



การกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล

โดย

นายธนพล พุฒิแก้ว

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

การกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล

โดย

นายธนพล พุฒิก้าว



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายมหาชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

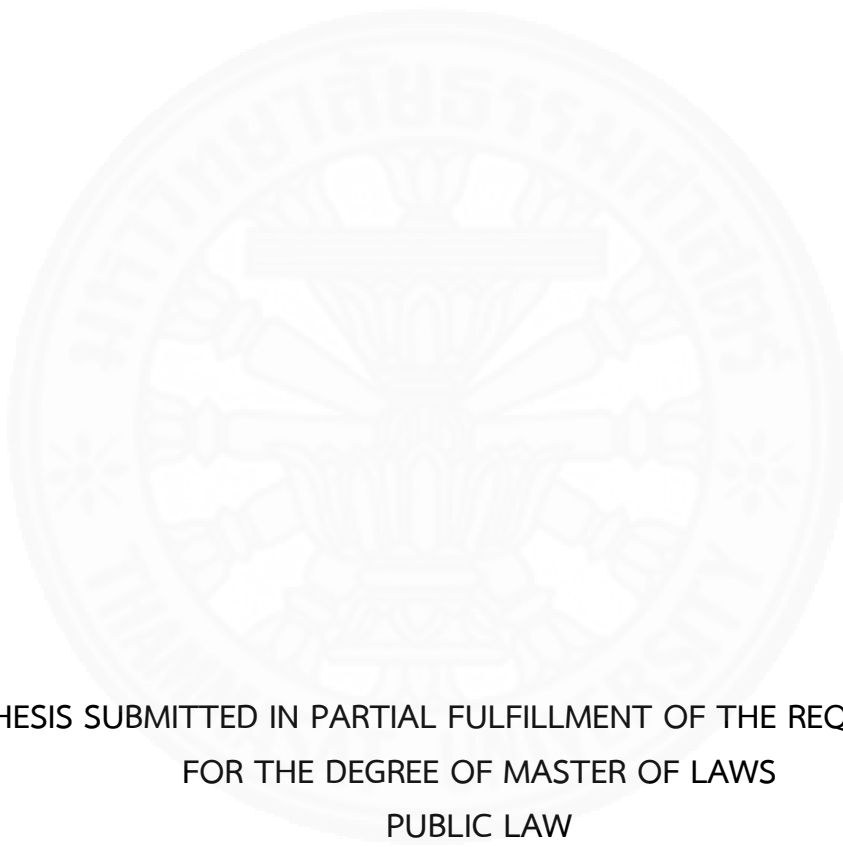
ปีการศึกษา 2561

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

THE ACT OF GOVERNMENT AND ADMINISTRATIVE ACT
ON FOREIGN AFFAIRS

BY

MR. THANAPON PUTKAEW



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PUBLIC LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2018

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายธนพล พุฒิก้าว

เรื่อง

การกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2562

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(รองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรรณุญ)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบุญรัตน์)

คณบดี

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน)

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล
ชื่อผู้เขียน	นายธนพล พุฒิแก้ว
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย	กฎหมายมหาชน นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์	ศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จันทจิรา เอี่ยมมยุรา
ปีการศึกษา	2561

บทคัดย่อ

“การกระทำทางรัฐบาล” ถือเป็นผลผลิตขององค์กรผู้ใช้ “อำนาจทางบริหาร” ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจในระบอบรัฐธรรมนูญอันประกอบไปด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ทั้งสามอำนาจนั้นเป็นแบ่งแยกออกจาก “อำนาจอธิปไตย” ของประเทศซึ่งมีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริง ที่มอบหมายให้องค์กรทั้งสามสาขาไปใช้ในการบริหารประเทศ เพื่อขับเคลื่อนสังคมไปสู่ความเจริญก้าวหน้าพร้อมกับรักษาความสงบเรียบร้อยให้แก่สังคมและรัฐ อีกประการหนึ่งของหลักการแบ่งแยกอำนาจคือการกระจายอำนาจอธิปไตยเพื่อมิให้ตกอยู่ในองค์กรใดหรือผู้ใดผู้หนึ่ง แต่กระจายออกกันไปเพื่อให้ทั้งสามอำนาจตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน

ภายในอำนาจบริหารนั้นจะมีเนื้อการใช้อำนาจเป็นสองลักษณะ หากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองสังคมหรือประเทศหรือบริหารสาธารณะจะเป็น “การกระทำทางปกครอง” หากเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองเพื่อกำหนดแนวนโยบายในทางบริหารราชการแผ่นดินภายในประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศจะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งผลของการกระทำทั้งสองประเภทยังจะมีระบบการตรวจสอบควบคุมที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงภายใต้หลักแบ่งแยกอำนาจ กล่าวคือ หากเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะตกอยู่ภายใต้กลไกทางการเมืองหรือโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ แต่หากเป็นการกระทำทางปกครองก็จะตกอยู่ภายใต้องค์กรใช้อำนาจตุลาการ อันเป็นหลักการที่สอดคล้องหลักการแบ่งแยกอำนาจของกฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าใช้อำนาจทางบริหารนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือทางปกครองในบางกรณีอาจมีความยุ่งยากอยู่

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาว่าในการบริหารราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในการดำเนินการใน “กิจการต่างประเทศ” ของประเทศไทยจะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารเพื่อกระทำการทางรัฐบาลโดยแท้หรือไม่ และมุ่งเน้นศึกษาในการกระทำกิจการต่างประเทศโดยกระทรวงการต่างประเทศของประเทศไทยเป็นหลัก

จากผลการศึกษาวิจัยจากประเทศตัวอย่าง ได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส พบว่า แนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นหลักการสากลในระบบกฎหมายมหาชนของ

แต่ละประเทศ โดยเป็นที่สังเกตได้ว่าไม่มีการบัญญัติเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ แต่มีพัฒนาการจากการตีความรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการของแต่ละประเทศเป็นหลักและพัฒนาเป็นทฤษฎีขึ้นมา ซึ่งการกระทำในทางการเมืองระหว่างประเทศหรือการนโยบายต่างประเทศหรือทางการทูตหรือการประกาศสงคราม ล้วนแต่ได้รับการยอมรับว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ซึ่งส่งผลให้องค์กรตุลาการของแต่ละประเทศจะไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบ และเห็นว่าเป็นอำนาจทางนโยบายการต่างประเทศที่จะต้องตรวจสอบโดยรัฐสภา

สำหรับประเทศไทย การกระทำในกิจการต่างประเทศก็ถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน ซึ่งผลของการศึกษาพบว่า “กิจการต่างประเทศ” นั้นสามารถแบ่งออกได้สามสถานะ ได้แก่ การนโยบายต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศ การทูต และการกงสุล และพบว่าหากมีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลปกครองในเนื้อหาของการกำหนดนโยบายระหว่างประเทศหรือการดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยรัฐบาลแล้ว ศาลปกครองก็จะไม่รับพิจารณาด้วยเหตุผลของการเป็นการกระทำทางนโยบายระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีซึ่งศาลปกครองไม่ได้รับอำนาจให้พิจารณาตามกฎหมาย แต่หากเป็นพิพาทด้วยเรื่องการกงสุล ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจในการบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองให้แก่ประชาชน ศาลปกครองก็จะรับมาพิจารณาได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายได้

จากการศึกษาค้นคว้าพบว่า การตรวจสอบการกระทำทางการเมืองระหว่างประเทศ การกำหนดนโยบายต่างประเทศหรือการดำเนินการความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างประเทศต่าง ๆ ของรัฐบาลไทยนั้นจะเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกระทำลงในรูปแบบของการกระทำทางรัฐบาล โดยแท้ ศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมจะไม่สามารถตรวจสอบการตัดสินใจทางการเมืองระหว่างประเทศได้ หากมีเช่นนั้นจะเป็นการก้าวล่วงดุลพินิจในการบริหารประเทศซึ่งไม่ชอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจ จะตรวจสอบก็ต้องดำเนินการโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่ถ้าหากเป็นการดำเนินการทางกงสุล ซึ่งมีเนื้อหาและลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง การกระทำดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบและควบคุมโดยศาลได้โดยชอบ ฝ่ายบริหารไม่สามารถที่จะอ้างว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลจะไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้ เว้นแต่ในกรณีที่เป็นการดำเนินการกิจการต่างประเทศของรัฐบาลที่แล้วเสร็จในการกระทำนั้น แต่จะต้องดำเนินการทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามการกระทำในกิจการต่างประเทศให้บรรลุผลได้ จะถือว่าการกระทำต่อมานั้นเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งแบ่งแยกออกจากการกระทำทางรัฐบาลได้ ศาลปกครองย่อมที่จะสามารถตรวจสอบได้โดยไม่ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ และฝ่ายบริหารไม่สามารถที่จะอ้างว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลจะไม่สามารถเข้ามาตรวจสอบได้เช่นกัน

ผลการศึกษาวินิจฉัยปัญหานี้มีข้อเสนอแนะให้กระบวนการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศต้องตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น หากมีการนำข้อพิพาทให้องค์กรตุลาการพิจารณา ศาลปกครองจะต้องดำเนินการตรวจสอบว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือเป็นการกระทำทางปกครองผ่านกลไกทางกฎหมายที่มอบอำนาจให้ศาลไว้เป็นสำคัญ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นการป้องกันฝ่ายบริหารใช้อำนาจจนเกินสมควร และดำรงไว้ซึ่งหลักนิติรัฐสืบไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจ

คำสำคัญ: กิจกรรมต่างประเทศ, การกระทำทางรัฐบาล, การกระทำทางปกครอง, การทูต, การเมืองระหว่างประเทศ นโยบายการต่างประเทศ, การกงสุล



Thesis Title	THE ACT OF GOVERNMENT AND ADMINISTRATIVE ACT ON FOREIGN AFFAIRS
Author	Mr. Thanapon Putkaew
Degree	Master of Laws
Major Field/Faculty/University	Public Law Law Thammasat University
Thesis Advisor	Professor Worachet Pakeerut, Ph. D.
Thesis Co-Advisor	Assistant Professor Jantajira Iammayura, Ph. D.
Academic Years	2018

ABSTRACT

This thesis aims to study the “Act of Government on Foreign Affairs” as a branch of the “Executive Powers” under the Principle of the Separation of Powers. The Executive Powers can be described as an “Act of Government” and an “Administrative Act”. This thesis, therefore, would like to seek the understanding of the said Foreign Affairs whether it could be an Act of Government or an Administrative Act, or both, and that could take different rules and procedures to check and review.

This Thesis had explored the judicial systems of the United Kingdom, the United States of America and the Republic of France and compared those to the system of Thailand. The study has shown that all the said countries are sharing the same doctrines which recognized the Act on Foreign Affairs as a kind of Act of Government, and the Courts are not able to review the discretion on foreign relations or diplomacy policy. Therefore, the Judiciary organization shall not review such acts, only the Parliament shall exercise the power to review or approve the Act of Government on Foreign Affairs under the Rules and Regulations of the Constitution regarding the Separation of Powers Doctrines. However, the Consular Matters, which are part of the Foreign Affairs Services, are not considered as an Act of Government but are considered as an Administrative Act. The Court, therefore, shall exercise its power to review and control the Consular services of the officials either in or out of their countries.

This Thesis suggests that, in order to maintain the Principle of the Separation of Powers and Legal State, the Act of Government on Foreign Affairs shall be reviewed and approved under the Parliamentary system. Whereas the Court shall, strictly adhere to the Laws and Regulations, verify act exercised by Executive

organisations, whether it would be an Act of Government or Administrative Act. In case of an Administrative Act, the Judiciary shall exercise its powers to review such act in lieu of the Legislative Powers, for the purpose of preventing an abuse of power or exceeding the limit of authority, and as a protection of the freedom and rights of the peoples.

Keywords: Foreign Affairs, Foreign Policy, Diplomacy, Consular Affairs, Act of Government, Administrative Act.



กิตติกรรมประกาศ

การจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. จันทจิรา เอี่ยมมยุรา เป็นอย่างสูง ที่กรุณารับเป็นที่ปรึกษาให้กับวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าขอขอบคุณทุกคำแนะนำและคำให้คำปรึกษาทางวิชาการของอาจารย์ทั้งสองท่าน ทั้งรูปแบบเนื้อหาและวิธีดำเนินการจัดทำวิทยานิพนธ์ และความหวังดีให้แก่ข้าพเจ้าในงานเขียนวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า รวมทั้งความกรุณาปราณีทุกครั้งที่ข้าพเจ้าต้องรบกวนในเรื่องการเรียนรู้มาโดยตลอด

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ วรัญญู เป็นอย่างสูงที่กรุณาให้เกียรติมาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้า ซึ่งท่านได้กรุณาสร้างและถ่ายทอดความรู้ความเข้าใจในทางวิชาการในการประกอบการจัดทำเนื้อหาและรูปแบบวิทยานิพนธ์ให้มีความครบถ้วนเรื่องเนื้อหาของข้าพเจ้าเล่มนี้เป็นอย่างมาก และข้าพเจ้าขอขอบพระคุณศาสตราจารย์ ดร. นพดล เดชสมบูรณ์รัตน์ ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าเป็นอย่างสูง ซึ่งท่านได้กรุณาให้สร้างความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายระหว่างประเทศประกอบการจัดทำวิทยานิพนธ์ของข้าพเจ้าเป็นอย่างมาก

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาและเพื่อนร่วมงานทุกท่านที่ทำให้กำลังใจข้าพเจ้ามาโดยตลอด ขอขอบคุณทีมกระทอนและเพื่อนร่วมรุ่นกฎหมายมหาชนที่ให้ความช่วยเหลือและกำลังใจมาโดยตลอด

ข้าพเจ้าขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ให้โอกาสข้าพเจ้าได้ศึกษาต่อในระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน ดังที่ข้าพเจ้าฝันไว้มาโดยตลอด

ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณบิดามารดา คุณลุงและคุณป้า และขอขอบคุณคุณคุณณัฐนิห์ ทับเที่ยง ที่สนับสนุนและช่วยเหลือข้าพเจ้ามาตลอดการศึกษา หากไม่มีบุคคลทุกท่านเหล่านี้ข้าพเจ้าคงไม่สำเร็จการศึกษาและวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ประการใดก็ขอให้คำขอบคุณส่งต่อไปยังผู้มีพระคุณของข้าพเจ้าในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ หากแต่มีผิดพลาดหรือบกพร่องประการใด ข้าพเจ้าขอประทานอภัยและขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

นายธนพล พุฒิแก้ว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ (ภาษาไทย)	(1)
บทคัดย่อ (ภาษาอังกฤษ)	(4)
กิตติกรรมประกาศ	(6)
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่ศึกษา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา	4
1.3 ขอบเขตของการศึกษา	4
1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา	5
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	5
บทที่ 2 การกระทำในกิจการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ	6
2.1 กิจการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ	6
2.1.1 ภารกิจพื้นฐานในความหมายของ “รัฐ”	7
2.1.1.1 อาณาเขต (Territory)	10
2.1.1.2 ประชากร (Population)	12
2.1.1.3 อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอธิปไตย	13
2.1.1.4 รัฐบาล (Government)	16
2.1.2 ภารกิจของรัฐ	18
2.1.2.1 ภารกิจพื้นฐานของรัฐ	19
2.1.2.2 การป้องกันประเทศ	19
2.1.2.3 การต่างประเทศ	21
2.1.2.4 การปกครองและดูแลรักษาความสงบในประเทศ	22
2.1.2.5 การยุติธรรม	23
2.1.2.6 การเงินการคลัง	24
2.2 ภารกิจลำดับรองของรัฐ	25
2.2.2.1 ทางเศรษฐกิจ	26
2.2.2.2 ทางสังคมและวัฒนธรรม	27
2.1.3 หน้าที่ของรัฐ	30

2.2 การกระทำของรัฐ	32
2.2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)	32
2.2.2 การกระทำทางนิติบัญญัติ	35
2.2.2.1 การเสนอร่างกฎหมาย	35
2.2.2.2 การพิจารณาลงมติให้เป็นกฎหมาย	36
2.2.2.3 การตรา	37
2.2.2.4 การโฆษณาประกาศใช้กฎหมาย	37
2.2.3 การกระทำทางตุลาการ	38
2.2.4 การกระทำทางบริหาร	41
2.2.4.1 การกระทำทางปกครอง	42
2.2.4.2 การกระทำทางรัฐบาล	44
2.2.4.3 สรุปลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล	70
2.3 การกระทำในกิจการต่างประเทศ	72
2.3.1 การกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล	72
2.3.1.1 แนวคิดของสหรัฐอเมริกา	73
2.3.1.2 แนวคิดของสหราชอาณาจักร	79
2.3.1.3 แนวคิดของฝรั่งเศส	82
2.3.1.4 แนวคิดของประเทศไทย	86
2.3.2 การกระทำในกิจการต่างประเทศที่สามารถแยกเนื้อหาออกจากการกระทำทางรัฐบาลได้ (Actes détachables)	99
2.3.2.1 คดีพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat)	100
2.3.2.2 คดีพิจารณาโดยศาลชี้ขาดคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits)	101
2.3.2.3 คดีพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุดในเรื่องเกี่ยวข้องกับสงคราม	102
2.3.3. สรุปลักษณะการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ	104
2.3.3.1 มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล	104
2.3.3.2 เนื้อหาและรูปแบบของการกระทำ	104
2.4 สรุป	105
บทที่ 3 การกิจการต่างประเทศภายในความรับผิดชอบของกระทรวงการต่างประเทศ	106
3.1 การกิจการต่างประเทศของไทย	107
3.2 การนโยบายต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศ	108
3.2.1 ผู้กำหนดนโยบายการต่างประเทศ	109
3.2.1.1 องค์กรฝ่ายบริหาร	109
3.2.1.2 องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ	112
3.2.1.3 บทบาทของประชาชน	114

3.2.2 การกำหนดนโยบายการต่างประเทศ	115
3.2.2.1 การรักษาเอกราชและความมั่นคงของชาติ	115
3.2.2.2 ความเจริญในทางเศรษฐกิจของชาติ	116
3.2.2.3 เกียรติภูมิของชาติ (Prestige)	116
3.3 การทูต	117
3.3.1 นิยามและความหมายของการทูต	117
3.3.2 ประวัติศาสตร์การทูตไทย	119
3.3.3 ประวัติกระทรวงการต่างประเทศ	123
3.3.4 การดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต	125
3.3.4.1 การเจรจาการทูต	125
3.3.4.2 การทำสนธิสัญญา	126
3.3.4.3 งานสารนิเทศ	131
3.3.4.4 การดำเนินนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ	132
3.4 การกงสุล	133
3.4.1 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางรัฐบาล	138
3.4.2 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางปกครอง	139
3.4.3 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางกระบวนการยุติธรรม	140
3.5 กระทรวงการต่างประเทศ	141
3.5.1 หน้าที่และอำนาจและโครงสร้างของกระทรวงการต่างประเทศในปัจจุบัน	141
3.5.1.1 ภารกิจความสัมพันธ์ทวิภาคี	142
3.5.1.2 ภารกิจความร่วมมือระหว่างประเทศ (หรือพหุภาคี)	143
3.5.1.3 กลุ่มภารกิจส่งเสริมกิจการต่างประเทศ (หรือ Functional)	143
3.5.1.4 การดำเนินภารกิจโดยการแบ่งส่วนราชการภายในกระทรวง	143
3.5.1.5 การดำเนินภารกิจโดยการแบ่งส่วนราชการภายในต่างประเทศ	144
3.5.2 รูปแบบของการกระทำในกิจการต่างประเทศของหน่วยงานในกระทรวงการต่างประเทศ	146
3.5.2.1 การกระทำในกิจการต่างประเทศในรูปแบบการกระทำทางรัฐบาล	146
3.5.2.2 การกระทำในกิจการต่างประเทศในรูปแบบการกระทำทางปกครอง	150
3.5.2.3 งานอื่น ๆ	159
3.6 ภารกิจการต่างประเทศของส่วนราชการอื่น	160
3.6.1 ภารกิจทางการเงิน การค้า และการพาณิชย์	161
3.6.2 ภารกิจของการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข	162
3.6.3 ภารกิจของการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม	162
3.6.4 ภารกิจของการพัฒนาศิลปวัฒนธรรม	163
3.6.5 ภารกิจคมนาคมระหว่างประเทศ	163
3.6.6 ภารกิจทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี	163

3.6.7	ภารกิจทางเกษตรกรรม	163
3.6.8	ภารกิจทางกระบวนการยุติธรรม	163
3.6.9	ภารกิจทางทหาร	164
บทที่ 4	การแยกการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นและไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล	165
4.1	การกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้	165
4.1.1	การจัดทำหรือยกเลิกหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ	166
4.1.2	สถานะของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ	168
4.2	การกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่สามารถแยกเนื้อหาเป็นการกระทำทางปกครอง	174
4.3	การกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำทางปกครอง	176
4.3.1	การอนุมัติหนังสือเดินทาง (Passport)	176
4.3.1.1	ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา	177
4.3.1.2	คำวินิจฉัยของศาลปกครอง	178
4.3.2	งานคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศ	184
4.3.3	งานทะเบียนราษฎร	187
บทที่ 5	บทสรุปและข้อเสนอแนะ	189
5.1	บทสรุป	189
5.1.1	การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐจะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารโดยแท้	189
5.1.2	การตรวจสอบการกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลจะต้องตรวจสอบโดยรัฐสภา	190
5.1.3	ฝ่ายตุลาการไม่สามารถจะเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ	190
5.1.4	การตรวจสอบการกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองจะต้องตรวจสอบโดยศาล	191
5.2	ข้อเสนอแนะ	192
5.2.1	การสร้างกลไกภายใต้ฝ่ายบริหารเป็นผู้พิจารณาเนื้อหาของการกระทำของส่วนราชการว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ	192
5.2.2	การสร้างคำชี้ขาดหรือพิพากษาของศาลซึ่งวางหลักการในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ และการกระทำใดที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล	192

บรรณานุกรม

194

ประวัติผู้เขียน

203



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาที่ศึกษา

ในสังคมโลกยุคปัจจุบัน ประเทศแต่ละประเทศที่มีความสมบูรณ์ในฐานะ “รัฐสมัยใหม่” (Modern State) จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบของรัฐบาลครบถ้วน 4 ประการ ได้แก่ ดินแดน ประชากร อธิปไตยและรัฐบาล โดยความเป็น “รัฐสมัยใหม่” จะไม่สามารถที่จะขาดองค์ประกอบสิ่งใดสิ่งหนึ่งไปได้ มิฉะนั้นรัฐก็จะไม่สมบูรณ์และไม่ได้รับสถานะความเป็น “รัฐ” ในเวทีโลก ดังนั้น การกระทำให้ดำรงไว้ซึ่งสถานะ “รัฐ” เพื่อรักษาดินแดน ประชากร อธิปไตย และรัฐบาลเพื่อปกครองประเทศอย่างเป็นเอกราชนั้นจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อรัฐ ทำให้การดำเนินการเพื่อธำรงรักษาความเป็นรัฐเอาไว้ตลอดกาลย่อมเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐทุกรัฐในโลกนี้ องค์ประกอบของรัฐอย่าง “รัฐบาล” จะเป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจต่อการบริหารประเทศ อันจะเป็นองค์กรที่จะต้องดำเนินกิจการ “ภารกิจพื้นฐาน” (Basic Function) ของรัฐอันพึงกระทำเพื่อดำรงไว้ซึ่งสถานะของ “รัฐ” ทำให้รัฐยังคงดำเนินต่อไปโดยไม่ถูกทำลายไป ทั้งในมิติด้านการรักษาความมั่นคงภายในรัฐนั่นเองและการรักษาความมั่นคงจากภายนอก การรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐจากภัยคุกคามภายนอกนั้นจะสามารถแบ่งกิจการได้สองรูปแบบคือกิจการทางทหารโดยรัฐจะมีภารกิจที่จะต้องจัดตั้งกองกำลังทางทหารเพื่อใช้ในยามสงครามปกป้องรัฐจากการคุกคามของรัฐอื่น และกิจการต่างประเทศ ซึ่งรัฐจะต้องดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือทางการทูตกับรัฐอื่นเพื่อสร้างความสัมพันธ์ไมตรีอันดีกับนานาประเทศและองค์การระหว่างประเทศ เมื่อมีความสัมพันธ์อันดีระหว่างกันแล้วก็ย่อมจะส่งผลดีต่อความมั่นคงของรัฐในทางที่รัฐนั้น ๆ จะไม่เข้ามาคุกคามทางสงครามด้วย

เมื่อรัฐบาลในฐานะองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐที่มีภารกิจพื้นฐานของรัฐพึงต้องปฏิบัติตามนั้นไม่ว่าจะกิจการทหารหรือกิจการต่างประเทศก็คือจะดำเนินการโดยภารกิจการบริหาร อำนาจในการกระทำการดังกล่าวของรัฐบาลคืออำนาจบริหาร (Executive Power) รัฐบาลจะมีอำนาจในการกระทำทางบริหาร เพื่อการบริหารประเทศและการปกครองประเทศ ซึ่งการกระทำทางบริหารนั้นเป็นอีกหนึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐเคียงข้างกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) อย่างไรก็ดี ภายใต้อำนาจบริหารแล้วโดยเนื้อหาและการกระทำของฝ่ายบริหารจะสามารถที่จะแบ่งแยกได้อีก 2 มิติหรือสองลักษณะ การกระทำทางบริหารออกเป็น (1) “การกระทำทางปกครอง” (Administrative Act) หมายความว่า การดำเนินการของรัฐโดยรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือเพื่อการดำเนินการในเชิงปกครองและจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ และ (2) “การกระทำทางรัฐบาล” (Act of Government) หรือการกระทำทางการเมือง หรือทางนโยบาย อันจะหมายความว่า การกระทำที่อำนาจของรัฐบาล (ฝ่ายบริหาร) อันมีลักษณะการใช้อำนาจทางการเมือง หรือการวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ซึ่งจะถูกควบคุมและตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติอย่างไรก็ดี อำนาจบริหารในด้านการกระทำทางปกครองนั้น ประเทศไทยได้มีการพัฒนาการไปแล้วมากทั้งในเรื่อง

การกำหนดบทนิยามตามกฎหมาย การจัดตั้งศาลปกครองเพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครองใด ๆ ของฝ่ายปกครอง และการตรากฎหมายทั้งสารบัญญัติและสบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติราชการทางปกครอง และการพิจารณาคดีปกครอง และการนำคำตัดสินชี้ขาดของศาลปกครองสูงสุดมาใช้เป็นกรณีศึกษาหรือเป็นแบบอย่าง ถึงแม้จะก่อให้เกิดข้อพิพาททางกฎหมายและทางทฤษฎีบ้างในบางกรณี แต่ในภาพรวมแล้วก็ถือว่าด้านกฎหมายปกครองมีพัฒนาการไปแล้วมาก กลับกันนั้น เมื่อหันมาพิจารณาถึงด้านการกระทำทางรัฐบาลที่แม้จะมีความสำคัญไม่แพ้กันในการบริหารราชการแผ่นดินแต่ทว่าภายใต้ระบบกฎหมายของไทยนั้นการกระทำทางรัฐบาลในภาพรวมยังไม่เคยได้รับคำนิยามไว้อย่างชัดเจนหรือเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด รวมถึงยังไม่มีกำหนดระบบการตรวจสอบหรือถ่วงดุลการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่แน่ชัดไว้เช่นกัน จึงเป็นการนำไปสู่ข้อพิพาททางกฎหมายที่เป็นกรณีศึกษาในประวัติศาสตร์ไทยทั้งในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 724/2490 พระยาปริตานุเบศร์ โจทก์ ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยในขณะนั้นเพื่อเรียกค่าเสียหายของโจทก์สืบเนื่องจากการที่รัฐบาลประกาศสงคราม (สงครามโลกครั้งที่ 2) กับสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ซึ่งในเวลาต่อมาเครื่องบินทั้ง 2 ประเทศได้บินมาทิ้งระเบิดในประเทศไทยและตกใส่เคหะสถานบ้านเรือนโจทก์จนได้รับความเสียหาย แม้ในท้ายที่สุดคดีนี้ศาลฎีกาจะสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณาตามกฎหมายแพ่ง (ด้วยเหตุสถานะทางบุคคลของรัฐบาล) แต่ปัญหาที่น่าจะหยิบยกมาวินิจฉัยตั้งแต่ก่อนกระบวนการพิจารณาทางศาลคือการประกาศสถานะสงครามนั้นในเชิงกฎหมายมหาชนนั้นถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ซึ่งไม่เข้าข่ายจะนำมาฟ้องร้องรับผิดชอบทางอำนาจตุลาการผ่านศาลได้ หรือกรณีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ผู้ฟ้องคดีทั้ง 5 ยื่นฟ้องรัฐบาลไทยเกี่ยวกับการลงนามความตกลงระหว่างประเทศ "ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น" (Japan-Thailand Economic Partnership Agreement - JTEPA) เพื่อระงับไม่ให้ลงนาม กรณีนี้ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดชี้ชัดว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อดำเนินกิจการทางปกครอง จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่มีได้บอกว่าจะต้องดำเนินการตรวจสอบโดยรูปแบบใดถัดมาคือคดีข้อพิพาทที่ประชาชนยื่นฟ้องฝ่ายบริหารต่อศาลปกครองอันลักษณะคล้ายคลึงกันกับคดี JTEPA แต่ผลลัพธ์ก่อให้เกิดปัญหาและข้อถกเถียงเชิงวิชาการอย่าง คำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 เรื่องรัฐบาลไทยในขณะนั้นสนับสนุนราชอาณาจักรกัมพูชาขอขึ้นทะเบียนปราสาทเขาพระวิหารเป็นมรดกโลกใน “คำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ไทย-กัมพูชา” ซึ่งศาลปกครองกลางมีคำสั่งชั่วคราวเพื่อคุ้มครองบรรเทาทุกข์ก่อนการพิพากษา ทั้งที่โดยข้อเท็จจริงแล้วรัฐบาลไทยได้กระทำการทางนโยบายมิใช่ทางปกครอง และสุดท้ายศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 ยืนตามคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวของศาลปกครองกลางผลของ Joint Communiqué ดังกล่าวได้นำไปสู่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6-7/2551 ซึ่งสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับ Joint Communiqué ไทย-กัมพูชา ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ว่าเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ก่อนหรือไม่ ซึ่งสุดท้ายแล้วศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยชี้ขาดว่าคำแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวเป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

ไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 เสียก่อน แม้อำนาจในการจัดทำหนังสือสัญญาผูกพันรัฐของไทย จะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารซึ่งกระทำการในทางนโยบายซึ่งโดยหลักการแล้วต้องได้รับการตรวจสอบถ่วงดุลหรือรับผิดชอบต่อรัฐสภาภายใต้หลักแบ่งแยกอำนาจ แต่จากคดีตัวอย่างที่ยกมานั้นอาจกล่าวว่าอำนาจตุลาการได้เข้ามาพิจารณาการกระทำทางรัฐบาลในการดำเนินกิจการต่างประเทศ และเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศทั้งสิ้น อันนำไปสู่ความสับสนซึ่งสามารถก่อให้เกิดปัญหาได้

ถึงกระนั้น หากเราจะพิจารณาแต่โดยหลักการทั่วไปแล้วว่าการดำเนินกิจการต่างประเทศและทางการทูตอันเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐย่อมเป็น “การกระทำทางรัฐบาลโดยแท้” โดยที่ไม่มีการพยายามที่จะพิจารณาถึงเนื้อหาการกระทำดังกล่าวเชิงลึกอีกต่อไปนั้น ก็เท่ากับการทุกการกระทำในกิจการต่างประเทศฝ่ายบริหารก็ต้องรับผิดชอบทางการเมืองแต่เพียงอย่างเดียว และจะต้องตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้อาจไม่ส่งผลดีแก่การคุ้มครองสิทธิของประชาชนของรัฐนั้น ๆ ได้ ซึ่งที่ผ่านมา นั้น พัฒนาการทางกฎหมายมหาชนได้มีการพิจารณาเนื้อหาสาระของการกระทำว่า หากการดำเนินการทางรัฐบาลในการดำเนินกิจการต่างประเทศนั้นมีเนื้อหาของการกระทำที่สามารถที่จะแยกส่วนออกมาพิจารณาหรือพิสูจน์ให้เห็นได้ว่า ในการกระทำทางบริหารด้านกิจการต่างประเทศนั้นมี “บางส่วน” เป็นการดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาลโดยแท้ซึ่งย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล ถ้าหากจะตรวจสอบได้ก็ต้องใช้กลไกฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ว่าสามารถแยกเนื้อหาการกระทำทางบริหารส่วนอื่นได้ว่าเป็นการ “กระทำทางปกครอง” ซึ่งเท่ากับจะเป็นองค์กรศาลที่เป็นผู้มีอำนาจที่จะสามารถเข้ามาตรวจสอบและควบคุมการดำเนินกิจการต่างประเทศนั้น ๆ ได้ทันที ซึ่งหลักการดังกล่าวเรียกว่า “Actes détachables” หรือหากเป็นกรณีที่มีการดำเนินกิจการต่างประเทศของรัฐในมิติการกงสุลต่อคนชาติของรัฐนั้น มิใช่ต่อคนต่างชาติ ซึ่งน่าสนใจว่ากรณีดังกล่าวจะพิเคราะห์ในเนื้อหาสาระแล้วจะนับว่าเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ หรือสามารถแบ่งแยกออกเป็นการกระทำทางปกครองได้ หรือว่าจะไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลใด ๆ เลยแต่เป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้เท่านั้น

ดังนั้น จากปัญหาที่ยังคงค้างในระบบกฎหมายไทยนอกเหนือไปจากการกระทำทางรัฐบาลที่ยังไม่ได้รับการนิยามให้แน่ชัดแล้ว ยังรวมไปถึงการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศหรือระหว่างประเทศอีกด้วย ย่อมก่อให้เกิดคำถามว่าสุดท้ายแล้ว ฝ่ายบริหารจะมีการดำเนินการอย่างไร จะดำเนินการในรูปแบบไหน จะมีการตรวจสอบถ่วงดุลกันอย่างไร และโดยวิธีใด หรือโดยกฎหมายฉบับใด และกระบวนการที่ออกมาจะเป็นรูปแบบใด จะเป็นไปตามหลักแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ จะส่งผลให้เกิดข้อพิพาททางวิชาการกฎหมายหรือทางการเมืองอีกหรือไม่ และจะสามารถยุติปัญหาที่เกิดขึ้นได้เพียงใดตลอดจนประชาชนจะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายอย่างไร จะสามารถยับยั้งการดำเนินการกิจการต่างประเทศได้บ้างเพื่อร้องขอให้ศาลตรวจสอบและคุ้มครองได้ หรือจะเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารจะต้องได้รับการตรวจสอบเฉพาะฝ่ายนิติบัญญัติแต่เพียงเท่านั้นหรือไม่ การดำเนินการในกิจการต่างประเทศของรัฐจะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ทั้งหมดทุกกรณีหรือไม่ หรือจะสามารถแยกเนื้อหาการกระทำออกเป็นบางส่วนได้ หรือมีอะไรบางอย่างที่จะถือเป็นการกระทำทางปกครองได้ ปัญหาที่ดังกล่าวนี้นี้จึงเป็นกรณีปัญหาสำคัญที่สมควรที่จะตั้งหัวข้อเพื่อนำมาศึกษาเป็นวิทยานพนธ์ฉบับนี้

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศถึงนิยามและความหมายของภารกิจพื้นฐานของรัฐในการดำเนินการต่างประเทศ ควบคู่กันกับการทำความเข้าใจถึงการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง และการดำเนินการต่างประเทศของไทยผ่านกระทรวงการต่างประเทศ เพื่อนำไปสู่ความรู้ความเข้าใจให้่องแท้ได้ว่าการกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นไม่ใช่ทุกกรณีที่จะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเสมอไป เพื่อให้ได้ถึงการประมวลข้อเสนอแนะแนวทางการแก้ปัญหาอุปสรรคของไทยในอดีต และป้องกันการเกิดปัญหาในอนาคต

1.3 ขอบเขตของการศึกษา

เพื่อประโยชน์ในการศึกษา วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงขอแบ่งการศึกษาออกเป็น 5 บท โดยแต่ละบทจะมีรายละเอียดโดยรวม ดังนี้

บทที่ 1 บทนำ เป็นการกล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการศึกษาค้นคว้าวิจัยและแรงบันดาลใจ ในหลักกฎหมายมหาชนต่อกรณีศึกษาเพื่อตอบปัญหาทางวิชาการในการทำความเข้าใจปัญหา ที่มา และการตั้งเป้าหมายการศึกษาให้สามารถที่จะเสนอแนะแนวทางในการหาทางออกให้แก่ปัญหาได้

บทที่ 2 จะทำการศึกษาในเรื่องว่าด้วยกิจการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ เพื่อศึกษาเนื้อหาถึงภารกิจหลักของรัฐว่าด้วยกิจการต่างประเทศเป็นหลัก และทฤษฎีแนวคิดเรื่อง การกระทำทางบริหารของรัฐ และการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

บทที่ 3 ว่าด้วยการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ โดยมุ่งเน้นไปยังภารกิจ ด้านกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศ โดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 มิติ ได้แก่ การต่างประเทศ การทูต และการกงสุล ผ่านการศึกษาค้นคว้าตำราทางกฎหมาย คำบรรยาย เอกสาร ประวัติศาสตร์ ผลงานวิชาการ เป็นต้น

บทที่ 4 จะศึกษาเรื่องการแยกการกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทาง รัฐบาลโดยจะมุ่งเน้นจากการศึกษากรณีศึกษาของระบบศาลไทยเป็นหลัก เพื่อให้ได้มาซึ่งหลักการ และแนวคิดในการดำเนินการในกิจการต่างประเทศทั้งกรณีการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ การกระทำ ทางรัฐบาลที่สามารถแบ่งแยกได้ และที่เป็นการกระทำทางปกครองโดยแท้

บทที่ 5 หรือบทสุดท้าย ผู้เขียนจะเป็นการประมวลผลการดำเนินการศึกษาและวิจัยของ วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เพื่อให้ได้ข้อเสนอแนะในเชิงวิชาการเพื่อแก้ไขปัญหาคู่ในเชิงกฎหมายมหาชนที่ อาจเกิดขึ้นอีกในอนาคตของไทย

1.4 ระเบียบวิธีการศึกษา

เพื่อให้บรรลุแห่งวัตถุประสงค์การศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะมุ่งเน้นที่การดำเนินการต่างประเทศในฐานะภารกิจของรัฐของกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลักเท่านั้น การประมวลเนื้อหาจะดำเนินการจากข้อมูลเอกสารเป็นหลัก ทั้งในรูปแบบเล่ม และแบบอิเล็กทรอนิกส์ตามสมัยนิยม ผ่านการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทย และต่างประเทศของประเทศตัวอย่างการศึกษา ตำรา คำบรรยาย เอกสารประวัติศาสตร์ บทความทางวิชาการ และวิทยานิพนธ์ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกัน หรือแนวคิดทางวิชาการที่ได้รับการเสนอไว้ และนำมาวิเคราะห์หลักกฎหมายที่ค้นคว้ามาเพื่อให้ได้มาซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คาดว่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ในการได้รับความรู้และความเข้าใจในภาพรวมระหว่างเรื่องการดำเนินการของรัฐในกิจการต่างประเทศ ตลอดจนทำความเข้าใจในการกิจของกระทรวงการต่างประเทศทั้งในด้านการต่างประเทศ การดำเนินการความสัมพันธ์ทางการทูต และการกงสุล ในฐานะการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ และที่ไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล และสามารถที่จะแยกแยะและแจกแจงถึงความแตกต่างของกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลและที่ไม่ใช่ทางรัฐบาล และการดำเนินการกิจการต่างประเทศใดบ้างที่ถือเป็นการกระทำทางปกครอง พร้อมทั้งกระบวนการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวเช่นกัน และสุดท้ายหลังจากที่ได้รับทราบสภาพปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศและที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลอันมุ่งไปสู่การเสนอแนะแนวทางการแก้ไขและป้องกันปัญหาดังกล่าวได้ในอนาคต

บทที่ 2

การกระทำในกิจการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ

บทนี้จะกล่าวถึงการเริ่มต้นกระบวนการศึกษาถึงที่มาและความสำคัญของ “การกระทำในกิจการต่างประเทศ” ที่ถือว่าเป็น “ภารกิจพื้นฐานของรัฐ” อันเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งในการที่รักษาไว้ซึ่งองค์ประกอบของรัฐให้ครบถ้วนสมบูรณ์ที่จะทำให้รัฐคงความเป็นสถาบันทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ และในการเป็นรัฐที่มีความสามารถที่จะแสดงออกต่อเวทีโลกในทางกฎหมายระหว่างประเทศ “การกระทำในกิจการต่างประเทศ” จึงเป็นหน้าที่สำคัญที่ผู้ปกครองรัฐจะต้องดำเนินการให้แก่ประชาชนในรัฐนั้นเพราะรัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการต่างประเทศต่อรัฐอื่น ๆ ในสังคมโลก การต่างประเทศเป็นหนึ่งในภารกิจพื้นฐานหลักของรัฐเคียงคู่กับภารกิจอื่น ๆ ของรัฐที่ทุกภารกิจก็ล้วนที่จะดำเนินการให้บรรลุจุดประสงค์สูงสุดของรัฐคือความมั่นคงยืนนาน ความเจริญรุ่งเรืองของชาติและความผาสุกของประชาชน

ดังนั้น เพื่อสร้างความเข้าใจในความหมายรวมทั้งความสำคัญของการกระทำของรัฐในกิจการต่างประเทศว่ามุ่งประโยชน์ในการใด การศึกษาถึงความหมายของรัฐและภารกิจพื้นฐานของรัฐจึงเป็นดังการปูทางเพื่อให้เห็นภาพและความสำคัญที่รัฐจะต้องกระทำการดังกล่าวเพื่อรับใช้เจตนารมณ์อะไร และเพื่อที่จะนำไปสู่การอธิบายการแบ่งแยกรูปแบบ “การกระทำของรัฐ” และการจัดระเบียบองค์กรของรัฐเพื่อรองรับภารกิจพื้นฐานของรัฐแต่ละประเภทที่หน่วยงานนั้น ๆ ได้รับไปรวมถึงองค์กรที่รับผิดชอบกิจการต่างประเทศของรัฐ และเพื่อที่จะได้ทำความเข้าใจถึงความหมายและบทบาทของกิจการต่างประเทศว่าเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐในรูปแบบใด และเพื่อรองรับหรือให้ได้มาเพื่อประโยชน์อันใดของรัฐ และดำเนินการโดยอาศัยการกระทำของรัฐในรูปแบบใด

2.1 กิจการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ

กิจการต่างประเทศนั้นหากพิเคราะห์เบื้องต้นแล้วอาจจะเข้าใจได้ว่าเป็นการทูตหรือสิ่งที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คำกล่าวนี้ไม่ผิดนักเพราะแนวคิดทฤษฎีในการดำเนินกิจการต่างประเทศนั้นในเบื้องต้นคำว่าต่างประเทศมีความหมายที่คล้ายคลึงกับการทูตอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตามการทำความเข้าใจถึงเนื้อหาในเรื่องนี้เป็นสิ่งสำคัญต่อการศึกษาวិทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะขออธิบายในบทต่อไป

เช่นกันกับการศึกษาเข้าใจในกิจการต่างประเทศนั้นหากพิเคราะห์แล้วจะเข้าใจว่าเป็นเรื่องการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ แต่แนวคิดเรื่องกฎหมายมหาชน (Public Law) นั้นฝรั่งเศสได้จำแนกประเภทกฎหมายมหาชนเป็น 2 สาขา ได้แก่ กฎหมายมหาชนภายใน (Droit public interne) และกฎหมายมหาชนภายนอก (Droit public externe) หรือที่รู้จักกันในประเทศไทยว่ากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law)

ความหมายของคำว่ากฎหมายมหาชนของไทยนั้น ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้นิยามไว้ว่าคือ “กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่

เป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือในฐานะที่รัฐมีฐานะเหนือราษฎร ส่วนกฎหมายเอกชนหมายถึงกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนด้วยกันในฐานะที่เท่าเทียมกัน”¹ ส่วนนักกฎหมายฝรั่งเศสได้ให้คำนิยามของกฎหมายมหาชนไว้หลากหลายท่านซึ่งตำรากฎหมายมหาชนของไทยได้แปลและอ้างอิงไว้มากมาย เช่น ศาสตราจารย์โมริส ดูแวร์เซ่ (Maurice Duverger) อธิบายไว้ว่ากฎหมายมหาชน “กฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะและอำนาจของผู้ปกครอง รวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้ปกครอง” ศาสตราจารย์แมกซ์ กูแนล (Max Gounelle) ให้ความหมายของกฎหมายมหาชนว่า “เป็นกฎหมายที่ประกอบด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวกับสถานะของรัฐและผู้ปกครองกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองกับพลเมือง”² จึงอาจสรุปได้ว่า “กฎหมายมหาชนภายใน” คือกฎหมายที่ก่อสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐในฐานะผู้ปกครองรัฐใช้อำนาจรัฐในการปกครองกับประชาชนของรัฐ เป็นความสัมพันธ์ภายในรัฐนั่นเอง

กฎหมายมหาชนภายนอก (Droit public externe) หรือกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีเมือง (Public International Law) คือกฎหมายที่เป็นดังกติกากลางในสังคมของโลกใบนี้ในนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐด้วยการถือว่ารัฐเอกราชแต่ละรัฐมีสถานะเป็นบุคคล (นิติบุคคล) ตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีศักดิ์และสิทธิเท่าเทียมกันในโลก

ดังนั้น จึงสรุปในเบื้องต้นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศนั้นเป็น “กฎหมายมหาชน” ประเภทหนึ่งเช่นกันนอกเหนือการเป็นกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนภายในประเทศ เพราะเป็นเรื่องการกำหนดบทบาทของรัฐในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐในสังคมโลก ซึ่งอาจจะเรียกการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างรัฐต่อรัฐภายใต้กฎหมายมหาชนระหว่างประเทศนั้นว่าเป็น “การกระทำในกิจการต่างประเทศของรัฐ”

2.1.1 การกีดกันพื้นฐานในความหมายของ “รัฐ”

“รัฐ” คือสถาบันที่มีความสำคัญในการศึกษากฎหมายมหาชน รัฐมีบทบาทต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายจัดตั้งโครงสร้างและรูปแบบของรัฐและองค์กรของรัฐตลอดจนการกระทำขององค์กรของรัฐ มีบทบาทต่อกฎหมายปกครองในฐานะกฎหมายที่เป็นกลไกการดำเนินการและการกระทำทางปกครองของรัฐ รัฐมีบทบาทต่อกฎหมายการเงินการคลังของรัฐในฐานะกฎหมายที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มาและการบริหารจัดการรายได้รัฐ และรัฐมีความสัมพันธ์กับกฎหมายระหว่าง

¹ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 แก้ไขและปรับปรุงโดยสมยศ เชื้อไทย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น. 82.

² อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 36.

ประเทศในฐานะการเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดความสามารถในการดำเนินการในเวทีโลกภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน³

เมื่อรัฐเป็นสถาบันที่มีความสำคัญในทางกฎหมายมหาชนและทางกฎหมายระหว่างประเทศ จึงนำมาสู่ความพยายามที่จะบัญญัติหรือนิยามความหมายของรัฐ ในทางภาษาศาสตร์แล้วคำว่า “รัฐ” ภาษาอังกฤษคือ “State” หรือ “Etat” ในภาษาฝรั่งเศส หรือ “Staat” ในภาษาเยอรมนี มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “Status” ซึ่งแปลว่าสิ่งที่ยืนอยู่หรือตั้งอยู่ ในยุคสมัยกรีกโบราณจะใช้คำว่า “Polis” ซึ่งแปลว่านครรัฐที่มีขอบเขตจำกัดอยู่เพียงขอบเขตของนครต่าง ๆ ไม่ขึ้นต่อกันใคร ๆ⁴ และสมัยโรมันจะเรียกชุมชนทางการเมืองของว่า “res publica” หรือแปลว่าสาธารณรัฐ หรือ “Imperium (จักรวรรดิ)” ซึ่งเทียบเคียงกับการมีสถานภาพเป็นรัฐในสมัยปัจจุบันได้ แต่ก็ไม่ถือว่าเป็นรัฐในยุคสมัยนั้นก็ตาม สำหรับภาษาไทยแล้ว “รัฐ” นั้น ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานของไทยให้ความหมายไว้ว่า “(คำนาม) รัฐ, รัฐ- [รัด, รัตตะ-] แคว้น เช่น รัฐปาหังหรือบ้านเมือง เช่น กฎหมายสูงสุดของรัฐหรือประเทศ เช่น รัฐวาทิกัน”⁵

ต้นกำเนิดของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) หรือความเป็นรัฐในสมัยปัจจุบันนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีจุดเริ่มต้นในยุคคริสต์ศตวรรษ 16 ถึง 18 โดยปรากฏในงานเขียนชื่อ “Il Principe (The Prince)” ของนิโคโล มาเคียเวลลี (Niccolò Machiavelli) นักปรัชญาชาวอิตาลี⁶ ว่า “lo stato” เป็นศูนย์แห่งอำนาจเหนือมนุษย์⁷ และส่งผลคำว่า “stato” กระจายไปยังสหราชอาณาจักร สเปน และฝรั่งเศส ซึ่งในฝรั่งเศสนั้นได้มีบุคคล 2 ท่าน ทำการขยายคำว่า “รัฐ” เอาไว้ผ่านงานเขียนชื่อดัง ได้แก่ ใน “Six livres de la Republique” หรือ “สาธารณรัฐใน 6 บรรพ” ของฌ็อง โบแดง (Jean Bodin) นักปรัชญาทางกฎหมายสัญชาติฝรั่งเศส ว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองรัฐก็คือ “อำนาจอธิปไตย” หรือ “puissance souveraineté”⁸ และรัฐเป็นสถาบันทรงอำนาจสูงสุด

³ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 27.

⁴ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), น. 270.

⁵ ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), น. 986.

⁶ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1469 – 21 มิถุนายน ค.ศ. 1527

⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 15.

⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น. 222.

เพียงหนึ่งเดียวที่ยั่งยืนสืบไป ซึ่งสถาบันดังกล่าวคือสถาบันกษัตริย์อันเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน⁹ แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของฌ็อง โบแตง ได้เสนอขึ้นมาเพื่อประสงค์จะยุติปัญหาความขัดแย้งทางความเชื่อของสังคมฝรั่งเศสในช่วงกลางศตวรรษ 16 และต่อมาทฤษฎีอำนาจอธิปไตยได้กลายเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่มีบทบาทสำคัญทั้งต่อฝรั่งเศสเอง และอิทธิพลต่อกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰ ต่อมาในยุคปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ซึ่งทำให้อำนาจอธิปไตยกับสถาบันกษัตริย์ของฝรั่งเศสที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันนั้นได้แยกออกจากกัน ซึ่งแอมานุแอล โฌเซฟ ซีเยเยส (Emmanuel Joseph Sieyès) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้ให้แนวคิดที่ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ”¹¹ และแนวคิดดังกล่าวได้พัฒนามาจนกลายเป็นแนวคิดที่ว่าอำนาจในการปกครองสังคมใดสังคมหนึ่งจะเป็นอำนาจผูกขาดของรัฐแบบรวมศูนย์ผ่านการจัดระเบียบองค์กรภายในเพื่อรองรับภารกิจต่าง ๆ ของรัฐ

ในทัศนะทางนิติศาสตร์นั้น “รัฐ” คือชุมชนทางการเมืองที่มีอำนาจปกครองตนเอง ซึ่งมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ¹² (1) รัฐมีฐานะเป็นองค์กรที่มีอำนาจเหนือดินแดน และ (2) รัฐมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน ซึ่งหมายความว่า รัฐจะเป็นบุคคลผู้ทรงสิทธิและมีหน้าที่ทางกฎหมาย ซึ่งหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายนั้นจะขออธิบายในหัวข้อถัดไป

แต่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้น คำว่ารัฐนั้นไม่ว่าจะเป็นประเทศในระบอบการปกครองประเภทใด เช่น ราชาอาณาจักร (Kingdom) หรือราชรัฐ (Principality) หรือสาธารณรัฐ (Republic) หรือสหรัฐ (United States) หรือสหพันธรัฐ (Federal) ผ่านตัวอย่างประเทศต่าง ๆ เช่น ราชาอาณาจักรไทยราชรัฐโมนาโก สาธารณรัฐเกาหลี สหรัฐอเมริกา สหพันธสาธารณรัฐบราซิล และไม่ว่าประเทศนั้นจะปกครองในระบอบใดก็ตามไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ เช่น ระบอบคอมมิวนิสต์ (Communist) ระบอบสังคมนิยม (Socialist) หรือระบอบเผด็จการ (Dictatorship) หรือจะเป็นรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม ประเทศเล็กหรือประเทศใหญ่ ประชากรจะมากน้อยแค่ไหนก็ตาม “รัฐ” นั้นก็คงความเป็น “รัฐ” เทียมเท่าเสมอกันในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศ หากรัฐใด ๆ ก็ตามมีอำนาจอธิปไตยในการปกครองตนเอง ซึ่งแนวคิดนี้ดังที่ เอ็มเมอร์ เดอ แวตแตลล์ (Emer de Vattel) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศส ได้เคยกล่าวไว้ว่า “คนแคระ (dwarf) ย่อมเป็นคนเช่นเดียวกับคนตัวใหญ่ราวยักษ์ รัฐเล็กก็มิได้มีอำนาจอธิปไตยน้อยไปกว่ารัฐใหญ่ที่มีอำนาจมากมายแต่อย่างใด”¹³ เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจาก “รัฐ” ย่อมมีสถานะเป็น “บุคคล (personality)” หากมี

⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 15.

