

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองคดี แสดงการณร่วม ไทย – กัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทวิหาร เป็นมรดกโลก คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ความเห็นนักวิชาการต่อกรณีคดีแสดงการณ ร่วม ไทย – กัมพูชา และมติคณะรัฐมนตรี

กฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้มีการกำหนดเรื่องการจัดตั้งและเขตอำนาจศาลปกครองไว้ในหมวด 1 ตั้งแต่ มาตรา 7 ถึง มาตรา 11 และในส่วนวิธีพิจารณาคดีปกครองไว้ในหมวด 4 ตั้งแต่ มาตรา 42 ถึง มาตรา 75 โดยมีรายละเอียดดังนี้

1. ประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาและกำหนดคำบังคับของศาลปกครอง การจะพิจารณาคดีที่พิพาท เป็นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองหรือไม่ โดยทั่วไปมีข้อพิจารณาที่สำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคู่กรณีในคดี กล่าวคือ คู่พิพาทในคดีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่รัฐ

ประการที่สอง ข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของข้อพิพาท กล่าวคือ ต้องเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง (สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, 2551, หน้า 20)

1.1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคู่กรณีในคดี

จะต้องเป็นคดีที่พิพาทกันระหว่างหน่วยงาน ทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กับเอกชน หรือจะเป็นคดีที่พิพาทกันระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันเองก็ได้

1.1.1 หน่วยงานทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามว่าหน่วยงานทางปกครอง หมายความว่า กระทรวง

ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 274/2550) การเคหะแห่งชาติเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้น โดยพระราชบัญญัติ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 174/2550) หรือองค์การตลาดเพื่อการเกษตรเป็นหน่วยงานทางปกครองที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกา (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 594/2550) ในส่วนหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง ก็เคยวินิจฉัยว่ามหาวิทยาลัยหอการค้าไทยเป็นสถาบันเอกชนได้รับมอบหมายให้จัดการศึกษาระดับอุดมศึกษาเป็นการดำเนินกิจการทางปกครองอย่างหนึ่ง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 230/2550)

1.1.2 เจ้าหน้าที่ของรัฐ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ หมายความว่า

- (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง
- (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล
- (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2)

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า คณะรัฐมนตรี เป็นคณะบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่รัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.2/2550, ที่ พ.3/2550, ที่ พ.8/2550, ที่ พ.21/2550)

1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับลักษณะของข้อพิพาท

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะข้อพิพาทที่ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมี ลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือ สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อ หน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งปกครองหรือ คำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติ หน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อ ศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ส่วนลักษณะแห่งคดีข้อพิพาทสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

1.2.1 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ การโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่งเป็นเรื่องการฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และสั่งห้ามการกระทำทาง ปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีข้อพิจารณา 2 ประการ คือการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่ง การฟ้องคดี และเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(1) การกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี

ก. การออกกฎ

กฎในระบบกฎหมายไทยเป็นส่วนหนึ่งของ “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของฝ่ายปกครอง(วรพจน์ วิสริตพิชญ์, 2545, หน้า 155-157)

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้ให้ความนิยามคำว่า กฎหมายความว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง

ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะกฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตาม มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จะต้องเป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักนิติรัฐหรือหลักที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการทางปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ และจะกระทำการทางปกครองเกินขอบเขตที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้มิได้ หากมีการกระทำทางปกครองที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน โดยที่ไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือกระทำการเกินอำนาจที่กฎหมายให้ไว้หรือกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยประการอื่น ก็ให้ผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อน หรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองนั้น มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อพิจารณาพิพากษาเพิกถอนการกระทำทางปกครองดังกล่าวได้ ด้วยเหตุนี้เอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 42 วรรคหนึ่ง จึงบัญญัติให้ผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกฎใดมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้พิจารณาว่ากฎนั้นออกมาโดยไม่มีอำนาจหรือเกินอำนาจหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายด้วยประการอื่นหรือไม่ หากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่ากฎนั้นออกมาโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนกฎดังกล่าวได้ โดยมาตรา 72 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า ในกรณีที่ศาลปกครองมี คำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนโดยทั่วไปได้มีโอกาสรับทราบว่ากฎดังกล่าวที่ได้เคยมีการนำไปประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ประชาชนได้รับทราบในชั้นที่จะประกาศใช้ว่า บัดนี้ได้ถูกศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนกฎนั้นแล้ว

จากนิยามของคำว่ากฎ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 จะเห็นได้ว่าการเรียงลำดับของกฎตามระดับความสำคัญหรือตามลำดับชั้นของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกกฎ โดยเริ่มต้นด้วยการระบุประเภทของกฎตั้งแต่พระราชกฤษฎีกา ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการตราได้โดยอาศัย

อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งมีระเบียบปฏิบัติของทางราชการกำหนดเพิ่มเติมว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อน รัฐมนตรีจึงจะออกกฎกระทรวงได้ ประกาศกระทรวง ซึ่งรัฐมนตรีเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติ ข้อบัญญัติท้องถิ่น ซึ่งสภาท้องถิ่นเป็นผู้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ ส่วนระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นในค่านิยามดังกล่าวก็ย่อมจะต้องมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกฎระเบียบประเภทแรก กล่าวคือมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายในรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติให้อำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชนแก่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเพื่ออนุรักษ์หรือบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ในความดูแลรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ดังนั้น กฎที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้จึงต้องมีลักษณะเป็นอนุบัญญัติหรือเป็นกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจรัฐตามกฎหมายดังกล่าวแล้วข้างต้น

ส่วนระเบียบ ข้อบังคับ หนังสือเวียนหรือหนังสือสั่งการ ที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดขึ้นเองโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชา เพื่อจัดระเบียบภายในของฝ่ายบริหารหรือกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานหรือวางกรอบในการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ได้บังคับบัญชาให้เป็นไปในแนวเดียวกันนั้น เป็นเรื่องความสัมพันธ์ภายในของฝ่ายบริหารระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ได้บังคับบัญชา ซึ่งในเมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้จึงไม่อาจมีผลใช้บังคับกับประชาชนซึ่งเป็นบุคคลภายนอกได้ นอกจากนี้ระเบียบ ข้อบังคับ หรือหนังสือเวียนที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกำหนดขึ้นเองโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจทั่วไปของผู้บังคับบัญชานั้น โดยตัวของมันเองก็ยังไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน จึงยังไม่อาจนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 619/2550)

ข. การออกคำสั่ง

การออกคำสั่งของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) มิได้ 3 ลักษณะ ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองทั่วไป และคำสั่งอื่นๆ

1) คำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มิได้ให้คำนิยามคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” จึงต้องพิจารณาจาก คำนิยามตาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งได้ให้ความหมายของ คำสั่งทางปกครอง กล่าวคือ

- คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของ เจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือ มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น เป็นการใช้อำนาจ ตกลงกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ในการสั่งการ ในการอนุญาต ในการอนุมัติ ในการวินิจฉัยอุทธรณ์ ในการรับรอง ในการรับจดทะเบียน แต่ไม่รวมไปถึงการใช้ อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการออกกฎด้วย

- คำสั่งทางปกครอง ยังคงหมายถึง การอื่นๆ ที่กำหนดเอาไว้ในกฎ กระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงฉบับที่ 12 ได้กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่ง ทางปกครอง

(ก) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย คำเสนอรับจ้าง คำเสนอแลกเปลี่ยน คำเสนอให้เช่าซื้อ คำเสนอเช่าหรือให้สิทธิประโยชน์

(ข) การอนุมัติสั่งซื้อ สั่งจ้าง สั่งแลกเปลี่ยน สั่งเช่า สั่งขาย สั่งให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์

(ค) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอ หรือ การดำเนินการ อื่นใดในลักษณะเดียวกัน

(ง) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน

(จ) คำสั่งให้หรือไม่ให้ทุนของสถาบันการศึกษาของรัฐ

ดังนั้น จากความหมายที่บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 5 นี้ จึงสามารถที่จะแยก พิจารณาคำสั่งทางปกครองออกมาได้ว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองได้ จะต้องมิลักษณะดังต่อไปนี้

- คำสั่งทางปกครองจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ดังนั้นถ้าการกระทำใดที่ไม่ มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของ เจ้าหน้าที่ หรือเป็นการกระทำตามปกติธรรมดาเหมือนอย่างที่เอกชน โดยทั่วไปทำกัน การกระทำ ดังกล่าวย่อมไม่มีทางที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองไปได้เลย ตัวอย่างเช่น คำสั่งแพทย์ที่สั่งยา หรือ คำสั่งให้ผ่าตัดผู้ป่วย คำสั่ง ดังกล่าวย่อมไม่ใช่ เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ แต่ อย่างใดจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง นั่นเอง

ข้อสังเกต อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในที่นี้ หมายถึง อำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั่นเอง ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุที่ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นไม่รวมไปถึงการออกกฎด้วย ซึ่งเมื่อเราไปดูจากคำนิยามแล้วคำว่า “กฎ” หมายถึง “กฎหมายในระดับพระราชกฤษฎีกากฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดเป็นการเฉพาะ หรือ ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ” เมื่อกฎเป็นกฎหมายในระดับดังกล่าว และคำสั่งทางปกครองนั้นไม่รวมไปถึงการออกกฎด้วย ดังนั้นอำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองจึงไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับดังกล่าวในการออกคำสั่งทางปกครองนั่นเอง

- คำสั่งทางปกครองมีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นมาระหว่างบุคคล

ต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลโดยตรงเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นมาระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวังหรือมีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว หมายความว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายไปกระทำการใดๆ ก็ตาม ไม่ใช่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองทั้งหมดจะต้องคู่ด้วยว่าคำสั่ง หรือการกระทำนั้นๆ เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายไปกระทำการแล้วทำให้มีผลโดยตรง เป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นมาระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือไม่แน่นอนประการหนึ่ง หรือ เป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายไปกระทำการแล้วทำให้มีผลโดยตรงไปกระทบต่อสถานภาพ ของสิทธิหน้าที่ของบุคคลหรือไม่อีกประการหนึ่ง

ดังนั้น ถึงแม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้ใช้อำนาจตามกฎหมายไปกระทำการ ถ้การกระทำนั้นๆ หรือคำสั่งนั้นๆ ไม่ได้มีผลโดยตรงเป็นการก่อให้เกิด นิติสัมพันธ์ขึ้นมาระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง ประการหนึ่งก็ดีหรือไม่ได้มีผลโดยตรงที่จะไปกระทบต่อ สถานภาพของสิทธิหน้าที่ของบุคคล อีกประการหนึ่ง ก็ถือว่าการกระทำ หรือคำสั่งนั้นๆ ย่อมไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ตัวอย่างเช่น เจ้าหน้าที่นำกำลังเข้าไปรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่ ปลูกรุกล้ำทางสาธารณะก็ดี หรือ เจ้าหน้าที่ไปทำการยกรถที่จอดกีดขวางการจราจรก็ดีก็ล้วนแล้วแต่เป็นการ ใช้อำนาจที่ได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้มีผลโดยตรงเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นมาระหว่างบุคคล แม้ว่าการกระทำต่างๆ เหล่านั้นจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ดังนี้ เป็นต้น

- คำสั่งทางปกครอง จะต้องไม่ใช่กฎ

ความแตกต่างระหว่างคำสั่งทางปกครองกับกฎนี้ ที่ปรากฏเด่นชัดที่สุด ก็คือ กฎจะเป็นบทบัญญัติที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่ได้มีความมุ่งหมายที่จะใช้บังคับแก่กรณีใดหรือ จะใช้บังคับกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ส่วนคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีผลใช้บังคับแก่ กรณีใด หรือ จะใช้บังคับกับบุคคลใดเป็นการเฉพาะเจาะจง การกระทำดังกล่าวของเจ้าหน้าที่เป็นกฎหรือไม่ สามารถจะดูได้จาก

(ก) บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ หรือ ถูกห้ามไม่ให้กระทำการ หรือ ได้รับอนุญาตให้กระทำการได้นั้น จะต้องเป็นบุคคลโดยทั่วไปที่ระบุเป็นประเภทเอาไว้ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยเฉพาะเจาะจง

(ข) กรณีที่บุคคลซึ่งถูกกำหนดเป็นประเภทดังกล่าวตามข้อแรกข้างต้นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดเอาไว้เป็นการทั่วไปไปด้วยเช่นกัน ไม่ใช่กรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง ตัวอย่างเช่น ข้อความห้ามทิ้งขยะลงบนถนนสาธารณะ ดังนี้เป็นกรณีที่บุคคลที่ถูกห้ามเป็นบุคคลโดยทั่วไป ไม่ใช่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง และกรณีที่ห้ามทิ้งลงบนถนนสาธารณะนั้นก็เป็นที่ถูกกำหนดเอาไว้เป็นการทั่วไปโดยไม่ได้ระบุเอาไว้ว่าจะเป็นถนนสายใดเป็นการเฉพาะอีกด้วย ดังนี้ เป็นต้น

- คำสั่งทางปกครอง จะต้องไม่ใช่มาตรการภายในฝ่ายปกครอง

ถ้าหากว่าผู้บังคับบัญชาได้ออกคำสั่งออกมาให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไป

ปฏิบัติงานในหน้าที่ของตน ไม่ว่าจะเป็นการสั่งให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือสั่งห้ามไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งก็ดี หรือ อนุญาต ไม่ให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ก็ดี ในการปฏิบัติกรงานของผู้ใต้บังคับบัญชาคนนั้นๆ ท่านว่าคำสั่งเช่นนี้ เป็นเพียงมาตรการภายในฝ่ายบริหาร ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ก็เพราะว่าคำสั่งเช่นนี้ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือ หน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาคนนั้น ทั้งยังไม่มีผลโดยตรงเป็นการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นมา ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา ตัวอย่างเช่น คำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชามาช่วยราชการที่กรม หรือ คำสั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชาชี้แจงความคิดเห็นทำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการของกรม ทั้งสองตัวอย่างนี้ต่างเป็นคำสั่งให้มาปฏิบัติงานในหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาเท่านั้น ทั้งนี้เพราะคำสั่งเช่นนี้ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ หรือ หน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาคนนั้น กล่าวคือไปกระทบถึงสิทธิรับเงินเดือน สิทธิรับเงินประจำตำแหน่ง สิทธิรับเงินเพิ่ม หรือ สิทธิประโยชน์อื่นๆ ตามกฎหมายระเบียบข้าราชการแผ่นดินของผู้ใต้บังคับบัญชาคนนั้น คำสั่งเช่นนี้ย่อมเป็นคำสั่งทาง

2) คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองทั่วไปมีลักษณะสำคัญที่ต่างจากกฎ คือ กฎมีลักษณะที่เป็นนามธรรม (abstract) และมีผลใช้บังคับกับบุคคลทั่วไปไม่จำกัดจำนวน ส่วนคำสั่งทางปกครองจะขาดลักษณะข้อใดข้อหนึ่งหรือทั้งสองข้อของกฎ ดังนั้นคำสั่งทางปกครองจึงมีได้ 3 ลักษณะ ได้แก่ กฎเกณฑ์ที่เป็นนามธรรมแต่ใช้บังคับบุคคลเฉพาะราย กฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมแต่ใช้บังคับบุคคลเฉพาะราย และกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมแต่ใช้บังคับบุคคลไม่จำกัดจำนวน

คำสั่งทั่วไปทางปกครอง เป็นคำสั่งที่มีได้มีความหมายเฉพาะต่อเมื่อเป็นคำสั่งที่กระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นกรณีของคำสั่งที่มีลักษณะทั่วไปหรือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับกลุ่มบุคคลที่สามารถกำหนดได้แน่นอนได้ โดยขณะที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทั่วไปทางปกครอง บุคคลที่รับคำสั่งมีจำนวนไม่แน่นอน แต่เจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งเนื่องจากได้มีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงเกิดขึ้นในเวลาใดเวลาหนึ่ง คำสั่งนี้จึงมีลักษณะทั่วไปและเป็นรูปธรรม (เพ็ญศรี วงศ์เสรี, 2548, หน้า 29-30)

3) คำสั่งอื่นๆ

นอกจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองด้วยการออกกฎหรือคำสั่งแล้ว ยังอาจใช้อำนาจกระทำกรอื่นใดซึ่งมิใช่การออกหรือคำสั่งอีกด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่าอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

เหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) สามารถแยกพิจารณาได้ในกรณีดังนี้

(1) กรณีกระทำโดยไม่มีอำนาจ

การกระทำโดยไม่มีอำนาจเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้หรือเป็นกรณีที่ให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครอง แต่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้อื่นออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือปฏิบัติการทางปกครองแทน (วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2551, หน้า 22)

(2) กรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

กระทำโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย คือ กรณีกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง มีความขัดแย้งหรือแย้งกับกฎหมาย หรือปฏิบัติการทางปกครอง มีความขัดแย้งหรือแย้งกับกฎหมายแม่บทหรือขัดรัฐธรรมนูญ (วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2551, หน้า 23)

(3) กรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิด

กรณีกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิด กล่าว เช่น กรณีที่มีการให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนแต่ไม่ได้กระทำ เป็นต้น

(4) กรณีกระทำโดยเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ถือว่าขัดต่อหลักความเสมอภาค โดยหลักเสมอภาคเป็นหลักในการรับรองสิทธิของประชาชนที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน หมายความว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่าเทียมกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะ

แต่หลักในการปฏิบัติที่แตกต่างกัน ก็มีข้อยกเว้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หากเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

ก. เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นมีความมุ่งหมายที่ชอบธรรม

ข. เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นเป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้นได้จริงในทางปฏิบัติ

ค. เลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้การดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม

(5) กรณีกระทำโดยสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร

กรณีกระทำโดยสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร เป็นการใช้อำนาจดำเนินการตามเจตนารมณ์กฎหมาย แต่เกินขอบเขตแห่งความจำเป็นหรือไม่เหมาะสมกับพฤติการณ์ที่เป็นเหตุแห่งการออกคำสั่งทางปกครอง (วรพจน์ วิสรุตพิชญ์, 2551, หน้า 25)

(6) กรณีกระทำโดยใช้ดุลยพินิจโดยไม่ชอบ

ในทางทฤษฎีมีผู้อธิบายว่าเป็นเรื่องการใช้อำนาจออกคำสั่งทางปกครองเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวม แต่ประโยชน์ดังกล่าวไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ แต่ไม่ถึงกับไม่สุจริต

1.2.2 คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีข้อพิจารณา ดังนี้

การละเลยหน้าที่ หมายความว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติ แต่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด

การปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หมายความว่า กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติ และหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ลงมือปฏิบัติแล้ว แต่ใช้เวลาในการปฏิบัติล่าช้าเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือเป็นกรณีที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จไว้แต่โดยปกติหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถดำเนินการแล้วเสร็จได้ในระยะเวลาหนึ่ง แต่กลับใช้เวลานานเกินกว่าปกติวิสัย

1.2.3 คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งปกครองหรือคำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร บัญญัติไว้ใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แยกพิจารณา ดังนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิด

ก. การกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

การกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การฟ้องขอให้อื้อเสาเหล็กกันสะพานเพราะทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถนำรถยนต์ข้ามสะพานได้ การฟ้องให้รื้อถอนถนนที่สร้างรุกล้ำที่ดินเอกชน เป็นต้น

ข. การกระทำละเมิดอันเกิดจากกฎ คำสั่งปกครองหรือคำสั่งอื่น

การกระทำละเมิดอันเกิดจากกฎ คำสั่งปกครอง หรือคำสั่งอื่น เช่น การฟ้องว่าถูกยึดหลักประกันซองเกิดจากคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

ค. การกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

การกระทำละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร เป็นกรณีที่ฟ้องขอให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำหรืองดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

ง. กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยปรับหลักกรรมกัน

กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยปรับหลักกรรมกัน เช่น การฟ้องขอให้ใช้ค่าเสียหายจากการออกหนังสือสำคัญฤทธิให้หลวง โดยมีจำนวนที่ดินมากกว่าที่ผู้ฟ้องคดีฤทธิให้ เป็นต้น

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่น

คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่น คดีประเภทนี้ ที่รู้จักกันเป็นอย่างดี คือ คดีพิพาทเกี่ยวกับเงินค่าทดแทนการเวนคืนที่ดิน แต่ทั้งนี้คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นก็ยังมีอีกหลายประเภท เช่นคดีฟ้องขอให้คืนเงินบำเหน็จ บำนาญ เป็นต้น

1.2.4 คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

คำว่าสัญญาทางปกครอง ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ว่าหมายความว่าความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานสัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักสัญญาทางปกครอง คือ ประการแรก คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และประการที่สองเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการบริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญา มีลักษณะพิเศษเป็นเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผลโดยศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดลักษณะสัญญาทางปกครองไว้ดังนี้

สัญญาสัมปทาน คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน่วยงานทางปกครอง แทนหน่วยงานทางปกครอง โดยให้เอกชนมีสิทธิเก็บค่าบริการจากประชาชนที่ใช้บริการเป็นการตอบแทน

สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจ้างให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน่วยงานทางปกครอง

สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองจ้างให้เอกชนสร้างหรือซ่อมแซมสิ่งสาธารณูปโภค

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ คือ สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองยอมให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากนี้ ศาลปกครองได้วางหลัก สัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง ไว้ว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาทางปกครอง ซึ่งแม้มีลักษณะทางแพ่ง แต่ต้องพิจารณา สัญญาหลักซึ่งเป็นสัญญาทางปกครองก่อน

เหตุที่ต้องแยกสัญญาทางปกครองกับสัญญาทางแพ่งออกจากกันเนื่องจากการทำสัญญาประเภทต่างๆ ระหว่างเอกชนด้วยกันนั้นมีความประสงค์หาผลกำไรในทางการค้า เป็นสำคัญ หากเกิดข้อพิพาทก็เป็นข้อพิพาททางแพ่ง ศาลก็จะใช้วิธีพิจารณาทางแพ่งคือคู่ความมีความเสมอภาคกัน แต่ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองมีความประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ บางครั้งฝ่ายปกครองไม่สามารถดำเนินการเองได้จึงต้องจ้างเอกชนหรือมอบให้เอกชนทำแทน ในที่นี้หากถือว่าฝ่ายปกครองทำสัญญาแบบทางแพ่งก็อาจเกิดผลกระทบกับการให้บริการสาธารณะ จึงต้องถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน เช่น การบริการสาธารณะต้องต่อเนื่อง ฝ่ายปกครองมีสิทธิแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ฝ่ายเดียว เป็นต้น (วิชัชชัย พานิชย์สกุลชัย , ออนไลน์, ม.ป.ป.)

