”³⁵ ซึ่งก็ยังคงไม่ใช่การยกอ้างหลักกฎหมายเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

3.2.2.2 การยุบสภาผู้แทนราษฎร และการเลือกตั้ง

ตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ การยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นจะต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ตามทฤษฎีแล้ว การตราพระราชกฤษฎีกาจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลอันไม่อยู่ใน

³² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 5, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2550) 10-13.

³³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546, หน้า 4. นอกจากนี้ยังมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดอื่น ๆ ที่วินิจฉัยบนเหตุผลในลักษณะดังกล่าวเช่นเดียวกัน โปรดดู คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 3/2551; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 25/2546; คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550.

³⁴ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 37/2554, 1-2.

³⁵ เพ็ญอ้าง 3-4.



ขอบเขตการตรวจสอบของศาลเพราะเป็นกลไกหรือขั้นตอนที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องกระทำเพื่อยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น³⁶ ในส่วนนี้ คำพิพากษาและคำสั่งที่เกี่ยวข้องที่สำคัญได้แก่ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 3/2549 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ซึ่งต่างก็วินิจฉัยให้คำฟ้องหรือคำร้องเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล

อย่างไรก็ตาม คำสั่งและคำพิพากษาทั้งสองมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน สำหรับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 3/2549 ศาลปกครองยังได้สร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่สำคัญขึ้นไว้ด้วยว่า “พระราชกฤษฎีกาที่ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะต้องเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายคือตามพระราชบัญญัติเท่านั้น”³⁷ ในขณะที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 แม้จะยอมรับว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล [จึง] ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ” แต่ในส่วนของการกำหนดวันเลือกตั้งและการดำเนินการจัดการเลือกตั้ง” นั้น ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างว่าตนมีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้เพราะการกำหนดวันเลือกตั้งต้องมี “การประสานงานกับคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะต้องดำเนินการจัดการเลือกตั้ง” ทำให้ประเด็นดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “อำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัย³⁸ การกำหนดวันเลือกตั้งได้กลายเป็นประเด็นอีกครั้งในอีก 8 ปีให้หลัง โดยศาลยังคงยึดถือบรรทัดฐานเดิมในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557 สำหรับเหตุผลที่ศาลยกขึ้นเพื่ออ้างอำนาจตรวจสอบการกำหนดวันเลือกตั้ง ได้แก่ “การกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปตามพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2556 ที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีความขัดแย้งและความแตกแยกของชนในชาติอย่างรุนแรงและมีการขัดขวางการสมัครรับเลือกตั้ง การจัดการเลือกตั้งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว ย่อมทำให้การจัดการเลือกตั้งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ”³⁹

3.2.2.3 ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นมีเพียงว่าว่าการทำหนังสือดังกล่าวจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมักจะกำหนดให้การทำหนังสือสัญญาบางประเภทต้องกระทำโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาและ

³⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116; เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ (เชิงอรอด 17) 73-74

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 3/2549 4.

³⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 (ฉบับเต็ม) 7, 10 และ 21-22.

³⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2557, 17-18 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).

กำหนดให้ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าการทำหนังสือสัญญาตามข้อเท็จจริงเป็นการทำหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย⁴⁰ ส่วนประเด็นเนื้อหาของหนังสือสัญญาหรือดุลพินิจในการทำหนังสือสัญญาของรัฐบาล⁴¹ ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยเข้าไปวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

คดีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดังกล่าวยังคงถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครองเช่นเดียวกัน โดยมีทั้งคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้องด้วยเหตุผลของการไม่ใช่เรื่องของการใช้อำนาจปกครอง ดังเช่นกรณีการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น⁴² และคดีที่ศาลปกครองเข้าไปวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยมีคำสั่งเพิกถอนการลงนามตามที่พิพาทตลอดจนออกมาตรการคุ้มครองชั่วคราวในคดีการแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชาซึ่งเกี่ยวข้องกับการยื่นขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก โดยศาลปกครองได้อ้างเหตุผลเกี่ยวกับ **“ความมั่นคงของชาติ”** ที่ว่าแถลงการณ์ร่วมตามที่พิพาทส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประชาชนในชาติ และยังไม่ได้ผ่านการให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนหรือให้ข้อมูลแก่ประชาชนตามเงื่อนไขที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญ⁴³ นั้นจึงหมายความว่า หากศาลมองว่าการทำหนังสือสัญญาของรัฐบาลนั้นอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคง/ความอยู่รอดของชาติ (โดยเฉพาะในส่วนของการขอเขตอำนาจอธิปไตย) ศาลจะเข้ามาวินิจฉัยโดยศาลตระหนักดีว่าตนนั้นกำลังวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล แต่หากเป็นกรณีอื่น ๆ ศาลก็จะมองว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งไม่อยู่ในขอบอำนาจศาลที่จะวินิจฉัยได้ ในส่วนนี้แสดงให้เห็นว่า หลักเกณฑ์การกระทำทางรัฐบาลที่นักวิชาการไทยได้เสนอมาจึงอาจไม่เพียงพอต่อการมองเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยในปัจจุบัน

3.2.2.4 นโยบายของรัฐบาล

นโยบายของรัฐบาลถือเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้ดุลพินิจของรัฐบาล หากจะมีข้อบกพร่องหรือความไม่เหมาะสม การตรวจสอบย่อมต้องกระทำโดยการถ่วงดุลทางการเมืองผ่านรัฐสภา อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริง ได้มีบุคคลนำคดีที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐบาลขึ้นสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญด้วย โดยผู้ร้องมักกล่าวอ้างว่าตนนั้นถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพและจึงขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำนั้น หลายกรณี ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาโดยเหตุผลเรื่อง **“การกระทำทางรัฐบาล”** ไปพร้อมกับเหตุผลทาง

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190; รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2560) มาตรา 178.

⁴¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560; คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563.

⁴² คดีหมายเลขดำที่ 628/2550 คดีหมายเลขแดงที่ 504/2550.

⁴³ คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 2046-2048/2552 37-38.



เทคนิคอื่น ๆ เช่น “คำร้องไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ใช้บังคับอยู่ขณะนั้น” ดังปรากฏในกรณีการร้องขอให้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการเข้าบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะโดยไม่ได้แถลงนโยบายต่อรัฐสภา⁴⁴

3.2.2.5 การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว

การกล่าวคำถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเป็นสิ่งที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องกระทำอย่างชัดเจน โดยกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงถ้อยคำที่ต้องกล่าวว่ามีอย่างไรบ้าง⁴⁵ เมื่อคณะรัฐมนตรีในสมัยรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชาได้กล่าวถ้อยคำที่สอดคล้องกับที่ปรากฏตัวบทของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรฉบับที่บังคับใช้อยู่⁴⁶ จึงมีผู้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและทำให้การใช้อำนาจของรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามไปด้วย⁴⁷ ทั้งผู้ร้องยังกล่าวต่อไปว่า ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการใช้อำนาจเหล่านั้น บางส่วนกระทบต่อสิทธิของผู้ร้อง⁴⁸ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้อ้างบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้คดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่อยู่ในอำนาจของตน⁴⁹ และ “มีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณา”⁵⁰ ดังปรากฏตอนหนึ่งของคำสั่งว่า “... การถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์เป็นการกระทำทางการเมือง (Political Issue) ของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์เฉพาะกับพระมหากษัตริย์...”⁵¹ ซึ่งแท้จริงแล้วการถวายสัตย์ไม่ใช่การดำเนินการที่ฝ่ายบริหารจะมีดุลพินิจว่าจะดำเนินการอย่างไรก็ได้⁵² เพราะเป็นขั้นตอนและกระบวนการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจน⁵³ การที่ศาลรัฐธรรมนูญเลือกที่จะวินิจฉัยว่าประเด็นดังกล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลก็เนื่องจากพระมหากษัตริย์นั้นเป็นสาระสำคัญของชาติและประเทศไทยจึงเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมที่จะวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะย่อมทำให้พระราชอำนาจถูกระงับ

⁴⁴ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2554, 2-4.

⁴⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 161 วรรคหนึ่ง.

⁴⁶ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562, 1.

⁴⁷ เพ็ญอ้าง 1.

⁴⁸ เพ็ญอ้าง 1-2.

⁴⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 (1).

⁵⁰ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562, 3-4.

⁵¹ เพ็ญอ้าง (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).

⁵² ‘คำต่อคำ ‘วรเจตน์’ มองศาลตีตกคำร้องถวายสัตย์ ต้องแยก ‘การเมือง-กฎหมาย’ ยันสภามีอำนาจเปิดอภิปรายตาม ม.152’ (Voice Online, 15 กันยายน 2562) <<https://voicetv.co.th/read/Y36N1t5uS>> สืบค้นเมื่อ 7 สิงหาคม 2563.

⁵³ เพ็ญอ้าง.

3.3 จากปฏิสัมพันธ์ระหว่าง “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ “ความชอบธรรม” ไปสู่ปัญหาความไม่สอดคล้องระหว่างทฤษฎีและแนวทางปฏิบัติ : ข้อจำกัดของวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม

เราจะเห็นได้ว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นเริ่มถูกนำมาปรับใช้อย่างประจักษ์ก็เพียงภายหลังการปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2540 เท่านั้นภายหลังการจัดตั้ง “ศาลเฉพาะด้านกฎหมายมหาชน” โดยศาลต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนที่ว่า “กฎหมายมหาชนนั้นมีนิติวิธีเฉพาะที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน” อยู่เสมอ⁵⁴ ศาลจึงไม่อาจแทนที่นิติวิธีเฉพาะตามกฎหมายมหาชนด้วยนิติวิธีแบบกฎหมายเอกชน” ได้อีกต่อไป⁵⁵ ขณะเดียวกัน ในทาง*การเมือง* เราไม่อาจปฏิเสธข้อเท็จจริงที่ว่าข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นผลพวงมาจากสภาพปัญหาการแตกแยกทางความคิดระหว่างพลังความคิดแบบอนุรักษ์นิยมและพลังความคิดแบบเสรีนิยมประชาธิปไตย หรือ ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายต่าง ๆ อาทิ การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก หรือ ประเด็นการยุบสภาและจัดการเลือกตั้งทั่วไปทั้งในพ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 ฯลฯ ที่ทำให้องค์กรตุลาการได้ถูกดึงเข้ามาเป็น “กรรมการ” ที่ถูกร้องขอให้วินิจฉัยคดีที่สืบเนื่องกับการเมือง

ภายใต้วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม ศาลถูกคาดหวังให้ต้องปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลทั้งสามประการตามหัวข้อ 3.1 ประกอบกันเพื่อพิจารณาว่าอะไรคือการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่าภายใต้วิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยม เกณฑ์บ่งชี้การกระทำเช่นว่าทั้งสามนั้นต่างมีน้ำหนักเท่า ๆ กัน โดยศาลจะต้องมี “ความคงเส้นคงวา” (consistency) คือ ต้องให้น้ำหนักกับเกณฑ์ทั้งสามประการอย่างเท่าเทียมกันและ “เหมือน ๆ กัน” ไม่ว่ากับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่มีประเด็นเกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลอันปรากฏเบื้องหน้าตน ถ้าศาลปรับใช้เกณฑ์บ่งชี้ไม่ถูกต้องย่อมเท่ากับว่าศาลกำลังใช้อำนาจของตนโดยไม่มีฐานทางกฎหมายรับรอง ขณะเดียวกัน การกระทำใด ๆ ของรัฐที่มีลักษณะเข้าเกณฑ์บ่งชี้ทั้งสามประการข้างต้นย่อมถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีอาจถูกตรวจสอบโดยศาลได้เหมือน ๆ กัน แต่ในทางความเป็นจริง เราสามารถเห็นได้จากคำพิพากษา/คำวินิจฉัย/คำสั่งของศาลที่ผู้เขียนได้ทบทวนไปในส่วนที่ 3.2.2 ว่าศาลไทยให้น้ำหนักกับการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารแต่ละประเภทไม่เท่ากัน หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสถาบันหลักของชาติอย่างสถาบันพระมหากษัตริย์ ศาลก็ดูพร้อมจะปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลเพื่อปฏิเสธอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลของตน แม้จะมีข้อโต้แย้งทางทฤษฎีว่า

⁵⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 1) 333.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง.