¹⁰ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย), 2552, น. 31.

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 16.

¹² *เพ็งอ้าว*, น. 49.

¹³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน), 2554, น. 33.

องค์ประกอบครบถ้วนตามที่ถูกกำหนดไว้ในอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States) กล่าวคือ ในมาตรา 1 ของอนุสัญญา¹⁴ ระบุไว้ว่ารัฐในฐานะบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้ (1) มีประชากรของรัฐถาวร (Permanent Population) (2) มีอาณาเขตที่แน่นอน (Defined Territory) (3) มีรัฐบาล (Government) และ (4) มีความสามารถ (capacity) ที่จะปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่น

เมื่อรัฐมีสภาพบุคคลหรือองค์ภาวะ (Entity) ตามกฎหมายระหว่างประเทศและตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) แล้ว รัฐก็จะมีความสามารถที่จะดำเนินกิจการใด ๆ ในสังคมนระหว่างประเทศส่งผลให้รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ และก่อให้เกิดรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศด้วย¹⁵

แต่ในทัศนะของกฎหมายมหาชนแล้ว รัฐจะมีองค์ประกอบอยู่ 3 ประการหลัก ๆ ได้แก่ (1) อาณาเขตของรัฐ (2) ประชากรหรือพลเมืองของรัฐ และ (3) อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจรัฐ ดังนั้น เพื่อทำความเข้าใจถึงรัฐ จึงอาจประมวลอธิบายองค์ประกอบของรัฐประกอบกันทั้งด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศได้ดังต่อไปนี้

2.1.1.1 อาณาเขต (Territory)

ในความหมายของกฎหมายมหาชน รัฐจะต้องมีอาณาเขตเพราะว่าอาณาเขตของรัฐเป็นองค์ประกอบเบื้องต้นอันพื้นฐานการเป็นรัฐทางกายภาพ การที่มีอาณาเขตเป็นหลักแหล่งของรัฐเป็นหลักประกันว่ารัฐจะใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนดังกล่าวต่อบุคคลในรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีอำนาจเต็มในอาณาเขตรัฐนั้น ๆ รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดีในรัฐนั้นหรือกับบุคคลในรัฐได้ ถือเป็นอำนาจบริหารจัดการที่เป็นผลทางภายในของรัฐ และการที่รัฐยึดถือดินแดนเป็นของรัฐใดรัฐหนึ่งเท่ากับเป็นการแสดงอำนาจอกราชของรัฐและอิสระของอำนาจอกราช

¹⁴ The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States Article 1
“The state as a person of international law should possess the following qualifications:

- a. a permanent population;
- b. a defined territory;
- c. government; and
- d. capacity to enter into relations with the other states”

¹⁵ อย่างไรก็ดี บุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศอีกประการคือ “องค์การระหว่างประเทศ” (International Organizations) ซึ่งมีองค์ประกอบสำคัญที่การเป็น “บุคคล” ในกฎหมายระหว่างประเทศ คือจะต้องก่อตั้งขึ้นโดยความตกลงระหว่างรัฐสองรัฐหรือมากกว่านั้น (Intergovernmental organizations) หากองค์การที่มีได้ก่อตั้งโดยรัฐบาลจะไม่ถือว่าเป็นองค์การระหว่างประเทศ

การเมือง¹⁶ อำนาจของรัฐดังกล่าวถือได้ว่าเป็น “อำนาจเหนือดินแดน” ของรัฐ¹⁷ และในทางภายนอก รัฐหรือระหว่างประเทศแล้ว จะไม่มีรัฐอื่นในโลกที่จะใช้อำนาจเข้ามาเหนือดินแดนของรัฐนั้น ๆ หรือ เข้ามาท้าทายแทรกแซงได้ การรุกรานอาณาเขตรัฐใดโดยมิชอบย่อมเป็นการละเมิดรัฐนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็น ในนามของรัฐหรือของประชาชนทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ เว้นแต่บาง กรณีที่รัฐจะสละอำนาจเหนือดินแดนบางส่วนให้แก่บุคคลของรัฐอื่น ๆ ซึ่งจะเป็นกรณีที่รัฐต่อรัฐทำ ความตกลงกันหรือกับองค์การระหว่างประเทศเช่นการให้ออกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและทาง กงสุลให้เจ้าหน้าที่ต่างรัฐ เป็นต้น

รูปร่างอาณาเขตของรัฐจะถูกกำหนดไว้โดยเส้นเขตแดนของรัฐนั้น ๆ ในทางบก และกรณีที่ป็นรัฐชายฝั่งหรือรัฐที่เป็นเกาะก็จะมีทะเลอาณาเขต (Territorial Sea) ตามที่ กำหนดไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (United Nations Convention on the Law of the Sea)¹⁸ อีกจำนวน 12 ไมล์ทะเล (ไม่นับรวมเขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือ Economic Exclusive Zone อีก 200 ไมล์ทะเล) รวมถึงน่านฟ้าเหนือรัฐและใต้พื้นดินของรัฐนั้น ๆ ด้วย การแบ่ง อาณาเขตของรัฐนั้นจะกำหนดเขตแดนทางบกหรือทางทะเลออกจากรัฐอื่น ๆ แต่ไม่จำเป็นว่ารัฐนั้นจะ ได้รับการปักปันเขตแดน (Delimitation)¹⁹ จนแล้วเสร็จก็ได้เพราะในปัจจุบันก็มีรัฐที่มีเขตแดนไม่ ชัดเจนหรือยังไม่มีมีการปักปันเขตแดนเช่นอิสราเอลก็สามารถเข้าร่วมสมาชิกองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ได้เช่นเดียวกัน²⁰ โดยมีค่านึงถึงว่าเนื้อที่และขนาดของรัฐนั้นจะมีขนาดเพียงใด หรือขึ้นต่ำเท่าใดเช่นราชรัฐโมนาโก (Principauté de Monaco) ซึ่งมีพื้นที่ประมาณ 2.020 ตาราง กิโลเมตร หรือนครรัฐวาติกันที่มีเนื้อที่เพียง 0.44 ตารางกิโลเมตรก็ถือว่าเป็นรัฐได้ หรือไม่จำเป็นที่ จะต้องมิดินแดนที่อยู่ติดกันหรือห่างจากกันไม่ได้ เช่น เกาะฮาวายถือเป็นมลรัฐหนึ่งของสหรัฐอเมริกา

¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ วิญญูชน, 2560), น. 196.

¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 33.

¹⁸ United Nations Convention on the Law of the Sea, Article 2,

“1. The sovereignty of a coastal State extends, beyond its land territory and internal waters and, in the case of an archipelagic State, its archipelagic waters, to an adjacent belt of sea, described as the territorial sea.

2. This sovereignty extends to the air space over the territorial sea as well as to its bed and subsoil.

3. The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law.”

¹⁹ การปักปันเขตแดน (Delimitation) เป็นการแบ่งเขตแดนระหว่างสองประเทศโดยผล ของสนธิสัญญาหรือความตกลง ซึ่งจะแตกต่างกับการปักหลักเขตแดน (Demarcation) ซึ่งเป็นจัดทำ หลักเขตแดนทางกายภาพลงในภูมิประเทศจริง

²⁰ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น.17.

เป็นต้น อย่างไรก็ตามอาณาเขตของรัฐทั้งทางบกและทางทะเลย่อมสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงได้ทั้งผลของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาได้เช่นกัน ตัวอย่างเช่นเขตทางทะเลของรัฐชายฝั่งนั้นสมัยก่อนมีทะเลอาณาเขตเพียง 3 ไมล์ทะเลเท่านั้น ปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงไปตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลนั่นเอง

ด้วยความสำคัญของอาณาเขตและดินแดนของรัฐ ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงบัญญัติให้รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งบูรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อต่อไป

2.1.1.2 ประชากร (Population)

องค์ประกอบถัดมาของรัฐคือประชากร มีคำกล่าวไว้ว่าหากเปรียบเทียบว่ารัฐมีอาณาเขตเป็นร่างกายประชากรก็เป็นดังโลหิต รัฐและประชากรจึงเป็นของคู่กันเสมอ ประชากรอาจกำเนิดขึ้นก่อนการกำเนิดของรัฐได้ อย่างไรก็ตามประชากรของรัฐนั้น ๆ จะต้องอยู่อาศัยประจำอย่างเป็นหลักแหล่งถาวร มิใช่พวกไม่มีหลักแหล่งถาวรหรือ Nomads²¹ ในทางกลับกันจำนวนของประชากรในรัฐนั้นไม่มีจำกัดไว้ว่าต้องมีมากน้อยเพียงใด แม้กระทั่งประเทศเล็กมาก ๆ ในโลกใบนี้ก็จะสามารถเป็นรัฐได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นกรณีเดียวกันกับพื้นที่ของรัฐ สำหรับกรณีของรัฐเอกราชใหม่ (newly independence states) ประชากรในอาณาเขตของรัฐย่อมได้รับสัญชาติของรัฐนั้นโดยอัตโนมัติ และไม่จำเป็นที่รัฐจะต้องให้สัญชาติแก่ประชากรในอาณัติของตนเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขขององค์ประกอบแห่งความเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ประชากรจะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ ที่จะเป็นกลไกสำคัญของรัฐในการแสดงออกถึงความเป็นรัฐต่ออีกรัฐหนึ่งได้ ประชากรของรัฐจะเป็นบุคคลที่ได้รับสัญชาติ (National) ตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ หากอาณาเขตของรัฐก่อให้เกิดอำนาจเหนือดินแดนของรัฐ การมีประชากรของรัฐผู้ได้รับสัญชาติตามกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ รัฐก็ย่อมมี “อำนาจเหนือประชากร” เช่นเดียวกัน ซึ่งรัฐสามารถจะบังคับเอาจากคนของรัฐได้ ในทางกลับกันประชากรที่มีสัญชาติของรัฐนั้น ๆ ก็สามารถที่จะได้รับสิทธิจากรัฐนั้นที่สูงกว่าและเหนือกว่าบุคคลที่ไม่เป็นหรือไม่ได้รับสัญชาตินั้น ๆ ในสิทธิหน้าที่สำคัญ คือ สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐ สิทธิอยู่อาศัยในดินแดนของรัฐ สิทธิในการแสดงออกทางการเมืองหรือเลือกตั้ง หน้าที่ในการเข้าเป็นกองกำลังทางทหารของรัฐ (การเกณฑ์ทหาร) และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มกันจากการปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศจากรัฐอื่น²²

ประชากรของรัฐนั้น ๆ ตามกฎหมายระหว่างประเทศมิได้กำหนดไว้ว่าจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่มีเชื้อชาติหรือภาษาหรือศาสนาเดียวกัน แต่จะต้องมีความรู้สึกนึกคิดในความเป็นชาติเดียวกัน ดังนั้น “สัญชาติ” จึงเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะสร้างให้คนในชาติมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การที่ประชากรของรัฐที่ได้รับสัญชาติจากรัฐนั้น ๆ ด้วยผลทางกฎหมายจะเป็นเครื่องมือ

²¹ นพนิธิ สุริยะ, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.27.

²² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 29

ผูกมัดให้คนในรัฐเป็นส่วนหนึ่งของรัฐในทางกฎหมายเท่าเทียมกัน²³ ไม่ว่าจะรวมอาศัยอยู่ในอาณาเขตเดียวกันหรือในต่างประเทศก็ตาม โดยประชาชนจะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐและเป็นกลไกสำคัญของรัฐในการแสดงออกถึงความเป็นรัฐต่ออีกรัฐหนึ่งได้ ข้อจำกัดอีกประการของรัฐคือไม่อาจมีดินแดนที่กว้างใหญ่เพียงใดหากไม่มีประชากรอยู่ก็จะไม่ถือเป็นรัฐได้อย่างเช่นทวีปแอนตาร์กติกา (Antarctica) เป็นต้น

ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องคุ้มครองและดูแลชีวิตทรัพย์สิน และผลประโยชน์ของประชากรของรัฐตนเองไว้ เพื่อเป็นการรักษาความเป็นองค์ประกอบของรัฐนั้น ๆ นั้นเอง

2.1.1.3 อำนาจอธิปไตยหรืออำนาจอธิปไตย

องค์ประกอบสำคัญของรัฐทั้งในนิติกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศคืออำนาจอธิปไตยของรัฐบางประการที่ถือว่ารัฐนั้นจะเป็นรัฐเอกราชของตนเองเท่านั้น เพราะถึงแม้ว่าอาณาเขตใดอาณาเขตหนึ่งจะมีเส้นเขตแดนที่แน่ชัดพร้อมกับมีมนุษย์อาศัยอยู่ในดินแดนนั้นก็ไม่ได้หมายความว่าที่แห่งนั้นจะเป็นรัฐขึ้นมาได้เนื่องจากดินแดนดังกล่าวอาจจะเป็นส่วนใดส่วนหนึ่งของรัฐอื่น ๆ ก็ย่อมได้ ดังนั้น รัฐจำเป็นจะต้องมี “อำนาจอธิปไตย” บางประการที่จะอยู่เหนือรัฐ และเป็นอำนาจอธิปไตยที่แสดงออกให้ประเทศหรือรัฐอื่นเห็นว่ารัฐนั้นเป็นรัฐที่ปกครองตนเองได้ ในเรื่องแนวคิดเรื่องนี้มีทัศนะมุมมองต่างกันในแต่ละประเทศตามแต่รูปแบบการปกครองรัฐนั้นและประวัติศาสตร์ของประเทศนั้น ๆ แนวคิดดังกล่าวอาจแบ่งเป็น 2 ประการ ดังนี้

“อำนาจอธิปไตย (Sovereignty)” เป็นแนวคิดของฝรั่งเศส โดยคำว่าอธิปไตยได้ถูกนำเสนอครั้งแรกโดยทฤษฎีของฌ็อง โบบ็อง ตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ว่ารัฐเป็นสถาบันทรงอำนาจอธิปไตยเพียงหนึ่งเดียวที่ยั่งยืนสืบไป ซึ่งสถาบันดังกล่าวคือสถาบันกษัตริย์ จะเป็นสถาบันที่สามารถเอาชนะสถาบันอื่น ๆ ได้²⁴ ตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ว่าในช่วงก่อนปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 นั้น สถาบันกษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยของรัฐ แต่เมื่อเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ทำให้อำนาจอธิปไตยกับสถาบันกษัตริย์ของฝรั่งเศสแยกออกจากกัน ซึ่งต่อมาเอมานูแอล โฌเซฟ ซีเยเยส (Emmanuel Joseph Sieyès) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้ให้แนวคิดว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ และอำนาจอธิปไตยดังกล่าวไม่สามารถแบ่งแยกไปยังผู้ใดได้ “อธิปไตย” จึงสำคัญกว่าองค์กรปกครองรัฐหรือรัฐบาล ในทางกลับกันหากไม่มีรัฐบาลรัฐก็คงดำรงอยู่ได้

“อำนาจอธิปไตย” ในแนวคิดของเยอรมนีนั้น เกออร์ก เยลลิเนก (Georg Jellinek)²⁵ นักกฎหมายชาวเยอรมนี ได้แยกแยะองค์ประกอบของรัฐไว้ 3 ประการ ได้แก่อาณาเขต ประชากร และอำนาจอธิปไตย²⁶ ซึ่งจะแตกต่างกับองค์ประกอบของรัฐในแนวคิดของประเทศอื่น เบื้องต้น นิยามของคำว่าอำนาจอธิปไตยนั้น Aristotle ได้เคยกล่าวไว้ว่ามนุษย์โดยธรรมชาติแล้วก็คือสัตว์สังคม และ

²³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 16*, น. 202

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 15

²⁵ ค.ศ. 1851-1911

²⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 15.

เมื่อต้องอยู่ร่วมกันจึงจำเป็นต้องมีการจัดระเบียบตามมา²⁷ “อำนาจรัฐ” จะเป็นอำนาจที่รัฐจะนำมาเพื่อบังคับให้สมาชิกรัฐปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ หรือนำมารักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม อย่างไรก็ตามอำนาจรัฐจะมีสาระสำคัญว่ารัฐจะมีความสามารถในการจัดตั้งองค์กรให้เห็นว่ารัฐเป็นอำนาจที่ดำรงอยู่ได้โดยตนเองและเป็นอำนาจดั้งเดิมที่รัฐไม่ได้รับมาจากผู้ใด รัฐจึงมีความสามารถที่จะจัดทำรัฐธรรมนูญหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญได้โดยตนเอง เช่น ในประเทศที่ปกครองในระบบรัฐรวมนั้นความสามารถในการจัดทำหรือการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญของมลรัฐอาจถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญของสหพันธ์แต่ก็ไม่ทำให้มลรัฐสูญเสียความเป็นรัฐไป แนวคิดนี้จึงเท่ากับว่า “อำนาจรัฐ” ของมลรัฐนั้นเป็นอำนาจดั้งเดิมที่ไม่ได้รับมาจากผู้ใด ซึ่งกรณีนี้จะแตกต่างกับเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นที่แม้จะมี “อำนาจ” ในการปกครองในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่งแต่ก็ไม่ได้ทำให้ท้องถิ่นนั้นกลายสภาพเป็นรัฐไปได้เพราะอำนาจดังกล่าวเป็น “อำนาจของรัฐ” ที่มอบหมายผ่านการกระจายอำนาจมาให้ ไม่ใช่อำนาจดั้งเดิมของตนเอง²⁸ อย่างไรก็ตามหากเทียบเคียง “อำนาจรัฐ” กับ “อธิปไตย” แล้ว มิมีมติในทางกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ อธิปไตยในทางกฎหมายระหว่างประเทศจะเป็นการที่รัฐจะสามารถตัดสินใจในทางระหว่างประเทศได้โดยมีความเท่าเทียมกันกับรัฐอื่นในเวทีโลก แต่กฎหมายภายในคืออำนาจในการตัดสินใจสูงสุดภายในรัฐโดยไม่จำเป็นต้องมีอำนาจอธิปไตย กล่าวคือ มลรัฐก็ย่อมมีอำนาจเป็นของตนเองแต่อำนาจดังกล่าวจะไม่ใช่อธิปไตยในเวทีกฎหมายระหว่างประเทศเพราะมลรัฐจะต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของสหพันธ์ มลรัฐจึงไม่มีความสามารถที่จะไปแสดงออกแทนสหพันธ์รัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ อำนาจอธิปไตยในทางนี้จึงไม่ถือว่าเป็นองค์ประกอบของรัฐเทียบเท่ากับ “อำนาจรัฐ” ในทางกฎหมายมหาชน เนื่องจากอำนาจอธิปไตยเป็นคุณสมบัติอันมิใช่คุณสมบัติที่จะขาดไปได้ของอำนาจรัฐเท่านั้น²⁹

อำนาจอธิปไตยของรัฐอาจพิจารณาได้ว่าเป็นอำนาจอธิปไตยทางการเมือง กล่าวคือ เป็นอำนาจของรัฐที่จะอยู่เหนือประชากรกับทรัพย์สินของตนและอยู่เหนือดินแดนของรัฐ รัฐจะต้องมีอำนาจดังกล่าวที่จะนำไปบังคับบัญชาสั่งการเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในรัฐและให้ประชาชนเคารพปฏิบัติตามการปกครองได้ และอำนาจอธิปไตยมีบทบาทในการแสดงออกทางการเมืองในเวทีระหว่างประเทศได้ ดังนั้น อำนาจอธิปไตยจะต้องเป็นการรัฐจะไม่อยู่ภายใต้อำณัติหรือการควบคุมโดยองค์กรหรือบุคคลใดทั้งภายในประเทศนอกเหนือจากองค์กรรัฐบาลของตนตามรัฐธรรมนูญปกครองประเทศกำหนดไว้ และไม่ตกอยู่การแทรกแซงโดยรัฐอื่นใดในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั่นเอง³⁰

²⁷ บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, น. 281.

²⁸ วรเจตน์ ภาศิริตัน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 36-37.

²⁹ เฟิงอ้าง, น. 37-39.

³⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์, *กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 198.

อำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าเป็นการที่รัฐเป็นผู้กำหนดอำนาจหน้าที่ของรัฐเองได้โดยอิสระ และใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องอาศัยอำนาจขององค์กรอื่นใด ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในทางปกครองหรือออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ใดเพื่อบังคับใช้ในรัฐได้ แต่ในมิติกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเองอาจยินยอมหรือสละอธิปไตยของรัฐบางประการได้โดยการทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศภายใต้กฎเกณฑ์มาตรฐานเดียวกันคือกฎหมายระหว่างประเทศ³¹

สำหรับประเทศไทยแล้วคำว่าอธิปไตยเป็นอำนาจอสูงสุดของประเทศ และอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย ตามที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 “พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ” เป็นการรองรับถึงอำนาจอธิปไตยของแผ่นดินในฐานะอำนาจของรัฐในการปกครองประเทศในรัฐธรรมนูญ

เมื่อรัฐมีอธิปไตยในตัวจึงหมายความว่า “รัฐ” จะต้องมีความเป็นเอกราชในการปกครองตนเองในตัวเช่นกัน ในทางกฎหมายระหว่างประเทศแล้วเอกราชและอำนาจอธิปไตยนั้นมีความหมายที่ใกล้ชิดกันเนื่องจากได้รับการตีความผ่านคำวินิจฉัยโดยศาลประจำอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ว่า “อำนาจอธิปไตย หมายถึง เอกราช เอกราชจึงเป็นสิทธิที่จะดำเนินการของรัฐนั้นแต่ผู้เดียวโดยรัฐอื่นไม่มีสิทธิเข้ามายุ่งเกี่ยว”³² ทำให้เอกราชของรัฐจึงสิ่งสำคัญตามที่ Ian Brownie นักกฎหมายระหว่างประเทศ ได้เคยอธิบาย “องค์ประกอบที่ 4 ของรัฐ” ว่ารัฐจะต้องมี “เอกราช (Independent)” ที่จะบ่งชี้ให้เห็นว่า “รัฐ” นั้นจะมีความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับรัฐอื่นได้ด้วยตัวของรัฐนั่นเอง³³ การที่จะทำให้รัฐมีเอกราชคือการที่รัฐมีอำนาจอธิปไตย ซึ่งก็หมายความว่าคือรัฐมีอำนาจอสูงสุดในการปกครองตนเองได้นั่นเอง ซึ่งภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วอำนาจของรัฐในนามอำนาจอธิปไตยนั้นสามารถแยกย่อยได้อีก 3 ประการ ซึ่งจะขอกล่าวในหัวข้อต่อไป

ในเรื่องของอำนาจอธิปไตยที่เป็นดังอำนาจอสูงสุดของรัฐเหนือดินแดนแล้วรัฐมีอำนาจอีกประการคือเรื่อง “State Jurisdiction” ของรัฐ หรือที่แปลว่า “เขตอำนาจรัฐ” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560³⁴ หรือบ้างก็แปลว่า “ดุลอาณาของรัฐ” อันเป็นสาขาของการใช้อำนาจรัฐที่เกี่ยวกับการกำหนดกฎหมายและการบังคับกฎหมายเอาแก่บุคคลหรือ

³¹ เฟ็งอ้าง, น. 199.

³² Island of Palmas Arbitration: The Netherlands vs U.S. (1928) อ้างถึงใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 19.

³³ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13, น. 19.

³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคสอง

“...หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ...”

สิ่งของโดยอำนาจบริหารและอำนาจตุลาการของรัฐ³⁵ เรื่องเขตอำนาจรัฐของจะเป็นเรื่องการพิจารณาในทางกฎหมายว่ารัฐอาจใช้อำนาจรัฐบางประการออกจากอาณาเขตตนเองและไปอยู่เหนืออาณาเขตของรัฐอื่นหรือรัฐใดรัฐหนึ่งจะต้องสละอำนาจของรัฐตนให้แก่รัฐอื่นให้สามารถใช้อำนาจรัฐบางประการ เช่น เมื่อคนชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งถูกกระทบกระเทือนสิทธิโดยการกระทำของรัฐอื่น รัฐเจ้าของคนชาตินั้นก็ชอบที่จะดำเนินทางกฎหมายของรัฐนั้น ๆ ต่อคนชาตินั้นได้แม้ว่าจะอาศัยหรือเหตุเกิดนอกดินแดนก็ตาม ภายใต้หลักคุ้มครองคนชาติ³⁶ อย่างไรก็ตามก็ต้องได้รับความยินยอมของรัฐนั้น ๆ ด้วยเท่านั้น ซึ่งหลักการคุ้มครองคนชาตินั้นเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่รัฐมีภารกิจที่จะต้องดำเนินการให้แก่ประชากรของรัฐนั้น ๆ ด้วยเช่นกัน

2.1.1.4 รัฐบาล (Government)

ดังที่กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ว่าสิ่งสำคัญอีกประการที่จะทำให้รัฐสมัยใหม่สมบูรณ์คือรัฐจะต้องมีเอกราชในอำนาจการปกครองตนเอง องค์การผู้ปกครองรัฐจึงต้องเป็น Government หรือรัฐบาล แนวคิดนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 จึงพิเคราะห์ไว้ว่าองค์ประกอบของรัฐคือองค์การที่รับหน้าที่ในการปกครองรัฐในความหมายอย่างแคบคือรัฐบาล) แต่ไม่ได้บัญญัติในทางกฎหมายระหว่างประเทศไว้ว่ารัฐบาลจะต้องเป็นรัฐบาลภายใต้ระบอบการปกครองประเทศแบบใดและไม่ได้กำหนดให้รัฐอื่นต้องรับรองรัฐบาลของรัฐนั้น ๆ ทุก ๆ ครั้งที่มีการตั้งรัฐบาลใหม่เพราะโดยธรรมชาติแล้วรัฐย่อมมีพลวัติที่จะเปลี่ยนแปลงรัฐบาลตลอดเวลาไม่ว่าจะเปลี่ยนแปลงโดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นหรือไม่ หรือจะเป็นการรัฐประหารก็ตามรัฐก็ยังคงเป็นรัฐในคุณค่าของกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว รัฐนั้นยังคงอยู่มิได้ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงรัฐแต่อย่างใดอันจะกระทบต่อ “สภาพการเป็นบุคคล” ทางระหว่างประเทศได้ ตลอดจนรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องดำรงความสงบภายในตลอดเวลาหรือจะประสบปัญหาสงครามกลางเมืองอยู่ ตราบใดที่รัฐบาลสามารถปกครองตนเองได้ในระดับที่จะวางระเบียบการบริหารราชการแผ่นดินได้ด้วยตนเอง³⁷ ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงของรัฐบาลภายในรัฐนั้น ๆ จึงไม่เป็นการทำให้รัฐสิ้นสภาพบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ และถือว่าการรับรองรัฐบาลเป็นการกระทำทางการเมืองฝ่ายเดียวของรัฐ (Unilateral and Political Act of State)³⁸ คือผู้ปกครองรัฐภายในดินแดนของรัฐ รัฐบาลจะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐต่อเวทีระหว่างประเทศในฐานะรัฐเอกราชมิใช่เป็นรัฐบาลของรัฐอื่นเข้ามาปกครองรัฐตนเพราะหากเป็นเช่นนั้น

³⁵ นพนิติ สุริยะ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น. 39.

³⁶ *เพ็งอ้าง*, น. 39.

³⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 13*, น. 18.

³⁸ หมายถึง การกระทำของรัฐโดยอาศัยอำนาจของรัฐนั้นเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐทั้งภายในและภายนอกของรัฐซึ่งมีผลกระทบหรือมีวัตถุประสงค์เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือกับใช้อำนาจของรัฐอื่น, โปรตดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 99.

จะขาดองค์ประกอบสุดท้ายในการเป็นรัฐ อย่างไรก็ตามก็ไม่จำเป็นที่รัฐบาลจะต้องปกครองรัฐโดยประสบความสำเร็จในทุกด้าน

ดังนั้น การมีรัฐบาลจะเป็นผู้ทำการแทนสังคมได้โดยไม่มีใครอำนาจเหนือกว่าใครในรัฐ และมีความสามารถในการตัดสินใจแทนสังคมได้สูงสุดโดยไม่มีอำนาจทางการเมืองใดเหนือกว่าจากภายนอกรัฐมาสั่งห้าม และไม่มีอำนาจใดเหนือกว่าภายในรัฐมาแข่งขันรัฐบาลได้³⁹

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าองค์ประกอบของรัฐในการมีรัฐบาลและอำนาจอธิปไตยปกครองตนเองอาจจะก่อให้เกิดความเป็นรัฐภายใต้กฎหมายภายในของรัฐนั้น เช่นเดียวที่เกิดขึ้นประประเทศที่มีลักษณะเป็นรัฐรวม ไม่ว่าจะเป็นแบบสหรัฐหรือสหพันธรัฐ มลรัฐต่าง ๆ ของประเทศอาจมีอำนาจในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการได้ในรัฐแต่ละรัฐนั้นโดยถือว่าอำนาจของมลรัฐนั้น ๆ เป็นอำนาจดั้งเดิมในการปกครองตนเองโดยไม่ได้รับมาจากที่ใดหรือผู้ใด⁴⁰ แต่เมื่อรวมตัวเข้ามาเป็นรัฐรวมด้วยกันนั้น มลรัฐแต่ละรัฐถูกจำกัดอำนาจบางประการที่เป็นอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ทำให้ในเรื่องการตัดสินใจทางบริหารบางประการนั้นมลรัฐมีอำนาจหรือมีสิทธิในการดำเนินการได้ก็ตามแต่ที่รัฐธรรมนูญของสหพันธ์อนุญาตหรือ เช่น รัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีบัญญัติการปฏิบัติงานด้านความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศเป็นอำนาจหน้าที่ของสหพันธ์⁴¹ หรือรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่กำหนดห้ามมลรัฐทั้งหลายที่ไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐสภาทำสนธิสัญญากับมลรัฐหรือกับประเทศอื่น⁴² ดังนั้น องค์ประกอบของรัฐในเรื่องอธิปไตยและรัฐบาลนั้นจะมีบทบาทสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศมากกว่าเพราะจะนำมาสู่ความสามารถในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การมีสถานะทางบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นหลัก

³⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 16*, น. 202.

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 3*, น. 36-37

⁴¹ Basic Law for the Federal Republic of Germany Article 32

“(1) Relations with foreign states shall be conducted by the Federation.

(2) Before the conclusion of a treaty affecting the special circumstances of a Land, that Land shall be consulted in timely fashion.

(3) Insofar as the Länder have power to legislate, they may conclude treaties with foreign states with the consent of the Federal Government.”

⁴² United States Constitution Article 10

“No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the United States; and all such Laws shall be subject to the Revision and Control of the Congress.”

กล่าวโดยสรุปได้ว่า “รัฐ” ที่มีองค์ประกอบจนมีสถานะเป็นรัฐตามกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว คือองค์กรผู้ปกครองผู้มีอำนาจสูงสุดภายในประเทศ ยิ่งกว่าชุมชน สังคม สมาคม หรือสหภาพใด ๆ ในรัฐนั้น เพื่อการปกครองรัฐแล้วรัฐบาลจึงต้องนำอำนาจอธิปไตยมาใช้ในการออกกฎหมายข้อบังคับคนในชาติ ใช้อำนาจอธิปไตยไปกับปกครองประเทศทั้งด้านบริหารรัฐและปกครองประชาชน ตลอดจนใช้อำนาจอธิปไตยในการวินิจฉัยคดีและพิพากษาเพื่อระงับข้อพิพาทของประชากรของรัฐนั้นเองกิจการต่างประเทศจะมีบทบาทในการรับใช้รัฐในการสร้างความมั่นคงของรัฐด้านการระงับสงครามด้วยสันติวิธี

2.1.2 การกิจของรัฐ

เมื่อสถาปนารัฐขึ้นมาโดยสมบูรณ์แล้ว การดำเนินการเพื่อให้รัฐคงไว้ซึ่งความเป็นรัฐและรักษารูปแบบขององค์ประกอบของรัฐไว้ ผู้ปกครองรัฐในฐานะองค์กรใช้อำนาจบริหารรัฐจะต้องบริหารประเทศโดยไม่คำนึงว่าจะอยู่ในระบอบการปกครองประเภทใด นำอำนาจรัฐมาใช้ดำเนินการพัฒนาประเทศไปยังเป้าหมายที่แต่ละรัฐตั้งไว้ และการบริหารและการปกครองประเทศเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน การบริหารประเทศให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายสูงสุดของรัฐนั้น ๆ ได้ รัฐก็จะต้องทำการแบ่งแยกรูปแบบการดำเนินการ หรือการจัดระเบียบองค์กรของรัฐเพื่อรองรับการดำเนินการนั้น ๆ ผ่านการแจกแจงภายใต้ประเภทภารกิจของรัฐ ดังนั้น การพิจารณาจัดภารกิจของรัฐ จึงสำคัญต่อรัฐและต่อประชาชนของรัฐนั้น ๆ ดังนั้น ภารกิจของรัฐของแต่ละรัฐนั้นย่อมจะต้องแตกต่างกันแล้วแต่ความสนใจหรือความสนใจหรือการให้ความสำคัญในกิจการภายในรัฐนั้น ๆ

เมื่อพิจารณาถึงภารกิจของรัฐ (Function of State) ในทางทฤษฎีนั้นอาจแบ่งพิจารณาได้ 2 ทฤษฎี ได้แก่ “ทฤษฎีสัมบูรณ์” หรือ Absolute Theory และ “ทฤษฎีสัมพัทธ์” หรือ Relative Theory ซึ่งมีความแตกต่างกันในเนื้อหาว่า ทฤษฎีสัมบูรณ์จะยึดถือว่ารัฐนั้นมีการกิจสำคัญอยู่เพียงหนึ่งประการและจะไม่เปลี่ยนแปลงโดยจะขึ้นอยู่กับว่ารัฐจะมุ่งเน้นความสำคัญไปในเรื่องใด เช่น การให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หรือการให้ความสำคัญแก่ความสงบเรียบร้อยของรัฐมากกว่าการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นต้น หากแต่ทฤษฎีสัมพัทธ์จะมองว่าภารกิจของรัฐนั้นจะประกอบด้วยหลายภารกิจ และจะพัฒนาไปตามพลวัตของโลกไม่หยุดนิ่งตามกาลเวลา⁴³ ซึ่งสอดคล้องกับสถานการณ์ของสังคมโลกในปัจจุบันที่กำลังพบกับความท้าทายใหม่ ๆ ในการซึ่งที่จะดำรงไว้ซึ่งรัฐ ไม่ว่าจะเป็นความคุกคามด้านก่อการร้าย โรคภัยอุบัติใหม่ เศรษฐกิจโลกซบเซา หรือการที่รัฐมหาอำนาจของโลกทำสงครามทางเศรษฐกิจกัน รัฐแต่ละรัฐจึงมีการกิจสำคัญนานับประการที่จะต้องดำเนินการเพื่อรองรับปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นและกระทบต่อรัฐได้

อย่างไรก็ตาม ภารกิจของรัฐในความหมายของรัฐสมัยใหม่นั้นก็สามารถที่จะแบ่งแยกออกได้อีกเป็น 2 ประการขึ้นอยู่กับความสำคัญของภารกิจนั้น ๆ ที่รัฐพึงต้องดำเนินการจัดทามาให้ หรือเรียกว่าเป็น “ภารกิจพื้นฐานของรัฐ” และประการอื่น ๆ ซึ่งรัฐพึงที่จะกระทำหรือไม่กระทำก็ได้ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็น “ภารกิจลำดับรอง”

⁴³ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 137.

2.1.2.1 การกิจพื้นฐานของรัฐ

การกิจพื้นฐานของรัฐ (Basic Function) หรืออาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐที่รัฐ (ซึ่งในที่นี้คือรัฐบาล) จะต้องดำเนินการหรือจัดทำให้มี เพราะมิฉะนั้นแล้วสิ่งที่จะเกิดขึ้นอาจจะส่งผลเสียโดยตรงทั้งแก่ความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ความสงบเรียบร้อยของรัฐทั้งภายในและภายนอก ตลอดจนอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของตัวรัฐบาลด้วยเช่นกัน เพราะประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยอาจจะไม่พึงพอใจต่อผลงานทำให้คณะรัฐมนตรีต้องหลุดจากอำนาจหรือสูญเสียตำแหน่งทางการเมืองและบริหารประเทศได้ ในความหมายกลับกัน รัฐก็ต้องรับบทเป็นผู้ผูกขาดในอำนาจดังกล่าวแทนเอกชนทั้งปวงในการดำเนินการการกิจพื้นฐานนั้น โดยไม่คำนึงว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติกำหนดไว้หรือไม่ก็ตาม หากว่ารัฐไม่สามารถดำเนินการตามการกิจพื้นฐานได้ ประชาชนก็จะลุกขึ้นหรือต้องดำเนินการต่าง ๆ เอง

ความสำคัญที่รัฐจะต้องดำเนินการการกิจพื้นฐานของรัฐนั้นมีความเป็นสากล ซึ่งสามารถพิสูจน์ได้จากการที่ประเทศต่าง ๆ ในโลกล้วนแต่จัดระเบียบองค์กรภายในของรัฐในรูปแบบกระทรวง (ไม่ว่าจะใช้ชื่อว่าอะไร) เพื่อรองรับการกิจต่าง ๆ เหล่านั้น

ดังนั้น เนื้อหาภายใต้กรอบการกิจพื้นฐานของรัฐอาจจำแนกจุดประสงค์ของรัฐออกมาได้ 2 การกิจหลัก ๆ โดยคำนึงถึงการกิจสำคัญเพื่อรักษาสันติภาพของประเทศจากมิติ “ภายนอกประเทศ” และ “ภายในประเทศ” และจาก 2 การกิจหลักสามารถแยกย่อยออกเป็น 5 ประการได้ ดังนี้

2.1.2.2 การป้องกันประเทศ

การป้องกันประเทศเป็นการกิจพื้นฐานของรัฐในทางดำเนินการต่อภายนอก รัฐต่อต้านภัยคุกคามจากภายนอกจากศัตรู การก่อการร้ายหรือการสงครามต่าง ๆ เป็นหน้าที่หลักที่รักษาสภาพของรัฐไว้ในด้านอธิปไตยของรัฐ เอกราช บูรพภาพดินแดน ประชากร การพิทักษ์รักษาเอกราชรัฐ การกิจนี้เป็นดังการกิจพื้นฐานดั้งเดิมที่ทุกรัฐจะต้องดำเนินการเหมือนกัน หากรัฐหย่อนยานในการดำเนินการกิจพื้นฐานในการป้องกันประเทศก็อาจจะเปิดช่องให้รัฐอื่นเข้ามาบ่อนทำลายความมั่นคงของรัฐ และอาจสูญเสียอธิปไตยและเอกราชของรัฐได้ ซึ่งในยุคสมัยปัจจุบันภัยคุกคามจากภายนอกนั้นมีมากกว่าแค่การสงครามระหว่างประเทศเช่นสงครามโลกทั้ง 2 ครั้ง ในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา แต่เต็มไปด้วยภัยก่อการร้าย ภัยคุกคามทางไซเบอร์ ซึ่งถือเป็นภัยคุกคามความมั่นคงของประเทศที่มีแต่ทวีความรุนแรงมากขึ้น ดังนั้นการป้องกันประเทศในมิตินี้คือ “กิจการทางทหาร” โดยรัฐจะต้องเตรียมกองกำลังทหารที่เข้มแข็งและยุทธโศปกรณ์เพียงพอ พัฒนายุทธการทางการรบให้ทันต่อพลวัตของโลก ตลอดจนพัฒนาบุคลากรที่จะใช้ให้ทันการณ์หากจำเป็นจะต้องใช้มาตรการทางทหารเพื่อป้องกันประเทศ ซึ่งประเทศทุกประเทศในโลกก็จะมีองค์กรที่รัฐจะต้องจัดตั้งขึ้นเพื่อรองรับปฏิบัติการทางทหาร เช่น Ministry of Defence ของสหราชอาณาจักร The United States Department of Defense ของสหรัฐอเมริกา หรือ Ministère des Armées ของฝรั่งเศส ไม่เว้นแม้กระทั่งประเทศญี่ปุ่นที่รัฐธรรมนูญของประเทศกำหนดให้ประเทศญี่ปุ่นไม่สามารถมีกองทัพเพื่อ

ก่อสงครามกับประเทศอื่นได้อีก⁴⁴ แต่ก็ยังคงมี “กองกำลังป้องกันตนเองญี่ปุ่น” หรือ “Japan Self-Defense Forces” เพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศเท่านั้น

สำหรับประเทศไทยหน่วยงานที่รับอำนาจในการป้องกันประเทศคือ “กระทรวงกลาโหม” และ “กองทัพอากาศ” ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจตามที่กฎหมายได้มอบหมายไว้ในสองประการ คือ ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545⁴⁵ และพระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551⁴⁶ (ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎกระทรวงแบ่ง

⁴⁴ Article 9 “(1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes.

(2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of belligerency of the state will not be recognized.”

⁴⁵ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 “มาตรา 8 กระทรวงกลาโหม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันและรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายในและภายนอกประเทศ การรักษาผลประโยชน์แห่งชาติ สนับสนุนการพัฒนาประเทศ และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงกลาโหมหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงกลาโหม”

⁴⁶ พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551 มาตรา 8

“กระทรวงกลาโหม มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) พิทักษ์รักษาเอกราชและความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายในและภายนอกประเทศ ปรามปรามการกบฏและการจลาจล โดยจัดให้มีและใช้กำลังทหารตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่มีกฎหมายกำหนด

(2) พิทักษ์รักษา ปกป้องสถาบันพระมหากษัตริย์ ตลอดจนสนับสนุนภารกิจของสถาบันพระมหากษัตริย์

(3) ปกป้อง พิทักษ์รักษาผลประโยชน์แห่งชาติและการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข พัฒนาประเทศเพื่อความมั่นคงตลอดจนสนับสนุนภารกิจอื่นของรัฐในการพัฒนาประเทศ การป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด และการช่วยเหลือประชาชน

(4) ศึกษา วิจัย พัฒนา และดำเนินการด้านอุตสาหกรรมป้องกันประเทศและพลังงาน ทหาร ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีป้องกันประเทศ และด้านกิจการอวกาศเทคโนโลยีสารสนเทศ และการสื่อสาร ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนภารกิจของกระทรวงกลาโหมและความมั่นคงของประเทศ

(5) ปฏิบัติการอื่นที่เป็นการปฏิบัติการทางทหารนอกเหนือจากสงครามเพื่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือปฏิบัติการอื่นใด ทั้งนี้ ตามที่มีกฎหมายกำหนดหรือตามมติคณะรัฐมนตรี

ส่วนราชการของกระทรวงต่าง ๆ) โดยเนื้อหาคือการกำหนดให้การป้องกันและรักษาความมั่นคงของประเทศจากภัยคุกคามทั้งภายในนอกซึ่งถือได้ว่าเป็นภารกิจหลักของการทหารอันไม่อาจแบ่งอำนาจไปให้หน่วยงานอื่นได้ และรัฐพึงต้องผูกขาดการดำเนินการทางทหารเท่านั้น ไม่สามารถกระจายอำนาจไปให้เอกชนได้ เว้นแต่เพื่อสนับสนุนภารกิจของกระทรวงกลาโหมตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ได้แก่ การศึกษา วิจัย พัฒนา และดำเนินการด้านอุตสาหกรรมป้องกันประเทศและพลังงานทหาร ด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีป้องกันประเทศ และด้านกิจการอวกาศเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร และความมั่นคงของประเทศ ซึ่งภายใต้กระทรวงกลาโหมยังมีอีก 1 ส่วนราชการที่มีบทบาทในการป้องกันประเทศคือ “กองทัพอากาศ” ซึ่งแบ่งแยกเป็นส่วนราชการภายในเป็นกองทัพบก กองทัพเรือ กองทัพอากาศ และกองบัญชาการกองทัพอากาศ เพื่อประโยชน์ในการเตรียมกำลังทางทหารในการป้องกันประเทศทั้งสามด้านนั่นเอง

2.1.2.3 การต่างประเทศ

มิติที่สำคัญในการป้องกันประเทศจากภายนอกที่นอกเหนือจากการใช้กำลังประหัตประหารกันในการทหารคือการดำเนินนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศ รัฐจึงมีภารกิจพื้นฐานที่จะต้องดำเนินความสัมพันธ์อันดีกับนานาประเทศในสังคมโลกตลอดจนองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ หากคำนึงถึงการทหารในฐานะองค์การป้องกันประเทศก็จะเห็นว่ากองทัพบกเป็นองค์การที่ทำหน้าเชิงรับ กล่าวคือ การรับมือจากการรุกรานของภัยคุกคามมิใช่เป็นการดำเนินการเชิงรุกเพราะการใช้กำลังทหารรุกรานรัฐอื่นหรือการก่อสงครามในยุคปัจจุบันนั้นเป็นสิ่งที่รัฐไม่พึงทำในทางกลับกัน การดำเนินกิจการต่างประเทศเป็นการดำเนินการในเชิงรุกที่ได้ผลประโยชน์ทั้งในด้านการลดภัยคุกคามต่อความมั่นคงของรัฐจากภายนอก ตลอดจนการร่วมมือกันพัฒนาหรือแลกเปลี่ยนกับนานาประเทศในทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ซึ่งจะเป็นสาขาอื่น ๆ ของภารกิจลำดับรองของประเทศได้

ดังนั้น การต่างประเทศจึงเป็นภารกิจพื้นฐานอีกประการของรัฐที่รัฐจำต้องจัดหาให้ ในทางดำเนินการของรัฐแล้วรัฐจะต้องผูกขาดอำนาจในการดำเนินกิจการต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการที่รัฐจะตั้งตัวแทนประเทศในการดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือทางการทูตกับนานาประเทศ รัฐจะมีอำนาจเต็มที่รัฐอื่นยอมรับที่จะให้รัฐตนผูกพันกับรัฐด้วยกัน และการกระทำนั้นจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้วย หากมิเช่นนั้นแล้วเอกชนดำเนินการเป็นผู้มีอำนาจหรือตัดสินใจกระทำความสัมพันธ์ทางการทูตหรือด้านอื่นทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็จะขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศและไม่เป็นที่ยอมรับในเวทีระหว่างประเทศ และอาจจะส่งผลกระทบต่อความเป็นรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ภารกิจพื้นฐานของรัฐในกิจการต่างประเทศถือเป็นภารกิจสากล โดยต่างประเทศล้วนมีกระทรวงที่ดำเนินการด้านการต่างประเทศโดยเฉพาะ เช่น Foreign & Commonwealth Office ของสหราชอาณาจักร The United States

ในการดำเนินการตาม (4) กระทรวงกลาโหมอาจมอบหมายให้ส่วนราชการในกระทรวงกลาโหมหรือหน่วยงานอื่นในกำกับของกระทรวงกลาโหมเป็นผู้ดำเนินการก็ได้หรืออาจร่วมงาน ร่วมทุน หรือดำเนินการกับภาคเอกชนตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายก็ได้”

Department of State ของสหรัฐอเมริกา หรือ Ministère de l'Europe et des Affaires étrangères ของฝรั่งเศส

สำหรับประเทศไทยการต่างประเทศเป็นนโยบายของรัฐด้านการต่างประเทศมาโดยตลอดตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492⁴⁷ ตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ แต่ปัจจุบันได้กลายเป็น “หน้าที่ของรัฐ” ซึ่งกำหนดให้รัฐบาลต้องดำเนินการแล้ว โดยองค์กรผู้ดำเนินการต่างประเทศในปัจจุบันมีหลากหลายไม่ได้จำกัดแค่กระทรวงการต่างประเทศแบบเดียวกับกิจการทางทหารที่สังกัดกระทรวงกลาโหม อาทิ กระทรวงพาณิชย์ในเรื่องเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ การท่องเที่ยวก็จะเป็นของกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา เป็นต้น อย่างไรก็ตาม องค์กรหลักของประเทศไทยก็ยังคงเป็นกระทรวงการต่างประเทศทั้งในด้านการเมืองระหว่างประเทศ การดูแลความสัมพันธ์แบบทวิภาคีกับประเทศต่าง ๆ และระดับพหุภาคีกับองค์การระหว่างประเทศ ด้านกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา และด้านการกงสุลในการดูแลคนไทยในต่างประเทศ ซึ่งเนื้อหาในการดำเนินงานการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐเป็นใจความสำคัญของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงจะนำไปอธิบายโดยละเอียดในบทถัดไป

2.1.2.4 การปกครองและดูแลรักษาความสงบในประเทศ

การดูแลรักษาความสงบภายในประเทศเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการป้องกันประเทศจากภายนอก ภารกิจดังกล่าวถือเป็นกิจการภายในของรัฐ แตกต่างกับการทหารและการต่างประเทศดังที่ได้อธิบายมาก่อนหน้านี้ โดยหลักการแล้วประชาชนของรัฐได้มอบอำนาจอธิปไตยของตนเองให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อทำการปกป้อง ดูแล ค้ำครองสิทธิเสรีภาพทั้งแก่ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนของประเทศไม่ให้ใครมาทำการละเมิดหรือเข้ามาขัดขวางความพยายามจะก่อให้เกิดภัยอันตรายดังกล่าวได้⁴⁸ เช่น รัฐจะต้องจัดหาเจ้าหน้าที่ตำรวจมาคุ้มครองประชาชน และรัฐจะต้องจัดหาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมาเพื่อดูแลแยกย่อยต่าง ๆ ทางปกครอง ภารกิจพื้นฐานของรัฐในการปกครองและดูแลรักษาความสงบในประเทศรัฐจึงจะต้องผูกขาด เพราะรัฐจะต้องเป็นผู้กระทำการและควบคุมความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐ การรักษาความสงบภายในจะเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองหรือตำรวจ และภายใต้หลักนิติรัฐฝ่ายปกครองย่อมเป็นผู้ดำเนินการเท่าที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น หากภารกิจนี้เป็นของเอกชน ก็จะเท่ากับว่าเอกชนจะสามารถใช้อำนาจทางการบังคับปัจเจกบุคคลหรือสังคมให้ดำเนินการตามทั้งโดยกำลังหรืออาวุธ ซึ่งจะก่อให้เกิดสภาวะกลียุควุ่นวายกันทั้งประเทศได้

⁴⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 “มาตรา 56 รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศและถือหลักเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกัน”

“มาตรา 57 รัฐพึงร่วมมือกับนานาประเทศ ในการรักษาความยุติธรรมระหว่างประเทศ และผดุงสันติสุขของโลก”

⁴⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 76.