แต่ทั้งนี้ในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง โดยการทำสัญญาหรือมีส่วนร่วมร่วมกับเอกชนนั้น เรียกว่า สัญญาทางปกครอง ฝ่ายปกครองสามารถเลือกที่จะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายแพ่งซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หรือจะทำสัญญาภายใต้ระบบกฎหมายปกครอง ซึ่งเรียกว่าสัญญาทางปกครองหากมีข้อพิพาทอยู่ภายใต้กฎหมายปกครองและเขตอำนาจของศาลปกครองก็ได้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์ และมานิตย์ วงศ์เสรี , 2541, หน้า 44)

1.2.5 คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

เช่น กรณีตามพระราชบัญญัติเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ.2456 มาตรา 18 ทวิ วรรคสอง บัญญัติให้เจ้าท่าร้องขอต่อศาลเพื่อให้ผู้ปลูกสิ่งก่อสร้างล่วงล้ำน้ำเรือถอนสิ่งก่อสร้าง เป็นกรณีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 (5) สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องรอการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งหรือสิ่งก่อสร้าง เนื่องจากเป็นมาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้กระทำ โดยไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมาฟ้องศาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.242/2550)

1.2.6 คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เช่น การร้องขอให้ศาลตั้งอนุญาโตตุลาการแทนฝ่ายผู้คัดค้าน ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 9 ประกอบมาตรา 18 เนื่องจากมีการฟ้องร้องในเรื่องสัญญาเข้าร่วมงานและดำเนินการวิทยุและโทรทัศน์ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีเขตอำนาจในคดีนี้ จึงเป็นเรื่องตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 (6) (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 685/2550)

2. ประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดมีศาลเดียวจึงไม่มีข้อจำกัดด้านเขตอำนาจ ดังนั้นคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุดไม่ว่ามูลคดีจะเกิดที่ใด หรือผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาอยู่ที่ใดก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้ เพียงแต่ต้องยื่นฟ้องให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ คดีนั้นต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดโดยตรง ถ้าเป็นคดีตามมาตรา 11 (1) (2) และ (3) หรือยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้น ถ้าเป็นคดีอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตามมาตรา 11 (4)

ในศาลปกครองสูงสุด มีตำแหน่งตุลาการศาลปกครอง คือ

- (1) ประธานศาลปกครองสูงสุด
- (2) รองประธานศาลปกครองสูงสุด
- (3) ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด
- (4) ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

จำนวนตุลาการในองค์คณะของศาลปกครองสูงสุด

รัฐธรรมนูญได้วางหลักในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้ได้รับการพิจารณาพิพากษาคดีจากศาลอย่างยุติธรรม โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 236 ว่าการนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มีใ้นั่งพิจารณาจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นไม่ได้ เว้นแต่จะมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้

ในศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการอย่างน้อย 5 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา แต่ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองยังมีตำแหน่งตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุดในกระบวนการพิจารณาอีก 2 ตำแหน่งที่มีความสำคัญ แต่ไม่ได้มีการกำหนดให้ผูกพันกับบัญชีอัตราเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง คือ ตำแหน่งตุลาการเจ้าของสำนวนที่แต่งตั้งโดยตุลาการหัวหน้าคณะจากตุลาการในองค์คณะนั้น ตุลาการอีกตำแหน่งในกระบวนการพิจารณา คือ ตุลาการผู้แถลงคดี ซึ่งประธานศาลปกครองสูงสุดจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือจะแต่งตั้งจากตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นก็ได้

คดีที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พศ.2542 ได้บัญญัติถึงข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดไว้ 4 ประเภท คือ

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัย ข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด 4 ประเภทตามมาตรา 11 คือ

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด ขณะนี้ที่ประชุมใหญ่ฯ ยังไม่ได้กำหนดให้คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้ จึงต้องฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลปกครองชั้นต้น เพราะเป็นคดีตามมาตรา 9 (1) อยู่แล้ว และเมื่อใดที่มีประกาศกำหนดของที่ประชุมใหญ่ฯ ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใดฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้ ก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 (1) อำนาจของศาลในการพิพากษาคดีจะเป็นไปตามมาตรา 72 (1)

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยปกติคดีประเภทนี้ก็เป็นคดีลักษณะเดียวกับคดีตามมาตรา 9 (1) นั่นเอง แต่ด้วยความสำคัญของกฎดังกล่าวจึงให้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรง อำนาจของศาลในการพิพากษาคดีจะเป็นไปตามมาตรา 72 (1)

(3) ลักษณะคดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะดังกล่าว

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น คดีประเภทนี้มีการกำหนดขั้นตอนการตรวจอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์และการพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ

อนึ่ง คดีตาม (1) และ (2) ข้างต้น ผู้ฟ้องคดีอาจเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 9 (3) ไปพร้อมกันก็ได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็จะมีอำนาจพิพากษาเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น ดังที่กล่าวมาแล้ว

3. ประเภทของคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลปกครองในประเทศไทย การระงับการขัดแย้งกันแห่งอำนาจหน้าที่และคำพิพากษาหรือคำสั่งของ ศาลปกครองและศาลอื่นของไทย เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้จัดตั้งศาลปกครองขึ้น ตามหลักการของระบบศาลคู่ โดยมีศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเป็นเอกเทศและคู่ขนานกับระบบศาลยุติธรรม ซึ่งอาจเกิดปัญหาการขัดแย้งกันแห่งอำนาจหน้าที่ ระหว่างศาลและการขัดแย้งกันแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นที่สุดของศาลระบบต่างๆ จึงมีความจำเป็นต้องสร้างกระบวนการระงับการขัดแย้งกันแห่งอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและการขัดแย้งกันแห่งคำพิพากษา หรือคำสั่งอันเป็นที่สุดของศาลระบบต่าง ๆ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติว่า ด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ.2542 ขึ้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติให้มี “คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ” มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาการขัดแย้งกันแห่งอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลทหาร หรือศาลอื่น นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และมีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดการขัดแย้งกันแห่งคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นที่สุดของศาลเหล่านี้ เพื่ออำนวยความสะดวกยุติธรรมให้แก่ประชาชน เมื่อเกิดคดีพิพาททางปกครองและเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนทุกคนอย่างสูงสุด

โดยทั่วไปการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เรียกว่า การกระทำทางปกครอง ย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่การกระทำทางปกครองบางเรื่องไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (สำนักพัฒนาระบบงานคดีปกครอง, 2551, หน้า 91)

3.1 คดีพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

โดยทั่วไปแล้วการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เรียกว่าการกระทำทางปกครอง ย่อมอยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครองแต่ การกระทำทางปกครองบางเรื่องไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ได้แก่

คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

3.1.1 การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยวินัยทหาร พุทธศักราช 2476 รวมทั้ง กฎ ระเบียบและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 148/2550, 488/2550)

3.1.2 การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

กรณีเป็นเรื่องเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 15/2550 และที่ 18/2550)

3.1.3 คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญา และการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

ก. ศาลเยาวชนและครอบครัว

การที่ศาลจะวินิจฉัยต้องยกบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับครอบครัวขึ้นมาบังคับแก่ 'คดี เป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีครอบครัวซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเยาวชนและครอบครัว ตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2543 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 34/2550) กรณีที่มีข้อพิพาทกันในเรื่องที่ว่าด้วยครอบครัวมรดกอันเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในที่ดินเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 474/2550)

ข. ศาลแรงงาน

หากพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีแล้วเห็นว่ามิฐานะเป็นนายจ้างกับลูกจ้างที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลแรงงาน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 32/2550, 68/2550, 113/2550)

ค. ศาลภาษีอากร

- การประเมินภาษีเงินได้

การฟ้องขอคืนภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่ชำระไว้เกิน เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอคืนภาษีอากรซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลภาษีอากรตามมาตรา 7 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ.2528 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 105/2550) การฟ้องขอให้เพิกถอนการประเมินภาษี และเพิกถอนการยึดและอายัดทรัพย์สินของคู่ฟ้องคดีอันเนื่องจากการประเมินดังกล่าว รวมทั้งขอให้ศาลมีคำสั่งระงับการยึดและอายัดทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีไว้เป็นการชั่วคราวนั้น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 493/2550)

- การประเมินภาษีสรรพสามิต

การฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยให้ "เสียดำเนินการตามมติซึ่งผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ.2527 เป็นคดีอุทธรณ์คำวินิจฉัยของเจ้าพนักงานเกี่ยวกับภาษีอากรซึ่งเป็น คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลภาษีอากรตามมาตรา 7 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ.2528 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 136/2550) กระบวนการหรือขั้นตอนในการประเมินราคาสินค้าเพื่อเรียกเก็บอากรและภาษีสรรพสามิต (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 417/2550)

- การประเมินพิกัตอัตราศุลกากร

การฟ้องว่ากรมศุลกากรตีความพิกัตอัตราศุลกากรสินค้าของผู้ฟ้องคดีผิดประเภท ตามพระราชกำหนดพิกัตอัตราศุลกากร พ.ศ.2530 ซึ่งเป็นคำสั่งเกี่ยวกับภาษีอากร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 161/2550 และที่ 359/2550)

- การประเมินภาษีรถประจำปี

การฟ้องที่ศาลจะวินิจฉัยปัญหาตามคำฟ้องดังกล่าวจะต้องได้ข้อยุติเสียก่อนว่าผู้ฟ้องคดีจะต้องชำระค่าภาษีอากรรถประจำปีและเงินเพิ่มหรือไม่ เป็นปัญหาเกี่ยวกับภาษีอากร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 234/2550)

- การประเมินภาษีบำรุงท้องที่

คดีพิพาทเกี่ยวกับองค์ประกอบส่วนท้องถื่นประเมินภาษีบำรุงท้องที่ไม่เป็นธรรมและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นปัญหาเกี่ยวกับภาษีอากร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 340/2550)

- การชำระเงินอากรรั้งนก

การที่คณะกรรมการพิจารณาจัดเก็บอากร รั้งนกอีแอ่นออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชำระเงินอากรรั้งนก เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอากรรั้งนกอีแอ่น พ.ศ.2540 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2550)

ง. ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ

คดีแพ่งเกี่ยวกับเครื่องหมายการค้าที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศตามมาตรา 7(3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ.2539 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 480/2550)

จ. ศาลล้มละลาย

คำสั่งให้ฟื้นฟูกิจการ จะต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 568/2550)

3.2 คดีพิพาทที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไม่ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในบางกรณี แม้ว่าจะเป็น การกระทำทางปกครอง และไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่หากมีกฎหมายกำหนดไม่ให้การกระทำดังกล่าวอยู่ ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองแล้ว ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา ทั้งนี้ การยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองโดยกฎหมายมี 2 ประเภท ได้แก่

3.2.1 ข้อยกเว้นตามกฎหมายเฉพาะ

กฎหมายที่กำหนดเขตอำนาจศาลปกครองซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ดังนั้น กฎหมาย ที่จะกำหนดยกเว้นเขตอำนาจศาลปกครอง อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีค่าบังคับไม่ต่ำกว่าระดับพระราช บัญญัติเช่นเดียวกัน ซึ่งได้แก่

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุด กฎหมายใดจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติยกเว้นเขตอำนาจของศาล ปกครองไว้ในหลายกรณี เช่น

ก. มาตรา 219 วรรคสาม ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัย คดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา และให้ศาลอุทธรณ์มีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการเลือก ตั้งและการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา” ทั้งนี้ วิธี พิจารณาและวินิจฉัยคดีให้เป็นไปตามระเบียบที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกากำหนด โดยต้องใช้ระบบไต่ สสวนและเป็นไปโดยรวดเร็ว”

ข. มาตรา 223 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่ รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์การตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ขององค์การตามรัฐธรรมนูญนั้น”

ค. มาตรา 239 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง วินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิก สภา ผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด” ศาล ปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับคดีพิพาทที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมิให้อยู่ในอำนาจพิจารณา พิจารณาของศาลปกครอง ได้แก่ การฟ้องว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งออกประกาศกำหนดวันและ

เวลาลงคะแนนเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรล่วงหน้า ที่เลือกตั้งกลาง ลงวันที่ 26 ตุลาคม 2550 โดยไม่มีอำนาจ เป็นคดีพิพาท เกี่ยวกับการเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกาตามมาตรา 219 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.36/2550 ถึง พ.38/2550)

(2) พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ.2544

มาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ.2544 บัญญัติไม่ให้นำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้บังคับแก่การดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ ด้วยคุณภาพของบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย (บสท.) ตามพระราชกำหนดนี้และการออกระเบียบหรือข้อ บังคับ คำสั่ง คำวินิจฉัย การอนุญาต และการกระทำอื่นใด ของคณะกรรมการและคณะกรรมการบริหารอันเกี่ยวกับการบริหารสินทรัพย์ ด้วยคุณภาพตามพระราชกำหนดนี้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 448/2550, 540/2550)

(3) พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ.2548

มาตรา 16 แห่งพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ ฉุกเฉิน พ.ศ.2548 บัญญัติว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่ อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

(4) พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551

มาตรา 23 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 บัญญัติ ว่า “การดำเนินคดีใดๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนดประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม...”

3.2.2 ข้อยกเว้นตามหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการซึ่งเป็นรากฐานของระบบกฎหมายทั้งระบบ เป็นสิ่งที่อยู่เหนือบรรดาข้อบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติขึ้นที่เรียกว่า เจตนารมณ์ ของกฎหมาย หลักกฎหมายทั่วไปจึงสามารถ ใช้บังคับได้แม้ว่าจะมิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งข้อ 5 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ได้บัญญัติให้นำหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองมาใช้ได้ หากกฎหมายหรือระเบียบดังกล่าวมิได้กำหนดเรื่องนั้นไว้ โดยเฉพาะ หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาวินิจฉัยคดีปกครอง ดังนี้

(1) การกระทำทางนิติบัญญัติ

การฟ้องขอให้สมาชิกวุฒิสภา คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการรับเรื่องร้องทุกข์ ประธานคณะกรรมการ เจ้าหน้าที่วุฒิสภา และเลขาธิการวุฒิสภา นำเรื่องร้องเรียนของผู้ฟ้องคดี เข้าสู่การประชุมของวุฒิสภา อันเป็น เรื่องเกี่ยวเนื่องกับการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรือดำเนินกิจการทางนิติบัญญัติ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการบุคคลดังกล่าวจึงไม่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 587/2550)

(2) การกระทำทางตุลาการ

การที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ใช้อำนาจพิจารณาคดียุบพรรคและมีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมือง เป็นการใช้อำนาจตุลาการ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้บรรลุผล ข้อพิพาทเกี่ยวกับการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จึงไม่ใช่ข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 808/2550)

(3) การกระทำทางรัฐบาล

ก. โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารของรัฐนั้น อาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตามคณะรัฐมนตรีย่อมกระทำให้ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวจะไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น การที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ "นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามความตกลงดังกล่าว นั้น ถือเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550)

ข. การที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใดหรือในเรื่องหนึ่งเรื่องใดต่อองค์การของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ และเมื่อใดนั้น ขึ้นอยู่กับนโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้แถลงไว้ต่อองค์กรของรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติและความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีต่อองค์กรดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบต่อฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยจึงไม่ใช่เรื่องของการกระทำทางปกครองเพราะเป็นเรื่องของการดำเนินการเพื่อที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำของรัฐบาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550)

(4) การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ถือเป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้โดยสภาพทำนองเดียวกับการกระทำในทางนิติบัญญัติ การกระทำในทางตุลาการ และการกระทำของรัฐบาลที่ปฏิบัติงานด้านนโยบายหรืองานทางการเมืองหรือนโยบายต่างประเทศ หรือในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยศาลปกครองสูงสุด มีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) และ (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 9/2550)

(5) การกระทำในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

การดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอันเป็นขั้นตอนการดำเนินการเพื่อนำไปสู่การลงโทษผู้กระทำความผิด ในขั้นตอนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้แก่พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ อาจมีการกระทำทางปกครองปะปนอยู่ ซึ่งแม้ว่าการดำเนินงานดังกล่าวจะไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เนื่องจากมีหลักเกณฑ์ และขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดไว้โดยเฉพาะตามประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว ซึ่งไม่มีกฎหมายใดระบุว่า การดำเนินงานในส่วนดังกล่าวจะไม่ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ 'การดำเนินการนี้จำเป็นต้องตรวจสอบการใช้' คุณพินิจทางอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาอันมีลักษณะเฉพาะและแตกต่างกับการใช้' คุณพินิจทาง ปกครอง ดังนั้น ที่ประชุมใหญ่'ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจึงมีมติในการประชุมครั้งที่ 7/2544 เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2544 ว่าถ้าขั้นตอนการดำเนินการของพนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขั้นตอนใด เป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญากำหนดให้ 'อำนาจไว้เป็นการเฉพาะ การกระทำได้กล่าวว่าจะอยู่ในอำนาจการ ควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่การกระทำใดที่พนักงานสอบสวน หรือพนักงานอัยการกระทำนอกเหนือหรือมิได้ 'กระทำตามที่กำหนดไว้' ในประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญาและเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระ ราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองย่อมมีอำนาจ ควบคุมตรวจสอบได้

สำหรับการกระทำของเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐตามกฎหมายพิเศษของฝ่ายปกครองที่มีการ บัญญัติโทษทางอาญาไว้ด้วยก็เช่นกัน คือ ถ้ามีขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่กฎหมายพิเศษนั้น และหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้ 'อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การ กระทำดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่ 'ถ้าการกระทำใดเป็นการกระ ทำนอกเหนือหรือมิได้ 'กระทำตามที่กำหนดไว้' ในกฎหมายพิเศษและหรือประมวลกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา และเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลปกครองย่อมมีอำนาจ ควบคุมตรวจสอบได้' เช่นเดียวกัน ทั้งนี้ การกระทำใดจะถือว่าเป็นการกระทำที่อยู่ในอำนาจการ ตรวจสอบของศาลยุติธรรมหรืออยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริง เป็นคดีๆ ไป

(6) ข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน

คดีพิพาทเกี่ยวกับการสั่งการของเจ้าพนักงานที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งมี ประเด็นพิพาทเกี่ยวเนื่องกับการโต้ 'แย้งกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองในที่ดินนั้น ที่ประชุมใหญ่' ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเคยมีมติว่า การพิจารณาว่าศาลใด จะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี พิพาทเกี่ยวกับการสั่งการของเจ้าพนักงานที่ดินตามมาตรา 60 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินนั้น จะต้อง พิจารณาในรายละเอียดของคำฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะโต้ 'แย้งในประเด็นใด ถ้าประเด็นหลัก เป็นการโต้ 'แย้งเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองใน 'ที่ดินที่ขอกออกโฉนด ศาลที่มีอำนาจ

พิจารณาพิพากษาในคดีคือ ศาลยุติธรรม แต่ถ้าเป็นการโต้แย้งในประเด็นหลักว่า การสั่งการของเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินสาขาไม่ 'ชอบด้วยกฎหมาย ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคือ ศาลปกครอง สำหรับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด แยกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

ก. กรณีวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินซึ่งอยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม

การที่จำต้องพิจารณาให้ได้ก่อนว่าที่ดินพิพาทเป็นของใครเป็นสำคัญเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน อันเป็นอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.7/2550, อ.229/2550, 442/2550)

ข. กรณีที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นคดีปกครอง

ผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้ศาลปกครองตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจดทะเบียนของเจ้าพนักงานที่ดิน ซึ่งมีเกณฑ์ การตรวจสอบตามประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสิทธิในที่ดินแต่อย่างใดแต่หากจะต้องพิจารณาก็เป็นประเด็นเกี่ยวพันที่ศาลปกครองมีอำนาจวินิจฉัย 'อันได้เพื่อที่จะสามารถวินิจฉัยประเด็นความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว อันเป็นประเด็นหลักแห่งคดีต่อไปได้ตามข้อ 41 วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 จึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 415/2550)

3.2.3 คดีพิพาทที่มีได้เกิดจากการกระทำทางปกครอง

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อไปนี้ไม่ใช่เป็นการกระทำทางปกครอง

(1) ข้อพิพาทในทางแพ่ง

การดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำบนพื้นฐานของความเท่าเทียมกันหรือเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นเอกชนคนหนึ่ง มิได้มีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ เช่น การดำเนินกิจการของหน่วยงานของรัฐบางแห่งมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการในเชิงธุรกิจที่เรียกว่า วิสาหกิจมหาชน ซึ่งหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบกิจการดังกล่าวจะถูกจัดตั้งในรูปแบบของ "รัฐวิสาหกิจ" นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐวิสาหกิจกับเอกชนในการดำเนินธุรกิจตามวัตถุประสงค์ย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งรัฐวิสาหกิจจึงอยู่ในฐานะเช่นเดียวกับเอกชนทั่วไป ย่อมไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองและอาจเป็นการกระทำในทางแพ่ง ได้แก่

ก. การประกอบธุรกิจของหน่วยงานของรัฐ

การกำหนดราคาจำหน่ายน้ำประปา ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการใช้น้ำประปาของการประปาส่วนภูมิภาค (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 62/2550)

ข. การปฏิบัติตามสัญญาทางแพ่ง

สัญญากู้ยืมเงินกองทุนเงินให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา และเมื่อสำเร็จการศึกษาแล้วผู้กู้ยืมมีหน้าที่ต้องชดใช้เงินกู้ยืมพร้อมดอกเบี้ย จึงเป็นเพียงสัญญาทางแพ่ง คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 390/2550)

ค. ข้อพิพาทที่ต้องมีการพิสูจน์สิทธิหรือหน้าที่ของคู่กรณีในทางแพ่ง

การฟ้องขอให้อธิบดีกรมที่ดินเพิกถอนการจดทะเบียนนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน เนื่องจากการปลอมลายมือชื่อของผู้ฟ้องคดีในสัญญาจำนองและหนังสือยินยอมให้แก้ไขรูปแผนที่ และเนื้อที่ในการรังวัดแบ่งแยกกรรมสิทธิ์รวมกัน การที่จะพิสูจน์ว่าลายมือชื่อปลอมหรือไม่ ต้องดำเนินการว่ากล่าวกันในคดีอาญาหรือคดีแพ่ง ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลปกครองจะวินิจฉัยว่าการไม่เพิกถอนการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ตามที่ผู้ฟ้องคดีร้องขอจากอธิบดีกรมที่ดินเป็นการไม่ชอบหรือไม่ ต้องได้ข้อยุติก่อนว่าลายมือชื่อที่ยื่นจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีว่าเป็นของผู้ฟ้องคดีหรือเป็นลายมือปลอมเสียก่อน ซึ่งการพิสูจน์ว่าเป็นลายมือชื่อปลอมหรือไม่ อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ง. การกระทำในฐานะเดียวกันกับเอกชนทั่วไป

การให้สินเชื่อของธนาคารออมสินตามโครงการสินเชื่อ เป็นเพียงการดำเนินการประกอบธุรกิจเช่นธนาคารพาณิชย์โดยทั่วไป มิใช่เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำความทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 626/2550)

จ. ข้อพิพาทเกี่ยวกับการจดทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท

ข้อพิพาทในเรื่องการดำเนินการจดทะเบียนเลิกบริษัทจำกัด เป็นขั้นตอนและวิธีการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้โดยเฉพาะ จึงมิใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 542/2550)

ฉ. การดำเนินการตามความยินยอมของผู้ฟ้องคดี

การแสดงเจตนายินยอมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่

ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติแต่อย่างใด จึงไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 706/2550)

ข. กระบวนการบังคับคดีของศาลยุติธรรม

การขายทอดตลาดทรัพย์สินตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมเป็น กระบวนการบังคับคดีทางแพ่งเพื่อปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้บัญญัติไว้ ไม่ใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 63/2550)

ข. การดำเนินการตามคำสั่งศาลยุติธรรม

การรังวัดทำแผนที่ที่ดินพิพาทเพื่อใช้ ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำสั่งของศาลยุติธรรม ไม่ใช่การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น หากผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นจำเลยในคดีดังกล่าวเห็นว่า การรังวัดทำแผนที่ที่ดินไม่ถูกต้อง ก็ชอบที่จะโต้แย้งคัดค้านการรังวัดต่อศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีได้ คดีจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 79/2550)

(2) การขอให้ดำเนินการทางวินัยหรือลงโทษทางอาญา

การฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐละเว้นการปฏิบัติหน้าที่และปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ขอให้ศาลลงโทษผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการกล่าวอ้างว่าผู้ถูกฟ้องคดีกระทำความผิดกฎหมายอาญาอันเป็นลักษณะความผิดที่มีการกำหนดโทษ ซึ่งการฟ้องคดีเพื่อให้ศาลลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม คดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 235/2550)

(3) การให้บริการประชาชนตามอำนาจหน้าที่

การที่เจ้าหน้าที่ศาลยุติธรรมช่วยเขียนคำร้องให้แก่ราษฎรที่ไปติดต่อกับมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง แต่เป็นการให้บริการแก่ประชาชนตามหน้าที่กรณีที่มีคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 261/2550)

(4) การโต้แย้งการดำเนินการภายในของฝ่ายปกครอง

การดำเนินการภายในของฝ่ายปกครองถือเป็นการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง จึงเป็นกระบวนการที่ยังอยู่ภายในฝ่ายปกครอง ไม่มีผลออกไปสู่ภายนอก ยังไม่มีผลกระทบสิทธิของคู่กรณีที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้

4. วิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองประเทศไทย

วิธีพิจารณาคดีปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้แก่ วิธีพิจารณาที่เรียกว่าระบบไต่สวน ซึ่งเป็นระบบที่เปิดโอกาสให้ตุลาการมีบทบาทในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาคดี

วิธีพิจารณาคดีปกครองมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 ผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติถึงตัวผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ว่า ได้แก่ บุคคลซึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือมีกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 เช่นคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือนร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งดังกล่าวข้างต้นนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72

นอกจากนี้แล้ว มาตรา 43 ของกฎหมายดังกล่าวยังบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเป็นผู้ฟ้องคดีปกครองได้ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ากฎหรือการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ก็ให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ โดยในการ เสนอความเห็นดังกล่าวนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี

4.2 การยื่นคำฟ้อง

มาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า คำฟ้องให้ยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลปกครอง โดยอาจยื่น คำฟ้องโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้ และเพื่อประโยชน์ในการนับอายุความให้ถือว่าวันที่ส่งคำฟ้องแก่เจ้าพนักงานไปรษณีย์เป็นวันที่ยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครอง

นอกจากนี้แล้ว มาตรา 47 แห่งกฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดไว้ว่า คำฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นที่ผู้ฟ้องคดีมีภูมิลำเนาหรือที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลปกครองชั้นต้นนั้น ส่วนการฟ้องคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ให้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด

4.3 ระยะเวลาในการฟ้องคดี

ระยะเวลาในการฟ้องคดีหรืออายุความในคดีปกครองนั้นมีอยู่ 3 กรณีด้วยกัน คือ

4.3.1 การฟ้องคดีปกครองทั่วไปเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 49 คือ จะต้องฟ้องภายใน 90 วันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

4.3.2 การฟ้องคดีเกี่ยวกับการละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง มาตรา 51 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองอีกประเภทหนึ่งว่า ให้ยื่นฟ้องภายใน 1 ปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกิน 10 ปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดีปกครองประเภทดังกล่าว ได้แก่

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

4.3.3 การฟ้องคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติให้การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

4.4 การดำเนินคดีปกครอง

การดำเนินคดีปกครองโดยศาลปกครองมีกระบวนการ ดังนี้

4.4.1 การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยคู่กรณีหรือบุคคลอื่น ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองนั้น บุคคล ซึ่งเป็นคู่กรณีจะดำเนินการตั้งปวงด้วยตนเองหรือจะมอบอำนาจให้ทนายความหรือบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดเพื่อฟ้องคดีหรือดำเนินการแทนก็ได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 วรรคท้ายแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

4.4.2 องค์คณะพิจารณาพิพากษา มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กำหนดให้การพิจารณาคดีโดยศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลา

การในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อย 5 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา ส่วนการพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นอย่างน้อย 3 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