การดังกล่าวหาได้มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่หากเป็นข้อพิพาทที่ศาลเห็นว่าเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงของชาติ/เสถียรภาพทางการเมืองของประเทศ (เช่น กรณีปราสาทพระวิหาร หรือการจัด การเลือกตั้ง) ศาลก็พร้อมเข้าไปตรวจสอบอย่างเข้มข้น แม้จะมีข้อโต้แย้งทางทฤษฎีว่าการกระทำนั้น เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลก็ตาม

ดังนั้น ผู้เขียนจึงสรุปว่าภายใต้วิธีการศึกษาแบบปทัสถานนิยม การกระทำทางรัฐบาล ทุกประเภทถูกมองว่ามีสถานะเท่าเทียมกันหมด วิธีการศึกษารูปแบบดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็นแบบ “อพลวัต” (static) คือเน้นความแน่นอนของเกณฑ์บ่งชี้การกระทำทางรัฐบาลที่มีลักษณะแบบ “บนลงล่าง” (top-down) อันเน้นอธิบายว่าฝ่ายรัฐจักต้องปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลภายใต้ หลักเกณฑ์ใด อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะดังกล่าว รูปแบบการศึกษาแบบปทัสถานนิยมจึงไม่อาจอธิบาย ปฏิสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองและสังคมได้ ทั้งไม่อาจอธิบายได้ว่าการตีความการกระทำ ทางรัฐบาลโดยศาล ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ สอดคล้องกับปฏิสัมพันธ์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับ การเมือง ณ ช่วงเวลานั้นหรือไม่⁵⁶ กรณีศึกษาของประเทศไทยจึงย้ำเตือนให้นักกฎหมายต้องหันมา คำนึงถึง “ความเป็นพลวัต (dynamics)” ดังจะปรากฏว่าในคำวินิจฉัยและคำสั่งที่ผู้เขียนยกขึ้นมาทั้ง ปัจจัยเชิงโครงสร้าง กฎหมาย การเมืองและสังคมบางประการที่ทำให้ศาลเลือกเข้าไปตรวจสอบ การกระทำที่ตามทฤษฎีจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่เท่ากัน

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตถึงความเป็นพลวัตของระบบรัฐธรรมนูญไทยผ่านภาพภายหลัง พ.ศ. 2540 ดังจะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีอิทธิพลต่อการพัฒนาการของ กฎหมายมหาชนเป็นอย่างมากโดยเฉพาะการเปลี่ยนแปลงจากการปรับใช้นิติวิธีทางแพ่งมาเป็นการอ้างอิงหลักกฎหมายมหาชน เหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองเองก็เป็นอีกตัวเร่งให้ศาลมีโอกาสนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้ การกระทำทางรัฐบาลนั้นจึงหาได้มีขอบเขตอย่างแคบ เพียงเรื่องของกฎเกณฑ์หรือเกณฑ์บ่งชี้ หากแต่ยังเป็นเรื่องของปฏิสัมพันธ์ระหว่างตัวกระทำทางการเมือง (political actors) ต่าง ๆ⁵⁷ กรณีศึกษาของไทยจึงเสนอแนะให้นักกฎหมายต้องหันมา วิเคราะห์ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมาย และปัจจัยเชิงการเมือง-สังคมที่ “มีอิทธิพลต่อ (shape)” แนวทางการตีความการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรต่าง ๆ ของรัฐโดยเฉพาะศาลที่อาจจะแปรเปลี่ยน ไปตามแต่ละบริบทสังคมในแต่ละช่วงเวลาด้วย

⁵⁶ Björn Dressel, ‘Public administration and the rule of law in Asia: breadth without depth?’ (2014) 36 Asia Pacific Journal of Public Administration 9, 10.

⁵⁷ ดู Marco Goldoni, ‘Introduction to the material study of global constitutional law’ (2019) 8 Global constitutionalism 71, 74-76; Ran Hirschl, ‘The Judicialization of politics’ in Robert E Goodin (ed), *The Oxford Handbook of Political Science* (Oxford University Press 2009) 255-256.

สืบเนื่องจากข้อจำกัดของวิธีการศึกษาแบบปัทสนานิยม ผู้เขียนจะอาศัยบทเรียนจากสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเพื่อช่วยสังเคราะห์แนวทางใหม่ในการศึกษา-ปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในประเทศไทย ทั้งศาลอาจนำแนวทางใหม่นี้มาเสริมประกอบกับเกณฑ์บังคับทางทฤษฎีที่นักวิชาการเคยเสนอเอาไว้ แต่ก่อนจะนำเสนอแนวทางใหม่ได้ เราต้องทราบแนวทางการปรับใช้ทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสเสียก่อน

4. ปฏิสัมพันธ์ระหว่างฐานของทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลผ่าน มานประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ : นำเสนอมุมมองใหม่ผ่านกรณีศึกษา จากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในส่วนนี้ ผู้เขียนต้องการพิสูจน์ให้เห็นว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลผลิตของปฏิสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยต่าง ๆ ทั้งปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและปัจจัยเชิงการเมือง-สังคม และปัจจัยเหล่านี้ต่างเป็นผลผลิตทางประวัติศาสตร์ไม่ใช่เป็นเพียงสิ่งที่เกิดจากการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือการสร้างเกณฑ์บังคับทางกฎหมายขึ้นมา ผู้เขียนจะใช้บทเรียนจากสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสเพื่อสนับสนุนข้อเสนอที่ว่าการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลควรตั้งอยู่บนวิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny ผู้เขียนเลือกที่จะอาศัยสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสเป็นบทเรียนต่อไทย ก็ด้วยสาเหตุที่งานวิชาการภาษาไทยเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลภาษามักจะถอดบทเรียนจากทั้งสองประเทศ และนำบทเรียนนั้นมาปรับใช้กับประเทศไทย⁵⁸ กระนั้น ข้อมูลเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทั้งสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ปรากฏในงานวิชาการของไทยนั้นไม่เพียงพอและไม่ทันต่อเหตุการณ์ บทความฉบับนี้จึงต้องการเติมเต็มสิ่งที่ขาดหายไปในงานวิชาการในอดีต นอกจากนี้ โครงสร้างกฎหมายรัฐธรรมนูญของไทยนั้นมีลักษณะ “ผสมผสาน” ความคิดเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศคือมีระบบรัฐสภาตามแบบสหราชอาณาจักรแต่การอธิบายลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลโดยนักกฎหมายไทยก็มีจุดเริ่มต้นมาจากคำอธิบาย acte de gouvernement ของฝรั่งเศส⁵⁹

⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ (เชิงอรรถ 2) x; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ‘บทวิเคราะห์ทางวิชานิติศาสตร์ต่อคำสั่งศาลปกครองกลางกำหนดวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ ในคดีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา’ ใน เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (บรรณาธิการ) (เชิงอรรถ 2) 180.

⁵⁹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล (เชิงอรรถ 2) 7-8.



4.1 ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาล : ภูมิทัศน์ของดุลอำนาจระหว่างองค์กรตุลาการกับฝ่ายการเมือง

ผู้เขียนเริ่มต้นด้วยการศึกษาภูมิทัศน์ของขอบเขตการกระทำของฝ่ายบริหารที่ถือได้ว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ฝ่ายตุลาการสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย การนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์รากฐานทางประวัติศาสตร์ของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในสหราชอาณาจักรและการกระทำทางรัฐบาลในฝรั่งเศสเพื่อช่วยให้ผู้อ่านได้เห็นภาพว่าศาลสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในกิจการต่าง ๆ ได้มาก-น้อยแค่ไหนเพียงใดและภายใต้กรอบความคิดเช่นใด

4.1.1 สหราชอาณาจักร : พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งสะท้อนประวัติศาสตร์ความร่วมมือระหว่างศาลกับรัฐสภาเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพจากเอกลัทธิของฝ่ายบริหาร

แม้คำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” จะไม่เคยปรากฏขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษหรือคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ (common law)⁶⁰ อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษเป็นองค์กรสำคัญที่ทำหน้าที่วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจฝ่ายบริหารที่สามารถเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลหรือที่รู้จักกันในนามพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์⁶¹ พระราชอำนาจดั้งเดิมนี้เป็นอำนาจที่ตกทอดมาจากสมัยอดีตกาลที่องค์พระมหากษัตริย์ยังทรงมีอำนาจผู้ปกครอง⁶² เพื่อดำเนินนโยบายของตนหรือกิจกรรมทางการเมืองได้เองโดยมีจำต้องไปขอให้รัฐสภาอนุมัติหรือต้องอาศัยฐานอำนาจจากพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ซึ่งเป็นกฎหมายที่รัฐสภาเป็นผู้พิจารณา⁶³

พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์สามารถจำแนกได้ออกเป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ⁶⁴ ได้แก่ “พระราชอำนาจดั้งเดิมที่ยังคงสงวนให้องค์พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้ใช้โดยพระองค์เอง” (“The Sovereign’s constitutional prerogatives”) เช่น การแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี เป็นประเภทแรก

⁶⁰ J.W.F. Allison, *A Continental Distinction in The Common Law* (Oxford University Press 1996) ch 5.

⁶¹ 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) 41.

⁶² Thomas Poole, ‘United Kingdom: The royal prerogative’ (2010) 8 *International Journal of Constitutional Law* 146, 146.

⁶³ เพิ่งอ้าง.

⁶⁴ Gail Bartlett and Michael Everett, ‘The Royal Prerogative’ (House of Commons’ Briefing Paper, Number 03861, 17 August 2017) 5.

“พระราชอำนาจดั้งเดิมในทางนิติบัญญัติ” (“The legal prerogatives of the Crown”) ซึ่งเป็นพระราชอำนาจที่สงวนอภิสิทธิ์มิให้ดำเนินคดีบางประเภทแก่องค์พระประมุขตามหลัก “พระมหากษัตริย์ไม่ต้องทรงรับผิด” (“The King can do no wrong”) เป็นประเภทที่สอง และ “พระราชอำนาจที่ปัจจุบันฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้ในนามพระมหากษัตริย์” (“Prerogative executive powers”) เช่น การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁶⁵ เป็นประเภทที่สาม เฉพาะแต่พระราชอำนาจดั้งเดิมประเภทแรกและประเภทที่สามเท่านั้นที่สามารถเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งนี้เนื่องจากพระราชอำนาจในประเภทที่สามเองก็มีส่วนหนึ่งที่เป็นการใช้อำนาจปกครองจึงไม่อยู่ในขอบเขตการศึกษาของผู้เขียน ขอบเขตการศึกษาของผู้เขียนจึงจำกัดไว้เฉพาะแต่เพียงพระราชอำนาจดั้งเดิมที่เกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและพระราชอำนาจที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลเท่านั้น ในการศึกษาประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนได้ใช้ “เหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” (Glorious Revolution) เป็น “จุดตัด” ของการศึกษาเพราะเหตุการณ์นี้มีผลเป็นการสถาปนา “ข้อตกลงทางรัฐธรรมนูญใหม่” ของสหราชอาณาจักรให้บังเกิดขึ้น โดยข้อตกลงเช่นว่าเองได้กลายเป็นรากฐานของโครงสร้างความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างศาลและฝ่ายการเมืองคือรัฐสภาและรัฐบาลสมัยใหม่ ณ ปัจจุบัน⁶⁶

อนึ่ง ผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตว่านักวิชาการไทยมักจะยกคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษจำนวนหนึ่งขึ้นมาเพื่อเป็นตัวอย่างว่าหากเป็นกิจกรรมทางการเมืองหรือเกี่ยวกับนโยบายทางการเมืองซึ่งเทียบเคียงได้กับการกระทำทางรัฐบาลในระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้วนั้น ศาลจะต้องเลี่ยงไม่เข้าไปทบทวนความชอบด้วยกฎหมาย อาทิ งานวิชาการของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ยกบรรทัดฐานของศาลอังกฤษคดี Duke of York และคดี Denman (คดีหลังยังได้ถูกอ้างอิงโดยรองศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ (ตำแหน่งวิชาการ ณ ขณะนั้น))⁶⁷ ข้อพิพาทคดี Duke of York เกิดขึ้นเมื่อราวศตวรรษที่ 15 (ค.ศ. 1460) โดยมีมูลเหตุมาจากความพยายามกล่าวอ้างความชอบธรรมในฐานะรัชทายาทผู้มีสิทธิสืบราชสันตติวงศ์เหนือราชบัลลังก์อังกฤษและทรงสิทธิเหนือพระราชอำนาจประเภทต่าง ๆ โดยชนชั้นสูงท่านหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ศาลอังกฤษได้ยกฟ้องคดีนี้โดยให้เหตุว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเข้าข่าย “ปัญหาทางการเมือง” (political question)⁶⁸ ส่วนคดี

⁶⁵ เพิ่งอ้าง.

⁶⁶ Aaron N. Coleman, *The American Revolution, State Sovereignty, and the American Constitutional Settlement, 1765-1800* (Lexington Books 2016) 18.

⁶⁷ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ (เชิงอรรถ 17) 73; บวรศักดิ์ อุวรรณโณ (เชิงอรรถ 58) 180.

⁶⁸ 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) 2-3.



Denman⁶⁹ นั้นเป็นข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าทาสชาวสเปนกับผู้การเรือชาวอังกฤษ และเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายเรื่อง Act of State ซึ่งว่าด้วยการที่เป็นการใช้พระราชอำนาจเพื่อแสดงออกซึ่งอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนซึ่งไม่อาจถูกศาลตรวจสอบ⁷⁰ คดีนี้มีมูลเหตุมาจากการที่ผู้การเรือชาวอังกฤษชื่อ Denman ได้นำกำลังทหารเข้าไปช่วยเหลือนักโทษซึ่งเป็นคนในบังคับของบริเตน (British subjects) ในโรงงานทาสของสเปน ทั้งยังได้เผาโรงงานนั้นทิ้ง ต่อมา เหตุการณ์การเผาโรงงานได้ถูกรับรองโดยรัฐบาลอังกฤษในนามพระมหากษัตริย์ (The Crown) ด้วยผลจากการรับรองที่ได้กล่าวมา ศาลอังกฤษจึงได้วินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นนี้เป็น “การกระทำของรัฐ” (Act of state)⁷¹ อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตคือแม้คำวินิจฉัยทั้งคดี Duke of York และคดี Denman ที่นักวิชาการชาวไทยมักยกขึ้นมาเป็นกรณีศึกษาจะพอเทียบได้กับการกระทำทางรัฐบาลของไทยได้ก็จริง แต่คำพิพากษาคดี Duke of York นั้นเกิดขึ้นตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 15 ก่อนเกิดการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ด้วยซ้ำไป ส่วนคำพิพากษาคดี Denman เกิดขึ้นเมื่อศตวรรษที่ 19 นอกจากนี้ คำพิพากษาทั้งสองยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับโลกสมัยใหม่อีกต่อไป (การแก่งแย่งราชบัลลังก์หรือการจัดการกับการค้าทาส) ในปัจจุบัน แนวคำวินิจฉัยของศาลอังกฤษที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่พอเทียบได้กับการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยนั้นพัฒนาไปไกลกว่านี้ทั้งไม่ได้อ้างหลักเรื่อง Act of State บทความขึ้นนี้จึงถือโอกาสเพิ่มเติมข้อมูลใหม่ให้กับงานวิจัยที่มีอยู่แต่เดิม

4.1.1.1 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ก่อนเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์

แม้พระมหากษัตริย์อังกฤษสมัยโบราณจะมีพระราชอำนาจในกิจการทางบริหารโดยตรงในช่วงก่อนหน้าเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์⁷² แต่พระมหากษัตริย์ก็มีอาจหลีกเลี่ยงที่จะต้องพยายามต่อรองผลประโยชน์กับขุนนางซึ่งภายหลังได้พัฒนามาเป็นสมาชิกรัฐสภาและผู้พิพากษาให้ลงตัว⁷³ ขอบเขตความสัมพันธ์ระหว่างพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์กับการควบคุมตรวจสอบ

⁶⁹ *Buron v Denman* (1848) 2 Exch. 167.