ภารกิจของรัฐในยุคปัจจุบันที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นเรื่องที่จะกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมและคุ้มครองสิทธิของบุคคลในรัฐ ได้แก่ การพิทักษ์รักษาธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁴⁹ เนื่องจากไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่ามนุษย์ทุกคนจะต้องอาศัยอยู่ในโลกใบเดียวกัน การช่วยกันดูแลรักษาธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมจึงเป็นดังการดูแลรักษาบ้านที่อยู่อาศัยของทุกคน รัฐผู้ได้รับอำนาจในปกครองรัฐไปต้องใช้อำนาจดังกล่าวพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อมในรัฐ ใช้อำนาจในการทำนุบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติของรัฐให้อยู่กับรัฐไปให้นานที่สุด การใช้อำนาจดังกล่าวอาจมาในรูปแบบออกกฎหมายเพื่อบังคับหรือห้ามมิให้ประชาชนดำเนินการก็ได้

ภารกิจพื้นฐานดังกล่าวนี้เป็นหลักการสากลของทุกรัฐ ต่างประเทศก็จะจัดตั้งกระทรวงกิจการภายในเพื่อดำเนินการต่าง ๆ เช่น The Home Office ของสหราชอาณาจักร The United States Department of Homeland Security ของสหรัฐอเมริกา หรือ Ministère de l'Intérieur ของฝรั่งเศส สำหรับประเทศไทย ผู้ดำเนินการคือกระทรวงมหาดไทย ผู้มีหน้าที่และอำนาจในการบำบัดทุกข์ บำรุงสุขแก่ประชาชน⁵⁰ ซึ่งกรมภายใต้สังกัดกระทรวงมหาดไทยล้วนแต่จัดตั้งมาเพื่อดำเนินการกิจการภายในต่าง ๆ ทั้งสิ้น อาทิ กรมการปกครองดูแลงานทะเบียนราษฎร กรมที่ดินดูแลพื้นที่ทำกินและอาศัยของประชาชน กรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย หรือกรมโยธาธิการและผังเมือง เป็นต้น และสำนักงานตำรวจแห่งชาติ⁵¹ ผู้มีหน้าที่ในการพิทักษ์สันติราษฎร์ซึ่งอดีตเคยมีสถานะเป็นกรมสังกัดกระทรวงมหาดไทยเช่นเดียวกัน

2.1.2.5 การยุติธรรม

เมื่อรัฐจะต้องดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคมและประเทศ ชีวิตทรัพย์สิน สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศหากมีการละเมิดใด ๆ ขึ้นมาหรือเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างประชาชนด้วยกันหรือระหว่างรัฐกับประชาชน รัฐจะต้องเข้ามาดูแลโดยการมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐและองค์กรของรัฐเข้ามามีหน้าที่ในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาท และรัฐต้องผูกขาดในการดำเนินการ มิเช่นนั้นเอกชนก็จะหาทางระงับข้อพิพาทด้วยตนเองซึ่งผลอาจจะเกิดขึ้นโดยการใช้กำลังประหัตประหารกัน และอาจเลวร้ายไปถึงขนาดกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของ

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 77.

⁵⁰ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 30 “กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบำบัดทุกข์บำรุงสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน การอำนวยความสะดวกของสังคม การส่งเสริมและพัฒนาการเมืองการปกครอง การพัฒนาการบริหารราชการส่วนภูมิภาค การปกครองท้องถิ่น การส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นและพัฒนาชุมชน การทะเบียนราษฎร ความมั่นคงภายใน กิจการสาธารณภัย และการพัฒนาเมืองและราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงมหาดไทยหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงมหาดไทย”

⁵¹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 46

“ส่วนราชการไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวงหรือทบวง มีดังต่อไปนี้

(7) สำนักงานตำรวจแห่งชาติ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย”

ประเทศได้ เพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าว รัฐจะต้องจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อตัดสินคดีพิพาททั้งปวงไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่ง คดีปกครอง คดีอาญา อย่างไรก็ตาม องค์กรของรัฐที่จะดูแลเรื่องนี้อาจจะแบ่งแยกได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิพากษารรรถคดีทั้งปวงซึ่งทุกประเทศในโลกล้วนมีองค์กรตุลาการหรือศาล หากแต่จะเป็นระบบศาลยุติธรรมหรือแบ่งออกเป็นศาลปกครองควบคู่ไปด้วยก็ขึ้นอยู่กับประเทศนั้น ๆ หรือองค์กรอัยการผู้ทำหน้าที่ตั้งทนายความของแผ่นดินซึ่งแต่ละประเทศก็ล้วนมีองค์กรอัยการเช่นกัน และองค์กรอื่นที่ทำหน้าตั้งองค์กรด้านธุรการของศาลที่จะแตกต่างกันไป สำหรับประเทศไทยได้แก่กระทรวงยุติธรรม⁵² ทำหน้าที่เป็นองค์กรเสริมสร้างและอำนวยความสะดวกโดยมีกรมภายในที่รับภารกิจหลากหลายกันไป เช่น งานบังคับคดี (กรมบังคับคดี) งานบังคับโทษตามคำพิพากษาของศาล (กรมราชทัณฑ์ หรือกรมคุมประพฤติ หรือกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน) เป็นต้น และมีสำนักงานศาลยุติธรรมทำหน้าที่เป็นองค์กรธุรการของศาลยุติธรรม⁵³ และสำนักงานศาลปกครองทำหน้าที่เป็นองค์กรธุรการของศาลปกครอง⁵⁴ และสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นองค์กรในการปฏิบัติงานอัยการ สำหรับต่างประเทศก็จะเป็น Ministry of Justice ของสหราชอาณาจักร หรือ The United States Department of Justice ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

2.1.2.6 การเงินการคลัง

ภารกิจพื้นฐานของรัฐที่กล่าวมาทั้ง 4 ประการข้างต้นนั้นจะขับเคลื่อนได้ด้วยกำลังพลซึ่งได้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และจะต้องขับเคลื่อนด้วยทางการเงินการคลัง รัฐจึงจะต้องดำเนินการเพื่อบริหารจัดการและจัดการรายได้ของรัฐให้เพียงพอในการดำเนินการภารกิจให้ลุล่วง⁵⁵ รัฐจะต้องมีภารกิจในการจัดให้มีการตราสกุลเงินขึ้นใช้ภายในรัฐและระหว่างรัฐ หรือพิมพ์หรือจัดทำธนบัตรเงินตราหรือพันธบัตร ในทางบริหารจัดการรายได้ของรัฐนั้น รัฐพึงจัดวางมาตรการทางภาษีอากรต่าง ๆ หรือการจัดตั้งวิสาหกิจที่รัฐเป็นเจ้าของ (รัฐวิสาหกิจ) เพื่อหารายได้เข้าสู่ประเทศที่จะนำไปดำเนินการตามภารกิจพื้นฐานของรัฐต่าง ๆ ต่อไปนี้ ตลอดจนการก่อตั้งธนาคารในรัฐ ดังนั้น รัฐ

⁵² พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 32

“กระทรวงยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรม เสริมสร้างและอำนวยความสะดวกในสังคม และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงยุติธรรมหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงยุติธรรม”

⁵³ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 6 “สำนักงานศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับงานธุรการของศาลยุติธรรม งานส่งเสริมงานตุลาการ และงานวิชาการ ทั้งนี้ เพื่อสนับสนุนและอำนวยความสะดวกให้แก่ศาลยุติธรรม รวมทั้งเสริมสร้างให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นไปโดยสะดวก รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ”

⁵⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 77

“สำนักงานศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) รับผิดชอบในงานธุรการของศาลปกครอง”

⁵⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 77.

จึงจำเป็นต้องผูกขาดการบริหารจัดการรายได้ของแผ่นดินเพื่อจะนำไปบริหารจัดการรายจ่ายของรัฐทุกรายการ องค์กรที่ดำเนินการทางนโยบายทางการเงินการคลังจะเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐนั้น

ตัวอย่างสำหรับต่างประเทศได้แก่ Her Majesty's Treasury ของสหราชอาณาจักร The Department of the Treasury ของสหรัฐอเมริกา หรือ Ministère de l'Économie et des Finances ของฝรั่งเศส สำหรับประเทศไทยนั้น องค์กรที่ดำเนินการกิจดังกล่าวได้แก่ “กระทรวงการคลัง” ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในทางการเงินการคลังแผ่นดิน การประเมินราคาทรัพย์สิน การบริหารพัสดุภาครัฐ กิจการเกี่ยวกับที่ราชพัสดุ ทรัพย์สินของแผ่นดิน ภาษีอากร การรักษาการกิจการหารายได้ของรัฐมีอำนาจดำเนินการได้แต่ผู้เดียวตามกฎหมายและไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่น การบริหารหนี้สาธารณะ การบริหารและการพัฒนารัฐวิสาหกิจและหลักทรัพย์ของรัฐ⁵⁶ ผ่านกรมต่าง ๆ ได้แก่ กรมธนารักษ์ กรมศุลกากร กรมสรรพสามิต และกรมสรรพากร โดยมีกรมบัญชีกลางเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบการจ่ายเงินแผ่นดิน

อย่างไรก็ดี คุณสมบัติในการตัดสินใจที่จะดำเนินการใช้จ่ายเงินแผ่นดินจะต้องอยู่ภายใต้องค์กรซึ่งได้รับการยอมรับจากประชาชนของประเทศซึ่งก็คือรัฐสภาซึ่งประกอบไปด้วยผู้แทนราษฎรที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน และจะต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบภายใต้หลักนิติรัฐ หากมิเช่นนั้นจะตกอยู่ในการบริหารของเอกชนซึ่งจะเป็นเพียงกลุ่มบุคคลที่ไม่มีอะไรยึดโยงกับประชาชนและจะไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบใด ๆ สำหรับประเทศไทยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งจะเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาการเงินการคลังงบประมาณแผ่นดินร่วมกับวุฒิสภา (ซึ่งในปัจจุบันไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง)

2.2.2 การกิจลำดับรองของรัฐ

เมื่อรัฐได้จัดหาหรือดำเนินการตามภารกิจพื้นฐานของรัฐครบถ้วนแล้วทั้งการดูแลรักษาความมั่นคงของรัฐจากภายนอกทั้งการทหารและการต่างประเทศ ดูแลรักษาความสงบของรัฐภายในประเทศ และการบริหารการเงินการคลังของรัฐแล้ว ภารกิจต่อมาของรัฐคือการสร้างให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น คือการพัฒนาคุณภาพของชีวิตให้แก่ประชาชนให้ประชาชนกินดีอยู่ดีมีความสุขขึ้นมุ่งหมายจะกระจายสิทธิซึ่งมีอยู่เดิมแล้วในรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนทั่วถึง จึงอาจเรียกภารกิจ

⁵⁶ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 10 “กระทรวงการคลัง มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเงินการคลังแผ่นดิน การประเมินราคาทรัพย์สิน การบริหารพัสดุภาครัฐ กิจการเกี่ยวกับที่ราชพัสดุ ทรัพย์สินของแผ่นดิน ภาษีอากร การรักษาการกิจการหารายได้ของรัฐมีอำนาจดำเนินการได้แต่ผู้เดียวตามกฎหมายและไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการอื่น การบริหารหนี้สาธารณะ การบริหารและการพัฒนารัฐวิสาหกิจและหลักทรัพย์ของรัฐ และราชการอื่น ตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการคลังหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงการคลัง”

ลำดับรองได้ว่า Positive Function of State หรือ Social Function⁵⁷ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะถือเป็นภารกิจลำดับรองของรัฐ (Secondary Function) หรืออาจพิจารณาอีกอย่างหนึ่งว่าเป็นภารกิจเสริมภารกิจพื้นฐานของรัฐก็ย่อมได้ เนื่องจากการกิจลำดับรองนั้นเมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาแล้วมีความสัมพันธ์กับการกิจขั้นพื้นฐานอยู่มาก และในบางกรณีก็เป็นการยากที่จะออกจกกันอย่างเด็ดขาดได้ อย่างไรก็ดี สถานะของภารกิจของรัฐลำดับรองนั้นจะมีความแตกต่างกับภารกิจพื้นฐานของรัฐที่รัฐอาจกระจายอำนาจให้แก่ส่วนท้องถิ่นหรือแม้กระทั่งมอบหมายให้เอกชนดำเนินการในภารกิจลำดับรองได้ รัฐไม่จำเป็นต้องผูกขาดในการนั้น ๆ หรือไม่ภายในรัฐก็ล้วนมีสังคมหรือชุมชน หรือสมาคม หรือสหภาพภายในประเทศนั้น ๆ ที่ต้องการที่จะคุ้มครองสวัสดิการของสมาชิกอยู่แล้วด้วยเช่นกัน หากวัดถึงความเป็นสากลแล้ว รัฐแต่ละรัฐมีความหลากหลายในการแบ่งส่วนราชการภายในเพื่อรองรับภารกิจลำดับรองของรัฐขึ้นอยู่กับการให้ความสำคัญของเรื่องใดเป็นพิเศษ และไม่จำเป็นที่จะต้องมียุทธศาสตร์เดียวกันทุกประเทศเช่นกับการกิจพื้นฐานของรัฐ ทั้งนี้ ภารกิจลำดับรองของรัฐสามารถจำแนกออกได้ 2 ประเภท ดังนี้

2.2.2.1 ทางเศรษฐกิจ

ภารกิจทางเศรษฐกิจถือเป็นภารกิจลำดับรองเพราะเป็นตั้งแนวนโยบายของแต่ละประเทศซึ่งจะแตกต่างกันไปตามรัฐบาลที่ปกครองประเทศนั้น ๆ หรือแนวนโยบายเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ มิได้เฉพาะเจาะจงต้องดำเนินการรูปแบบใดเป็นพิเศษ โดยรัฐอาจมีหน้าที่ในการที่จะเข้ามาเป็นผู้สนับสนุนทางเศรษฐกิจของรัฐให้แก่เอกชนภายในประเทศ หรือจะทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมเศรษฐกิจ หรือรัฐจะเข้ามาเป็นผู้ประกอบการด้านเศรษฐกิจเองก็ได้เช่นกัน ซึ่งรูปแบบการดำเนินการต่าง ๆ นั้นจะแตกต่างกันไปตามระบอบการปกครองของประเทศนั้น ๆ

ภายใต้คำว่า “ภารกิจทางเศรษฐกิจ” อาจหมายถึงภารกิจด้านอุตสาหกรรม และภารกิจด้านพาณิชย์กรรม เพื่อมุ่งเน้นผลสัมฤทธิ์ด้านการแสวงหารายได้และกำไรเข้าสู่เงินคลังแผ่นดินเพื่อดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐต่อไป โดยด้านอุตสาหกรรมนั้นจะเน้นไปในการที่รัฐส่งเสริมและพัฒนาอุตสาหกรรม การส่งเสริมการลงทุน การพัฒนาผู้ประกอบการ ควบคุมทางกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องแก่เอกชนที่ประกอบธุรกิจหรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับการอุตสาหกรรม ตัวอย่างเช่น การจัดตั้งโรงงาน การทำเหมืองแร่ การผลิตพลังงานไฟฟ้า เป็นต้น สำหรับด้านพาณิชย์กรรมนั้นจะเป็นการประกอบกิจการเพื่อประโยชน์ในทางการค้าและหารายได้และกำไร เช่น การคมนาคม ได้แก่ รถไฟ เครื่องบินระหว่างประเทศและในประเทศ หรือการโทรคมนาคมเช่นระบบโทรศัพท์ โทรสาร และไปรษณีย์ เป็นต้น ซึ่งการส่งเสริมด้านพาณิชย์กรรมนั้นจะส่งผลโดยตรงต่อทางสังคมของประเทศได้ด้วยเช่นกัน เมื่อประชาชนได้รับบริการทางสาธารณะด้านระบบขนส่งดี คุณภาพชีวิตของประชาชนก็จะสูงขึ้นเช่นกัน

⁵⁷ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, “วิสาหกิจมหาชนในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงข้อความคิด,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), น.6.

2.2.2.2 ทางสังคมและวัฒนธรรม

กิจการทางสังคมและวัฒนธรรมนั้นมีความหมายที่กว้างและเป็นนามธรรม แต่ที่จริงแล้วภารกิจส่งเสริมสังคมนั้นมีลักษณะที่อาจจะเป็นส่วนหนึ่งหรือไม่สามารถแบ่งแยกออกจากกันอย่างเด็ดขาดจากภารกิจพื้นฐานของรัฐด้านการปกครองดูแลประชาชนของรัฐได้ ซึ่งได้แก่ภารกิจรองต่าง ๆ อาทิ การสาธารณสุข การสาธารณสุขโรค การจัดหาที่อยู่อาศัย การศึกษา การจัดหาอาชีพ การสังคมสงเคราะห์ การบริหารจัดการและรักษาธรรมชาติ รายละเอียดของภารกิจลำดับของรัฐอาจหยิบยกมาอธิบายได้ เช่น การจัดหาซึ่งการสาธารณสุขซึ่งกระทบต่อการรักษาชีวิตและสุขภาพของประชาชนของรัฐด้านต่าง ๆ ตั้งแต่การส่งเสริมสุขภาพของประชาชนและการจัดตั้งสถานพยาบาลในการรักษาโรคภัยต่าง ๆ รัฐจะสามารถเก็บค่าใช้จ่ายบริการบางส่วนหรือทั้งหมด หรือแม้กระทั่งไม่เก็บค่าใช้จ่ายใด ๆ จากประชาชนได้เลยเช่นกัน หลักการดังกล่าวเป็นสากลในแต่ละประเทศล้วนจัดตั้งองค์กรขึ้นมารองรับภารกิจนี้ เช่น Department of Health and Social Care ของสหราชอาณาจักร The United States Department of Health & Human Services ของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น สำหรับประเทศไทยองค์กรที่รับผิดชอบคือกระทรวงสาธารณสุข⁵⁸ ทั้งในรูปแบบของโรงพยาบาลของรัฐ และโรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบล (สถานีอนามัย) อย่างไรก็ตามไม่ใช่ทุกสถานพยาบาลจะจำเป็นต้องจัดสรรโดยรัฐ ภาคเอกชนอาจจะดำเนินธุรกิจทางสุขภาพก็ได้เช่นกันในรูปแบบโรงพยาบาลเอกชนโดยควบคุมและกำกับของรัฐอีกชั้นหนึ่ง หรือภารกิจทางการส่งเสริมความรู้และการศึกษาให้แก่ประชาชนของรัฐเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาบุคลากรเพื่อจะได้นำมาพัฒนาสังคมและประเทศต่อไปในอนาคต ซึ่งระบบการศึกษาดังกล่าวจะมีตั้งแต่ชั้นประถมศึกษาไปจนถึงระดับอุดมศึกษาผ่านรูปแบบโรงเรียนและมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของรัฐ ทั้งนี้ รัฐอาจจะเก็บธรรมเนียมการศึกษาจากประชาชนได้บางส่วนหรือทั้งหมดก็ได้เช่นกัน แล้วแต่นโยบายของประเทศนั้น ๆ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการสากลในต่างประเทศ เช่น Department for Education ของสหราชอาณาจักร The United States Department of Education ของสหรัฐอเมริกา หรือ Ministère de l'Éducation nationale, de l'Enseignement supérieur et de la Recherche ของฝรั่งเศส สำหรับประเทศไทยนั้นมีส่วนราชการที่เกี่ยวข้องหลายองค์กร ได้แก่ กระทรวงศึกษาธิการ⁵⁹

⁵⁸ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 42

“กระทรวงสาธารณสุขมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการสร้างเสริมสุขภาพอนามัย การป้องกันควบคุม และรักษาโรคภัย การฟื้นฟูสมรรถภาพของประชาชน และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงสาธารณสุขหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงสาธารณสุข”

⁵⁹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 40

“กระทรวงศึกษาธิการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและกำกับดูแลการศึกษาทุกระดับและทุกประเภท กำหนดนโยบาย แผน และมาตรฐานการศึกษา สนับสนุนทรัพยากรเพื่อการศึกษา ส่งเสริมและประสานงานการศาสนา ศิลปะ วัฒนธรรม และการกีฬาเพื่อการศึกษา รวมทั้งการติดตามตรวจสอบ และประเมินผลการจัดการศึกษา และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงศึกษาธิการหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงศึกษาธิการ”

และกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม⁶⁰ ซึ่งภาคเอกชนสามารถเข้ามาทำธุรกิจทางการศึกษาได้เช่นเดียวกัน หรืออีกประการหนึ่งคือการดูแลการทำมาหากินและสัมมาชีพของประชาชนของรัฐ รัฐจึงมีภารกิจที่จะส่งเสริมการทำงานและประกอบอาชีพของประชาชนตลอดจนคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของประชาชนควบคู่กัน องค์กรผู้รับผิดชอบการดังกล่าวสำหรับประเทศไทยคือกระทรวงแรงงาน⁶¹ และตัวอย่างสุดท้ายคือการสาธารณสุขไปรษณีย์ประชาชนของรัฐเช่นการประปา การไฟฟ้า การคมนาคมและการโทรคมนาคม เพื่อประโยชน์ในการใช้ชีวิตของประชาชนประจำวันให้มีคุณภาพสูงขึ้น รัฐอาจเข้ามาดำเนินการเองในรูปแบบรัฐวิสาหกิจ หรือถือหุ้นใหญ่ หรือร่วมหุ้นกับภาคเอกชน แล้วแต่กรณี หรือเอกชนดำเนินการเองทั้งหมดแต่ควบคุมโดยรัฐก็ได้เช่นกัน ตัวอย่างองค์กรของประเทศไทยได้แก่การไฟฟ้า หรือการประปา ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่ควบคุมโดยกระทรวงมหาดไทย การรถไฟไทยและการบินไทย ไปรษณีย์ไทย เป็นต้น

สำหรับภารกิจทางวัฒนธรรม เมื่อคำนึงถึงคุณค่าของศาสนา ศิลปะและวัฒนธรรมที่มีผลเป็นการจรรโลงสังคมที่ส่งผลทางด้านจิตใจของประชาชนของประเทศ รัฐพึงมีหน้าที่ทำนุบำรุงศาสนาที่ประชาชนนับถือ รักษาศิลปวัฒนธรรมของชาติที่มีอยู่แล้ว และส่งเสริมให้สังคมสร้างสรรค์งานศิลปะใหม่ ๆ ในรูปแบบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นจิตรกรรม ดนตรี หรือการแสดง ขึ้นมาตลอดจนการกีฬาต่าง ๆ ก็อาจถือเป็นงานด้านวัฒนธรรมได้เช่นกัน การส่งเสริมของรัฐนั้นสามารถทำได้ทั้งการเป็นหน่วยงานหลักเอง หรือการให้ทุนสนับสนุนทางการเงินแก่ภาคเอกชนเองก็ย่อมได้ แต่อย่างไรก็ดี รัฐต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่งที่จะดำเนินการในทำนองเสนอความคิดเห็นหรือความเชื่อในทางศาสนาหรือวัฒนธรรมให้แก่ประชาชนในรัฐ หรือต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการสนับสนุนหรือส่งเสริมวัฒนธรรมหรือความเชื่อใด ๆ จนกลายเป็นว่ารัฐกำหนดเนื้อหาให้แก่ประชาชนเสียเอง⁶² ตัวอย่างองค์กรของต่างประเทศ ได้แก่ Department for Digital, Culture, Media and Sport ของสหราชอาณาจักร หรือ Ministère de la Culture ของฝรั่งเศส เป็นต้น สำหรับประเทศไทยนั้นมีในหลายรูปแบบองค์กรทั้งรูปแบบกระทรวงเช่นกระทรวงวัฒนธรรมหรือกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา และองค์กรอื่นต่าง ๆ

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แนวคิดเรื่องภารกิจของรัฐทั้งภารกิจพื้นฐานที่มีสำคัญอยู่หลัก ๆ 5 ประการและภารกิจลำดับรองของรัฐซึ่งมีสำคัญหลัก ๆ อยู่ 2 ประการตามที่ได้อธิบายมาข้างต้นนั้น

⁶⁰ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 17/1

“กระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริม สนับสนุน และกำกับการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ การวิจัย และการสร้างสรรค์นวัตกรรม เพื่อการพัฒนาประเทศให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงของโลก”

⁶¹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 34

“กระทรวงแรงงานมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการบริหารและคุ้มครองแรงงาน พัฒนาฝีมือแรงงาน ส่งเสริมให้ประชาชนมีงานทำ และราชการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงแรงงานหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงแรงงาน”

⁶² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 76.

การจัดประเภทภารกิจทั้ง 2 อาจสรุปได้ว่าสุดท้ายแล้วรัฐนั้นมีการกิจที่จะต้องดำเนินการอะไรบ้าง ซึ่งศาสตราจารย์ W. Friedmann ได้แบ่งแยกภารกิจของรัฐออกมาได้ 5 ประการ ดังนี้⁶³

1. รัฐในฐานะผู้พิทักษ์ (Protector) หรือในความหมายของผู้รับผิดชอบด้านการปกป้องรัฐจากภัยคุกคามจากภายนอก และการศึกษาความสงบเรียบร้อยภายในรัฐ

2. รัฐในฐานะจัดหา (Provider) หรือในฐานะผู้สนับสนุนหรือให้บริการ⁶⁴ ซึ่งรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องจัดหาหรือสรรหามาซึ่งบริหารสาธารณะและสวัสดิการขั้นพื้นฐานให้แก่ประชาชนเพื่อคงไว้ซึ่งมาตรฐานคุณภาพชีวิตของประชาชนของประเทศ อาทิ การสาธารณสุข เป็นต้น ซึ่งเป็นรูปแบบของรัฐสวัสดิการ

3. รัฐในฐานะผู้ควบคุมเศรษฐกิจ (Regulator) การเป็นผู้ควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประชาชนหรือองค์กรของประเทศผ่านรายละเอียดการดำเนินการ 3 รูปแบบ ดังนี้

3.1 การควบคุมให้วิสาหกิจเอกชนปฏิบัติตามกฎหมายหรือระเบียบซึ่งรัฐกำหนดไว้ เช่น การกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินตราของรัฐ มาตรการควบคุมภาคผลิต มาตรการควบคุมภาคการค้า มาตรการควบคุมค่าแรง เป็นต้น

3.2 ส่งเสริมและช่วยเหลือวิสาหกิจเอกชนผ่านการดำเนินทางนโยบายต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจ เช่น มาตรการภาษีนำเข้า มาตรการลดหย่อนภาษี การจัดตั้งโรงเรียนฝึกสอนการประกอบอาชีพ เป็นต้น

3.3 การกำหนดข้อบังคับทางกฎหมายบางประการหรือบางกรณีให้เอกชนต้องขออนุญาตกับรัฐก่อนดำเนินการทางเศรษฐกิจ เช่น การจัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรม การนำเข้าสินค้าจากต่างประเทศ การขออนุญาตประกอบธุรกิจบางประเภท เป็นต้น

4. รัฐในฐานะผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (Entrepreneur) หรือการที่รัฐจัดตั้งวิสาหกิจมหาชนขึ้นมาเพื่อประกอบการทางเศรษฐกิจเองโดยตรง หรือให้องค์กรของรัฐเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเองก็ได้

5. รัฐในฐานะผู้ประกอบการอนุญาโตตุลาการ (Umpire Arbitrator) ในความหมายดังกล่าวคือการที่รัฐเป็นผู้ใช้กระบวนการทางยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทของเอกชนหรือประชาชนภายในประเทศนั่นเอง

และการกระทำในกิจการต่างประเทศถูกจัดตั้งให้เป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐที่รัฐจำเป็นต้องใช้อำนาจในการดำเนินการให้เกิดขึ้นมาเพื่อรองรับความต้องการของประชาชนของรัฐ การคุ้มครองและปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐทั้งชีวิตและทรัพย์สินของคนชาติ อำนาจอธิปไตยหรืออาณาเขตของรัฐโดยสันติวิธีได้

⁶³ W. Friedmann, *The State and the Rule of Law in Mixed Economy*, อ้างถึงใน จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 57*, น. 35.

⁶⁴ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 43*, น. 142.

2.1.3 หน้าที่ของรัฐ

หลังจากทำความเข้าใจเรื่อง “ภารกิจพื้นฐานของรัฐ” ไปแล้วในหัวข้อก่อนหน้านี้ จึงขออธิบายถึงแนวคิดเรื่อง “หน้าที่ของรัฐ” ซึ่งอาจจัดสรรให้เป็นส่วนหนึ่งในการทำความเข้าใจเรื่องภารกิจพื้นฐานของรัฐได้ เรื่องหน้าที่ของรัฐเป็นเรื่องใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ ในบทที่ 1 บททั่วไป หมวดที่ 5 ได้มีการบัญญัติเรื่อง “หน้าที่ของรัฐ” ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นครั้งแรก แนวคิดนี้มีพัฒนาการมาจากการเป็น “สิทธิและเสรีภาพ” บางส่วนจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อนหน้า และบางส่วนก็ได้นำไปบรรจุไว้ในเรื่อง “แนวนโยบายของรัฐ” ซึ่งเมื่อกล่าวถึงแนวนโยบายของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้วได้ปรากฏมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492⁶⁵ แต่เนื่องจากสภาพของแนวนโยบายของรัฐจึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่ประชาชนในการฟ้องร้องรัฐ⁶⁶ ดังนั้น คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการคุ้มครองประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยที่จะได้รับการรับรองว่ารัฐมีพันธกรณีที่พึงจะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหมวดนี้ที่จะต้องจัดทำให้ประชาชน หากมีเช่นนั้นจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐขึ้นมา ประชาชนย่อมชอบที่จะใช้สิทธิที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ หรือฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้⁶⁷ ดังนั้น ที่ประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญครั้งที่ 15 เมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2558⁶⁸ ที่ประชุมได้พิจารณาสาระสำคัญที่พึงบัญญัติไว้ใน “หน้าที่ของรัฐ” ไว้ ตั้งแต่มาตรา 51 ถึงมาตรา 63 แม้ว่าเนื้อหาจะเป็นสิ่งที่รัฐพึงต้องปฏิบัติตามอยู่ในตัวอันเป็นหน้าที่และอำนาจทั่วไปของรัฐอยู่แล้ว แต่การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นจึงเท่ากับเป็นการตราหลักการเอาไว้ในกฎหมายสูงสุดซึ่งใช้ในการปกครองประเทศย่อมเป็นการประกันและรับรองสิทธิให้แก่ประชาชนได้ดีที่สุด หน้าที่ของรัฐดังกล่าวที่บัญญัติไว้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการ

⁶⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 หมวด 5 แนวนโยบายของรัฐ มาตรา 54 ถึง 72

⁶⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 มาตรา 54

“บทบัญญัติในหมวดนี้มีไว้เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการตามนโยบายที่กำหนดไว้และไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ”

⁶⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 51

“การใดที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐตามหมวดนี้ ถ้าการนั้นเป็นการทำเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยตรง ย่อมเป็นสิทธิของประชาชนและชุมชนที่จะติดตามและเร่งรัดให้รัฐดำเนินการ รวมตลอดทั้งฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพื่อจัดให้ประชาชนหรือชุมชนได้รับประโยชน์นั้นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ”

⁶⁸ สรุปผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 วันอังคาร ที่ 27 ตุลาคม 2558

กำหนดให้รัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย⁶⁹ การให้การศึกษาขั้นพื้นฐาน⁷⁰ การให้บริการสาธารณสุข⁷¹ สาธารณูปโภค⁷² การเงินการคลัง⁷³ การส่งเสริมเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม⁷⁴ รักษาสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ⁷⁵ เป็นต้น กล่าวคือ รัฐจะต้องดำเนินการรักษาความสงบสุขของสังคม ปกป้องคุ้มครองชีวิต ทรัพย์สิน และเสรีภาพของประชาชน ดำเนินการบริการสาธารณะให้แก่ประชาชน ซึ่งรัฐมีหน้าที่จะต้องจัดหา ส่งเสริม สนับสนุน ดำเนินการตาม แล้วแต่กรณี ในฐานะที่เป็นรัฐ (โดยความหมายอย่างแคบคือรัฐบาล) และในฐานะที่เป็นหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐก็จะดำเนินการผ่านองค์กรของรัฐต่าง ๆ ทั้งในนามกระทรวง ทบวง กรม วิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือองค์กรใด ๆ เพื่อให้บรรลุหน้าที่ของรัฐตามที่ได้อธิบายไว้ในรัฐธรรมนูญ

หน้าที่ของรัฐประการหนึ่งในนั้นคือรัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการทหารและการทูตเพื่อประโยชน์ในการที่จะต้องรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁷⁶ ดังนั้น “การทูต” ซึ่งเป็นบทบาทในกิจการต่างประเทศสาขาหนึ่งจะเป็นหนึ่งในภารกิจของรัฐที่มีหน้าที่เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงของประเทศ บุรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย ตลอดจนเกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาตินอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ยังกำหนดให้ประเทศไทยต้องมีนโยบายในการส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศภายใต้ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกันและไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน และให้ประเทศไทยให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศ รวมทั้งการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศด้วย⁷⁷ ซึ่งที่กล่าวมานั้นเป็นภารกิจงานในดำเนินการในต่างประเทศทั้งสิ้น

⁶⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 53

⁷⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 54

⁷¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 55

⁷² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 56

⁷³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 62

⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 57

⁷⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 58

⁷⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 52

“รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บุรณภาพแห่งอาณาเขตและเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูตและการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ

กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย”

⁷⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 66

“รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศโดยถือหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกัน และไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศและคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศ”

เมื่อคำนึงการดำเนินการในกิจการต่างประเทศของประเทศไทยที่เป็นทั้ง “หน้าที่ของรัฐ” และเป็น “แนวนโยบายของรัฐ” ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อย่างไรก็ดี แม้จะไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นสำคัญดังบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ รัฐสมัยใหม่ก็ย่อมมีหน้าที่ดังกล่าวในตัวของรัฐเองเพื่อดำเนินการบริหารประเทศและปกครองประชาชนได้อย่างผาสุกและร่มเย็น ดังนั้น การกระทำในกิจการต่างประเทศย่อมเป็นทั้งภารกิจพื้นฐานของรัฐ และอาจพิจารณาว่าเป็นหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของไทยอีกด้วยเช่นกัน

2.2 การกระทำของรัฐ

เมื่อรัฐมีหน้าที่และภารกิจที่ต้องดำเนินการให้แก่ประเทศชาติและประชาชน การกระทำที่จะบรรลุภารกิจที่ได้อธิบายไว้แล้วข้างรัฐจึงจำเป็นต้องมีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าวได้ ซึ่งอำนาจที่ว่านั้นคือ “อำนาจอธิปไตย” ของรัฐในตัวของรัฐเอกราชนั้น ๆ เอง ภายในอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นสามารถที่จะแบ่งองค์ประกอบออกมาได้ 3 ส่วนด้วยกันโดยอาศัยหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นสืบเนื่องมาจากแนวคิดที่ไม่ต้องการให้อำนาจรวมอยู่ที่บุคคลคนเดียวหรือองค์กรหนึ่งเพราะว่าบุคคลหรือองค์กรหนึ่งผูกขาดอำนาจไว้โดยไม่มีองค์กรใดมาตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจตามอำเภอใจย่อมจะทำให้ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกดขี่ข่มเหงและถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพของชีวิตและทรัพย์สินได้

เมื่อพิจารณาถึงความเป็นนิติบุคคลทางมหาชนของรัฐ ซึ่งจะเท่ากับว่ารัฐเป็นสิ่งสมมติที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายโดยรัฐไม่มีชีวิตจิตใจในตัวของการว่ารัฐ⁷⁸ ผู้ที่จะใช้อำนาจรัฐทั้งสามก็จะต้องดำเนินการโดยบุคคลธรรมดาที่ได้รับหน้าที่ให้ดำเนินการในกิจการนั้น ๆ ตามที่เป็นไปตามภารกิจพื้นฐานและภารกิจลำดับรองของรัฐที่ได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้

อำนาจอธิปไตยของรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้นจะประกอบไปด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งแบ่งแยกโดย “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการดำเนินการของรัฐอันเป็นองค์ประกอบหลักของรัฐธรรมนูญของประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ดังนั้น การทำความเข้าใจที่มาและความสำคัญของหลักแบ่งแยกอำนาจจึงสำคัญเช่นกัน

2.2.1 หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

ในความหมายของคำว่า การแยกอำนาจของรัฐหรืออำนาจอธิปไตย อาจกล่าวได้ว่าเป็นการดำเนินการเพื่อจัดระเบียบองค์กรของรัฐพร้อมกันกับกำหนดภารกิจพื้นฐานของรัฐนั้น ๆ ไปในเพื่อให้บรรลุภารกิจของรัฐ โดยแต่มีใช้การเอาอำนาจรัฐมาแบ่งแยกขาดออกมาเป็นส่วน ๆ เพราะอำนาจอธิปไตยของรัฐนั้นถือเป็นเอกภาพของรัฐนั้น ๆ แต่เป็นการจำแนกอำนาจของรัฐออกมาตาม

⁷⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 239.

ภารกิจพื้นฐานของรัฐ และเป็นการกระจายองค์ของผู้ใช้อำนาจของรัฐดังกล่าวออกไปเพื่อป้องกันไม่ให้ อำนาจตกอยู่ในมือขององค์กรใดองค์กรเดียว⁷⁹

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจอริปไตยของรัฐนั้นเริ่มต้นเมื่อลอร์ดแอคตัน (Lord John Dalberg-Acton)⁸⁰ นักการเมืองสัญชาติบริติช เคยระบุในจดหมายที่เขียนถึง Anglican Bishop ว่า "Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely..." แปลเป็นไทยได้ว่า "อำนาจอาจนำไปสู่การกระทำที่มีขอบและอำนาจไร้ขีดจำกัดจะทำให้เกิดการกระทำที่มี ขอบได้อย่างแน่นอน"⁸¹ ประโยคนี้สะท้อนแนวคิดให้เห็นว่าอำนาจซึ่งไร้ขีดจำกัดเมื่อตกไปอยู่กับผู้ใดผู้ หนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยปราศจากการตรวจสอบหรือควบคุมจากผู้อื่น บุคคลเหล่านั้นอาจอำนาจ ไปใช้ในทางมิชอบที่จะสร้างความเสียหายได้ ซึ่งถ้าหากเกิดเหตุการณ์เช่นนี้ในการปกครองรัฐหรือ ประเทศใด ๆ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในรัฐนั้น ๆ ย่อมไม่ได้รับประกันใด ๆ จากผู้ปกครองรัฐนั้น ๆ ได้ ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐจึงเกิดจุดประสงค์ที่ไม่ต้องการให้อำนาจ การปกครองรัฐถูกจำกัดหรือผูกขาดการใช้อำนาจอยู่ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่ เพียงผู้เดียวโดยปราศจากหรือไม่สามารถตรวจสอบได้จากผู้ใดหรือองค์กรใดได้

บุคคลถัดมาผู้ได้ให้ความเห็นเรื่องอำนาจอริปไตยหรืออำนาจของรัฐว่าจะต้องแบ่งแยก ออกได้เป็น 3 อำนาจ คือ จอห์น ล็อก (John Locke)⁸² นักปรัชญาสัญชาติบริติช ได้เคยนิยามไว้ใน หนังสือ "Two Treatises of Government" หรือ "ความเรียงสองตอนว่าด้วยการปกครอง" ที่มุ่งเน้น อธิบายเรื่องการกำเนิดรัฐและความชอบธรรมของการปกครอง โดยจอห์น ล็อก ได้แบ่งแยกอำนาจของ รัฐ หรืออำนาจของประชาคม หรืออำนาจอริปไตยของรัฐ ว่า อำนาจอริปไตยจะแบ่งได้ 2 ประการหลัก ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งล็อกมองว่าเป็นอำนาจทางการเมืองสูงสุด และอำนาจบริหาร แต่จอห์น ล็อก ก็ได้พิจารณาอีกสองประการของอำนาจเชิงบริหารอีกสองประการ คือ อำนาจดำเนินกิจการ ในทางระหว่างประเทศ (Federative Power) ซึ่งได้แก่อำนาจที่เกี่ยวกับการทำสงคราม การทำ สนธิสัญญา การแลกเปลี่ยนทูต และอำนาจตุลพินิจจำเป็น (Prerogative Power) หรืออำนาจที่จะต้อง ตัดสินใจในยามจำเป็นหรือเกิดเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าจนถึงขนาดฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ กำหนดกฎเกณฑ์ให้ฝ่ายบริหารดำเนินการไว้ล่วงหน้า ดังนั้น อำนาจนี้ผู้ใช้อำนาจควรจะเป็นฝ่ายบริหาร เช่นเดียวกัน⁸³

หลักการแบ่งแยกอำนาจจากแนวคิดของจอห์น ล็อก ได้สร้างอิทธิพลต่อแนวคิดเชิง ปรัชญาทางกฎหมายในภาคพื้นยุโรปด้วยกัน และอาจกล่าวได้ว่าได้หลักการดังกล่าวถูกขยายความได้

⁷⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 167.

⁸⁰ 10 มกราคม ค.ศ. 1834 – 19 มิถุนายน ค.ศ. 1902

⁸¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.94.

⁸² 23 สิงหาคม ค.ศ. 1632 ถึง 28 ตุลาคม ค.ศ. 1704

⁸³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 284-285.

ชัดเจนมากขึ้นเมื่อมองเตสกีเออ (Montesquieu)⁸⁴ นักกฎหมายและปรัชญาสัญชาติฝรั่งเศส เจ้าของตำรา *De l'esprit des lois* หรือ “เจตนารมณ์แห่งกฎหมาย” เสนอทฤษฎี “การแบ่งแยกอำนาจ” (*Séparation des pouvoirs*) ว่า “ในทุกรัฐบาลมีอำนาจอยู่สามอำนาจคืออำนาจนิติบัญญัติ เกี่ยวข้องกับสิ่งที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายของชาติ และอำนาจบริหารเกี่ยวข้องกับเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับกฎหมายของประชาชน”⁸⁵ จากอำนาจอธิปไตยของรัฐแบ่งออกลงมาเป็น 3 ประเภทอำนาจเพื่อสร้างภาวะตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน (*Checks and Balances*) ได้แก่ อำนาจนิติบัญญัติ (อำนาจในการตรากฎหมาย) อำนาจบริหาร (อำนาจในการบังคับตามมติมหาชน) และอำนาจตุลาการ (อำนาจการพิจารณาคดี) มองเตสกีเออได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจโดยกล่าวว่ารัฐมีการใช้อำนาจอยู่สามประการด้วยกัน คือ ประการแรก รัฐมีอำนาจออกกฎหมายมาบังคับการดำเนินชีวิตของประชาชนทั่วไป อำนาจในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย และการยกเลิกกฎหมายนั้นคืออำนาจนิติบัญญัติ ประการที่สอง รัฐมีอำนาจในการดูแลความปลอดภัยภายในและภายนอกประเทศ และใช้กำลังเพื่อให้ประชาชนเคารพกฎหมาย การกิจนี้เป็นภารกิจที่เป็นการปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย อำนาจดังกล่าวคืออำนาจบริหาร ประการที่สาม รัฐจำเป็นต้องจัดให้มีการลงโทษบุคคลเมื่อมีการกระทำผิดกฎหมาย และจัดให้มีการพิพากษาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างเอกชนที่อยู่ใต้กฎหมาย อำนาจนี้คืออำนาจตุลาการอย่างใดก็ได้ ไม่จำเป็นว่าการแบ่งแยกอำนาจจะทำให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกันในทางกลับกันอาจจะอำนาจใดอำนาจหนึ่งเหนือกว่าอีกอำนาจหนึ่งก็ได้ แต่จะไม่อยู่ในลักษณะเหนือกว่าเด็ดขาดสมบูรณ์ โดยประการสำคัญคือจะต้องมีหลักการว่าการดำเนินการตามอำนาจในแต่ละองค์กรจะต้องมีการคานและดุลอำนาจ (*Checks and Balances*) ระหว่างกันเป็นหลักประกันในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างกัน และอำนาจทั้งสามนี้จะต้องไม่อยู่ในมือผู้อำนาจคนเดียวกัน⁸⁶

ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงพื้นฐานสำคัญของระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง เป็นยิ่งกว่าแค่การบอกว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายเพราะถ้าฟังกฎหมายที่ใช้บังคับในรัฐอาจจะไม่ได้เกิดจากองค์กรทางการเมืองที่แบ่งแยกและมีอิสระซึ่งกันและกันแต่จะถูกตราโดยฝ่ายบริหารผู้ใช้อำนาจเองก็ย่อมได้ จึงเท่ากับว่าประเทศนั้นไม่มีประชาธิปไตยที่แท้จริง ทั้งนี้ การปกครองในระบอบประชาธิปไตยภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งมีความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจซึ่งกันและกันโดยประโยชน์ของการตรวจสอบและถ่วงดุลจะมีลักษณะความสัมพันธ์ที่แตกต่างกันตามระบบการ

สำหรับประเทศไทยแล้วหลักการแบ่งแยกอำนาจได้ถูกรองรับโดยปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญ⁸⁷ โดยถือว่าประชาชนคนไทยทุกคนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยการใช้อำนาจอธิปไตยของ

⁸⁴ 8 มกราคม ค.ศ. 1689–10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1755

⁸⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 81*, น. 97.

⁸⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 8*, น. 302

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3

“อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ประชาชนนั้นพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขของประเทศไทยทรงใช้อำนาจอธิปไตยด้านนิติบัญญัติทางรัฐสภาอำนาจอธิปไตยด้านบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรีและอำนาจอธิปไตยด้านตุลาการผ่านทางศาล

2.2.2 การกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ การที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการตรากฎหมายขึ้นมาในรัฐและเพื่อใช้บังคับในรัฐนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวก็ตาม องค์กรผู้ใช้อำนาจคือรัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสมาชิกผู้แทนราษฎรอันมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในรัฐนั้น ซึ่งแยกออกมาจากองค์กรบริหารภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง อย่างไรก็ตามก็ดี องค์กรนิติบัญญัติจะมีหน้าที่อีกประการในหลักการเดียวกันคืออำนาจและหน้าที่ในการตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารในทางนโยบายหรือทางการเมืองอีกด้วย ซึ่งจะกล่าวถึงในบทต่อไป

ฝ่ายนิติบัญญัติคือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายใช้บังคับในประเทศนั้น ๆ จึงเท่ากับว่าเป็นองค์กรผู้มียุทธศาสตร์สูงในการกำหนดพฤติกรรมของประชาชนในสังคมและประเทศ ตลอดจนเป็นผู้กำหนดให้รัฐต้องทำอะไรหรือดเว้นการกระทำใด การกระทำทางนิติบัญญัติจึงมีลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจในการบังคับเอาแก่รัฐและประชาชนนั่นเอง⁸⁸

“การกระทำทางนิติบัญญัติ” จะเป็นการกระทำของรัฐในเชิงนามธรรมโดยธรรมชาติของตัวกฎหมายเองเพราะการที่รัฐแสดงเจตนารมณ์บัญญัติข้อบังคับในลักษณะ “กฎเกณฑ์ทั่วไป” แบบลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่ประชาชนของรัฐโดยไม่มีการเจาะจงแต่อย่างใด ในทางกลับกันหากเป็นกรณีคำสั่งเฉพาะเจาะจงเฉพาะรายบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งมีความเป็นรูปธรรมมากกว่านั้นอาจจะกลายเป็นการสร้างให้ผู้ใช้อำนาจทางกฎหมายออกคำสั่งตามอำเภอใจแก่ผู้ใดก็ได้ ซึ่งจะเป็นอันตรายแก่ประชาชนมากกว่า⁸⁹

กระบวนการกระทำทางนิติบัญญัตินั้นสามารถแบ่งองค์ประกอบขั้นตอนตั้งแต่การเสนอร่างกฎหมายจนไปถึงขั้นใช้บังคับกับประชาชนได้ 3 ลำดับขั้น ดังนี้

2.2.2.1 การเสนอร่างกฎหมาย

เป็นขั้นตอนเริ่มต้นที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิแก่ผู้มีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐเอง ประชาชน ผู้แทนประชาชนในองค์กรนิติบัญญัติหรือสภานิติบัญญัติของรัฐ (สำหรับประเทศไทยคือสภาผู้แทนราษฎร) เป็นผู้เข้าเสนอร่างกฎหมายเพื่อพิจารณาจะให้องค์กรฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) นำกฎหมายไปใช้บังคับในประเทศต่อไป ซึ่งวิธีการเสนอเรื่องขององค์กรนิติบัญญัตินั้นจะแตกต่างกันไปตามรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ เช่น การเสนอเรื่องโดยตรงโดยสมาชิกสภานิติบัญญัติ การเข้าชื่อเสนอโดยประชาชนในจำนวนที่

รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์การอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม”

⁸⁸ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523), น. 231.

⁸⁹ สมยศ เชื้อไทย, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 43, น. 215.

รัฐธรรมนูญรับรองไว้ อย่างไรก็ตามก็ดี เพราะการกระทำทางนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการตรากฎหมายไปให้ฝ่ายบริหารดำเนินการ ด้วยเหตุนี้ฝ่ายบริหารจึงอาจมีบทบาทหรือส่วนร่วมในการกระทำนิติบัญญัติด้วยเช่นกันเพราะในทางปฏิบัติแล้วผู้เริ่มให้มีกฎหมายใหม่ ๆ ในประเทศก็มาจากฝ่ายบริหาร เช่นประเทศไทยที่ร่างกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับบริหารราชการแผ่นดินหรือการงบประมาณประจำปีนั้นจะมาจากส่วนราชการประจำในกระทรวงต่าง ๆ เสนอผ่านฝ่ายการเมืองอย่างคณะรัฐมนตรีเข้าสู่รัฐสภา และเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารได้เข้าชี้แจงหรือแสดงความเห็นเพิ่มเติมในสภาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทของฝ่ายบริหารที่รองรับไว้ในรัฐธรรมนูญแม้ในกรณีที่ประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยจะเข้าเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ นั้นจะเสนอต่อรัฐสภาได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรีด้วยเท่านั้น⁹⁰

2.2.2.2 การพิจารณาลงมติให้เป็นกฎหมาย

ไม่ว่าการเสนอร่างกฎหมายจะมาจากใครหรือองค์กรใด แต่ขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมายก่อนที่จะให้ความเห็นชอบหรือตีตกไปแล้วจะต้องเป็นองค์การนิติบัญญัติเท่านั้นสำหรับประเทศไทยแล้วอำนาจในการพิจารณาให้ร่างพระราชบัญญัติใดเป็นกฎหมายใช้บังคับได้ในราชอาณาจักรเป็นของรัฐสภาเท่านั้น⁹¹ ซึ่งขั้นตอนในการพิจารณานั้นจะแตกต่างกันไปกักติกาของประเทศนั้น ๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ขั้นตอนปฏิบัติพื้นฐานมักจะประกอบด้วย 3 ขั้นตอนเริ่มต้นที่การพิจารณาถึงหลักการและเหตุผลที่จะต้องจำเป็นในการออกกฎหมายนั้น ๆ ขึ้นมา ต่อมา

⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 133

“ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน และจะเสนอได้ก็แต่โดย

(1) คณะรัฐมนตรี

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน

(3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งหมื่นคนเข้าชื่อเสนอกฎหมายตามหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หรือหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย

ในกรณีที่ร่างพระราชบัญญัติซึ่งมีผู้เสนอตาม (2) หรือ (3) เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวข้องด้วยการเงินจะเสนอได้ก็ต่อเมื่อมีคำรับรองของนายกรัฐมนตรี”

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 81

“ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา

ภายใต้บังคับมาตรา 145 ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

คือขั้นตอนในการพิจารณารายละเอียดของร่างกฎหมาย และขั้นตอนสุดท้ายคือการลงมติให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายดังกล่าวนั่นเอง⁹²

สำหรับกรณีของประเทศไทยแล้วขั้นตอนในการพิจารณาโดยสภาผู้แทนราษฎรนั้นมีการกำหนดอยู่ในข้อบังคับประชุมสภาผู้แทนราษฎรในอดีตตามรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านมาจะเริ่มดำเนินการพิจารณาร่างกฎหมายในขั้นรับหลักการ คือการพิจารณาโดยสภาในขั้นต้นว่าจะลงมติรับหรือไม่ร่างกฎหมายในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการไปพิจารณาต่อไปในลำดับต่อไปหรือไม่ และวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา และวาระที่สามคือการลงมติให้ประกาศใช้เป็นกฎหมาย หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้เสนอต่อไปวุฒิสภา⁹³

2.2.2.3 การตรา

เมื่อผ่านการพิจารณาโดยสภานิติบัญญัติแล้วและได้รับความเห็นชอบแล้วต้องมีขั้นตอนต่อไปคือ “การตรา” หมายความว่า การลงนามเป็นคำสั่งประกาศใช้แก่ประชาชน⁹⁴ การตราหรือการลงนามนั้นจะดำเนินการโดยประมุขของรัฐ หากเป็นประเทศที่ปกครองโดยใช้ระบบประธานาธิบดีก็จะให้ประธานาธิบดีลงนามเป็นต้น การลงนามนั้นเจตนาคือจะให้มันผลใช้บังคับแก่ประชาชน อย่างไรก็ตาม อำนาจบางประการของประมุขของรัฐที่ควบคู่กับการลงนามคืออำนาจในการยับยั้ง (Veto) ทางนิติบัญญัติซึ่งเมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ เช่นกันว่าจะบัญญัติการดำเนินการแบบใดต่อไป ไม่ว่าจะเป็นการให้สภานิติบัญญัติดำเนินการแก้ไขหรือดำเนินการได้ไปเลยต่อไป

อย่างไรก็ดีเมื่อมีการลงนามแล้วแต่การจะใช้บังคับได้ทันทีเลยหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่ารัฐธรรมนูญประเทศนั้น ๆ จะกำหนดไว้ว่าต้องดำเนินการประกาศใช้ก่อนหรือไม่ สำหรับประเทศไทยแล้วจะเป็นนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และจะต้องดำเนินการลำดับต่อไปก็คือการโฆษณาประกาศใช้ในราชอาณาจักร

2.2.2.4 การโฆษณาประกาศใช้กฎหมาย

เมื่อมีหลักการว่า “ความไม่รู้กฎหมายนั้นไม่สามารถอ้างได้”⁹⁵ ดังนั้นรัฐจึงต้องมีมาตรการบางประการเพื่อรองรับหลักการดังกล่าวทางกฎหมายเช่นเดียวกัน การ

⁹² สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43*, น. 218.