4.4.3 การแสวงหาข้อเท็จจริงโดยตุลาการเจ้าของสำนวน เนื่องจากการดำเนินคดีปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ใช้ระบบไต่สวน โดยตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสม ดังนั้น จึงมีบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ตุลาการเจ้าของสำนวนมีอำนาจในการรับฟังพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานผู้เชี่ยวชาญ หรือพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของคู่กรณีได้ตามที่เห็นสมควร

ตุลาการเจ้าของสำนวนได้รับการแต่งตั้งจากตุลาการหัวหน้าคณะมีหน้าที่ตรวจสอบและเสนอความเห็นในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษา ตลอดจนดำเนินการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 57 แห่งกฎหมายดังกล่าว ในระหว่างการดำเนินกรของตุลาการเจ้าของสำนวน ให้เปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบถึงข้ออ้างหรือข้อแย้งของแต่ละฝ่าย และให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายได้ เมื่อตุลาการเจ้าของสำนวนเห็นว่าได้รวบรวมข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพียงพอแล้ว ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนทำความเห็นเสนอให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาเพื่อพิจารณาคดีต่อไป ในการให้โอกาสคู่กรณีดังกล่าว ให้ตุลาการเจ้าของสำนวนกำหนดให้คู่กรณีแสดงพยานหลักฐานของฝ่ายตนภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าคู่กรณีมิได้ปฏิบัติตามระยะเวลาที่กำหนด ให้ถือว่าคู่กรณีที่ไม่ได้แสดงพยานหลักฐานนั้น ไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนหรือยอมรับข้อเท็จจริงตามพยานหลักฐานของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งแล้วแต่กรณี และให้ศาลปกครองพิจารณาพิพากษาต่อไปตามที่เห็นเป็นการยุติธรรม

ส่วนในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือมีพฤติกรรมประวิงคดีให้ล่าช้า ศาลปกครองจะรายงานผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล ผู้ควบคุม หรือนายกรัฐมนตรีเพื่อดำเนินการแก้ไขปรับปรุงหรือสั่งการหรือลงโทษทางวินัยต่อไปก็ได้ ทั้งนี้ โดยไม่เป็นการตัดอำนาจที่ศาลจะมีคำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาล

4.4.4 การพิจารณาคดีปกครอง เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 คือในการพิจารณาคดี ให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาจัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีอย่างน้อยหนึ่งครั้งเพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสมาแถลงด้วยวาจาต่อหน้าองค์คณะพิจารณาพิพากษา

ก่อนการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก ให้ส่งสรุปข้อเท็จจริงของตุลาการเจ้าของสำนวน ให้คู่กรณีทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 7 วัน ในกรณีนี้ให้คู่กรณีมีสิทธิยื่นคำแถลง รวมทั้งนำพยาน หลักฐานมาสืบประกอบคำแถลงดังกล่าวเพื่อยืนยันหรือหักล้างข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมาย เพิ่มเติม ต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาในวันนั่งพิจารณาคดี แต่จะไม่มาแถลงด้วยวาจาก็ได้

มาตรา 60 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้อีกว่า การนั่งพิจารณาคดี จะต้องกระทำโดยเปิดเผย เว้นแต่กรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรห้ามเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือ พฤติการณ์ต่าง ๆ ในคดี เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะ ศาลปกครองจะมีคำสั่งห้ามประชาชนมิให้เข้าฟังการพิจารณาทั้งหมดหรือบางส่วนแล้ว ดำเนินการพิจารณาไปโดยไม่เปิดเผยหรือห้ามมิให้ออกโฆษณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ต่าง ๆ ใน คดีนั้นได้

4.4.5 การเสนอความเห็นในการวินิจฉัยคดีโดยตุลาการผู้แถลงคดี

มาตรา 58 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี ปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติให้อธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือประธานศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีจากตุลาการศาลปกครองคนหนึ่งคนใดที่มีชื่อตุลาการในองค์คณะพิจารณาพิพากษา คดีนั้นโดยอาจแต่งตั้งตุลาการผู้แถลงคดีในศาลปกครองสูงสุดจากตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็ได้

ก่อนวันนั่งพิจารณาคดี มาตรา 58 วรรคแรกแห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้ ตุลาการ เจ้าของสำนวนส่งมอบสำนวนคดีให้ตุลาการผู้แถลงคดีพิจารณาและให้ตุลาการผู้แถลงคดีจัดทำสรุป ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของตนในการวินิจฉัยคดีนั้นเสนอต่อองค์คณะพิจารณา พิพากษา และให้มาชี้แจงด้วยวาจาต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาในวันนั่งพิจารณาคดีนั้น และให้มี สิทธิอยู่ร่วมในการพิจารณาและในการประชุมปรึกษาเพื่อพิพากษาคดีนั้นได้ แต่ไม่มีสิทธิออกเสียง ในการวินิจฉัยคดีนั้น โดยในการนั่งพิจารณาคดีใด ถ้าตุลาการผู้แถลงคดีเห็นว่าข้อเท็จจริงในการ พิจารณาคดีเปลี่ยนแปลงไป ให้ตุลาการผู้แถลงคดีจัดทำสรุปข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็น ของตนขึ้นใหม่เสนอต่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาเพื่อพิจารณาต่อไป

4.5 คำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อชี้ขาดคดีปกครอง

เมื่อเสร็จสิ้นกระบวนการพิจารณาคดีปกครองแล้ว ศาลปกครองจะต้องทำคำพิพากษา หรือคำสั่งเพื่อชี้ขาดคดีปกครอง

4.5.1 การทำคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อชี้ขาดคดีปกครอง มาตรา 67 แห่งพระราช บัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่าการทำคำพิพากษาหรือ คำสั่งของศาลปกครองถ้าจะต้องกระทำโดยตุลาการศาลปกครองหลายคน คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

จะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก ส่วนในกรณีที่เกิดลาการในศาลปกครองผู้ใดมีความเห็นแย้งให้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

4.5.2 ผลของคำพิพากษาหรือคำสั่งเพื่อชี้ขาดคดีปกครอง เป็นไปตามที่กำหนดในมาตรา 72 แห่งกฎหมายดังกล่าวคือ

ในการพิพากษาคดี เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรค 1 และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง ประกอบกัน ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดได้เป็น 6 ประเภทด้วยกัน คือ

(1) คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่งดังกล่าว หรือคดี ที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการอื่นใดนอกจากการออกกฎหรือคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้ศาลปกครองสั่งห้ามการกระทำดังกล่าว

(2) คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติตามหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด

(3) คดีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดหรือมีควา มริบผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร และขอให้ศาลปกครองพิพากษาสั่งให้มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และขอให้ศาลปกครองสั่งให้มีการให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคล ลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด และขอให้ศาลปกครองสั่งให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ในการมีคำบังคับตามข้อ (1) ข้างต้น ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ส่วนในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎ ให้มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษา และให้การประกาศดังกล่าวมีผลเป็นการเพิกถอนกฎนั้น

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับเพื่อสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย หรือในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้ผู้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินตามคำพิพากษา ถ้าผู้นั้นไม่ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินศาลปกครองอาจมีคำสั่งให้มีการบังคับคดีแก่ทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีคำสั่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้ง หมดหรือแต่บางส่วนตามส่วนของการชนะคดี

4.5.3 การอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองหรือการขอให้พิจารณาใหม่เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยการคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่น อุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด หากศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าอุทธรณ์ใดมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัย ศาลปกครองสูงสุดจะสั่งไม่รับอุทธรณ์นั้นไว้พิจารณาก็ได้ คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดให้เป็นที่ที่สุด

แต่ถ้าหากมีคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นที่ที่สุดของศาลปกครองต่างชั้นกันในประเด็นแห่งคดีอย่างเดียวกันหรือขัดแย้งกัน มาตรา 75 แห่งกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติให้ถือตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ถ้าคำพิพากษาหรือคำสั่งอันเป็นที่ที่สุดของศาลปกครองชั้นต้นด้วยกันมีการขัดหรือแย้งกันในประเด็นแห่งคดีอย่างเดียวกัน คู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียจะยื่นคำร้องขอต่อศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้มีคำสั่งกำหนดว่าจะให้ถือตามคำพิพากษาหรือคำสั่งใด คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดเช่นว่านี้ให้เป็นที่ที่สุด

4.6 เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อห้ามในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

เงื่อนไขเกี่ยวกับข้อห้ามในการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง มี 4 กรณี ศาลปกครองจะไม่รับฟ้องไว้พิจารณา

- (1) ฟ็องซัว
- (2) ฟ็องซ็อน
- (3) คำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ
- (4) การห้ามฟ็องเจ้าหน้าที่ทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

คดีแถลงการณ์ร่วม ไทย – กัมพูชา เรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทวิหารเป็นมรดกโลก

ปราสาทพระวิหาร เป็นปราสาทหินที่ตั้งอยู่บนผาเขาที่ยื่นล้ำเข้าไปเหนือแผ่นดินที่ราบต่ำบริเวณเทือกเขาพนมดงรัก ในพื้นที่ทับซ้อนชายแดนไทย - กัมพูชา ระหว่างอำเภอจอมกระสานต์ จังหวัดพระวิหาร ของประเทศกัมพูชา และอำเภอกันทรลักษ์ จังหวัดศรีสะเกษ ของประเทศไทย

เมื่อ พ.ศ.2442 พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าชุมพลสมโภช กรมหลวงสรรพสิทธิประสงค์ พระราชโอรสองค์ที่ 11 ในพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ขณะทรงได้รับแต่งตั้งให้เป็นข้าหลวงต่างประเทศเสด็จไปรับราชการที่มณฑลลาวกาว ในสมัยรัชกาลที่ 5 เสด็จไปยังปราสาทแห่งนี้ ได้ทรงจารึกปรีดนมโกสินทร์ศกที่พบเป็นเลขไทย ตามด้วยพระนามไว้ที่บริเวณชะง่อนผาเปียตาคือเป็นข้อความว่า “118 สรรพสิทธิ” และทรงขนานนามว่า “ปราสาทพรหมวิหาร” ซึ่งต่อมาเรียกกันทั่วไปว่า “ปราสาทพระวิหาร” นับเป็นปราสาทขอมที่สำคัญแห่งหนึ่ง ทั้งในแง่ประวัติศาสตร์การก่อสร้าง เทวสถานของฮินดู ประวัติศาสตร์การเรียกร้องเขาพระวิหาร และยังเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญทั้งของไทยและกัมพูชาด้วย

ในอดีตเมื่อประเทศฝรั่งเศสเข้าครอบครองอินโดจีนได้ทำสนธิสัญญา พ.ศ.2447 ในการปักปันเขตแดนกับราชอาณาจักรสยาม โดยมีความตามมาตรา 1 ของสนธิสัญญา ระบุให้ใช้สันปันน้ำเป็นเส้นแบ่งพรมแดน ซึ่งมีผลให้ปราสาทพระวิหารอยู่ในดินแดนไทย ต่อมาในปี พ.ศ.2451 ฝรั่งเศสได้จัดทำแผนที่ฝ่ายเดียวส่งมอบให้ไทย จำนวน 50 ชุด แต่ละชุดมี 11 แผ่นและมีแผ่นหนึ่งคือ “แผ่นดงรัก” ที่ครอบคลุมพื้นที่ปราสาทพระวิหาร โดยมีได้ยึดแนวสันปันน้ำเป็นเกณฑ์แผนที่นี้ต่อมาเรียกว่า “แผนที่ผนวก 1” (Annex I map) ทำให้ปราสาทพระวิหารในแผนที่อยู่ในดินแดนของกัมพูชา โดยที่รัฐบาลไทยในขณะนั้นไม่ได้รับรองหรือแสดงการยอมรับแต่ก็มีได้ คัดค้านแผนที่นั้นภายในเวลาอันสมควรหรือทักท้วงความถูกต้องของแผนที่ดังกล่าว

ต่อมา มีการประชุมคณะกรรมการที่กรุงเทพฯ ในปี พ.ศ.2452 โดยใช้แผนที่ผนวก 1 (Annex I map) นี้เป็นหลักก็ไม่มีผู้คัดค้านจนปี พ.ศ.2468 มีการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างไทย - ฝรั่งเศส โดยมีการอ้างอิงถึงเขตแดนดังกล่าว และในการเจรจาสนธิสัญญาระหว่างไทย - ฝรั่งเศส ณ กรุงวอชิงตัน เมื่อปี พ.ศ.2490 รัฐบาลไทยไม่ได้ประท้วงประเด็นดังกล่าว นอกจากนี้ในปี พ.ศ.2473 สมเด็จพระ

พระยาดำรงราชานุภาพได้เสด็จไปเขาพระวิหาร โดยมีผู้สำเร็จราชการฝรั่งเศสรับเสด็จในฐานะทรงเยือนจังหวัดหนึ่งของกัมพูชาและในระหว่าง พ.ศ.2477 - 2478 มีการสำรวจพบว่ามีความแตกต่างระหว่างเส้นพรมแดนในแผนที่และแนวสันปันน้ำจริงและมีการทำแผนที่อื่นๆ ซึ่งแสดงว่าปราสาทดังกล่าวอยู่ในประเทศไทย แต่ประเทศไทยก็ยังคงใช้และจัดพิมพ์แผนที่ที่แสดงว่า พระวิหารตั้งอยู่ในกัมพูชาต่อไป

ต่อมาในปี พ.ศ.2483 ประเทศฝรั่งเศสแพ้สงครามต่อประเทศเยอรมนี ทำให้แสนยานุภาพทางทหารลดลง จอมพล ป. พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้ยื่นข้อเสนอเรียกร้องดินแดนที่เสียไปในสมัยรัชกาลที่ 5 คืนจากฝรั่งเศส ซึ่งฝรั่งเศส ปฏิเสธและมีการเคลื่อนไหวทางทหาร ที่ทำให้เกิดสงครามพิพาทอินโดจีนระหว่างไทยกับฝรั่งเศสขึ้น ในปี พ.ศ.2484 ประเทศไทยได้รับชัยชนะในการรบตลอด 22 วัน กระทั่งประเทศญี่ปุ่นที่เป็นมหาอำนาจในขณะนั้นเสนอตัวเป็นตัวกลางไกล่เกลี่ยและฝรั่งเศสได้ตกลงคืนจังหวัดไชยบุรี จำปาศักดิ์ เขียมราฐ และพระตะบอง ให้กับไทยตามอนุสัญญาโตเกียว ทำให้ปราสาทพระวิหารกลับมาอยู่ในดินแดนไทยอย่างสมบูรณ์ ต่อมาเกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐบาลไทยประกาศเป็นพันธมิตรกับญี่ปุ่นประกาศสงครามกับฝ่ายสัมพันธมิตร และต่อมาญี่ปุ่นเป็นฝ่ายแพ้สงคราม ประเทศไทยต้องรักษาสถานะตัวเองไม่ให้กลายเป็นฝ่ายแพ้สงครามตามญี่ปุ่นและต้องการเข้าเป็นสมาชิกสหประชาชาติ จึงตกลงคืนดินแดน 4 จังหวัดให้ฝรั่งเศส ทำให้ปราสาทพระวิหารกลับไปอยู่บริเวณชายแดนไทย - กัมพูชา ในปี พ.ศ.2497 ฝรั่งเศสแพ้สงครามต่อเวียดนามที่ เดียนเบียนฟู ต้องถอนทหารออกจากอินโดจีน ประเทศกัมพูชาได้รับเอกราชตามสนธิสัญญาเจนีวา และไทยได้ส่งทหารเข้าไปรักษาการบริเวณปราสาทพระวิหารอีกครั้ง

ภายหลังกัมพูชา ได้รับเอกราช เจ้าัน โรดเมสสิหนู กษัตริย์กัมพูชาสละราชสมบัติเข้าสู่การเมืองได้ดำรงตำแหน่งเป็นนายกรัฐมนตรีและประกาศเรียกร้องให้ไทยคืนปราสาทพระวิหารให้กับประเทศกัมพูชาแต่ประเทศไทยไม่ยอมรับ เจ้าัน โรดเมสสิหนู ประกาศตัดความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2501 ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ทั้งไทยและกัมพูชา ถือแผนที่ปักปันเขตแดนตามแนวสันปันน้ำของเทือกเขาพนมดงรัก คนละฉบับ ทำให้เกิดปัญหาพื้นที่ทับซ้อนของทั้งสองฝ่ายในบริเวณที่เป็นที่ตั้งของตัวปราสาท

โดยทั้งฝ่ายกัมพูชาและฝ่ายไทยได้ยินยอมให้มีการพิจารณาปัญหาดังกล่าวขึ้นที่ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ(international court of justice) หรือศาลโลก ณ กรุงเฮก ประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือที่เรียกอย่างไม่เป็นทางการว่า ศาลโลก (world court) ตั้งขึ้นโดยกฎบัตรสหประชาชาติเมื่อ พ.ศ.2489 เป็นองค์กรหลัก ภายใต้องค์การสหประชาชาติ โดยทำหน้าที่สืบเนื่องต่อจากศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ (permanent court of international justice) ที่ยุติบทบาทหน้าที่ไปพร้อมกับองค์การสันนิบาตชาติศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีอำนาจพิจารณาตัดสิน

คดีใดๆ ที่เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศ 2 ประเทศขึ้นไป (contentious case) เช่น ข้อพิพาทเรื่องดินแดนอาณาเขต การละเมิดอำนาจอธิปไตย ปัญหาสิ่งแวดลอมระหว่างประเทศ หรือแม้แตกรณีที่เกี่ยวข้องกับเอกชนที่รัฐเป็นผู้ฟ้องแทน เป็นต้น ทั้งนี้ประเทศที่เกี่ยวข้องจะต้องยินยอมรับอำนาจศาลให้เป็นผู้พิจารณาตัดสินก่อนเท่านั้น ศาลจึงจะมีอำนาจพิจารณาตัดสินคดีนั้นได้

นอกจากนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยังมีอำนาจวินิจฉัยเพื่อให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นปัญหาในทางกฎหมายระหว่างประเทศ (Advisory Opinion) ในสามกรณีหลัก คือ กรณีแรกตามที่สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติหรือคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติร้องขอ กรณีที่สองตามที่องค์กรอื่นๆ ได้สหประชาชาติหรือองค์การชำนาญพิเศษแห่งองค์การสหประชาชาติร้องขอ โดยได้รับการอนุมัติจากสมัชชาใหญ่ และกรณีที่สามตามที่ได้มีการให้อำนาจวินิจฉัยปัญหาไว้โดยสนธิสัญญา

ซึ่งเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2502 เจ้าัน โรคมสึหนุได้ฟ้องร้องว่าประเทศไทยรุกล้ำอธิปไตยของประเทศกัมพูชา ขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมีคำสั่ง ดังนี้ “ขอศาลได้โปรดพิพากษาและชี้ขาดไม่ว่าราชอาณาจักรไทยจะมาปรากฏตัวต่อผู้คดีหรือไม่ก็ตามว่า

(1) ราชอาณาจักรไทย มีพันธะที่จะต้องถอนหน่วยทหารที่ได้ส่งไปตั้งประจำ ณ บริเวณสิ่งหักพังของปราสาทพระวิหาร ตั้งแต่ ค.ศ.1954 (พ.ศ.2479)

(2) อำนาจอธิปไตยแห่งดินแดนเหนือปราสาทพระวิหารเป็นของราชอาณาจักรกัมพูชาให้ไทยคืนปราสาทพระวิหาร”

การไต่สวนพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นไปอย่างต่อเนื่องยาวนานถึง 3 ปี มีการนัดพิจารณาสืบพยานทั้งหมด 73 ครั้ง กระทั่งวันที่ 15 มิถุนายน 2505 ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ได้ตัดสินให้ปราสาทพระวิหารเป็นของกัมพูชา ด้วยเสียง 9 ต่อ 3 นอกจากนั้นยังตัดสินด้วยคะแนนเสียง 7 ต่อ 5 ให้ประเทศไทยส่งคืน โบราณวัตถุที่นำออกมาจากปราสาทเขาพระวิหารตั้งแต่ปี พ.ศ.2497 ซึ่งเป็นปีที่ประเทศไทยได้เข้ายึดครองพื้นที่ดังกล่าวไว้กับประเทศกัมพูชา

ในส่วนผู้พิพากษาทั้ง 3 ท่าน ซึ่งตัดสินเห็นด้วยกับประเทศไทย ได้มีความเห็นในประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

นายลูซิโอ มอเรโน กิ นตานา ผู้พิพากษาชาวอาร์เจนตินา ได้กล่าวว่า “...สันปันน้ำไม่ใช่นามธรรมที่คิดขึ้นด้วยสติปัญญา สันปันน้ำเป็นผลอันเกิดขึ้นจากลักษณะของพื้นภูมิประเทศและย่อมเป็นลักษณะของภูมิประเทศอยู่เสมอ สันเขาแนวชะง่อนผา หรือส่วนสูงของพื้นดินเหล่านี้ย่อมจะประกอบกันเป็นเส้นสันปันน้ำธรรมชาติ...”

เซอร์เฟอร์ซี สเปนเดอร์ ผู้พิพากษาชาวออสเตรเลีย ได้กล่าวว่า “...ข้าพเจ้าคิดว่าฝรั่งเศสได้จัดทำแผนที่ขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ของตนเองเป็นสำคัญ...”

เซอร์ เวลลิงตัน ผู้พิพากษาและอดีตนายกรัฐมนตรีชาวจีน ได้กล่าวว่า “...การยอมรับโดยการนิ่งเฉยตามหลักกฎหมายโรมันที่ว่า ใครที่นิ่งจะถูกลือว่า ยินยอม ถ้าเราสามารถพูดได้นั้น ตามความเห็นของข้าพเจ้านำมาใช้ในคดีนี้ได้...”

ท่ามกลางความไม่พอใจของฝ่ายไทย ซึ่งเห็นว่าศาลโลกตัดสินคดีนี้อย่างไม่ยุติธรรม เนื่องจากศาลโลกยึดคดีอยู่บนแผนที่ฉบับเดียว โดยที่ศาลโลกมิได้มีการตรวจสอบสถานที่อย่างจริงจังตามข้อตกลงไทย - ฝรั่งเศส และในวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ.2505 หลังจากศาลโลกตัดสินแล้ว 20 วัน รัฐบาลไทยโดย ดร.ถนัด คอมันตร์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ได้มีหนังสือไปยัง นายอู๋ถั่น เลขาธิการสหประชาชาติในขณะนั้น เพื่อประท้วงคำพิพากษาของศาลโลก และสงวนสิทธิที่ประเทศไทยจะเรียกร้องปราสาทพระวิหารกลับคืนในอนาคต ดังมีข้อความต่อไปนี้

“ข้าพเจ้ารู้สึกเป็นเกียรติที่จะอ้างถึงคดีเกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร ซึ่งได้นำขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยคำร้องเริ่มคดีฝ่ายเดียวของกัมพูชา เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ.1959 (พ.ศ.2502) และซึ่งศาลได้พิพากษา เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ.1962 (พ.ศ.2505) ยอมรับนับถืออธิปไตยของกัมพูชาเหนือซากของปราสาทพระวิหาร

ในแถลงการณ์เป็นทางการลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ.1962 (พ.ศ.2505) รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ได้ประกาศต่อประชาชนแสดงความไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลที่กล่าวข้างต้น โดยมีเหตุผลว่า ตามความเห็นของรัฐบาล คำพิพากษาขัดต่อข้อกำหนดอันชัดเจนของบทที่เกี่ยวข้องของสนธิสัญญา ค.ศ.1904 (พ.ศ.2447) และ ค.ศ.1907 (พ.ศ.2450) และขัดต่อหลักกฎหมายและความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ดีรัฐบาลก็ยังแถลงว่าในฐานะที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติ รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวจะปฏิบัติตามพันธกรณีที่ดินมีอยู่ตามคำพิพากษาดังกล่าว เพื่อปฏิบัติหน้าที่ของตนให้สมบูรณ์ตามข้อ 94 ของกฎบัตร

ข้าพเจ้าใคร่จะแจ้งให้ท่านทราบว่า ในการตัดสินใจที่จะปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดีเกี่ยวกับปราสาทพระวิหารนั้น รัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ประารถนาที่จะตั้งข้อสงวนอันชัดเจนเกี่ยวกับสิทธิใดๆ ที่ประเทศไทยมีหรืออาจมีในอนาคต เพื่อเอาปราสาทพระวิหารกลับคืนมา โดยอาศัยกระบวนการกฎหมายที่มีอยู่หรือที่จะพืงนำมาใช้ได้ ในภายหลัง และตั้งข้อประท้วงต่อคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ตัดสินให้ปราสาทพระวิหารเป็นของกัมพูชา

ฉะนั้น ข้าพเจ้าจึงรู้สึกเป็นเกียรติที่จะแจ้งข้อความข้างต้นให้ท่านทราบ พร้อมกับขอให้ท่านแจ้งข้อความในหนังสือฉบับนี้ ให้สมาชิกทั้งปวงขององค์การนี้ทราบ”

1. การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของกัมพูชา

เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2551 องค์การยูเนสโกประกาศขึ้นทะเบียนตามคำขอของกัมพูชาให้ตัวปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกที่นครควิเบก ประเทศแคนาดาแล้วนั้น โดยการขอขึ้นทะเบียนดังกล่าว มีที่มาจากเมื่อ พ.ศ.2550 ประเทศกัมพูชาได้เสนอต่อองค์การยูเนสโกในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลก สมัยที่ 31 ณ เมืองโครสเชิร์ช ประเทศนิวซีแลนด์ ให้ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก แต่มีปัญหาว่าประเทศไทยเห็นว่าแผนที่ที่ประเทศกัมพูชาแนบท้ายว่าเป็นอาณาบริเวณของปราสาทพระวิหารนั้นได้ขีดเส้นเขตแดนล้ำเข้ามาในบริเวณทางทิศเหนือและทิศตะวันตกของปราสาท ซึ่งเป็นพื้นที่ทับซ้อนและได้ขีดเส้นเขตแดนประเทศล้ำเข้ามาในฝั่งไทย เมื่อเห็นดังนั้นกระทรวงต่างประเทศจึงหารือกับทางกัมพูชา เพื่อให้ร่วมกับฝ่ายไทยจดทะเบียนโบราณสถานอื่นในเขตไทยและพระวิหารของกัมพูชาเป็นมรดกโลกร่วมกันในทีเดียว เพื่อความสมบูรณ์ของบริเวณพระวิหาร โดยอ้างว่า “เพราะโบราณสถานที่เกี่ยวข้องและองค์ประกอบสำคัญทางประวัติศาสตร์ต่างๆ รวมถึงทางขึ้นสู่เขาพระวิหารอยู่ฝั่งประเทศไทย ” และให้กัมพูชาเปลี่ยนแผนที่ให้ไม่ล้ำเข้ามาในเขตไทยและพื้นที่ทับซ้อน และได้ขอให้ที่ประชุมคณะกรรมการมรดกโลก สมัยที่ 31 เลื่อนการพิจารณาขึ้นทะเบียนของกัมพูชาออกไป

ต่อมาเดือนมกราคม พ.ศ.2551 สภาสภาโหมของไทยมีมติประท้วงกัมพูชาในกรณีเสนอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกแต่เพียงลำพังและกล่าวหาว่ากัมพูชาสร้างหลักฐานทางประวัติศาสตร์ที่เป็นเท็จ ทั้งนี้ฝ่ายกองทัพได้แสดงท่าทีวิตกว่าอาจเกิดความรุนแรงในบริเวณชายแดนได้ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม 2551 นายพลต ปัทมะ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศของไทย ได้หารือร่วมกับนายสก อาน ที่เกาะกง ประเทศกัมพูชา โดยฝ่ายกัมพูชาตกลงที่จะเปลี่ยนแผนที่ที่แนบในเอกสารคำขอขึ้นทะเบียนมรดกโลก โดยจดทะเบียนเฉพาะตัวปราสาทพระวิหารเท่านั้น ซึ่งตัวปราสาทพระวิหารนี้ศาลโลกได้พิพากษา พ.ศ.2505 แล้วว่าเป็นของกัมพูชา ทางกัมพูชาจึงส่งแผนผังที่ปรับแก้ไขใหม่มาให้ฝั่งไทย

เมื่อวันที่ 5 มิถุนายน 2551 กรมแผนที่ทหารได้ตรวจสอบว่าแผนที่ใหม่ที่ส่งมานั้น ไม่มีการล้ำเข้ามาในเขตไทย สภาความมั่นคงแห่งชาติจึงได้พิจารณาเห็นชอบ และคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้ความเห็นชอบต่อร่างคำแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ไทย – กัมพูชา เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551

2. ร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ไทย – กัมพูชา

ภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้ความเห็นชอบต่อร่างคำแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ไทย – กัมพูชา นายพลต ปัทมะ ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศได้ลงนามคำแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ไทย – กัมพูชา เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ซึ่งแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีสาระสำคัญดังนี้

ข้อ 1. ราชอาณาจักรไทยสนับสนุนการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร ในบัญชีมรดกโลก ซึ่งเสนอโดยรัฐบาลกัมพูชาตามที่จะได้มีขึ้นในการประชุมสมัยที่ 32 ของคณะกรรมการมรดกโลก (ที่นครควิเบก ประเทศแคนาดา ในเดือนกรกฎาคม ค.ศ.2008) เขตรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหาร ปราบกฏตามที่ระบุไว้ใน บริเวณ N.1 ในแผนที่ที่แนบ ท้ายที่จัดทำขึ้นโดยรัฐบาลกัมพูชาแผนที่ ดังกล่าวให้รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ในด้านทิศตะวันออกและด้านทิศใต้ของปราสาทตามที่ ระบุไว้ตามเครื่องหมาย N.2 ด้วย

ข้อ 2. ในบรรยากาศแห่งความปรารถนาดีและประนีประนอมต่อกัน ราชอาณาจักรกัมพูชา ยอมรับให้ปราสาทพระวิหาร ระบุเสนอเพื่อขึ้นทะเบียนในบัญชีมรดกโลก โดยขั้นตอนนี้ยังไม่ให้ รวมถึงพื้นที่กันชน (buffer zone) ตามพื้นที่ด้านทิศเหนือและทิศตะวันตกของปราสาท

ข้อ 3. แผนที่แนบท้ายตามที่ระบุในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้ใช้แทนแผนที่เดิมที่เกี่ยวกับและ รวมถึง “Schema Directeur pour la Zonage de Preah Vihear” และรวมถึงผังหรือแผนแบบอ้างอิง ทั้งเท่าที่ระบุถึงเขตพื้นที่สำคัญ (core zone) และเขตอื่นๆ (zonage) เขตพื้นที่อื่นของปราสาทพระ วิหารที่ปรากฏในคำร้องขอขึ้นทะเบียนของประเทศกัมพูชา

ข้อ 4. ในระหว่างรอผลปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วมกำหนด เขตแดน (JBC) เพื่อ กำหนดอาณาเขตเกี่ยวกับพื้นที่รอบปราสาทด้านทิศเหนือและทิศตะวันตก รอบปราสาทพระวิหาร ซึ่งระบุโดยเครื่องหมาย N.3 ไว้ในแผนที่ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้มีการจัดเตรียมแผนการ จัดการพื้นที่ดังกล่าวโดยวิธีการประสานกันระหว่างรัฐบาลกัมพูชา และรัฐบาลไทยอย่างสอดคล้อง กับมาตรฐานระหว่างประเทศ ด้านการอนุรักษ์ เพื่อที่จะชี้แจงไว้ซึ่งคุณค่าที่โดดเด่นเป็นสากลของ ทรัพย์สินนี้ แผนการจัดการดังกล่าวจะถูกรวมเข้าไว้ในแผนจัดการสุดท้ายสำหรับปราสาทและพื้นที่ รอบๆ ปราสาทนั้น ซึ่งจะต้องนำเสนอต่อศูนย์กลางมรดกโลกก่อนวันที่ 1 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2010 เพื่อ นำเข้าพิจารณาของคณะกรรมการมรดกโลกในการประชุมครั้งที่ 34 ในปี ค.ศ.2010

ข้อ 5. การขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก จะเป็นไปโดยไม่กระทบ กระเทือนต่อสิทธิของราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ในการกำหนดเส้นเขตแดนของ คณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศ

ข้อ 6. ราชอาณาจักรกัมพูชาและราชอาณาจักรไทย ขอแสดงความขอบคุณอย่างลึกซึ้งต่อ ผู้อำนวยการยูเนสโก ฯพณฯนายโคอิชิโร มัตซุอูระ สำหรับความช่วยเหลือในการอำนวยความสะดวกแก่กระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก

3. คดีขอเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง

3.1 คำฟ้องในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง

เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2551 นายสุวัตร อภัยภักดี กับพวกรวม 9 คน ร่วมกันยื่นฟ้องรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (นายณพดล ปัทมะ) เป็นผู้ถูกฟ้องที่ 1 และคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ถูกฟ้องที่ 2 ต่อศาลปกครองกลาง มีประเด็นคดีโดยสรุปดังนี้

3.1.1 สถานะของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนไทยและเป็นเจ้าของอานาจอธิปไตยของชาติ มีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติตามมาตรา 3 ประกอบมาตรา 71 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้ฟ้องคดีที่ 4 มีภูมิลำเนาอยู่ที่จังหวัดศรีสะเกษ ผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นสมาชิกวุฒิสภาและเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ จากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่แนบท้าย โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ต่อมาวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ลงนามในแถลงการณ์ร่วมเพื่อให้ประเทศกัมพูชาเสนอต่อองค์การยูเนสโกในวันที่ 5 กรกฎาคม 2551

3.1.2 ผลของแถลงการณ์ร่วม ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเห็นว่า แถลงการณ์ร่วมมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่การดำเนินการจะต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งแถลงการณ์ร่วมมีผลดังนี้

(1) แถลงการณ์ร่วม ข้อ 1. มีผลให้ประเทศไทยสละสิทธิในข้อสงวนที่ประเทศไทยจะเรียกร้องเอาปราสาทพระวิหารกลับคืน เนื่องจากกรณีที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิพากษาให้ประเทศกัมพูชามี อธิปไตยเหนือซากของปราสาทพระวิหาร แต่ประเทศไทยได้สงวนสิทธิไว้ และมีผลเป็นการยอมรับว่าปราสาทพระวิหารเป็นของประเทศกัมพูชาอย่างสมบูรณ์ถาวรตลอดไป นอกจากนี้ยังมีผลเป็นการยอมรับพื้นที่กันชน (buffer zone) ทางทิศตะวันออกและทิศใต้ของตัวปราสาทพระวิหารเป็นอานาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชา ซึ่งพื้นที่ดังกล่าวอยู่นอกเหนือคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

(2) หากพิจารณาข้อความในแถลงการณ์ร่วมข้อ 2. โดยรอบคอบ ประเทศกัมพูชาไม่ได้สละสิทธิของความเป็นอานาจอธิปไตยในพื้นที่กันชน (buffer zone) ทางด้านทิศเหนือและด้านทิศตะวันออกของตัวปราสาทพระวิหาร เพราะเป็นเพียงข้อตกลงเพื่อเสนอปราสาทพระวิหารขึ้นทะเบียนในบัญชีมรดกโลกเท่านั้น

(3) แถลงการณ์ร่วม ข้อ 3. มีผลเป็นการเพิ่มน้ำหนักในการยอมรับอานาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชา การแสดงเจตนาสละสิทธิในบรรดาข้อโต้แย้งต่างๆ ของประเทศไทย และประเทศ

ไทยก็ต้องยึดถือแผนที่ตามที่ระบุในย่อหน้าที่ 1 แทนตามแถลงการณ์ร่วมอย่างมีอาจปฏิเสธได้อีกต่อไป

(4) แถลงการณ์ร่วม ข้อ 4. มีผลให้ประเทศไทยยอมรับอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชาในพื้นที่ N.3 ซึ่งเป็นการยอมรับการขยายอาณาเขตของประเทศกัมพูชานอกเหนือไปจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และมีผลทำให้เป็นการยุติการปฏิบัติงานของคณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ตามพื้นที่ N.3 ไปโดยปริยาย และเมื่อประเทศกัมพูชาได้ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารและพื้นที่รอบตัวปราสาทเป็นมรดกโลกแต่ฝ่ายเดียวแล้ว การบริหารจัดการพื้นที่มรดกโลกย่อมเป็นสิทธิของประเทศกัมพูชาแต่ฝ่ายเดียว

(5) หากพิจารณาแถลงการณ์ร่วมข้อ 5. โดยรอบคอบแล้ว ข้อตกลงในแถลงการณ์ร่วมจะเป็นข้อตกลงที่คณะกรรมการร่วมกำหนดเขตแดน (JBC) ของทั้งสองประเทศต้องปฏิบัติตาม

(6) แถลงการณ์ร่วม ข้อ. 6 การแสดงความขอบคุณเป็นมารยาทอันสำคัญที่ต้องแสดงให้เห็นปรากฏอย่างชัดเจน แต่ขณะเดียวกันการระบุชื่อนาย โคอิชิโร มัตซุอูระ ผู้อำนวยการใหญ่องค์การยูเนสโก เป็นการแสดงให้เห็นปรากฏต่อคณะกรรมการมรดกโลกและประชาชนโลกด้วยว่า กระบวนการในการขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก ตามความตกลงของแถลงการณ์ร่วมได้กระทำด้วยน้ำใจแห่งมิตรภาพและความร่วมมือต่อกันที่ต่างจะถือข้อกำหนดตามแถลงการณ์ร่วมเป็นข้อมูลผูกพันของทั้งสองประเทศอย่างมั่นคงต่อหน้าพยาน

3.1.3 อำนาจตามกฎหมายที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองใช้ ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าว เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2545 เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย สร้างภาระให้เกิดแก่ประเทศชาติ แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและปวงชนชาวไทยทุกคน

3.1.4 คำขอให้มีการพิพากษาหรือคำสั่ง ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งดังนี้

(1) เพิกถอนการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เพื่อพิจารณาและมีมติเห็นชอบ

(2) เพิกถอนมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่มีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวโดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ลงนาม

(3) เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551

(4) มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยุติความผูกพันตาม แกลงการณ์ร่วมดังกล่าวต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก

3.1.5 คำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา

การลงนามในแกลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชนอาจสูญเสียดินแดนประเทศไทยโดยไม่อาจแก้ไขกลับคืนสู่สภาพเดิม อีกทั้งหากศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก็ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ เนื่องด้วยเป็นการตรวจสอบตามกระบวนการยุติธรรม และไม่กระทบกระเทือนต่ออาณาเขตดินแดนอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชา รวมทั้งไม่มีผลเป็นการยุติการขอจดทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาแต่หากปล่อยให้กระบวนการดังกล่าวดำเนินการไปอย่างต่อเนื่องแล้ว ต่อมาศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ยกเลิกเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จะก่อให้เกิดความเสียหายมากขึ้นกว่าปัจจุบัน จนไม่อาจแก้ไขเยียวยาได้ในภายหลัง ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจึงขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวไว้ก่อนจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ดังนี้

(1) ให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งระงับการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ทั้งการเสนอเรื่องต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 และการลงนามในแกลงการณ์ร่วมเป็นอันสิ้นสุดเป็นการชั่วคราว

(2) ให้ศาลมีคำสั่งระงับผลมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 วันที่ 17 มิถุนายน 2551 กรณีเห็นชอบแกลงการณ์ร่วม และมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในแกลงการณ์ร่วมเป็นอันสิ้นสุดเป็นการชั่วคราว

(3) ขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการใดๆ อันเป็นการแจ้งการยุติความผูกพันตามแกลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโกไว้เป็นการชั่วคราว

3.2 คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา

เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2551 ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาคำขอกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี แกลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ว่ากระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้ง

สองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วม ต่อผู้ถูกฟ้องคดี ที่ 2 โดยไม่สุจริตใช้อำนาจหน้าที่กระทำการนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่ บิดเบือนข้อเท็จจริง ไม่แสดงสถานะของแถลงการณ์ร่วม ไม่แสดงผลอันผูกพันประเทศ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ประชุมพิจารณาโดยไม่ตรวจสอบข้อมูลอย่างรอบคอบ ใช้ดุลยพินิจไม่เหมาะสมก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและปวงชนชาวไทย เป็นกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติเห็นชอบแถลงการณ์ร่วมและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ซึ่งเป็นการให้ความเห็นชอบในการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย กรณีเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 จึงมีคำสั่งรับคดีนี้ไว้พิจารณา

ประเด็นที่ว่าคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้น เห็นว่าศาลปกครองกลางสามารถทำได้เท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้และโดยไม่ขัดต่อระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 และหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ซึ่งคดีมีมูลรับฟังได้ตามคำฟ้อง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชนซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้รับความเสียหายต่อไป อันเป็นความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลัง อีกทั้งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้ว ก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารงานของรัฐ และยังเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยที่ยังคงสงวนสิทธิโต้แย้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ในคดีประสาทพระวิหารไว้เช่นเดิม จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้

จึงมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา และการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

3.3 อุทธรณ์คำสั่ง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ที่มีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำสั่งบังคับได้ เพราะคดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีเจตนาฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วม การฟ้องคดีจึงเป็นการฟ้องเพื่อแยกรกแข่งอำนาจในการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) เป็นคำฟ้องที่ศาลไม่อาจกำหนดคำสั่งบังคับได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และไม่ถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้เสียหายตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชาฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นการกระทำของรัฐบาล มิใช่กระทำในฐานะเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงไม่มีประเด็นต้องพิจารณาว่าการจัดทำแถลงการณ์ร่วมดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สำหรับขั้นตอนการเสนอแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบ โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามต่อเป็นกระบวนกรอันหนึ่งอันเดียวกันที่ไม่สามารถแยกจากการลงนามแถลงการณ์ร่วม เนื้อหาของแถลงการณ์ร่วมไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด ไม่มีผลต่อการยอมรับหรือมีผลกระทบใดๆ เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตหรืออำนาจอธิปไตยของประเทศไทยและประเทศกัมพูชา การที่ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำเนินนโยบายต่างประเทศ ซึ่งเหตุที่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้ว โดยหลังจากศาลปกครองได้มีคำสั่งดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีหนังสือแจ้งระงับผลการใช้แถลงการณ์ร่วมไปยังฝ่ายกัมพูชาและองค์การยูเนสโกทราบ ต่อมาในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลก สมัยที่ 32 คณะกรรมการมรดกโลกได้พิจารณาโดยรับรองไว้ในข้อมติอย่างชัดเจนว่ามีให้นำแถลงการณ์ร่วมมาใช้ในการพิจารณา ดังนั้น เหตุที่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้ว ไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวอีกต่อไป จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดกลับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้นและยกคำร้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา

3.4 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 คดี แถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา

เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2551 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งกรณีอุทธรณ์คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา คดี แถลงการณ์ร่วมไทย -

กัมพูชา ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้ว คดีนี้มีประเด็นต้องพิจารณา 2 ประเด็น คือ

ประเด็นแรกคดีนี้เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 หรือไม่

ประเด็นที่สองต้องพิจารณาว่า ศาลสมควรมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือ มาตรการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือไม่

สำหรับประเด็นแรก ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545 ผู้ถูกฟ้อง คดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขตดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ญด้วย การกระทำของรัฐบาลดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย ซึ่งการจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนโดยรวมและจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทย อีกทั้งแถลงการณ์ร่วมเข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตประเทศไทยหรือมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทย ในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครอง และรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน รวมถึงแหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ ี่มีอยู่สืบต่อไป หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกลับมิได้มีการจัดให้ข้อมูลแก่ประชาชนเพื่อสามารถเข้าถึงรายละเอียดของแถลงการณ์ร่วม และหากมีการปฏิบัติตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือไม่ อย่างไร รวมทั้งมิได้มีการเสนอเพื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนที่จะลง

นามในแถลงการณ์ร่วม การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส ก่อให้เกิดความสงสัยเคลือบแคลงใจแก่ประชาชนเป็นจำนวนมาก ทั้งที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ จึงมีผลกระทบก่อให้เกิดความขัดแย้งของคนในสังคมและระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดทำแถลงการณ์ร่วม โดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภาและทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นกระทำการอื่นที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กระทบสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญในทางปกครองด้วย ซึ่งมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2552 บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนี้ การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นการกระทำอื่นใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัตินี้ เมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าซึ่งเป็นประชาชนคนไทยเป็นเจ้าของอธิปไตยและเป็นผู้มีสิทธิตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญฟ้องขอให้ศาลปกครองแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และขอให้ศาลเพิกถอนการจัดทำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว รวมทั้งมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวต่อประเทศกัมพูชา และองค์การยูเนสโก จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นประชาชนคนไทย มีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของชาติและปฏิบัติตามกฎหมาย การจัดทำแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่ก่อกวนต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชน โดยรวมการฟ้องคดีของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้ามีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาผลประโยชน์ของชาติ ปกป้องอาณาเขตดินแดน อำนาจอธิปไตยของประเทศไทย ซึ่งรวมทั้งสิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีผลกระทบและก่อให้เกิดผลผูกพันต่อประชาชน ดังนั้น จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือ

เสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ส่วนประเด็นที่สอง ศาลปกครองสูงสุดได้พิเคราะห์กฎหมาย ข้อเท็จจริง และเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งได้พิจารณามาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย ซึ่งข้อ 75 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 กำหนดให้ ผู้ฟ้องคดีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา หรือคู่กรณีอาจยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดวิธีการเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้ขอในระหว่างการพิจารณาหรือเพื่อบังคับตามคำพิพากษาได้ และข้อ 77 แห่งระเบียบดังกล่าว กำหนดให้นำความในลักษณะ 1 ของภาค 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอ เงื่อนไขในการออกคำสั่งของศาลและผลของคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยอนุโลมเท่าที่สภาพของเรื่องจะเปิดช่องให้กระทำได้โดยไม่ขัดต่อระเบียบนี้ และหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ดังนั้น การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา คำฟ้องจะต้องมี มูลและเหตุผลเพียงพอที่จะนำมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองตามที่ขอนั้นมาใช้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีตั้งใจกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งการกระทำที่ถูกฟ้องร้อง หรือผู้ฟ้องคดีจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี หรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดตามที่ศาลเห็นเป็นการยุติธรรมและสมควร ทั้งนี้ โดยต้องคำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย คดีนี้เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศคดีปราสาทพระวิหาร ซึ่งเห็นว่าปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในอาณาเขตภายใต้อธิปไตยของประเทศกัมพูชา แต่คำพิพากษาดังกล่าว มิได้ระบุเขตแดนระหว่างปราสาทพระวิหารกับเขตแดนไทยอย่างชัดเจน แม้ว่าคณะรัฐมนตรีในขณะนั้นได้มีมติเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2505 กำหนดบริเวณปราสาทพระวิหารเป็นรูปสี่เหลี่ยม

ผืนผ้าครอบปราสาทพระวิหาร มีแนวเขตจากปีกขวาของตัวปราสาทพระวิหารตั้งแต่ช่องบันไดหัก (ช่องบันไดหักอยู่ภายในบริเวณปราสาทพระวิหาร) แล้วลากเส้นตรงผ่านซัดบันไดนาครตรงไปจนถึงตัวปราสาทแล้วลากเส้นตรงขนานกับตัวปราสาทพระวิหารไปสุดที่หน้าผาชั้นด้านหลังปราสาทพระวิหาร จะเป็นเนื้อที่ ปราสาทพระวิหารประมาณเศษหนึ่งส่วนสี่ตารางกิโลเมตร แต่ก็เป็น การกำหนดบริเวณปราสาทพระวิหารโดยประเทศไทยฝ่ายเดียว อีกทั้งพยานได้ให้ถ้อยคำยืนยันว่า ประเทศไทยได้จัดทำป้ายแสดงเขตและรั้วลวดหนามตามมติคณะรัฐมนตรีในขณะนั้นแต่เพียงฝ่ายเดียว การปักปันเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา มีคณะกรรมการร่วมชายแดน ไทย - กัมพูชา ที่จัดตั้งขึ้นตามบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศไทยและประเทศกัมพูชา พ.ศ.2543 โดยดำเนินการภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส ปี ค .ศ. 1904 และปี ค.ศ. 1907 รวมความยาวพื้นที่ชายแดนประเทศไทย ที่ติดต่อกับประเทศกัมพูชา 798 กิโลเมตรที่ยังเจรจาปักปันเขตแดนยังไม่สำเร็จ ซึ่งรวมทั้งเขตแดนในบริเวณปราสาทพระวิหารด้วย จึงเชื่อว่ายังไม่มี การปักปันเขตแดนระหว่างประเทศไทยและประเทศกัมพูชาในบริเวณเขตแดนปราสาทพระวิหารโดย คณะกรรมการร่วมชายแดนไทย - กัมพูชา ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประเทศทั้งสองแต่ประการใด อีกทั้งเมื่อพิจารณาแถลงการณ์ร่วมในข้อ 1 ที่ระบุว่า “ราชอาณาจักรไทยสนับสนุนการขึ้นทะเบียน ปราสาทพระวิหารในบัญชีมรดกโลก ซึ่งเสนอ โดยรัฐบาลกัมพูชาตามที่จะได้มีขึ้นในการประชุม สมัยที่ 32 ของคณะกรรมการมรดกโลก (ที่นครควิเบก ประเทศแคนาดา ในเดือนกรกฎาคม ค .ศ. 2008) เขตครอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ ณ บริเวณ N.1...” ซึ่งปรากฏว่าในแผนที่แนบท้ายแถลงการณ์ร่วมที่ประเทศกัมพูชาเป็นผู้จัดทำขึ้นมีการกำหนดเขตครอบพื้นที่ปราสาทพระวิหารอย่างชัดเจน โดยระบุในแผนที่ว่าเป็นพื้นที่ N.1 แม้พื้นที่ดังกล่าวจะมีบริเวณจำนวนน้อยกว่าบริเวณปราสาทพระวิหารตามมติคณะรัฐมนตรีในขณะนั้น เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2505 ก็ตาม อาจถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับเขตแดนรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารปรากฏตามที่ระบุไว้ ณ บริเวณ N.1 โดยปริยาย นอกจากนี้แถลงการณ์ร่วมในข้อ 4. ที่ระบุว่า “...เครื่องหมาย N.3 ไว้ในแผนที่ที่กล่าวถึงในย่อหน้าที่ 1 ข้างต้น ให้มีการจัดเตรียมแผนการจัดการพื้นที่ดังกล่าวโดยวิธีการประสานกันระหว่างรัฐบาลกัมพูชาและรัฐบาลไทยอย่างสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ด้านการอนุรักษ์ เพื่อที่จะธำรงไว้ซึ่งคุณค่าที่โดดเด่นเป็นสากลของทรัพย์สินนี้ แผนการจัดการดังกล่าวจะถูกรวมเข้าไว้ในแผนจัดการสุดท้ายสำหรับปราสาทและพื้นที่รอบๆ ปราสาทนั้น ...” ข้อตกลงในลักษณะดังกล่าวอาจมีผลผูกพันประเทศไทยและอาจทำลายน้ำหนักในการอ้างอิงเขตแดนที่ประเทศไทยยึดถือสันปันน้ำเป็นเส้นแบ่งเขตแดนมาโดยตลอด ดังนั้น คดีจึงมีมูลรับฟังได้ตามคำฟ้อง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชนซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าได้รับความเสียหายต่อไป อันเป็นความเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขใน

ภายหลัง อีกทั้งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาแล้ว ก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารงานของรัฐ จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้

ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 อุทธรณ์ว่า เหตุที่จะขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวได้หมดสิ้นไปแล้ว นั้น เห็นว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าได้มีหนังสือแจ้งระงับผลการใช้แถลงการณ์ร่วมไปยังฝ่ายกัมพูชา และองค์การยูเนสโกทราบ ซึ่งต่อมาในการประชุมคณะกรรมการมรดกโลก สมัยที่ 32 ที่เมืองคิวเบก ประเทศแคนาดา จะมิได้นำแถลงการณ์ร่วมมาใช้ในการพิจารณาตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกล่าวอ้างก็ตาม แต่กรณีที่คณะกรรมการมรดกโลกกระทำเช่นนั้นก็ยิ่งแสดงให้เห็นว่าแถลงการณ์ร่วมที่จัดทำขึ้นมิได้มีความจำเป็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องกระทำขึ้น อันเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาสู่ศาล แต่แถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 หากยังคงให้มีสภาพบังคับตามข้อความที่ปรากฏในแถลงการณ์ร่วมนั้นต่อไป แม้มิได้ปรากฏอย่างชัดเจนว่าเป็นหนังสือสัญญาที่มีการเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่อาณาเขตของประเทศไทย เมื่อพิจารณาแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวประกอบกับแผนที่หรือแผนผังแนบท้าย ซึ่งจัดทำขึ้นโดยประเทศกัมพูชาแต่เพียงฝ่ายเดียว อันประกอบเป็นส่วนหนึ่งของแถลงการณ์ร่วมแล้ว ในแผนที่ได้อ้างถึงพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 โดยไม่มีการกำหนดเขตของพื้นที่ N.1 N.2 และ N.3 ไว้อย่างชัดเจนว่า มีบริเวณครอบคลุมส่วนใดของประเทศไทย เป็นจำนวนเนื้อที่เท่าใด ซึ่งเป็นการสุมเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่องอาณาเขตของประเทศไทย อันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศต่อไปภายหน้าได้ อีกทั้งแถลงการณ์ร่วมอาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันในด้านความคิดเห็นของคนในสังคม และอาจก่อให้เกิดวิกฤตต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา อันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง แถลงการณ์ร่วมจึงเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศไทย เมื่อแถลงการณ์ร่วมยังคงมีผลผูกพันอยู่ โดยยังมีได้ถูกยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น หากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใดๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่เห็นชอบกับแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ก็จะมีผลเสียหายและมีผลกระทบต่อประเทศชาติโดยรวมและสิทธิของประชาชนได้ จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ต่อไปจนกว่าจะมีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น อันจะเป็นประโยชน์ต่อความมั่นคงของประเทศและประชาชนโดยรวม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่า เหตุที่จะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาหมดไปแล้วนั้น มิอาจรับฟังได้ คำสั่งกำหนดมาตรการ

หรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ชอบแล้ว จึงมีคำสั่งยื่นตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

3.5 คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 คดีหมายเลขแดงที่ 2046/2552

เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2552 ศาลปกครองได้โปรดมีคำพิพากษาในคดีฟ้องขอเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี แลกเปลี่ยนร่วมไทย – กัมพูชา ในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 คดีหมายเลขแดงที่ 2046/2552

โดยศาลปกครองได้พิจารณาแล้วได้กำหนดคดีมีประเด็นต้องพิจารณา 2 ประเด็น คือ ประเด็นแรก คดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่

ศาลปกครองได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง กรณีจึงเป็นที่สุด ตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอ้างว่าการจัดทำแลกเปลี่ยนร่วมฯ เป็นการกระทำของรัฐบาล ในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในทางการบริหารเพื่อกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิได้อยู่ในบังคับของกฎหมายปกครองก็ดี ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ก็ดี จึงไม่อาจรับฟังได้

ประเด็นที่สอง มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ที่ให้ความเห็นชอบร่างแลกเปลี่ยนร่วมฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายนพดล ปัทมะ) ลงนามในแลกเปลี่ยนร่วมฯ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

คดีมีประเด็นต้องวินิจฉัยเบื้องต้นว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ให้ความเห็นชอบร่างแลกเปลี่ยนร่วมฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในแลกเปลี่ยนร่วมฯ ดำเนินการโดยถูกต้องตามขั้นตอนและวิธีการตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ คดีนี้เกี่ยวเนื่องคดีพิพาทแลกเปลี่ยนร่วมไทย – กัมพูชา ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยชี้ขาดว่าแลกเปลี่ยนร่วมฯ เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรค 2 ดังนั้นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าแลกเปลี่ยนร่วมฯ เป็นหนังสือสัญญาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะต้องทำการให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนจะลงนามในสัญญาดังกล่าว การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามแลกเปลี่ยนร่วมฯ โดยไม่จัดให้มีการให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน จึงทำให้การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้ความเห็นชอบร่างแลกเปลี่ยนร่วมฯ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามใน

แถลงการณ์ร่วมฯ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบตามขั้นตอนและวิธีการตามที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 190 วรรค 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คดีมีประเด็นต้องวินิจฉัยต่อไปว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเห็นชอบ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเบื้องต้นว่า เส้นเขตแดนไทยกับประเทศกัมพูชาในบริเวณปราสาทวิหาร คือแนวเส้นเขตแดนใดเมื่อคำพิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ลงความเห็นว่าเป็นปราสาทพระวิหารตั้งอยู่ในเขตอำนาจอธิปไตยของกัมพูชา โดยมีคำพิพากษาเรื่องเขตแดนระหว่างประเทศ คำนึงเส้นเขตแดนไทยกับประเทศกัมพูชาในบริเวณปราสาทวิหาร จึงเป็นไปตามแนวสันปันน้ำตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ.1904 (พ.ศ.2446) คดีมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อไปว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตรวจสอบพื้นที่ที่กำหนดในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ก่อนนำเสนอผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ถูกต้องหรือไม่ ศาลได้วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตรวจสอบพื้นที่ N.1 ที่ปรากฏในแผนที่แนบท้ายแถลงการณ์ร่วมฯ โดยอ้างเขตปราสาทพระวิหารไม่ถูกต้องตามมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม 2505 เป็นเส้นเขตแดนที่ไม่ถูกต้อง อีกทั้งไม่มีการตรวจสอบพื้นที่ N.2 และ N.3 ที่ปรากฏในแผนที่แนบท้ายแถลงการณ์ร่วมฯ อยู่ในอาณาเขตประเทศไทยหรือไม่ เพราะหากมีการลงนามจะทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทย โดยประเทศไทยต้องผูกพันยอมรับอำนาจอธิปไตยของประเทศกัมพูชาในพื้นที่ N.1 และยอมรับสิทธิของประเทศกัมพูชาในพื้นที่ N.2 ที่อยู่ในเขตประเทศไทยในการกำหนดพื้นที่กันชน และพื้นที่ N.3 ที่อยู่ในเขตประเทศไทยเป็นพื้นที่บริหารจัดการร่วมกัน อันมีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของประเทศไทยโดยตรง ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และแผนที่แนบท้ายแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ถูกต้องต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กระทำการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงทำให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย

คดีมีประเด็นต้องวินิจฉัยต่อไปอีกว่า ศาลสมควรเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ต่อไปหรือไม่ เพราะเหตุผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้เพิกถอนมติดังกล่าวแล้วพิเคราะห์แล้วเมื่อพิจารณาหนังสือกระทรวงการต่างประเทศที่ กต 0803/862 ลงวันที่ 20 ตุลาคม 2551 ที่เสนอให้ยกเลิกมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมฯ รวม 3 มติ คือ

(1) มติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2551 เห็นชอบในหลักการแถลงการณ์ร่วมฯ

(2) มติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และแผนที่แนบท้ายและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ

(3) มติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2551 ให้กระทรวงการต่างประเทศแก้ไขถ้อยคำจาก “แผนที่” เป็น “แผนผัง” ในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และแผนที่แนบท้าย

โดยอ้างว่าร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ไม่ได้ไปใช้ตามวัตถุประสงค์เนื่องจากองค์การยูเนสโกได้ดำเนินการขึ้นทะเบียนปราสาทวิหารเป็นมรดก โลกแล้ว โดยมีได้นำร่างแถลงการณ์ร่วมฯ มาประกอบการพิจารณา และฝ่ายประเทศไทยได้แจ้งต่อประเทศกัมพูชาแล้วให้แถลงการณ์ร่วมฯ สิ้นผล และอีกทั้งปัจจุบันคดีปกครองเกี่ยวกับแถลงการณ์ร่วมฯ ยังไม่สิ้นสุด การคงมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ทั้ง 3 มติไว้ไม่น่าเกิดประโยชน์ต่อคดี

ต่อมาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จึงมีมติยกเลิก 3 มติดังกล่าว เห็นได้ว่าสำหรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 27 พฤษภาคม 2551 เห็นชอบในหลักการแถลงการณ์ร่วมฯ นั้น ย่อมผูกพันผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิบัติตามเท่านั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการตามมติดังกล่าวแล้ว ไม่จำเป็นต้องเพิกถอน ส่วนมติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และแผนที่แนบท้ายและให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ย่อมเกิดผลทางกฎหมายทันที แม้การประชุมคณะกรรมการมรดกโลกจะไม่นำไปใช้ แต่มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ย่อมมีผลต่อเนื่องเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ไม่ได้กำหนดเวลายกเลิกไว้จึงต้องถือว่ามติดังกล่าวมีผลบังคับใช้ระหว่าง วันที่ 17 มิถุนายน 2551 ถึงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 โดยที่มตินี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับอาณาเขตและอำนาจอธิปไตยของประเทศไทย จึงเห็นควรเพิกถอน มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ย้อนหลังไปถึงวันที่มีมติ เมื่อศาลเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ย่อมมีผลให้มติผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2551 ให้กระทรวงการต่างประเทศแก้ไขถ้อยคำจาก “แผนที่” เป็น “แผนผัง” ในหนังสือของกระทรวงการต่างประเทศและเอกสารที่เกี่ยวข้องสิ้นผลไป

สำหรับคำขอของผู้ฟ้องคดีให้ศาลเพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2551 และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก เห็นว่าเมื่อศาลวินิจฉัยว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยตามคำขอของผู้ฟ้องคดีในประเด็นนี้

พิพากษาให้เพิกถอน มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่ให้ความเห็นชอบร่างคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา (joint communique) และแผนที่แนบท้ายและที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนามในแถลงการณ์ดังกล่าว ทั้งนี้ให้มีผลตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติ ส่วนคำ

ขออื่นให้ยก และให้คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการ พิพากษา ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2551 มีผลต่อไปจนกว่าคดีจะถึงที่สุด

คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ในคดีหมายเลขดำที่ 628/2550 หมายเลขแดงที่ 504/2550 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)

หลังจากองค์การค้าโลก (WTO: World Trade Organization) ได้ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 1 มกราคม 2538 ได้มีการประชุมเจรจาความตกลงในระดับพหุภาคีหลายครั้งหากแต่ผลการเจรจาล้มไป ไม่มี ความคืบหน้าแต่อย่างใด ทั้งนี้เนื่องมาจากการเจรจาต่อรองที่ประกอบด้วยชาติสมาชิกจำนวนมาก จึงยากแก่การหาข้อยุติลงได้ ดังนั้นประเทศไทยจึงต้องหาทางแก้ไขด้วยการเปิดเจรจาการค้าเสรี (FTA: Free Trade Area) ในระดับทวิภาคีกับประเทศต่างๆ ทั่วโลกเป็นแกตเวย์ (gateway) เปิดประตูให้แก่ สินค้าของประเทศไทยกระจายสู่ตลาดโลกอย่างกว้างขวาง ภายใต้ทฤษฎี Asia Cooperation Dialogue (ACD)

ดังนั้นจึงเกิดความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น หรือ Japan - Thailand Economic Partnership Agreement (JTEPA) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อ เปิดเสรีและอำนวยความสะดวกด้านการค้าสินค้าและบริการ ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของกันและกัน ส่งเสริมให้มีการค้าไร้ กระดาษ อำนวยความสะดวกการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา เสริมสร้างการคุ้มครองทรัพย์สินทาง ปัญญา การแข่งขันที่ยุติธรรมและเสรี จัดตั้งกรอบความร่วมมือสองฝ่าย และส่งเสริมความโปร่งใส ระหว่างไทยกับญี่ปุ่น ขึ้นเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2550 โดยเริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550 ประกอบด้วย 21 สาขา เช่น การค้าสินค้า (trade in goods) กฎว่าด้วยแหล่งกำเนิดสินค้า (rule of origin :RoO) ระบบศุลกากรของญี่ปุ่นและไทย (customs procedures) การค้าไร้กระดาษ (paperless trading) นโยบายการแข่งขันทางการค้า (competition policy) เป็นต้น

ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น หรือ Japan - Thailand Economic Partnership Agreement (JTEPA) ประกอบด้วย

1. การเปิดเสรีสินค้า บริการ และการลงทุนให้แก่กันและกันในระดับที่ต่างฝ่ายต่างพอรับ ได้ โดยมีกลไกแก้ปัญหาหากการเปิดเสรีส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ และสำหรับสินค้า บริการ การลงทุน ที่ฝ่ายใดยังไม่พร้อมในขณะนี้ก็สามารถเปิดเจรจาทบทวน เพิ่มเติมใหม่ได้ในอนาคต

2. ความร่วมมือ รวม 9 สาขา คือเกษตร ป่าไม้และประมง / การศึกษาและการพัฒนา ทรัพยากรมนุษย์ / การสร้างเสริมสภาพแวดล้อมทางธุรกิจ / บริการการเงิน / เทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร (ICT) / วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี พลังงานและสิ่งแวดล้อม / วิสาหกิจขนาดกลางและ ขนาดย่อม (SMEs) / การท่องเที่ยว / การส่งเสริมการค้าและการลงทุน ซึ่งมีเรื่องคร่าวไทยสู่คร่าวโลก

อุตสาหกรรมเหล็ก ยานยนต์ สิ่งทอ และการประหยัคพลังงานเป็นหลัก ความตกลงนี้มีกลไกทบทวน
ในอนาคต หากฝ่ายใดต้องการบอกเลิกก็สามารถทำได้เพียงแค้แจ้งอีกฝ่ายล่วงหน้า 1 ปี

1. คำฟ้องคดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ในคดีหมายเลขดำที่ 628/2550 หมายเลขแดงที่ 504/2550 ของศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง)

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าคือ มูลนิธิข้าวขวัญ ที่ 1 กับพวกรวม 5 คน เป็นโจทก์ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดี
ทั้งห้า คือ กระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 2 รองปลัด
กระทรวงการต่างประเทศ ที่ 3 คณะรัฐมนตรี ที่ 4 และนายกรัฐมนตรี ที่ 5

1.1 สถานะของผู้ฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 4 เป็นองค์กรพัฒนาเอกชนที่ดำเนิน
กิจกรรมในด้านการส่งเสริมพัฒนาคุณภาพชีวิตและปกป้องคุ้มครองสิทธิ ของประชาชน ทั้งที่เป็น
เกษตรกร ผู้ป่วย ผู้บริโภค รวมทั้งปกป้องรักษาทรัพยากรชีวภาพ ทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม
ศึกษาติดตามนโยบายและการกระทำของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่
ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ฟ้องคดีที่ 4 ได้รวมตัวกับประชาชนหลากหลายอาชีพก่อตั้งองค์กรภาคประชาชน
โดยใช้ชื่อว่า กลุ่มศึกษาข้อตกลงเขตการค้าเสรีภาคประชาชน โดยมีผู้ฟ้องคดีที่ 5 เป็นประธานกลุ่ม
มีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบนโยบายและกระบวนการเจรจาตกลงเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศ
ไทยกับประเทศต่างๆ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความ
เดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้า
เกี่ยวกับการเจรจาและลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น

1.2 ข้อกล่าวหาว่ากระทำผิดตามฟ้อง

1.2.1 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 19 ธันวาคม 2549 ให้กระทรวงการต่างประเทศ
ดำเนินการจัดทำประชาพิจารณ์ เรื่อง ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ซึ่งกระทรวงการ
ต่างประเทศ ได้มอบหมายให้ศูนย์วิจัยคณะเศรษฐศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเป็นผู้ดำเนินการ
ทำประชาพิจารณ์ในวันที่ 22 ธันวาคม 2549 ซึ่งห่างจากวันที่คณะรัฐมนตรีมีมติดังกล่าวเพียง 3 วัน
เท่านั้น และในการทำประชาพิจารณ์ผู้จัดทำมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ตาม
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2548 โดยมีได้
ดำเนินการให้มีการเผยแพร่ข้อมูลให้ประชาชนทั่วไปทราบ ตามนัยข้อ 7 ของระเบียบดังกล่าว ทำให้
การจัดทำประชาพิจารณ์ไม่บรรลุเจตนารมณ์ที่มุ่งให้ประชาชนมีความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับ
โครงการของรัฐ อีกทั้งระยะเวลาการจัดก็สั้นมาก แสดงให้เห็นถึงเจตนาของผู้จัดที่ไม่ต้องการให้
เกิดการศึกษาข้อมูล ชักถาม ได้แ ยังก่อนจะนำไปสู่การตรวจสอบ และเมื่อดำเนินการเสร็จแล้วก็

ไม่ได้ประกาศให้ประชาชนทราบ อันเป็นการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี
ข้อเท็จจริงที่ได้จากการทำประชาพิจารณ์ดังกล่าวจึงเป็นข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์

1.2.2 คณะรัฐมนตรี ได้เสนอร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่นต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อเปิดให้มีการอภิปรายโดยไม่ลงมติ ตามมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ จัดให้มีการประชุมเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2550 แต่เป็นการอภิปรายที่มีข้อมูลไม่เพียงพอ และจัดส่งข้อมูลให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อศึกษาทำความเข้าใจล่วงหน้าก่อนการอภิปรายเพียง 2 วัน เท่านั้น ทำให้สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติบางคนรวมทั้งองค์กรต่าง ๆ ทำหนังสือเสนอสภาพปัญหาให้กับขอแก้ไขไม่ทัน การดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพร้อม เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมอย่างแท้จริง

1.2.3 นอกจากนี้ เมื่อพิจารณานโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินของนายกรัฐมนตรีที่แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นข้อสัญญาผูกพันระหว่างคณะรัฐมนตรีกับประชาชน เห็นได้ว่า การดำเนินการเพื่อทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ไม่ได้ยึดถือปฏิบัติตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน การตรวจสอบ การส่งเสริมคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การปกป้องรักษาทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม การปกป้องภัยต่างชาติ การเสริมสร้าง ความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ การที่คณะรัฐมนตรีไม่บริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้และไม่ยึดถือหลักกฎหมาย เป็นการกระทำผิดต่อหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และในการประชุมของคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 ที่ประชุมมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ในวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 อันเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะคณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นให้เสร็จสิ้นเสียก่อน และเนื่องจากการลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น จะมีผลผูกพันระยะยาวต่อการดำเนินชีวิตของประชาชน กระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม ความมั่นคงทางภูมิปัญญาไทย เศรษฐกิจ สังคม อธิปไตยของชาติ คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีไม่อาจใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ ต้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจและเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบจากทุกฝ่าย ซึ่งการลงนามในความตกลงดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน หากใช่เป็นเรื่องนโยบายของรัฐบาลไม่

1.3 ข้ออ้างตามคำฟ้องถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

หากมีการลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่นแล้วจะเกิดความเสียหาย ดังนี้

1.3.1 การลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น จะเป็นการเปิดให้ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และประเทศอุตสาหกรรมอื่นที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก ได้สิทธิคุ้มครองไปพร้อม ๆ กันด้วย ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 5 ของข้อตกลงทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้องค์การการค้าโลก ทำให้ต่างชาติฉวยโอกาสจดสิทธิบัตรจุลินทรีย์ตามธรรมชาติ รวมทั้งนำจุลินทรีย์ที่เกษตรกรใช้ประโยชน์ไปต่อยอดเพื่อพัฒนาไปใช้ประโยชน์ในทางพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมอันเป็นการทำลายรากฐานของการพัฒนาเศรษฐกิจ แบบพอเพียง ทำให้เกษตรกรและธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับพืชที่มีการจดสิทธิบัตรไว้ถูกเรียกเก็บค่าสิทธิบัตร และเนื่องจากจุลินทรีย์มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพ การจดสิทธิบัตรในจุลินทรีย์จึงส่งผลกระทบต่อการวิจัยและการผลิตยาและอาหารด้วย

1.3.2 เกษตรกรจะต้องใช้เมล็ดพันธุ์ราคาแพงเพราะผูกขาดโดยบริษัทต่างชาติ วัฒนธรรมการแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ระหว่างกันจะได้รับผลกระทบ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการกำหนดนโยบายที่จะคุ้มครองเกษตรกรตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 และประเทศสหรัฐอเมริกาประเทศอื่น ๆ จะได้รับสิทธิเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 และมาตรา 5 ของข้อตกลงทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้องค์การการค้าโลก

1.3.3 ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย -ญี่ปุ่น ส่งเสริมให้มีการค้าหรือเปิดเสรีค้าขายขยะและของเสียอันตรายระหว่างประเทศ อันเป็นการขัดกับหลักสากลเรื่องการจัดการของเสีย และจะเปิดโอกาสให้มีการนำขยะและของเสียอันตรายจากประเทศญี่ปุ่นเข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้นและเป็นการนำเข้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของประชาชน

1.3.4 กระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศบังคับใช้สิทธิเกี่ยวกับยา 3 รายการ ซึ่งสามารถประหยัดงบประมาณของแผ่นดินและสามารถช่วยให้ผู้ป่วยเข้าถึงยาได้จำนวนมาก ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่นจะทำให้ผู้ลงทุนของประเทศญี่ปุ่นสามารถเรียกร้องค่าชดเชยโดยใช้กลไกระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการนอกประเทศซึ่งเสี่ยงต่อการสูญเสียประโยชน์ของประเทศชาติ เนื่องจากการพิจารณาโดยบุคคลเพียง 2 – 3 คน และเน้นประโยชน์ทางธุรกิจมากกว่าประโยชน์สาธารณะ อีกทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปจะเรียกร้องให้ประเทศไทยให้ความคุ้มครองเท่ากับที่ให้กับประเทศญี่ปุ่น

ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าตามที่กล่าวอ้างเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นและกระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งผลจากการกระทำดังกล่าวได้สร้างภาระให้เกิดกับผู้ฟ้องคดีและประชาชนเกินสมควร ผู้ฟ้อง คดีได้ทำรายงานโต้แย้งคัดค้าน ร้องเรียน เสนอแนวทางต่อผู้ถูกฟ้องคดีและหน่วยงานต่างๆ แต่ไม่ได้รับความเป็นธรรม

1.4 คำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง

1.4.1 ให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน กรณีการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าจัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนกรณีดังกล่าวใหม่ ตามกระบวนการของกฎหมายอย่างเคร่งครัด

1.4.2 ให้มติของคณะรัฐมนตรี ที่ให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย ญี่ปุ่น เข้าสู่การอภิปรายของสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ดำเนินการไปแล้วเป็นโมฆะ

1.4.3 ให้มติของคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องไปลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ในวันที่ 2 – 4 เมษายน 2550 เป็นโมฆะ และมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ระงับการลงนามดังกล่าว

1.4.4 ให้คณะรัฐมนตรี และนายกรัฐมนตรี ดำเนินการสอบสวนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และรองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีดำเนินการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น

1.4.5 คำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา

ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ ศาลมีคำสั่งให้มติของคณะรัฐมนตรี ที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี ผู้แทนเจรจาและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ที่จะลงนามระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 สิ้นผลเป็นการชั่วคราว และมีคำสั่งระงับการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีผู้แทนเจรจา คณะบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น

2. คำวินิจฉัยศาลปกครองชั้นต้น คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA)

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วย

กฎหมาย หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือคดีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากการละเลย ต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ในเมื่อคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ากล่าวอ้างว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าดำเนินการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย โดยมีได้ดำเนินการประชาสัมพันธ์ให้ถูกต้องตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2548 ไม่ดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 3 พฤศจิกายน 2549 รวมทั้งต่อมาได้มีมติให้นำเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น เข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้ที่เกี่ยวข้องไปลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีวัตถุประสงค์ให้ศาลเพิกถอนกระบวนการเข้าทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในทางกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร อันมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีคำขอให้ศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้ผู้ถูกคณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ดำเนินการสอบสวนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและรองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีดำเนินกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น นั้น คำขอดังกล่าวมิใช่คำขอที่ศาลจะออกบังคับให้ได้ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ เมื่อศาลไม่อาจรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีทั้งห้าที่ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาอีกต่อไป

3. อุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น

(JTEPA)