⁷⁰ Eirik Bjorge and Cameron Miles, ‘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) 727.

⁷¹ Campbell McLachlan, *Foreign Relations Law* (Cambridge University Press 2014) 278-279.

⁷² William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England, Volume 1* (The University of Chicago Press 1979) 146.

⁷³ Roger D. Congleton, *Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy* (Cambridge University Press 2011) 298-301.

โดยศาลในสมัยโบราณจึง “ผันแปร” ไปตาม “พระบารมี” ขององค์พระประมุขแต่ละพระองค์⁷⁴ จนในภายหลัง พระเจ้า James I ซึ่งเป็นพระมหากษัตริย์ในช่วงศตวรรษที่ 17 ทรงพยายามแสดงให้เห็นว่าพระองค์ทรงมีพระราชสถานะเป็น “ตัวแทนขององค์พระเจ้า” (God’s vicar) ผู้ทรงอุดมไปด้วย “ภูมิปัญญา (wisdom)” และ “รู้ผิดชอบชั่วดี (conscience)” เพื่อปลดเปลื้องการใช้พระราชอำนาจของพระองค์จากการถูกควบคุมตรวจสอบ จนถูกต่อต้านโดยบรรดาขุนนางกลุ่มที่เรียกว่า Roundheads⁷⁵ ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลจึงได้มีโอกาสเข้ามาวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจที่องค์พระมหากษัตริย์ใช้อยู่หลายกรณี อย่างไรก็ตาม การตรวจสอบนี้มีเฉพาะในการใช้อำนาจประเภท “พระราชอำนาจธรรมดา” (ordinary prerogative)⁷⁶ หรือที่มักเรียกกันว่า “พระราชอำนาจระงับใช้กฎหมายคอมมอนลอว์”⁷⁷ ในขณะที่พระราชอำนาจที่จัดเป็น “อำนาจพิเศษตามแบบฉบับสมบูรณาญาสิทธิราชย์” (extraordinary prerogative) ศาลเลือกที่จะรับรองและไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ⁷⁸ โดย Zoller ได้ตั้งข้อสังเกตเอาไว้ว่าบรรทัดฐานที่ศาลวางไว้ในประเด็นนี้สามารถจำแนกได้เป็นสองแนวทางอย่างชัดเจนขึ้นอยู่กับ “ประเภทของพระราชอำนาจ”⁷⁹

ทัศนคติที่แตกต่างต่อพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ซึ่งแสดงออกผ่านแนวคำวินิจฉัยทั้งสองกลุ่มข้างต้นสะท้อนภาพความขัดแย้งระหว่างฝ่ายกษัตริย์นิยม (royalist หรือ Cavalier) กับฝ่ายต่อต้าน (Roundheads) ซึ่งได้แก่ฝ่ายรัฐสภาและผู้พิพากษาบางกลุ่มในระดับที่ไม่อาจประนีประนอมกันได้⁸⁰ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนำไปสู่เหตุการณ์การยึดอำนาจของบรรดาขุนศึกนำโดยนายพล Oliver Cromwell อันนำไปสู่การยกเลิกระบอบกษัตริย์ซึ่งในภายหลังก็นำมาสู่การฟื้นฟูกษัตริย์อีกครั้ง

⁷⁴ Sebastian Payne, ‘The Prerogative Power’ in Sunstein and Payne (eds), *The Nature of the Crown: A Legal and Political Analysis* (Clarendon Press 1999) 82.

⁷⁵ Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of the Parliament: History and Philosophy* (Oxford University Press 2010) 79-86.

⁷⁶ Elisabeth Zoller, *Introduction to Public Law: A Comparative Study* (Martinus Nijhoff 2008) 91-95.

⁷⁷ 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) 48.

⁷⁸ Zoller (เชิงอรรถ 76) 92-95.

⁷⁹ เพิ่งอ้าง 91-95.

⁸⁰ Thomas Poole, *Reason of State: Law, Prerogative and Empire* (Cambridge University Press 2015) 26-40.



4.1.1.2 ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์⁸¹

ในรัชสมัยพระเจ้า James II ซึ่งเป็นช่วงหลังจากการล่มสลายของการปกครองโดย Oliver Cromwell และดินแดนอังกฤษได้รื้อฟื้นระบอบกษัตริย์ขึ้นมาอีกครั้ง ศาลได้เข้ามามีบทบาทสนับสนุนการใช้พระราชอำนาจของพระองค์โดยไม่ผ่านรัฐสภาดังสะท้อนในคดี *Godden v Hales*⁸² แต่ท้ายสุดความพยายามรื้อฟื้นอำนาจเทสทิธกลับเป็นฉนวนให้ความขัดแย้งระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับรัฐสภาปะทุขึ้นอีกครั้ง โดยความขัดแย้งคราวนี้จบลงด้วยเหตุการณ์ที่รู้จักกันในนาม “การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์” เมื่อค.ศ. 1688 อันมีผลสถาปนาหลักกฎหมายที่เป็นหัวใจของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญและอนุสรณ์ชัยชนะในทางประวัติศาสตร์ของสงครามแย่งชิงอำนาจนำของฝ่ายนิติบัญญัติและศาลเหนือฝ่ายบริหารอย่าง “หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา” (parliamentary sovereignty)⁸³

ภายใต้หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ไม่อาจจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงสุดของสหราชอาณาจักรนั่นก็คือพระราชบัญญัติได้ และศาลยุติธรรมสามารถเข้ามাত্রตรวจสอบขอบเขต (extent) ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจในเรื่องใด ๆ ก็ได้⁸⁴ ภายหลัง ศาลยังมีบทบาทเพิ่มมากยิ่งขึ้นในการควบคุมการใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ให้สอดคล้องกับสิทธิของปัจเจกชน⁸⁵ เนื่องด้วยผลของการประกาศใช้พระราชบัญญัติประชามยุโรบใน ค.ศ. 1972 และพระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน

⁸¹ ดูประกอบ รวิทร์ ลีละพัฒนะ, ‘พระราชบัญญัติสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 และหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐสภา : รัฐสภาสหราชอาณาจักรยังมีอำนาจอธิปไตยจริงหรือ?’ (2555) 30 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 91; รวิทร์ ลีละพัฒนะ, ‘หลักนิติธรรมในความคิดของไดซีย์’ (2557) 32 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 117.

⁸² *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) 73.

⁸³ *Attorney-General v De Keyser’s Royal Hotel Ltd* [1920] AC 50; Brinton Cox, *An Essay on Judicial Power and Unconstitutional Legislation: Being a Commentary on Parts of the Constitution of the United States* (The Lawbook Exchange 2005) 166; J.W.F. Allison (เชิงอรรถ 60) 54; Sebastian Payne (เชิงอรรถ 74) 82.

⁸⁴ Alison L Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act* (Hart 2009) 2; A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th edn, Macmillan 1959) 39-40.

⁸⁵ Colm O’Cinneide, ‘Human Rights and the UK Constitution’ in Jeffrey Jowell and Colm O’Cinneide (eds), *The Changing Constitution* (9th edn, Oxford University Press 2019) 65.

ค.ศ. 1998 อีกด้วย⁸⁶ ทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมนั้นไม่ใช้การกระทำทางรัฐบาลที่จะอยู่ใน “ปริณทลพิเศษ” ที่เหนือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลโดยการตรวจสอบลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าว (manner) จะมากหรือน้อยนั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าศาลจะจำกัดอำนาจตัวเองแค่ไหนเพียงใด⁸⁷

4.1.2 ฝรั่งเศส : Acte de gouvernement ในฐานะสิ่งสะท้อนพื้นที่พิเศษของฝ่ายบริหารที่ไม่อาจถูกแตะต้องโดยอำนาจตุลาการ

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสถูกพัฒนาขึ้นโดยสถาบันที่เรียกว่าสภาแห่งรัฐ (Conseil d'état) และยังมีอิทธิพลทำให้องค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทในคดีทางกฎหมายมหาชนอื่นในปัจจุบันอย่างคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส (Conseil constitutionnel) เลี่ยงที่จะไม่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในบางลักษณะ ในลำดับถัดไป ผู้เขียนจะชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของแนวความคิดการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 19 จนถึงการใช้เพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอย่างต่อเนื่องเพื่อวางกลไกดังกล่าว

4.1.2.1 ทศนะเชิงลบต่อศาลปาเลอ์มองและอิทธิพลจากแนวความคิดการแบ่งแยกอำนาจของ Montesquieu กับพัฒนาการของการกระทำทางรัฐบาลในช่วงแรก

ในช่วงก่อนการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 ภูมิทัศน์ของตุลาการจะระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายการเมืองตามประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสสะท้อนทศนะเชิงลบต่อฝ่ายตุลาการในฝรั่งเศส⁸⁸ โดยเฉพาะ “ศาลปาเลอ์มอง” (Parlement) ซึ่งเป็นศาลที่ตั้งขึ้นตามหัวเมืองต่าง ๆ เพื่อตัดสินคดีในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ ด้วยเหตุที่ผู้พิพากษาศาลปาเลอ์มองนั้นได้รับการแต่งตั้งจากขุนนางชั้นสูง⁸⁹ ศาลดังกล่าวจึงเป็นดังสัญลักษณ์ของชนชั้นนำซึ่งดำเนินการกิจไปเพื่อรักษาผลประโยชน์ของชนชั้นนำ⁹⁰ ภาพลักษณ์เชิงลบที่ศาลได้เข้าไปเป็น “ผู้เล่นทางการเมือง”

⁸⁶ C. A. Gearty, *Principles of Human Rights Adjudication* (Oxford University Press 2004) 79. ดูประกอบรวินท์ สิละพัฒนา, ‘บทวิจารณ์หนังสือ : Public Law (ค.ศ. 2003) เขียนโดยศาสตราจารย์ Adam Tomkins’ (2554) 29 วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 125.

⁸⁷ *The Zamora* [1916] 2 AC 77, 90; Mark Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Hart 2001) 175, 178-182.

⁸⁸ Geranne Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2013) 32.

⁸⁹ Katherine Crawford, *Perilous Performances: Gender and Regency in Early Modern France* (Harvard University Press 2004) 155.

⁹⁰ R. R. Palmer, *The Age of the Democratic Revolution: The challenge* (Princeton University Press 1959) 99.



(gouvernement des juges) ที่ได้กล่าวมานี้เป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้แม้ว่าปัจจุบัน ศาลปาเลอรั่มองจะถูกยกเลิกและพัฒนาการมาเป็นศาลยุติธรรม ฝรั่งเศสก็ยังคงเลือกที่จะจำกัดอำนาจของศาลยุติธรรมให้อยู่เฉพาะแต่คดีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกันเท่านั้น และหาได้มีบทบาทในการวางกำหนดขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลได้ดังเช่นศาลอังกฤษ⁹¹

อีกปัจจัยหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนาการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ก็ได้แก่ประวัติศาสตร์การรวมศูนย์อำนาจภายในดินแดนฝรั่งเศส เราจะเห็นได้ว่ากษัตริย์ฝรั่งเศสมีพระราชสถานะที่ค่อนข้างมั่นคงกว่ากษัตริย์อังกฤษ ส่วนหนึ่งมาจากการที่พระองค์ไม่เคยต้องเผชิญกับเหตุที่บรรดาขุนนางบังคับให้พระองค์ทรงลงพระปรมาภิไธยในเอกสารอันมีผลกระทบต่อขอบเขตของพระราชอำนาจดังเช่นมหากฎบัตร Magna Carta⁹² ด้วยเหตุดังกล่าว พระมหากษัตริย์ฝรั่งเศสจึงทรงประสบความสำเร็จในการค่อย ๆ รวมศูนย์อำนาจ ตลอดจนสถาปนาพระราชสถานะของพระองค์ขึ้นเป็น “ศูนย์รวมความเป็นชาติ”⁹³ ประวัติศาสตร์การรวมศูนย์อำนาจนี้เป็นรากฐานของการเกิดขึ้นของแนวความคิดว่าด้วย “รัฐ” และแนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัดซึ่งถือว่าอำนาจบริหารเป็นอำนาจคนละส่วนที่ไม่ได้มีสถานะด้อยกว่าอำนาจตุลาการแต่อย่างใด ศาลจึงไม่อาจก้าวล่วงกิจการภายในของฝ่ายบริหารได้⁹⁴ หากกล่าวให้ถึงที่สุด ด้วยพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่กล่าวมา อำนาจบริหารของฝรั่งเศสจึงเป็นอำนาจที่มีพื้นที่พิเศษของตนเองและไม่ได้มีลักษณะเป็น “อำนาจส่วนเหลือ” ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและตุลาการยอมอนุญาตให้คงไว้ดังเช่นในระบบกฎหมายอังกฤษ⁹⁵

4.1.2.2 ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลนับแต่สงครามโลกครั้งที่สอง

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่าแต่เดิมทีระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นยึดถือการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารออกจากกันอย่างเคร่งครัด กระนั้น การละเมิดสิทธิมนุษยชนในสงครามโลกครั้งที่สองทำให้ฝรั่งเศสต้องกลับมาทบทวนว่าการยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจรูปแบบดังกล่าวอาจทำให้การตรวจสอบถ่วงดุลไม่อาจเกิดขึ้นได้จริง จนนำไปสู่การจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁹⁶ อย่างไรก็ดี ด้วยรากฐานความยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเคร่งครัด คณะตุลาการ

⁹¹ Geranne Lautenbach (เชิงอรรถ 88) 33.

⁹² J.W.F. Allison (เชิงอรรถ 60) 42-48.

⁹³ Kody E. Whittington, ‘The Social Impact of the Hundred Years War on the Societies of England and France’ (Honors Undergraduate Thesis the University of Central Florida 2016) 75-76.

⁹⁴ J.W.F. Allison (เชิงอรรถ 60) 46-48.