⁹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 136

“เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติและลงมติเห็นชอบแล้วให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อวุฒิสภา วุฒิสภาต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เสนอมานั้นให้เสร็จภายในหกสัปดาห์ แต่ถ้าร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินต้องพิจารณาให้เสร็จภายในสามสัปดาห์...”

⁹⁴ สมยศ เชื้อไทย, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43*, น. 218.

⁹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 64

“บุคคลจะแก้ตัวว่าไม่รู้กฎหมายเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบในทางอาญาไม่ได้...”

ประกาศใช้กฎหมายให้ประชาชนรับรู้โดยทั่วถึงจึงเป็นสิ่งจำเป็น นานาประเทศจึงมีองค์กรที่เรียกว่า “Government Gazette” เพื่อดำเนินการกิจดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยแล้วรัฐธรรมนูญทุกยุคทุกสมัยกำหนดให้ร่างกฎหมายใดก่อนใช้บังคับต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วแล้ว “ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมาย” ดังที่ได้บัญญัติไว้ในวรรคสองของมาตรา 81 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งนี้ ความหมายของราชกิจจานุเบกษา⁹⁶ คือสิ่งพิมพ์ของฝ่ายบริหารสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ดังนั้น การประกาศในราชกิจจานุเบกษาจะถือว่าเป็นการโฆษณาประกาศใช้กฎหมายให้ประชาชนคนไทยทุกคนในประเทศได้ทราบหรือถือว่าได้ทราบแล้วว่ามีมีการประกาศใช้แล้ว

มีข้อต้องพิจารณาอยู่ว่าการกระทำทางนิติบัญญัตินั้นมีผลต่อความรับผิดชอบแก่รัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ในกรณีที่เกิดความเสียหายระหว่างประเทศของรัฐสภาว่าแม้รัฐสภาจะมีผลกับการตัดสินใจทางการเมืองระหว่างประเทศมากนักน้อยเพียงใด (เช่นรัฐธรรมนูญกำหนดไว้) ก็ไม่ก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศเพราะรัฐสภาไม่ใช่ตัวแทนในการก่อกำเนิดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ⁹⁷

2.2.3 การกระทำทางตุลาการ

อำนาจอธิปไตยของรัฐในการบังคับใช้กฎหมายโดยการตีความกฎหมายซึ่งตราโดยอำนาจนิติบัญญัติเมื่อมีการฝ่าฝืนกฎหมายขึ้นมาในรัฐนั้น ๆ หรือการบังคับใช้กฎหมายโดยการตีความเพื่อระงับข้อพิพาทขึ้นในรัฐนั้น ๆ องค์กรผู้ใช้อำนาจคือศาล ศาลต้องได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการพิพากษารรรถคดีทั้งปวงปราศจากการแทรกแซงอำนาจบริหารหรือนิติบัญญัติเพื่อให้การตีความกฎหมายออกมาเป็นกลางและเป็นธรรมตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรมากที่สุด และคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลต้องเด็ดขาดผูกพันคู่ความหรือองค์กรของรัฐโดยที่หน่วยงานอื่นของรัฐไม่สามารถมาหักล้างหรือแก้ไขได้เว้นแต่องค์กรศาลด้วยตนเอง ดังนั้น การกระทำทางตุลาการจึงถือเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทางตุลาการ

“การกระทำทางตุลาการ” คือ การพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางกฎหมายโดยมีผู้พิพากษาเป็นศูนย์กลางระหว่างคู่กรณี⁹⁸ การกระทำทางตุลาการจะเป็นการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อ

⁹⁶ ราชกิจจานุเบกษาฉบับแรกตีพิมพ์วันจันทร์ที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2401 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาล 4 ปัจจุบันมีความสำคัญเนื่องจากส่วนราชการและหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรต่าง ๆ ส่งเรื่องไปประกาศหรือลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเป็นจำนวนมาก และหลากหลายประเภทส่วนใหญ่เป็นเรื่องที่มีความสำคัญกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตลอดจนความเป็นอยู่ของประชาชนอย่างกว้างขวาง การนำลงประกาศหรือลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาเผยแพร่ออกสู่สาธารณะ จำเป็นต้องคำนึงถึงความถูกต้องและครบถ้วนสมบูรณ์ของเรื่องนั้น ๆ. “ราชกิจจานุเบกษา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 5 กรกฎาคม 2562, จาก <http://www.mratchakitcha.soc.go.th>.

⁹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 22.

⁹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 249.

พิพาทของเอกชนต่อเอกชนหรือเอกชนพิพาทกับรัฐโดยการนำกฎหมายมาปรับใช้ตามข้อเท็จจริงในคดีแต่ละเนื้อหาที่พิพาท กล่าวคือ หากเป็นการพิพาทหรือละเมิดระหว่างเอกชนต่อเอกชนในเรื่องสิทธิหรือทรัพย์สินก็จะเป็นคดีแพ่ง แต่ถ้ามีการกระทำที่ละเมิดอันเป็นความผิดทางอาญาและก็ต้องพิจารณาในคดีอาญาซึ่งรวมถึงระหว่างรัฐกับเอกชนด้วย หากเป็นการพิพาทที่เอกชนได้รับการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะเป็นคดีปกครอง ซึ่งทั้งคดีแพ่ง คดีอาญาและคดีปกครองก็จะมีลำดับชั้นในองค์กรศาลสูงขึ้นเพื่อตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งกันและกันโดยศาลสูงกว่าย่อมสามารถจะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขดุลพินิจคำพิพากษาของศาลล่างได้ (ภายใต้ที่กฎหมายบัญญัติไว้) และสุดท้ายคือการระงับข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือการตีความรัฐธรรมนูญก็จะเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญ⁹⁹

เมื่อการกระทำทางตุลาการเป็นผลผลิตของอำนาจตุลาการ ดังนั้น ผลผลิตของการกระทำทางตุลาการคือ “คำพิพากษา”¹⁰⁰ ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ 3 ประเภท¹⁰¹ ได้แก่ (1) คำพิพากษาที่ก่อตั้งสิทธิ กล่าวคือ เป็นการตัดสินใจที่มีผลต่อสิทธิแก่ผู้ใดผู้หนึ่งโดยตรง อาทิ สิทธิในการจัดการมรดก สิทธิในการจดทะเบียนหย่า (2) คำพิพากษาให้ดำเนินการ กล่าวคือ เป็นคำสั่งให้คู่ความดำเนินการหรืองดเว้นกระทำการ เช่น การห้ามเข้าไปใช้ประโยชน์ การสั่งให้ชำระหนี้หรือมอบทรัพย์สิน และ (3) คำพิพากษายืนยันสิทธิ กล่าวคือ การดำเนินการทางศาลเป็นกรณีพิเศษแล้วแต่กรณีเพื่ออาศัยคำสั่งของศาลเพื่อเป็นการยืนยันสิทธิของคู่ความให้แก่บุคคลภายนอก เป็นต้น

การที่รัฐนำกฎหมายมาปรับใช้ในการกระทำทางตุลาการซึ่งอาจจะพิจารณาคู่กันกับการที่รัฐนำกฎหมายมาปรับใช้ในการกระทำทางปกครองได้ในทางเนื้อหาแต่จะแตกต่างกันในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ในการใช้อำนาจอธิปไตยด้านตุลาการแล้ว ศาลจะกระทำทางตุลาการแบบจำกัดบทบาทเชิงรับ และจะมีบทบาทก็ต่อเมื่อมีการนำข้อพิพาทมาให้ศาลวินิจฉัยพิพากษาข้อพิพาทนั้น ๆ ซึ่งการกระทำทางปกครอง (หนึ่งในการกระทำทางบริหาร) จะขออธิบายในหัวข้อถัดไป

รัฐจะต้องดำเนินการให้องค์กรศาลจะต้องได้รับการประกันอิสระด้านการทำงานและดุลพินิจเพราะเนื้อหาของการกระทำอำนาจอธิปไตยนี้จะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยตรงไม่ว่าจะการบังคับให้ต้องดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการใดหรือให้รับโทษทางอาญาที่กระทบต่อทรัพย์สิน (ค่าปรับ) และเสรีภาพ (จองจำ) และชีวิต (ประหารชีวิต) ได้ ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องครองตนเป็นกลางจากคู่ความทุกฝ่ายและเป็นกลางทางการเมืองจากอำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติและทางบริหารด้วยเช่นกัน ดังนั้น การเข้าสู่อำนาจของศาลจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งไปด้วย เช่นกรณีตัวอย่างสหรัฐอเมริกาในในระดับรัฐบาลกลางศาลสูงจะมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีผู้มีอำนาจ

⁹⁹ สมยศ เชื้อไทย, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 43*, น. 229.

¹⁰⁰ ผลผลิตของการกระทำทางตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นคำพิพากษาเสมอไป เพราะอาจจะเป็นคำสั่งหรือคำวินิจฉัยของคดีได้ แต่ต้องเป็นลักษณะที่เป็นถึงที่สุดเด็ดหรือชี้เด็ดขาดในประเด็นนั้น ๆ

¹⁰¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 251.

เด็ดขาดในการตัดสินใจ ส่วนระดับศาลชั้นต้นจะมาจากการที่พรรคการเมืองระดับมลรัฐหรือสมาชิกสภาสูง (Senator) ของมลรัฐนั้น ๆ ซึ่งมาจากพรรคเดียวกันกับประธานาธิบดีเป็นคนเสนอ¹⁰² เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยแล้วรัฐธรรมนูญได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลและรับประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (ศาลยุติธรรม) และตุลาการ (ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ) ไว้แล้ว¹⁰³ โดยการคัดเลือกผู้พิพากษาของประเทศไทยจะใช้วิธีการสอบคัดเลือกบุคคลธรรมดาเป็นการทั่วไปซึ่งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาจะกำหนดไว้โดยคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.)¹⁰⁴

ในเรื่องกิจการต่างประเทศแล้วมีข้อต้องพิจารณาอยู่ว่าการกระทำทางตุลาการจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ การเกิดความผิดพลาดหรือความบกพร่องอันเกิดจากกระบวนการยุติธรรมของศาลในประเทศย่อมถือเป็นการกระทำของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศอยู่¹⁰⁵ ทำให้รัฐไม่สามารถที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบของรัฐโดยอ้างว่าเป็นผลจากการกระทำทางตุลาการภายในรัฐนั้น ๆ ได้

¹⁰² สมบัติ อารังธัญวงศ์, การเมืองอเมริกา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2552), น. 255-256.

¹⁰³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 188

“การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง”

¹⁰⁴ ผู้พิพากษาต้องผ่านการคัดเลือกโดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นอกจากนั้นจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ เช่น มีสัญชาติไทย โดยการเกิด อายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์ เป็นเนติบัณฑิตไทย มีประสบการณ์ทำงานด้านกฎหมายไม่ต่ำกว่า 2 ปี ผู้สมัครจะต้องผ่านการสอบข้อเขียนและการสอบปากเปล่าตามระเบียบที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมกำหนด เมื่อผ่านการสอบคัดเลือกแล้วจะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาเข้ารับการอบรมเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาอย่างน้อย 1 ปี ผู้ที่ผ่านการอบรมตามเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมจะได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาประจำศาลเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี แล้วจึงได้รับการพิจารณาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลชั้นต้น โดยก่อนเข้ารับหน้าที่ ผู้พิพากษาทุกคนต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่งเมื่อ 1. ตาย 2. ลาออก 3. พ้นจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ 4. โอนไปรับราชการฝ่ายอื่น 5. ออกจากราชการเพื่อไปรับราชการทหาร 6. ถูกสั่งให้ออกจากราชการตามที่กฎหมายกำหนด 7. ถูกไล่ออก ปลดออกหรือให้ออก 8. วุฒิสภามีมติให้ถอดถอนจากตำแหน่ง ข้อมูลโดย สำนักงานศาลยุติธรรม.”ผู้ช่วยผู้พิพากษา”, สืบค้นเมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม 2562, จาก <https://www.coj.go.th/th/content/page/index/id/12>.

¹⁰⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 97, น. 34.

2.2.4 การกระทำทางบริหาร

หนึ่งในภารกิจของรัฐหรืออาจจะกล่าวได้ว่าภารกิจสูงสุดคือการบริหารราชการแผ่นดินการให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนและการปกครองประเทศนำไปสู่ความสงบเรียบร้อยปลอดภัยต่อชีวิต สิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐนั้น ๆ ภายในประเทศ และระหว่างประเทศในเวทีโลก ซึ่งการกระทำทางบริหารก็จะแตกต่างกับการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางตุลาการ ผู้ปกครองรัฐจะต้องอาศัย “อำนาจบริหาร” (Executive Power) หรือหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจของรัฐมาใช้ปกครองรัฐและประชาชน ซึ่งผลของการใช้อำนาจทางบริหารคือ “การทำการทางบริหาร” ในรูปแบบของการบริหารจัดการ ปกครอง พัฒนา รักษาความปลอดภัย ความสงบของสังคมให้แก่ประชาชนของรัฐทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ อำนาจในทางการบริหารนั้นมีความหมายที่นิยามได้หลากหลาย กล่าวคือ หากอธิบายในความหมายอย่างกว้าง การบริหารจะครอบคลุมการดำเนินงานของรัฐบาลทั้งในทางนโยบายอันเป็นงานทางการเมืองหรือในทางรัฐบาล (gubernative) หน่วยงานผู้ปฏิบัติจะเป็น “รัฐบาล” และการดำเนินงานที่เป็นการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายหรือปฏิบัติภารกิจอื่นในทางปกครอง (administrative) หน่วยงานผู้ปฏิบัติจะเป็น “ฝ่ายปกครอง”¹⁰⁶

แนวคิดการกระทำทางบริหารของรัฐอาจจำแนกได้ 4 ประการ ดังนี้ (1) การวางนโยบายของรัฐ รัฐกระทำทางบริหารในทางนโยบาย หรือเรียกว่า “รัฐประศาสนโยบาย” (Public Policy) เป็นอำนาจทางบริหารของรัฐที่ใช้ในการบริหารประเทศในทางนโยบายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดทิศทางของรัฐหรือการตัดสินใจทางการเมือง หรือเป็นการอำนวยความสะดวก ซึ่งเป็นการกำหนดทิศทางของรัฐบาลควบคู่กันกับการดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (2) การดำเนินการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รัฐวิเทศนโยบาย (Foreign Policy) เป็นการกระทำทางบริหารซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดทิศทางของรัฐหรือนโยบายของรัฐกับประเทศอื่น ๆ ในเวทีโลก เช่น การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการทูต การวางนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศ การทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ เป็นต้น (3) การปกครองรัฐ รัฐใช้อำนาจในการกระทำทางบริหารในรูปแบบการดำเนินการปกครองในฐานะฝ่ายปกครองของรัฐซึ่งเป็นการ “ปฏิบัติ” ตามนโยบายของรัฐที่กำหนดไว้ (4) การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายการใช้กฎหมายหรือการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายการทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีผลบังคับได้จริงในทางปฏิบัติ เช่น เมื่อองค์กรนิติบัญญัติออกกฎหมายจัดตั้งองค์กรในประเทศเช่นศาล ฝ่ายบริหารก็ต้องจัดตั้งศาลดังกล่าวตามกฎหมายนั้น หรือกรณีมีกฎหมายให้ดำเนินการเก็บภาษีหรือยกเว้นภาษีรัฐก็ต้องดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดไว้ เป็นต้น¹⁰⁷

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายบริหารแล้วก็จะพบว่ามี ความหมายที่กว้างมากจนยากจะจำกัดหรือกำหนดขอบเขตได้โดยง่าย ดังนั้น จึงได้มีการพิจารณาการ

¹⁰⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), น. 4.

¹⁰⁷ วิษณุ เครืองาม, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 88, น. 278.

ใช้อำนาจบริหารของรัฐโดยเนื้อหาในทางปกครองและทางรัฐบาลผ่านรูปแบบการกระทำทางบริหาร โดยรัฐออกเป็น 2 อย่าง ได้แก่ “การกระทำทางปกครอง” และ “การกระทำทางรัฐบาล”

2.2.4.1 การกระทำทางปกครอง

“การกระทำทางปกครอง” (Administrative Act) หรือ Acte administratif ในภาษาฝรั่งเศส หมายถึง ผลิตผลของการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐของฝ่ายปกครอง¹⁰⁸ รัฐจะดำเนินการกระทำทางปกครองในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การจัดการเรื่องการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม การจัดทำบริการสาธารณะให้แก่ประชาชนของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น สาธารณูปโภค สาธารณสุข งานรักษาความปลอดภัย ซึ่งล้วนเป็นการปฏิบัติตามแนวนโยบายของรัฐบาลเพื่อสร้างผลเป็นรูปธรรมนั่นเอง

หน่วยงานของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐคือ “ฝ่ายปกครอง” ซึ่งไม่ได้หมายถึงแค่ตัวบุคคลหรือเจ้าหน้าที่แต่สามารถหมายความรวมถึงหน่วยงานของรัฐด้วย ฝ่ายปกครองต้องใช้อำนาจในทางปกครองเพื่อที่จะทำให้สามารถดำเนินกิจการทางปกครองให้บรรลุภารกิจของรัฐของฝ่ายบริหารได้ อำนาจดังกล่าวจะต้องทำให้ฝ่ายปกครองมีสถานะสูงกว่าประชาชนในการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือระงับซึ่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน และมีอำนาจในการบังคับทางปกครองแก่ประชาชนด้วย เช่น การที่หน่วยงานของรัฐจัดเก็บภาษีอากรจากรายได้ประชาชนเข้าสู่รายได้ของรัฐหรือการเวนคืนที่ดินของเอกชนเพื่อให้หน่วยงานของรัฐนำมาใช้เพื่อตัดถนนขนส่งสาธารณะ ดังนั้น เพื่อป้องกันให้ฝ่ายปกครองไม่ให้มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจไร้ขอบเขตจึงต้องอาศัยหลักนิติรัฐเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งฝ่ายปกครองจะไม่มีอำนาจกระทำทางปกครองก้าวล่วงสิทธิของบุคคลหากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ หรือที่เรียกว่า “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” ซึ่งกฎหมายนั้น ๆ จะต้องบัญญัติให้อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย และซึ่งหากฝ่ายปกครองกระทำการทางปกครองอันละเมิดกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัติตามกฎหมายแต่มากเกินไปสมควรหรือไม่ชอบ ประชาชนก็สามารถจะคุ้มครองสิทธิตนเองได้โดยการนำเรื่องขึ้นสู่ศาลเพื่อให้ฝ่ายตุลาการวินิจฉัยและหรือเพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้น ๆ หรือเพื่อให้ฝ่ายปกครองกระทำการใด ๆ ตามกฎหมายให้แก่เอกชนได้ อนึ่ง องค์การผู้ใช้อำนาจตุลาการโดยสภาพแล้วคืองานพิพากษารรคดีทั้งปวง แต่ในทางบริหารจัดการตัวองค์กรนั้นเช่นสำนักงานศาลยุติธรรม จะคือการกระทำทางบริหารองค์ศาลเพราะจะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในเชิงเนื้อหาโดยตัวประธานศาลฎีกาจะทำหน้าที่เป็นผู้บริหารองค์กรและจัดทำคำสั่งทางปกครองต่อองค์กรและบุคลากรได้ การพิจารณาการกระทำทางปกครองในเชิงฝ่ายปกครองจึงต้องมองในเรื่องเชิงเนื้อหาการกระทำด้วย รวมไปถึงองค์กรอื่น ๆ เช่น รัฐสภา (องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ) หรือองค์กรอิสระ (อำนาจถึงตุลาการ) ตลอดจนเอกชนผู้ได้รับมอบอำนาจให้กระทำทางปกครองได้ เช่น สถานตรวจสภาพรถเอกชน (ตรอ.) ที่ได้รับอำนาจจากกรมการขนส่งทางบก เป็นต้น ดังนั้น อาจสรุปได้ว่า “การกระทำทางปกครอง” ผลของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง ตลอดจนองค์กรอื่นของรัฐหรือเอกชน

¹⁰⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 15.

โดยไม่ได้พิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของผู้กระทำการนั้น แต่จะพิจารณาว่าผู้กระทำการได้ใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ หากใช่ การกระทำดังกล่าวก็ล้วนเป็น “การกระทำทางปกครอง” ทั้งหมด โดยไม่สำคัญว่าไม่ว่าใครจะเป็นผู้ปฏิบัติหรือผู้กระทำ¹⁰⁹

ความหมายของการกระทำทางปกครองนั้นสามารถให้นิยามได้ 2 ประเภท ได้แก่ การนิยามเชิงปฏิเสธ (Negative) และการนิยามในเนื้อหาของของการกระทำทางปกครองหรือเชิงปฏิฐาน (Positive) กล่าวคือ การกระทำของรัฐที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติหรือการกระทำทางตุลาการแต่เป็นการกระทำที่เกิดจากอำนาจภายในฝ่ายบริหารซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ นั่นเองไม่ว่าจะเป็นคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายการเมือง หรือข้าราชการประจำในฐานะฝ่ายปฏิบัติก็ตาม¹¹⁰ ส่วนการนิยามในเนื้อหานี้จะเป็นการทำความเข้าใจในลักษณะของการกระทำทางปกครอง เช่น การกระทำของรัฐที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในรัฐ หรือให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน หรือการวางแผนเพื่อดำเนินการทั้งกระทบสิทธิและให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน¹¹¹ เมื่อนำนิยามทั้งสองมาพิจารณารวมกันจึงจะสามารถสรุปได้ว่า “การกระทำทางปกครอง” คือการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การกระทำทางตุลาการ หรือการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารเอง และจะต้องมีผลต่อประชาชนของรัฐ

การกระทำทางปกครองนั้นในเบื้องต้นสามารถจำแนกรูปแบบได้ 5 ประเภทเพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย¹¹² ดังนี้ (1) ปฏิบัติการในทางปกครอง หมายความว่า การที่ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการที่มีเจตนาที่จะกระทำการในทางปกครองโดยมีการกระทบสิทธิของประชาชนของรัฐหรือก่อให้เกิดความรำคาญ (2) คำสั่งทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง หมายความว่า การกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนในทางกฎหมายมหาชน (3) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง หมายความว่า เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการทั่วไปไม่เฉพาะเจาะจงจึงมีสภาพที่ความกำกวมกันระหว่างคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะเจาะจงและกฎที่มีผลเป็นการทั่วไป (4) สัญญาทางปกครอง หมายความว่า เป็นนิติกรรมสัญญาทางแพ่งที่ต้องมีองค์ประกอบสำคัญคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องเป็นฝ่ายปกครอง และเนื้อหาของนิติกรรมจะต้องเป็นการกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (5) กฎ หมายถึงบรรทัดฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่ฝ่ายปกครองบัญญัติขึ้นมาแบบนามธรรมและใช้บังคับเป็นการทั่วไป (เว้นแต่พระราชกำหนด)¹¹³ นอกเหนือจากนี้ยังมีการกระทำทางปกครองลักษณะอื่น ๆ อีกเช่น การวางผังเมือง หรือการออกกฎระเบียบหรือคำสั่งภายในของฝ่ายปกครองเอง¹¹⁴ ซึ่งแนวคิดรูปแบบ

¹⁰⁹ เฟื่องอ้าง, น. 24.

¹¹⁰ กมลชัย รัตนสกววงศ์, กฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545), น. 26.

¹¹¹ เฟื่องอ้าง, น. 27.

¹¹² เฟื่องอ้าง, น. 35-42.

¹¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 106, น.269.

¹¹⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 249.

การกระทำทางปกครองนี้ประเทศไทยได้รับมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้แก่ คำสั่งทางปกครอง และกฎ

ในเชิงระหว่างประเทศนั้นการกระทำทางปกครองของฝ่ายบริหารจะมีผลกระทบหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่นั้น มีแนวคิดแบ่งเป็น 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ศาสตราจารย์ Oppenheim ให้ความเห็นว่า ความเสียหายจากการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองโดยปราศจากคำสั่งหรือการอนุญาตนั้นไม่เป็นความผิดระหว่างประเทศ เพราะไม่ได้เป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่รัฐอาจจะต้องรับผิดชอบในทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐแทน และประการที่สองการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของรัฐจะต้องมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศอื่นย่อมเกิดจากการที่รัฐนั้นได้มอบหมายจากกฎหมายภายในหรือแสดงให้เห็นว่ารัฐนั้นอาจต้องรับผิดชอบต่อการกระทำทางปกครอง (ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่) ทั้งหมดของฝ่ายปกครองที่กระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ¹¹⁵

2.2.4.2 การกระทำทางรัฐบาล

ในความหมายของการกระทำทางรัฐบาลหรือ “Acte de gouvernement” ของฝรั่งเศส ซึ่งแปลเป็นภาษาอังกฤษว่า “Act of Government” หรือ “Regierungsakt” และ “Hoheitsakt” ในภาษาเยอรมนี หรือเรียกว่าเป็นทฤษฎีปัญหาทางการเมือง “Political Questions Doctrine” ของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นแนวคิดเดียวกันกับ “Tochi-Koi Ron” ของญี่ปุ่น¹¹⁶ และอาจพิจารณาว่าเป็นส่วนหนึ่งของเรื่อง “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” หรือ “Act of State” ของสหราชอาณาจักร ซึ่งล้วนมีต้นคิดวิธีพิจารณาที่ทั้งแตกต่างและคล้ายคลึงกันในแต่ละประเทศ ซึ่งจะอธิบายในตอนต่อไป อย่างไรก็ตาม แนวคิดการกระทำทางรัฐบาลของไทยนั้นมีความเห็นอยู่หลากหลาย บ้างก็เรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ให้คล้องกับ “การกระทำทางปกครอง” บ้างก็เรียก “การกระทำของรัฐบาล” ด้วยการพิจารณาโครงสร้างของประธาน กิริยา และกรรม หรือ “นิติกรรมของรัฐบาล” ให้คล้องกับ “นิติกรรมทางปกครอง” แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ขอตัดสินใจเรียกว่า “การกระทำทางรัฐบาล” ด้วยพิจารณาถึงเนื้อหาสาระและรูปแบบของการกระทำ (Act) ของฝ่ายบริหารซึ่งสามารถแบ่งแยกได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอำนาจทางการเมือง และอาจพิจารณาว่าเป็น “การกระทำของรัฐ (Act of State)” ในเรื่องที่เป็นความสัมพันธ์ระหว่างประเทศระหว่างรัฐต่อรัฐ

“การกระทำทางรัฐบาล” คือที่รัฐกำหนดหรือตัดสินใจในด้านนโยบายของรัฐในขอบเขตอำนาจตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ การบริหารราชการแผ่นดินซึ่งเป็นภารกิจของรัฐในทางการเมืองเพื่อสร้าง ส่งเสริม พัฒนา ดำรงไว้เพื่อความสงบสุขเรียบร้อยและปลอดภัยของรัฐและประชาชนของรัฐ เป็นการวางนโยบายในการบริหารประเทศ การกระทำที่มีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา การกระทำดังกล่าวทำขึ้นทั้งในรัฐเองและกับรัฐอื่น ๆ ในต่างประเทศ เช่น การตรา

¹¹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น. 31.

¹¹⁶ Isozaki, Tatsugoro, “The So-called Tochi-Koi (Acte De Gouvernement) and the Constitution of our Country”, *Osaka University Law Review*, Vol.7, pp.1-14. (1959).

พระราชกฤษฎีกายุบรัฐสภา การทำสนธิสัญญาหรือความตกลงกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ การทำสัญญาเจรจาสงบศึกหรือการประกาศสงครามกับรัฐอื่น ๆ อย่างไรก็ดี คำว่ารัฐบาลนั้นหากอาศัยความหมายอย่างกว้างจะรวมไปถึงองค์กรของรัฐทั้งหมดซึ่งจะถือว่าการกระทำทางรัฐบาลจะผูกพันในนามของรัฐกับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศโดยรวม ในกรณีนี้ต้องอาศัยการตีความหมายอย่างแคบคือ “คณะรัฐมนตรี” ดังนั้น องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารนั้นจะเป็นองค์กรของรัฐนั้น ๆ ผู้รับหน้าที่ในทางบริหารในทางปฏิบัติ แต่อาจจะแตกต่างตามระบอบการปกครองของรัฐนั้น ๆ จึงอาจพิจารณาได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นการกระทำของฝ่ายการเมือง (รัฐบาล) ที่จะวางนโยบายบริหารราชการแผ่นดินที่มีลักษณะของการกระทำเป็นการอำนวยการบริหาร แต่การกระทำทางปกครองมีลักษณะเป็นการปฏิบัติการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายและนโยบายของรัฐบาลขององค์กรหน้าที่ของรัฐของฝ่ายประจำ (ในฐานะฝ่ายปกครอง)¹¹⁷

เมื่อพิจารณาถึงเรื่องการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลนั้น จะมีลักษณะของการตรวจสอบที่แตกต่างกับการกระทำทางปกครองที่ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางการเมืองโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการดำเนินการ การตรวจสอบการกระทำทางการเมืองต้องใช้วิธีการทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้เช่นกันเท่านั้นที่จะตรวจสอบได้ อาทิ การอภิปรายหรือการตั้งกระทู้ฝ่ายการเมืองในรัฐสภา การอภิปรายไม่ไว้วางใจ หรือข้อกำหนดเป็นการเฉพาะตามรัฐธรรมนูญที่กำหนดรัฐบาลต้องดำเนินการตามโดยเคร่งครัดอย่างการทำสนธิสัญญาที่ส่งผลกระทบต่อรัฐ เป็นต้น การดำเนินการทางรัฐบาลจะไม่ถือว่าการกระทำต่อสิทธิต่อเอกชนโดยตรงและไม่มีผลเป็นการก้าวล่วงเข้าไปในแดนแห่งสิทธิของเอกชนได้เช่นเช่นกับการกระทำทางปกครอง ส่งผลให้เอกชนไม่สามารถนำมาฟ้องร้องต่อศาลเพื่อตรวจสอบ ทบทวนหรือเยียวยาการกระทำทางรัฐบาลได้¹¹⁸ หลักการนี้เป็นหลักการของกฎหมายมหาชนที่ทุกประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยยึดถือกัน

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศโดยหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือประมุขของรัฐนั้นจะผูกพันรัฐ รัฐบาลจะต้องดำเนินการตามพันธกรณีที่ตกลงไว้กับรัฐอื่น ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศ หากรัฐละเมิดพันธกรณีหรือข้อตกลงนั้น ๆ ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบต่อรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศเช่นเดียวกัน เว้นแต่สามารถพิจารณาแยกแยะออกมาได้ว่าเป็นการกระทำที่ทำไปโดยส่วนบุคคลไม่เกี่ยวกับรัฐ¹¹⁹

ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นหลักการที่ยอมรับในหลายประเทศ หากเป็นในสหราชอาณาจักร หากเป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะเรียกว่า “Act of State” หากเป็นกรณีภายในประเทศจะเรียกว่า “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” สหรัฐอเมริกาคือทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Political Questions Doctrine) และฝรั่งเศสคือการกระทำทางรัฐบาล (Acte de

¹¹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 244.

¹¹⁸ *เพ็ญอ้าว*, น. 243.

¹¹⁹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 97*, น. 26-28.

gouvernement) ซึ่งมีที่มาจากคำกริยาของจะเป็นผู้ปฏิเสธหรือจำกัดบทบาทหน้าที่ไม่ก้าวล่วงเข้ามาตรวจสอบดุลพินิจทางบริหารของรัฐบาลหรือทางการเมือง ซึ่งขออธิบายทั้งสามทฤษฎี ดังนี้

(1) ทฤษฎีการกระทำของรัฐของสหราชอาณาจักร

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้นแนวคิดเรื่อง“การกระทำทางรัฐบาล” นั้นไม่มีปรากฏไว้ในกฎหมายฉบับใดแต่แนวคิดดังกล่าวจะปรากฏจากการที่ศาลสหราชอาณาจักรจะปฏิเสธที่จะพิจารณาหรือรับฟ้องเนื่องด้วยว่าเป็นการกระทำที่อยู่นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรตุลาการโดยยึดถือว่าอำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของรัฐสภา แนวคิดดังกล่าวจะเป็นหลักการที่สามารถที่จะแบ่งแนวคิดได้ 3 ประการ กล่าวคือ (1) แนวคิดเรื่องพระราชอำนาจที่เหลืออยู่ของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) (2) แนวคิด “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Conventions)” ซึ่งเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ขององค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร และ (3) แนวคิดการกระทำของรัฐ (Act of State) ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการของฝ่ายบริหารในกิจการต่างประเทศและการสงคราม ซึ่งถ้าหากมีปัญหาในเรื่องดังกล่าวในคดีศาลสหราชอาณาจักรก็จะไม่รับพิจารณาหรือรับฟ้อง โดยสามารถแยกอธิบายได้ ดังนี้

ก่อนอื่นนั้นเนื่องจากรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักรกำหนดให้รัฐสภา (Parliament)¹²⁰ เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในประเทศ (Supremacy of Parliament) จากประวัติศาสตร์สหราชอาณาจักรที่เกิดความขัดแย้งระหว่างรัฐสภาและสถาบันกษัตริย์มาโดยตลอดในอดีต จนกระทั่งเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นมาในรัชสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 (Charles I of England)¹²¹ หลังจากพระเจ้าชาร์ลที่ 1 พ่ายแพ้สงครามกลางเมือง โอลิเวอร์ ครอมเวลล์ (Oliver Cromwell)¹²² ผู้นำรัฐสภาในรัชสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 เข้ามามีอำนาจในการปกครองสหราชอาณาจักรในฐานะ “Lord Protector” เมื่อโอลิเวอร์ ครอมเวลล์ เสียชีวิตลง (โดยมี Richard Cromwell บุตรชายเข้ามารับตำแหน่งแทนบิดาช่วงหนึ่งก่อนถูกเนรเทศไป) รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรได้รื้อฟื้นระบบกษัตริย์อีกครั้งหนึ่งและได้อัญเชิญพระเจ้าชาร์ลที่ 2 (Charles II of England)¹²³ ขึ้นครองราชย์ต่อ ทำให้พระเจ้าชาร์ลที่ 2 ยอมรับว่าอำนาจสูงสุดในประเทศเป็นของรัฐสภาแต่ในเวลาต่อมา พระเจ้าเจมส์ที่ 2 (James II of England)¹²⁴ (ผู้ทรงสืบพระราชสมบัติต่อมา) ได้ทรงพยายามรื้อฟื้นพระราชอำนาจของสถาบันกษัตริย์อีกครั้งหนึ่ง รัฐสภาสหราชอาณาจักรได้ทำการปฏิวัติ The Glorious Revolution อีกครั้งในปี ค.ศ. 1688 ขับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ออกจากพระราชสมบัติ และอัญเชิญพระราชินีแมรี (Mary II of England)¹²⁵ และ เ จ จ ี า ช า ย

¹²⁰ รัฐสภา (Parliament) ของสหราชอาณาจักรประกอบไปด้วยสภาสามัญ (House of Commons) และสภาขุนนาง (House of Lords)

¹²¹ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1600-30 มกราคม ค.ศ. 1649

¹²² 25 เมษายน ค.ศ. 1599-3 กันยายน ค.ศ. 1658

¹²³ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1630-6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1685

¹²⁴ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1633-16 กันยายน ค.ศ. 1701

¹²⁵ 30 เมษายน ค.ศ. 1662-28 ธันวาคม ค.ศ. 1694

วิลเลียม (William III of England)¹²⁶ พระสวามีขึ้นครองราชย์แบบคู่แทน และรัฐสภาเสนอให้พระราชินีแมรีลงพระปรมาภิไธยในเอกสารสำคัญว่า The Bill of Right ค.ศ. 1689 เป็นเอกสารที่ระบุการออกกฎหมายบังคับราษฎรเป็นของรัฐสภา กษัตริย์จะขึ้นภาษีหรือบังคับเก็บภาษีโดยปราศจากความยินยอมของรัฐสภาไม่ได้ ในทางกลับกันรัฐสภาก็จะต้องได้รับหลักประกันว่าจะมีการประชุมกันโดยสม่ำเสมอ และ The Bill of Right 1689 นี้จะต้องรับรองเสรีภาพของประชาชนด้วย¹²⁷ และหลักการดังกล่าวนี้ได้ดำรงสืบมาจนถึงปัจจุบัน รัฐสภาจะออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชน หรือจะออกกฎหมายที่กระทบต่ออาณาเขตของรัฐ หรือการแสดงเจตนาของรัฐผูกพันกับองค์การระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งแก้ไขรัฐธรรมนูญก็ย่อมได้ แต่ในทางปฏิบัติจริง ๆ แล้วไม่ใช่ว่ารัฐสภาจะมีอำนาจล้นฟ้าเพราะกฎหมายทุกฉบับย่อมต้องผ่านการพิจารณาโดยรัฐสภาที่ประกอบไปด้วยผู้แทนประชาชนที่มาจากประชาชนทำให้อำนาจของรัฐสภาถูกจำกัดโดยอำนาจของประชาชน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบต่อการดำเนินการใด ๆ ด้วยเช่นกัน¹²⁸ นอกจากนั้นคณะรัฐมนตรีจะต้องบริหารประเทศด้วยความไว้วางใจของรัฐสภา (รัฐสภาสามัญ) หากสภาสามัญลงมติไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรี (หรือคณะรัฐมนตรีไม่ได้รับคะแนนสนับสนุนจากสภาสามัญ เช่น การลงคะแนนร่างกฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเสนอ) คณะรัฐมนตรีจะต้องลาออก เท่ากับว่าคณะรัฐมนตรีจะอยู่ได้ก็เพราะความยินยอมของรัฐสภาไม่ใช่ความอนุเคราะห์ของพระมหากษัตริย์ เท่ากับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุดในประเทศ¹²⁹

แนวคิดเรื่องพระราชอำนาจที่เหลืออยู่ของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) ที่จะไม่อยู่ในความควบคุมของศาลสหราชอาณาจักรนั้นเนื่องจากแนวคิดอำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีก็มีอำนาจน้อยกว่ารัฐสภา พระมหากษัตริย์สหราชอาณาจักรก็สามารถทรงขัดหรือแย้งกับรัฐสภาได้เช่นกัน ดังนั้นพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจบางประการในฐานะพระประมุขของสหราชอาณาจักรที่เหลืออยู่ในเรื่องที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ และฝ่ายนิติบัญญัติบางประการซึ่งถือเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร (Constitutional Customs)¹³⁰ ได้แก่เรื่องในความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหาร เช่น พระราชอำนาจในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีเนื่องจากเป็นพระราชอำนาจส่วนพระองค์ (Personal Prerogative) จากพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากของรัฐสภา¹³¹ เรื่องในความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารกับนิติบัญญัติ เช่น พระราชอำนาจ

¹²⁶ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1650–8 มีนาคม ค.ศ. 1702

¹²⁷ วิทยา นภาศิริกุลกิจ, ระบบการเมืองอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2515), น. 23-24.

¹²⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 85, น. 93.

¹²⁹ วิทยา นภาศิริกุลกิจ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 127, น. 25.

¹³⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, การกระทำทางรัฐบาล ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร, (กรุงเทพมหานคร : สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554), น.140.

¹³¹ เฟิ่งอ้าว, น. 140.

ในการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง (House of Lord) และการเรียกประชุมรัฐสภา และพระราชอำนาจที่เหลืออยู่ทางตุลาการคือการพระราชทานอภัยโทษให้แก่ผู้ต้องโทษตามคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรตามคำแนะนำของรัฐมนตรีกว่าการกระทรวงมหาดไทยสหราชอาณาจักร (Home Office)¹³² และในเรื่องความสัมพันธ์หรือกิจการต่างประเทศและการประกาศสงคราม ซึ่งแนวคิดนี้เป็นเรื่องการกระทำของรัฐ (Act of State)¹³³ ซึ่งจะยกไปกล่าวต่อไป

แนวคิดการกระทำทางรัฐบาลนั้นอาจกล่าวได้ว่ามีที่มาจากการที่ศาลปฏิเสธไม่รับพิจารณาคดีกรณี Duke of York¹³⁴ ร้องต่อศาลว่าตนเองมีสิทธิเต็มที่จะขึ้นเสวยราชย์สหราชอาณาจักร¹³⁵ ที่ศาลสหราชอาณาจักรเคยจำกัดอำนาจตุลาการในการเข้าไปพิจารณาข้อพิพาทหรือความขัดแย้งทางการเมืองบางเรื่องบางประการ ส่วนแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นอาจกล่าวได้ว่าหากเป็นเรื่องการเมืองภายในของประเทศแล้วศาลสหราชอาณาจักรจะปฏิเสธว่าการขอให้ศาลตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่ขัดกับ “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” และศาลจะไม่รับคดีมาตัดสินให้

หลักการ “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” มีปรากฏในคดี Madzimbamuto v. Lardner Burkes ค.ศ. 1969¹³⁶ เมื่อมีประเด็นต้องวินิจฉัยว่ารัฐสภาสหราชอาณาจักรตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้ใน Rhodesia¹³⁷ ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุผลเดียวกันนี้ หากเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสงครามจะถือว่าเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญเช่นกันเพราะว่าอำนาจในการควบคุมกิจการทางทหารของสหราชอาณาจักรเป็นของนายกรัฐมนตรี แต่นายกรัฐมนตรีจะต้องขอความ

¹³² A W Bradley and K D Ewing, Constitutional and Administrative Law, 13th edition, (Ashford Colour Press, 2003), p. 249.

¹³³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 83.

¹³⁴ The Duke of Yorke's Claim to the Crown, 5 Rotuli Par 375 (1460)

¹³⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), น.182.

¹³⁶ คดี Madzimbamuto v. Lardner Burkes (1969, 1 A.C. 645; 1968 All. E.R. 561) โดย Lord Reid ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า “It may be that it would be unconstitutional to disregard this convention. But it may also be that unilateral Declaration of Independence released the United Kingdom from any obligation to observe the convention. Their lordship in declaring the laws are not concerned with these matters. They are concerned with these matters. They are concerned only with the legal powers of Parliament.”

¹³⁷ ปัจจุบันคือสาธารณรัฐซิมบับเว (Republic of Zimbabwe)

เห็นชอบจากรัฐสภาทุกครั้งภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาก่อนที่จะตัดสินใจดำเนินการ เช่น การส่งกองกำลังทหารไปร่วมทำสงครามในประเทศอิรักเมื่อปี ค.ศ. 2003 เป็นต้น¹³⁸

นอกจากที่กล่าวมาข้างต้นยังมีคดีที่ศาลสหราชอาณาจักรได้เคยพิพากษา โดยวางหลักว่าเป็นประเพณีทางรัฐธรรมนูญนั้นคือคดี *Adegbenro v. Akintola* ค.ศ. 1963 โดย Privy Council (สภาคณะมนตรี) เป็นผู้ทำหน้าที่ศาลสูงสุดของไนจีเรียตะวันตกในฐานะอาณานิคมของสหราชอาณาจักร ณ เวลานั้น ได้พิจารณาในคดีที่อุทธรณ์สู่ศาลว่า ศาลไม่มีอำนาจที่จะไปควบคุม Governor-General (ผู้สำเร็จราชการสหราชอาณาจักร) ในการจะปลดนายกรัฐมนตรีไนจีเรียตะวันตกได้¹³⁹

อีกประการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับวิธานิพนธ์ฉบับนี้คือ “การกระทำของรัฐ (Act of State)” กล่าวคือ นอกเหนือจากการกระทำที่เป็น “ประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” ที่สหราชอาณาจักรนำมาใช้ในเหตุที่เกี่ยวข้องภายในประเทศ แต่ในทางระหว่างประเทศแล้ว การกระทำทางรัฐบาลของสหราชอาณาจักรนั้นเรียกว่า “Act of State” โดยความหมายของ Act of State ของสหราชอาณาจักรนั้นตำราของสหราชอาณาจักรเองได้พยายามให้คำนิยามไว้ใน *Halsbury’s Laws of England* ว่า “Act of State คือพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Prerogative) ในทางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศโดยพระมหากษัตริย์กับต่างประเทศหรือกับประชากรของชาตินั้น¹⁴⁰ หรือได้รับนิยามว่าเป็นการกระทำ (act) ที่เกี่ยวกับการผนวกและการแยกดินแดน การประกาศสงครามและสันติภาพ การทำสนธิสัญญา การส่งและรับผู้แทนทางการทูต และการยอมรับของรัฐต่างประเทศและรัฐบาลของต่างประเทศ โดยการกระทำดังกล่าวเหล่านี้เป็นการกระทำระหว่างรัฐบาล (ภายในและต่างประเทศ) ที่ยอมรับและเข้าใจโดยปราศจากคำถามใดว่าจะไม่อาจไม่สามารถถูกยื่นโต้แย้ง (challenged) หรือถูกควบคุมหรือถูกแทรกแซงได้โดยศาลได้ อีกความหมายหนึ่งตามที่ศาสตราจารย์ Emlyn Capel Stewart Wade (E.C.S. Wade)¹⁴¹ นักกฎหมายมหาชนสัญชาติบริติชได้เคยกล่าวไว้ว่า¹⁴² “Act of State เป็นการกระทำทางบริหารในทางนโยบาย ที่ดำเนินการในกรณีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐอื่น รวมถึงความสัมพันธ์กับประชากรของรัฐนั้น ๆ (subjects) ด้วยเช่นกัน เว้นแต่

¹³⁸ ปวีศร เลิศธรรมเทวี, รายงานศึกษาวิจัย เรื่อง การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561), น.151.

¹³⁹ อ้างถึงใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 135*, น. 183.

¹⁴⁰ “Act of State is a prerogative act of policy in the field of foreign affairs performed by the Crown in the course of its relationship with another state or its subjects”. Department of Justice of Hong Kong “Act of State,” Retrieved on July 13, 2019 from <https://legco.gov.hk/yr02-03/english/panels/ajls/papers/ajlsse1021cb2-86-2e.pdf>

¹⁴¹ 31 สิงหาคม ค.ศ. 1895-28 เมษายน ค.ศ. 1978

¹⁴² “Act of State is an act of the executive as a matter of policy performed in the course of its relations with another state, including its relations with subjects of that state, unless they are temporarily within the allegiance of the Crown”.

ประชากรของรัฐนั้นจะอยู่เป็นอาณัติแห่งความจงรักภักดีของพระมหากษัตริย์ (The Crown) หรือรัฐบาลของประเทศเป็นการชั่วคราว”¹⁴³

อีกหนึ่งประการคือแนวคิดว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้กระทำลงในขอบเขตของกฎหมายถือว่าเป็น “การกระทำของรัฐ” ซึ่งหลักการดังกล่าวรู้จักกันในชื่อว่า “Carltona Doctrine”¹⁴⁴ จากคดี Carlton Ltd. v Commissioners of Works ค.ศ. 1943 ในช่วงสมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยผู้ฟ้องคดีร้องขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการยึดทรัพย์สินโดยการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งเป็นผู้รับคำสั่งตามกฎหมายจากรัฐมนตรีให้ยึดทรัพย์สินหรือที่ดินในครอบครองในช่วงเวลาที่เกิดสงคราม (Requisition Order) ตามที่เห็นสมควรเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร คดีนี้ศาลได้พิจารณาและวินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วคำสั่งของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นย่อมถือเป็นการตัดสินใจของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกระทรวงนั้น ๆ ซึ่งรัฐมนตรีย่อมต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ความไว้วางใจของรัฐสภาและมีความรับผิดชอบในการกระทำใด ๆ ที่เจ้าหน้าที่ผู้อยู่ภายใต้บังคับบัญชาได้กระทำไป”¹⁴⁵

ดังนั้น ตามแนวคิด Act of State แล้วถ้าเกิดข้อพิพาทเป็นเรื่องกรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือการสงครามซึ่งดำเนินนโยบายโดยรัฐบาลแล้ว แล้วศาลสหราชอาณาจักรจะไม่เข้ามาตัดสินโดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล เช่น คดี Buron V. Denman ค.ศ. 1848¹⁴⁶ และคดี Agbor V. Metropolitan Police Commissioner ค.ศ. 1969¹⁴⁷ ซึ่งจะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไปในบทนี้เช่นกัน

¹⁴³ A W Bradley and K D Ewing, supra note 132, p. 314.

¹⁴⁴ อ้างถึงใน ปวรศร เลิศธรรมเทวี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 138, น. 160-161.

¹⁴⁵ “Constitutionally, the decision of such an official is, of course, the decision of the minister. The minister is responsible. It is he who must answer before Parliament for anything that his officials have done under his authority...” อ้างถึงใน ปวรศร เลิศธรรมเทวี, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 138, น. 160-161.

¹⁴⁶ คดีนี้ศาลสหราชอาณาจักรได้พิพากษารัฐมนตรีที่มีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐบาลได้มอบหมายให้กระทำการภายใต้พระปรมาภิไธยแห่งองค์สมเด็จพระราชินี การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำที่ทำไปในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) จึงไม่อยู่ในอำนาจที่ศาลจะพิจารณาต่อไปได้ ...หากแต่เป็นความรับผิดชอบของราชบัลลังก์ (The Crown) ที่จะต้องรับผิดชอบไปเพียงแต่ลำพัง ดังนั้น การยึดทาสและสินค้าบางประการของโจทก์โดยจำเลยนั้นก็ถือเป็นการยึดโดยราชบัลลังก์ หาได้อยู่ในความรับผิดชอบของจำเลยไม่ จำเลยย่อมไม่มีความผิด

¹⁴⁷ คดีนี้ศาลไม่รับพิจารณาเนื่องจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งทำไปภายใต้คำร้องขอของหน่วยงานของรัฐที่มีผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในเรื่องเอกสิทธิ์ทางการทูตนั้นไม่มีความผิด

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ลักษณะหรือข้อพิจารณาแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลของสหราชอาณาจักรซึ่งศาลจะปฏิเสธไม่รับฟ้องหรือรับพิจารณาผ่านการวินิจฉัยในหลักการไว้นั้นมีลักษณะ ดังนี้

(1) หลักประเพณีทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับองค์การการเมืองภายในสหราชอาณาจักรจะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล ตัวอย่างเช่น การเปิดและปิดสมัยประชุม การยุบสภา การตั้งนายกรัฐมนตรี หรือที่เกี่ยวข้องอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นต้น ศาลจะไม่รับมาพิจารณา

(2) การกระทำของรัฐ (Act of State) ที่เกี่ยวกับการกระทำของสหราชอาณาจักรกับรัฐอื่นในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การจัดทำสนธิสัญญา การรับรองรัฐอื่น หรือกรณีการสงครามหรือการดำเนินการที่กักกันศัตรูสงครามของสหราชอาณาจักร การกระทำดังกล่าวจะเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารจึงถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล ศาลจะไม่รับมาพิจารณา

(2) ทฤษฎีปัญหาทางการเมืองของสหรัฐอเมริกา

“ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง” (Doctrine of Political Questions) ตาม Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายไว้ว่า “Political Question Doctrine is the Judicial principle that a court should refuse to decide an issue involving the exercise of discretionary power by the Executive or Legislative branch of Government”¹⁴⁸ เกิดจากการที่ศาลสูงสุดหรือศาลฎีกาแห่งสหรัฐอเมริกา (Supreme Court) ซึ่งศาลได้เคยปฏิเสธที่จะรับไว้วินิจฉัยซึ่งการกระทำทางรัฐประศาสน์นโยบายของรัฐและควรจะไปแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเท่านั้น¹⁴⁹ โดยยึดหลักแบ่งแยกอำนาจเป็นสำคัญ โดยศาลจะพิจารณาถึงความรู้ความสามารถและความชำนาญของศาลที่ไม่สามารถจะเข้าไปแก้ไขข้อพิพาทและข้อขัดแย้งได้ทุกกรณีแบบไม่มีข้อจำกัดในประเด็นการเมือง องค์การอำนาจตุลาการจึงต้องกำหนดบทบาทไว้เป็นการเฉพาะและกำหนดขอบเขตอยู่เพียงการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น เว้นแต่เรื่องที่เป็นการตรวจสอบว่าการกระทำใดขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่เพื่อที่ศาลจะมีอำนาจในการถ่วงดุลฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารได้ แต่ศาลจะไม่ไปก้าวล่วงในแดนอำนาจทางนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารของประเทศและไม่ตรวจสอบหรือให้ความเห็นหรือวางนโยบายทางบริหารของประเทศซึ่งเป็นอำนาจโดยเฉพาะของทั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ดี ในทางกฎหมายแล้ว ศาลสหรัฐอเมริกาจะเข้ามาตรวจสอบและควบคุมฝ่ายบริหารทางปกครองภายใต้กฎหมาย Administrative Procedure Act ที่เป็นกฎหมายกำหนดขั้นตอนและกระบวนการขั้นพื้นฐานขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยศาลจะตรวจสอบก็ต่อเมื่อเป็น “การตรวจสอบตามกฎหมาย” กล่าวคือ เมื่อมีกฎหมายบัญญัติอำนาจให้ศาลตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง ศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบตามกฎหมายบัญญัติ ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวจะมี 2 กรณี คือ (1) เมื่อคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยทางปกครองไม่มีผลบังคับในตัวเอง ฝ่ายปกครองจะต้องนำ

¹⁴⁸ Black’s Law Dictionary, 7th Edition, United States of America, p. 1179

¹⁴⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 130, น. 119.

คำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยทางปกครองดังกล่าวมาขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับ และก่อนที่ศาลจะมีคำสั่งบังคับนั้น ๆ ศาลก็ย่อมตรวจสอบคำสั่งนั้นเสียก่อน และ (2) ในกรณีกฎหมายกำหนดให้คำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยทางปกครองมีผลบังคับในตัวเองแล้ว แต่กฎหมายให้ออกคำสั่งให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียหรือผลกระทบเพราะคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยทางปกครองนั้นขอให้ศาลตรวจสอบและเพิกถอนได้¹⁵⁰ ปัญหาต่อมาหากกฎหมายไม่ระบุไว้ว่าเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของสหรัฐอเมริกาดำเนินการจัดทำคำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยทางปกครองไปแล้วผู้ที่ได้รับผลกระทบจะยื่นขอให้ศาลตรวจสอบได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวนี้นักกฎหมายบางคนคิดว่าศาลสามารถตรวจสอบได้ ผ่านคำวินิจฉัยศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาในคดี Stark v. Wickard ว่า “เมื่อรัฐสภาออกพระราชบัญญัติให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครอง อำนาจขององค์กรดังกล่าวย่อมถูกจำกัดโดยอำนาจที่รับมานั่นเอง สิ่งนี้ย่อมทำให้ศาลสามารถเข้ามามีส่วนในการบังคับตามกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองนั้นได้เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อพิทักษ์สิทธิอันชอบธรรมของเอกชนจากการกระทำนอกเหนืออำนาจที่ให้ไว้ของฝ่ายปกครอง ความรับผิดชอบในการวินิจฉัยข้อจำกัดการให้อำนาจในกรณีนี้ย่อมเป็นหน้าที่ของฝ่ายตุลาการซึ่งรัฐสภามอบให้ศาลเป็นผู้ใช้โดยบทบัญญัติกฎหมายที่จัดตั้งและกำหนดเขตอำนาจศาลนั่นเอง”¹⁵¹ เท่ากับว่า การที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติการตรวจสอบของศาลไว้ในตัวบทกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตัดอำนาจศาลที่จะตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่จะคุ้มครองประชาชนตามอำนาจที่รัฐสภาให้ไว้ อันเป็นอำนาจดั้งเดิมของศาลในฐานะองค์กรผู้ใช้อำนาจตุลาการ

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วกฎหมาย Administrative Procedure Act Section 701 (a) (2)¹⁵² ยังมีบทบัญญัติว่า “ห้ามมิให้มีการตรวจสอบการกระทำทางปกครองหากว่าการกระทำนั้นกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ (agency action is committed to agency discretion by law)” ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ศาลจะไม่สามารถตรวจสอบดุลพินิจได้ แม้กระทั่งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยปราศจากเหตุผลจะนำมาฟ้องร้องศาลได้หรือไม่ ศาลได้วางหลักผ่านวินิจฉัยในหลายคดีว่าการกระทำดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบของศาล โดยหลักการที่สำคัญว่าเมื่อกฎหมายได้มอบหมายอำนาจให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจแล้ว องค์กรศาลก็ควรที่จะจำกัดตัวเองออกมาด้วยเหตุผลว่าเรื่องทางปกครองเป็นเรื่องเฉพาะด้านเฉพาะทางของฝ่ายบริหารซึ่งมีความซับซ้อนที่ต้องอาศัยความเข้าใจและเชี่ยวชาญ

¹⁵⁰ วิชัย วิวิตเสวี, “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวความคิดของระบบแองโกลอเมริกัน,” วารสารตุลาการ, เล่ม 4, ปีที่ 37, น. 61-62, (กรกฎาคม-สิงหาคม 2533).

¹⁵¹ เพิ่งอ้าง, น. 48.

¹⁵² Administrative Procedure Act Section 701

Application; definitions

(a) This chapter applies, according to the provisions thereof, except to the extent that

(1) statutes preclude judicial review; or

(2) agency action is committed to agency discretion by law.

ในแต่ละเรื่องประกอบการตัดสินใจใช้ดุลพินิจอันเป็นองค์ความรู้ของฝ่ายบริหารเป็นสำคัญ องค์การตุลาการหาได้รู้สึกและชำนาญการในด้านนั้น ๆ ไม่ แม้สุดท้ายการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะไม่ชอบ ศาล ก็ ไม่ สม ควร ที่ จะ ไป ต ร ว จ ส อ บ ดุล พินิจ ของ ฝ่าย ป ก ร อ ง นั้น อยู่ดี¹⁵³

ส่วนในปัญหาทางการเมืองนั้น แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายใดเป็นลายลักษณ์อักษร แต่การจำกัดบทบาทของศาลสหรัฐอเมริกาที่จะเข้ามาวินิจฉัยดุลพินิจของฝ่ายบริหาร อาจกล่าวได้ว่ามาจากผู้พิพากษาจอห์น มาร์แชล (John Marshall) ประธานศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา (Chief Justice of the United States) ได้ให้ความเห็นในคดี *Marbury v. Madison*¹⁵⁴ ว่า “เขตอำนาจของศาลนั้นมีเพียงการเข้าไปพิจารณาและตัดสินใจในสิทธิของปัจเจกชน แต่จะไม่เข้าไปพิจารณาในดุลพินิจทางบริหารหรือฝ่ายบริหารจะทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งปัญหาดังกล่าวนั้นโดยทางธรรมชาติแล้วเป็นปัญหาในทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่มอบหมายให้ฝ่ายบริหาร ศาลจะไม่มีทางที่จะ (นำเรื่องทางบริหาร) พิจารณาได้”¹⁵⁵ และทฤษฎีดังกล่าวได้กลายเป็น Classic Doctrine ของสหรัฐอเมริกา ต่อมาทฤษฎี Classic ได้นำมาพิจารณาอีกครั้งในคดี *Luther v. Borden*¹⁵⁶ ซึ่งพิพาทว่าศาลจะมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณารัฐบาลท้องถิ่นใดถือเป็นรัฐบาลอย่างเป็นทางการของ Rhode Island หรือไม่ โดยศาลได้พิเคราะห์ว่าการพยายามจัดตั้งรัฐบาล (ท้องถิ่น) ใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐบาลของรัฐนั้นได้ถูกจัดตั้งมาโดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว (ว่าเป็นของฝ่ายบริหาร) โดยไม่ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลสหพันธ์ ในข้อพิพาทศาลขอให้เสนอเรื่องนี้เป็นการศึกษาโดยประธานาธิบดีและสภาองเกรส (Congress)

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาแนวคิดทฤษฎีปัญหาทางการเมืองไว้ในเรื่องการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในคดี *Coleman v. Miller* ค.ศ. 1939¹⁵⁷ คดีนี้มีประเด็นต้องพิจารณาในกรณีที่สภาองเกรสไม่กำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันแก่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ศาลได้พิเคราะห์ว่าเป็นเรื่องปัญหาทางการเมืองโดยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำขององค์กรทางการเมืองซึ่งสภาองเกรส

¹⁵³ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร, 2526), น. 75.

¹⁵⁴ คดี *Marbury v. Madison* (1803) “The province of the court is, solely, to decide on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion. Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.”

¹⁵⁵ J. Peter Mulhern, “In Defense of the Political Question Doctrine”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 137:97, (1988).

¹⁵⁶ *Luther v. Borden*. (1849)

¹⁵⁷ *Coleman v. Miller*. (1939)

มีอำนาจสูงสุดในการควบคุมหรือแก้ไข ผู้พิพากษาในคดีได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าคดีนี้ข้อเท็จจริงยังไม่เพียงพอจะพิจารณา และเรื่องดังกล่าวพิจารณาแล้วเป็นเรื่องทางการเมืองที่ไม่สามารถพิจารณาโดยศาลได้ เท่ากับว่าศาลใช้ความระมัดระวังในบทบาทตนเอง และสร้างความชอบธรรมในการให้เหตุผลของตัวศาลเองที่จะปฏิเสธไม่เข้าไปแทรกแซงการกระทำขององค์กรทางการเมือง และหลีกเลี่ยงการเข้าไปเกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์กับองค์กรฝ่ายการเมืองหลักการดังกล่าวคือหลักการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบ หรือ “Prudential Considerations” ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการที่ศาลจะไม่รับพิจารณาคดีปัญหาทางการเมือง โดยศาลจะใช้ดุลพินิจซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรตุลาการของตนเองเพื่อปกป้องความชอบธรรมของศาลที่อาจถูกกล่าวหาได้ว่าการตรวจสอบโดยศาลได้เข้าไปแทรกแซงกิจการขององค์กรทางการเมือง (Political Department) และหลีกเลี่ยงการเข้าไปก่อความขัดแย้งระหว่างองค์กรศาลกับองค์กรทางการเมืองด้วยเช่นกัน โดยศาลจะใช้ทฤษฎีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบแล้ว และจะส่งต่อหน้าที่ในการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการให้แก่องค์กรฝ่ายการเมืองรับหน้าที่ดังกล่าวแทน

กรณีความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารนั้นข้อพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภา (Senate) ตามกระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) ในคดี Nixon v. United States ค.ศ. 1993¹⁵⁸ เป็นอำนาจของวุฒิสภาแต่เพียงองค์กรเดียว (Sole power) เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง ไม่ใช่เรื่องที่จะพิจารณาโดยศาลได้แม้ศาลฎีกาจะเป็นผู้ถืออำนาจสูงสุดในการตีความรัฐธรรมนูญก็ตาม

ในกรณีการที่รัฐบาลสั่งใช้กำลังหรือมาตรการทางทหารซึ่งรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การประกาศสงครามนั้นรัฐบาลต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาองเกรสศาลก็เห็นว่าเป็นปัญหาทางการเมืองเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากในคดี Mora v. McNamara ค.ศ. 1967¹⁵⁹ ในคดีนี้ประธานาธิบดีทำสงครามกับเวียดนามไปก่อนจะประกาศสงครามกับเวียดนาม เมื่อรัฐบาลจะดำเนินการทางการคลังเพื่อระดมงบประมาณและฝ่ายนิติบัญญัติได้อนุมัติด้วยนั้น ศาลจึงหลีกเลี่ยงจะเข้าไปพิจารณาเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องปัญหาทางการเมือง

กรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นถือเป็นทฤษฎีปัญหาทางการเมืองเช่นกัน ศาลจะจำกัดตัวเองที่จะไม่ก้าวล่วงมาพิจารณาคดี โดยปรากฏในคดี Goldwater v. Carter, ค.ศ. 1979¹⁶⁰ การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกาและสาธารณรัฐจีนดังกล่าวลงนามเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 1954 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 มีนาคม 1955 โดยมีข้อความสำคัญประการหนึ่งในข้อ 10 โดยมีใจความสำคัญว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในข้อที่ 10 โดยมีใจความสำคัญคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะยกเลิกสนธิสัญญานี้ได้ โดยให้มีผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลา 1 ปีนับจากวันที่ได้อีกฝ่ายได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาจากอีกฝ่ายหนึ่งแล้วโดยจะกล่าวในเนื้อหาอีกครั้งในหัวข้อต่อไป

¹⁵⁸ Nixon v. United States. (1993)

¹⁵⁹ Mora V. McNamara , 389 U.S. 934 (1967)

¹⁶⁰ Goldwater v. Carter. (1979)

ต่อมาแนวคิด Political Questions ของศาลสหรัฐอเมริกาได้มีพัฒนาการอีกครั้งในคดี *Charles Baker v. Joe Carr* ค.ศ. 1962¹⁶¹ ในกรณีที่มีข้อพิจารณาสู่ศาลเพื่อพิจารณาว่า ศาลจะสามารถพิจารณาเรื่องข้อพิพาทในมลรัฐ Tennessee ว่าการไม่จัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ จนส่งผลกระทบต่อสิทธิทางการเมืองตลอดจนหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ นั้นจะถือเป็นปัญหาทางการเมืองและศาลไม่สามารถที่จะรับมาพิจารณาได้หรือไม่นั้น ศาลได้พิเคราะห์ไว้ว่าธรรมชาติของทฤษฎีปัญหาทางการเมืองนั้นมีพื้นฐานจากหลักแบ่งแยกอำนาจ การพิเคราะห์ว่าคดีพิพาทใดบ้างจะรับพิพากษาได้ (justiciable) ได้นั้นต้องพิจารณาเป็นกรณีต่อกรณี (case-by-case) และคดีนี้ศาลพิเคราะห์ว่าการไม่จัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งมลรัฐ Tennessee ให้สอดคล้องตามกฎหมายและรัฐธรรมนูญจนกระทบต่อสิทธิทางการเมืองและหลักความเสมอภาคตามที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองไว้ เป็นการที่ร้องขอให้ศาลเข้ามาปกป้องคุ้มครองสิทธิจากการกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ปัญหาทางการเมืองที่มีที่มาของปัญหาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจคดีนี้ศาลจึงมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาท Legislative Apportionment นี้ได้

ผลสรุปจากคดี *Charles Baker v. Joe Carr* ค.ศ. 1962 นั้นได้กลายเป็นการสร้างหลักการที่สำคัญประการสำคัญเนื่องจากผู้พิพากษา William Joseph Brennan หนึ่งในผู้พิพากษาองค์คณะศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาที่วินิจฉัยคดีนี้ได้วางหลัก “ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง” ขึ้นมาใหม่โดยทบทวนจากข้อพิจารณาจากคดีต่าง ๆ ในอดีตว่าเป็นปัญหาทางการเมืองออกมาเป็น 6 ประการ ซึ่งหากการกระทำใดที่เข้าข่ายลักษณะใดหนึ่งดังต่อไปนี้ก็จะถือเป็นปัญหาทางการเมืองที่ศาลจะไม่เข้าไปพิจารณา กล่าวคือ¹⁶²

(1) กรณีที่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าปัญหาที่เกิดขึ้นต้องประสานการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยองค์การทางการเมือง (Political Department)¹⁶³

(2) กรณีที่องค์กรตุลาการขาดหรือบกพร่องในการค้นหาความสามารถหรือจัดการให้มีมาตรฐานที่จะที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว (ปัญหาทางการเมือง) ดังกล่าว¹⁶⁴

¹⁶¹ *Baker v. Carr*. (1962)

¹⁶² Ron Park, “Is the Political Question Doctrine Jurisdictional or Prudential?,” 6 *U.C. Irvine L. Rev.* 255 (2016). Retrieved on July 14, 2019 from <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol6/iss2/9>, pp. 261-262.

¹⁶³ “Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department”

¹⁶⁴ “A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it”

(3) กรณีที่ไม่สามารถจะเป็นไปได้เลยที่ศาลจะตัดสินปัญหา (ปัญหาทางการเมือง) ได้โดยปราศจากการที่จะไม่กระทบต่อการกระทำทางนโยบาย หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหากศาลเข้าไปวินิจฉัยแล้วก็จะเท่ากับว่าศาลไปทำหน้าที่ริเริ่มการกระทำทางนโยบายเสียเอง¹⁶⁵

(4) กรณีที่ไม่สามารถจะเป็นไปได้เลยที่ศาลจะตัดสินปัญหา (ปัญหาทางการเมือง) ภายใต้หลักการอิสระทางการเมืองได้โดยปราศจากการไม่แสดงออกให้เห็นถึงการไม่เคารพ (คือการไม่ก้าวก่ายอำนาจอื่น ๆ) องค์กรของรัฐทางการเมือง กล่าวคือ แม้ศาลจะมีหลักอิสระทางการเมืองแต่การตัดสินแก้ไข้ปัญหาทางการเมืองใด ๆ ก็ย่อมเป็นการที่ศาลใช้อำนาจโดยเป็นการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารได้¹⁶⁶

(5) กรณีที่ไม่มีเหตุจำเป็นเป็นพิเศษที่จะศาลจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการตัดสินใจทางการเมืองที่ได้กระทำหรือตัดสินใจลงไปแล้ว¹⁶⁷

(6) กรณีที่มีความเป็นไปได้หากศาลเข้ามาพิจารณาตัดสินปัญหา (ปัญหาทางการเมือง) จะทำให้หน่วยงานของรัฐมีความลำบากใจ (Embarrassment) หากเข้ามาตัดสินใจการกระทำที่ที่กระทำไปแล้วแต่แตกต่างกับที่ศาลตัดสินไปก่อนหน้านี้¹⁶⁸

สำหรับกรณีที่ศาลวางหลักพิจารณาไว้ว่าไม่เป็นทฤษฎีปัญหาทางการเมืองนั้น ได้ปรากฏในคดี Powell v. McCormack ค.ศ. 1969¹⁶⁹ ว่าสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) จะสามารถกีดกันสมาชิกที่ได้รับเลือกตั้งโดยมีคุณสมบัติครบถ้วนในกระบวนการเลือกตั้ง (อายุ สถานะพลเมือง) ตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวจะเป็นปัญหาทางการเมืองหรือไม่ ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการที่สมาชิกได้รับเลือกตั้งโดยชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วสภาผู้แทนราษฎรไม่สามารถที่จะดำเนินการกีดกันไม่ให้เข้าสภาได้ ไม่ใช่ปัญหาที่ศาลจะรับมาพิจารณาได้

ในหลักการ Doctrine of Political Questions นั้นเป็นที่ยอมรับในหลายประเทศมีการปกครองในระบอบรัฐธรรมนูญโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุขเช่นกัน เช่นกรณีของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ โดยผู้พิพากษาของฟิลิปปินส์เคยอธิบายไว้ว่าภายใต้หลักแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบโดยศาลต้องเป็นกรณีที่ศาลสามารถที่จะพิจารณาได้เท่านั้น หากมีปัญหาที่อยู่ภายในอำนาจ

¹⁶⁵ “The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion”

¹⁶⁶ “The impossibility of a court’s undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government”

¹⁶⁷ “An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made”

¹⁶⁸ “The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.”

¹⁶⁹ Powell v. McCormack. (1969).

นิติบัญญัติหรือการตัดสินใจของรัฐบาลแล้ว องค์กรศาลก็จะมีอำนาจใด ๆ เลยที่จะพิจารณาว่ากฎหมายใดของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการกระทำฝ่ายบริหารนั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ¹⁷⁰

กล่าวสรุปได้ว่า “ทฤษฎีปัญหาทางการเมือง (Doctrine of Political Questions)” ของสหรัฐอเมริกา นั้น จะมีลักษณะหรือมีข้อพิจารณาตามที่ศาลฎีกาอเมริกาจะวางหลักไว้โดยผลของคดี Baker v Carr ทั้ง 6 ประการดังที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นเองในทางกลับกันในคดีที่ศาลฎีกาอเมริกาได้กำหนดกรณีไว้ว่าการกระทำที่ไม่ถือว่าเป็นปัญหาทางการเมือง เช่น การใช้อำนาจกีดกันบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดมิให้เป็นสมาชิกรัฐสภา เป็นกระบวนการที่มีได้บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญ (ผลจากคดี Powell v. McCormack) และการไม่จัดให้มีการแบ่งเขตเลือกตั้งให้สอดคล้องกับกฎหมายรัฐธรรมนูญ จนส่งผลกระทบต่อสิทธิทางการเมืองตลอดจนหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองคุ้มครองไว้ (ผลจากคดี Baker v. Carr) เป็นต้น

(3) ทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศส

หลักการกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศส กำเนิดจากการที่องค์กรศาลของฝรั่งเศส¹⁷¹ปฏิเสธที่จะพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหารของฝรั่งเศส โดยให้เหตุผลว่าอยู่นอกเหนืออำนาจของศาล หากมีกรณีพิพาทที่มีเนื้อหาในคดีที่เป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลแล้วศาลปกครองสูงสุดจะให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวอยู่นอกเหนืออำนาจศาลปกครอง ที่องค์กรตุลาการที่จะเข้าไปพิจารณาหรือไปควบคุมได้ ซึ่งองค์กรศาลฝรั่งเศสได้กำหนดทฤษฎี “การกระทำทางรัฐบาล” เช่นในคดีที่ C.E. Laffitte 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1822 ว่าเป็นปัญหาทางการเมือง¹⁷² และคดีที่ C.E. Duc d’Aumale 9 พฤษภาคม ค.ศ. 1867 เป็นเรื่องความเสียหายจากการกระทำทางการเมือง¹⁷³ เป็นต้น

¹⁷⁰ Juan F. Rivera, Law of Public Administration, (Rizal : Kiko Printing Press, 1956), p. 900.

¹⁷¹ Conseil d’Etat (C.E.) แปลตรงตัวคือ “Council of State” หรือ “สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ” หรือศาลปกครองสูงสุด Tribunal des Conflits (T.C.) ได้แก่ศาลระดับความขัดแย้งหรือศาลชี้ขาดข้อพิพาท

¹⁷² C.E. Laffitte 1 พฤษภาคม ค.ศ. 1822 กรณี Laffitte ได้ฟ้องให้ศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้บังคับตามข้อเรียกร้องของตน แต่ศาลเห็นว่าข้อเรียกร้องของ Laffitte นี้เป็นประเด็นปัญหาทางการเมืองเพราะการวินิจฉัยเกี่ยวกับสถานะของตระกูล Bonaparte เป็นของรัฐมนตรีกว่าการกระทำการคลังหรือเป็นอำนาจของรัฐบาล ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่มีอำนาจรับไว้พิจารณา, อ้างถึงใน สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล”, (วิทยานิพนธ์ดุสิตบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560), น. 54.

¹⁷³ C.E. Duc d’Aumale 9 พฤษภาคม 1867 ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า หนังสือเกี่ยวกับประวัติศาสตร์ของ Duc d’Aumale ได้ถูก Louis-Napoléon Bonaparte จักรพรรดิแห่งจักรวรรดิที่ 2 ออกคำสั่งให้ยึดเนื่องจากมีข้อความที่ต่อต้านระบอบจักรพรรดิ ดังนั้น Duc d’Aumale จึงฟ้องขอให้

ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยึดถือในช่วงแรกของหลักการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารโดยคำนึงถึงผลลัพธ์ของการกระทำที่มีเป้าหมายเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือการรักษาความมั่นคงของรัฐจากภายนอกที่เล็งเห็นหรือมีวัตถุประสงค์ทางการเมืองเป็นหลักล้วนเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ทั้งสิ้น ซึ่งแนวคิดการพิจารณาความหมายอย่างกว้างนี้มีความเป็นไปได้ที่จะเป็นปรปักษ์กับการตรวจสอบควบคุมฝ่ายบริหารของศาลได้ ดังนั้น ศาลปกครองและศาลคดีขัดกันของฝรั่งเศสหันมาวินิจฉัยถึงธรรมชาติของการกระทำของฝ่ายบริหารภายใต้หลักการกระทำทางรัฐบาลย่อมไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลอยู่เช่นเดิม¹⁷⁴

แต่ต่อมาทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลได้มีพัฒนาการโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในคดีที่ C.E. Prince Napoleon 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1875¹⁷⁵ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาในกรณีที่เจ้าชายนโปเลียน (Prince Napoleon) ซึ่งเคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นนายพล (General) โดยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 (Napoleon III) ซึ่งมีศักดิ์เป็นญาติในยุคนั้น สาธารณรัฐที่ 2 ของฝรั่งเศสตั้งแต่ปี ค.ศ. 1853 ต่อมาเมื่อสาธารณรัฐที่ 2 ของฝรั่งเศสได้พ่ายสงครามให้แก่ฝ่ายปรัสเซีย (Prussian) เมื่อปี ค.ศ. 1873 จึงทำให้สาธารณรัฐที่ 2 ต้องล่มสลายไป ในเวลาต่อมาเมื่อกระทรวงกลาโหมของฝรั่งเศสได้จัดตีพิมพ์รายชื่อทำเนียบทหารประจำปีในปี ค.ศ. 1873 แล้วไม่ปรากฏชื่อของเจ้าชายนโปเลียนอยู่ในนั้น เจ้าชายนโปเลียนจึงได้สอบถามไปยังกระทรวงสงครามถึงเหตุผลที่ไม่ระบุชื่อตนและได้รับคำตอบว่าการไม่ระบุชื่อนั้นเป็นไปโดยเจตนาเพราะเป็นดุลพินิจว่าการแต่งตั้งให้ดำรงนายพลนั้นอยู่ภายใต้เงื่อนไขเฉพาะในยุคมัยจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 เมื่อปรากฏว่าตอนนี้ได้ยกเลิกไปแล้วทำให้การแต่งตั้งดังกล่าวไม่มีผลในปัจจุบัน” ดังนั้นเจ้าชายนโปเลียนได้นำเรื่องขึ้นสู่ศาลโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสงคราม (Minister of War) ให้การต่อศาลว่าการตัดสินใจไม่ระบุชื่อเจ้าชายนโปเลียนไว้นั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายการเมือง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้รับคดีนี้ไว้พิจารณาและให้ความเห็นว่าการกระทำของกระทรวงกลาโหมที่ใช้ดุลพินิจว่าการแต่งตั้งโดยเงื่อนไขตามยุคมัยการปกครองนั้นมีลักษณะไปในการตัดสินใจทางการเมืองหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องทางการเมือง (Political Complexion) แต่ไม่เพียงพอที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้ แต่สุดท้ายศาลก็พิพากษายกฟ้อง¹⁷⁶

ต่อมาภายหลังพัฒนาการว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลของฝรั่งเศสได้รับการตีความและนิยามโดยนักกฎหมายฝรั่งเศสหลายท่านที่มีบทบาทในองค์กรตุลาการ เช่น

ศาลปกครองสูงสุดบังคับให้คืนหนังสือ แต่ศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธคำร้องว่าความเสียหายของ Duc d'Aumale เกิดจากการถูกยัดงานเขียนทางประวัติศาสตร์ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องได้เนื่องจากการกระทำในทางการเมือง, อ้างถึงใน สุชาติ เรืองแสงทองกุล, *เพ็งอ้วง*, น. 54.

¹⁷⁴ สาโรช โชติพันธุ์, “การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น. 124-125.

¹⁷⁵ อ้างถึงใน สุวีร์ ตรียุทธนากุล, “การกระทำของรัฐบาล”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538), น. 12.

¹⁷⁶ สาโรช โชติพันธุ์, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 174*, น. 126.

ศาสตราจารย์ดูเอ (Duez) อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาลก็คือการกระทำที่ปราศจากการควบคุมจากอำนาจศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องดุลพินิจหรือเรื่องความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม”¹⁷⁷ มอร์รีส์ โอริยู (Maurice Hauriou) (1856-1929)¹⁷⁸ ได้วิจารณ์ในท้ายคำวินิจฉัยของคดี Vaudelet v. Farand ว่า¹⁷⁹ “การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำที่รัฐบาลถูกบังคับให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งถ้าได้มีการดำเนินการเช่นนั้นแล้วจะมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อสถานะของรัฐ เพราะเมื่อมีสถานการณ์อย่างนั้นเกิดขึ้นนั้นก็คือการเกิดขึ้นของหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาลซึ่งการกระทำชนิดนี้ย่อมไม่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้” ต่อมา ปีแอร์ อองรี ชาลวิดอง (Pierre Henri Chalvidan) กล่าวว่า “การกระทำทางรัฐบาลนั้นศาลเองเป็นผู้สร้างและกำหนดว่าเรื่องใดหรือการกระทำเช่นใดที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล”¹⁸⁰ ต่อมา ศาสตราจารย์กาเร เดอ มัลแบร์ (Raymond Carre de Malberg) ได้อธิบายว่า “การกระทำทางรัฐบาลสามารถหลุดพ้นจากการควบคุมโดยศาลเนื่องจากการมีกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร (Positive Law) บัญญัติไว้ในเรื่องนั้น ๆ”¹⁸¹ ต่อมาศาสตราจารย์เรอเน่ ชาปัส (Rene Chapus) อธิบายว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐบาลซึ่งแตกต่างกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางปกครองซึ่งก็เป็นหน้าที่อีกประการหนึ่งของฝ่ายบริหาร”¹⁸² เมื่อประมวลทฤษฎีที่กล่าวมาแล้วพบว่าวัตถุประสงค์ของแนวคิด “การกระทำทางรัฐบาล” คือเมื่อเข้าองค์ประกอบและลักษณะการกระทำเป็นการกระทำทางรัฐบาลแล้วก็ไม่สมควรที่จะมีการควบคุมโดยอำนาจตุลาการอีก

กล่าวสรุปได้ว่าการจะถือว่าการกระทำของฝ่ายบริหารใดจะเป็น “การกระทำทางรัฐบาล (Acte de gouvernement)” ที่ตีความโดยศาลฝรั่งเศสนั้น จะมีลักษณะหรือข้อพิจารณา ดังนี้

- (1) องค์การผู้กระทำการทางรัฐบาลจะต้องเป็นองค์กรบริหารตามรัฐธรรมนูญ
- (2) การกระทำที่เกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

¹⁷⁷ Pierre Henri Chalvidan, *Doctrine et acte de gouvernement* W A.J.D.A. (20 January 1982), : 4 อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรียุทธานกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 175*, น. 11.

¹⁷⁸ Maurice Hauriou, Retrieved on June, 20, 2019, from <http://www.hauriou.net/home>

¹⁷⁹ อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรียุทธานกุล, *การกระทำของรัฐบาล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 175*, น. 10.

¹⁸⁰ Pierre Henri Chalvidan, *Doctrine et acte de gouvernement* W A.J.D.A. (20 January 1982), อ้างถึงใน สุวิทย์ ตรียุทธานกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 175*, น. 15.

¹⁸¹ อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 80.

¹⁸² Chapus, *l'acte de gouvernement*, pp. 5-10. อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *เพ่งอ้าง*, น. 81.

(3) การกระทำได้กล่าวต้องมีเนื้อหาเป็นการกระทำทางการเมืองหรือทางนโยบาย หรือทางรัฐบาลในการบริหารประเทศ ไม่ใช่เพียงแค่มิประเด็นทางการเมือง

(4) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหรือสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศและการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสงคราม ซึ่งขอยกไปกล่าวโดยละเอียดในหัวข้อถัดของบทนี้

(4) แนวคิดการกระทำทางรัฐบาลของไทย

สำหรับประเทศไทยแล้วการกระทำของฝ่ายบริหารในเชิงการกระทำทางรัฐบาลของประเทศไทยนั้นไม่เคยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายฉบับใดจนกระทั่งบัญญัติให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47¹⁸³ บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยตรงและได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้นั้นเนื่องจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพสามารถใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ แต่ต้องมีใช้การกระทำที่เป็น “การกระทำของรัฐบาล”¹⁸⁴ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่กฎหมายไทยได้บัญญัติคำศัพท์ว่าการกระทำทางรัฐบาลไว้ ปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญยังไม่ได้วินิจฉัยหลักการนี้ไว้ ดังนั้น จึงยังไม่ได้มีการให้คำนิยามทางกฎหมายโดยศาลเพื่อจะได้นำไปเป็นหลักการในการพิจารณาต่อไปอย่างไรก็ดี การบัญญัติว่าเรื่องการกระทำของรัฐบาลไม่สามารถนำมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเนื่องต่อประเทศได้ในระยะยาวได้หากศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีว่าการกระทำใดเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ย่อมเป็นการวางหลักกฎหมายให้ประเทศไทยได้ ยิ่งคำนึงถึงการที่มาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้ในวรรคท้ายว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กร

¹⁸³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 “การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ และต้องมีใช้เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การกระทำของรัฐบาล”

¹⁸⁴ เดิมที่ร่างมาตรา 47 ยกร่างโดยไม่มีการบัญญัติเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้ แต่เมื่ออยู่ในชั้นพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาตินั้นมีการเพิ่มข้อยกเว้นการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ไว้ ปรากฏอยู่ในตารางแสดงร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ฉบับของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พร้อมประเด็นที่แก้ไขเพิ่มเติม, ความเป็นมาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เล่ม 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561), น. 33.

อิสระและหน่วยงานของรัฐ” ด้วยนั้น ย่อมหมายความว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีต่าง ๆ ไม่ได้มีผลแต่เฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น แต่ยังผูกพันองค์กรต่าง ๆ ของรัฐด้วย¹⁸⁵

ประการต่อมา ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁸⁶ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ไม่ให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ไปใช้ในการดำเนินการขององค์กรรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี หรืออีกนัยหนึ่งคือไม่ใช่การกระทำทางปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งคือการกระทำทางนโยบาย ในการพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง หรือการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายทางกฎหมายตลอดจนความเห็นทางกฎหมายขององค์กรของรัฐในระบบกฎหมายไทย เราอาจจำแนกการกระทำทางรัฐบาลได้ดังนี้

(1) กรณีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา

การที่คณะรัฐมนตรีกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่มีผลโดยตรงกับรัฐสภา เช่น นายกรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ตราพระราชกฤษฎีกาเปิดประชุมสภาหรือการเรียกประชุมสภา¹⁸⁷ หรือการตราพระ

¹⁸⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550).

¹⁸⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4

¹⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 121

“ภายในสิบห้าวันนับแต่วันประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นการเลือกตั้งทั่วไป ให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อให้สมาชิกได้มาประชุมเป็นครั้งแรก

ในปีหนึ่งให้มีสมัยประชุมสามัญของรัฐสภาสองสมัย ๆ หนึ่งให้มีกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวัน แต่พระมหากษัตริย์จะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ขยายเวลาออกไปก็ได้

การปิดสมัยประชุมสามัญประจำปีก่อนครบกำหนดเวลาหนึ่งร้อยยี่สิบวัน จะกระทำได้ก็แต่โดยความเห็นชอบของรัฐสภา

วันประชุมครั้งแรกตามวรรคหนึ่ง ให้ถือเป็นวันเริ่มสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่หนึ่ง ส่วนวันเริ่มสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง ให้เป็นไปตามที่สภาผู้แทนราษฎรกำหนด แต่ในกรณีที่การประชุมครั้งแรกตามวรรคหนึ่งมีเวลาจนถึงสิ้นปีปฏิทินไม่เพียงพอที่จะจัดให้มีการประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งที่สอง จะไม่มีการประชุมสมัยสามัญประจำปีครั้งที่สองสำหรับปีนั้นก็ได้”

มาตรา 122 “พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม

พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญประจำปีครั้งแรกด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้พระราชทายาทซึ่งทรงบรรลุนิติภาวะแล้วหรือผู้ใดผู้หนึ่ง เป็นผู้แทนพระองค์ มาทำรัฐพิธีก็ได้

เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสมัยวิสามัญก็ได้

ราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹⁸⁸ หรือ การเลือกสมาชิกวุฒิสภาให้ตราเป็นพระราชกฤษฎีกา หรือการที่สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบบุคคล ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี หรือการแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เป็นการ กระทำที่อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล

การแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเป็นหลักการที่คณะรัฐมนตรีเมื่อเข้ารับ ตำแหน่งแล้วจะต้องแถลงนโยบายให้แก่รัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹⁸⁹

การเรียกประชุมสภานั้นเป็นกรณีที่เปิดประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญ หรือ การประชุมนอกวาระประจำ กล่าวคือ เป็นการประชุมที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจเรียกประชุมนอกวาระประจำได้หากเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารเห็นว่าเมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐผ่านการตราพระราชกฤษฎีกา เช่นเดียวกันกับการขยายเวลาสมัยประชุมสามัญของสภาและการปิดประชุมสภา

การยุบสภาของไทยนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475¹⁹⁰ เป็นตั้งอำนาจในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่จะทำให้สมาชิกสภาของสมาชิกสภาและสภาสิ้นสุดลงก่อนครบวาระตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้¹⁹¹

ภายใต้บังคับมาตรา 123 และมาตรา 126 การเรียกประชุม การขยายเวลาประชุม และการปิดประชุมรัฐสภา ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา”

¹⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 103 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ เป็นการเลือกตั้งทั่วไปการยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา และให้กระทำได้เพียงครั้งเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

¹⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 162 “คณะรัฐมนตรีที่จะเข้าบริหารราชการแผ่นดินต้องแถลงนโยบายต่อรัฐสภาซึ่งต้องสอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐแนวนโยบายแห่งรัฐ และยุทธศาสตร์ชาติ และต้องชี้แจงแหล่งที่มาของรายได้ที่จะนำมาใช้จ่ายในการดำเนินนโยบาย โดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ ทั้งนี้ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันเข้ารับหน้าที่

ก่อนแถลงนโยบายต่อรัฐสภาตามวาระหนึ่ง หากมีกรณีที่สำคัญและจำเป็นเร่งด่วน ซึ่งหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะกระทบต่อประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีที่เข้ารับหน้าที่จะดำเนินการไปพลางก่อนเพียงเท่าที่จำเป็นก็ได้”

¹⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 35 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้ราษฎรเลือกตั้งสมาชิกมาใหม่ ในพระราชกฤษฎีกาให้ยุบสภาเช่นนี้ต้องมีกำหนดให้เลือกตั้งสมาชิกใหม่ภายในเก้าสิบวัน”

¹⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 99 “อายุของสภาผู้แทนราษฎรมีกำหนดคราวละสี่ปีนับแต่วันเลือกตั้ง”

ที่ผ่านมาแนวคิดการรับรองว่าการยุบสภาหรือกฎหมายว่าด้วยการยุบสภาเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้นได้มีขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดของไทยโดยศาลนำทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลไปปรับใช้เพื่อมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องนั้น ๆ แม้ในคำพิพากษาศาลจะไม่ระบุโดยตรงก็ตาม ดังนี้

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2549** กรณีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภา

กรณีผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งยกเลิกเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรนั้นไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติหรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนด แต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบบรัฐสภา พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่ใช่พระราชกฤษฎีกาตามนัยมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 3/2549** เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภา

กรณีผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งยกเลิกเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ศาลปกครองได้พิจารณาแล้วเห็นว่าโดยหลักแล้วคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึง คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ

พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116¹⁹² ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 15/2554** พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร และการกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ (การเลือกตั้งทั่วไป) มิได้ตราขึ้น

¹⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 116 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจที่จะยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ การยุบสภาผู้แทนราษฎรให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไปภายในหกสิบวัน และวันเลือกตั้งนั้นต้องกำหนดเป็นวันเดียวกันทั่วราชอาณาจักรการยุบสภาผู้แทนราษฎรจะกระทำได้เพียงเดียวในเหตุการณ์เดียวกัน”

เป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติ หรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนด หากแต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามแบบรัฐสภา พระราชกฤษฎีกายุบสภาฯ จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11 (2) ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะรับวินิจฉัยได้

แนวคิดเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภานั้นในศาลปกครองสูงสุดยังมีอีกในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 23/2549 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 24-32/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 45/2549 เป็นต้น

ในศาลยุติธรรมเคยมีการยื่นฟ้องให้พิจารณาว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาไม่มีผลบังคับใช้ช่วงก่อนประเทศไทยจัดตั้งศาลปกครอง ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 103/2521

โจทก์ฟ้องว่าพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 4 เมษายน 2519 ไม่มีผลบังคับเพราะการนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้าฯ ได้กระทำโดยคณะรัฐมนตรี และไม่ได้ได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎรเป็นการลบล้างพระบรมราชโองการเรียกประชุมสมัชชานิติบัญญัติแห่งรัฐสภาขอให้พิพากษาให้สภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยสมาชิกผู้ได้รับการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 เมษายน 2519 กับคณะรัฐมนตรีซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นโมฆะให้หยุดดำเนินการโดยให้จำเลยที่ 2 ที่ 3 ประกาศสลายตัวภายใน 7 วัน นับแต่วันมีคำพิพากษา และมอบหน้าที่ให้รัฐบาลชุดเดิมรับกลับคืนไป

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินเข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศ และมีคำสั่งฉบับที่ 3 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 สิ้นสุดลง ให้รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญต่อมาวันที่ 20 ตุลาคม 2520 คณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองประเทศและเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดว่าด้วยการปกครองประเทศแล้ว ดังนี้ คำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับได้ จึงไม่มีประโยชน์ที่จะวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไปศาลฎีกามีคำสั่งจำหน่ายคดี

อย่างไรก็ดี คดีนี้ศาลฎีกาไม่ทันได้ตัดสินคดีว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลยุติธรรมไม่อาจเข้ามามีพิจารณาได้หรือไม่เพราะได้เกิดการรัฐประหารเสียก่อน

(2) กรณีการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการกระทำทางนิติบัญญัติ

การที่คณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหารมีความสัมพันธ์กับรัฐสภาในแง่ฝ่ายนิติบัญญัตินั้นศาลปกครองสูงสุดก็ได้เคยวินิจฉัยไว้ด้วยเช่นกันว่าเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติไว้ จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่สามารถที่จะรับมาพิจารณาได้

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 606/2556 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ารัฐไทยโดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องกระทำการตามกฎหมายที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้ที่กำหนดให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนดแต่รัฐกลับละเลยต่อหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ทำให้ผู้ฟ้องคดีอาจถูกกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพที่จะพึงมี

ตามแต่กฎหมายจะบัญญัติจึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้รัฐไทยหรือหัวหน้าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งหมดปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วว่า รัฐไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจฟ้องรัฐเป็นคดีต่อศาลปกครองได้เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ระบุว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่มาตรา 303 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้ จึงตีความได้ว่าผู้ฟ้องคดีประสงค์ที่จะฟ้องคณะรัฐมนตรีซึ่งมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วว่า กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติการจัดทำหรือปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ที่จำเป็นต่อการดำเนินการตามนโยบายและแผนการบริหารราชการแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาในกระบวนการนิติบัญญัติ จึงมิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 223 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

(3) กรณีการดำเนินทางนโยบายของรัฐบาล

การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในทางนโยบายโดยตรงเบื้องต้นเป็นการกระทำที่ไม่นำเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ ซึ่งควรหมายรวมถึงคณะรัฐมนตรีเช่นเดียวกัน ซึ่งแนวคิดนี้ได้ขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้ศาล “เพิกถอน” ผลของการดำเนินนโยบาย อย่างไรก็ตาม ศาลก็ปฏิเสธไม่รับมาพิจารณาโดยถือว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือเป็นการพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าว “ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง” ดังนี้

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 563/2555 ผู้ฟ้องคดีทั้งสามในฐานะประชาชนคนไทยยื่นฟ้องคดีว่าการที่คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ได้มีมติเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2552 อนุมัติในหลักการเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างการบริหารจัดการเพื่อฟื้นฟูฐานะทางการเงินของการรถไฟแห่งประเทศไทยตามที่กระทรวงคมนาคมเสนอโดยจัดตั้งบริษัทลูก 2 ถือหุ้นร้อยละร้อยพิจารณาแบ่งแยกภารกิจสินทรัพย์และหนี้สินระหว่างการรถไฟแห่งประเทศไทยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในการที่จะต้องรักษาผลประโยชน์ของชาติและในฐานะผู้เสียภาษีอากรให้กับรัฐบาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วว่า การที่คณะรัฐมนตรีมีมติดังกล่าวเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรี ในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารดำเนินนโยบายภายในฝ่ายบริหาร เพื่อฟื้นฟูฐานะทางการเงินของการรถไฟแห่งประเทศไทยจะมีผลกระทบต่อรถไฟแห่งประเทศไทยและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเท่านั้นไม่ได้มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนทั่วไปนอกจากนั้นมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวมิใช่การวางแผนพัฒนาสังคมเศรษฐกิจที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญ

ของประชาชนตามความหมายของมาตรา 57 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดไว้ และไม่ใช้การวางแผนพัฒนาทางเศรษฐกิจสังคมและการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนที่รัฐจะต้องสนับสนุนให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจตามมาตรา 87 (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเช่นกัน

ดังนั้นมติของคณะรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นเพียงการดำเนินนโยบายภายในของฝ่ายบริหารมิใช่เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลคดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบกับมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 44/2557 กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2554 ที่เห็นชอบตามมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ ครั้งที่ 5/2554 (ครั้งที่ 138) เรื่อง นโยบายการปรับราคาก๊าซปิโตรเลียมเหลว (LPG) และก๊าซธรรมชาติสำหรับยานยนต์ (NGV) ที่กำหนดแนวทางการปรับราคาขายปลีกก๊าซ LPG ขยายระยะเวลาการตรึงราคาก๊าซ LPG ภาคขนส่งต่อไปจนถึงวันที่ 15 มกราคม 2555 เพื่อเตรียมจัดทำบัตรเครดิตพลังงานและปรับเปลี่ยนรถแท็กซี่ LPG เป็น NGV โดยตั้งแต่วันที่ 16 มกราคม 2555 เริ่มปรับราคาขายปลีกขึ้นเดือนละ 0.75 บาท ต่อกลีโกรัม ส่วนก๊าซ NGV ขยายระยะเวลาดึงราคาขายปลีกในระดับราคา 8.50 บาท ต่อกลีโกรัม และคงอัตราเงินอุดหนุนอัตรา 2 บาท ต่อกลีโกรัมต่อไป ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2554 จนถึงวันที่ 15 มกราคม 2555 เพื่อเตรียมความพร้อมเรื่องบัตรเครดิตพลังงานและการปรับเปลี่ยนรถแท็กซี่ LPG เป็น NGV

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์กรณีตามข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีในฐานะองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหารใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายในกิจการที่เกี่ยวกับพลังงานของประเทศ ซึ่งการดำเนินนโยบายดังกล่าวจะเป็นไปโดยถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ ย่อมเป็นเรื่องที่คณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบในทางการเมือง

ดังนั้น การมีมติดังกล่าวจึงมิได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองแต่อย่างใด จึงมิใช่ข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 135/2557 คำฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้คณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติดำเนินโครงการรับจำนำข้าวเปลือกโครงการแทรกแซงตลาดมันสำปะหลัง เป็นการกล่าวหาว่าโครงการรับจำนำข้าวเปลือกและโครงการแทรกแซงตลาดมันสำปะหลังของรัฐบาลเป็นโครงการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และในการดำเนินการตามโครงการทั้งสองโครงการดังกล่าวมีข้อบกพร่องอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์กรณีตามข้อเท็จจริงนั้นเมื่อโครงการทั้งสองดังกล่าวของคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงต่อสภา ในกรณีที่นโยบายดังกล่าวเป็นนโยบายที่ไม่ถูกต้องหรือมีข้อบกพร่องอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐบาลย่อมจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อความไม่ถูกต้องหรือบกพร่องดังกล่าวการมีมติดังกล่าวจึงมิได้มีลักษณะเป็น

การใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองแต่อย่างใด จึงมิใช่ข้อพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 595/2555 กรณีฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งห้ามมิให้นายกรัฐมนตรีและรัฐบาลถอนทหารออกจากพื้นที่รอบปราสาทพระวิหาร และให้นายกรัฐมนตรีหยุดการแทรกแซงสั่งการให้กองทัพไทยถอนทหารออกจากพื้นที่รอบปราสาทพระวิหารตามคำสั่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์กรณีดังกล่าวเป็นคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้นายกรัฐมนตรีกระทำการหรือละเว้นกระทำการในกิจการอันเป็นเรื่องของการดำเนินรัฐประศาสน์ตามอำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มิได้เป็นการกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แนวคิดเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินนโยบายของคณะรัฐมนตรีนั้นในศาลปกครองสูงสุดยังมีอีกในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 678/2557 ศาลปกครองสูงสุดที่ 400/2545 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 626/2546 เป็นต้น

(4) กรณีงานนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นเป็นหลักการที่ไทยยึดถือเช่นเดียวกับต่างประเทศว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำทาง ศาลปกครองสูงสุดก็เคยพิจารณาไว้เช่นกัน ทั้งในคดีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ว่าคณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ก็มีกรณีปัญหาข้อถกเถียงทางวิชาการคือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 547/2551 ยืนยันว่าศาลปกครองชั้นต้นรับฟ้องในคดีซึ่งคณะรัฐมนตรีดำเนินการลงนามในแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ระหว่างไทยและกัมพูชา ระบุ และขอให้คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนคำพิพากษาในคดีที่ผู้ร้องคดีทั้ง 9 ฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาให้นักกฎหมายมหาชนถกเถียงกันในประเด็นเรื่องศัพท์ทางนิติศาสตร์ว่าการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางรัฐบาลเหมือนกันหรือแตกต่างกันอย่างไร โดยคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ทั้ง 5 ท่าน นำโดยศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์¹⁹³ ซึ่งเรื่องนี้จะขออธิบายในบทต่อไป

(5) กรณีความมั่นคงของประเทศ

¹⁹³ คณาจารย์อีก 4 ท่าน ได้แก่ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ดร. ฐานันท์ นิพนธ์กุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธีระ สุธีรวงศ์ และ ดร. ปิยบุตร แสงกนกกุล

การที่ฝ่ายบริหารประกาศใช้กฎอัยการศึกในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457¹⁹⁴ นั้น ศาลปกครองสูงสุดเคยปฏิเสธที่จะพิจารณาเนื่องจากเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษในเรื่องของความมั่นคงของประเทศตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายกฎอัยการศึกได้กำหนดหลักเกณฑ์และการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ

กรณีการดำเนินการตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 นั้น เบื้องต้นกฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า¹⁹⁵ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชกำหนดปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมายหากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น เจ้าหน้าที่จะไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย แต่กฎหมายก็เปิดช่องไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

ส่วนกรณีการดำเนินการตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายว่า¹⁹⁶ บรรดาข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง

¹⁹⁴ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 2

“เมื่อเวลามีเหตุอันจำเป็นเพื่อรักษาความเรียบร้อยปราศจากภัย ซึ่งจะมาจากภายนอกหรือภายในราชอาณาจักรแล้ว จะได้มีประกาศพระบรมราชโองการให้ใช้กฎอัยการศึกทุกมาตราหรือแต่บางมาตรา หรือข้อความส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา ตลอดจนการกำหนดเงื่อนไขแห่งการใช้บทบัญญัตินั้นบังคับในส่วนหนึ่งส่วนใดของราชอาณาจักรหรือตลอดทั่วราชอาณาจักร และถ้าได้ประกาศใช้เมื่อใดหรือ ณ ที่ใดแล้ว บรรดาข้อความในพระราชบัญญัติหรือบทกฎหมายใด ๆ ซึ่งขัดกับความของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับ ต้องระงับ และใช้บทบัญญัติของกฎอัยการศึกที่ใช้บังคับนั้นแทน”

¹⁹⁵ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 มาตรา 17

“พนักงานเจ้าหน้าที่และผู้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชกำหนดนี้ ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญา หรือทางวินัย เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการระงับหรือป้องกันการกระทำผิดกฎหมาย หากเป็นการกระทำที่สุจริต ไม่เลือกปฏิบัติ และไม่เกินสมควรแก่เหตุหรือไม่เกินกว่ากรณีจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากทางราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่”

¹⁹⁶ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มาตรา 23 “บรรดาข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การดำเนินคดีใด ๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ทั้งนี้ ในกรณีที่ศาลจะต้องพิจารณาเพื่อใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แล้วแต่กรณี ให้ศาลเรียกเจ้าพนักงานหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งออกข้อกำหนด ประกาศ หรือคำสั่ง หรือการกระทำนั้น มาเพื่อชี้แจงข้อเท็จจริง รายงาน หรือแสดงผลเพื่อประกอบการพิจารณาสั่งใช้มาตรการหรือวิธีการชั่วคราวดังกล่าวด้วย”

หรือการกระทำในการกิจการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และการดำเนินคดีใด ๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามหมวดนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น หากมีกรณีขึ้นสู่ศาลปกครองแล้วศาลปกครองก็จะไม่สามารถรับมาพิจารณาได้

กรณีที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศนั้นปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วางหลักไว้ ดังนี้

- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ พ. 42/2551 คดีเกี่ยวกับการประกาศใช้กฎอัยการศึกขึ้นสู่ศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นพลเมือง ยื่นฟ้องนายกรัฐมนตรีและพวกว่าได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการถูกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพเพราะการประกาศใช้กฎอัยการศึกในพื้นที่ของผู้ฟ้องคดี จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนการประกาศใช้กฎอัยการศีกดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์กรณีดังกล่าวว่าการประกาศใช้กฎอัยการศึกและการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึกเป็นการใช้อำนาจในการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการป้องกันและรักษาความมั่นคงของประเทศจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศอันเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษในเรื่องของความมั่นคงของราชอาณาจักรตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติกฎอัยการศึกได้กำหนดหลักเกณฑ์และการปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ

ดังนั้น การกระทำดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีและพวกจึงมิใช่เป็นการกระทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 82/2555 ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์กรณีดังกล่าวเห็นว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงและกำหนดและมาตรการต่าง ๆ นั้น ก็เพื่อให้สามารถแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินให้ยุติได้โดยเร็ว และป้องกันมิให้เกิดเหตุการณ์ร้ายแรงมากขึ้น เมื่อพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ได้มีข้อกำหนดให้การดำเนินการตามกฎหมายนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ดังนั้น การกระทำดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีและพวกจึงมิใช่เป็นการกระทำทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองฯ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

เท่าที่กล่าวมาทั้งหมดพอสรุปได้ว่า การกระทำทางรัฐบาลของไทยนั้นเป็นพัฒนาที่มาควบคู่กับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย องค์การการใช้ อำนาจ ที่มาของการใช้อำนาจ โดยผ่านการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดว่าการกระทำดังกล่าวไม่ใช่

การกระทำทางปกครอง จึงสามารถจะสรุปลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย ดังนี้

(1) องค์กรผู้ใช้อำนาจ กล่าวคือ ต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ ได้แก่ นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี หรือกรณีการดำเนินการทางนิติบัญญัติ

(2) ฐานที่มาของอำนาจตามกฎหมาย กล่าวคือ หากเป็นการดำเนินการโดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ก็จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ

(3) การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางบริหารที่ไม่ใช่การกระทำทางปกครอง

2.2.4.3 สรุปลักษณะของการกระทำทางรัฐบาล

จึงอาจกล่าวได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลเป็นผลลัพธ์จากการใช้อำนาจทางรัฐบาลซึ่งมีที่มาจากรัฐธรรมนูญโดยตรงหรือที่เรียกว่าอำนาจบริหารทางรัฐธรรมนูญ¹⁹⁷ นั่นเอง เมื่อโดยหลักทั่วไปแล้วการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารจะถูกตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือสภาผู้แทนราษฎรต่อการดำเนินบริหารนโยบายใด ๆ ของรัฐบาลแก่รัฐ ซึ่งรัฐบาลจะต้องแสดงผลงานให้สภาในฐานะผู้แทนประชาชนของรัฐนั้น ๆ พึงพอใจอันจะเป็นผลต่อเนื่องให้รัฐบาลสามารถดำรงตำแหน่งบริหารประเทศได้ต่อไป หรือสามารถกลับเข้าสู่อำนาจได้อีกครั้งหลังจากการเลือกตั้ง หากแต่ในทางกลับกันรัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบต่อประชาชนผ่านผู้แทนราษฎรในสภาเช่นกันเมื่อรัฐบาลไม่สามารถทำให้ประชาชนพึงใจในผลงานได้ และอาจจะถูกถอดถอนจากตำแหน่งได้ต่อไป ซึ่งแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลนั้นรัฐจะไม่ถูกควบคุมโดยศาลประชาชนจะไม่สามารถเอาผลลัพธ์ของการกระทำทางรัฐบาลไปฟ้องต่อศาลได้ ตลอดจนไม่สามารถให้บังคับให้ระงับการกระทำหรือระงับการกระทำทางรัฐบาลโดยศาลได้ หากมีการฟ้องขึ้นสู่ศาลขึ้นมาศาลก็ต้องปฏิเสธที่จะพิจารณาเรื่องนั้น

ดังนั้น จึงสามารถสรุปลักษณะหรือข้อพิจารณาของการกระทำทางรัฐบาลได้เป็น 4 ส่วน ได้แก่ (1) ผู้กระทำการทางรัฐบาล (2) อำนาจและที่มาของอำนาจ (3) เนื้อหาและรูปแบบของการกระทำ และ (4) ผู้รับการกระทำหรือนิติสัมพันธ์ในการกระทำทางรัฐบาลดังต่อไปนี้

(1) ผู้กระทำการทางรัฐบาล

การกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจโดยประมุขของรัฐ (Head of State) ในฐานะพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดี หรือหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล (Head of Government) หรือนายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี หรือการเรียกอื่นใดขึ้นอยู่กับรูปแบบของรัฐและระบอบการปกครองของรัฐนั้น ๆ และอาจหมายความว่ารวมถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศตามสามารถของผู้กระทำการแทนรัฐในการจัดทำสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการทำ

¹⁹⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 108*, น. 19-20.