ต่อมาเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2550 ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ความว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้มุ่งประสงค์ที่จะคัดค้านนโยบายด้านต่างประเทศของผู้ถูกฟ้องคดี แต่ต้องการโต้แย้งคัดค้านการทำประชาพิจารณ์เรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น เนื่องจากไม่ดำเนินการตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ.2548 เมื่อการจัดทำประชาพิจารณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าเป็นการกระทำทางปกครอง หากใช่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใดไม่ คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองและเมื่อพิจารณากระบวนการทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น แยกทีละขั้นตอนจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าขั้นตอนต่าง ๆ สามารถแยกออกจากกันได้แต่ต้องทำไปอย่างต่อเนื่อง หากดำเนินการไม่ครบถ้วนตามขั้นตอนหรือดำเนินการขั้นตอนใดไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ไม่อาจดำเนินการขั้นตอนสุดท้ายคือการลงนามได้ เมื่อการจัดทำประชาพิจารณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าได้ดำเนินการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลให้มติของคณะรัฐมนตรี ที่ได้ดำเนินการนำเรื่องดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และที่ให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่นต่อไปได้ จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย อีกทั้งเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งมีผู้ร้องเรียนระบุชื่อหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งพฤติการณ์แห่งการกระทำดังกล่าวไว้ชัดเจน คณะรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรีย่อมมีอำนาจในการสอบสวนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและรองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลปกครองสูงสุดกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา นอกจากนั้นผู้ฟ้องคดีทั้งห้าเห็นว่านายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจาจะลงนามในความตกลงดังกล่าวที่จะจัดให้มีขึ้นในระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 เมื่อการลงนามดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไข ทั้งการไม่ได้ลงนามก็ไม่ก่อให้เกิดปัญหาใดๆ ในการแข่งขันทางการค้ากับต่างประเทศ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าจึงมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา ระงับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ไว้เป็นการชั่วคราวจนกว่าการพิจารณาคดีจะเสร็จสิ้น

4. คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด คำสั่งคำร้องที่ 178/2550 ของศาลปกครองสูงสุด กรณี คำสั่งคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA)

เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2550 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่ง กรณีคำร้องอุทธรณ์คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คดีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) โดยศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ซึ่งบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดี พิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งบัญญัตินิยาม “หน่วยงานทางปกครอง” ไว้ว่า หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง และนิยาม “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ว่า หมายความว่า (1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และ (3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1) หรือ (2) แล้วเห็นว่า ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งเป็นอำนาจทางปกครองออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือเนื่องมาจากการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้า

เกินสมควร หรือเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แต่ศาลปกครองหาไม่อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับเอกชนหรือระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการต่างๆ หรือเนื่องมาจากการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญละเลยต่อหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวว่าเข้าเกินสมควรไม่

คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญอันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้ เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ โดยอำนาจทางบริหารของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้กระทำการต่างๆ นั้น อาจมีแหล่งที่มาจกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจกรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มี ผลใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ กระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรี ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องไป ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการดังกล่าวหรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการดังกล่าวว่าเข้าเกินสมควรย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐ สภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตามคณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่แต่กระทำในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรี ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหาร

ของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าฟ้องว่า กระบวนการดำเนินการเพื่อลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ชั้นตอนต่างๆ ที่ผู้ ถูกฟ้องคดีทั้งห้าได้กระทำมาแล้ว เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งต่างๆ นั้น แต่เมื่อได้พิจารณาคำฟ้องโดยตลอดแล้วเห็นได้ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีความประสงค์อันแท้จริงที่จะให้ศาลปกครองพิจารณาหรือมีคำสั่งว่าคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 เป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าว เพื่อจะได้เริ่มต้นกระบวนการเกี่ยวกับความตกลงดังกล่าวใหม่เป็นสำคัญ คำขอให้ศาลปกครองกำหนดคำสั่งับประการอื่นเป็นไปเพียงเพื่อให้ความประสงค์ดังกล่าวบรรลุผลเท่านั้น โดยที่ในการมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี และผู้แทนการเจรจารวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2 - 4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรี ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกจากสาร ระบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย

จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และเมื่อมีคำสั่งเช่นนี้แล้วจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาในกรณีฉุกเฉินอีกต่อไป

ความเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับทฤษฎีการกระทำ ของรัฐบาล ต่อคำสั่งศาลปกครองกลาง ในคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย - กัมพูชา คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ของนักวิชาการ ในประเทศไทย

หลังจากที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งรับฟ้องในคดี หมายเลขดำที่ 984/2551 เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2551 คดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย - กัมพูชา เรื่องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย - กัมพูชา เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว เพิก

ถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทย และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของ ไทยยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมต่อประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก และขอให้กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยให้กระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรียุติการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่รับรองการออกแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา สนับสนุนให้กัมพูชาจดทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลก ไปจนกว่าคดีจะเป็นที่สิ้นสุด หรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

ในทางวิชาการได้เกิดการถกเถียง โต้แย้งและให้เหตุผลทางกฎหมาย ที่วงการวิชาการกฎหมายให้ความสนใจ และมีนักกฎหมายจำนวนมากออกมาแสดงความคิดเห็น โดยประเด็นที่เป็นข้อวิพากษ์วิจารณ์ในวงการนิติศาสตร์ คือ ประเด็นเกี่ยวกับปัญหาเรื่อง เขตอำนาจศาล (jurisdiction) ของศาลปกครองว่า ศาลปกครองจะมีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างไร และการกระทำทางรัฐ รัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล (acte de' gouvernement) มีความหมายอย่างไร ซึ่งจะขอหยิบยกความเห็น ของนักวิชาการในประเทศไทยขึ้นพิจารณา โดยแบ่งแยกจากนักวิชาการที่เห็นด้วย และที่ไม่เห็นด้วยต่อคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ดังนี้

1. ความเห็นของนักวิชาการที่ไม่เห็นด้วยต่อคำสั่งศาลปกครอง ในแถลงการณ์ร่วมระหว่างไทย - กัมพูชา

1.1 ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ (ออนไลน์, 2551)

ได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในเรื่องนี้ โดยเริ่มมองจากคณะรัฐมนตรีมีสองสถานะคือ สถานะที่เป็นฝ่ายบริหาร และ สถานะที่เป็นฝ่ายปกครองในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะทำงานในลักษณะที่เป็นองค์กรกลุ่มคือทำงานร่วมกันในฐานะที่เป็นคณะรัฐมนตรี ในขณะที่ในสถานะที่เป็นฝ่ายปกครองนั้น นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีแต่ละคนจะทำงานหรือบริหารงานในลักษณะตัวบุคคลคือต่างคนต่างก็มีกระทรวง ที่ตนเองรับผิดชอบและทำงานดังกล่าวไปตามอำนาจหน้าที่ของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย การทำงานในสถานะที่เป็นฝ่ายบริหารนั้น คณะรัฐมนตรีจะมีมติคณะรัฐมนตรีออกมาเพื่อเป็นแนวทางในดำเนินการต่อไป โดยมีมติคณะรัฐมนตรีมีอยู่ 2 ประเภทหลักๆ คือ

(1) มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการซึ่งมีลักษณะเป็นงานประจำ คณะรัฐมนตรีจะใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ ดังนั้นผลที่เกิดจากการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางปกครอง” (acte administratif) มติคณะรัฐมนตรีประเภทแรกนี้ในทาง ทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุม

และตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองและอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

(2) มติคณะรัฐมนตรีอีกประเภทหนึ่งคือมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจะมีลักษณะเป็นงานนโยบาย มติคณะรัฐมนตรีประเภทหลังนี้ในทางทฤษฎีแล้วจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นพิเศษ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินจึงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็น กฎ ข้อบังคับ หรือกฎหมายแต่อย่างใด และมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกเมื่อไรก็ได้ตามความเหมาะสมของเหตุการณ์ คณะรัฐมนตรีประเภทนี้จึงมีสถานะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement)

ในทางทฤษฎี การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภทคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภากับการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับต่างประเทศ โดยในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองฝรั่งเศสเองเห็นว่าตนเองมีอำนาจเฉพาะการวินิจฉัย “การกระทำทางปกครอง” ส่วน “การกระทำทางรัฐบาล” นั้น เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของรัฐสภา ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วินิจฉัยถึงการกระทำต่างๆ ของรัฐบาลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลมาเป็นเวลานานแล้ว เช่น ในปี ค.ศ.1930 วินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ.1933 วินิจฉัยว่าการประกาศใช้บังคับกฎหมายล่าช้าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ.1989 วินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ.1992 วินิจฉัยว่าการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาล ค.ศ.1992 วินิจฉัยว่าการระงับความร่วมมือกับต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นต้น ซึ่งการกระทำทางรัฐบาลทั้งหมดที่กล่าวไปแล้ว ศาลปกครองฝรั่งเศสได้วินิจฉัยว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาวินิจฉัย

ส่วนประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคณะรัฐมนตรีหลายฉบับก็ไม่พบว่ามีกรแยกการกระทำของรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครอง แม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 11 (2) ถึงอำนาจของศาลปกครองสูงสุดในการพิจารณา “คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี” ก็ไม่มีการแยกประเภทของการกระทำของคณะรัฐมนตรีว่า การกระทำใดบ้างที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณา

แนวความคิดเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” เคยมีการกล่าวถึง เช่น ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์ ในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2528

ในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 40/2528 ว่า “ในระบบสภาแห่งรัฐ (conseil d'etat) จะมีอำนาจตรวจสอบการทำงานของคณะรัฐมนตรีในส่วนที่เกี่ยวกับงานประจำ ไม่ตรวจสอบการทำงาน of คณะรัฐมนตรีเฉพาะในเรื่องที่มีลักษณะเป็นงานนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้เพราะสถาบันรัฐสภาจะควบคุมงานนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามวิถีของระบอบประชาธิปไตยอยู่แล้ว”

ต่อมาในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ว่า “การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาลโดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ” และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า “มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศถือเป็นการกระทำ ทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ” โดยในคำสั่งดังกล่าวได้อธิบายถึง “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล ” ไว้อย่างละเอียดสรุปความได้ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่น ที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ การกระทำไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผลถือได้ว่าคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แต่เมื่อมองคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551 คดีปราสาทพระวิหาร ศาลปกครองเห็นว่าการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้น ทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกต่อคณะรัฐมนตรีและการที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครอง ดังที่ปรากฏในตอนหนึ่งของคำสั่งสรุปความได้ว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมี

อำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงมีฐานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้นเรื่องดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณา ซึ่งนอกจากศาลปกครองกลางจะรับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาแล้วยังมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในคราวเดียวกันด้วย ซึ่งเป็นการมององค์การเป็นหลักเปรียบเทียบคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ศาลปกครองมอง “การกระทำ” เป็นหลักโดยมองว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เกิดจากการใช้อำนาจบริหารของรัฐตาม รัฐธรรมนูญเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณา

ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ มองว่าเห็นด้วยกับแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะการกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้นมีทั้ง การกระทำทางปกครองอันเป็นการใช้อำนาจ ตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ กับ การกระทำทางรัฐบาลอันเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพราะหากเราไม่แยกการกระทำทางรัฐบาลออกจากการกระทำทางปกครองและมองว่าคณะรัฐมนตรีไม่ว่าจะใช้อำนาจจากแหล่งใดก็ตามถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐและอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครองแล้ว จะส่งผลตามมาอีกมากมายหลายประการจนทำให้ในที่สุดระบบการแบ่งแยกอำนาจซึ่งประสงค์จะให้อำนาจทั้ง 3 ถ่วงดุลซึ่งกันและกันก็จะกลายมาเป็นอำนาจหนึ่งอยู่เหนืออีกอำนาจหนึ่งไปในที่สุด

1.2 รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ดร.ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล ชีระ สุธีวรานุสรณ์และปิยบุตร แสงกนกกุล(ออนไลน์, 2551)

คณาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่าน ได้มีแถลงการณ์ออกมา โดยให้แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลว่าหลักนิติรัฐ ต้องการให้การกระทำขององค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยมีองค์การตุลาการทำหน้าที่ควบคุมความชอบ ด้วยกฎหมาย แต่ก็มีกรกระทำบางประเภทที่โดยทั่วไปไม่อยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรตุลาการ เช่น การกระทำที่มีลักษณะเป็นเรื่องในทางการเมืองหรือการกระทำในเรื่องนโยบายของฝ่ายบริหาร เป็นต้น วิชานิติศาสตร์เรียกการกระทำลักษณะนี้ว่า การกระทำทางรัฐบาล act of state; acte de' gouvernement; regierungsakt ซึ่งหากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวในทางกฎหมายก็จะบัญญัติไว้อย่างชัด เจนเป็นเรื่องๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด กรณีใดที่ไม่ได้บัญญัติไว้ การตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่อาจกระทำได้ในทางกฎหมายแต่ต้องควบคุมตรวจสอบกันในทางการเมืองเท่านั้น เหตุผลที่ทำให้ “การกระทำทาง

รัฐบาล” ไม่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดย องค์การตุลาการว่าเพราะโดยปกติทั่วไปแล้ว การกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิหรือไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นการเฉพาะ อีกทั้งการกระทำทางรัฐบาลยังมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นปัญหาหรือประเด็นทางการเมือง ที่มีข้อจำกัดในการใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการควบคุมตรวจสอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากให้ศาลปกครองเข้ามามีอำนาจตรวจสอบได้ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เอง โดยไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น

การกระทำที่จะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ไม่อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ในทาง “องค์กร” เท่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรผู้ใช้อำนาจมหาชน ดังเช่น คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี ซึ่งใช้อำนาจกระทำการได้ทั้ง “การกระทำทางปกครอง ” และ “การกระทำทางรัฐบาล” การพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรเหล่านี้เป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำทางรัฐบาล จึงต้องใช้ทั้งหลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ และหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาประกอบการพิจารณาด้วย

1.2.1 หลักเกณฑ์เรื่องที่มาของอำนาจ ต้องพิจารณาจากประเภทของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการ กล่าวคือ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้น ย่อมกระทำการในฐานะ “รัฐบาล” ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการกระทำนั้นเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองแต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีนั้น ย่อมกระทำการในฐานะเป็น เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเป็นฝ่ายปกครองใช้อำนาจปกครอง และการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางปกครอง เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหรือคำสั่งทางปกครอง กฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นก็เป็นการกระทำทางปกครองและอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครอง

1.2.2 หลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาของกรกระทำที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลว่า การกระทำทางรัฐบาล อาจแยกได้เป็น 2 กลุ่มหลัก คือ กลุ่มแรก ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เช่นการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา ฯลฯ และ กลุ่มที่สอง คือการกระทำที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา การประกาศสงคราม การส่งทหารไปปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวข้างต้น ฯลฯ บางกรณีการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อาจแยกส่วนออกจากกันได้หลายส่วน และการกระทำส่วนหนึ่งที่แยกออกมา (actes detachables) จะเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง แต่การกระทำนั้นจะต้อง

เป็นการกระทำที่แยกออกโดยเด็ดขาด จากการกระทำที่เกี่ยวกับการสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยตรง จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำแต่ละการกระทำสามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติให้จัดตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใดตามเขตชายแดนพม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ

แนวคำสั่งศาลปกครองของไทยที่ได้วางหลักในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้หลายคดีว่า แม้ว่าศาลปกครองของไทยจะไม่ได้ใช้คำว่ากระทำทางรัฐบาลโดยตรง แต่ศาลปกครองได้นำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้เพื่อมีคำสั่งไม่รับฟ้อง เช่น คำสั่งไม่รับฟ้อง เกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24 – 32/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549) หรือมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550) เป็นต้น

โดยได้เปรียบเทียบ คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 กับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่ามีความแตกต่างกัน คือ ศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 คดีเกี่ยวกับความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผู้แทนไปลงนามในข้อตกลงระหว่างประเทศ ถือเป็น การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ดังปรากฏเหตุผลว่า “โดยที่ในการมีมติ (คณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย - ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2 – 4 เมษายน 2550 นั้นเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำ รในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรร รุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ” แต่ในคดีปราสาทพระวิหาร ตามคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 นี้ ศาลปกครองกลางหลักเกณฑ์ทางองค์การพิจารณาเท่านั้น โดยเห็นว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศตามมาตร 20 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2534 และคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีจึงเป็นเจ้าหน้าที่ขอ งรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2552 ศาลปกครอง

กลางเห็นว่ากรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อคณะรัฐมนตรีก็ดี กรณีที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ ก็ดี เป็นกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีกระทำการในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง

คณาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่านเห็นว่าแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติแต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญหากถือตามแนวทางของศาลปกครองกลางในคดีนี้ที่ว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวง และคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้แล้ว ผลก็คือศาลปกครองย่อมสามารถเข้าควบคุมตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี ทำให้ศาลปกครองกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรีแม้ในงานที่เป็นเรื่องนโยบาย หรือเรื่องในทางระหว่างประเทศซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน

คณาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้งห้าท่านเห็นว่า คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าที่ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อคณะรัฐมนตรี ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ เป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนการลงนามของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในแถลงการณ์ร่วมฯ และขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ ต่อประเทศ สกัมพูชาและยูเนสโก นั้น ไม่ถือเป็นคดีพิพาทอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และเมื่อคดีไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองแล้ว การกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเช่นกันส่วนประเด็นที่ว่าแถลงการณ์ร่วมฯ ดังกล่าวจะมีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 190 อันจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ เป็นกรณีที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาวินิจฉัย และเห็นว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551

1.3 ศาสตราจารย์ ดร.วรศักดิ์ อุวรรณโณ(ออนไลน์ 2551)

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เลขานุการสถาบันพระปกเกล้า ได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชนเรื่อง การกระทำของรัฐบาล (act of government) ในกฎหมายมหาชนถือว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีมี 2 ฐานะ คือ

1.3.1 คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นฝ่ายบริหาร ซึ่งใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ อยู่ได้ด้วยควมไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นผู้แทนปวงชน และมีอำนาจยุบสภาโดยถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ได้ ถ้าคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในความสัมพันธ์กับสภา หรือใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะนี้จึงเป็น การควบคุมทางการเมือง (political accountability) ตามหลักประชาธิปไตย และอยู่ในบังคับกฎหมายรัฐธรรมนูญไม่ใช่กฎหมายปกครอง จึงไม่ใช่เรื่องที่ศาลปกครองจะไปใช้กฎหมายปกครองมาควบคุม

1.3.2 คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี เป็นหัวหน้าฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง อันเป็นเรื่องกฎหมายปกครอง การควบคุมตรวจสอบการกระทำในฐานะหัวหน้าของฝ่ายปกครองนี้จึงเป็น การควบคุมโดยกฎหมาย (control of legality) ตามหลักนิติธรรมโดยทั่วไป แนวคิดเรื่อง การกระทำของรัฐบาล ซึ่งมีเอกสิทธิ์ที่จะไม่ถูกตรวจสอบความชอบธรรมด้วยกฎหมายเป็นที่ยอมรับ แม้ว่าขอบเขตจะถูกจำกัดก็ตามในทางปฏิบัติ มี 2 กรณีที่ใช้แนวความคิดดังกล่าวคือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ในเรื่องเหล่านี้ศาลปกครองสูงสุดแต่ละประเทศจะมีแนวทางในการไม่รับพิจารณาของตนเอง ศาลไทยเองก็ถือหลักนี้มาตลอด ไม่ว่าจะเป็นคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ดังกล่าวแล้ว หรือคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งวินิจฉัยชัดเจนว่า การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล ซึ่งศาลไม่ควบคุม

หลักกฎหมายมหาชนสำคัญอีกหลักหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน แต่ศาลปกครอง มี เพียงหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย หลักนี้สำคัญมาก เพราะถ้าศาลปกครองสามารถสั่งฝ่ายปกครองได้ทุกเรื่อง ก็เท่ากับศาลลงมาบริหารราชการแผ่นดินเสียเอง ซึ่งจะกลายเป็นว่า ศาลเป็นรัฐบาล (government of judge) และฝ่ายปกครองจะเป็นเพียงลูกน้อง อนึ่งศาลเองก็ไม่มีความรู้ทางเทคนิคทุกด้านด้วยพอที่จะลงไปควบคุมสั่งการทุกเรื่อง ด้วยเหตุนี้ จึงมีหลักกฎหมายสำคัญว่าศาลจะไม่ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะดุลพินิจเทคนิค (technical discretion) เช่น จะตัดถนนไปทางไหนดี สิ่งเหล่านี้เป็น โบราณสถาน โบราณวัตถุหรือ ไร่ไม่ งานวิชาการชั้นนี้ได้มาตรฐานงานวิชาการที่ดีหรือไม่ ยิ่งเป็นเรื่องการ

ต่างประเทศด้วยแล้ว ศาลในระบบคอมมอนลอว์ก็ดี ศาลในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ก็ดี จะไม่ยอมตีความสนธิสัญญาเอง โดยไม่ขอความเห็นกระทรวงการต่างประเทศเป็นอันขาด

ในส่วนความเห็น ศาสตราจารย์ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เพราะว่าการกระทำของรัฐบาล (act of government) ในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับรัฐสภาก็ดี ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศก็ดี ศาลไม่อาจควบคุมได้ แต่ในส่วนคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984 / 2551 มีความไม่เห็นพ้องกับความตอนท้ายที่ว่า หากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิจารณาแล้ว ก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารงานภาครัฐ และยังเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยที่ยังคงสงวนสิทธิโต้แย้งคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเขาพระวิหารไว้เช่นเดิม จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ เพราะข้อเท็จจริงคงได้กล่าวแล้วเกิดผลตรงกันข้ามแล้ว

1.4 รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา (ออนไลน์, 2551)

ได้ให้แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล โดยหลักพื้นฐานแล้ว การกระทำของคณะรัฐมนตรีนั้น อาจจำแนกได้ 2 ประเภท คือ การกระทำทางรัฐบาล (act of government) คือ การใช้อำนาจของรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่สภา การยุบสภา เป็นต้น นอกจากนั้น ยังหมายรวมไปถึงเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การลงนามสนธิสัญญาต่าง ๆ หรือการเจรจาเรื่องระหว่างประเทศ ส่วนการกระทำทางปกครอง (act of administrative) คือ การใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะหน่วยงานทางปกครอง เช่น การที่รัฐมนตรีมีคำสั่งแต่งตั้งหรือไล่ออกข้าราชการ การออกกฎหมายของคณะรัฐมนตรี เป็นต้น

โดยหลักการทางกฎหมายมหาชน การกระทำใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ในเขตอำนาจตรวจสอบของศาลภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะต้องให้รัฐบาลมีอิสระในการตัดสินใจทำงาน แต่รัฐบาลที่กระทำการทางรัฐบาล ต้องรับผิดชอบต่อประชาชน หรือรับผิดชอบต่อทางการเมือง เช่น หากรัฐบาลไปเจรจาระหว่างประเทศ หรือจะทำสนธิสัญญาที่ทำให้ประเทศสูญเสียผลประโยชน์ เช่นนี้ ฝ่ายค้านก็ยื่นญัตติไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ หรือประชาชนในการเลือกตั้งครั้งถัดไปก็ไม่เลือกพรรครัฐบาลเข้ามาบริหารประเทศ เหตุผลที่ไม่ให้ศาลตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล เพื่อไม่ให้ศาลก้าวล่วงกลายเป็นผู้บังคับบัญชาของรัฐบาล ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ศาลของไทยทั้ง ศาลรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 และศาลปกครองโดยคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ก็ยอมรับหลักการในเรื่องการกระทำทางรัฐบาล

ว่าไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล เหตุผลที่กระทำทางรัฐบาลเป็นข้อจำกัดเขตอำนาจศาลที่ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยตัดสินนี้ เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศด้วย เหตุผลที่กระทำทางรัฐบาลเป็นข้อจำกัดเขต อำนาจศาลที่ศาลจะไม่เข้าไปวินิจฉัยตัดสินนี้ เป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศด้วย ตัวอย่างเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ไม่ได้ใช้ระบบศาลคู่เหมือนเช่นประเทศไทย โดยสหรัฐอเมริกาใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมตัดสินคดีทุกประเภท โดยมีศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นศาลสูงสุดที่ตัดสินคดีได้ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีรัฐธรรมนูญ และคดีปกครอง ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาเองก็มีรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาคำหนดขอบเขตอำนาจศาลไว้ในมาตรา 3 แต่ด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกาอยู่ในระบบคอมมอนลอว์ คือ ศาลสามารถตีความกฎหมายและ วางหลักกฎหมายได้กว้างกว่าระบบซีวิลลอว์ ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาเองก็สร้างบรรทัดฐานจำกัดอำนาจของตนเองในการเข้าไปพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล

โดยการจำกัดอำนาจศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริการะบุในเรื่องข้อจำกัดในประเด็นที่จะสามารถนำมาฟ้องคดีได้เกี่ยวกับ ประเด็นปัญหาเรื่องทางการเมือง ประเด็นปัญหาเรื่องทางการเมือง (political question doctrine) ไม่ได้หมายถึงประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมือง แต่เป็นหลักที่ศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกาส่งขึ้นเพื่อที่จะไม่รับตัดสินคดี โดยบรรทัดฐานในเรื่องประเด็นปัญหาทางการเมืองที่ศาลจะไม่รับวินิจฉัยมีอยู่ 3 กรณีสำคัญ ได้แก่

1.4.1 กรณีพื้นฐาน (classic doctrine) คือ ถ้าคดีใดมีประเด็นที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องนั้นเป็นอำนาจดุลพินิจขององค์กรอื่นในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐสภา หรือประธานาธิบดี ที่จะวินิจฉัยชี้ขาด ศาลจะไม่รับคดีนั้นไว้พิจารณา