⁹⁵ เพิ่งอ้าง 42-58.

⁹⁶ Tom Ginsburg, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases* (Cambridge University Press 2003) 1-3.

รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก็ยังคงมีทัศนะว่าตนมีเขตอำนาจเฉพาะที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนด⁹⁷ จวบจนกระทั่ง ค.ศ. 2008 ด้วยความตื่นตัวต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพฝรั่งเศสจึงได้แก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อเพิ่มอำนาจให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของประธานาธิบดีซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นพื้นที่ที่ถูกตรวจสอบได้โดยฝ่ายการเมืองเท่านั้น เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในมาตรา 16 ซึ่งกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้ว่าเงื่อนไขของสถานการณ์ในการประกาศภาวะฉุกเฉินของประธานาธิบดียังคงมีอยู่หรือไม่หากพ้น 30 วัน ถ้าหากประธานาธิบดีบัญญัติแห่งชาติ หรือประธานวุฒิสภา หรือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือสมาชิกวุฒิสภาตั้งแต่ 60 คน ร้องขอ หรือหากพ้น 60 วัน โดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องขอ⁹⁸ เนื่องจากการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในช่วงที่มีการประกาศภาวะฉุกเฉินมักจะก่อให้เกิด (หรืออย่างน้อยที่สุดก็ก่อให้เกิดความเสี่ยง) ต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน จนอาจนำไปสู่ภาวะที่เรียกว่า “การรัฐประหารแบบถาวร” (coup d’Etat permanent)⁹⁹ นอกจากนี้ ถ้าหากพิจารณาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญใน ค.ศ. 2008 เกี่ยวกับอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสมีการเปลี่ยนแปลง นั่นคือ แต่เดิมนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสแม้จะมีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ แต่ก็จะมีมุ่งเน้นที่การกำหนดโครงสร้างเชิงอำนาจของสถาบันทางการเมือง ตลอดจนความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างสถาบันทางการเมือง แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนี้ ก็ทำให้เห็นว่า ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสเริ่มตระหนักถึงประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ตลอดจนการพยายามสร้างกลไกป้องกันการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ โดยให้อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบพื้นที่พิเศษของฝ่ายบริหารที่สภาแห่งรัฐและศาลยุติธรรมได้ปฏิเสธการก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบมาโดยตลอด¹⁰⁰ ด้วยเหตุนี้การขยายขอบเขตอำนาจของฝ่ายตุลาการเหนือกิจการที่เข้าข่ายการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นข้อยกเว้นที่จะกระทำได้แต่โดยอาศัยอำนาจตามที่ได้รับมอบจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น

โดยสรุป ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมายอังกฤษ ผลพวงจากประวัติศาสตร์ทำให้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสสะท้อนภาพความพยายามรักษา “พื้นที่พิเศษ” ของฝ่ายบริหารเอาไว้ โดย

⁹⁷ Parviz Owsia, *Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law* (Graham & Trotman 1994) 104.

⁹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา 16 วรรค 6.

⁹⁹ Jean-Pierre Camby et al., *La révision de 2008 : une nouvelle Constitution ?* (Librairie générale de droit et de jurisprudence 2011) 68.

¹⁰⁰ Sophie Boyron, *The Constitution of France : A Contextual Analysis* (Hart Publishing 2013) 167.



พื้นที่ดังกล่าวเป็นปริณิชนคติที่อยู่เหนือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล เว้นแต่จะมีกฎหมายอนุญาต

4.2 ความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล : ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชน

ผู้เขียนหันมาศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของทั้งระบบกฎหมายอังกฤษและฝรั่งเศสผ่านมิติความชอบธรรม โดยจะศึกษาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองกับปวงชน อันเป็นรากฐานแห่งความชอบธรรมที่จะทำให้รัฐบาลมีความเหมาะสมมาก-น้อยที่จะตัดสินใจกรรมที่เข้าข่ายเป็นการกระทำทางรัฐบาลเหนือองค์กรตุลาการ

4.2.1 สหราชอาณาจักร : พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ในฐานะสิ่งหลงเหลือทางประวัติศาสตร์ของภัยต่อแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยปราศจากแนวคิด “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน”¹⁰¹

สหราชอาณาจักรมีประสบการณ์ที่ไม่ดีนักต่อการกล่าวอ้างเจตจำนงของปวงชนเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจ ดังที่ได้นำเสนอไปข้างต้น ระหว่างต้นถึงกลางศตวรรษที่ 17 พระมหากษัตริย์อังกฤษทรงพยายามอ้างความชอบธรรมจากพระเจ้าเพื่อสร้างความชอบธรรมแก่การใช้พระราชอำนาจของพระองค์อันนำไปสู่ความขัดแย้งกับฝ่ายรัฐสภา จนสุดท้ายก่อให้เกิดการปฏิวัติ ยกเลิกระบอบกษัตริย์และสถาปนาระบอบเผด็จการขึ้นโดยอ้าง “ประโยชน์ของปวงชน” เพื่อสร้างความชอบธรรม¹⁰² อย่างไรก็ตาม แม้จะอาศัย “ประโยชน์ของปวงชน” เป็นข้ออ้างเพื่อปฏิวัติล้มล้างระบอบเก่า แต่ผู้ที่ขึ้นมาใช้อำนาจที่แท้จริงกลับเป็นฝ่ายทหารซึ่งปกครองในระบอบเผด็จการ¹⁰³ ความไม่มีประสิทธิภาพของระบอบเผด็จการทหารทำให้ชาวอังกฤษเลือกที่จะรื้อฟื้นระบอบกษัตริย์ด้วยการเชิญพระเจ้าชาร์ลส์ที่ 2 (Charles II) กลับมาครองราชย์นับแต่ ค.ศ. 1660 และนับตั้งแต่บัดนั้น เป็นต้นมา ดินแดนอังกฤษ (ภายหลังคือ สหราชอาณาจักร) ก็ไม่คิดที่จะสถาปนาให้แนวคิด “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” ตลอดจนแนวคิดอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (constituent power) ของปวงชน

¹⁰¹ ดูประกอบกับ รวินท์ ลีละพัฒนะ, คดี Miller กับหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา : บทเรียนจากกฎหมายรัฐธรรมนูญสหราชอาณาจักรในเหตุการณ์เบร็กซิต (สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2564) บทที่ 2 : ส่วนที่ 3 และ 4.

¹⁰² 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) 38-39.

¹⁰³ Graham Goodlad, *Oliver Cromwell* (Tirril 2007) 23-24; Susan Kingsley Kent, *Gender and Power in Britain 1640-1990* (Routledge 1999) 17-18.

ให้เป็น “ความคิดนำทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ดังเช่นในประเทศฝรั่งเศสช่วงหลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 อีกเลยจวบจนปัจจุบัน หากแต่เลือกที่จะอาศัยหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติขึ้นมาเป็นหัวใจของระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญ¹⁰⁴

หากกล่าวให้ถึงที่สุด ความเคลือบแคลงต่อการขับเคลื่อนมวลชนส่งผลให้ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีแนวคิดที่ว่ารัฐบาลสามารถอ้างความชอบธรรมจาก “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” รวมถึง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การใช้อำนาจของตนในรูปพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์และเพื่อปลดปล่อยการใช้อำนาจประเภทนี้จากการถูกศาลตรวจสอบได้¹⁰⁵

4.2.2 ฝรั่งเศส : “มติมหาชน” ในฐานะฐานแห่งความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล

ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมายอังกฤษ มติมหาชนนั้นเป็นฐานความชอบธรรมที่ฝ่ายบริหารของฝรั่งเศสมักกล่าวอ้างมาตลอดในการสร้างความชอบธรรมทางอำนาจ หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ช่วงภายหลังการปฏิวัติใหญ่เมื่อ ค.ศ. 1789 ฝรั่งเศสนั้นต้องเผชิญกับสภาวะไร้เสถียรภาพทางการเมืองอย่างรุนแรงจนสุดท้ายต้องอาศัยผู้นำที่เข้มแข็งและได้รับความชอบธรรมจากมติมหาชน (ผ่านกลไกประชามติ) อย่าง Napoleon เข้ามาเพื่อกอบกู้วิกฤตของชาติ¹⁰⁶ ด้วยเสียงแซ่ซ้องจากประชาชน เขาจึงสามารถสถาปนาระบบจักรพรรดิซีซาร์ (Caesarian tradition) ขึ้นมาได้สำเร็จภายใต้ระบุดังกล่าว Napoleon ได้เชื่อมโยงแนวคิดเรื่อง “เจตจำนงทั่วไป” เข้ากับอำนาจบริหารแทนที่จะเป็นอำนาจนิติบัญญัติดังเช่นภายหลังการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 โดยเขาได้เสนอภาพตัวเองในฐานะ “ผู้นำซึ่งทรงบารมี” (charismatic leader) และมีความชอบธรรมจากการยอมรับของปวงชน¹⁰⁷ การนี้ Napoleon ได้ตั้งรัฐมนตรี (Consul) ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารขึ้นมา 3 คน โดย Napoleon ได้ขึ้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีลำดับที่หนึ่งซึ่งถือเป็นตำแหน่งผู้นำของอาณาจักร ก่อนภายหลังจะปราบดาตนเองขึ้นเป็นจักรพรรดิ (Emperor)¹⁰⁸

¹⁰⁴ 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) 277; Martin Loughlin (เชิงอรรถ 102) 39-47.

¹⁰⁵ Paul Craig, ‘Brexit and the UK Constitution’ in Jeffrey Jowell and Colm O’Cinneide (eds) (เชิงอรรถ 85) 118-119.

¹⁰⁶ Matt Qvortrup, *The Referendum and Other Essays on Constitutional Politics* (Hart Publishing 2019) 20-21; Sophie Boyron (เชิงอรรถ 100) 21-23.

¹⁰⁷ Frank Furedi, *Authority: A Sociological History* (Cambridge University Press 2013) 79.

¹⁰⁸ Sophie Boyron (เชิงอรรถ 100) 11.



รูปแบบการปกครองที่ Napoleon ได้สถาปนาขึ้นนี้ได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของอัตลักษณ์ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ตรงกันข้ามกับระบบกฎหมายอังกฤษ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ว่ารัฐบาลสามารถอ้างความชอบธรรมจาก “เจตจำนงทั่วไปของปวงชน” โดยมองประชาชนว่าเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่การตัดสินใจเชิงนโยบายทางการเมืองโดยแท้ซึ่งจัดเป็นการกระทำทางรัฐบาลเพื่อปลดปล่อยการใช้อำนาจประเภทนี้จากการถูกสภาแห่งรัฐหรือฝ่ายตุลาการตรวจสอบได้¹⁰⁹ แนวคิดนี้ได้รับการยืนยันอีกครั้งในศตวรรษที่ 20 โดยภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นายพล Charles de Gaulle ซึ่งเป็นวีรบุรุษของชาติ¹¹⁰ ได้อาศัยมติมหาชนดังเช่น Napoleon เพื่อสร้างความชอบธรรมให้แก่นโยบายของตน เช่น ในช่วงทศวรรษที่ 1960s เขาได้อาศัยกลไกประชามติเพื่อผลักดันการแก้รัฐธรรมนูญให้ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากปวงชนชาวฝรั่งเศส¹¹¹

4.3 คำวินิจฉัยเกี่ยวกับทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล

เมื่อเราทราบถึงประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการ ตลอดจนสถานะของปวงชนในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะแสดงให้เห็นว่าพัฒนาการทางรัฐธรรมนูญที่แตกต่างกันในทั้งสองระบบกฎหมายส่งผลต่อแนวคำวินิจฉัย/พิพากษาของศาลในข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลตามไปด้วย

4.3.1 ศาลอังกฤษกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์

ประวัติศาสตร์ของสหราชอาณาจักรภายหลังการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์แสดงให้เห็นว่าสถานะของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ถูกลดทอนให้เป็นเพียงอำนาจที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายรองจากพระราชบัญญัติ การใช้อำนาจในรูปของพระราชอำนาจดั้งเดิมในกิจการทางการเมืองจึงหาได้เป็นเหตุยกเว้นมิให้ฝ่ายบริหารต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาล ขณะเดียวกันฝ่ายบริหารก็ไม่สามารถอ้างเสียงสนับสนุนจากปวงชนต่อการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิม ด้วยลักษณะของ

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง 21-23; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (Oxford University Press 2017) 159-160.

¹¹⁰ Eugénie Mérieau, ‘French authoritarian constitutionalism and its legacy’ in Helena Alviar García and Günter Frankenberg (eds), *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique* (Elgar 2019) 203.

¹¹¹ เพิ่งอ้าง 200-203.

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ขึ้นชอบในการพัฒนาหลักกฎหมายจาก “แนวทางบรรทัดฐานจากข้อเท็จจริง” มากกว่าการสร้าง “หลักเกณฑ์ที่เป็นนามธรรม” ศาลจึงมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์และกำหนดว่าการใช้พระราชอำนาจเรื่องใดจะถูกตรวจสอบขอบเขตความชอบด้วยกฎหมายได้มากน้อยเพียงใด¹¹²

คดีสำคัญซึ่งได้วางบรรทัดฐานแนวทางการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ ได้แก่ คดี GCHQ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่นายกรัฐมนตรีใช้อำนาจในรูปพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ห้ามข้าราชการประจำหน่วยข่าวกรอง (Government Communications Headquarters หรือ GCHQ) เข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน¹¹³ สภาขุนนาง (ซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดก่อนจะมีการถ่ายโอนอำนาจไปยังศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร ใน ค.ศ. 2009) ในคดีนี้ยืนยันพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ว่าพระราชอำนาจดั้งเดิมหาได้เป็นอำนาจ “เหนือ” การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ตรงกันข้าม อำนาจเช่นว่าสามารถถูกทบทวน “ลักษณะและเนื้อหาของพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์” ได้ หากการนั้นมี “สารัตถะ” ที่เหมาะสมแก่การเข้าไปตรวจสอบโดยศาล¹¹⁴ โดยหนึ่งในลักษณะของการแก้ไขพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ที่ศาลอังกฤษพร้อมที่จะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ กรณีที่การใช้อำนาจนั้นมีผล “กระทบกระเทือนสิทธิของพลเมือง”¹¹⁵

บรรทัดฐานคดี GCHQ ได้รับการยืนยันในคดี Miller I และ Miller II ซึ่งเกี่ยวข้องกับความพยายามของสหราชอาณาจักรที่จะแยกตัวออกจากสหภาพยุโรป¹¹⁶ คดี Miller I ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสหราชอาณาจักรได้จัดประชามติสอบถามความเห็นของประชาชนต่อการอ้างความเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ภายหลังประชาชนเสียงข้างมากลงคะแนนสนับสนุนให้สหราชอาณาจักรแยกตัวออกจากสหภาพยุโรป นายกรัฐมนตรี (Theresa May) ได้เตรียมทำจดหมายแสดงความประสงค์แยกตัวไปยังประธานคณะมนตรียุโรป (President of the European Council) จนนำไปสู่การฟ้องร้องคดีนี้จึงมีประเด็นพิพาทอยู่ที่ว่านายกรัฐมนตรีมีอำนาจอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์

¹¹² Mark Elliott, Jack Williams and Alison L Young, ‘The Miller Tale: An Introduction’ in Elliott, Williams and Young (eds), *The UK Constitution after Miller: Brexit and Beyond* (Hart 2018) 35.