สนธิสัญญา ค.ศ. 1969¹⁹⁸ สำหรับประเทศไทยที่ปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข กล่าวคือ พระมหากษัตริย์เป็นประมุขของประเทศไทย ทรงใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของปวงชนชาวไทย (ทั้งสามอำนาจบริหาร นิติบัญญัติและตุลาการ) ใช้อำนาจทางบริหารผ่านคณะรัฐมนตรีตามที่รัฐธรรมนูบัญญัติไว้ เท่ากับว่า พระมหากษัตริย์ทรงไม่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ภายใต้หลัก “The King can do no wrong” แต่ฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรีผู้ถวายคำแนะนำทางบริหารให้แก่พระมหากษัตริย์และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเป็นผู้รับผิดชอบ ดังนั้น ผู้กระทำการทางรัฐบาลของประเทศไทยคือนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี

(2) อำนาจและที่มาของอำนาจ

ประเด็นแรก การกระทำทางรัฐบาลใช้ “อำนาจทางบริหาร (Executive Power)” ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้เป็นอำนาจทางปกครองและอำนาจทางรัฐบาลตามที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ ผู้ใช้อำนาจในการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นฝ่ายบริหารของรัฐนั้น ๆ

ประเด็นถัดมา ที่มาของอำนาจดังกล่าวจะมาจากกฎหมายลำดับชั้นรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ที่มาพร้อมกับการจัดการองค์กรบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น กล่าวคือ ในทางกลับกันแล้วหากการกระทำของฝ่ายบริหารแต่เป็นการอาศัยอำนาจระดับพระราชบัญญัติซึ่งยกร่างโดยฝ่ายนิติบัญญัติของรัฐหรือกฎหมายลำดับรองลงมาจากพระราชบัญญัติแล้วย่อมที่จะเป็นการกระทำทางปกครอง

ที่มาของอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นจะกำหนดไว้ให้ฝ่ายบริหารที่จะสามารถดำเนินการได้ เช่น การตราพระราชกำหนด การยุบสภา การประกาศสงคราม การทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เป็นต้น

(3) เนื้อหาและรูปแบบของการกระทำ

ประเด็นเรื่องรูปแบบการกระทำ สามารถแยกแยะโดยเปรียบเทียบเนื้อหาจากการกระทำทางปกครอง กล่าวคือ องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐย่อมมีอำนาจในการปกครองและทางรัฐบาลคู่กันเสมอ ซึ่งการกำหนดนโยบายบริหารราชการแผ่นดิน หรือการกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ การคลัง หรือการดำเนินนโยบายหรือกิจการต่างประเทศ องค์กรดังกล่าวจะเป็นฝ่ายการเมือง ใช้อำนาจทางการเมือง ผลิตผลย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

แต่หากฝ่ายบริหารใช้อำนาจในทางปกครองรัฐหรือเจ้าหน้าที่ราชการประจำของประเทศเพื่อให้บรรลุผลตามนโยบายที่รัฐกำหนดนั้น องค์กรดังกล่าวจะเป็นฝ่ายปกครอง ใช้อำนาจทางปกครอง ผลิตผลย่อมเป็นการกระทำทางปกครอง

¹⁹⁸ Article 7 Full powers

“2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;...”

(4) ผู้รับการกระทำหรือนิติสัมพันธ์ในการกระทำทางรัฐบาล

ข้อพิจารณาสุดท้ายในการกระทำทางรัฐบาลที่นำมาพิเคราะห์ได้ คือ ฝ่ายตรงข้ามหรือผู้รับการกระทำทางรัฐบาล หรือมีนิติสัมพันธ์กับรัฐบาล อาจแบ่งได้ใน 2 ด้าน ได้แก่ ภายในประเทศ และระหว่างประเทศ

กรณีภายในประเทศ กล่าวคือ (1) ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ในรูปแบบการดำเนินการจัดทำกฎหมาย การจัดทำพระราชกฤษฎีกาเลือกตั้งทั่วไปหรือพระราชกฤษฎีกาในการยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นต้น

อย่างไรก็ดี กรณีภายในประเทศอีกประการคือ (2) การกระทำที่เป็นการวางนโยบายในการบริหารประเทศเพื่อขับเคลื่อนรัฐไปสู่ความเจริญของรัฐ กรณีนี้จะก่อสัมพันธ์กับฝ่ายบริหารด้วยกัน กล่าวคือ การกำหนดนโยบายให้องค์กรภายในฝ่ายบริหารดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาล หรือการประกาศใช้กฎอัยการศึกในการรองรับการประกาศสงครามกับรัฐอื่น เป็นต้น

กรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ หรือในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในรูปแบบการนำรัฐไปเจริญสัมพันธ์ไมตรีการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐอื่น หรือองค์การระหว่างประเทศในเวทีโลก และในรูปแบบการประกาศสงครามในการนำรัฐตนไปก่อสงครามกับรัฐอื่น การกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

2.3 การกระทำในกิจการต่างประเทศ

การกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเพราะว่าในสายตาของเวทีโลกแล้วการแสดงออกของรัฐในเรื่องการต่างประเทศของฝ่ายบริหารนั้นจะถือว่าการกระทำของรัฐ ดังนั้น การแสดงออกของรัฐในเรื่องนโยบายระหว่างประเทศจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีความเป็นเอกภาพ หากมิเช่นนั้นแล้วจะกลายเป็นว่าฝ่ายการเมืองดำเนินนโยบายระหว่างประเทศในตัวแทนรัฐในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่ฝ่ายตุลาการกลับเข้ามาขัดขวางหรือมีแสดงออกอีกอย่างในเรื่องเดียวกันก็จะทำให้รัฐสูญเสียความน่าเชื่อถือในเวทีโลก และอาจส่งผลเสียหายแก่รัฐได้ แนวคิดเรื่อง “Speak with one voice” นั้นเป็นที่รู้จักกันเมื่อ Lord Atkin ผู้พิพากษาของสหราชอาณาจักร ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า “Our State cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the Executive another”¹⁹⁹ ซึ่งหมายความว่าในนามของรัฐแสดงออกสู่ภายนอกนั้นรัฐจำเป็นจะต้องมีเอกภาพในเรื่องดังกล่าว มิใช่ฝ่ายบริหารรัฐกล่าวอย่างหนึ่ง แต่ฝ่ายตุลาการกล่าวเป็นอย่างหนึ่ง

2.3.1 การกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล

การกระทำของฝ่ายบริหารซึ่งถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลบางประการนั้นจะถือว่าการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ซึ่งจอห์น ล็อค พิจารณาไว้ใน “ความเรียงสองตอนว่าด้วยการปกครอง”

¹⁹⁹ อ้างถึงใน สุชาติ เรืองแสงทองกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 172*, น. 124.

ที่ได้กล่าวมาก่อนหน้านี้ คือ การกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลักการนี้ได้รับการยอมรับในหลายประเทศว่าเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารเช่นเดียวกันกับทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลจะจำกัดบทบาทไม่ก้าวล่วงเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ซึ่งในต่างประเทศแล้วจะมีการบัญญัติอำนาจไว้ในรัฐธรรมนูญว่าอำนาจในการกระทำการดังกล่าวเป็นของประมุขของประเทศ ประมุขฝ่ายบริหารหรือคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี จึงขออธิบายโดยยกตัวอย่างจากต่างประเทศ ดังนี้

2.3.1.1 แนวคิดของสหรัฐอเมริกา

รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติไว้ว่าอนุมาตรา 2²⁰⁰ ให้ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ทำสนธิสัญญากับนานาประเทศโดยคำแนะนำของวุฒิสภา เป็นผู้แต่งตั้งเอกอัครราชทูตไปดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกา อำนาจในการรับรองรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งรวมไปถึงการที่ประธานาธิบดีเป็นผู้ตัดสินใจในการรับหรือไม่รับสาส์นตราตั้งเอกอัครราชทูตจากประเทศต่าง ๆ และถือเป็นอำนาจและหน้าที่ของประธานาธิบดีในการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตและการต่างประเทศอันเป็นกิจการของฝ่ายบริหารหรือทางการเมือง ภายใต้รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกานั้นเอง ซึ่งแนวคิดนี้ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้นำทฤษฎีปัญหาทางการเมืองมาใช้ในกรณีที่เกิดปัญหาข้อพิพาทว่าอำนาจในการดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นของประธานาธิบดีหรือทางการเมือง ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาก็จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยปรากฏในคดีต่าง ๆ ที่ผ่านมา ซึ่งมีตัวอย่าง ดังนี้

(1) คดี Doe v. Braden ค.ศ. 1853

ในคดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้ปฏิเสธที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของสนธิสัญญาโดยให้เหตุผลว่าศาลไม่มีสิทธิที่จะเข้าไปยกเลิกหรือเพิกถอนข้อใด ๆ ในสนธิสัญญาได้ เว้นแต่เป็นการที่ขัดตกลงนั้น ๆ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และศาลได้ชี้แจงเพิ่มเติมว่ามีเช่นนั้นแล้วการทำงานขององค์กรฝ่ายบริหารจะประสบอุปสรรคจนแทบดำเนินการไม่ได้เลยหากองค์กรศาลในประเทศจะเข้าไปที่จะตรวจสอบหรือตัดสินใจว่าประธานาธิบดีจะให้สัตยาบันสนธิสัญญาหรือจัดทำสนธิสัญญาหรือผูกผันในสนธิสัญญาใดที่ได้เข้าร่วมทำสนธิสัญญานั้น²⁰¹

(2) คดี Underhill v. Hernandez ค.ศ. 1897

คดีนี้เป็นคดีที่นักกฎหมายสหรัฐอเมริกามองว่าเป็นการวางทฤษฎี Act of State Doctrine ในระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาคือเป็นทฤษฎีระบบกฎหมาย Common Law ที่ป้องกันไม่ให้ศาลสหรัฐอเมริกาเข้ามาตั้งคำถามถึงความชอบด้วยกฎหมายของอภิปไตยของรัฐ

²⁰⁰ Article II, The Executive Branch, Section 2

“He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint Ambassadors, other public Ministers and Consuls...”

²⁰¹ Ron Park, *supra* note 162, pp. 260-261.

ต่างประเทศในประเทศนั้น ๆ²⁰² ข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ศาลได้พิจารณาแล้วว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้อง คดีนั้นเป็นการกระทำที่กระทำลงโดยทางการของประเทศเวเนซุเอล่า ซึ่งไม่เป็นการเหมาะสมหากศาล สหรัฐอเมริกาจะเข้าไปพิจารณาการกระทำของรัฐบาลต่างประเทศ รัฐที่มีอธิปไตยทุกรัฐจึงมีหน้าที่ที่จะต้องเคารพถึงความเป็นเอกราชของรัฐอธิปไตยนั้น ๆ ดังนั้น ศาลของประเทศหนึ่งไม่สามารถที่จะเข้าไปพิจารณาการกระทำใด ๆ ของอีกรัฐบาลหนึ่งซึ่งกระทำลงในอาณาเขตประเทศนั้น ๆ ได้²⁰³

อย่างไรก็ดีพิเคราะห์เห็นว่าเรื่องนี้เป็นกรกระทำทางรัฐบาลในกิจการ ต่างประเทศอีกประการหนึ่งซึ่งเข้าข่ายปัญหาทางการเมือง แม้จะพจนานุกรมจะให้นิยามว่าเป็น Act of State ก็ตาม

(3) คดี Terlinden v. Ames ค.ศ. 1902

ในคดีนี้มีข้อพิจารณาว่าผลของการดำเนินอยู่ของสนธิสัญญาระหว่าง รัฐบาลสหรัฐอเมริกาและ German Empire นั้น ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาพิเคราะห์แล้วเห็นว่าปัญหาที่ ต้องพิจารณาว่าอำนาจที่คงอยู่ในรัฐต่างประเทศใดประเทศหนึ่งที่จะดำเนินการตามพันธกรณีใน สนธิสัญญานั้นมีธรรมชาติในทางการเมือง ไม่ใช่ทางศาล ดังนั้น ศาลจึงไม่อาจจะเข้าไปแทรกแซง (interfere) เพื่อหาข้อสรุปในปัญหาที่จะต้องแก้ไขกันโดยการเมือง²⁰⁴

ในคดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้อ้างอิงถึงข้อพิจารณาในคดี Doe v. Braden เพื่อนำมาประกอบการพิเคราะห์โดยละเอียดและสนับสนุนว่าศาลจะไม่สามารถที่จะประกาศ ยกเลิกสนธิสัญญาได้แม้รัฐบาลทั้งสหรัฐอเมริกาและรัฐบาล German Empire จะเห็นอีกอย่างก็ตาม²⁰⁵

(4) คดี Williams v. Suffolk Insurance Company ค.ศ. 1839

ในคดีนี้มีเนื้อหาให้ศาลต้องพิจารณาว่าอธิปไตย (Sovereignty) เหนือ อาณาเขตนั้นเป็นเรื่องทางการเมืองดังนั้น การพิจารณาเรื่องที่เกี่ยวข้องอธิปไตยของรัฐย่อมเป็นปัญหา ทางการเมือง เนื่องจากหากย้อนกลับไปถึงที่มาของปัญหาที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศ ซึ่งเป็นหน้าที่ของฝ่ายบริหารอย่างไม่มีข้อสงสัย จึงสามารถที่จะอาศัยข้อเท็จจริงแล้วอนุมานได้ว่าการ พิจารณาถึงการมีอธิปไตยของเกาะหรือประเทศใดนั้นอยู่นอกเหนืออำนาจของฝ่ายตุลาการ (Judicial Department) แม้ว่าจะไม่มีข้อบัญญัติโดยชัดแจ้งไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่เหตุผลของศาลที่พิเคราะห์ ไว้ในคดีนี้จากเอกสารประกอบคดีและหลักแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) เป็นสำคัญหากมิ เช่นนั้นแล้วการที่ศาลเข้าไปมีส่วนในร่วมการพิจารณาย่อมจะก่อให้เกิดปัญหาขัดแย้งกันระหว่างองค์กร บริหารและองค์กรตุลาการได้²⁰⁶

²⁰² Black's Law Dictionary, 7th Edition, 1999, United States of America, pp. 35.

²⁰³ Underhill v. Hernandez (1897)

²⁰⁴ Ron Park, *supra* note 162, pp. 260-261.

²⁰⁵ *Ibid.*, pp. 260-261.

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 260-261.

(5) คดี Oetjen v Central Leather Co ค.ศ. 1918²⁰⁷

คดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้พิจารณาเมื่อ 11 มีนาคม ค.ศ. 1918 โดยมีเนื้อหาให้ต้องพิจารณาว่ากรณีที่รัฐบาลสหรัฐอเมริกานับถือว่าคณะรัฐบาลของประเทศหนึ่งนั้นเป็นคณะรัฐบาลโดยทางกฎหมายหรือโดยทางพฤตินัยนั้น การกระทำความผิดกล่าวถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยพิจารณาในเนื้อหาว่า การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ของสหรัฐอเมริกา) นั้นได้ดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญโดยฝ่ายบริหารและนิติบัญญัตินั้นเป็นเนื้อหาในการกระทำทางการเมือง ดังนั้นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองจึงไม่เป็นเนื้อหาที่ศาลจะเข้ามาตรวจสอบหรือพิพากษาได้ ซึ่งทฤษฎีปัญหาทางการเมืองนั้นถือเป็นหลักการซึ่งศาลจะยึดถือมาโดยตลอดและได้รับการยืนยันหลักการดังกล่าวมาในหลายสถานการณ์

(6) คดี United States v. Belmont ค.ศ. 1937²⁰⁸

คดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาเมื่อ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1937 โดยศาลได้วินิจฉัยในคดีว่าอำนาจในการรับรองรัฐบาลและความตกลงต่าง ๆ ในการรับรองรัฐบาลต่างประเทศนั้นเป็นอำนาจและความรับผิดชอบของประธานาธิบดี²⁰⁹

(7) คดี Guaranty Trust Co. v. United States ค.ศ. 1938²¹⁰

คดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาเมื่อ 25 เมษายน ค.ศ. 1938 ศาลได้วินิจฉัยในคดีว่าการให้การรับรองรัฐบาลต่างประเทศและการรับตัวแทนทางการทูตจะเป็นอำนาจของประธานาธิบดีซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ²¹¹

(8) คดี United States v. Pink ค.ศ. 1942²¹²

ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1942 ซึ่งได้กล่าวไปในทำนองเดียวกันว่าอำนาจในการรับรองรัฐบาลและความตกลงต่าง ๆ ในการรับรองรัฐบาลต่างประเทศนั้นเป็นอำนาจและความรับผิดชอบของประธานาธิบดีโดยปริยายเนื่องจากเป็นองค์กรเดียวของประเทศที่จะเป็นผู้ดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ²¹³

²⁰⁷ Oetjen v Central Leather Co., 246 U.S. 297, 302 (1918)

²⁰⁸ United States v. Belmont, 301 US 324 (1937)

²⁰⁹ อ้างถึงใน พรชัย ด้านวิวัฒน์, “อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เน้นเรื่องการทำความตกลงของฝ่ายบริหาร”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 15.

²¹⁰ Guaranty Trust Co. v. United States, 304 US 126 (1938)

²¹¹ อ้างถึงใน พรชัย ด้านวิวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 211, น. 15.

²¹² United States v. Pink 315 US 203 (1942)

²¹³ อ้างถึงใน พรชัย ด้านวิวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 211, น. 15.

(9) คดี Goldwater v. Carter ค.ศ. 1979²¹⁴

คดีนี้ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาเมื่อ 13 ธันวาคม ค.ศ. 1979 ซึ่งเกิดจากที่นาย Barry Goldwater วุฒิสมาชิก ร่วมกันกับสมาชิกสภาครองเกรสจำนวนหนึ่งได้อ้างว่าการกระทำของประธานาธิบดี Jimmy Carter ในการยกเลิกสนธิสัญญา The Sino-American Mutual Defense Treaty 1955²¹⁵ ที่ทำระหว่างสหรัฐอเมริกากับสาธารณรัฐจีน (Republic of China) นั้นไม่ได้ขอความเห็นชอบหรือผ่านความเห็นชอบโดยเสียงสองในสามของวุฒิสภา²¹⁶ เหตุผลที่ประธานาธิบดี Jimmy Carter ประกาศยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวเนื่องจากสหรัฐอเมริกาดำเนินการยอมรับนับถือสาธารณรัฐประชาชนจีน (People's Republic of China) เป็นรัฐบาลเดียวและยกเลิกการยอมรับนับถือในสภาพของสาธารณรัฐจีน และได้สถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตกับสาธารณรัฐประชาชนจีนขึ้นในปี ค.ศ. 1978 ต่อมาประธานาธิบดี Jimmy Carter จึงได้ยกเลิกสนธิสัญญานับดังกล่าวกับสาธารณรัฐจีน ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหาทางการเมืองศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาหรือพิพากษา ซึ่งผู้พิพากษาในคดีได้แสดงความเห็นสำคัญสอดคล้องกันว่าประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจยกเลิกสนธิสัญญาในด้านความสัมพันธ์กับรัฐต่างประเทศนี้เป็น “ปัญหาทางการเมือง” ที่ศาลไม่สามารถเข้าไปพิจารณาพิพากษาได้²¹⁷

ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้อธิบายและให้ความเห็นไว้²¹⁸ ได้แก่ ผู้พิพากษา William Hubbs Rehnquist ให้ความเห็นไว้ว่าปัญหาในเบื้องต้นที่ผู้ฟ้องเสนอมาในคดีนี้เป็นปัญหาทางการเมืองและมีข้อเรื่องที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเพราะเป็นเรื่องที่มีข้อพิพาทระหว่างอำนาจหน้าที่ของประธานาธิบดีในการจัดการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและขอบเขตอำนาจ

²¹⁴ Goldwater v. Carter, 444 U.S. 996 (1979)

²¹⁵ สนธิสัญญาดังกล่าวลงนามเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1954 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 3 มีนาคม ค.ศ. 1955 โดยมีข้อความสำคัญประการหนึ่งในข้อ 10 โดยมีใจความสำคัญว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในข้อที่ 10 โดยมีใจความสำคัญคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่ว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็สามารถที่จะยกเลิกสนธิสัญญานี้ได้ โดยให้มีผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลา 1 ปีนับจากวันที่ได้อีกฝ่ายได้รับหนังสือบอกเลิกสัญญาจากอีกฝ่ายหนึ่งแล้ว

²¹⁶ Article 2 Section 2

“He shall have Power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties, provided two thirds of the Senators present concur; ...”

²¹⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 130, น. 166-167.

²¹⁸ Howard Gillman, Mark A. Graber, Keith E. Whittington, “American Constitutionalism Volume I: Structures of Government, Supplementary Material Chapter 9: Liberalism Divided – Judicial Power and Constitutional Authority”, Oxford University Press, Retrieved on July 11, 2019, from http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/static/companion.websites/gillman/instructor/Chapter_9/goldwater_v_carter.pdf

ของวุฒิสภาหรือสภาองเกรสในการปฏิเสธการกระทำของประธานาธิบดี²¹⁹ และผู้พิพากษา William Joseph Brennan, Jr. ให้ความเห็นไว้ว่าประเด็นเกี่ยวกับอำนาจในการทำคำวินิจฉัยนี้ โดยความเป็นจริงแล้วจะต้องเป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจทางการเมือง เพราะหากเป็นเรื่องทางการเมืองแล้วก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาล²²⁰

แต่ผู้พิพากษา Lewis Franklin Powell, Jr. แม้จะเห็นด้วยกับคำพิพากษา แต่ก็ได้ให้ความเห็นที่ไม่พึงสอดคล้องกับทั้งสองท่านก่อนหน้านี้ว่าผู้พิพากษา Powell เองก็ไม่อาจจะตัดสินคดีนี้ได้เนื่องจากเนื้อหาในการพิจารณาอาจจะยังไม่พอที่จะพิจารณาโดยศาลกล่าวไว้ว่าเมื่อได้มีการพิจารณาอย่างถี่ถ้วนรอบคอบ (Prudential considerations) แล้วเห็นว่าข้อพิพาทระหว่างสภาองเกรสกับประธานาธิบดีซึ่งเป็นเรื่องปกติในระบอบการปกครองของสหรัฐอเมริกา ดังนั้นในกรณีนี้ยังไม่พร้อมที่จะพิจารณาโดยศาลจนกว่าองค์กรทั้งสองจะได้ดำเนินการภายใต้กระบวนการอย่างเต็มที่แล้ว องค์กรตุลาการจึงไม่ควรเข้าไปตัดสินประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อการสร้างดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างประธานาธิบดีและสภาองเกรสจนกว่าฝ่ายการเมืองจะพบทางตันทางรัฐธรรมนูญเสียก่อน หากมิฉะนั้นก็เท่ากับว่าองค์กรตุลาการได้เข้ามากระตุ้นให้บรรดากลุ่มต่าง ๆ หรือแม้กระทั่งสมาชิกสภาองเกรสที่จะมาขอให้ศาลแก้ไข ทั้ง ๆ ปัญหาที่นั่น ๆ ยังมีหนทางที่สามารถแก้ไขความขัดแย้งโดยอาศัยกระบวนการทางการเมืองตามปกติได้อยู่หากสภาองเกรสยังไม่ใช้วิธีโต้แย้งต่อประธานาธิบดีโดยตรงแล้ว ก็ไม่ใช่ภารกิจของศาลที่กระทำเองเช่นกัน เว้นแต่สุดท้ายแล้วสภาองเกรสได้โต้แย้งคัดค้านการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวแล้ว หากการกระทำของประธานาธิบดีนั้นได้ก่อให้เกิดประเทศอยู่ในสถานภาพที่ขาดเสถียรภาพอย่างร้ายแรงแล้ว ก็จะเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาที่จะเข้าไปแก้ปัญหาในประเด็นนี้²²¹

(10) คดี United States v. Curtiss-Wright Export Corp., ค.ศ.

1936²²²

คดีนี้ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาเมื่อ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1936 โดยศาลได้วินิจฉัยว่าประธานาธิบดีมีอำนาจแทนรัฐในการเจรจาความตกลงระหว่างประเทศแต่เพียงลำพัง โดยสภาองเกรสจะมีหน้าที่แค่เป็นผู้ให้คำแนะนำและให้ความยินยอมเท่านั้นผู้เจรจาจะเป็นประธานาธิบดีในฐานะผู้แทนประเทศและในฐานะองค์กรเดียวเท่านั้นที่ดูแลเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

อย่างไรก็ดี มีกรณีบางประการที่ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาไม่ถือว่าเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่จะเป็นปัญหาทางการเมือง เช่น

²¹⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 124.

²²⁰ *เพ็งอ้าว*, น. 124.

²²¹ สุชาติ เรืองแสงทองกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 98*, น. 1-2.

²²² United States v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 U.S. 304 (1936)

(1) คดี Japan Whaling Association v. American Cetacean Society ค.ศ. 1986

คดีนี้ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้วเห็นว่าการตัดสินใจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์สหรัฐอเมริกา (Secretary of Commerce) ที่จะไม่รับรองให้ประเทศญี่ปุ่นได้รับสิทธิ (Quota) ในการล่าปลาวาฬของ International Whaling Commission ไม่ถือเป็นปัญหาทางการเมืองในฐานการกระทำในกิจการต่างประเทศ²²³

(2) คดี Zivotofsky v. Clinton ค.ศ. 2012²²⁴

คดีนี้ศาลพิจารณาคดีว่าเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับกฎระเบียบในการออกหนังสือเดินทางโดยผู้ปกครองของ Zivotofsky ขอให้เพิ่มชื่อประเทศ Israel ในข้อมูลสถานที่เกิด (Place of Birth) ในหนังสือเดินทางต่อของ Zivotofsky จาก “Jerusalem” เป็น “Jerusalem, Israel” กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา (State Department) ปฏิเสธคำขอดังกล่าวโดยเห็นว่าขัดกับกฎระเบียบของกระทรวงการต่างประเทศที่จะระบุ “Israel” ไว้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาล และต่อมาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาพิจารณาแล้วเห็นว่าการไม่ระบุสถานที่กำเนิดในหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีนั้นไม่ถือว่าการผิดกฎหมายเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่ถือเป็นปัญหาทางการเมือง²²⁵

กล่าวสรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศซึ่งปัญหาทางการเมือง (Doctrine of Political Questions) ของสหรัฐอเมริกานั้น จะมีลักษณะหรือข้อพิจารณาตามที่ศาลสหรัฐอเมริกาวางหลักไว้ ถ้าปรากฏว่ามีประเด็นในคดีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เรื่องดังกล่าวให้เป็นดุลพินิจขององค์กรอื่นแล้ว ศาลจะไม่รับไว้พิจารณา ดังนี้

(1) เป็นการกระทำตามที่ผู้พิพากษา Brennan ได้เคยวางหลักไว้ว่าเป็นลักษณะที่เป็นปัญหาทางการเมืองทั้ง 6 ข้อตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ ได้แก่

- กรณีที่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรว่าปัญหาที่เกิดขึ้นต้องประสานการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยองค์กรทางการเมือง
- กรณีที่องค์กรตุลาการขาดหรือบกพร่องในการค้นหา ความสามารถ หรือจัดการให้มีมาตรฐานที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว
- กรณีที่ไม่สามารถจะเป็นไปได้เลยที่ศาลจะตัดสินปัญหาทางการเมืองได้โดยปราศจากการที่จะไม่กระทบต่อการกระทำทางนโยบาย หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าหากศาลเข้าไปวินิจฉัยแล้วก็จะเท่ากับว่าศาลไปทำหน้าที่ริเริ่มการกระทำทางนโยบายเสียเอง
- กรณีที่ไม่สามารถจะเป็นไปได้เลยที่ศาลจะตัดสินปัญหาทางการเมืองภายใต้หลักการอิสระทางการเมืองได้โดยปราศจากการไม่แสดงออกให้เห็นถึงการไม่เคารพ (คือการไม่ก้าวล่วงอำนาจอื่น ๆ) องค์กรของรัฐทางการเมือง กล่าวคือ แม้ศาลจะมีหลักอิสระทางการเมืองแต่การ

²²³ Ron Park, *supra* note 162, pp. 260-261.

²²⁴ Zivotofsky, By His Parents And Guardians, Zivotofsky Et Ux. V. Clinton, Secretary of State Supreme Court Of The United States (2012)

²²⁵ Ron Park, *supra* note 162, pp. 260-261.

ตัดสินแก้ไขปัญหาทางการเมืองใด ๆ ก็ย่อมเป็นการที่ศาลใช้อำนาจโดยเป็นการก้าวล่วงอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติหรือองค์กรบริหารได้

- กรณีที่ไม่มีเหตุจำเป็นเป็นพิเศษที่จะศาลจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการตัดสินทางการเมืองที่ได้กระทำหรือตัดสินใจลงไปแล้ว

- กรณีที่มีความเป็นไปได้หากศาลเข้ามาพิจารณาตัดสินปัญหา (ปัญหาทางการเมือง) จะทำให้หน่วยงานของรัฐมีความลำบากใจ (embarrassment) หากเข้ามาตัดสินใจการกระทำที่กระทำไปแล้วแต่แตกต่างกับที่ศาลตัดสินไปก่อนหน้านี้

(2) กรณีที่เป็นกรกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศ เช่น การจัดทำสนธิสัญญาหรือตีความสนธิสัญญา หรือการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตผ่านการแต่งตั้งทูตหรือรับผู้แทนทางการทูตจากต่างประเทศ เป็นต้น หรือกรณีที่เป็นกรกระทำที่เกี่ยวกับการประกาศสงครามของประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติให้เป็นของประธานาธิบดีหรือองค์กรอำนาจบริหาร (Executive)

2.3.1.2 แนวคิดของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรได้มีแนวคิดอย่างชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศว่าเป็นกรกระทำของรัฐ (Act of State) เคียงคู่ไปกับการเมืองภายในประเทศ (แนวคิดประเพณีทางรัฐธรรมนูญ) แม้จะไม่มีทฤษฎีเรื่องการกระทำทางรัฐบาลไว้ชัดเจนแบบฝรั่งเศสแต่อาศัยพัฒนาจากการพิจารณาแต่ละคดีก็ตาม ซึ่งในด้านการต่างประเทศนั้นเป็นอำนาจของประมุขของรัฐได้แก่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีสหราชอาณาจักร (ฝ่ายบริหาร) ในฐานะผู้แทนของรัฐในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับนานาประเทศ²²⁶ เมื่อมีการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศขึ้นมาแล้ว ศาลสหราชอาณาจักรจะไม่รับไว้พิจารณาโดยให้เห็นว่าเป็นกรกระทำของรัฐ ซึ่งในอดีตที่ผ่านมาศาลสหราชอาณาจักรได้เคยพิจารณาและมีแนวคำวินิจฉัยในคดีต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไว้ อาทิ เรื่อง การกระทำเพื่อปลดปล่อยการค้าทาสในต่างประเทศแต่จำเลยกระทำเกินคำสั่งทำให้มีผู้ได้รับความเสียหาย การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับฝรั่งเศสที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน กระบวนการเกี่ยวกับสนธิสัญญา การรับรองรัฐบาลต่างประเทศ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูต หรือการปฏิบัติการรักษาสันติภาพของกองทัพลหราชอาณาจักร ตัวอย่างคดีดังนี้

(1) คดี Buron V. Denman (1848)

Buron โจทก์ในคดีนี้ยื่นฟ้อง Joseph Denman ผู้บัญชาการกองทัพลหราชอาณาจักร ต่อศาลสหราชอาณาจักร ว่าการกระทำของ Joseph Denman ทำให้สินค้าโจทก์ได้รับความเสียหาย ซึ่งข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า Joseph Denman ได้รับคำสั่งให้เข้าไปปฏิบัติการในแอฟริกาเพื่อปราบปรามการค้าทาสจากการร้องขอโดย Sir Richard Doherty ผู้ว่าการประจำ Sierra Leone โดยมีภารกิจหลักคือเข้าไปปลดปล่อยคนในอาณัติของสหราชอาณาจักรซึ่งถูกกันตัวไว้เป็นทาสโดยลูกชายของกษัตริย์ชาวแอฟริกา และในการปฏิบัติการกิจครั้งนี้ได้รับอนุญาตให้ใช้กำลังได้ถ้าจำเป็น

²²⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เชมอร์รที่ 130, น. 145-146.

ดังนั้น Joseph Denman จึงได้นำเรือรบขนาดใหญ่ 3 ลำ และกองกำลังติดอาวุธประมาณ 120 คน เข้าไปยึดอาคารสำหรับกักขังทาสของโจทก์ซึ่งเป็นชาวสเปนในดินแดนของประเทศ Gallinas และได้มีหนังสือไปถึง King Siacca ให้ปล่อยคนในอาณัติของสหราชอาณาจักร และขอให้หยุดการกระทำที่เป็น การสนับสนุนการค้าทาสของชาวสเปนเสีย ต่อมาเมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน ค.ศ. 1840 Joseph Denman ได้ทำสนธิสัญญากับเจ้าชาย Manna ซึ่งทำการแทน King Siacca โดยมีใจความสำคัญว่าให้ King Siacca เลิกให้การสนับสนุนชาวสเปนที่เข้ามาค้าทาสในดินแดนนี้ และทางรัฐบาลของ Sierra Leone จะให้การสนับสนุนทางการค้าแก่ Gallinas เป็นการแลกเปลี่ยน และ Joseph Denman ได้ทำ การปฏิบัติให้เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าวด้วยการเผาอาคารสำหรับกักขังทาสของโจทก์ด้วยตนเอง หลายแห่งใน Gallinas และได้ปลดปล่อยทาสเป็นอิสระกว่า 841 คน และการกระทำดังกล่าวได้ทำให้ สินค้าของโจทก์ได้รับความเสียหายหลายรายการหลังจากการกระทำดังกล่าวจำเลยได้ทำรายการ เสนอต่อ Sir Richard Doherty และได้ส่งรายงานต่อ Lord John Russell ตำแหน่ง Secretary of State for Colonial Department เพื่อรับทราบเหตุการณ์ ในขณะเดียวกันจำเลยได้ส่งรายงานให้ กับตัน Tucker ผู้บัญชาการอาวุธแห่งกองเรือราชนาวิกประชายฝั่งตะวันตกของแอฟริกา ซึ่งกับตัน Tucker ก็ได้ส่งรายงานต่อไปยังผู้บัญชาการแห่งกองทัพเรือทราบ ต่อมาได้มีจดหมายจากกระทรวง อาณานิคมส่งไปยัง Viscount Palmerston รัฐมนตรีประจำกระทรวงการต่างประเทศทราบ นอกจากนี้ ยังมีจดหมายโต้ตอบกันอีกหลายฉบับระหว่างเจ้าหน้าที่ระดับสูงหลายคนในรัฐบาลเพื่อรับทราบถึงการ กระทำดังกล่าว

ศาลได้มีคำพิพากษาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เข้าไปใน กิจกรรมเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจึงเป็นการกระทำของรัฐจึงไม่อยู่ในอำนาจที่ศาลจะ พิจารณาได้ เนื่องจากการที่โจทก์จะฟ้องว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมิได้เป็นการ กระทำที่ได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาและไม่ได้ทำโดยคำสั่งที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งต้องม ีการประทับ The Great Seal จึงจะถือว่าเป็นความรับผิดชอบของราชบัลลังก์แทน อย่างไรก็ตาม ศาลเห็น ว่าแม้การกระทำของจำเลยจะมีได้รับอนุญาตก่อนการกระทำการแต่เมื่อได้กระทำการไปแล้ว จำเลยก็ ได้นำเสนอรายงานต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลในตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวแล้ว ทั้งนี้โดย ไม่ต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวจะเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ และไม่ต้องพิจารณาว่าได้มีการ ประกาศเป็นการทั่วไปแล้วหรือไม่ ทั้งนี้ย่อมถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ระดับสูงดังกล่าว คือ รัฐมนตรีที่มีอำนาจ หน้าที่ตามที่รัฐบาลได้มอบหมายให้กระทำการภายใต้พระปรมาภิไธยแห่งองค์สมเด็จพระราชินี หากแต่ เป็นความรับผิดชอบของราชบัลลังก์ที่จะต้องรับผิดชอบไปเพียงแต่ลำพัง ดังนั้น การยึดทาสและสินค้า บางประการของโจทก์โดยจำเลยนั้นก็ถือว่าเป็นการยึดโดยราชบัลลังก์ หาได้อยู่ในความรับผิดชอบของ จำเลยไม่ จำเลยย่อมไม่มีความผิด²²⁷

(2) คดี Agbor V. Metropolitan Police Commissioner (1969)

คดีนี้โจทก์ได้ฟ้องต่อศาลสหราชอาณาจักรว่าตำรวจของสหราชอาณาจักร เข้าไปจับไล่โจทก์ในเคหสถาน ข้อเท็จจริงปรากฏโดยสรุปได้ว่าเมื่อปี ค.ศ. 1965 ได้เกิดสงครามกลาง

²²⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 130, น. 154-156.

เมืองในประเทศไนจีเรียทำให้รัฐบาลไนจีเรียตะวันออก ซึ่งเรียกตนเองว่าสาธารณรัฐไบฟรา (The Republic of Biafra) ได้เข้าเลือกใช้อาคารในกรุงลอนดอนเป็นที่พักของเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ ต่อมาในปี ค.ศ. 1966 กองกำลังของรัฐบาลไนจีเรียกลางได้เข้าไปตั้งฐานในประเทศไนจีเรีย ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไนจีเรียกลางเข้าไปยึดชั้นล่างของอาคารดังกล่าว ส่วนชั้นบนยังคงอยู่ในการครอบครองของเจ้าหน้าที่ของไนจีเรียตะวันออก ต่อมาเมื่อมีสงครามกลางเมืองไนจีเรีย รัฐบาลของสาธารณรัฐไบฟราก็ยังคงอยู่ชั้นบนของอาคารดังกล่าวต่อไป ต่อมาในปี ค.ศ. 1969 เจ้าหน้าที่ทางการทูตของรัฐบาลกลางไนจีเรียได้ตัดสินใจย้ายออกไปจากชั้นล่างของอาคารดังกล่าวแล้วแต่ก็ยังคงแสดงเจตนา (โดยคณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรีย) ที่จะรักษาสถานการณ์ในการครอบครองชั้นล่างของอาคารดังกล่าวต่อไปด้วยการส่งช่างเข้ามาตกแต่งห้องดังกล่าวเพื่อให้เจ้าหน้าที่คนอื่นของรัฐบาลไนจีเรียกลางเข้ามาอยู่ต่อไป เมื่อเจ้าหน้าที่ของสาธารณรัฐไบฟราได้รู้ว่าเจ้าหน้าที่ทางการทูตของไนจีเรียย้ายออกไปแล้ว ได้ใช้กุญแจสำรองที่ตนมีอยู่ย้ายครอบครัวยุโรปทั้งหมดในฐานะเจ้าหน้าที่ไบฟราลงมาห้องชั้นล่างทันที และได้ไล่เจ้าหน้าที่ของรัฐบาลกลางไนจีเรียที่จะเข้ามาอาศัยออกไป อีกทั้งโจทก์ได้ทำหนังสือไปยังคณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียให้หยุดการกระทำที่เป็นรบกวนสิทธิของโจทก์และโจทก์พร้อมด้วยครอบครัวยังคงอาศัยอยู่ในห้องชั้นล่างดังกล่าวตลอดมา ต่อมากลับปรากฏว่ามีเจ้าหน้าที่ตำรวจ 4 คน ได้มาขับไล่โจทก์พร้อมครอบครัวให้ออกไป

คำพิพากษาโดยสรุปศาลได้พบว่าในคดีนี้คณะกรรมการแห่งชาติไนจีเรียเลือกที่จะใช้วิธีการทางทูตแทนการฟ้องร้องโต้แย้งสิทธิโจทก์ในการครอบครองห้องพิพาททางศาล โดยมีการทำหนังสือไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อขอให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูตว่า “สถานที่พักอาศัยของเจ้าหน้าที่ทางการทูตจะต้องได้รับการคุ้มครอง” ภายหลังจากได้รับหนังสือยืนยันอีกครั้ง กระทรวงการต่างประเทศจึงได้ทำหนังสือติดต่อไปยังกระทรวงการกิจการภายใน และได้ประสานเรื่องต่อไปยัง Metropolitan Police Commissioner โดยมีใจความสำคัญว่า “กระทรวงการต่างประเทศได้รับการร้องเรียนว่าให้มีการขับไล่ผู้บุกรุกออกจากอาคารแล้ว เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยเอกสิทธิ์ทางการทูต และให้ใช้การกระทำตามความจำเป็นมิให้มีการบุกรุกอาคารดังกล่าวอีกต่อไปในอนาคต” ดังนั้น Metropolitan Police Commissioner จึงได้กระทำตามคำร้องดังกล่าวของกระทรวงการต่างประเทศและขับไล่ครอบครัวของโจทก์ออกจากอาคารดังกล่าว เมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจกระทำไปโดยอาศัยมูลเหตุทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ได้รับการร้องขอมาจากหน่วยงานที่ดูแลความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้น การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจดังกล่าวก็มีอาจติเตียนได้ จึงไม่อาจเอาผิดต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจได้²²⁸

กล่าวสรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศซึ่งถือเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) ของรัฐของสหราชอาณาจักรนั้น ศาลสหราชอาณาจักรจะไม่รับได้พิจารณาโดยการให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำของรัฐ (Act of State) การกระทำของรัฐมีลักษณะหรือข้อพิจารณาตามที่ศาลวางหลักไว้ ดังนี้

²²⁸ เฟิงอ้วง, น. 156-159.

(1) เป็นการกระทำที่ทำโดยพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ (Royal Prerogative) โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรีของสหราชอาณาจักร

(2) การกระทำดังกล่าวเป็นการแสดงออกของสหราชอาณาจักรในเวทีโลกกับรัฐอื่น ๆ และ

(3) เป็นการดำเนินการกระทำที่มีความสัมพันธ์กับประเทศอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ เช่น การทำสนธิสัญญา การส่งและรับผู้แทนทางการทูตเพื่อดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต การยอมรับของรัฐต่างประเทศและรัฐบาลของต่างประเทศ การผนวกและการแยกดินแดน หรือกรณีการประกาศสงครามและการทำสัญญาสันติภาพ รวมถึงผลสืบเนื่องจากการดำเนินการที่กักกันศัตรูสงครามของสหราชอาณาจักร

2.3.1.3 แนวคิดของฝรั่งเศส

รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้บัญญัติให้อำนาจประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจในการเจรจาและสัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศ²²⁹ ตลอดจนประธานาธิบดีมีอำนาจที่ส่งเอกอัครราชทูตเป็นผู้แทนทางการทูตแทนตนและในนามผู้แทนประเทศไปประจำการในประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นการเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศในเวทีโลกนั้น ล้วนถือเป็นอำนาจเอกสิทธิ์ของฝ่ายบริหารในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเคียงคู่กับฝ่ายนิติบัญญัติในกรณีที่สนธิสัญญานั้นจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา²³⁰ แม้ในทางปฏิบัติที่แท้จริงแล้วผู้ที่ดำเนินการเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศจะเป็นระดับคณะรัฐมนตรีกล่าวคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศกับนายกรัฐมนตรีก็ตาม โดยประธานาธิบดีจะมีบทบาทเพียงผู้ลงนามในสนธิสัญญาที่คณะรัฐมนตรีได้ดำเนินการไว้ (แต่ในระดับการประชุมกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปนั้นประธานาธิบดีของฝรั่งเศสจะมีบทบาทสำคัญในเวทีนี้เพราะเป็นตัวแทนของกลุ่มประเทศสมาชิกในการประชุมจะเป็น

²²⁹ French Constitution of 4 October 1958 Article 52

“The President of the Republic shall negotiate and ratify treaties.”

“He shall be informed of any negotiations for the conclusion of an international agreement not subject to ratification.”

²³⁰ French Constitution of 4 October 1958, Article 53 “Peace Treaties, Trade agreements, treaties or agreements relating to international organization, those committing the finances of the State, those modifying provisions which are the preserve of statute law, those relating to the status of persons, and those involving the ceding, exchanging or acquiring of territory, may be ratified or approved only by an Act of Parliament.”

“They shall not take effect until such ratification or approval has been secured. No ceding, exchanging or acquiring of territory shall be valid without the consent of the population concerned.”

ประธานาธิบดี)²³¹ ดังนั้น การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศถือเป็นเรื่องการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ซึ่งศาลปกครองสูงสุดจะไม่รับมาพิจารณาโดยถือว่านอกเหนืออำนาจของศาล เช่นเดียวกันกับกรณีการกระทำระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ โดยศาลจะปฏิเสธที่จะพิจารณาตีความสนธิสัญญาหรือการมีผลของสนธิสัญญาใด ๆ ที่ฝรั่งเศสทำขึ้นกับต่างประเทศ เนื่องจากกิจการต่างประเทศถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นศาลใดก็จะไม่มีอำนาจที่จะมาพิจารณาได้ อย่างไรก็ตาม แนวคิดที่ว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศดังกล่าวนี้มีพัฒนาการโดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเองว่าหากการกระทำนั้นพิจารณาได้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องการต่างประเทศโดยตรงแล้วศาลปกครองสูงสุดก็อาจจะสามารถนำประเด็นในเรื่องนั้นมาพิจารณาคดีได้ การกระทำทางดังกล่าวเรียกว่าทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลที่แยกออกได้ หรือ Actes détachables²³² ที่บางส่วนนั้นจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ แต่มีบางส่วนไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาลแต่เป็นการกระทำทางปกครอง ก็เท่ากับว่าในส่วนที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลฝ่ายบริหารก็ต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แต่ในส่วนที่เป็นการกระทำทางปกครอง ก็จะตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ หรือศาล ที่จะเข้ามาตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้

การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับต่างประเทศนั้นแม้ศาลจะไม่มี การชี้ชัดไปโดยตรงผ่านคำพิพากษาว่าที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมเพราะเป็นเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาล แต่ศาลจะทำการอธิบายว่าเป็นเรื่องที่ศาลไม่มีอำนาจควบคุมการกระทำนั้น ๆ ได้ ซึ่งกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ให้เหตุผลในการพิจารณาคดีว่าเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในกิจการต่างประเทศนั้นในแต่ละคดี ซึ่งอาจสรุปเนื้อหาได้ ดังนี้

(1) กรณีการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ

การดำเนินการของประธานาธิบดีหรือรัฐบาลของฝรั่งเศสที่อยู่ในมิติความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้แก่ อำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมกระบวนการเจรจาสนธิสัญญาเช่น การเจรจาทางการทูต²³³ การเจรจาสนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศสกับอัลจีเรียว่าไม่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในศาลจึงไม่รับมาพิจารณา²³⁴ การลงนามในสนธิสัญญา การ

²³¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, เอกสารวิชาการของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สยามศิลป์การพิมพ์, 2543), น. 93.