1.4.2 การพิจารณาจากบทบาทหน้าที่ (functional considerations) ประเด็นปัญหาเรื่องใดๆ อาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมือง หากศาลเห็นศาลเองนั้นขาดข้อมูลและศักยภาพในการที่จะแก้ไขประเด็นปัญหานั้น

1.4.3 การพิจารณาอย่างรอบคอบ (prudential considerations) ประเด็นปัญหาทางรัฐธรรมนูญอาจถูกจัดว่าเป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองได้ หากศาลพิจารณาอย่างรอบคอบหรือมีนโยบายที่เหมาะสมในการที่จะไม่ใช้อำนาจตุลาการ

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา มีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาในหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลแล้วจะเห็นว่าเรื่องนี้มีเหตุผลในตัวเองที่ศาลจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตัดสิน เพราะเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่อย่างไรก็ตาม แม้การกระทำทางรัฐบาลจะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจของศาล แต่ก็หาใช่จะหลุดพ้นจากการตรวจสอบด้วยวิธีทางทางการเมือง

1.5 ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ (2551 ข, หน้า 1-19)

ได้ให้ข้อคิดเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับคำสั่งที่ 984/2551 ของศาลปกครองกลางที่กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา (คดีปราสาทพระวิหาร) ในประเด็นคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ และการยื่นฟ้องคดีนี้เป็นไปตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีหรือไม่ ดังนี้

1.5.1 ประเด็นคดีนี้อยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ สำหรับคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาและกำหนดคำบังคับของศาลปกครองนั้น ต้องเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 72 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้แต่ในคดีนี้

(1) คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไม่มีลักษณะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เนื่องจาก มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 กฎจะต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองที่เป็นอนุบัญญัติ คือเป็นกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองหรือองค์กรอื่นของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือมีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติขึ้นไป มิใช่เพียงแต่กฎเกณฑ์ที่เป็นระเบียบวิธีปฏิบัติภายในที่ฝ่ายบริหารออกโดยอาศัยอำนาจการบริหารหรือที่ผู้บังคับบัญชาออกโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา

(2) คำฟ้องยังไม่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ซึ่งคำสั่งทางปกครอง ก็เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง ที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้มีผลบังคับใช้แก่ประชาชนเป็นการเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณีโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากประชาชน

ในส่วนมติคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในเรื่องความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ถือเป็น “การกระทำของรัฐบาล” (acte de gouvernement หรือ act of state) ซึ่งเป็นเรื่องนโยบายหรือเรื่องทางการเมืองที่อยู่ในอำนาจรัฐสภาในการควบคุม ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย ซึ่งศาลควรจำกัดบทบาทของตนเองในการใช้อำนาจความยุติธรรมให้แก่คู่พิพาทเท่านั้น มิใช่เข้าไปแก้ไขปัญหาทางการเมือง

แม้ว่าการกระทำใดมี ลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งหากมิใช่นิติกรรมทางปกครองแต่มีลักษณะเป็นเพียงปฏิบัติการทางปกครอง หากสามารถ

แยกพิจารณาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่กระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ศาลปกครองของต่างประเทศก็จะพิจารณาเป็นเรื่องๆไปว่าสมควรรับฟ้องหรือไม่ โดยสรุปในเรื่องเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในคดีนี้มีได้มีลักษณะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอเพิกถอนได้

1.5.2 ประเด็นการยื่นฟ้องคดีนี้เป็นไปตามเงื่อนไขในการฟ้องคดีหรือไม่

เงื่อนไขในส่วนผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ต้องมีองค์ประกอบ 3 ประการ คือ

ประการที่หนึ่งผู้ฟ้องคดีต้องเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องที่นำมาฟ้อง ประการที่สองความเดือดร้อนหรือเสียหายต้องเกิดจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ทางปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง และประการที่สามการแก้ไขหรือบรรเทา ความเดือดร้อนเสียหาย ศาลปกครองมีอำนาจออกคำสั่งบังคับให้ได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 72 วรรคหนึ่ง ซึ่งพอสรุปหลักกฎหมายทั่วไปผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้ คือ

(1) กรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายไหมทดแทน ผู้ฟ้องจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งสิทธิถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำทางปกครอง

(2) กรณีฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้มีสิทธิฟ้องจะต้องมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียโดยตรงกับการ เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

(3) การพิจารณาประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียของผู้ฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง มีหลักในการพิจารณา ดังนี้

ก. ผู้ฟ้องต้องระบุว่าตนฟ้องในฐานะใด โดยต้องแสดงให้เห็นว่าตนมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียโดยตรงอย่างไร

ข. ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียโดยตรงที่กล่าวอ้างนั้น ต้องเป็นของตัวผู้ฟ้องคดีเอง

ค. ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียจะต้องเกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุแห่งคดี

ง. ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียโดยตรงจะต้องมี ลักษณะที่ค่อนข้างแน่นอน

ในส่วนของหลักเรื่องผู้ฟ้องคดีมีข้อยกเว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 คือให้ผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติซึ่งมีได้คือคร็อนหรือเสี่ยหายฟ้องแทนได้

ซึ่งในส่วนคดีนี้ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เห็นว่าผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องในคดีนี้ เนื่องจากมิได้ระบุนามว่าตนได้รับผลกระทบจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอย่างไร อีกทั้งหากศาลปกครองยอมรับว่าเพียงเป็นประชาชนชาวไทย ก็สามารถฟ้องได้ก็เท่ากับเปิดโอกาสให้ประชาชนนำเรื่องใดๆ ที่ตนไม่เห็นด้วยมาฟ้องต่อศาลปกครอง

สำหรับคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ที่กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ผิดระเบียบต้องเพิกถอนตามข้อ 7 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ.2543 และมีคำสั่งตามข้อ 112 แห่งระเบียบดังกล่าว ยกคำสั่งศาลปกครองและส่งสำนวนคืนไปยังศาลปกครองกลางเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาใหม่ให้ถูกต้อง

2. ความเห็นของนักวิชาการที่เห็นด้วยต่อคำสั่งศาลปกครอง ในแถลงการณ์ร่วมระหว่าง ไทย-กัมพูชา

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ (ออนไลน์, 2551) ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับ คำว่า “acte de gouvernement หรือ act of government” ว่าเป็นศัพท์ทางเทคนิคของกฎหมายมหาชน ซึ่งแปลว่า “การกระทำของรัฐบาล” ไม่ใช่ “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งจะเป็นการแปลที่ตรงกับความหมายที่แท้จริง โดยเปรียบเทียบการแปลจาก คำว่า acte administrative แปลว่า การกระทำทางปกครอง คู่กับคำว่า acte d’administration แปลว่า การกระทำของฝ่ายปกครอง เปรียบเทียบกับการแปล คำว่า acte de gouvernement แปลว่า การกระทำของรัฐบาล คู่กับคำว่า การกระทำทางรัฐบาล แปลว่า acte gouvernemental ซึ่งการแปลจะมีความหมายที่มีความลึกต่างกัน และความหมายที่มีความลึกแตกต่างกันนี้ อาจมีความสำคัญและแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจในทฤษฎี acte de gouvernement

โดยปัญหาการอ้างอิงของนักกฎหมายที่ระบุว่า คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น JTEPA) เป็นคำวินิจฉัยที่เป็นบรรทัดฐานของไทย ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) นั้น ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มองว่าแนวทางการให้เหตุผลในการวินิจฉัย ของตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ลงวันที่ 30 มีนาคม 2550 ในการไม่รับคดีพิพาท (กรณีความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจ ไทย – ญี่ปุ่น) ไม่ใช่แนวทางที่เป็นเหตุผลของทฤษฎี acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า การกระทำของคณะรัฐมนตรี ที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองขึ้นอยู่กับเหตุผล 2 ประการ ประกอบกัน คือ

(1) องค์การที่กระทำการนั้น ต้องเป็น “องค์การตามรัฐธรรมนูญ”

(2) องค์การนั้น ต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ

ในทางกลับกัน ก็คือ ศาลปกครองจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษา เมื่อองค์การที่ใช้อำนาจนั้น

(1) องค์การที่กระทำการนั้นมีใช้องค์การตามรัฐธรรมนูญ

(2) องค์การนั้นใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติ ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนัยแห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ (มาตรา 3)

ถ้าพิจารณากันจริงๆ แล้ว “การกระทำของรัฐบาล” (act de' gouvernement) อาจมิได้เกิดจากการใช้อำนาจบริหารตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่อาจจะเกิดจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง act de' gouvernement ที่เกี่ยวกับความมั่นคงภายในประเทศ (la surete interieure de' l'etat)

ท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบุรณ์ ได้มีความเห็นในข้อกฎหมายที่แตกต่างไปจากแนวทางการให้เหตุผลในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 กรณี JTEPA ว่าเขตอำนาจของศาลปกครอง ย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำนั้นจะต้องเป็น การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในองค์การที่ไม่ใช้องค์การตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น และย่อมไม่ถูกจำกัดว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว จะต้องเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือตามกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับเช่นพระราชบัญญัติเท่านั้น ในหลักเกณฑ์ 2 ประการ ดังนี้

2.1 หลักเกณฑ์ประการแรก ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานเบื้องต้นของกฎหมายมหาชน คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำการจะต้องมีอำนาจตามกฎหมายในการกระทำการ ซึ่งตามกฎหมายไทย ก็คือ จะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครอง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ.2542 แล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวเป็นเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่มีการมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินการทางปกครองก็จะเข้าหลักเกณฑ์ตามข้อนี้ แม้ว่าหน่วยงานทางปกครองนั้นจะเป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และแม้ว่าการมอบหมายให้หน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองนั้น จะเป็นการมอบหมายโดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญก็ตาม ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขคำ ที่ 984/2551 (กรณีปราสาทพระวิหาร) ที่วินิจฉัยว่า “กรณีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ” ได้เข้าหลักเกณฑ์ประการแรกนี้แล้ว และนอกจากนั้น ในทางกลับกัน จะเห็นได้ว่า คำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) ที่มององค์การเป็นหลัก โดยวินิจฉัยว่า ต้องเป็นการกระทำ ขององค์การตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น น่าจะขัดแย้งกับคำ

นิยามตามพระราชบัญญัติการจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ.2542 โดยชัดแจ้ง และเป็นการวินิจฉัยที่ไม่เป็นไปตาม ทฤษฎี “acte de gouvernement” ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งเป็นผลให้ เป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ที่ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อันใดต่อระบบบริหารราชการ

2.2 หลักเกณฑ์ประการที่สอง คือ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอยู่ในเขตอำนาจ (jurisdiction) ของศาลปกครองหรือไม่ ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะ (nature) ของการกระทำ กล่าวคือ ถ้าศาลปกครองเห็นว่า การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณา ทั้งนี้โดยไม่คำนึงว่าหน่วยงานทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ของรัฐทำงานอยู่ในสังกัดนั้นจะเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ หรือเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และโดยไม่คำนึงว่าการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าว จะเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือตามรัฐธรรมนูญ คือถ้าหากจะใช้เหตุผลตามที่ตุลาการของศาลปกครองสูงสุดอธิบายอยู่ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/ 2550 (กรณี JTEPA) เราคงจะไม่สามารถเรียก การกระทำนี้ว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลได้ แต่คงจะต้องเปลี่ยนชื่อและเรียกทฤษฎีใหม่นี้ว่า เป็นการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจแปลเป็นภาษาอังกฤษได้ว่า “act of constitutional organizations” เพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร มีอยู่อย่างหลากหลายและหลายประเภท และมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญหลายองค์กรที่ไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาล(government) ดังนั้นจึงเรียกการกระทำขององค์กรเหล่านี้ว่าเป็น act of government ไม่ได้

ท่านศาสตราจารย์ ดร .อมร จันทรสมบูรณ์ เห็นว่าเงื่อนไขหรือหลักการ 2 ข้อ ที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของเราใช้เป็นเหตุผลในการสั่งไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาท ตามที่เขียนไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) ได้ทำให้แนว การวินิจฉัยในของศาลปกครองของไทยไม่เป็นไปตามหลักของทฤษฎีว่าด้วย acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะหลักการของ acte de government ของประเทศที่พัฒนาแล้วจะขึ้นอยู่กับ “ลักษณะของการกระทำ” (la nature des actes) โดยมีได้ขึ้นอยู่กับผู้กระทำว่า ผู้กระทำจะต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัติ

จากหลักการของทฤษฎีว่าด้วย acte de government ของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่พิจารณาการกระทำจาก “ลักษณะของการกระทำ” เป็นเกณฑ์ จะมีผลดังนี้ คือ

ประการแรก เป็นการจำกัด ผู้กระทำในตัว เพราะองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจในฐานะรัฐบาลหรือรัฐได้ที่เห็นกันอยู่ ก็คือ ประมุขของรัฐ รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) กับสภานิติบัญญัติ ซึ่งแม้แต่ตัว นายกรัฐมนตรีเองในฐานะนายกรัฐมนตรีก็ดูจะไม่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐและถ้าถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษก็สามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วย act of state ได้

ประการที่สอง โดยนัยกลับกันถ้าองค์กรที่มีอำนาจทำการเป็นรัฐบาลหรือรัฐ ไม่ว่าจะเป็
 ประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติได้กระทำการอันใดที่การกระทำนั้นไม่
 ลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล (acte de' government) การกระทำดังกล่าวก็จะเป็นการกระทำ
 ประเภทอื่น ซึ่งไม่จำเป็นจะต้องเป็น การกระทำ (นิติกรรม) ทางปกครอง (acte administrative) เสมอ
 ไป ก็จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

ในกรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ในการสั่งไม่รับเรื่องกรณีความตกลง
 หุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA) ไว้พิจารณานั้นเมื่อเปรียบเทียบเหตุผลระหว่างทฤษฎีการ
 กระทำทางรัฐบาลของศาลปกครองของประเทศที่พัฒนาแล้วกับเหตุผลที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุด
 ที่ได้กำหนดเป็นแนวทางใหม่ทฤษฎีว่าด้วย การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (act of
 constitutional organizations) จะเห็นได้ว่าแนวทางของศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยจะก่อให้เกิด
 ผลเสียแก่ระบบการบริหาร ราชการได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เห็นได้ชัดแจ้งและทำให้ไม่สามารถ
 ยอมรับทฤษฎีใหม่นี้ได้ ก็คือแนวทางการให้เหตุผลของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550
 (JTEPA) จะทำให้การทำหน้าที่ของศาลทั้งศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญขาดประสิทธิภาพ
 เนื่องจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เปิดช่องให้หรือทำให้กรณีที่เป็นการกระทำ (นิติกรรม)
 ทางปกครอง (acte administratif) ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ องค์กรประเภทองค์กรทาง
 การเมืองจะตกไปอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

กฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่คณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรี

ในกฎหมายมหาชน ถี ระบุว่า คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี มีสองฐานะ คือ
 ฐานะแรกเป็น “หัวหน้าฝ่ายปกครอง ” ซึ่งมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน มีอำนาจออกกฎ คำสั่ง
 ระเบียบข้อบังคับได้เช่นเดียวกับข้าราชการประจำ และฐานะที่สองเป็น “ฝ่ายบริหาร” ซึ่งใช้อำนาจ
 บริหารตามรัฐธรรมนูญ คณะรัฐ มนตรีมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญคือ การรักษาความสงบเรียบร้อย
 รวมถึงการกำกับดูแล ด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองของประเทศ การปฏิบัติหน้าที่ฝ่ายบริหาร ซึ่ง
 เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะองค์กรกลุ่มจะต้องมีการตกลงตัดสินใจร่วมกันซึ่งก็คือมติ
 คณะรัฐมนตรี ซึ่งถือเป็นเครื่องมือ และกลไกในการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดินของ
 คณะรัฐมนตรี

1. อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรี มีหน้าที่สำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินและมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ
 ที่เรียกว่า “อำนาจบริหาร” (executive power) หมายถึง การดำเนินการทุกอย่างในการปกครอง
 บ้านเมือง เพื่อให้ประชาชนมีความผาสุก บำรุงส่งเสริมดูแลบ้านเมืองให้มีความสงบเรียบร้อย บังคับ

การให้เป็นไปตามกฎหมาย (to enforce the law) มีหน้าที่สำคัญในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายของประเทศและผู้นำทางการเมือง

อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของคณะรัฐมนตรี มีดังนี้ คือ

1.1 อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีไว้ ดังนี้

1.1.1 บริหารราชการแผ่นดิน

คณะรัฐมนตรีมีกำหนดระยะเวลาที่อยู่ในตำแหน่ง และมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินด้วยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร จึงมีความรับผิดชอบร่วมกันของรัฐมนตรีอันเป็นความรับผิดชอบทางการเมืองในนโยบายทั่วไปตามที่แถลงนโยบายต่อรัฐสภาโดยไม่มีการลงมติไว้วางใจ นโยบายของรัฐมนตรี แบ่งได้ 2 ประเภท คือ

(1) นโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ

นโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ คือ นโยบายที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ เพื่อให้คณะบุคคลที่เข้ารับตำแหน่งในองค์กรฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไว้ในหมวด 5 โดยใน มาตรา 176 ได้ระบุหน้าที่ก่อนที่คณะรัฐมนตรีที่จะเข้ารับบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภา และชี้แจงการดำเนินการตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐตามมาตรา 75 โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ ทั้งนี้ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่ และเมื่อแถลงนโยบายต่อรัฐสภาแล้วต้องจัดทำแผนการบริหาร ราชการแผ่นดิน เพื่อกำหนดแนวทางการปฏิบัติราชการแต่ละปีตามมาตรา 76

(2) นโยบายของรัฐ

นโยบายนี้เป็นอำนาจสิทธิขาดของคณะรัฐมนตรีที่จะเป็นผู้กำหนดขึ้น โดยออกมาในรูปแบบของมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องต่างๆ เป็นแนวทางหรือกรอบในการปฏิบัติงานของคณะรัฐมนตรี นโยบายดังกล่าวไม่เป็นเครื่องผูกมัดคณะรัฐมนตรีอย่างเคร่งครัด เพราะนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีมาจากนโยบายพรรคร่วมรัฐบาลที่เสนอไว้กับประชาชน จากการณรงค์การเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งประชาชนคาดหมายว่าหากพรรคการเมืองที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นฝ่ายเสี่ย ข้างมากจะสามารถจัดตั้งคณะรัฐมนตรีได้จะดำเนินการบริหารประเทศไปตามแนวทางใดเท่านั้น

1.1.2 การเงินการคลังของรัฐ

การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรของรัฐจะต้องใช้เงินงบประมาณในการดำเนินการ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีประเภทนี้เป็นอำนาจหน้าที่ที่สำคัญและมีผล ในทางปฏิบัติราชการ โดยคณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาจัดทำร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีเสนอต่อ รัฐสภา เพื่อให้ความเห็นชอบ

1.1.3 การตรากฎหมายฝ่ายบริหาร

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ.2550 มาตรา 184 ได้บัญญัติ ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนดใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้ กรณีเพื่อ ประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทาง เศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ

1.1.4 การประกาศใช้และเลิกกฎอัยการศึก

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ.2550 มาตรา 188 ได้บัญญัติ ในเรื่องการประกาศใช้ และเลิกกฎอัยการศึกพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการ ประกาศใช้และเลิกใช้กฎอัยการศึกตามลักษณะและวิธีการตามกฎหมายว่าด้วยกฎอัยการศึก

1.1.5 การประกาศสงคราม

การประกาศสงครามเป็นอำนาจสำคัญของ ฝ่ายบริหารรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ.2550 มาตรา 189 ได้บัญญัติพระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการ ประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็น ตัวแทนของประชาชน ดังนั้น ประชาชนจึงต้องมีส่วนร่วมในการตัดสินใจด้วย

1.1.6 การทำสนธิสัญญา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ.2550 มาตรา 190 ได้บัญญัติ ในเรื่องการทำสนธิสัญญาเป็นสัญญาที่มีความผูกพันประเทศกับประเทศอื่นๆ ซึ่งอาจมีผลเป็นการ เปลี่ยนแปลงอำนาจอธิปไตยของประเทศ รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของ ฝ่ายบริหารในการ ตัดสินใจที่จะมีความสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศ และสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับต่อเมื่อรัฐสภา ได้ให้ความยินยอมก่อน

1.2 อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

1.2.1 อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรที่รับผิดชอบงานบริหารประเทศ มีความจำเป็น ที่จะต้องมีอำนาจเลือกสรร โยกย้าย เปลี่ยนแปลง เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น กลไกสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้ที่รับนโยบายของคณะรัฐมนตรีไปปฏิบัติให้

บรรลุลผล เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องมีความรู้ความสามารถมีประสิทธิภาพที่ดี ที่จะสามารถนำนโยบายของคณะรัฐมนตรีไปปฏิบัติให้เกิดผลได้

อำนาจเหนือบุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐของคณะรัฐมนตรี มีอยู่ 2 ลักษณะ

(1) อำนาจบังคับบัญชา (pouvoir hierarchique)

อำนาจบังคับบัญชาเป็นอำนาจที่เจ้าหน้าที่ผู้ดำรงตำแหน่งสูงกว่ามีอำนาจควบคุมการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้อำนาจไว้โดยตรง

(2) อำนาจกำกับดูแล (la tutelle)

อำนาจกำกับดูแล เป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข (un pouvoir conditionné) ในกรณีและรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น มิใช่อำนาจทางการบริหารโดยทั่วไป คณะรัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ในส่วนราชการส่วนกลาง และราชการส่วนภูมิภาคแต่ไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ของรัฐในราชการส่วนท้องถิ่น มีแต่เพียงอำนาจกำกับดูแลตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมเพียงการควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้

1.2.2 การประกาศใช้และกลไกกฏอัยการศึก

เมื่อมีภาวะการณ์ฉุกเฉินไม่สงบเกิดขึ้นในราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ.2475 มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อ อธิรักษาความสงบเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมีมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้วจะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฏอัยการศึกทุกมาตรา หรือแต่บางมาตราหรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตราตลอดจนกว่าการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้น บังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักรและถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใด หรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใดๆ ซึ่งขัดกับความของกฏอัยการศึกที่ใช้บังคับต้องระงับและใช้บทบัญญัติของกฏอัยการศึกที่ใช้บังคับแทน

1.2.3 การใช้อำนาจกึ่งตุลาการ

การใช้อำนาจตุลาการของฝ่ายบริหารในรูปแบบคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยฝ่ายบริหารจัดขึ้นให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชน

2. ประเภทมติคณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรฝ่ายบริหาร จะต้องมีการกระทำที่จะต้องร่วมกันตัดสินใจในการบริหารราชการแผ่นดินอยู่เสมอ เนื่องจากคณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการกำหนดนโยบายในกิจการของประเทศ การตัดสินใจร่วมกันนี้เรียกว่ามติคณะรัฐมนตรี ผลการตัดสินใจของคณะรัฐมนตรี

ที่เรียกว่า “มติคณะรัฐมนตรี” สามารถจำแนกออกได้เป็น 4 ประเภท ดังนี้ (ชาญชัย แสวงศักดิ์, 2551 ก, หน้า 6-8)

2.1 กฎ

มติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎ” เป็นมติที่มีบังคับใช้ทั่วไปในระบบราชการฝ่ายบริหาร เพื่อให้ถือปฏิบัติตลอดไป จนกว่าจะมีการแก้ไขหรือยกเลิก

2.2 คำสั่งทางปกครอง

มติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายและยัง รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจกำกับดูแล ซึ่งมีสถานะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เป็นมติที่มีผลแล้วสิ้นสภาพไปทันที

2.3 ระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง

มติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจทางบริหารหรืออำนาจบังคับบัญชา ซึ่งมีสถานะเป็นระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครอง โดยกำหนดกฎเกณฑ์ และแนวทางปฏิบัติเพื่อให้ส่วนราชการและข้าราชการต้องยึดถือและปฏิบัติตาม ปราบกฎในรูปแบบของหนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่ง ผลตามกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้ ย่อมมีผลบังคับต่อส่วนราชการและข้าราชการที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง (8) และวรรคสองแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 และตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการต่างๆ ที่กำหนดให้ข้าราชการต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี มิฉะนั้น จะถูกดำเนินการทางวินัยแต่ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีประเภทนี้ ไม่อาจนำไปใช้กับประชาชนหรือบุคคลภายนอกในระบบราชการได้

2.4 นโยบาย

มติที่คณะรัฐมนตรีออกโดยอาศัยอำนาจทางบริหาร เกี่ยวกับการดำเนินงานในด้านนโยบาย ซึ่งคณะรัฐมนตรี จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อรัฐสภา เป็นการรับผิดชอบทางการเมือง โดยกระบวนการตรวจสอบและควบคุมตามกลไกแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นการแสดงทิศทางของการบริหารประเทศตามหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยในระบบรัฐสภา คณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย และควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี ตามหมวด 6 ส่วนที่ 9 การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 และตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง การดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การเสนอหรือไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งต่อ อาภา

ผู้แทนราษฎร การเสนอต่อประมุขของรัฐให้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร หรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การสถาปนาหรือการตัดความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศใดประเทศหนึ่ง การส่งกองกำลังทหารไปรักษาความสงบเรียบร้อยในต่างประเทศตามคำร้องขอขององค์การสหประชาชาติ ถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งศาลควรจำกัดบทบาทของตนเองที่จะเข้าไปตรวจสอบข้อพิพาททางการเมืองระหว่างประเทศ

3. ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรี

3.1 ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีในภาพรวม

ในปัจจุบันคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองสูงสุด มีขอบเขตภาระหน้าที่ที่จะต้องรับผิดชอบกว้างขวางครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ ไม่เพียงแต่ในเรื่องการเมือง การต่างประเทศ เท่านั้น ยังรวมถึงการปกครอง การแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และการวางแผนทางสังคม กิจกรรมภายในของคณะรัฐมนตรีจึงมีผลเกี่ยวข้องหรือต่อเนื่องครอบคลุมถึงสังคมเกือบทั้งหมด ดังนั้น บทบาทของมติคณะรัฐมนตรีในฐานะเครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรี จึงมีมากและทวีความสำคัญควบคู่ไปกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่มีมากขึ้นเรื่อย ๆ (สุวิมล สังขพันธ์, 2535, หน้า 241)

คณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดนโยบายกิจการบริหาร ในรูปของมติคณะรัฐมนตรีแต่ไม่มีรูปแบบกฎหมายที่เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีหรือของนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล มีแต่รูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหารซึ่งต้องตราโดยประมุขของรัฐ คือ พระราชกฤษฎีกา (อมร จันทรสมบุรณ์, 2530, หน้า 131) แต่มติคณะรัฐมนตรีในประเทศไทยไม่ใช่รูปแบบกฎหมายของคณะรัฐมนตรีซึ่งปฏิบัติงานร่วมกันในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองสูงสุดมติคณะรัฐมนตรีจึงมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ

หลักการพื้นฐานที่ว่า มติคณะรัฐมนตรีคือ การใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรี ซึ่งอำนาจและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี มีที่มาจากรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ นอกจากนี้ อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรียังมีที่มาจากกฎหมายอื่นๆ เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ฯลฯ และธรรมเนียมปฏิบัติอีกด้วย แต่มติคณะรัฐมนตรีก็ไม่ ใช้รูปแบบของกฎหมายของฝ่ายบริหารเป็นเพียงคำสั่งทางบริหารเท่านั้น ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรีจึงต้องอยู่ภายใต้หลักการที่ว่า “นิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีไม่อาจจะมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายได้

รัฐธรรมนูญเป็นที่มาของอำนาจและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่สำคัญ นอกจากรัฐธรรมนูญอันเป็นที่มาของอำนาจและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีที่สำคัญแล้ว พระราชบัญญัติก็เป็นที่มาของอำนาจและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกัน เพราะการดำเนินการในบางเรื่องมีราย

ละเอียดและเทคนิคมากมายที่ไม่อาจจะกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติได้ จึงต้องมีการกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารให้ไปดำเนินการได้เอง แต่อำนาจของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจมาจากฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องกระทำการภายในขอบอำนาจที่ได้รับมอบมาเท่านั้น ดังนั้น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวงหรือระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องดังกล่าวจึงไม่อาจจะขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจในการนั้นได้

อำนาจที่สำคัญอีกประการหนึ่งของคณะรัฐมนตรี ที่มีผลต่อการปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี คือ อำนาจที่มีเหนือบุคลากร คือ มีอำนาจโยกย้าย สับเปลี่ยนได้ แต่ทั้งนี้จะต้องทำตามขั้นตอนและเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดด้วย

3.2 ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่มีต่อองค์กรของรัฐ งานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ของรัฐ และประชาชน

3.2.1 ผลต่อองค์กรของรัฐ

ตามแนวความคิดในระบบกฎหมายไทย ถือว่า กระทรวง ทบวง กรม จังหวัด ฯลฯ เป็นส่วนราชการที่มีสภาพเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐไม่ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคล เมื่อระบบกฎหมายไทยไม่ถือว่ารัฐเป็นนิติบุคคลแล้ว รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีจึงไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลด้วย และทำให้รัฐบาลหรือคณะรัฐมนตรีไม่อาจฟ้องร้องหรือถูกฟ้องร้องได้ แต่ถึงแม้ว่าคณะรัฐมนตรีจะไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลแต่คณะรัฐมนตรีก็เป็นองค์กรที่มีอำนาจบังคับบัญชาโดยตรงต่อราชการส่วนกลาง และราชการส่วนภูมิภาค และมีอำนาจควบคุม กำกับ องค์กรกระจายอำนาจอีกด้วย

ผลทางกฎหมายของมติคณะรัฐมนตรีที่มีต่อองค์กรของรัฐ แยกออกเป็น 2 ส่วน เนื่องจากอำนาจในการควบคุมของคณะรัฐมนตรีที่มีต่อส่วนราชการ การและองค์กรกระจายอำนาจดังกล่าวแตกต่างกัน กล่าวคืออำนาจในการควบคุมส่วนราชการเป็นอำนาจบังคับบัญชาโดยตรง แต่อำนาจในการควบคุมองค์กรกระจายอำนาจเป็นอำนาจในการควบคุมกำกับเท่านั้นดังนี้

(1) ส่วนราชการ

คำว่า “ส่วนราชการ” หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่มี ฐานะเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 68 บัญญัติว่า นิติบุคคลจะมีขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทั้งหลายในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ซึ่งมาตรา 72 บัญญัติให้ทบวงการเมืองเป็นนิติบุคคล และมาตรา 73 บัญญัติต่อไปว่า ทบวงการเมืองนั้น คือกระทรวง และกรมในรัฐบาล

การที่กฎหมายไทยให้ส่วนราชการมีสภาพเป็นนิติบุคคลนั้น มีความมุ่งหมายเพียงเพื่อประโยชน์ในอันที่ประชาชนจะใช้สิทธิฟ้องร้องหน่วยงานเหล่านั้นต่อศาลได้โดยง่ายเท่านั้น มิได้มีจุดมุ่งหมายให้เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของหน่วยงานเหล่านั้น ดังจะเห็นได้ว่า

กระทรวง ทบวง กรม ของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งเป็นนิติบุคคล ไม่อาจจัดการทรัพย์สินในความรับผิดชอบของตนได้อย่างอิสระ ดังเช่นนิติบุคคลทั้งหลายจะพึงกระทำได้ การที่คณะรัฐมนตรีมีอำนาจควบคุมดูแลและจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินในความรับผิดชอบของส่วนราชการต่าง ๆ ได้ และการที่ส่วนราชการเหล่านั้นใช้งบประมาณแผ่นดินซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภานั้นแสดงให้เห็นชัดแจ้งว่า การที่ส่วนราชการใดมีฐานะเป็นนิติบุคคล ย่อมไม่ได้หมายความว่า ส่วนราชการนั้นจะมีความเป็นอิสระเท่าเทียมกันเสมอไป เช่น กรมเป็นส่วนราชการของกระทรวงมีฐานะเป็นนิติบุคคล แต่กรมก็ไม่มีอิสระเท่ากับกระทรวงแต่อย่างใด แต่กรมก็อาจจะฟ้องคดีหรือถูกฟ้องคดีได้ ดังนั้นกรมจึงมีอิสระในระดับหนึ่งเท่านั้น

ความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับส่วนราชการของไทย ถึงแม้จะมีสภาพเป็นนิติบุคคลก็ตาม แต่ความสัมพันธ์ก็มีลักษณะเป็นการบังคับบัญชา คณะรัฐมนตรีจึงเป็นองค์กรรับผิดชอบการใช้อำนาจบริหารเพื่อจัดทำบริการสาธารณะสำหรับประชาชน โดยมีข้าราชการสังกัดกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ เป็นผู้ปฏิบัติภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาและความรับผิดชอบของนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี หรืออธิบดีแล้วแต่กรณี

อาจกล่าวได้ว่า คณะรัฐมนตรีมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการต่าง ๆ คณะรัฐมนตรีจึงมีอำนาจกำหนดแนวทางการปฏิบัติงาน (directive) หรือระเบียบ และเปลี่ยนแปลงแก้ไขการกระทำใด ๆ ของกระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการได้ มติคณะรัฐมนตรีจึงมีผลเสมือนว่าเป็นกฎหมายที่กระทรวง ทบวง กรม และส่วนราชการต่าง ๆ จะต้องปฏิบัติตาม

(2) องค์กรกระจายอำนาจ

ในประเทศไทย องค์กรกระจายอำนาจอาจจะแบ่งได้ 2 ประเภท ประเภทที่หนึ่งคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประเภทที่สอง คือ รัฐวิสาหกิจ

องค์กรกระจายอำนาจ มีความเป็นอิสระในการบริหารงาน ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรปกครองส่วนกลาง แต่อยู่ภายใต้การควบคุมกำกับ

คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรทางปกครองสูงสุด ไม่ใช่ผู้บังคับบัญชาขององค์กรกระจายอำนาจ แต่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรหนึ่งที่มีอำนาจและหน้าที่ในการควบคุมกำกับองค์กรกระจายอำนาจเท่านั้น

การควบคุมกำกับเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข คือจะใช้ได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและต้องเป็นไปตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในกฎหมาย การกระจายอำนาจหมายถึงความเป็นอิสระ แต่เป็นความเป็นอิสระภายใต้การควบคุมกำกับ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อกำกับดูแลการดำเนินงานขององค์กรกระจายอำนาจให้เป็นไปตามกรอบแห่งกฎหมายและนโยบายของรัฐ

เมื่อคณะรัฐมนตรีมีอำนาจควบคุมกำกับองค์กรกระจายอำนาจแล้ว คณะรัฐมนตรีจึงย่อมมีมติกำหนดเรื่องหนึ่งเรื่องใดให้องค์กรกระจายอำนาจเหล่านั้น ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีได้ แต่มีเงื่อนไขประการหนึ่งว่าจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจคณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับเรื่องนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ คณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับเรื่องนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้ว คณะรัฐมนตรีก็ไม่อาจจะมีมติกำหนดให้องค์กรกระจายอำนาจปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีได้

คณะรัฐมนตรี ควรจะจำกัดบทบาทของตนเอง ให้อยู่ในฐานะผู้ควบคุมกำกับที่แท้จริง ให้องค์กรกระจายอำนาจดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายของรัฐ โดยควบคุมกำกับเพื่อให้องค์กรกระจายอำนาจปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย คณะรัฐมนตรีจะต้องไม่เข้าแทรกแซงการใช้ดุลพินิจของรัฐวิสาหกิจ แต่จะต้องควบคุมกำกับให้องค์กรกระจายอำนาจกระทำการที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งก่อนกระทำการและหลังกระทำการ หลักการประการสำคัญที่คณะรัฐมนตรีจะต้องยึดถือในการควบคุมกำกับองค์กรกระจายอำนาจ ก็คือ การใช้อำนาจควบคุมกำกับจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และการใช้อำนาจควบคุมกำกับจะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นไปอย่างเคร่งครัดในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น จะตีความขยายอำนาจควบคุมกำกับไม่ได้

3.2.2 ผลต่องานทางปกครอง

มติคณะรัฐมนตรียังมีผลบังคับต่องานทางปกครองด้วย กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีในฐานะผู้รับผิดชอบสูงสุดในงานบริหาร อาจสั่งการให้แก้ไขหรือระงับยับยั้งการกระทำทางปกครองต่างๆ ได้เสมอตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายปกครอง มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลต่องานทางปกครองอาจจะเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดขึ้นตอน วิธีปฏิบัติ ก่อนที่หน่วยงานทางปกครอง จะได้มีนิติกรรมทางปกครองออกมาก็ได้ หรืออาจจะเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่มีภายหลังจากที่มีนิติกรรมทางปกครองแล้วก็ได้ คือ สั่งการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองนั้น

มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลก่อนมีนิติกรรมทางปกครองนั้น อาจจะเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนก่อนการดำเนินงาน (procedural rules) มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นคำชี้แจงหรือแนะนำแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ (instructions to officials) ซึ่งมีจุดมุ่งหมายที่จะควบคุมการใช้อำนาจภายในองค์กรของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดว่าด้วยวิธีปฏิบัติการจัดการหรือการปฏิบัติการ (rules of practice management of operation) มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายต่างๆ (policy) มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดแนวทางการ ใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ความเห็นชอบหรืออนุมัติให้ดำเนินการเรื่องหนึ่งเรื่องใดได้

มติคณะรัฐมนตรีที่มีผลภายหลังนิติกรรมทางปกครอง มติคณะรัฐมนตรีเฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยเฉพาะ

โดยทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ ตามมติคณะรัฐมนตรี อย่างไรก็ตาม การปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี อาจ会有ความแตกต่างกันตามเนื้อหาสาระของมติคณะรัฐมนตรีอยู่บ้าง กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่อง จะมีลักษณะและสภาพบังคับอย่างแน่ชัด ซึ่งจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามก็จะมีโทษทางวินัย แต่มติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องก็มีลักษณะเป็นการกำหนดแนวทาง ขั้นตอน การปฏิบัติเท่านั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติก็อาจจะไม่ปฏิบัติตามได้ถ้าเห็นว่าเหตุผลอย่างอื่นที่เหมาะสม มติคณะรัฐมนตรีที่มีต่องานทางปกครอง โดยแยกเป็น 2 กรณี คือ

(1) ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี

โดยทั่วไปฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี โดยที่ในระบบกฎหมายไทยการแจ้งมติคณะรัฐมนตรีที่วางหลักเกณฑ์ต่างๆ ให้ฝ่ายปกครองปฏิบัตินั้นทำในรูปหนังสือเวียนของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ดังนี้ นมติคณะรัฐมนตรีจึงมีผลบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามเสมือนหนึ่งว่าเป็นกฎหมายภายในของฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นคำสั่งของผู้บังคับบัญชา

แต่การปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีก็จะมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาในบางประเด็น กล่าวคือ ถ้ามติคณะรัฐมนตรีนั้นยกเว้นกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับหรือยกเว้นการสั่งการที่คณะรัฐมนตรีได้เคยมีมติไว้ มติคณะรัฐมนตรีนั้นจะมีผลเช่นไร และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีนั้นหรือไม่

ก. กรณีที่มติคณะรัฐมนตรียกเว้นกฎหมาย

กรณีที่มติคณะรัฐมนตรียกเว้นกฎหมาย อาจเกิดขึ้นได้ จากกรณีที่มีกฎหมาย (พระราชบัญญัติ, พระราชกฤษฎีกา, กฎกระทรวง) บัญญัติให้อำนาจแก่คณะรัฐมนตรีที่จะมีมติเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ มติ คณะรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นในกรณีนี้ จึงเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่มีที่มาจากกฎหมาย อ กค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ จำต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว รวมทั้งมีผลต่องานทางปกครองด้วย

มติคณะรัฐมนตรีที่ยกเว้นกฎหมาย แตกต่างจากมติคณะรัฐมนตรีที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมติคณะรัฐมนตรีที่ไม่เหมาะสมเนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีที่ยกเว้นกฎหมายนั้น จะเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการเป็นอย่างอื่น แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ อ กค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ จะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่ยกเว้นกฎหมายดังกล่าวด้วย

แต่มติคณะรัฐมนตรีที่ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นปัญหาที่สำคัญ และอาจจะเกิดขึ้นได้เสมอ คณะรัฐมนตรีจะมีมติในทางใด ๆ ก็ได้ เพราะคณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน อำนาจและหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจึงมีอยู่อย่างกว้างขวาง ครอบคลุมกิจการในด้านต่าง ๆ มติของรัฐมนตรีไม่มีองค์กรใดภายในฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่ตรวจสอบทางด้านความชอบด้วยกฎหมายโดยตรง

ตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า มติคณะรัฐมนตรีจะมีสองลักษณะคือ มติคณะรัฐมนตรีที่กำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเลยเฉพาะเจาะจงให้อำนาจออกมติคณะรัฐมนตรีเช่นว่านั้น กับมติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายมติคณะรัฐมนตรีทั้งสองประเภทนี้ โดยหลักแล้วจะต้องชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง และอยู่ในขอบอำนาจของสถาบันฝ่ายกฎหมายปกครองที่จะเข้าไปควบคุมความชอบด้วยกฎหมายได้

ข. กรณีที่มติคณะรัฐมนตรียกเว้นระเบียบ ข้อบังคับ

องค์กรฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจออกระเบียบและแนวปฏิบัติต่าง (directive) มาใช้บังคับกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะสมาชิกขององค์กรฝ่ายปกครองได้ คณะรัฐมนตรีเองก็ได้ออกระเบียบและกำหนดแนวทางปฏิบัติราชการออกมามากมายหลายกรณี

ระเบียบที่ออกโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะมีสถานะเป็นกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงที่มาของมติคณะรัฐมนตรีในเรื่องนั้น กล่าวคือ ถ้ามีกฎหมายให้อำนาจออกระเบียบเช่นนั้นได้ ระเบียบนั้นก็ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองอย่างหนึ่ง สำหรับระเบียบที่ออกโดยไม่ได้อาศัยอำนาจตามกฎหมาย ระเบียบนั้นก็มิฉะนั้นเป็นเพียงระเบียบหรือแนวปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองเท่านั้น

กรณีที่มีระเบียบที่ออกโดยมติคณะรัฐมนตรี กำหนดแนวทางปฏิบัติในเรื่องใดไว้เป็นการทั่วไปแล้ว ถ้าคณะรัฐมนตรีได้มีมติกำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับกรณีใดเป็นการเฉพาะแล้ว มติคณะรัฐมนตรีนั้นย่อมยกเว้นระเบียบ ที่เป็นการกำหนดเรื่องทั่วไปไว้ได้

ค. กรณีที่มติคณะรัฐมนตรียกเว้นการสั่งการที่คณะรัฐมนตรีเคยมีมติไว้
มติคณะรัฐมนตรีเป็นการใช้อำนาจบริหารอย่างหนึ่ง แก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยง่าย เมื่อเหตุการณ์หรือเหตุผลความจำเป็นในแต่ละเรื่องเปลี่ยนไปหรือส่วนราชการบางหน่วยไม่สามารถปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีได้ ส่วนราชการ รัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือแม้แต่คณะรัฐมนตรีเองก็สามารถขอทบทวน ยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงมติคณะรัฐมนตรีได้เสมอโดยไม่มีข้อจำกัด

กรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรีเดิมขัดต่อนโยบายของคณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันนั้น คณะรัฐมนตรีเอง หรือส่วนราชการที่เกี่ยวข้องก็สามารถที่จะหยิบยกมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวขึ้นมา ทบทวนโดยเสนอเรื่องให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา ยกเลิก แก้ไข เปลี่ยนแปลงมติคณะรัฐมนตรีเดิมให้ สอดคล้องและตอบสนองกับนโยบายของคณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันได้

มติคณะรัฐมนตรีจึงเป็นมา ตระการทางบริหารของฝ่ายบริหารที่มีความ ยืดหยุ่น แก้ไข เปลี่ยนแปลง ได้โดยง่าย ไม่จำกัดตายตัวเหมือนกฎหมาย

(2) การที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี

การที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี จะมีผลต่อการกระทำทาง ปกครองอย่างไรบ้าง

ก. กรณีที่ไม่ทำให้การกระทำนั้นเสียไป

กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีของฝ่ายปกครองแล้วไม่ทำให้การ กระทำนั้นเสียไป ส่วนใหญ่จะเป็นมติคณะรัฐ มंत्रीเกี่ยวกับการกำหนดกระบวนการ หรือขั้นตอน ในการปฏิบัติงานขององค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นมา ตระการ ภายใน (mesures d'ordre interieur) มิใช่เป็นมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นกฎข้อบังคับ (réglements)

โดยทั่วไป “มาตรการภายใน” (mesures d'ordre interieur) หรือ “มาตรการ ภายในของฝ่ายปกครอง (mesures d'administration interieur) คือ มาตรการที่มีวัตถุประสงค์ (objet) อยู่ภายในกรอบของฝ่ายปกครองโดยมุ่งจัดระบบภายใน (l'aménagement) และการปฏิบัติงานของ หน่วยงานหรือบริการต่าง ๆ (le fonctionnement des services) ของฝ่ายปกครอง มาตรการเหล่านี้ มิได้มุ่งบังคับกับประชาชนโดยตรงจะมีผลกระทบต่อประชาชนก็แต่โดยทางอ้อมเท่านั้น

เมื่อเป็นเรื่องมาตรการภายในของฝ่ายปกครองแล้ว มาตรการดังกล่าว ย่อมจะไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลในด้านความชอบด้วยกฎหมาย (contrôle juridictionnel de la légalité) ดังเช่นที่ใช้บังคับกับนิติกรรมทางปกครอง (acte administratif) โดยทั่วไป กล่าวคือ มาตรการภายในไม่อาจถูกนำไปฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้สั่งเพิกถอน และมาตรการภายในไม่อาจ เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของความชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีที่มิคำสั่งหรือคำวินิจฉัยใดของฝ่าย ปกครองที่ขัดแย้งกับมาตรการภายใน คำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นก็มิอาจถูกนำไปฟ้องคดีต่อศาลเพื่อ ขอให้ศาลสั่งเพิกถอนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยนั้นได้ แต่ในขณะเดียวกัน มาตรการภายในใด ๆ ของฝ่าย ปกครองที่ไม่ถูกต้องและก่อให้เกิดความเสียหาย) ย่อมทำให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบได้ ไม่ว่า มาตรการภายในนั้นจะอยู่ในอำนาจการพิจารณาตัดสินของศาลซึ่งมีอำนาจสั่งเพิกถอนมาตรการภายใน นั้นหรือไม่ก็ตาม

ข. กรณีที่ทำให้การกระทำนั้นเสียไป

การที่ฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีแล้วทำให้การกระทำทางปกครองนั้นเสียไปจะพบได้ในมติคณะรัฐมนตรีที่มีลักษณะเป็นกฎ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรี ที่ให้ความเห็นชอบกับระเบียบ ข้อบังคับกำหนดแนวทางให้องค์กรของรัฐและ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับ โดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ปฏิบัติตามระเบียบ หรือ ข้อบังคับนั้น

(3) ผลต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การใช้อำนาจพิเศษของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้หลักการว่าด้วยนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เพราะการใช้อำนาจพิเศษของรัฐนี้จะกระทบกับสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐและกระทบถึงสิทธิและหน้าที่ในฐานะส่วนตัว ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่มีผล โดยตรงไปสู่ภายนอก คำสั่งดังกล่าวจึงเป็นนิติกรรมทางปกครอง

แต่ถ้าเป็นเรื่องความสัมพันธ์ในทางราชการ หรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่กระทำการตามที่สั่งภายในขอบเขตของงาน คำสั่งอาจจะอยู่ในรูปของหนังสือเวียน คำสั่งภายใน แนวทางการใช้ดุลพินิจ คำสั่งเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมาย แต่มี ผลเป็นกฎเกณฑ์ภายในของฝ่ายปกครอง ไม่มีผล โดยตรงไปสู่ภายนอก จึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง ข้าราชการผู้รับคำสั่งจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นจะฟ้องโต้แย้งคำสั่งนั้นหาได้ไม่

ก. กรณีที่มติคณะรัฐมนตรีมีผลเปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ ทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายบริหารที่มีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน นอกจากจะมีอำนาจควบคุมเหนือองค์กร ราชการต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นแล้ว คณะรัฐมนตรียังมีอำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคลอีกด้วย กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนขั้น ถอดถอนออกจากตำแหน่งได้ หรือมีอำนาจลงโทษทางวินัย อำนาจควบคุมเหนือตัวบุคคลนี้ เป็นอำนาจที่กฎหมายบัญญัติให้แก่คณะรัฐมนตรี และผู้บังคับบัญชาของ ๑ ลงมาตามลำดับ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีและผู้บังคับบัญชาของ ๑ ลงมาตามลำดับ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีและผู้บังคับบัญชาในหน่วยงานต่าง ๆ สามารถใช้อำนาจดังกล่าว ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตอบสนองนโยบายของคณะรัฐมนตรีได้

ข. กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี

จากที่กล่าวมาตอนต้นแล้วว่า มติคณะรัฐมนตรีอาจจะแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ มติคณะรัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน และมติคณะ

รัฐมนตรีที่เป็นการกำหนดระเบียบแบบแผนในการปฏิบัติราชการ ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎข้อบังคับ มติ คณะรัฐมนตรีจึงเป็นสิ่งสำคัญจำเป็นที่องค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องปฏิบัติตาม หากไม่ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีหรือ ฝ่าฝืนมติคณะรัฐมนตรีก็จะทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหาร ราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีไม่สามารถที่จะบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้ แถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือประชาชนได้ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการในการบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง ปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรี มาตรการที่สำคัญ คือ มาตรการทางวินัย ความรับผิดชอบ และ ความ รับผิดชอบอาญา

ความรับผิดชอบของข้าราชการหรือพนักงานองค์กรของรัฐที่มีต่อราชการนั้น เป็นไปตามระเบียบความรับผิดชอบของข้าราชการในทางแพ่ง

(4) ผลต่อประชาชน

ดังที่ได้ทราบกันอยู่แล้วว่า คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน นอกจากกิจการทางด้านนิติบัญญัติและตุลาการแล้ว กิจการทางด้านบริหารทุกด้าน อยู่ในอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารเกือบทั้งสิ้น

ดังนั้น มติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมพิ จารณาตัดสินปัญหา ของคณะรัฐมนตรีจึงมีผลกระทบต่อประชาชนเพราะกิจการทุกด้านของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง ล้วนแต่เป็นบริการสาธารณะที่กระทำลงไปเพื่อบริการประชาชน

ตามแนวคิดในประเทศไทย ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองไม่สามารถออก กฎเกณฑ์หรือระเบียบคำสั่งให้มีผลเป็นการบังคับกับประชาชนโดยตรงได้ ในการ ออกกฎหมายไป บังคับแก่ประชาชนเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