¹¹³ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service* [1985] AC 374.

¹¹⁴ Ian Loveland, *Constitutional law, administrative law, and human rights: a critical introduction* (4th edn, Oxford University Press 2006) 119-125.

¹¹⁵ GCHQ case, at 409 – 410; Magit Cohn (เชิงอรรถ 15) 704.

¹¹⁶ โปรดดูรายละเอียดของทั้งสองคดีและบทวิเคราะห์คำพิพากษาทั้งสองคดีบนพื้นฐานของ “หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา” ได้ใน รวินท์ สิลปะพัฒนะ (เชิงอรรถ 101) บทที่ 2-4.



ในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศดำเนินการทำจดหมายข้างต้นหรือไม่¹¹⁷ ส่วนคดี Miller II ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังสหราชอาณาจักรได้แสดงความประสงค์แยกตัวไปยังประธานคณะมนตรียุโรปแล้วมีประเด็นพิพาทหลัก ได้แก่ นายกรัฐมนตรี (Boris Johnson) สามารถใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ปิดประชุมสภาสามัญชนเป็นการชั่วคราวเพื่อผลักดันการแยกตัวออกของสหราชอาณาจักรออกจากสหภาพยุโรปโดยไม่มีเงื่อนไข (No-deal Brexit) ได้หรือไม่¹¹⁸

ในทั้งคดี Miller I และ Miller II ศาลไม่เพียงแต่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของพระราชอำนาจดั้งเดิมตามที่พิพาท แต่ยังได้ตัดสินด้วยว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมที่เกิดขึ้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยในคดี Miller I ศาลฎีกายังคงยืนยันประวัติความเคลือบแคลงต่อ “มติมหาชน” โดยศาลหาได้ยอมรับว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์เพื่อแสดงความประสงค์แยกตัวออกจากสหภาพยุโรปเป็นไปตามเจตจำนงของปวงชนในการทำประชามติ¹¹⁹ ตรงกันข้ามศาลได้ยืนยันประวัติศาสตร์ภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์อย่างการสถาปนาหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาในฐานะหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่าการทำหนังสือแจ้งความจำนงถอนตัวออกจากสหภาพยุโรป “ย่อมจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงเชิงโครงสร้างรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่” เนื่องจากการดังกล่าวจะมีผลทำให้พระราชบัญญัติประชามยยุโรปต้องถูกยกเลิก ซึ่งการยกเลิกที่จะเกิดขึ้นจะส่งผลกระทบต่อประชาชนต้องสูญเสียสิทธิต่าง ๆ ที่ได้รับจากกฎหมายสหภาพยุโรป¹²⁰ กล่าวอีกนัยหนึ่ง สำหรับศาลฎีกา การแจ้งความประสงค์แยกตัวต่อประธานคณะมนตรียุโรปโดยอาศัยพระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ขัดกับหัวใจของหลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภาที่มองพระราชอำนาจดั้งเดิมว่ามีสถานะต่ำกว่าพระราชบัญญัติ รัฐบาลไม่อาจอาศัยอำนาจประการแรกกระบังใช้พระราชบัญญัติได้¹²¹

ส่วนคดี Miller II ศาลยืนยันสถานะทางประวัติศาสตร์ทางรัฐธรรมนูญภายหลังเหตุการณ์การปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ โดยวินิจฉัยว่าการใช้พระราชอำนาจดั้งเดิมของพระมหากษัตริย์ต้องไม่เป็นไปในลักษณะที่บั่นทอนผลผลิตของเหตุการณ์ข้างต้นนั่นก็คือ “หลักอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา”¹²² สำหรับผู้พิพากษาศาลฎีกา การใช้อำนาจตามพระราชอำนาจดั้งเดิมเพื่อปิดประชุมสภาโดย

¹¹⁷ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5, ย่อหน้า 1-12.

¹¹⁸ *R (on the application of Miller) v The Prime Minister; Cherry and Others v Advocate General for Scotland* [2019] UKSC 41, ย่อหน้า 28-51.

¹¹⁹ Sionaidh Douglas-Scott, ‘Popular sovereignty v Parliamentary sovereignty’ in Denis Galligan (ed), *Constitution in Crisis: The New Putney Debates* (Hart 2017) 14.

¹²⁰ Miller I, ย่อหน้า 81-82 และ 86-93.

¹²¹ เพิ่งอ้าง 44 และ 82.

¹²² Miller II, ย่อหน้า 44-47.

นาย Johnson อยู่ในช่วงระยะเวลาหัวเลี้ยวหัวต่อของประเทศ และมีผลทำให้รัฐสภาไม่อาจ “ตรวจสอบ” การกระทำของฝ่ายบริหาร (อาจโดยอาศัยการผ่านพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจสูงสุดทางนิติบัญญัติเป็นของรัฐสภา)¹²³ การเช่นว่าจึง “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”¹²⁴

นอกจากเหนือจากคดี Miller ทั้งสองคดีที่ศาลฎีกายืนยันบทบาทของตนในฐานะผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน ศาลยังมีโอกาสได้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการก่อการร้าย เช่น คดี Belhaj คดี Al-Waheed และ Serder Mohamed โดยวางบรรทัดฐานให้การใช้พระราชอำนาจยังต้องเป็นไปโดยเคารพสิทธิมนุษยชนตามอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรปด้วย¹²⁵ บรรดาคำวินิจฉัยจึงยังคงยืนยันในความพยายามทำให้อำนาจดังกล่าวอยู่ภายใต้ความควบคุมของรัฐสภาและศาลและการอ้างความชอบธรรมจากมวลชนก็ยังคงได้รับมุมมองแง่ลบจากศาลอังกฤษเสมอ ทั้งนี้ ในส่วนมุมมองแง่ลบดังกล่าวก็อาจทำให้ศาลอังกฤษถูกโจมตีว่ากำลังทำตัวเป็นปฏิปักษ์กับประชาชนได้¹²⁶

4.3.2 คำวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การกระทำทางรัฐบาลได้รับการยอมรับในฐานะ “ปริณทลพิเศษของฝ่ายบริหาร” โดยสภาแห่งรัฐด้วยผลพวงจากประวัติศาสตร์ โดยในช่วงแรก สภาแห่งรัฐในคดี Duc d’Aumale ได้วางหลักว่าการดำเนินการของฝ่ายบริหารแม้ว่า จะเป็นการกระทำทางปกครองก็ตาม แต่ถ้าหากมีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองอยู่เบื้องหลังก็ต้องถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล¹²⁷ ต่อมา สภาแห่งรัฐได้ตระหนักว่าบรรทัดฐานคดี Duc d’Aumale มีลักษณะเป็นอันตรายต่อการดำรงไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมาย สภาแห่งรัฐในคดี Napoleon จึงได้กลับหลักดังกล่าวโดยวางหลักว่าสภาแห่งรัฐอาจตรวจสอบการกระทำที่มีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองอยู่เบื้องหลังได้ถ้าหากเป็นการกระทำทางปกครอง โดยในคดีเจ้าชาย Napoleon ซึ่งเป็นข้อพิพาทที่

¹²³ เพิ่งอ้าง 42, 45-46, 49-50 และ 55-57.

¹²⁴ เพิ่งอ้าง 61.

¹²⁵ *Belhaj and another v Straw and others and Rahmatullah (No 1) v Ministry of Defence and another* (2017) UKSC 3, para 266; Thomas Poole, ‘The Strange Death of Prerogative in England’ (LSE Law, Society and Economy Working Papers 21/2017) 16-17; *Abd Ali Hameed Al-Waheed v Ministry of Defence and Serdar Mohammed v Ministry of Defence* (2017) UKSC 2 paras 10, 113, 219-220, 223, 224, 232 and 235.

¹²⁶ 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>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤศจิกายน 2563.

¹²⁷ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 39621 ลงวันที่ 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1867; C.E. Duc d’Aumale, 9 mai 1867.



เกิดขึ้นสืบเนื่องจากการที่รัฐมนตรีกระทรวงสงครามมิได้บรรจุชื่อของชนชั้นสูงที่ชื่อเจ้าชาย Napoleon ในบัญชีนายพล โดยสภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่าการคงสถานะตำแหน่งนายพลของเจ้าชาย Napoleon นั้น เป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นส่วนหนึ่งของดุลยพินิจในกำหนดตำแหน่งทหารของรัฐมนตรี ทำให้ตนไม่มีอำนาจวินิจฉัยคดีนี้¹²⁸ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ แม้ว่าสภาแห่งรัฐจะปฏิเสธเขตอำนาจของตนเอง ในคดีนี้เนื่องจากคดีดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ แต่สภาแห่งรัฐก็ปฏิเสธ หลักการเดิมที่ถือว่าการกระทำทุกอย่างที่มีมูลเหตุจูงใจทางการเมืองเป็นการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมด และยืนยันเขตอำนาจของตนเองต่อการดำเนินการของฝ่ายบริหารที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ไม่ว่าการดำเนินการนั้นจะมีเหตุผลทางการเมืองอยู่เบื้องหลังหรือไม่ก็ตาม แต่จะต้องพิจารณาลักษณะ ของการกระทำนั้น ๆ หากกล่าวให้ถึงที่สุด เราจะพบว่าสภาแห่งรัฐในคดีเจ้าชาย Napoleon รับรู้ถึง “ปริณทลพิเศษของฝ่ายบริหาร” อันเป็นผลจากพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของกลไกรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศสมาตั้งแต่ครั้งอดีต และยืนยันว่าตนไม่มีอำนาจโดยสภาพที่จะเข้าไปก้าวล่วงปริณทลเฉพาะนี้¹²⁹

ภายหลังคดีเจ้าชาย Napoleon สภาแห่งรัฐก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ยืนยันถึงปริณทลพิเศษ ของฝ่ายบริหารซึ่งถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่สภาแห่งรัฐจะไม่เข้าไปวินิจฉัย ได้แก่ การดำเนินการ เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹³⁰ และสภาแห่งรัฐก็ยังปฏิเสธการใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นการเฉพาะว่าเป็นอำนาจประธานาธิบดี หรือเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่าย นิติบัญญัติ เช่น การใช้อำนาจในสถานการณ์พิเศษตามมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ โดยประธานาธิบดี จะเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเองว่าควรใช้มาตราดังกล่าวเมื่อใดหรือสถานการณ์ใด สภาแห่งรัฐจะไม่สามารถ วินิจฉัยได้¹³¹ หรือการใช้อำนาจฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมายหรือประกาศใช้กฎหมาย¹³² เป็นต้น แม้ว่าสภาแห่งรัฐจะไม่เคยนิยามไว้อย่างชัดเจนว่า “การกระทำทางรัฐบาล” หมายถึงอะไรกันแน่ แต่นักวิชาการด้านกฎหมายและรัฐศาสตร์ชาวฝรั่งเศสก็ได้พยายามวิเคราะห์และสกัดสารัตถะของ การกระทำทางรัฐบาลจากคำวินิจฉัยเหล่านั้นโดยมีทัศนะว่าการกระทำที่จะเรียกว่าการกระทำทางรัฐบาล จะต้องเป็นเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ และสรุปว่าแท้จริงแล้ว “การกระทำ

¹²⁸ Lionel Neville Brown, John Bell, and Jean-Michel Galabert, *French Administrative Law* (5th edn, Oxford University Press 1998) 162.

¹²⁹ ดูประกอบ สุชาติา เรื่องแสงทองกุล (เชิงอรรถ 16) 54-55; Conseil d'État, 19 février 1875, Prince Napoléon <<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/les-grandes-decisions-depuis-1873/conseil-d-etat-19-fevrier-1875-prince-napoleon>> สืบค้นเมื่อ 11 มิถุนายน 2567.

¹³⁰ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 83102 ลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1926; C.E. Dame Caraco, 5 février 1926.

¹³¹ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 55049 ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1962; C.E. Rubin de Servens, 2 mars 1962.

¹³² คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 69182 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1888; C.E. Sieurs X et autres, 17 février 1888.