²³² Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, French Administrative Law, 5th edition., (Oxford: Oxford University Press, 1998), pp. 138-139.

²³³ C.E. General Orama 5 March 1926 และ C.E. Moraly 31 January 1969 อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 90.

²³⁴ C.E. Coparex 13 July 1979

ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาเนื่องจากเป็นอำนาจของประธานาธิบดีที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ²³⁵ ดังนั้น ศาลจึงไม่รับการฟ้องคดีกรณีผู้ฟ้องให้ศาลห้ามไม่ให้รัฐบาลให้สัตยาบันในสนธิสัญญา²³⁶ การเผยแพร่สนธิสัญญาเนื่องจากศาลจะไม่รับฟ้องกรณีรัฐไม่เผยแพร่สนธิสัญญา²³⁷ การยกเลิกข้อตกลงในสนธิสัญญา²³⁸ เมื่อรัฐมนตรีว่ากระทรวงการต่างประเทศในฐานะผู้แทนประเทศของรัฐบาลได้ยกเลิกข้อตกลงในสนธิสัญญาระหว่างฝรั่งเศสกับโมร็อกโกที่เคยให้ชาวโมร็อกโกได้รับการงดเว้นการตรวจลงตรา (Visa) เข้ามาในฝรั่งเศสได้ 3 เดือน โดยให้เหตุผลจากการที่ผู้ก่อการร้ายสัญชาติโมร็อกโกเดินทางเข้ามาก่อการร้ายในกรุงปารีส ดังนั้น ผลของการยกเลิกข้อตกลงดังกล่าวทำให้ชาวโมร็อกโกที่ไม่มี Visa ต้องออกจากประเทศฝรั่งเศสไป²³⁹ สำหรับกรณีการรับสนธิสัญญามาใช้บังคับนั้นก่อนหน้าที่รัฐธรรมนูญจะได้รับการแก้ไขรัฐธรรมนูญยกเลิกการประกาศใช้สนธิสัญญาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1946 เนื่องจากกำหนดให้สนธิสัญญาระหว่างประเทศมีสถานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายใน ดังนั้น ก่อนหน้าปี ค.ศ. 1946 หากเป็นเรื่องการประกาศหรือรับสนธิสัญญามาใช้บังคับในรัฐจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลจะไม่รับพิจารณา²⁴⁰ แต่ถ้าหลังจากนั้นหากรัฐบาลไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาก็จะมีผลเท่ากับรัฐบาลละเมิดกฎหมายภายใน ทำให้ศาลปกครองสามารถรับมาพิจารณาได้²⁴¹ หรือกรณีต่อมาในเดือนกรกฎาคม ค.ศ. 1995 มูลนิธิ Greenpeace ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสให้ประธานาธิบดี Jacques Chirac ของฝรั่งเศส ยกเลิกหรือระงับการตัดสินใจที่จะดำเนินการทดลองอาวุธนิวเคลียร์อีกครั้งใน French Polynesia ซึ่งศาลได้ปฏิเสธรับไว้พิจารณาเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการในกิจการต่างประเทศสืบเนื่องจากยังอยู่ในการเจรจาสนธิสัญญาห้ามทดลองอาวุธนิวเคลียร์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่สามารถแยกเนื้อหาออกมาพิจารณาในทางปกครองได้²⁴²

²³⁵ C.E. Momon 22 November 1993, อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 130*, น.90.

²³⁶ C.E. Caraco 5 February 1926

²³⁷ C.E. de Malglaive, 4 November 1970, อ้างถึงใน สุชาติดา เรืองแสงทองกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 172*, น. 116.

²³⁸ C.E. Prefét De La Gironde C. Mhamedi 18 December 1992

²³⁹ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note 232*, p. 164.

²⁴⁰ C.E. Société des étains et wolfram du Tonkin 1 June 1951 อ้างถึงในสุชาติดา เรืองแสงทองกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 172*, น.115.

²⁴¹ อ้างถึงในเกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 91.

²⁴² Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note 232*, p. 164.

กรณีที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ขององค์การระหว่างประเทศนั้นศาลเคยพิจารณาว่าไม่อยู่ในอำนาจที่จะรับพิจารณา²⁴³ หรือกรณีที่รัฐบาลจะเสนอเรื่องไปยังศาลยุติธรรมระหว่างประเทศนั้นศาลปกครองฝรั่งเศสก็จะไม่รับพิจารณา²⁴⁴ หรือกรณีการเสนอชื่อบุคคลให้เป็นผู้พิพากษาของศาลอาญาระหว่างประเทศ²⁴⁵

(2) กรณีการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับภาวะสงคราม

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็จำกัดตัวเองที่จะเข้ามาพิจารณาในเรื่องดังกล่าวเช่นกันเนื่องจากถือว่าการกระทำทางรัฐบาล เช่น ในกรณีที่มีการฟ้องร้องขอค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากภาวะสงครามกับกบฏอัลจีเรียซึ่งปรากฏว่าเรือรบของฝรั่งเศสได้สั่งให้เรือสัญชาติอิตาลีหยุดการเดินทางในทะเลหลวง ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะพิจารณาเนื่องจากการกระทำทางรัฐบาล²⁴⁶ หรือเหตุการณ์ในระหว่างสงครามอ่าวเปอร์เซียซึ่งศาลปฏิเสธที่จะพิจารณากรณีกฎกระทรวง (ministerial circular) ที่ออกหลังจากเหตุการณ์สงครามอ่าวเปอร์เซีย²⁴⁷ หรือกรณีการเพิกถอนการลงทะเบียนนักศึกษาสัญชาติอิรักในมหาวิทยาลัยฝรั่งเศสในช่วงเหตุการณ์สงครามอ่าวเปอร์เซียเช่นเดียวกัน²⁴⁸ หรือการตัดสินใจของรัฐบาลที่จะอนุญาตให้เครื่องบินทหารของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรสามารถที่จะบินผ่านน่านฟ้าของฝรั่งเศสได้เพื่อไปปฏิบัติการกิจในในประเทศอิรักนั้นเป็นการตัดสินใจในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ไม่สามารถแยกเนื้อหาได้ ดังนั้นศาลจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณา²⁴⁹ การกระทำทางรัฐบาลที่มีคำสั่งให้สถานีวิทยุกระจายเสียงของฝรั่งเศสส่งคลื่นไปรบกวนการกระจายเสียงของคลื่นวิทยุของรัฐบาลของอันดอร์รา แม้ศาลแพ่งชั้นต้นจะรับไว้พิจารณาและสั่งให้มีการรับผิดชอบ แต่ศาลสูงฝรั่งเศสไม่รับพิจารณาเพราะพิจารณาในเนื้อหาแล้วมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจของศาลแพ่ง และศาล Tribunal des Conflits ของฝรั่งเศสเห็นพ้องด้วย²⁵⁰

อย่างไรก็ดีการกระทำที่เกี่ยวข้องกับภาวะสงครามนี้ศาลจะพิจารณาในเนื้อหาสาระก่อนว่าการกระทำนั้นมีผลสืบเนื่องโดยตรงจากการกระทำสงครามหรือไม่หรือเป็น

²⁴³ C.E. Sieur Weiss 20 February 1953

²⁴⁴ C.E. Sieur Géný 9 January 1952

²⁴⁵ C.E. Sect. Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage, อ้างถึงในสุชาติา เรื่องแสงทองกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 172, น.117.

²⁴⁶ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 163.

²⁴⁷ *Ibid*, p. 164.

²⁴⁸ C.E. Gisti and Mrap, 23 September 1992, *Ibid*, p. 164.

²⁴⁹ C.E. Comité contre la guerre en Irak, 10 April 2003

²⁵⁰ T.C. Radiodiffusion française 2 February 1950, Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 151.

มาตรการทางทหารหรือไม่ หากไม่ ศาลก็จะรับมาพิจารณาเนื้อหาได้²⁵¹ หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษให้ผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐได้ หากมีการฟ้องร้องมาศาลก็จะต้องรับไว้พิจารณาเรื่องค่าเสียหายโดยจะอ้างการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้และรัฐก็จะถูกตรวจสอบโดยศาลในการกระทำนั้นเช่นกัน²⁵² ภายใต้ทฤษฎี Actes détachables นั้นเอง

กล่าวสรุปได้ว่าการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ (Acte de gouvernement) ของฝรั่งเศสนั้นจะมีลักษณะตามที่ศาลปกครองสูงสุดและศาลชั้นต้นของฝรั่งเศสวางหลักไว้ ดังนี้

(1) องค์การผู้กระทำการ จะต้องเป็นประมุขของประเทศหรือนายกรัฐมนตรีหรือรัฐบาลอันเป็นองค์การใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญกำหนด

(2) เนื้อหาของการกระทำจะต้องเกี่ยวข้องกับการเจรจาทางการทูต การเจรจาสนธิสัญญา การลงนามในสนธิสัญญา การให้สัตยาบันในสนธิสัญญา การเผยแพร่สนธิสัญญา การยกเลิกข้อตกลงในสนธิสัญญา สำหรับการรับการรับสนธิสัญญามาใช้บังคับที่ไม่ใช่การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ซึ่งเกี่ยวข้องกับหรือสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศหรือและการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสงครามหรือทางทหาร การฟ้องร้องขอค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากภาวะสงครามกรณีผลสืบเนื่องจากสงครามเช่นยุทธวิธีทางทหาร การส่งทหารไปร่วมรบ หรือการยินยอมให้กองทัพรัฐอื่นบินผ่านน่านฟ้า

2.3.1.4 แนวคิดของประเทศไทย

แนวคิดที่ว่ากระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของไทยเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั้น ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 8 ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีกล่าวคือ “มาตรา 177 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา...” และ “มาตรา 178 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ...” ซึ่งพระมหากษัตริย์จะทรงใช้พระราชอำนาจดังกล่าวผ่านคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร เป็นการดำเนินการที่เป็นรัฐวิเทศব্যของรัฐบาลกับต่างประเทศจึงเท่ากับว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลนั่นเอง

โดยหลักการแล้ว รัฐบาลมีอำนาจที่จะทำหนังสือสัญญาได้โดยสมบูรณ์ทุกชนิด เว้นแต่กรณีที่มีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเสียก่อนดำเนินการได้แก่ กรณีที่หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงนั้นจะเป็นโดยวิธีการสละดินแดน การแลกเปลี่ยนดินแดน หรือการได้มาซึ่งดินแดน หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทย หรือที่ไทยมีสิทธิอธิปไตย ซึ่งการดังกล่าวกระทบต่อรัฐในเรื่องดินแดนและอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยนั้น หรือกรณีที่หนังสือสัญญานั้นจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การ

²⁵¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 130, น. 92.

²⁵² Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 163.

เป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง รัฐบาลจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เสียก่อนจะดำเนินการได้หรือจะทำให้สนธิสัญญามีผลสมบูรณ์

นอกจากนั้น การแต่งตั้งเอกอัครราชทูตไทยเพื่อออกไปประจำการในต่างประเทศและการรับเอกอัครราชทูตของต่างประเทศมาประจำการในประเทศไทยเป็นการกระทำทางรัฐบาลอย่างหนึ่งแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ พระมหากษัตริย์ในฐานะประมุขของรัฐทรงมีพระราชอำนาจในการแต่งตั้งเอกอัครราชทูตไทยไปประจำการในต่างประเทศ และเสด็จออกรับพระราชสาส์นตราตั้งเอกอัครราชทูตต่างชาติจากประมุขประเทศอื่น ๆ ที่ส่งมาประจำการในประเทศไทย ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขสำคัญคือโดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และกระทรวงการต่างประเทศ²⁵³ กล่าวคือ การแต่งตั้งเอกอัครราชทูตของประเทศไทยไปประจำประเทศต่าง ๆ และการรับทูตของต่างประเทศที่มาประจำประเทศไทยนั้น เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในฐานะทรงเป็นประมุขของรัฐถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติอันเป็นสากล ซึ่งไม่ว่าในประเทศใดภาระหน้าที่นี้ตกอยู่กับผู้เป็นประมุขของรัฐเหมือน ๆ การถวายพระราชสาส์นตราตั้ง หรือยื่นอักษรสาส์นตราตั้งนี้ย่อมเป็นพิธีการเมื่อทูตของต่างประเทศดังกล่าวเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์ของไทยหรือเมื่อทูตของไทยเข้าพบประมุขของต่างประเทศเพื่อยื่นพระราชสาส์นตราตั้ง สำหรับในประเทศไทยพระราชสาส์นตราตั้งนี้จะต้องมีรัฐมนตรีลงนามรับสนองพระบรมราชโองการด้วย

หลักคิดและแนวคิดการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของไทย ที่ได้ประมวลคำพิพากษาในคดีที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ ดังนี้

(1) การกระทำทางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันอยู่นอกเหนืออำนาจของศาลปกครอง

กรณีที่มีการกระทำดังกล่าวคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ หรือกรณีขอให้รัฐบาลดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลในการต่างประเทศและความมั่นคงโดยแท้ หรือการดำเนินกิจการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับอาณาเขตไทย ทำให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2547 การลงนามในบันทึกความเข้าใจระหว่างองค์การเภสัชกรรมกับกระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการเด็กสาธารณสุขชิมบับเวเป็นการลงนามในบันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศ จึงเป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของรัฐในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หากข้อตกลงนั้นไม่ชอบ รัฐหรือผู้แทนของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจยกเลิกความตกลงดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการมีผลหรือสิ้นผลของข้อตกลงหรือ

²⁵³ ธงทอง จันทรางศุ, พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทเอสซี พรินท์แอนด์แพค จำกัด, 2548) ,น. 102.

การยกเลิกเพิกถอนดังกล่าวจึงจะขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาลคู่สัญญาซึ่งอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจในการกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศหรือการยกเลิกข้อตกลงระหว่างประเทศได้ ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550** ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมถึงตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thai Economic Partnership Agreement-JTEPA) เป็นกรณี “คณะรัฐมนตรี”ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม มิใช่กระทำการหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่กระทำการหน้าที่ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองที่ศาลปกครองจะมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 628/2553** กรณีผู้ฟ้องฟ้องว่าการที่คณะรัฐมนตรีมีมติไม่นำเสนอความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบนั้นเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีนั้น ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์ข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่าคณะรัฐมนตรีนั้นมี 2 สถานะกล่าวคือ เป็นบุคคลที่จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจถูกฟ้องเป็นคดีปกครองได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งบุคคลตามรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจตามกฎหมายใด ในกรณีการจัดทำความตกลงความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น นั้นเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารในการกระทำการเกี่ยวกับนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่การใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อให้ดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล

ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้

- **คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 205/2554** กรณีฟ้องว่าการที่คณะรัฐมนตรีมีมติไม่นำเสนอความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ เป็นมติที่ไม่ชอบกฎหมายขอให้ศาลคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติของคณะรัฐมนตรีนั้น คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลที่จัดตั้งตามมาตรา 171 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจถูกฟ้องเป็นคดีปกครองได้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งคณะบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจได้ในหลายลักษณะ ไม่จะเป็นการกระทำทางนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า สำหรับเรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น นั้นเป็นการใช้อำนาจทางบริหารในการกระทำเกี่ยวกับนโยบายและความสัมพันธ์

ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล

ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 555/2555 ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการทำประชาพิจารณ์ร่างความตกลงความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กระทรวงการต่างประเทศ) ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548 ซึ่งมีผลให้การกระทำใด ๆ ภายหลังจากนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงจากการกระทำดังกล่าวได้ ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีทำประชาพิจารณ์ร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เป็นส่วนหนึ่งของกิจการระหว่างประเทศ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี อีกทั้งรัฐบาลลงนามในความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ไปแล้ว การกระทำ (ประชาพิจารณ์) จึงเป็นการใช้อำนาจในกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร มิใช่อำนาจทางปกครองที่จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้

คดีนี้ผู้ฟ้องอุทธรณ์ว่าไม่ใช่อำนาจทางรัฐบาลแต่เป็นการกระทำทางปกครองศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่ากล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นกระทรวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นข้าราชการฝ่ายการเมือง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และ 4 เป็นข้าราชการประจำสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าการที่ผู้ถูกฟ้องทั้งสี่รับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรค 1 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องกับการที่ศาลชั้นต้นไม่รับฟ้องเนื่องจากเป็นการใช้อำนาจในกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร

อย่างไรก็ดี มาตรา 42 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ผู้ฟ้องจะมีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ได้ก็ต่อเมื่อเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากกฎหรือคำสั่งหรือการกระทำอื่นใด เมื่อการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์เป็นเพียงการเตรียมการและดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อจัดให้มีกฎหรือคำสั่งทางปกครอง โดยสภาพแล้วการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับร่างความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ได้ดำเนินการมาแล้วเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 ไม่ก่อหรืออาจจะก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีที่จะก่อให้เกิดสิทธิฟ้องคดีนี้ ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกสารบบความนั้นชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยในผล

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 182/2553 ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองกรณีปราสาทพระวิหารและเขตดินแดนอธิปไตยของประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา โดยมีคำขอท้ายฟ้องข้อ 2 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้พิจารณาคดีใหม่เกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร เนื่องจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อปี พ.ศ. 2505 ยังคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ภายใน 20 วัน นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับคำสั่งศาล ข้อ 3 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติให้กระทรวงมหาดไทย กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และกระทรวงกลาโหม สนธิกำลังตามแนวทางยุทธศาสตร์เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช อธิปไตย รวมถึงทรัพยากรของชาติ อันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งชาติ ตามเส้นแนวแบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา มิให้บุคคลหรือคณะบุคคลใดรุกล้ำเข้ามาในเขตแดนอธิปไตยของไทย หากมีผู้รุกรล้ำอยู่แล้วให้แจ้งเตือนตามหลักสากลให้ออกนอกเขตดินแดนไทย หากไม่ปฏิบัติก็ให้นำกำลังทหารผลักดันออกนอกเขตดินแดนอธิปไตยของไทย ข้อ 4 ให้เพิกถอนการอนุมัติของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง และมีคำสั่งให้รัฐสภามีมติให้ระงับหรืองดการพิจารณาให้ความเห็นชอบบันทึกข้อตกลงร่วมรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา (กรอบการเจรจา) ทุกฉบับ และข้อ 5 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติคัดค้านการขอจดทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชา และแจ้งเป็นหนังสือไปยังประเทศกัมพูชา องค์การสหประชาชาติ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับคำสั่งศาล

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า จากคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีข้อ 2 ถึงข้อ 5 นั้น เห็นว่า เป็นคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการตามอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้ดำเนินการตามนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐและนโยบายด้านการต่างประเทศ อันเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายบริหาร มิได้เป็นการกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง คำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่มีข้อท้ายฟ้องข้อ 2 ถึงข้อ 5

ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 397/2553 กรณีฟ้องว่าการที่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเสนอบันทึกการประชุมคณะกรรมการธิการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา ตามที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบรวม 3 ฉบับ เพื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เข้าสู่กระบวนการพิจารณาของรัฐสภา เป็นการผิดหลักนิติธรรมและขัดต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความมั่นคงของรัฐ และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนบันทึกการประชุมทั้งสามฉบับ

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า การที่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเสนอบันทึกการประชุม JBC ไทย-กัมพูชา ตามที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบรวมสามฉบับ เพื่อให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบนั้น เป็นการดำเนินกิจการในทางความสัมพันธ์ระหว่าง

ประเทศอันเกี่ยวข้องกับอาณาเขตไทย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ดังนั้น กรณีจึงมีใช้คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้

(2) การกระทำทางนโยบายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่มีเนื้อหาที่สามารถแยกออกมาพิจารณาโดยศาลปกครองได้

กล่าวคือ กรณีที่การกระทำดังกล่าวคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ หรือกรณีขอให้รัฐบาลดำเนินการเกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลในการต่างประเทศและความมั่นคงโดยแท้ หรือการดำเนินกิจการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับอาณาเขตไทย ปกติแล้วศาลปกครองสูงสุดพิจารณาไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

แต่มีบางคดีที่ศาลปกครองได้พิจารณาแยกแยะเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศโดยพิเคราะห์ถึงผลภายหลังที่ดำเนินนโยบายระหว่างประเทศว่าอาจกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครองครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ สิทธิในการประกอบอาชีพของประชาชนในพื้นที่พิพาท และสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทย การกระทำทางนโยบายต่างประเทศที่สุ่มเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่องอาณาเขตของประเทศไทยอันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันในด้านความคิดเห็นของคนในสังคม และอาจก่อให้เกิดวิกฤติความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง ศาลปกครองก็จะพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะทางปกครอง และสามารถรับมาพิจารณาได้

- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

คดีนี้เป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในมูลเหตุคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบร่างแถลงการณ์ (Joint Communiqué) ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาต่อคำขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกพร้อมแผนที่ภาพถ่าย โดยผู้ฟ้องคดีอ้างว่าการสนับสนุนคำขอขึ้นทะเบียนดังกล่าวนี้เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย จะต้องดำเนินการขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เสียก่อน²⁵⁴ ทำให้การกระทำของผู้ถูกฟ้อง

²⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

คดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) ตามพระราชบัญญัติบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2535 โดยความเห็นชอบตามมติคณะรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงมีผลให้การลงนามในแถลงการณ์ร่วมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย จึงขอฟ้องต่อศาลปกครองให้เพิกถอนการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา เพิกถอนมติเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เพิกถอนการลงนามในแถลงการณ์ร่วมฯ และให้ยุติความผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมฯ กับประเทศกัมพูชาและองค์การยูเนสโก พร้อมทั้งขอให้ศาลสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ก่อนมีคำพิพากษาตามที่ฟ้องไปด้วย

ศาลปกครองกลางพิเคราะห์แล้วเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ฟ้องคดีอ้างตามฟ้องนั้นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลเห็นสมควรและมีคำสั่งรับคดีไว้พิจารณา ส่วนการพิจารณาคำขอ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติ ตามหนังสือสัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบ ต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า หรือการลงทุน อย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตาม หนังสือสัญญาดังกล่าวโดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบ จากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาด โดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม”

คุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษานั้นศาลพิเคราะห์ตามคำฟ้องของผู้ฟ้องแล้วพบว่าคดีมีมูลรับฟ้องได้ตามฟ้อง และการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติและประชาชน และไม่มีผลกระทบต่อการบริหารงานของรัฐ จึงมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการอ้าวมติคณะรัฐมนตรีและดำเนินการตามมติดังกล่าวจนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ต่อมาคดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีได้อุทธรณ์มายังศาลปกครองสูงสุดซึ่งพิเคราะห์แล้วเห็นว่าคำสั่งรับคดีไว้พิจารณาของศาลชั้นต้นและคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาของศาลชั้นต้นนั้นศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่าชอบแล้ว

กรณีคดีนี้ก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายมหาชนอยู่มาก ซึ่งจะขออธิบายโดยละเอียดอีกครั้งในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

(3) การดำเนินการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศนั้นย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นเดียวกันกับหลักที่นานาประเทศยึดถือ ประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามการดำเนินนโยบายระหว่างประเทศของฝ่ายบริหารนั้นเป็นอำนาจที่ได้รับโดยรัฐธรรมนูญโดยภาพรวมผ่านการกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐ หรืออำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี (หมวด 8) เมื่อการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีแล้ว ดังนั้น ก่อนที่คณะรัฐมนตรีจะรับเรื่องนโยบายการต่างประเทศไปดำเนินการใด ๆ ย่อมมีขั้นตอนการกลั่นกรองก่อนตัดสินใจ กระบวนการดังกล่าวคือการประชุมคณะรัฐมนตรีประจำสัปดาห์

การเสนอเรื่องเพื่อเข้าที่ประชุมคณะรัฐมนตรีนั้นมีกฎหมายระดับพระราชกฤษฎีกาในการเสนอเรื่องได้แก่ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4 การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องที่กำหนดไว้²⁵⁵ ซึ่งเรื่องที่

²⁵⁵ พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 มาตรา 4

“การเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรีให้เสนอได้เฉพาะเรื่องดังต่อไปนี้

(1) เรื่องที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีหรือให้ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี

(2) ร่างพระราชบัญญัติ ร่างพระราชกำหนด

(3) เรื่องที่ต้องเสนอให้สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบ

(4) ร่างพระราชกฤษฎีกา

(5) ร่างกฎกระทรวงเกี่ยวกับนโยบายสำคัญที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(6) ร่างระเบียบ ร่างข้อบังคับ หรือร่างประกาศที่มีผลบังคับแก่ส่วนราชการโดยทั่วไป

เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย เป็นเรื่องสามารถที่จะเสนอให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาได้

อย่างไรก็ดี ตามเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่อง และการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 นั้นมุ่งหมายถึงกรณีที่จะดำเนินการติดต่อหรือมีความสัมพันธ์ ที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทยเท่านั้น เช่น การสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตการแต่งตั้งเอกอัครราชทูตไทย ประจำต่างประเทศ หรือการพิจารณาคำขอของรัฐบาลต่างประเทศที่จะส่งเอกอัครราชทูตต่างประเทศประจำ ประเทศไทย หรือการเปิดสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศ หรือพิจารณา คำขอของรัฐบาลต่างประเทศที่จะเปิดสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่รัฐบาลนั้นมาประจำการใน ประเทศไทยอีกเรื่องสำคัญคือกรณีที่ประเทศไทยจะดำเนินการตราสารระหว่างประเทศกับต่างประเทศ อาทิ สนธิสัญญา อนุสัญญา ความตกลง หรือบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) ในระดับรัฐต่อรัฐ หรือระดับรัฐบาลต่อรัฐบาล หรือต่ำกว่านั้นเช่นระดับกระทรวง กรม หรือหน่วยงาน ของรัฐที่จะดำเนินการดังกล่าวอันจะส่งผลให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างซึ่งผูกพันต่อรัฐให้ ต้องดำเนินการภายหลังจัดทำ²⁵⁶ ดังนั้น กรณีเช่นว่าหน่วยงานเจ้าของเรื่องจำเป็นต้องพิจารณาว่าเอกสารดังกล่าวซึ่งหน่วยงานตนกำลังจะจัดทำกับต่างประเทศนั้นจะมีผลผูกพันรัฐบาลไทย ถึงขนาด “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร มาตรา 178 หรือไม่ หากใช่ ก็จะต้อง เสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาก่อนดำเนินการได้

(7) เรื่องที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือที่เกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศ ที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย

(8) การริเริ่มโครงการลงทุนขนาดใหญ่ของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือ หน่วยงานอื่นของรัฐที่มีวงเงินตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดเว้นแต่โครงการลงทุนที่กำหนดในแผนงานที่ คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติหรือเห็นชอบกับแผนงานนั้นแล้ว

(9) เรื่องที่ขอทบทวนหรือยกเว้นการปฏิบัติตามมติของคณะรัฐมนตรี ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศตาม (6)

(10) ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีลักษณะเป็นระเบียบปฏิบัติราชการทั่วไป หรือจะมีผลเป็นแนวบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการ

(11) เรื่องที่ต้องใช้งบประมาณแผ่นดินนอกเหนือจากที่ได้รับอนุมัติไว้แล้วตามกฎหมายว่า ด้วยงบประมาณรายจ่ายประจำปีหรืองบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม

(12) เรื่องที่นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลนำเสนอหรือมีคำสั่งให้เสนอ คณะรัฐมนตรี

(13) เรื่องที่คณะรัฐมนตรีมีมติเสนอให้คณะรัฐมนตรี”

²⁵⁶ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, แนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการ เสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อ คณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2549), น. 25-26.

(4) การจัดทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร

การจัดทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ตามที่ได้รับรองอำนาจหน้าที่ของฝ่ายบริหารไว้ตามมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือ “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ” ฝ่ายบริหารย่อมดำเนินการได้โดยไม่ต้องผ่านองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

คณะรัฐมนตรีมีกลไกในการกลั่นกรองการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของไทยว่าจะเป็นการดำเนินการ “ถึงขนาด” หนังสือสัญญาหรือไม่นั้นผ่านรูปแบบการประชุมคณะรัฐมนตรีภายใต้กรอบพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งคณะรัฐมนตรีจะระดมความเห็นจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ได้ความเห็นรอบด้านก่อนกลั่นกรองมาเป็นมติคณะรัฐมนตรีให้ไปดำเนินการทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศได้ เช่น หากเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศก็ต้องรับสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ การค้าขายระหว่างประเทศต้องรับความเห็นจากกระทรวงพาณิชย์ การเงินการคลังต้องรับความเห็นจากกระทรวงการคลัง หรือข้อกฎหมายต้องรับความเห็นจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นต้น หนึ่งในนั้นคือกระทรวงการต่างประเทศหากมีเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศทางการเมืองหรือนโยบายระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ

ปัญหาต่อมา เมื่อการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาที่หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศหรือเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทย เมื่อหน่วยงานต่าง ๆ ได้ไปจัดทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศแล้ว ก่อนจะลงนามหนังสือสัญญาได้นั้นจะสามารถลงนามได้เลยหรือไม่ หรือต้องดำเนินการอื่นใด คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2558 นายกรัฐมนตรีเสนอว่าการดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาหรือเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือเกี่ยวกับองค์การระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันรัฐบาลไทยให้หน่วยงานที่รับผิดชอบดำเนินการ นำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาว่าหนังสือสัญญาก่อนดำเนินการลงนามทุกครั้ง ปัญหาประการต่อมา หากหนังสือสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องไปเจรจามาแล้วนั้นจะต้องมีการแก้ไข จะสามารถกระทำได้ไปแต่เพียงฝ่ายใดหรือไม่ ในมติคณะรัฐมนตรีครั้งเดียวกันได้กำหนดไว้ว่าในกรณีที่มีความจำเป็นจะต้องปรับปรุงถ้อยคำหรือสาระสำคัญของหนังสือสัญญาที่คณะรัฐมนตรีได้เคยอนุมัติหรือเห็นชอบไปแล้ว หากการปรับเปลี่ยนดังกล่าวไม่ขัดกับหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหรือให้ความเห็นชอบไว้ ให้สามารถดำเนินการได้โดยให้นำเสนอคณะรัฐมนตรีทราบภายหลัง พร้อมทั้งชี้แจงเหตุผลและประโยชน์ที่ไทยได้รับจากการปรับเปลี่ยนดังกล่าว แต่หากการปรับเปลี่ยนดังกล่าวขัดหรือไม่สอดคล้องกับหลักการที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหรือให้ความเห็นชอบไว้ ให้เสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาก่อนดำเนินการ โดยห้ามมิให้แก้ไขหรือลงนามก่อนที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติหรือให้ความเห็นชอบการปรับเปลี่ยนนั้น

เมื่อมีเงื่อนไขสำคัญก่อนดำเนินการเสนอให้คณะรัฐมนตรีตรวจสอบได้ว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็นการทำ “หนังสือสัญญา” ดังนั้น หน่วยงานเจ้าของเรื่องจึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการตีความว่าเอกสารที่หน่วยงานตนจะจัดทำนั้นจะถือว่าเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่

หากแต่ปัญหาที่ว่าหน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานที่จะให้ความเห็นว่า “เป็น” หรือ “ไม่เป็น” หนังสือสัญญาให้แก่หน่วยงานนั้น ๆ ก่อนที่จะดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ก่อปัญหาในอนาคตได้

เพื่อขจัดปัญหาดัง คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2535 โดยนายกรัฐมนตรีเสนอว่า “การทำความตกลงกับต่างประเทศ การทำอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคี ควรถือเป็นหลักปฏิบัติว่าในการติดต่อทำความตกลง อนุสัญญา และสนธิสัญญา มอบให้กระทรวงการต่างประเทศเป็นเจ้าของเรื่องดำเนินการ และในกรณีที่ทางต่างประเทศได้ติดต่อทางกระทรวง ทบวง กรม อันใดโดยตรง ก่อนนำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี ให้กระทรวง ทบวง กรม นั้น ส่งเรื่องให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีทุกครั้ง ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วลงมติเห็นชอบตามที่นายกรัฐมนตรีเสนอ และให้กระทรวง ทบวง กรม ถือเป็นหลักปฏิบัติต่อไป”

ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ประชุมและมีมติยืนยันมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 21 กรกฎาคม 2535 และสร้างมาตรการให้ส่วนราชการ/หน่วยงานของรัฐเจ้าของเรื่องต้องเจรจาทวิภาคีเกี่ยวกับร่างความตกลงให้ได้ข้อยุติ/ความเห็นชอบร่วมกันก่อน และได้กำหนดให้ส่วนราชการ/หน่วยงานเจ้าของเรื่องนอกเหนือไปจากการส่งเรื่องให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีทุกครั้ง และกำหนดให้ส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี) พิจารณาให้ความเห็นด้วยเช่นกัน

การจัดทำหนังสือสัญญานั้นย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารในทางรัฐบาล เว้นแต่เป็นข้อกำหนดตามรัฐธรรมนูญซึ่งกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะสภาผู้แทนราษฎรของคนไทยทุกคน องค์ประกอบของหนังสือสัญญาดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้ (1) หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ (2) หนังสือสัญญาที่ประเทศไทยต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา (3) หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง เกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสาม หรือไม่คณะรัฐมนตรีสามารถที่จะเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ซึ่งที่ผ่านศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีที่เกี่ยวข้องกับการเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภามาแล้วเช่นกัน ดังนี้

- หนังสือสัญญามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 วันที่ 7 กันยายน พ.ศ. 2542

เรื่องอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจแห่งรัฐซึ่งต้องได้รับความ

เห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 วรรคสอง²⁵⁷ หรือไม่

การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ จะมีผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์และการแบ่งปันผลประโยชน์ ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างประเทศไทยกับรัฐภาคีอื่น เป็นการให้สิทธิและการถูกจำกัดสิทธิไปพร้อม ๆ กัน ซึ่งจะต้องมีการออกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับอยู่ ให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หลักการ และขอบเขตของอนุสัญญา ฯ เห็นได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐ ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตอำนาจของรัฐ ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสอง

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 วันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2551

เรื่อง ประธานวุฒิสภา และประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเกี่ยวกับคำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 ว่าจะป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 190 แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550) หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยชี้ขาดไว้ว่า “คำแถลงการณ์ร่วม” (Joint Communiqué) ไทย-กัมพูชา ฉบับลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 เป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตของประเทศ ทั้งยังมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางอีกด้วย จึงต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง เพราะพิจารณาแล้วเห็นว่า คำแถลงการณ์ร่วม (Joint Communiqué) ได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษรและเป็นการกระทำระหว่างรัฐต่อรัฐ มีการลงนามโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของไทย มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายระหว่างประเทศ กอปรกับเนื้อหาของคำแถลงการณ์ร่วมมีการกล่าวอ้างถึงเขตทางพื้นที่แต่ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าพื้นที่นั้นครอบคลุมส่วนใดของประเทศใดจำนวนเท่าใด ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่ออาณาเขตประเทศไทยด้วย

- หนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าหนังสือสัญญาที่อาจต้องด้วยมาตรา 178 ในกรณีที่เป็น “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า

²⁵⁷ มาตรา 224 “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจของรัฐ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา”

หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” ซึ่งได้รับการขยายความไว้ในวรรคสามคือ “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งมีกรณีที่ต้องศึกษาเพิ่มเติมว่าหนังสือสัญญาใดจะเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาไว้ในเรื่องพิจารณาที่ 3/2560 ดังนี้

- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560 ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2560

“ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา” เป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสาม ที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสอง หรือไม่นั้น

ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้วว่า ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา มีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178 แต่เป็นหนังสือสัญญาที่ไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ดังนั้น ร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาจึงไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา

มีข้อสังเกตว่าบทบัญญัติตามมาตรา 178 นี้จะมีความแตกต่างกับมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เนื่องจากการขยายความหนังสือสัญญาประเภทดังกล่าวไว้ในวรรคสามของมาตรา 178 นั้นเอง

แนวคิดการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของไทยนั้นจะมีลักษณะ ดังนี้

(1) องค์การผู้กระทำการทางรัฐบาลจะต้องเป็นองค์กรฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญกำหนด ได้แก่ คณะรัฐมนตรี

(2) เป็นการใช้อำนาจทางบริหารตามที่ได้รับไว้ในรัฐธรรมนูญหรือที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ

(3) เป็นการดำเนินนโยบายในทางต่างประเทศหรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือการเจรจาระหว่างประเทศ หรือทางการทูตกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เช่น การสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศใดประเทศหนึ่งรวมถึงการส่งผู้แทนทางการทูตไปดำเนินการดังกล่าว การจัดทำหนังสือสัญญา การทำหนังสือสันติภาพ และการประกาศสงคราม ซึ่งมีเงื่อนไขต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญา

(4) การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การกระทำทางปกครองหรือสามารถพิจารณาแบ่งแยกการกระทำออกมาเป็นการกระทำทางปกครองได้

2.3.2 การกระทำในกิจการต่างประเทศที่สามารถแยกเนื้อหาออกจากการกระทำทางรัฐบาลได้ (Actes détachables)

การกระทำทางรัฐบาลในทางตรวจสอบนั้นหมายความว่า การกระทำนั้นรัฐไม่ต้องรับผิดชอบต่อเอกชนโดยระบบศาล ศาลเข้ามาตรวจสอบควบคุมไม่ได้ ไม่ว่าเอกชนจะเสียหายจากผลการกระทำนั้น ๆ มากน้อยเพียงใด จะร้องขอต่อศาลให้ระงับหรือเพิกถอนหรือชดเชยค่าเสียหายจากผลการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้ เมื่อเทียบเคียงกับการกระทำทางปกครองที่รัฐจะต้องทำการปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำทางรัฐบาลก็จะเป็นข้อยกเว้นการดำเนินการดังกล่าวซึ่งเป็นการเปิดช่องให้รัฐนำหลักการกระทำทางรัฐบาลเข้ามาอ้างใช้ในการกระทำที่ขัดต่อความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามกฎหมายได้ ดังนั้น การจำกัดขอบเขตความหมายและลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลให้แคบลงกฎหมายในประเทศต่าง ๆ จึงไม่มีการบัญญัตินิยามการกระทำทางรัฐบาลเอาไว้ เพราะหากมีการนิยามเอาไว้ก็อาจก่อให้เกิดการตีความขยายขอบเขตการกระทำทางรัฐบาลให้ออกกว้างได้มากขึ้น การไม่นิยามจึงเป็นการเปิดช่องว่างให้อิสระแก่ศาลเข้ามาพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป และอาศัยคำพิพากษาของศาลเป็นผู้กำหนดและวางหลักเรื่องการกระทำทางรัฐบาล²⁵⁸

เมื่อการกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งศาลจะจำกัดสถานตนเองที่เข้ามาเกี่ยวข้องหรือตรวจสอบ แต่วัตถุประสงค์ของอำนาจตุลาการภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจก็คือการถ่วงดุลตรวจสอบการกระทำของอำนาจบริหารเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยแท้จริงด้วยในที่ ดังนั้น พัฒนาการทางศาลในการพิจารณาข้อเท็จจริงในเรื่องพิพาทในคดีที่รัฐโดนฟ้องร้องในการกระทำทางรัฐบาลจึงเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งแนวคิดดังกล่าวมีปรากฏในฝรั่งเศสคือทฤษฎี Actes détachables²⁵⁹ คือ เมื่อศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเองเห็นว่าหากการกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นพิจารณาได้ว่าไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องการต่างประเทศโดยตรงหรือมีแนวโน้มที่จะเป็นการกระทำเกี่ยวกับกิจการภายในประเทศหรือทางปกครองมากกว่าที่จะเป็นการดำเนินการทางนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศที่ไม่มีลักษณะใดเป็นการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองสูงสุดก็อาจจะสามารถนำประเด็นในเรื่องนั้นมาพิจารณาคดีทางปกครองได้²⁶⁰ ก็เท่ากับว่าในส่วนที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลฝ่ายบริหารก็ต้องตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น แนวคิดดังกล่าวนี้ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้พิจารณาหลักการดังกล่าวไว้ผ่านคดีตัวอย่าง ดังนี้

²⁵⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 69*, น. 287-286.

²⁵⁹ Actes détachables หรือ Detachable Act หรือการกระทำที่แยกเนื้อหาออกได้

²⁶⁰ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 163.

2.3.2.1 คดีพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat)

(1) คดี C.E. Colrat 4 ธันวาคม ค.ศ. 1925

กรณีเจ้าหน้าที่กงสุล²⁶¹ ของฝรั่งเศสได้ขับไล่บุคคลสัญชาติฝรั่งเศส เช่นเดียวกันออกไปจากรัฐต่างประเทศในฐานะบุคคลไม่ถึงพาราณา การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่กงสุลฝรั่งเศสดังกล่าวสามารถที่จะแยกเนื้อหาการกระทำออกจากการกระทำทางการทูต ดังนั้น การกระทำดังกล่าวสามารถตรวจสอบโดยศาลปกครองได้²⁶²

(2) คดี C.E. Compagnie Generale d'Energie Radioelectrique 30 มีนาคม ค.ศ. 1966

หากการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในกรอบสนธิสัญญานั้นได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางปกครองแล้วรัฐต้องรับผิดชอบโดยไม่มี ความผิด (Principle of liability without fault) มาใช้กับทฤษฎี Actes detachables ได้²⁶³

(3) คดี C.E. Decerf 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1937

การพิจารณากฎหมายรัฐกฤษฎีกา (Decret) ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับเบลเยียมนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครอง

(4) คดี C.E. Sect. Legros. 21 กรกฎาคม ค.ศ. 1972

ในคดีนี้เป็นการพิจารณาคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ของรัฐบาลฝรั่งเศสโดย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าคำร้องขอให้ส่ง ผู้ร้ายข้ามแดนของฝรั่งเศสดังกล่าวไปยังประเทศอื่นไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ศาลสามารถพิจารณา ได้²⁶⁴

(5) คดี C.E. Societe Robatel 19 กุมภาพันธ์ 1988

กรณีนี้ศาลปกครองถือว่าการตัดสินใจของหน่วยงานของรัฐบาลของ ฝรั่งเศสสั่งระงับการส่งออกวัตถุของเอกชนไปยังประเทศปาเกีสถานนั้นสามารถแยกการกระทำทาง รัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่ฝรั่งเศสตกลงกับปาเกีสถานออกมาได้โดยทฤษฎี Actes detachables ดังนั้น ศาลจึงสามารถรับมาพิจารณาได้²⁶⁵

²⁶¹ เจ้าหน้าที่กงสุลนั้นในทางธรรมชาติแล้วคือผู้แทนของคณะทูต/คณะกงสุลที่ไป ประจำการอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งอาจจะเป็นเจ้าหน้าที่สายการทูตก็ได้

²⁶² Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 163.

²⁶³ *Ibid.*, p. 163.

²⁶⁴ C.E. Sect. Legros. 21 July 1972

²⁶⁵ C.E. Societe Robatel 19 February 1988

(6) คดี C.E. Vo Thahn Nghia 22 ธันวาคม ค.ศ. 1978

คดีดังกล่าวเป็นการที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพิจารณาว่าการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารที่ทำการทางการทูตของรัฐต่างประเทศนั้นสามารถแยกออกจากการกระทำในกิจการต่างประเทศได้ และสามารถตรวจสอบโดยศาลปกครองสูงสุดได้²⁶⁶

(7) คดี C.E. Royaume-Uni De Grande Bretagne et d' Irlande Du Nord et Gouverneur de Hong Kong 13 ตุลาคม ค.ศ. 1993

กรณีนี้รัฐบาลของฝรั่งเศสปฏิเสธคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนของสหราชอาณาจักรและของเขตปกครองพิเศษฮ่องกง แม้ว่าการส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะเป็นการกระทำที่มีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่สามารถแยกการพิจารณาคำขอได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดสามารถรับมาพิจารณาได้

(8) คดี C.E. Dame Caraco 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1926

กรณีการฟ้องการตัดสินใจของประธานาธิบดีฝรั่งเศสในการให้สัตยาบันการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นคนละส่วนกับการฟ้องตัวสนธิสัญญาที่จำเป็นจะต้องดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง แต่ขั้นตอนการให้สัตยาบันกฎหมายนั้นเป็นกระบวนการตามกฎหมายภายใน จึงสามารถแยกออกได้

อนึ่ง ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าสนธิสัญญาทั้งหลายที่ได้กระทำขึ้นภายหลังปี ค.ศ. 1946 เป็นต้นมานั้น ตามรัฐธรรมนูญแห่งฝรั่งเศสถือว่าสนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่ง หากกรณีมีการที่รัฐละเมิดสนธิสัญญาผู้เสียหายสามารถนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ เพราะศาลถือว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศอย่างหนึ่งเช่นกัน²⁶⁷

(9) คดี C.E. Commune de Porta 8 กรกฎาคม ค.ศ. 2002

กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าศาลมีอำนาจในการตรวจสอบว่าเนื้อหาสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่²⁶⁸

2.3.2.2 คดีพิจารณาโดยศาลชี้ขาดคดีขัดกัน (Tribunal des Conflits)

(1) คดี T.C. Eucat 9 มิถุนายน ค.ศ. 1986

คดีนี้ศาล Tribunal des Conflits ได้พิจารณาไว้โดยนำหลักทฤษฎี “Doctrine of Flagrant Irregularity”²⁶⁹ หรือ “Voies de fait” หรือ “ทฤษฎีการกระทำโดยไม่มีอำนาจอันก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล” ในการกระทำเรื่องการเพิกถอนหนังสือเดินทาง โดยที่ฝ่ายปกครองกระทำไปโดยที่ไม่มีกฎหมายใดๆ รองรับ โดยฝ่าย

²⁶⁶ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 139.

²⁶⁷ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 130*, น. 91.

²⁶⁸ อ้างถึงใน สุชาติา เรื่องแสงทองกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 172*, น. 116.

²⁶⁹ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 162, pp. 139-140.

ปกครองไม่อาจที่จะอ้างหลักการแบ่งแยกการกระทำในทางปกครองกับทางแพ่งได้ เพราะถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายจนขาดคุณลักษณะทางปกครอง และกลายสภาพเป็นการกระทำในฐานะเอกชนทั่วไป ดังนั้น ศาลยุติธรรม (ในฐานะผู้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน) จึงมีอำนาจในการพิจารณาคดีนี้²⁷⁰

คดีนี้ศาล Tribunal des Conflits พิพากษาว่าการที่ทางการเพิกถอนหนังสือเดินทาง (Passport) ของบุคคลสัญชาติฝรั่งเศสเนื่องจากโจทก์ค้างชำระภาษีเงินได้ส่วนบุคคลนั้นไม่มีหลักประกันใด ๆ ที่จะทำให้รัฐจะได้รับการชำระหนี้ภาษีที่ค้างจ่ายคืนได้เลย อีกทั้งรัฐยังไม่ได้ดำเนินการโดยมาตรการตามกฎหมายทั้งการบังคับชำระหนี้หรือทางอาญากับโจทก์ด้วย การยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางดังกล่าวของกระทรวงมหาดไทยของฝรั่งเศสจึง จึงก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคล ในการที่กระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในการเดินทางไปมา ที่ไม่ใช่ตามกฎหมายกำหนดในการได้รับชำระหนี้ ดังนั้น คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลแพ่ง

(2) คดี T.C. Grizivatz 12 มกราคม ค.ศ. 1987

คดีนี้ก็เป็นคดีที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนหนังสือเดินทางเช่นเดียวกันกับคดี คดี T.C. Eucat 9 มิถุนายน ค.ศ. 1986 แต่ศาล Tribunal des Conflits ได้พิจารณาไว้ว่าการเพิกถอนหนังสือเดินทางของโจทก์นั้นกระทรวงมหาดไทยดำเนินการไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเพราะถือว่าโจทก์เป็นผู้โทษคดีอาญาในความผิดทางภาษีอากรของรัฐ แม้จะเป็นเรื่องหนังสือเดินทางที่อาจจะเกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ ศาลก็มีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้²⁷¹

2.3.2.3 คดีพิจารณาโดยศาลปกครองสูงสุดในเรื่องเกี่ยวข้องกับสงคราม

(1) คดี C.E. Comité contre la guerre en Irak, 10 เมษายน ค.ศ.

2003

รัฐบาลของฝรั่งเศสโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศได้ตัดสินใจทางนโยบายที่จะให้ของที่จะอนุญาตให้เครื่องบินทหารของกองทัพของสหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักรสามารถที่จะบินผ่าน่านฟ้าของฝรั่งเศสได้เพื่อไปปฏิบัติการกิจในประเทศอิรักนั้นเป็นการตัดสินใจในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศที่ไม่สามารถแยกเนื้อหาได้ ดังนั้นศาลจึงไม่มีอำนาจในการพิจารณา²⁷²

²⁷⁰ ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์, “แนวคำวินิจฉัยคดีปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับความรับผิดชอบละเมิดเรื่อง เขตอำนาจศาล”, ใน หนังสือรวมบทความทางวิชาการ เล่ม ๒ : กฎหมายปกครองภาควิธีสบัญญัติ, น. 1-2.

²⁷¹ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, pp. 140, 163.

²⁷² Conseil d’Etat, 10 avril 2003, Comité contre la guerre en Irak et a., requête numéro 255905,

(2) คดี C.E. Societe Ignazio Messina 30 มีนาคม ค.ศ. 1966

ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพิจารณาว่ากรณีที่เรือรบของฝรั่งเศสได้สั่งให้เรือสัญชาติอิตาลีหยุดการเดินเรือในทะเลหลวงในยุคที่ฝรั่งเศสก่อสงครามอยู่กับประเทศอัลจีเรียนั้น ถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล การฟ้องร้องขอค่าเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะพิจารณา²⁷³

กรณีเกี่ยวกับการสงครามนั้นมีศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้มีการพิจารณาเป็นหลักการว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล²⁷⁴เสมอ และมาตรการของรัฐบาลฝรั่งเศสที่นำมาเพื่อปฏิเสธการยึดครองทรัพย์สินนั้นโดยศัตรูในภาวะสงครามก็คือเป็นการกระทำทางรัฐบาล²⁷⁵ แต่อย่างไรก็ดี เช่นเดียวกันกับการกระทำในกิจการต่างประเทศ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้นำทฤษฎี Actes détachables เข้ามาปรับใช้ในเรื่องที่มีการเกี่ยวข้องกับความมั่นคงระหว่างประเทศได้ โดยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะพิจารณาในเนื้อหาสาระก่อนว่าการกระทำนั้นมีผลสืบเนื่องโดยตรงจากการกระทำสงครามหรือไม่หรือมาตรการทางทหารหรือไม่ หากใช่ ก็ต้องตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยองค์กฤษฎีกาตามหลักการรับผิดชอบทางการเมือง โดยเอกชนจะไม่สามารถฟ้องร้องให้รัฐรับผิดชอบจากความเสียหายใด ๆ ได้เลย แต่ถ้าไม่ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็จะรับมาพิจารณาเนื้อหาได้ หรือถ้ามีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษให้ผู้ได้รับความเสียหายสามารถฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐได้ หากมีการฟ้องร้องมาศาลก็ต้องรับไว้พิจารณาเรื่องค่าเสียหายโดยจะอ้างการกระทำทางรัฐบาลไม่ได้และรัฐก็จะถูกตรวจสอบโดยศาลในการกระทำนั้นเช่นกันตามที่ได้อธิบายมาแล้วก่อนหน้านี้

สรุปแนวคิดเรื่องทฤษฎี Actes détachables ของฝรั่งเศสนั้นมีลักษณะหรือข้อพิจารณาที่จะสามารถนำมาประยุกต์พิเคราะห์ปัญหาเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศและการกระทำทางปกครองได้ ดังนี้

(1) กรณีคดีขึ้นสู่ศาลจะต้องมีข้อเท็จจริงและลักษณะในการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ กล่าวคือ องค์การผู้กระทำการทางรัฐบาลจะต้องเป็นองค์การฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญกำหนดและใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื้อหาของการกระทำจะต้องเกี่ยวข้องกับการเจรจาทางการทูต การทำสนธิสัญญา ซึ่งเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐบาลต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญา หรือการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการสงครามหรือทางทหาร เป็นต้น

(2) พิเคราะห์ถึงผลสืบเนื่องของการกระทำทางรัฐบาลหรือเนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศบางประการว่าในการกระทำของฝ่ายบริหารนั้นจะก่อให้เกิดการกระทำ

²⁷³ Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel, *supra note* 232, p. 163.