ทางรัฐบาลมีลักษณะเป็นการดำเนินการของฝ่ายบริหารในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีกระบวนการและกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลตามที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ... ”¹³³ และแม้แต่ศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits) ก็ได้ยืนยันหลักเรื่องปริมณฑลพิเศษนี้เช่นกันโดยวินิจฉัยว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นสิ่งที่ไม่สามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลยุติธรรมหรือสภาแห่งรัฐ¹³⁴ ทั้งนี้การยืนยันปริมณฑลพิเศษของฝ่ายบริหารโดยอ้างหลักการกระทำทางรัฐบาลและปฏิเสธการเข้าไปวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐนั้นได้สะท้อนให้เห็นถึงการจำกัดอำนาจของตนเองซึ่งเป็นผลจากประวัติศาสตร์ (ดังที่ได้กล่าวไปแล้วตอนต้น) ถึงขนาดว่า แม้การกระทำทางรัฐบาลนั้นจะกระทบต่อสิทธิที่มีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชน สภาแห่งรัฐก็ปฏิเสธการเข้าไปวินิจฉัยเมื่อเห็นว่าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹³⁵

นอกจากนี้ อิทธิพลจากประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากการรับรู้ถึงพื้นที่พิเศษที่เป็นการดำเนินการทางการเมืองของฝ่ายบริหารซึ่งสภาแห่งรัฐและศาลคดีขัดกันได้ปฏิเสธการก้าวล่วงไปวินิจฉัยมาโดยตลอดแล้ว ยังมีประเด็นเกี่ยวกับการยอมรับเรื่องมิตินหาชนอันเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเองด้วย แม้ว่าการกล่าวอ้างหลักดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจเสนอและผ่านร่างกฎหมายด้วยการออกเสียงประชามติ (โปรดดูรายละเอียดด้านล่าง) ซึ่งแม้สภาแห่งรัฐเองไม่เคยมีคำวินิจฉัยโดยตรงว่าประเด็นดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล (เพราะประเด็นนี้อาจไม่มีโอกาสได้เข้าสู่การพิจารณาของสภาแห่งรัฐในลักษณะที่เป็นประเด็นโดยตรง) แต่ถ้าหากพิจารณาจากลักษณะการใช้อำนาจตามมาตรา 11 ประกอบกับที่สภาแห่งรัฐเคยวางหลักไว้ว่าการใช้อำนาจฝ่ายบริหารในการเสนอร่างกฎหมายหรือประกาศใช้กฎหมายถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล (ดังที่ผู้เขียนอ้างถึงข้างต้น) ก็อาจกล่าวได้ว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 11 มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล หรืออย่างน้อยก็อาจเรียกได้ว่าเป็นปริมณฑลพิเศษในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร และแม้ว่าคำวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวนี้จะเป็นการวินิจฉัยโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งถือเป็นองค์กรพิเศษที่ตั้งมาเพื่อควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ¹³⁶ ซึ่งไม่ได้อ้างถึงทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลในคำวินิจฉัยโดยตรงดังเช่นสภาแห่งรัฐ

¹³³ 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) 818.

¹³⁴ คำวินิจฉัยศาลคดีขัดกัน เลขที่ 3995 ลงวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 2015; T.C. n°3995, 6 juillet 2015.

¹³⁵ คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ เลขที่ 429668, 429669, 429674 และ 429701 ลงวันที่ 23 เมษายน 2019; C.E. n° 429668, 429669, 429674, 429701, 23 avril 2019.

¹³⁶ อย่างไรก็ตาม หลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2008 นักวิชาการได้มองว่า การเพิ่มอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำให้โดยลักษณะแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นฝ่ายตุลาการเพียงแต่ไม่ได้เรียกว่าเป็นศาลเท่านั้น โปรดดูเพิ่มเติมใน Sophie Boyron (เชิงอรรถ 100) 150-159.



แต่คำวินิจฉัยดังกล่าวก็ได้ชี้ให้เห็นถึงบรรทัดฐานเกี่ยวกับการก้าวไปตรวจสอบการตัดสินใจของฝ่ายบริหารในทางการเมืองซึ่งเกี่ยวข้องกับรัฐสภาและประชาชน อันมีรากฐานมาจากประวัติศาสตร์ซึ่งผู้เขียนได้หยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาด้วย

สำหรับคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสที่กล่าวถึงข้างต้นที่รับรู้ถึงความสำคัญของมติมหาชนในฐานะส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญ ได้แก่ คำวินิจฉัยคดี De Gaulle เมื่อ ค.ศ. 1962 ณ ขณะนั้น ประธานาธิบดีคือนายพล de Gaulle มีความประสงค์ที่จะแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ. 1958) เพื่อเปลี่ยนให้ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐนั้นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนแทนที่จะมาจากการเลือกตั้งโดยคณะผู้เลือกตั้ง (electoral college) แต่เขาเองก็ตระหนักดีว่าหากอาศัยกลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังที่รัฐธรรมนูญกำหนด แผนการนี้มิโอกาสไม่ได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกรัฐสภา ดังนั้น นายพล de Gaulle จึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญจัดประชามติให้ประชาชนพิจารณาร่างรัฐบัญญัติเปลี่ยนแปลงวิธีการการได้มาซึ่งประธานาธิบดี ภายใต้มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ประธานาธิบดีมีอำนาจจัดประชามติให้ประชาชนให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐบัญญัติเกี่ยวกับการจัดระเบียบโครงสร้างอำนาจรัฐแทนการพิจารณาในสภา และสุดท้ายประชาชนเสียงข้างมากลงมติเห็นชอบร่างกฎหมายข้างต้น นักการเมืองฝ่ายตรงข้ามได้ร้องตุลาการรัฐธรรมนูญว่าการจัดให้มีการออกเสียงประชามติโดยประธานาธิบดีนั้นไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นการเลี่ยง (by-pass) กลไกการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนด¹³⁷

ตรงกันข้ามกับคดี Miller I ของสหราชอาณาจักร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยืนยันความสำคัญของมติมหาชนในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ก่อนจะวินิจฉัยว่าตนไม่มีอำนาจตรวจสอบการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของปวงชนเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ¹³⁸ หากกล่าวให้ถึงที่สุด คดี de Gaulle ได้สร้างบรรทัดฐานขึ้นมาว่าหากประธานาธิบดีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (และมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล) และการใช้อำนาจนั้นได้รับความเห็นชอบจากมติมหาชน ฝ่ายตุลาการย่อมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบ

¹³⁷ สำหรับรายละเอียดของคดีนี้เป็นภาษาอังกฤษ โปรดดู Roznai (เชิงอรรถ 109) 159.

¹³⁸ เพิ่งอ้าง; Conseil Constitutionnel 62-20, 6 Novembre 1962.

4.4 บทสรุปจากกรณีศึกษาในสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศส : มุมมองใหม่ของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลภายใต้วิธีการศึกษากฎหมายตามแบบของ Friedrich Carl von Savigny

จากกรณีศึกษาของทั้งสหราชอาณาจักรและสาธารณรัฐฝรั่งเศสข้างต้น เราจะเห็นได้ถึงข้อเท็จจริงที่ว่าสาระของการกระทำทางรัฐบาลย่อมมีความแตกต่างกันไปตามแต่บริบททางสังคม ความแตกต่างดังกล่าวสัมพันธ์กับพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของปฏิสัมพันธ์อย่างเป็นพลวัตระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายซึ่งสัมพันธ์กับ “ระบอบโครงสร้างการจัดสรร-ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย”¹³⁹ และหลักความชอบธรรมซึ่งสัมพันธ์กับ “แนวทางปฏิบัติภายในรัฐเพื่อจัดการกับผลประโยชน์ที่ขัดแย้ง”¹⁴⁰ ผลการศึกษานี้จึงย้ำเตือนถึงข้อจำกัดของการศึกษาแบบปทัสถานนิยมซึ่งไม่สามารถอธิบายสภาพความเป็น “พลวัต” ที่เปลี่ยนแปลงตามสภาพสังคมในแต่ละช่วงเวลาของการกระทำทางรัฐบาล ตลอดจนไม่อาจช่วยประเมินได้ว่าการตีความการกระทำทางรัฐบาล ณ ช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เหมาะสมสอดคล้องกับภูมิทัศน์ความเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ ณ ช่วงเวลานั้นได้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้วิธีการศึกษากฎหมายในแบบของ Friedrich Carl von Savigny เป็นมุมมองใหม่ของการศึกษาการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งเป็นมุมมองที่เสนอให้มิติการบังคับใช้กฎหมายต้องสอดคล้องและแปรเปลี่ยนไปตามมิติทางจิตวิญญาณเสมอ¹⁴¹

Savigny ปฏิเสธแนวคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเพียง “หลักการซึ่งสมเหตุสมผลอันมีลักษณะเป็นภววิสัย” (“abstract rational principle”) รวมทั้งแนวคิดที่ว่ากฎหมายซึ่งมีผลใช้บังคับนั้นเป็นเพียงผลผลิตของ “กระบวนการนิติบัญญัติโดยผู้มีอำนาจ” (legislation)¹⁴² สิ่งที่ Savigny ปฏิเสธนี้ก็คือความเข้าใจกฎหมายซึ่งแทรกซึมอยู่ในวิธีการศึกษาการกระทำทางรัฐบาลแบบปทัสถานนิยมนั่นเอง ในทางกลับกัน เขาเสนอว่ากฎหมายที่ใช้บังคับกับสังคมหนึ่ง ๆ นั้นมีความเป็น “พลวัต” มิอาจถูกตัดขาดจาก “ความเป็นไป/เปลี่ยนแปลงของวิถีชีวิตมนุษย์และสังคม” ได้เลย¹⁴³ สำหรับ Savigny

¹³⁹ Bui Ngoc Son, *Constitutional Change in the Contemporary Socialist World* (Oxford University Press 2020) 14; Zachary Elkins, Tom Ginsburg, and James Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge University Press 2009) 38.

¹⁴⁰ David Beetham, *Max Weber and the Theory of Modern Politics* (Polity Press 1985) 73.

¹⁴¹ Benjamin A. Schupmann, *Carl Schmitt's State and Constitutional Theory: A Critical Analysis* (Oxford University Press 2017) 9.

¹⁴² เฟิงอ้าง 8.

¹⁴³ Friedrich Karl von Savigny, *The Vocation of Our Age for Legislation and Jurisprudence* (The Lawbook Exchange 2002), 28-29.



รากเหง้าแห่งกฎหมายจึงได้แก่ “จิตวิญญาณของประชาชาติ” (“the spirit of the people”)¹⁴⁴ กระบวนการบัญญัติโดยฝ่ายนิติบัญญัติและตีความกฎหมายโดยศาลจึงต้องเชื่อมโยงสอดคล้องกับความเป็นไปของวิถีสังคมนั้น ๆ¹⁴⁵

โดยสรุป หากอธิบายให้เป็นทฤษฎีมากขึ้น ข้อเขียนของ Savigny ต่อกฎหมายประกอบด้วย 2 มิติด้วยกัน ดังต่อไปนี้ มิติประการแรกเป็น “มิติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในสังคมซึ่งเป็นสิ่งที่จับต้องได้” ส่วนมิติประการที่สอง ได้แก่ “มิติทางจิตวิญญาณอันอยู่เบื้องหลังของกฎหมายและอยู่เหนือผู้สละ” มิติประการแรกต้องถูกบังคับใช้และแปรเปลี่ยนให้สอดคล้องกับมิติประการที่สอง¹⁴⁶ ด้วยเหตุดังกล่าว ข้อเขียนของ Savigny จึงเป็นเครื่องย้ำเตือนให้การศึกษาการกระทำทางรัฐบาลต้องทบทวนถึงปรากฏการณ์ที่นักวิชาการเรียกว่า “การเปลี่ยนแปลงทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงแนวทางการตีความตัวบทรัฐธรรมนูญและโครงสร้างพื้นฐานรัฐธรรมนูญให้เชื่อมโยงสอดคล้องกับ “ความเป็นไปตามประวัติศาสตร์ (evolution)” แห่งวิถีชีวิตของชุมชนที่เรียกว่ารัฐให้เหมาะสมแก่ช่วงเวลา¹⁴⁷ โดยการเปลี่ยนแปลงนั้นอาจเกิดขึ้นอย่างเป็นทางการผ่านกระบวนการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือไม่เป็นทางการจากการเปลี่ยนแปลงแนวทางปฏิบัติทางการเมือง¹⁴⁸

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประวัติศาสตร์การจัดสมดุลอำนาจระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายฝรั่งเศสเชื่อเชิญให้คิดคำนึงว่าในบริบททางรัฐธรรมนูญที่รัฐถูกคาดหวังมากขึ้นให้ทำหน้าที่ “ผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน” องค์กรตุลาการก็ยิ่งควรจะต้องทำหน้าที่ดังกล่าว

¹⁴⁴ เพิ่งอ้าง 59, 67 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน); ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 230 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน); Manlio Bellomo, *The Common Legal Past of Europe, 1000–1800* (Lydia G. Cochrane (tr), The Catholic University of America Press 1995) 17.

¹⁴⁵ Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence* (4th edn, Oxford University Press 2015) 231; Friedrich Karl von Savigny (เชิงอรรถ 143) 32–34.

¹⁴⁶ Benjamin A. Schupmann (เชิงอรรถ 141) 9.

¹⁴⁷ เพิ่งอ้าง. Joel Colón-Ríos, ‘Judge-made constitutional change’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* (Routledge 2021) 217; Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou, ‘Introduction—Comparative constitutional change: a new academic field’ in Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (eds), *Routledge Handbook of Comparative Constitutional Change* 1 (Routledge 2020) 1.

¹⁴⁸ Xenophon Contiades and Alkmene Fotiadou (เชิงอรรถ 147) 16.

อย่างแข็งขันและไม่ปฏิเสธการเข้ามาควบคุมอำนาจรัฐเพียงเพราะการใช้อำนาจเช่นว่ามีมูลเหตุชักจูงใจทางการเมือง (และถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล) ดังเช่นกรณีคดี Duc d'Aumale ทั้งนี้ ผู้พิพากษา/ตุลาการต้องสันนิษฐานไว้เสมอว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ “วิถีความเป็นไปแห่งชีวิตของสังคม” คือเป็น “วิถีปฏิบัติที่สมาชิกของสังคมต้องการดำรงเอาไว้” (“standardized conduct that the members of a social group de facto maintain ...”)¹⁴⁹ เพื่อ “ดำรงไว้ซึ่งเสถียรภาพของสังคมนั้น” (“maintain stable normal situations by providing sedimented norms of conduct”)¹⁵⁰ นอกจากนี้ บรรทัดฐานจาก Miller II ยังย้ำเตือนให้องค์กรตุลาการคำนึงไว้เสมอว่าการปฏิเสธการเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลต้องไม่นำไปสู่สภาวะที่กลไกตรวจสอบถ่วงดุลทางการเมือง “ทำงานผิดปกติ” (malfunctioning) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ในการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ศาลต้องตั้งสมมติฐานเอาไว้ว่าการกระทำทางรัฐบาลไม่อาจใช้เป็นเครื่องมือเพื่อล้มล้างโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้¹⁵¹

ขณะเดียวกัน ในบริบททางรัฐธรรมนูญที่ประชาชนมีความตื่นตัวทางการเมืองมากและต้องการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของตน หากองค์กรตุลาการต้องเผชิญกับข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาลซึ่งมีความเชื่อมโยงกับมติมหาชนดังเช่นกรณีการจัดทำประชามติในฝรั่งเศส เมื่อ ค.ศ. 1962 ผู้พิพากษาที่รับผิดชอบคดีลักษณะนี้ควรต้องตั้งสมมติฐานไว้ว่า “รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองที่รัฐธรรมนูญได้สถาปนาขึ้น (ซึ่งรวมไปถึงกระบวนการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาล (constitutional review)) เป็นช่องทางที่มีไว้เพื่ออำนวยความสะดวกให้การเมืองจากภาคส่วนต่าง 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.”)¹⁵² ดังนั้น ศาลจึงควรจะให้น้ำหนักกับมิติหลักความชอบธรรมของการกระทำทางรัฐบาล คือสิ่งที่เข้าไปวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ด้วยตนเอง หากแต่ปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายการเมืองที่จะเป็นผู้ตรวจสอบ

¹⁴⁹ Leila Brännström, ‘Carl Schmitt’s definition of sovereignty as authorized leadership’ in Matilda Arvidsson, Leila Brännström, and Panu Minkinen (eds), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt* (Routledge 2017) 22 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).

¹⁵⁰ เพิ่งอ้าง 22-27 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).

¹⁵¹ เปรียบเทียบ Harlan G. Cohen, ‘A Politics-Reinforcing Political Question Doctrine’ (2017) 49 Arizona State Law Journal 1, 41.

¹⁵² เพิ่งอ้าง 33 (เน้นข้อความโดยผู้เขียน).



หากสังเคราะห์บทเรียนจากสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศสประกอบกัน ผู้เขียนเห็นว่าหากสังคมหนึ่ง ๆ ประสบกับสภาวะทั้งสองประการข้างต้นควบคู่กัน การปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลก็ควรคำนึงถึงความสัมพันธ์ในรูป “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” (constitutional escalator) ซึ่งเชื่อมโยงหลักการที่เป็นฐานสองประการของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความชอบธรรมเข้าด้วยกัน โดยความสัมพันธ์ของแนวคิดทั้งสองประการอยู่ในรูปของ “สเปกตรัม” (spectrum) มิใช่ในรูปของ “ขั้วตรงข้าม” (binary) กล่าวคือ หากการกระทำทางรัฐบาลตามข้อเท็จจริงมีผลกระทบทางลบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากและ/หรือมีลักษณะขัดขวางหรือบ่อนทำลายกลไกทางรัฐสภาและ/หรือทางตุลาการในการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหาร ศาลก็ควรสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการกระทำดังกล่าวมีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายและเข้ามาตรวจสอบ แต่ถ้าการกระทำทางรัฐบาลใดมีความเชื่อมโยง/สัมพันธ์กับปวงชนมาก ผู้พิพากษา/ตุลาการก็ควรต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการกระทำนี้มีความชอบธรรมและเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยรัฐธรรมนูญ โดยเล็งที่จะเข้ามามตรวจสอบการกระทำนั้น¹⁵³ ในบริบทนี้ องค์การตุลาการต้องตั้งสมมติฐานยามต้องวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลเอาไว้เสมอว่าการเล็งไม่เข้าไปวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำหนึ่ง ๆ ของฝ่ายบริหารโดยอ้างทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นต้องมีได้เป็นไปเพื่อสร้างเกราะคุ้มกันให้กับ “สิ่งที่รัฐบาลมุ่งหมายในทางการเมือง” (“the products of the political process”) จากการถูกตรวจสอบ แต่ต้องเป็นไปเพื่อเสริมสร้างและสนับสนุน “กระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองระหว่างรัฐสภา, รัฐบาล, และภาคพลเมืองที่แข็งแกร่ง” (“the robustness of the political process”)¹⁵⁴

ผู้เขียนเห็นว่าภูมิทัศน์ทางรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมาสะท้อนภาพภาวะที่รัฐถูกคาดหวังมากขึ้นให้ทำหน้าที่ “ผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพของประชาชน” เราจะพบว่าการจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ยกระดับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในระบบกฎหมายไทยไปตลอดกาล แม้ภายหลัง พ.ศ. 2540 ประเทศไทยจะเผชิญกับการทำรัฐประหารอีกสองครั้ง แต่นั่นก็ไม่ได้หมายความว่า การปฏิรูปรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นนั้นสูญเปล่า หากอ้างอิงแนวคิด “ชีวิตหลังความตายของรัฐธรรมนูญ” (“constitutional afterlife”) ของ Tom Ginsburg การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2540 ทำให้สังคมไทยไม่อาจปฏิเสธแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้อีกต่อไป โดยรัฐธรรมนูญฉบับถาวรของไทยทั้งสามฉบับในศตวรรษที่ 21 (ฉบับพุทธศักราช 2540, 2550 และ 2560) ต่างรับรองให้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็น

¹⁵³ ดู Roznai (เชิงอรรถ 109) 162, 168-169 และ 175. ผู้เขียนหยิบยืมวิธีคิดและคำว่า “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญ” มาจากงานเขียนดังกล่าวซึ่งเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ปรับให้เข้ากับประเด็นการกระทำทางรัฐบาล

¹⁵⁴ Harlan G. Cohen (เชิงอรรถ 151) 32, 42.

หลักการทั่วไป¹⁵⁵ เรายังจะพบได้อีกว่ารัฐไทยยังมีความตื่นตัวมากขึ้นต่อการเคารพสิทธิมนุษยชน โดยตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา รัฐได้เข้าเป็นภาคีสัญญาและตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ หลายหลายฉบับ ตลอดจนได้แก้ไขกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับตราสารเหล่านี้¹⁵⁶ อีกหนึ่งพัฒนาการที่น่าสนใจ ได้แก่ มาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตราดังกล่าวเพิ่มระดับความเข้มข้นของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วยการให้ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพสามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำที่เกิดขึ้นมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิ

นอกจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การปฏิรูปรัฐธรรมนูญเมื่อ พ.ศ. 2540 ยังได้เพิ่มความสำคัญให้กับการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยตรงทั้งในการเสนอร่างกฎหมาย¹⁵⁷ และการเข้าชื่อเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง¹⁵⁸ แม้รัฐธรรมนูญฉบับถาวรสองฉบับต่อมา ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 จะเกิดขึ้นจากการทำรัฐประหาร แต่กระบวนการจัดทำและเนื้อหาของรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับก็ยังคงอาศัยความชอบธรรมจากการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน เราจะเห็นได้ว่ารัฐได้จัดให้มีการออกเสียงประชามติเพื่อรับร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับ ทั้งตัวบทของรัฐธรรมนูญทั้งสองยังเพิ่มระดับการมีส่วนร่วมของประชาชนในบางส่วนด้วย เช่น การให้ประชาชนสามารถเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁵⁹ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็รับรู้ถึงความสำคัญของการมีส่วนร่วมทางการเมืองของปวงชนและมติมหาชน เช่น ในคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และในคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ศาลได้แสดงทัศนะว่าในการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ รัฐควรจัดให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมผ่านการออกเสียงประชามติ

¹⁵⁵ Tom Ginsburg, 'Constitutional afterlife: The continuing impact of Thailand's postpolitical constitution' (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 83, 84, 101; Tom Ginsburg, 'Thailand's Democratic Moment: The Constitution of 1997' in Gabriel L. Negretto (ed), *Redrafting Constitutions in Democratic Regimes: Theoretical and Comparative Perspectives* (Cambridge University Press 2020) 188-189.

¹⁵⁶ ไทยได้เข้าเป็นภาคีของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) เมื่อพ.ศ. 2542, อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women) เมื่อ พ.ศ. 2543, อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment) เมื่อ พ.ศ. 2550, และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ (Convention on the Rights of the Persons with Disabilities) เมื่อ พ.ศ. 2551.

¹⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 170.

¹⁵⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 304.

¹⁵⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 256.

อย่างไรก็ดี จากการทบทวนคำพิพากษา คำวินิจฉัย และคำสั่งของศาลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางรัฐบาล ผู้เขียนค้นพบว่าศาลไทยโดยเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญแทบมิได้ยกเหตุผลเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเพื่อสร้างความชอบธรรมในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เช่น ในคำวินิจฉัยคดีเลือกตั้งเมื่อ พ.ศ. 2549 และ พ.ศ. 2557 ศาลรัฐธรรมนูญหาได้พิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการก้าวล่วงเข้าไปในขอบอำนาจของรัฐบาลต่อสิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนเลย ตรงกันข้ามตามที่ได้นำเสนอไปในส่วนที่ 3.3 ปัจจัยเชิงโครงสร้างกฎหมายและการเมือง-สังคม อย่างความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนเหตุผลเรื่องความมั่นคงของชาติ/เสถียรภาพทางการเมืองเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการเลือกเข้ามาตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารโดยอาศัยทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของศาล สิ่งนี้ไม่สอดคล้องกับบริบททางประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของไทยที่เปลี่ยนไปนับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 ด้วยเหตุดังกล่าว ผู้เขียนจึงเสนอถึงความเป็นไปได้ในการนำแนวคิดขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลของไทยในลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) ดังที่ได้กล่าวไป นับตั้งแต่ พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ไทยได้เข้าเป็นภาคีของตราสารสิทธิมนุษยชนหลากหลายฉบับ แต่สมมติว่าในอนาคต รัฐบาลได้ตัดสินใจถอนตัวออกจากการเป็นภาคีของตราสารเหล่านั้น ในทางทฤษฎี การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล กระนั้น การถอนตัวที่เกิดขึ้นก็มีผลทำให้ไทยไม่มีพันธะผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอีกต่อไปและเปิดช่องให้รัฐอาจตรากฎหมายภายในลดระดับหรือยกเลิกการคุ้มครองสิทธิเหล่านี้ การดำเนินการดังกล่าวอาจนำไปสู่การฟ้องร้องตามมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนเห็นว่าด้วยบริบทประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญของไทยในศตวรรษที่ 21 ศาลไทยควรลองพิจารณานำบรรทัดฐานจากคดี Miller I มาปรับใช้

อนึ่ง จากข้อเสนอของผู้เขียน อาจมีผู้ตั้งข้อสังเกตถึง/โต้แย้งว่า (ก) ด้วยเงื่อนไขของการใช้สิทธิเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 47(1) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 ที่ว่าการเสนอคดีต้องไม่ใช่กรณี “การกระทำของรัฐบาล” ขอบเขตการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารในระบบกฎหมายไทยจึงแคบกว่าและไม่ยืดหยุ่นเท่ากับในระบบกฎหมายอังกฤษซึ่งใช้ระบบศาลเดี่ยวและยึดถือระบบคอมมอนลอว์ การนำบทเรียนจากคดี Miller I มาปรับใช้จึงอาจมีปัญหาและไม่เหมาะสมกับประเทศไทย รวมไปถึง (ข) ข้อกฎหมายที่ว่า “มาตร” ของการวินิจฉัยคดีตามมาตรา 213 ได้แก่ สิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ดังนั้นแม้ประเทศไทยจะถอนตัวจากการเป็นภาคีของอนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศ แต่ถ้ารัฐธรรมนูญยังบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพที่ปรากฏในตราสารเหล่านั้นเอาไว้ สิทธิเสรีภาพเหล่านั้นก็ยังคงสามารถบังคับการในระบบกฎหมายภายในได้เช่นเดิม ข้อเสนอของผู้เขียนจึงอาจไม่ได้เป็นคุณูปการนัก ผู้เขียนใคร่ขออนุญาตตอบข้อสังเกตทั้งสองดังต่อไปนี้

สำหรับข้อสังเกตแรก ผู้เขียนตระหนักดีว่าด้วยเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 47(1) ศาลไม่อาจอาศัยมาตรา 213 ของรัฐธรรมนูญเป็นช่องทางเพื่อวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจเจรจาถอนตัวออกจากการเป็นภาคีอนุสัญญา และผู้เขียนเองก็ไม่สนับสนุนให้ศาลตีความกฎหมายไปในทางที่ขัดกับเจตนารมณ์ของตัวบท แต่สิ่งที่ผู้เขียนให้ความสนใจและเป็นบทเรียนที่ศาลไทยสามารถเรียนรู้จากคดี Miller I ได้ก็คือ แนวทางการคุ้มครองสิทธิภายหลังจากการที่มีการกระทำทางรัฐบาลเกิดขึ้นแล้ว (การเจรจาถอนตัว) สิ่งนี้นำไปสู่การตอบข้อสังเกตประการที่สอง ผู้เขียนใคร่ขอนำเสนอว่าแนวคิดชั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญช่วยย้าเตือนให้ศาลทำหน้าที่ผู้ย้าเตือนถึงความสำคัญของสิทธิเสรีภาพโดยเฉพาะกรณีการยกเลิกกฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ที่กำหนดมาตรการคุ้มครองหรืออำนาจการใช้สิทธิตามอนุสัญญาหรือกติการะหว่างประเทศ โดยมาตรการนั้นมิได้รับการรับรองเอาไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญ เช่น กรณีปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ และมาตรา 92 วรรคสองของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2561 ได้รับรองสิทธิให้คนพิการที่ประสบความยากลำบากในการทำเครื่องหมายบนบัตรเลือกตั้งสามารถตั้งบุคคลที่ตนเองไว้วางใจให้เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวได้ อันเป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นใหม่ตามข้อบทที่ 29 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ แต่รัฐธรรมนูญของไทยมิได้บัญญัติรับรองมาตรการที่กล่าวมานี้เอาไว้โดยตรง ผู้เขียนเห็นถึงความเป็นไปได้ที่ศาลไทยอาจทำความเข้าใจในคำวินิจฉัย (obiter) ดังเป็นแนวทางที่ปรากฏในหลากหลายคดีในช่วงหลายปีที่ผ่านมา¹⁶⁰ แสดงบทบาทการเป็น “ผู้ย้าเตือน” โดยศาลควรแสดงจุดยืนว่าการยกเลิกการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็น “ประเด็นอ่อนไหว” เนื่องจากการพัฒนาการขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิที่เพิ่มขึ้นภายหลัง พ.ศ. 2540 ส่งผลให้การพิทักษ์สิทธิมนุษยชนได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของ “วิถีความเป็นไปแห่งชีวิตของสังคม” และ “โครงสร้างรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น แม้การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่นั่นก็ห้ามผลทำให้รัฐสามารถอ้างทฤษฎีเช่นว่าเพื่อเปลี่ยนแปลง/ล้มล้างโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ รัฐจึงควรตั้งสมมติฐานเอาไว้เสมอว่าการดำเนินการที่ถือว่าการกระทำทางรัฐบาลต้องไม่ทำให้มาตรฐาน-แนวปฏิบัติของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (ที่รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเอาไว้โดยตรง) ลดต่ำลง หากแต่ต้องถือว่ามาตรฐานนั้นได้เป็นวิถีความเป็นไปแห่งชีวิตของสังคมและเป็นส่วนหนึ่งของระบบ (และอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองของ) รัฐธรรมนูญไทย

(ข) ภายใต้บทเรียนจากฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1962 ด้วยบริบทปัจจุบันที่ประชาชนหลายภาคส่วนของประเทศไทยมีความตื่นตัวทางการเมืองและพร้อมจะเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองมากขึ้น โดยเฉพาะในการผลักดันการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อเปิดทางไปสู่การทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

¹⁶⁰ ตัวอย่าง คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2564.



ผู้เขียนเห็นว่าศาลอาจอิงบรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 เพื่อเป็นกรอบความคิดสำหรับคำวินิจฉัยในอนาคตโดยเฉพาะหากเกิดกระบวนการการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยความริเริ่มของประชาชนขึ้น และการดังกล่าวเข้าเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องทำประชามติ (มาตรา 256) สมมติในกระบวนการออกเสียงประชามติ ประชาชนเสียงข้างมากได้ลงประชามติให้ความเห็นชอบกับร่างแก้ไขเพิ่มเติม แต่ก่อนมีการนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ กลับมีผู้ไม่เห็นด้วยกับผลของประชามติยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 49 วรรคสอง (ผ่านอัยการสูงสุด) หรือวรรคสาม (ยื่นคำร้องเองโดยตรงหากอัยการสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำร้อง) ของรัฐธรรมนูญกล่าวหาว่าการใช้สิทธิลงคะแนนประชามติเป็นการใช้สิทธิเสรีภาพที่มีผลล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ในการวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญก็ควรยกทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลขึ้นและยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่าเมื่อร่างแก้ไขเพิ่มเติมนั้นอยู่ระหว่างกระบวนการนำขึ้นทูลเกล้าฯ ขั้นตอนดังกล่าวจึงนำไปสู่การใช้พระราชอำนาจในฐานะประมุขของรัฐอันเป็นอำนาจเฉพาะตามรัฐธรรมนูญและเป็นการกระทำทางการเมือง (ตามนัยคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 35/2562) ให้เป็นไปตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นจากมหาชนคือการทำประชามติ¹⁶¹ ขณะเดียวกัน ศาลอาจทำความเข้าใจ (obiter) ประกอบด้วยว่าหากตนไม่นำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลมาปรับใช้โดยคำนึงถึงความชอบธรรมจากมติมหาชน หากแต่เลือกที่จะเข้าไปตรวจสอบกระบวนการนำร่างรัฐธรรมนูญขึ้นทูลเกล้าฯ ก็อาจจะทำให้ในอนาคต แนวปฏิบัติดังกล่าวอาจถูกนำไปตีความอย่างขยายความ/บิดเบือนจนสร้างความชอบธรรมให้ฝ่ายตุลาการเข้าไปแทรกแซงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารได้อย่างกว้างขวางซึ่งเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักวิชาการ ทั้งยังเป็นการด้อยค่ามติมหาชน¹⁶²

ฉะนั้น หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนเป็นว่าผู้ร้องเป็นบุคคลที่รัฐธรรมนูญกำหนด (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ/หรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 1 ใน 10) ได้อาศัยช่องทางตามมาตรา 256 (9) ของรัฐธรรมนูญยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญกล่าวหาว่าร่างรัฐธรรมนูญที่ผ่านประชามติมาแล้วมีเนื้อหาขัดกับบทนิรันดร์ (คือมีผลเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐหรือรูปแบบการปกครอง) กรณีเช่นนี้ศาลควรยอมรับข้อจำกัดของการปรับใช้ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลโดยเฉพาะหลักที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลไม่อาจนำไปใช้เป็นเครื่องมือเพื่อล้มล้างโครงสร้างพื้นฐานของรัฐธรรมนูญได้และปฏิเสธที่จะยกหลักดังกล่าวขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยผลแห่งคดี โดยศาลควรจะต้องพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักการของการแก้ไขเพิ่มเติม

¹⁶¹ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ (เชิงอรรถ 17) 74.

¹⁶² Marty Haddad, 'Substantive Content of Constitutional Amendments: Political Question or Justiciable Concern?' (1996) 42 The Wayne Law Review 1685, 1685-1686.

รัฐธรรมนูญทั่วไปที่ว่าอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไม่อาจถูกใช้เพื่อนำไปสู่การยกเลิกรัฐธรรมนูญหรือเปลี่ยนแปลงอัตลักษณ์พื้นฐานของรัฐธรรมนูญ (ดังเช่นที่ปรากฏในบทนิรณต)¹⁶³ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นศาลอาจใช้ประโยชน์แนวคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 ผสานกับบทเรียนจากคำวินิจฉัยคดี De Gaulle ของฝรั่งเศสเมื่อ ค.ศ. 1962 ทำความเห็นในคดีเพื่อแสดงบทบาทผู้พิทักษ์ประชาธิปไตย โดยศาลอาจให้ความเห็นว่าคำวินิจฉัยของตนข้างต้นมิได้ครอบคลุมถึงกรณีการจัดประชามติเพื่อเปิดทางไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งมีใช้ประชาติตามมาตรา 256 แต่เป็นการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญโดยตรง หากมีผู้ร้องว่าการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในกระบวนการประชามติมีผลมุ่งไปสู่การล้มล้างการปกครองตามมาตรา 49 ศาลจึงไม่อาจวินิจฉัยคำร้องนี้ไว้ได้เนื่องจากการใช้ดุลยพินิจจัดให้มีการทำประชามติเป็นการตัดสินใจเชิงนโยบายจึงไม่เป็นแต่เพียงการกระทำทางรัฐบาลซึ่งได้รับความชอบธรรมจากประชาชน หากแต่ยังเป็นกระบวนการที่เป็นไปเพื่ออำนาจให้มีการแสดงออกซึ่งอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชน

อนึ่ง ผู้เขียนยังค้นพบอีกด้วยว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทยนั้นมิมีบทบัญญัติบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการนำแนวคิดขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับการวินิจฉัยการกระทำทางรัฐบาลและควรทบทวนแก้ไขบทบัญญัตินั้นได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 166 ซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการริเริ่มจัดให้มีการออกเสียงประชามติ บทบัญญัติประการนี้มีผลรับรองให้การริเริ่มการทำประชามติเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างชัดเจน เนื่องจากการริเริ่มดังกล่าวเป็นเรื่องเชิงนโยบาย ที่มีฐานอำนาจคือรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าบทบัญญัติมาตรา 166 นี้ถูกบัญญัติขึ้นในลักษณะที่ใกล้เคียงกับตัวบทของมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกึ่งรัฐสภาทั้งประธานาธิบดีและเป็นบทบัญญัติที่เป็นมูลเหตุของคดี de Gaulle เมื่อ ค.ศ. 1962 อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้แสดงให้เห็นไปแล้วว่าอำนาจของประธานาธิบดีภายใต้ระบบกึ่งรัฐสภาทั้งประธานาธิบดีนั้นเป็นมรดกทางประวัติศาสตร์จากรูปแบบการปกครองแบบจักรพรรดิซาร์ในสมัย Napoleon มรดกดังกล่าวอำนาจให้ประธานาธิบดีสามารถอ้างความชอบธรรมของการจัดทำประชามติ ตลอดจนปฏิเสธอำนาจของศาลในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลประเภทนี้ โดยอาศัยฐาน “ความชอบธรรม” จากการที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรง ดังนั้น การกำหนดช่องทางให้ฝ่ายบริหารขึ้นอำนาจให้ประชาชนซึ่งมีความคิดความเชื่อทางการเมืองอันหลากหลายและเป็นรากฐานความชอบธรรมโดยตรงของประธานาธิบดีจึงมีความเหมาะสม เพราะเป็นการคืนอำนาจให้กับ “ฐานที่มาของอำนาจ” และยังเป็น “เจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ควบคุมตรวจสอบ “บุคคลที่ตนเลือกมา” โดยตรง

¹⁶³ Richard Albert, ‘Constitutional Amendment and Dismemberment’ (2018) 43 *The Yale Journal of International Law* 1, 2–3.



ผ่านกลไกทางการเมือง การกระทำทางรัฐบาลในที่นี้จึงไม่ได้มีลักษณะเป็น “เกราะคุ้มกันของฝ่ายบริหาร” แต่ในประเทศไทยซึ่งใช้ระบบรัฐสภาซึ่งรัฐบาลและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมากมักจะมาจากพรรคการเมืองเดียวกันนั้นการกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถริเริ่มให้มีการจัดประชุมได้เพียงฝ่ายเดียวนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหา กล่าวคือ ภายใต้ระบบรัฐสภา รัฐบาลย่อมไม่มีทางนำนโยบายที่ประชาชนไม่เห็นด้วยเข้าสู่กระบวนการประชุมติ เพราะตนทราบดีอยู่แล้วว่า ยังไงเสียงโอบายนั้น ก็ย่อมได้รับความเห็นชอบจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างมาก¹⁶⁴ การกำหนดช่องทางออกเสียงประชุมติโดยให้ริเริ่มจากฝ่ายบริหารซึ่งมีเสียงข้างมากในรัฐสภาสันับสนุนอยู่แล้วแต่เพียงอย่างเดียว จึงอาจทำให้ “สถานะ” ของการกระทำทางรัฐบาลกลายเป็น “เกราะคุ้มกันให้กับสิ่งที่ตนมุ่งหมายในทางการเมือง” มากกว่าจะเป็น “กระบวนการมีส่วนร่วมทางการเมืองระหว่างรัฐสภา, รัฐบาล, และภาคพลเมืองที่แข็งขัน” ทั้ง ๆ ที่การกระทำทางรัฐบาลประเภทดังกล่าวเป็นเครื่องมือที่จำเป็นต่อการบรรเทาวิกฤตความขัดแย้งที่กินวงกว้างระหว่างกลุ่มผลประโยชน์¹⁶⁵ กล่าวให้ถึงที่สุด การถอดบทเรียนจากฝรั่งเศสเพื่อนำมาปรับใช้ในไทยต้องคำนึงถึงความแตกต่างของระบบการปกครองของทั้งสองประเทศ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการทบทวนกลไกทางกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการริเริ่มให้มีการออกเสียงประชุมติ โดยอาจกำหนดให้ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเข้าชื่อกันเพื่อเสนอให้มีการออกเสียงประชุมติได้ หรือ ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงข้างน้อยสามารถขอให้มีการออกเสียงประชุมติได้¹⁶⁶ และสุดท้าย เมื่อประชาชนได้แสดงเจตจำนงร่วมกันแล้ว องค์การตุลาการก็ควรที่จะคำนึงถึง “ขั้นบันไดทางรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล” โดยหลีกเลี่ยงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการทำประชุมติเท่าที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือทำลายกลไกการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ข้อเสนอแนะของผู้เขียนยังขยายไปถึงกรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชุมติ พ.ศ. 2564 เนื่องจากแม้กฎหมายดังกล่าวจะเปิดช่องให้ประชาชนสามารถเสนอให้มีการจัดทำประชุมติ แต่สุดท้ายผู้ที่ตัดสินใจอนุมัติก็คือคณะรัฐมนตรีอยู่¹⁶⁷ การนี้แสดงให้เห็นว่า

¹⁶⁴ Teh-fu Huang, 'Party Systems in Taiwan and South Korea' in Larry Diamond, Marc F. Plattner, Yunhan Chu, and Hung-mao Tien (eds), *Consolidating the Third Wave Democracies: Themes and Perspectives* (The Johns Hopkins University Press 1997), 138.

¹⁶⁵ 'Compromise is the answer' (*Bangkok Post*, 3 November 2020) <<https://www.bangkokpost.com/opinion/opinion/2012839/compromise-is-the-answer>> สืบค้นเมื่อ 22 พฤศจิกายน 2563. โปรดอ้างอิงบทวิเคราะห์ในส่วนนี้ประกอบ ชมพูนุท ตั้งถาวร, 'การลงประชามติที่ริเริ่มโดยประชาชน' (2559) 7 Assumption University Law Journal 110.

¹⁶⁶ ชมพูนุท ตั้งถาวร (เชิงอรรถ 165) 116, 126-127; รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 24 วันอังคารที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2540.

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2564 มาตรา 9.

กฎหมายไทยยังคงให้น้ำหนักกับฝ่ายบริหารเหนือกว่าฝ่ายประชาชนและควรถูกแก้ไขให้สอดคล้องกับแนวคิดขึ้นบันไดทางรัฐธรรมนูญและพัฒนาการทางประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญไทยที่ภาคประชาชนมีบทบาทมากยิ่งขึ้น