²⁷⁴ คดี C.E. Panisse 5 March 1926, อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 130*, น. 91.

²⁷⁵ คดี C.E. Sohr 22 November 1949, อ้างถึงใน เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 130*, น. 91.

ทางปกครองโดยผลสืบเนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ กล่าวคือ หากรัฐบาลจัดทำความตกลงระหว่างประเทศบางประการ (ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาล) ทำให้รัฐบาลจะต้องมีหน้าที่ที่จะดำเนินการภายในประเทศเพื่อให้ข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศ การกระทำดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง หรือผลจะต้องครบองค์ประกอบของการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถพิจารณาได้ด้วยเช่นกัน

(3) อย่างไรก็ดี ศาลปกครองฝรั่งเศสจะพิจารณาถึงเนื้อหาการกระทำดังกล่าวว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่มีเนื้อหาในเชิงทางปกครองเป็นรายคดี กล่าวคือ ต้องไม่ตกอยู่ในข้อห้ามการรับพิจารณาโดยศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามที่ศาลวางหลักไว้ และต้องเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิประชาชนหรือทำให้ประชาชนได้รับความเสียหาย หรือกรณีที่มีลักษณะการกระทำที่ไม่ครบองค์ประกอบทางปกครองแต่เป็นกรณีที่เป็นคดีที่พิพาททางแพ่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือรัฐไปโดยทฤษฎี *Actes détachables* ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร

2.3.3. สรุปลักษณะการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

ดังนั้น จากการประมวลทฤษฎีและแนวคิดของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ฝรั่งเศส และของประเทศไทยจึงสามารถนำมาสรุปลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศได้เป็น 2 ส่วน ดังต่อไปนี้

2.3.3.1 มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ก่อนจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศได้ ย่อมจะต้องมีลักษณะที่เป็นไปตามการกระทำทางรัฐบาลเสียก่อน กล่าวคือ เป็นการกระทำทางรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจโดยประมุขของรัฐ (Head of State) ในฐานะพระมหากษัตริย์หรือประธานาธิบดี หรือหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล (Head of Government) หรือนายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรี หรือการเรียกอื่นใดขึ้นอยู่กับรูปแบบของรัฐและระบอบการปกครองของรัฐนั้น ๆ และอาจหมายรวมถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ตามสามารถของผู้กระทำการแทนรัฐในการจัดทำสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการทำสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 การกระทำทางรัฐบาลใช้อำนาจทางบริหาร ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ จากกฎหมายลำดับชั้นรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ ที่มาพร้อมกับการจัดการองค์กรบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญเพื่อการดำเนินนโยบายหรือกิจการต่างประเทศ และดำเนินการกับฝ่ายตรงข้ามหรือผู้รับการกระทำทางรัฐบาลกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศในเวทีโลก และในรูปแบบการประกาศสงครามในการนำรัฐตนไปก่อสงครามกับรัฐอื่นเท่านั้น

2.3.3.2 เนื้อหาและรูปแบบของการกระทำ

เป็นการกระทำที่มีเนื้อหาหรือรูปแบบการดำเนินการเป็นทางนโยบายหรือทางการเมืองระหว่างประเทศโดยแท้ ภายใต้กฎเกณฑ์กลางของโลกคือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการจัดทำสนธิสัญญา อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตหรือทางกงสุล หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เป็นต้น หรือกรณีการดำเนินตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศกำหนดไว้ หรือการประกาศสงคราม ซึ่งอำนาจต่าง ๆ เหล่านี้มักจะบัญญัติและรับรองการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศนั้น ๆ

แต่ก็ยังมีประเด็นต้องพิจารณาว่าหากเป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยโดยไม่ได้อาศัยอำนาจทางกฎหมายปกครองภายในหรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติลงนามที่อาจจะกลายเป็นการกระทำทางปกครองภายในประเทศได้

2.4 สรุป

สรุปข้อเขียนของบทนี้ กล่าวได้ว่า การกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นเป็นสาระสำคัญหลักของรัฐในนามของภารกิจพื้นฐานของรัฐเพื่อประโยชน์ในการ (1) ค้ำครองปกป้องความมั่นคงของรัฐในมิติการทูต และ (2) พัฒนารัฐร่วมกันกับประชาคมโลก การกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นรัฐจะต้องใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในทางบริหารรัฐเพื่อขับเคลื่อนนโยบายดังกล่าวให้สัมฤทธิ์ผล ภายในอำนาจบริหารนั้นสามารถแบ่งแยกได้ 2 สาขาของการใช้อำนาจคืออำนาจทางการเมืองหรือรัฐบาล ซึ่งผลผลิตคือการกระทำทางรัฐบาล และอำนาจทางปกครองซึ่งผลผลิตคือการกระทำทางปกครอง โดยทั่วไปแล้วการกระทำในกิจการต่างประเทศมีเนื้อหาโดยธรรมชาติคือการใช้อำนาจทางบริหารในทางรัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบและตรวจสอบโดยทางการเมืองหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ซึ่งอำนาจตุลาการจะเข้ามาตรวจสอบไม่ได้เพราะจะขัดกับหลักแบ่งแยกอำนาจ อย่างไรก็ตามการที่ฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในการกระทำทางบริหารในกิจการต่างประเทศโดยไร้ขอบเขตก็อาจจะส่งผลกระทบต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นเดียวกัน ดังนั้น องค์กรตุลาการจึงได้พัฒนาหลักการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศในเนื้อหาว่าหากเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่มีเนื้อหาแยกออกได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว องค์กรตุลาการก็จะสามารถเข้ามาตรวจสอบได้

บทที่ 3

ภารกิจหน้าที่การต่างประเทศภายในความรับผิดชอบของกระทรวงการต่างประเทศ

เมื่อประเทศไทยมีการบัญญัติเรื่องภารกิจพื้นฐานของรัฐผ่านหน้าที่ของรัฐและแนวนโยบายของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในเรื่องการทูตเอาไว้ตามที่ได้อธิบายไว้ในบทก่อนหน้านี้นี้ กล่าวคือ “มาตรา 52 รัฐต้องพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ เอกราช อธิปไตย บูรณภาพแห่งอาณาเขต (Territorial Integrity) และเขตที่ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย เกียรติภูมิและผลประโยชน์ของชาติ ความมั่นคงของรัฐและความสงบเรียบร้อยของประชาชน เพื่อประโยชน์แห่งการนี้ รัฐต้องจัดให้มีการทหาร การทูตและการข่าวกรองที่มีประสิทธิภาพ” กำลังทหารให้ใช้เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาประเทศด้วย”

ประการถัดมาในเรื่องการต่างประเทศ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติไว้ในฐานะแนวนโยบายของรัฐในมาตรา 66 “รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศโดยถือหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกัน และไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศและคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศ” ซึ่งแนวนโยบายการต่างประเทศของประเทศไทยได้มีการระบุใน “คำแถลงนโยบายของรัฐ” ที่คณะรัฐมนตรีต้องแถลงต่อรัฐสภา

อย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตอยู่ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญต่อเรื่องแนวคิดหน้าที่และแนวนโยบายของรัฐนั้นแม้จะบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตาม รัฐก็ย่อมมีหน้าที่ที่จะดำเนินกิจการต่างประเทศเสมอในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐหากมีเช่นนั้นรัฐนั้น ๆ อาจจะได้รับผลกระทบจากการไม่มีการดำเนินกิจการต่างประเทศในแง่ต่าง ๆ ได้ เช่น ผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐทั้งในองค์ประกอบด้านอาณาเขตหรือดินแดน ประชากร และอำนาจในการปกครองตนเองก็ย่อมได้

ถึงกระนั้นแล้ว ในมุมมองด้านการภารกิจที่ประเทศไทยต้องดำเนินการหากตีความตามรัฐธรรมนูญแล้วจะสะท้อนได้ว่าประเทศไทยให้ความสำคัญต่อกิจการต่างประเทศในเรื่องหรือในภารกิจใดบ้างนั้น สามารถวิเคราะห์แยกแยะได้เป็น 3 ประการหลัก ๆ ได้แก่ (1) ภารกิจที่จะต้องดำเนินการในด้านการทูตเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของชาติเป็นหลักและคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ (2) ดำเนินกิจการต่างประเทศเพื่อสร้างหรือส่งเสริมสัมพันธไมตรีอันดีกับนานาประเทศและองค์การระหว่างประเทศและ (3) รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองคนไทยในต่างประเทศ

ดังนั้น เพื่อที่จะภารกิจสำคัญของประเทศไทยในกิจการต่างประเทศทั้ง 3 ประการบรรลุและสัมฤทธิ์ผลได้ ประเทศไทยจึงต้องจัดระเบียบองค์การภายในประเทศในนามส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐเพื่อรองรับภารกิจและเป็นผู้กระทำการในกิจการต่างประเทศในทุก ๆ ด้าน ทั้งนี้ คำว่ากิจการต่างประเทศนั้นก็มิได้หมายความว่าเพียงอย่างเดียวจะต้องเป็น “กระทรวงการต่างประเทศ” แต่เพียงส่วนราชการเดียวที่รับภารกิจหรือหน้าที่ดังกล่าวไป เพราะการต่างประเทศมีภารกิจหลากหลายมากมายตามพลวัตของสังคมโลก โดยไม่ได้จำกัดแค่กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งแตกต่างกับการป้องกันประเทศที่เป็นกระทรวงกลาโหมผูกขาดในหน้าที่นี้ของรัฐ หรือการรักษาความสงบ

เรียบร้อยภายในของรัฐเป็นของกระทรวงมหาดไทยหรือสำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือการอำนวยความสะดวกในสังคมขององค์กรศาลในประเทศไทย แต่กระทรวงการต่างประเทศนั้นก็ถือเป็นองค์กรของรัฐของฝ่ายบริหารที่สำคัญในการดำเนินการคือซึ่งมีการกีดกันตามกฎหมาย¹ให้มีหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศก็ยังคงมีบทบาทหลายประการที่ประกอบภารกิจรับใช้ประเทศไทยมาโดยตลอดเช่นกัน ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอมุ่งเน้นศึกษาในเรื่องในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลักโดยรายละเอียดเรื่องนี้จะขออธิบายอีกครั้งในหัวข้อถัดไป

ดังนั้น การจะทำการศึกษว่าการกระทำในกิจการต่างประเทศที่จะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางปกครองของกระทรวงการต่างประเทศได้นั้น จึงต้องศึกษาถึงความเข้าใจในเรื่องการต่างประเทศองค์ประกอบของการต่างประเทศของไทย ซึ่งบทที่ 3 นี้จะขอทำการศึกษาลงถึงเนื้อหาที่กล่าวไว้ดังต่อไปนี้

3.1 การกิจการต่างประเทศของไทย

อย่างที่ได้วิเคราะห์ถึงภารกิจของประเทศไทยในกิจการต่างประเทศที่สามารถจำแนกได้ 3 ประการตามที่ได้กล่าวไว้ในช่วงต้นของบทที่ 3 นั้น ว่าประเทศไทยได้ให้ความสำคัญในเรื่องกิจการต่างประเทศนั้นแยกย่อยได้เป็น 3 สาขาหลัก กล่าวคือ (1) ภารกิจที่จะต้องดำเนินการในด้านการทูตเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของชาติเป็นหลักและคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ ซึ่งมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางนโยบายและทางการเมืองระหว่างประเทศ (2) ดำเนินกิจการต่างประเทศเพื่อสร้างหรือส่งเสริมสัมพันธไมตรีอันดีกับนานาประเทศและองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งมีลักษณะเป็นการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต และ (3) รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อคุ้มครองคนไทยในต่างประเทศ ซึ่งคือลักษณะงานกงสุล ซึ่งอาจวิเคราะห์ได้ว่าภายใต้ภารกิจการต่างประเทศของไทยจึงสามารถองค์ประกอบสำคัญได้ 3 สาขา คือ การต่างประเทศ การทูต และการกงสุล ซึ่งแม้รวมกันแล้วเป็นกิจการต่างประเทศของไทยอันอยู่ภายใต้การใช้อำนาจบริหารของรัฐ แต่ในรายละเอียดของการกระทำในแต่ละประเภทนั้นหากพิจารณาแล้วจะมีลักษณะของรูปแบบของที่มาวัตถุประสงค์ และรูปแบบของการกระทำที่จะแตกต่างกันระหว่างการทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครองอันจะนำไปสู่การตรวจสอบและควบคุมการกระทำทั้ง 2 รูปแบบได้ ดังนั้น การทำความเข้าใจในเรื่องกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศและของประเทศไทยได้นั้น จึงขอศึกษาและอธิบายออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ การนโยบายต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศ (Foreign Affairs) การทูต (Diplomacy) และการกงสุล (Consular Affairs) พร้อมกันกับวิเคราะห์

¹ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 12

“กำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ และราชการอื่นตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศหรือส่วนราชการ ที่สังกัดกระทรวงการต่างประเทศ”

โครงสร้างและส่วนราชการภายในกระทรวงการต่างประเทศที่มีหน้าที่ต้องดำเนินการต่างประเทศทั้ง 3 สาขา ดังต่อไปนี้

3.2 การนโยบายต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศ

เมื่อกล่าวถึงคำว่า “การต่างประเทศ” ข้อพิจารณาเบื้องต้นของคำว่าต่างประเทศนั้นพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายแบบกว้าง ๆ ไว้โดยยึดโยงกับกระทรวงการต่างประเทศเป็นหลัก² แต่ในด้านความหมายทางวิชาการนั้นการต่างประเทศมีความหมายที่คล้ายคลึงกับการทูตอย่างยิ่งหากพิจารณากันในแบบความหมายอย่างกว้าง ซึ่งที่เป็นอย่างนั้นเพราะทั้งการต่างประเทศและการทูตนั้นเป็นเรื่องที่คู่กัน แต่เนื้อหามีความแตกต่างกัน เพราะการต่างประเทศนั้นมีความหมายอีกประการคือการวางนโยบายการต่างประเทศของรัฐ ส่วนการทูตคือการรับนโยบายการต่างประเทศของรัฐไปลงมือทำหรือนำไปดำเนินการให้เกิดผล ส่วนความสำคัญของการนโยบายต่างประเทศนั้นจะนำไปสู่การสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เป็นการสร้างให้รัฐอื่น ๆ อื่นรับรู้ประเทศนั้น ๆ วางนโยบายในการต่างประเทศของตนเองไว้อย่างไร มีวิธีการ หลักการ วัตถุประสงค์ ผลประโยชน์ และเป้าประสงค์อย่างไร³ กล่าวได้อีกอย่างหนึ่งคือว่า การนโยบายต่างประเทศมีลักษณะเป็นการวางหลักการหรือนโยบายเรื่องการต่างประเทศของประเทศนั้น ๆ ไว้ ส่วนวิธีการทำให้เกิดผลหรือนำไปปฏิบัติคือการทูต

ดังนั้น ถ้าฟังแค่คำว่าต่างประเทศจึงอาจไม่สะท้อนความหมายที่ชัดเจนเพียงพอ เพราะย่อมสร้างความสับสนกับการทูตได้ จึงพิเคราะห์ต่อไปควรเฉพาะเจาะจงว่าเป็นเรื่องการนโยบายต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศเป็นหลัก ทั้งนี้ คำว่านโยบายต่างประเทศ (Foreign Policy) หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “วิเทศนโยบาย” อาจอธิบายถึงลักษณะการกระทำได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการตัดสินใจทางการเมืองประเภทหนึ่งของรัฐบาลควบคู่กับการบริหารราชการในประเทศ แต่ละประเทศจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจในการวางนโยบายและดำเนินนโยบายการต่างประเทศด้วยตัวเองเสมอ หากมิเช่นนั้นเป็นการให้ต่างประเทศมาควบคุมหรือสั่งการหรือวางนโยบายการต่างประเทศของประเทศตนเองย่อมเป็นภัยต่อประเทศทั้งด้านอธิปไตยและด้านอื่น ๆ อย่างมีต้องสงสัย⁴อย่างไรก็ดีการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศมีมิติที่ต่างกับการตัดสินใจทางการเมืองอื่น

² “น. ชื่อกระทรวงที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ”, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทศิริวัฒนาอินเตอร์พริ้นท์ จำกัด (มหาชน), 2556), น. 116.

³ ไพโรจน์ ชัยนาม, เรื่องของการทูตและการต่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516), น. 1.

⁴ ณรงค์ สิ้นสวัสดิ์, การเมืองระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แพรวพิทยา, 2524), น. 39.

ๆ เพราะผู้ตัดสินใจทางการเมืองจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติตนเป็นอันดับแรก และจะต้องคำนึงถึงความเกี่ยวพันกันระหว่างนโยบายต่างประเทศและนโยบายในประเทศควบคู่กันซึ่งการตัดสินใจดังกล่าวนี้ผู้ตัดสินใจทางการเมืองการต่างประเทศก็ต้องเผชิญหน้ากับรัฐบุรุษจากชาติอื่นที่คำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติของเขาเป็นอันดับแรกเช่นกัน ดังนั้นจึงเผชิญหน้ากับปัญหาในรูปเดียวกัน คือ ต้องรักษาสถาปัตยกรรมของรัฐของตนโดยไม่ให้เสียความเป็นมิตรกับชาติอื่น ๆ และพยายามให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ของชาติในเวลาเดียวกัน⁵

ดังนั้น เมื่อพิจารณาโดยเบื้องต้นแล้วการดำเนินกิจการต่างประเทศในด้านนโยบายการต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศจึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล อย่างไรก็ตาม การพิจารณาถึงลักษณะการกระทำทางรูปแบบและเนื้อหาประกอบการวินิจฉัยว่าจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือไม่ เพื่อศึกษาความเข้าใจจึงขออธิบายถึงองค์กรผู้กำหนดนโยบายและการกำหนดนโยบายการต่างประเทศ ดังนี้

3.2.1 ผู้กำหนดนโยบายการต่างประเทศ

เบื้องต้นแล้วผู้กำหนดนโยบายการต่างประเทศหรือกำหนดท่าทีทางการเมืองระหว่างประเทศของแต่ละประเทศย่อมเป็นองค์กรฝ่ายบริหารของประเทศเป็นหลัก แต่อย่างไรก็ตามองค์กรอื่นจะมีส่วนร่วมในการดำเนินการทั้งทางตรงหรือทางอ้อมได้หรือไม่ นั้น สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

3.2.1.1 องค์กรฝ่ายบริหาร

องค์กรผู้ใช้อำนาจบริหารของประเทศย่อมต้องเป็นผู้กำหนดนโยบายการต่างประเทศหรือการกำหนดท่าทีทางการเมืองระหว่างประเทศโดยรับหน้าที่เป็นองค์กรหลักของรัฐบาล ภายใต้หลักแบ่งแยกอำนาจ มีองค์กรตุลาการ หลักการนี้เป็นหลักการสากลที่ต่างประเทศก็เป็นไปในทางเดียวกัน อย่างไรก็ตามการแบ่งแยกอำนาจดังกล่าวจะถูกแบ่งแยกโดยเด็ดขาดหรือไม่เด็ดขาดก็ขึ้นอยู่กับระบอบการปกครองของประเทศนั้น ๆ เช่น ระบอบประชาธิปไตยแบบประธานาธิบดีแบบสหรัฐอเมริกาที่โดยหลักการแล้วจะแบ่งแยกอำนาจบริหารและนิติบัญญัติออกจากกันโดยเด็ดขาดหรือระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารประเทศหรือแบบรัฐสภา องค์กรบริหารกับองค์กรนิติบัญญัติก็จะมีคามใกล้ชิดกันเช่นสหราชอาณาจักร แต่ถึงกระนั้นแล้วก็มีใช้ว่าการตัดสินใจในนโยบายการต่างประเทศจะเป็นของฝ่ายบริหารแต่เพียงผู้เดียวโดยปราศจากการตรวจสอบใด ๆ จากองค์กรอื่นเนื่องจากในบางประการหรือบางประเด็นแล้วรัฐธรรมนูญแต่ละประเทศก็จะบัญญัติให้นโยบายการต่างประเทศต้องขอความเห็นชอบหรือได้รับความยินยอมจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อนการดำเนินการ หรือแม้กระทั่งการจัดทำประชามติ (Referendum) จากประชาชนโดยตรงเช่นกัน

สำหรับประเทศไทยแล้วหากเป็นในยุคสมัยการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์แล้วพระมหากษัตริย์ของประเทศจะทรงกำหนดทิศทางนโยบายการ

⁵ มณีนัย รัตนมณี, ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2519), น. 85.

ต่างประเทศ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในบทประวัติศาสตร์การทูต ในปัจจุบันนี้องค์กรผู้กำหนดนโยบายการต่างประเทศคือรัฐบาลหรือองค์กรอำนาจบริหารในฐานะอำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ เป็นอำนาจเดียวกันกับการกำหนดนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินในประเทศเช่นเดียวกัน

ข้อพิจารณาถึงเหตุผลที่การตัดสินใจในนโยบายการต่างประเทศ (ซึ่งอาจหมายความว่ารวมถึงทางการทูตด้วย) เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารนั้นอาจพิจารณาจากแนวกฎหมายระหว่างประเทศอย่างอนุสัญญามอนเตวิเดโอว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของรัฐ ค.ศ. 1933 (The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States) ที่นอกจากการระบุให้รัฐที่จะเป็นบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ (The state as a person of International Law) ที่จะต้องมีรัฐบาล (Government) และมีความสามารถที่จะปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่นคู่กับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (The Vienna Convention on the Law of Treaties) มาตรา 7⁶ ว่าบุคคลผู้ทำสนธิสัญญากับรัฐอื่นโดยหลักการต้องมี “หนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers)” ซึ่งเป็นเอกสารที่แสดงว่าบุคคลนั้นเป็นผู้แทนของรัฐในการเจรจาสนธิสัญญาเว้นแต่ประมุขแห่งรัฐ (Head of State) หัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Minister of Foreign Affairs) จะสามารถทำการแทนรัฐในการรับ (Adopting) รับรองความถูกต้อง (Authenticating) ของตัวบทในสนธิสัญญาหรือแสดงความยินยอมแทนรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent of the State to be Bound) โดยไม่ต้องมี Full Powers หรือหากเป็นหัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูต ก็สามารถดำเนินการได้เฉพาะในกรณีการ

⁶ The Vienna Convention on the Law of Treaties) Article 7 Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

(a) he produces appropriate full powers; or

(b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

(a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;

(b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited;

(c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

Adopt ตัวบทสนธิสัญญาระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับการกำหนดให้รัฐต้องมีรัฐบาลนั้นถือเป็นการที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับว่ารัฐขับเคลื่อนการต่างประเทศโดยรัฐบาล และบุคคลที่จะแสดงออกแทนรัฐก็เป็นประมุขของประเทศหรือหัวหน้าฝ่ายบริหารหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งล้วนเป็นบุคลากรขององค์กรฝ่ายบริหารทั้งสิ้น

กรณีบุคคลผู้ได้รับหนังสือมอบอำนาจเต็มนั้น เนื่องจากการมอบอำนาจเต็มเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการจัดทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารเพื่อนำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญา คณะรัฐมนตรีจะเป็นผู้สั่งการให้กระทรวงการต่างประเทศ โดยกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย เป็นผู้จัดทำหนังสือมอบอำนาจเต็มแทน Head of State หรือ Head of Government ในการกระทำการแทนรัฐในเรื่องสนธิสัญญา จึงถือได้ว่าการจัดทำหนังสือมอบอำนาจเต็มเป็นผลผลิตขององค์กรฝ่ายบริหารในทางรัฐบาลเช่นกันเมื่อออกไปอยู่ในเวทีโลกแล้วรัฐบาลคือตัวแทนของรัฐในการติดต่อกับรัฐอื่น ๆ

กระทรวงการต่างประเทศของไทยจะมีบทบาทในเรื่องการวางนโยบายการต่างประเทศในฐานะองค์กรที่อุดมไปด้วยผู้เชี่ยวชาญและประสบการณ์ด้านการต่างประเทศและการทูต นับเป็นองค์ความรู้ของรัฐบาลเฉพาะด้านการต่างประเทศ เพราะเรื่องการต่างประเทศนั้นมีผลกระทบมากมายต่อรัฐหากดำเนินนโยบายไม่เหมาะสม ในทางปฏิบัติของหลายรัฐแล้วก่อนการตัดสินใจทางการเมืองระหว่างประเทศในระดับการเมือง กระทรวงการต่างประเทศจะมีส่วนร่วมในการเสนอแนะความเห็นเสมอ จึงถือว่าเป็นบทบาทสำคัญทั้งข้าราชการประจำและข้าราชการฝ่ายการเมืองของกระทรวงการต่างประเทศ

ในหลายต่อหลายประเทศนั้นเรื่องกิจการต่างประเทศไม่ได้อยู่ที่กระทรวงการต่างประเทศ หากแต่ได้กระจายภารกิจในด้านต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับกิจการภายในประเทศ อาทิ การค้าต่างประเทศหรือการค้าเงินการบริเวนชายแดนกับประเทศเพื่อนบ้าน ให้แก่องค์กรของรัฐอื่น ๆ ซึ่งก็ล้วนมีหน่วยงานภายในเพื่อรับผิดชอบกิจการต่างประเทศแต่ละด้านโดยตรงอยู่แล้ว แต่กระทรวงการต่างประเทศก็ยังคงต้องรับทราบข้อมูลต่าง ๆ จากหน่วยงานนั้น ๆ และหากจำเป็น กระทรวงการต่างประเทศก็ยังคงมีหน้าที่บางประการที่จะเป็นผู้เสนอข้อคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะทางนโยบายแก่หน่วยงานนั้น ๆ ได้⁷

กรณีส่วนราชการอื่นที่ทำหน้าที่กำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศนั้น ที่เห็นชัดคือเรื่องอาหารและการคลังและการพาณิชย์ สำหรับการอาหารคือกระทรวงกลาโหมที่จะเป็นผู้คาดคะเนกำลังพลทางทหารของประเทศต่าง ๆ นำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยก่อนกำหนดนโยบายการต่างประเทศของไทย ส่วนเรื่องการเงินการคลังของประเทศนั้น กระทรวงการคลังย่อมมีข้อมูลลึกซึ้งด้านเศรษฐกิจของโลกที่จะเป็นข้อมูลหลักประกอบการพิจารณาวางแผนนโยบายการต่างประเทศได้ เช่น หากประเทศจะดำเนินนโยบายกับประเทศหนึ่งแล้วจะมีเงินคงคลังเพียงพอดำเนินการหรือไม่ เทียบสกุลเงินของประเทศนั้น ๆ กับประเทศไทยแล้วค่าผันผวนต่างกันแค่ไหน เป็น

⁷ C Chatterjee, *International Law and Diplomacy*, First Published, (London : ,2007, pp. 153-154.

ต้น⁸ หรือถ้าเป็นเรื่องการค้าการพาณิชย์ระหว่างประเทศแล้วก็ย่อมเป็นกระทรวงพาณิชย์ที่เป็นองค์กรสำคัญที่จะมีทั้งข้อมูลและนโยบายการต่างประเทศในเรื่องการค้าเป็นพิเศษ เป็นต้น

3.2.1.2 องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

บทบาทขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องนโยบายการต่างประเทศอาจพิเคราะห์ได้ 2 กรณี ได้แก่ อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การที่รัฐสภามีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบเกี่ยวกับนโยบายต่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ ของรัฐบาล อาทิ การจัดทำหนังสือสัญญา หรือการประกาศสงคราม หรือข้อเสนอแนะต่าง ๆ เกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ หรือรัฐสภาจะคงอำนาจในการให้สัตยาบันสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ฝ่ายบริหารดำเนินการมา หรือคงอำนาจในการที่จะต้องตรากฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาหรืออนุวัติการสนธิสัญญาดังกล่าวด้วย ด้วยเหตุนี้เองการดำเนินการของรัฐบาลในเรื่องการตัดสินใจนโยบายต่างประเทศจึงมีปัจจัยที่ต้องพิจารณารอบด้าน นอกเหนือจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างการนำผลประโยชน์ของชาติเป็นที่ตั้งก่อนดำเนินนโยบายแล้วยังมีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาด้านความเป็นเสถียรภาพของรัฐบาลกับรัฐสภาในเรื่องพรรคการเมือง เรื่องบรรยากาศทางการเมืองของประเทศในขณะนั้น หรือบุคคลผู้นำรัฐบาลเอง ซึ่งเคยเกิดกรณีตัวอย่างในอดีตของสหรัฐอเมริกา เมื่อสภาคงเกรงเสียไม่สนับสนุนร่างสนธิสัญญาสันติภาพ (Treaty of Peace) หลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ให้ได้รับเสียงมากเพียงพอ (2 ใน 3)⁹ ส่งผลให้สุดท้ายแล้วสหรัฐอเมริกาไม่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) เป็นต้น

บทบาทอีกประการขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติคืออำนาจในการยับยั้งหรือถ่วงดุลฝ่ายบริหารในรูปแบบของการพิจารณาอนุมัติงบประมาณเพื่อดำเนินการนโยบายการต่างประเทศของฝ่ายบริหารในรัฐสภา หากการจัดสรรงบประมาณเพื่อดำเนินการดังกล่าวไม่มีเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือไม่ทำให้เป็นที่พอใจในรัฐสภา กฎหมายดังกล่าวอาจไม่ผ่านพิจารณา ฝ่ายบริหารก็จะไม่ได้รับอนุมัติงบประมาณไปดำเนินนโยบายการต่างประเทศ (อาจรวมถึงการทูตด้วย) นอกจากนั้นรัฐสภาย่อมมีอำนาจในการตั้งกระทู้สอบถามฝ่ายบริหารในเรื่องรัฐบาลดำเนินการอยู่ได้¹⁰ หรือในประเทศที่มีระบบคณะกรรมการในด้านการต่างประเทศ ฝ่ายบริหารก็ต้องรับฟังด้วย เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยหากการดำเนินนโยบายการต่างประเทศของฝ่ายบริหารใดที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนการดำเนินการเช่นการประกาศสงคราม การทำหนังสือสันติภาพ หรือหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของ

⁸ ณรงค์ สีนสวัสดิ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 43.

⁹ มณีนัย รัตนมณี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 60.

¹⁰ เพ็งอ้าง, น. 43.

ประเทศอย่างกว้างขวาง การดำเนินนโยบายทางการต่างประเทศ (ควบคู่กับการทูตเช่นเดียวกัน) ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา¹¹

จึงอาจกล่าวได้ว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอิทธิพลด้านการตรวจสอบควบคุมต่อการกำหนดนโยบายการต่างประเทศของฝ่ายบริหารมากกว่าจะเป็นผู้กำหนดนโยบายโดยตรง รัฐบาลจะต้อง “บริหาร” ทั้งในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพื่อเสถียรภาพของประเทศ และจะต้อง “บริหาร” ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาในทางการเมืองเพื่อเสถียรภาพของรัฐบาลเช่นกัน ซึ่งสามารถเรียกได้ว่าเป็นการตรวจสอบควบคุมทางการเมือง ซึ่งการกระทำทางการรัฐบาลย่อมต้องได้รับการตรวจสอบทางการเมือง จึงเป็นกระบวนการที่ถูกต้องตามหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว อย่างไรก็ตามความเข้มแข็งในการตรวจสอบฝ่ายบริหารของฝ่ายนิติบัญญัติขึ้นอยู่กับระบอบการปกครองภายในประเทศนั้นเป็นหลัก หากปกครองในระบอบประชาธิปไตยแล้วกระบวนการตรวจสอบย่อมเข้มแข็งขึ้นภายใต้กติการัฐธรรมนูญอันอาจอ่อนหรือเข้มข้นตามแต่บรรยากาศการเมืองของประเทศในช่วงนั้น ๆ หากแต่ถ้าเป็นประเทศที่ปกครองในระบอบเผด็จการแล้วการตรวจสอบโดยรัฐสภาก็อาจจะคาดหวังผลลัพธ์ไม่ได้

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178

“พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพสัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีกฎหมายกำหนดวิธีการที่ประชาชนจะเข้ามามีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็น และได้รับการเยียวยาที่จำเป็นอันเกิดจากผลกระทบของการทำหนังสือสัญญาตามวรรคสามด้วย

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ”

3.2.1.3 บทบาทของประชาชน

บทบาทของประชาชนต่อการวางนโยบายระหว่างประเทศนั้นประชาชนในฐานะผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจะมีส่วนร่วมเกี่ยวกับเรื่องนโยบายการต่างประเทศในเชิงการมีอิทธิพลต่อนโยบายต่างประเทศของรัฐบาลมากกว่าการเป็นผู้ควบคุมนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลเพราะรัฐบาลจะต้องรับฟังประชาชนเจ้าของอำนาจอธิปไตยโดยตรง สำหรับประเทศไทยแล้วประชาชนมีสิทธิการรับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะที่องค์กรรัฐครอบครองอยู่¹² และรัฐมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐด้วย¹³ อย่างไรก็ตามการดังกล่าวอาจจะได้รับการยกเว้นได้ในกรณีบางประการหรือที่กฎหมายอนุญาตให้เรื่องใดบ้างเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องเก็บไว้เป็นความลับหากมิเช่นนั้นจะเกิดผลเสียหายต่อรัฐได้รัฐสำหรับประเทศไทยแล้วกฎหมายนั้นคือพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540¹⁴ และเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่สำคัญลำดับต้น ๆ ที่หน่วยงานของรัฐอาจมีคำสั่งไม่ต้องเปิดเผยก็ได้

บทบาทของประชาชนนั้นอาจจะมีจำกัด กล่าวคือ การควบคุมนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลจะเป็นไปโดยยากเพราะผู้ดำเนินการในทางนโยบายที่แท้คือรัฐบาลที่จะเป็นผู้กำหนดในขั้นต้นก่อนว่าเรื่องใดบ้างที่เหมาะสมหรือจำเป็นที่จะต้องได้รับ “มติมหาชน” ก่อนดำเนินการ แม้การได้รับรองโดยมติมหาชนของประชาชนจะสร้างความยุ่งยากให้แก่รัฐบาลในทางบริหารแต่ก็เป็นพื้นฐานเสียงหรือความชอบธรรมให้ฝ่ายการเมืองในการดำเนินการนโยบายการต่างประเทศได้ดีเช่นกัน หากมิเช่นนั้นรัฐบาลเสียเองที่จะเจอปัญหาในเรื่องความนิยม และอาจจะไม่ได้รับการสนับสนุนทางการเมืองต่อไปจากประชาชนได้¹⁵ ตัวอย่างในอดีตจากสหรัฐอเมริกาเมื่อมีการวางนโยบายการต่างประเทศในเวียดนามอันส่งผลให้ประชาชนคัดค้านเป็นอันมาก ส่งผลให้ความนิยมต่อ

¹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 41 “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ

(1) ได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติ”

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 59” รัฐต้องเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยงานของรัฐที่มีข้อมูลเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐหรือเป็นความลับของทางราชการตามที่กฎหมายบัญญัติ และต้องจัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารดังกล่าวได้โดยสะดวก”

¹⁴ มาตรา 15 “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ”

¹⁵ มณีนัย รัตนมณี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 64.

พรรคเดโมแครต (Democrat Party) ที่เป็นรัฐบาลในขณะนั้นลดลงเป็นอย่างมาก¹⁶ ดังนั้น หากเป็นประเทศที่ปกครองโดยระบอบเผด็จการแล้วประชาชนไม่อาจมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายการต่างประเทศ กลับกันประชาชนอาจจะสนับสนุนรัฐบาลได้โดยหลงผิดเนื่องจากระบอบเผด็จการจะมีโอกาสในควบคุมการประชาสัมพันธ์ข่าวสารให้แก่ประชาชนในด้านเดียวในการโน้มน้าวสร้างความชอบธรรมในการจัดทำนโยบายการต่างประเทศ และสร้างแรงซังแก่ประเทศอื่นได้อย่างที่เคยปรากฏในเยอรมนีและอิตาลีก่อนในยุคสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้น¹⁷

3.2.2 การกำหนดนโยบายการต่างประเทศ

การนโยบายการต่างประเทศ หรือการเมืองระหว่างประเทศนั้นเป็นนโยบายสำคัญของประเทศชาติของทุกประเทศ องค์กรผู้ใช้อำนาจในกำหนดนโยบายต่างประเทศย่อมเป็นรัฐบาลในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารของประเทศตามที่ได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ กระทรวงการต่างประเทศของทุก ๆ รัฐจะรับบทเป็นที่ปรึกษารัฐบาลในด้านนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศ ควบคู่กันกับกระทรวงอื่น ๆ ของรัฐนั้นที่ดูแลหรือกำหนดนโยบายเฉพาะด้าน เช่น การค้าและเศรษฐกิจ การคมนาคม การอุตสาหกรรม การคลัง หน่วยงานความมั่นคงของรัฐนั้นตลอดจนทางทหารด้วยเช่นกัน เพื่อรัฐบาลจะนำมาหลอมรวมกันเป็น 1 ใน วิเทศব্যของรัฐบาลก่อนดำเนินการทางการเมืองต่างประเทศที่จะส่งต่อให้ฝ่ายการทูตไปปฏิบัติต่อไป

ปฏิบัติการเพื่อกำหนดนโยบายการต่างประเทศนั้นรัฐจะเลือกใช้เครื่องมือเพื่อดำเนินนโยบายในทางต่างประเทศซึ่งมีหลากหลายรูปแบบ ได้แก่ เครื่องมือทางการเมือง ซึ่งเป็นการใช้กำลังประหัตประหารกัน หรือเครื่องมือทางการเมือง คือการตั้งโต๊ะเจรจากัน หรือเครื่องมือทางเศรษฐกิจในการค้าระหว่างประเทศ หรือเครื่องมือทางการเมืองระหว่างประเทศหรือการหาผู้สนับสนุนในเวทีทางการเมืองระหว่างประเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม วิธีการดำเนินนโยบายการต่างประเทศที่ไม่ใช่การใช้กำลังนั้นล้วนมีความหมายอย่างกว้างว่าเป็นการทูตได้หมดทั้งสิ้น¹⁸

ไม่ว่าจะเป็นรัฐใดในโลกนี้ก็ล้วนที่จะวางนโยบายการต่างประเทศโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติ (National Interests) เป็นสิ่งแรก การกำหนดนโยบายการต่างประเทศตามแนวคิดเพื่อผลประโยชน์ของชาติต้องพิจารณาถึงเรื่องใดบ้างนั้น สามารถอธิบายได้ ดังนี้

3.2.2.1 การรักษาเอกราชและความมั่นคงของชาติ

ถือเป็นสิ่งแรกของการวางนโยบายการต่างประเทศของทุกชาติในโลกนี้ เพราะเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐ คือ ความอยู่รอดปลอดภัยในองค์ประกอบของรัฐ รัฐบาลจะต้องแนวคิดหลักของการกำหนดนโยบายการต่างประเทศนั้นคือผลประโยชน์แห่งชาติโดยนิยามของคำว่าผลประโยชน์ของชาตินั้นนี้อาจกล่าวได้ว่า (1) บูรณภาพของดินแดนรัฐ (Territorial Integrity) และ เอก

¹⁶ ณรงค์ สิ้นสวัสดิ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 43.

¹⁷ เฟิงอ้าว, น. 44.

¹⁸ อรุณ ภาณุพงศ์, *อำนาจของชาติในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ*, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.), น. 74.

ราชทางการเมือง (Political Independence)¹⁹ ไม่ปล่อยให้รัฐอื่นเข้ามารุกรานหรือรบกวนอาณาเขตของรัฐ หรือเอกราชของรัฐ หรือแบ่งแยกอธิปไตยของรัฐ ยกตัวอย่างเช่นการที่รัฐขนาดเล็กวางนโยบายการต่างประเทศของตนกับประเทศมหาอำนาจของโลกในยุคสงครามโลกเพื่อที่จะได้รับการสนับสนุนในเรื่องการเมืองระหว่างประเทศเพื่อสร้างอำนาจในการป้องกันประเทศขึ้นมาได้ ดังนั้น ด้วยเหตุเรื่องปกป้องชาติและความมั่นคงทำให้การต่างประเทศจึงมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับการทหารจนอาจจะแยกออกกันไม่ได้²⁰

3.2.2.2 ความเจริญในทางเศรษฐกิจของชาติ

การพัฒนาชาติในเรื่องทางเศรษฐกิจนั้นเป็นสิ่งที่รัฐต้องรักษาและให้ได้มาด้วยเช่นกัน ซึ่งนโยบายการต่างประเทศจะเข้ามามีบทบาทในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับประเทศนั้น ๆ เพื่อให้มาซึ่งเอกสิทธิ์หรือประโยชน์หรือการคุ้มครองในทางการค้า การลงทุน ไม่ว่าจะเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายก็ตาม การดำเนินการจะอยู่ในรูปแบบแนวนโยบายจนไปถึงข้อตกลงระหว่างประเทศก็ย่อมได้ ตัวอย่างเช่นกรณีความสัมพันธ์ของคิวบาและสหรัฐอเมริกา ในอดีตนั้นคิวบาต้องหวังพึ่งพาความช่วยเหลือของสหรัฐอเมริกาในด้านต่าง ๆ จึงได้ยอมอุดหนุนสินค้าจำพวกผ้าของสหรัฐอเมริกาแทนที่จะเลือกซื้อของประเทศญี่ปุ่นทั้งที่ราคาต่ำกว่า ต่อมาเมื่อคิวบาเลิกติดต่อกับสหรัฐอเมริกาและไปติดต่อกับสหภาพโซเวียตผู้ซึ่งเป็นคู่แข่งโดยตรงของสหรัฐอเมริกาในขณะนั้น ทำให้คิวบาได้รับความช่วยเหลืออย่างดีจากสหภาพโซเวียตทั้งการทหารและเศรษฐกิจ²¹

3.2.2.3 เกียรติภูมิของชาติ (Prestige)

ความหมายของเกียรติภูมิของชาติคือภาพพจน์ของรัฐในเวทีโลกที่ต่างประเทศมองมาที่รัฐนั้น ๆ รัฐจึงต้องสร้างเกียรติภูมิของชาติในทางสังคม พฤติกรรม ชื่อเสียง เศรษฐกิจ ความยุติธรรม เป็นต้น เพราะในเวทีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแล้วเกียรติภูมิของชาติจะกระทบต่อของอำนาจของชาติด้วย ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ในการสร้างให้ประเทศอื่น ๆ ในโลกประทับใจในรัฐตน และมองรัฐตนในแง่ดี และเกียรติภูมิของชาติที่ดีจะส่งเสริมให้รัฐจะสามารถสำเร็จในนโยบายระหว่างประเทศได้²²

ดังนั้น โดยเหตุผลข้างต้นแล้วอาจสรุปได้ว่าความสำเร็จของนโยบายการต่างประเทศคือการที่รัฐบาลสามารถที่จะรักษาเอกราช อธิปไตย และบูรณภาพของดินแดนรัฐไว้อย่างสมบูรณ์ ตลอดจนทำให้รัฐมีความสามารถที่จะรักษาผลประโยชน์ของชาติด้านการพัฒนาและความอยู่ดีกินดีของคนในชาติที่จะรักษาเกียรติภูมิของชาติ และความสามารถที่จะให้สร้างสถานการณ์ในเวที

¹⁹ ศิโรตม์ ภาคสุวรรณ, ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ : ทฤษฎีและพฤติกรรม (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521), น. 117.

²⁰ พยง ชูติกุล, “การทูตในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยกำลังอำนาจแห่งชาติ การทูตกับการทหาร,” ใน คติพจน์สดุดีพระคุณของมารดา การทูต อนุสรณ์ฉลองพระคุณในงานฉัตรมงคลคุณแม่ช่อน ชูติกุล, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ), 2517, น. 28.

²¹ ศิโรตม์ ภาคสุวรรณ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น. 119.

²² มณีนัย รัตนมณี, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 47.

ระหว่างประเทศและสังคมโลกจากภายนอกให้เกื้อกูลแก่การสร้างความเจริญรุ่งเรืองแก่ชาติ ซึ่งที่กล่าวมาคือ “ผลประโยชน์ของชาติ” ซึ่งเป็นเป้าหมายของหลักแกนของนโยบายต่างประเทศของทุกประเทศ²³

กล่าวโดยสรุปได้ว่า “การนโยบายการต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศ” มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลไม่ใช่การกระทำทางปกครอง องค์การตัดสินใจจะเป็นคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล ซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง ผู้ตัดสินใจจะไม่ใช้ข้าราชการฝ่ายประจำ แต่ข้าราชการประจำอย่างกระทรวงการต่างประเทศเป็นองค์กรที่คอยสนับสนุนข้อมูลประกอบการตัดสินใจในนโยบายการต่างประเทศของประเทศไทยและในสายตาของกฎหมายไทยก็ได้ถือว่าการดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศซึ่งอาจหมายรวมถึงทางการทูตด้วยนั้นมิให้นำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ²⁴ หากเป็นเช่นนี้แล้วเมื่อเป็นการดำเนินการทางการเมืองฝ่ายการเมืองก็ต้องรับผิดชอบทางการเมือง กล่าวในทางกลับกันคือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้เข้ามามตรวจสอบการดำเนินการทางนโยบายต่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง

3.3 การทูต

การทูตเป็นเรื่องใกล้ชิดกันอย่างยิ่งกับการต่างประเทศอย่างที่ได้เคยกล่าวไว้ก่อนหน้านี้ ซึ่งการใกล้ชิดกันนั้นก็ย่อมสร้างความสับสนหรือเข้าใจผิดบ้างในบางกรณีได้ จึงควรทำความเข้าใจในเนื้อหาและความหมายที่แท้จริงของการทูต (Diplomacy) และการนโยบายต่างประเทศ (Foreign Policy) และรูปแบบของการกระทำทางการทูตว่าจะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางปกครอง เพื่อจะได้นำไปสู่การทำความเข้าใจเรื่องการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยองค์กรตุลาการได้หรือไม่

3.3.1 นิยามและความหมายของการทูต

การทูต หรือ Diplomacy โดยคำคำเดียวอาจมีความหมายได้หลากหลายทั้งในทางวิชาการหรือการเจรจา Diplomacy มีรากศัพท์มาจากคำว่า “Diploma” ในภาษากรีกซึ่งแปลว่า “ฉบับ”²⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานของไทยได้ให้ความหมายซึ่งมุ่งเน้นไปในทางตัวบุคคลมากกว่าคือ“(ค่านาม) ผู้นำข้อความไปแจ้งทั้ง 2 ฝ่าย, ผู้รับใช้ไปเจรจาแทน, ผู้สื่อสาร, ผู้ที่ได้รับ

²³ อรุณ ภาณุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 18*, น. 74.

²⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4

²⁵ ดิเรก ชัยนาม, *การทูต*, (พระนคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2490), น. 1.

มอบหมายให้เป็นผู้แทนไปยังต่างประเทศ เพื่อเจรจาหรือเจริญสัมพันธไมตรีเป็นทางราชการ”²⁶ หากเป็นไปตาม Black’s Law Dictionary ให้ความหมายไว้ว่า “The art and practice of conducting negotiations between national governments”²⁷ หรือที่หม่อมเจ้าดิลกฤทธิ กฤดากร อดีต ปลัดกระทรวงการต่างประเทศเคยนิยามไว้ว่า “การทูตคือการจัดการความสัมพันธ์ระหว่างในการเจรจาวิธีการที่เอกอัครราชทูตและรัฐทูตใช้ในการปรับและดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศธุรกิจหรือ ศิลปของนักการทูต”²⁸ หรือคำว่า การทูตจะหมายถึง “การดำเนินการโดยใช้วิธีการเจรจาและวิธีชักจูง เพื่อที่จะให้ประเทศอื่นยอมรับทำทันทโยบายของประเทศไทยผ่านกระทรวงการต่างประเทศ”²⁹ หรือที่ Sir Ernest Satow นักกฎหมายสัญญาติบริติชชื่อดังให้คำนิยามไว้ว่า “Diplomacy is the application of intelligence and tact to the conduct of official relations between the governments of independent states, extending sometimes also to their relations with the vassal states; or more briefly still, the conduct of business between states by peaceful means.”³⁰ ซึ่ง ศาสตราจารย์ดิเรก ชัยนาม ได้ถอดความเป็นภาษาไทยว่า “การทูตเป็นดั่งศิลปะและการกระทำของการเจรจาในธุรกิจอย่างใหญ่ เป็นการใช้ไหวพริบและความแนบเนียนในการดำเนินความสัมพันธ์ทางราชการระหว่างรัฐบาล”³¹ หรือความหมายแบบสั้นคือ การทูตเป็นดั่งวิธีการปรับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ³² กล่าวคือ การทูตเป็นการดำเนินวิเทศนโยบาย (Foreign Policy) ที่รัฐบาลกำหนดมาโดยการใช้รูปแบบการดำเนินการทางการเจรจา การให้ความช่วยเหลือ หรือการดำเนินการอื่น ๆ ทาง การทูต เป็นการเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธีเพื่อป้องกันภัยสงครามที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของ ประเทศ เป็นต้น ซึ่งหากเปรียบเทียบว่าทหารเป็นแม่ทัพในยามสงครามแล้ว นักการทูตย่อมเปรียบดั่ง

²⁶ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 579.

²⁷ Black’s Law Dictionary, 7th Edition, United States of America, p. 470.

²⁸ หม่อมเจ้าดิลกฤทธิ กฤดากร, “คำบรรยายซึ่งทรงแสดง ณ วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร,” ใน ประวัติความเป็นมาและรูปงานของกระทรวงการต่างประเทศไทยและระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจัดพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพนายจิตร สายะศิลป์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การพิมพ์พาณิชย์, 2499), น. 77.

²⁹ อรุณ ภาณุพงศ์, *การทูตและการระหว่างประเทศ*, การบรรยายพิเศษ โครงการดิเรก ชัยนาม เมโมเรียลเลคเชอร์ ซีรีส์ ปีการศึกษา 2529, พิมพ์ครั้งที่สอง, (กรุงเทพมหานคร, ม.ป.พ.), 2531. หน้า 3.

³⁰ Sir Ernest Satow, *Satow’s Guide to Diplomatic Practice*, edited by Lord Gore-Booth, Fifth Edition, (New York, 1979), p. 3.

³¹ ไพโรจน์ ชัยนาม, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*, น. 1.

³² มณีนัย รัตนมณี, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 69.

แม้ทัพในยามสันติเพื่อจุดประสงค์ในการรักษาผลประโยชน์ของชาติตนทั้งสิ้น³³ และการทูตอาจหมายความว่าคือกระทรวงการต่างประเทศในนัยยะว่าเป็นผู้รับดำเนินการก็ได้ ส่วนในแวดวงราชการแล้วคำว่า “ทูต” นั้นจะหมายถึงบุคคลที่ดำรงตำแหน่งเอกอัครราชทูต (Ambassador)

คำว่า Diplomacy จึงมีความหมายที่หลากหลายจนอาจสับสนมากกว่าแค่คำว่า การทูต ซึ่งพระเจ้าวรวงศ์เธอ กรมหมื่นนคราธิปพงศ์ประพันธ์³⁴ ทรงเคยสรุปไว้ว่า “การทูตได้แก่การที่ทูตมีหน้าที่ปฏิบัติ คือการเป็นผู้แทนประเทศของตนในต่างประเทศ มีหน้าที่สำคัญในการเจรจาปัญหาต่าง ๆ ระหว่างประเทศทั้งสองนั้น ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในเรื่องใดก็ตาม ถ้าเป็นปัญหาเฉพาะอย่างก็อาจอาศัยข้าราชการผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ เป็นผู้เจรจาแทนได้ แต่ในปัญหาหลักการหรือปัญหาข้อนโยบายหรือการเมืองแล้ว ทูตย่อมเป็นผู้เจรจาเอง และในการนี้ต้องใช้ไหวพริบและความแนบเนียนเป็นสำคัญ”³⁵

ดังนั้น “การทูต” เมื่อพิจารณาถึงรากศัพท์และความหมายจึงสามารถสรุปได้ว่า การทูตหมายถึง การนำนโยบายในด้านการต่างประเทศหรือนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศซึ่งกำหนดโดยองค์กรฝ่ายบริหารของรัฐไปดำเนินการและปฏิบัติโดยเคร่งครัดเพื่อให้บรรลุผลสูงสุด ผ่านบุคลากรของรัฐในฝ่ายบริหารซึ่งปกติแล้วคือนักการทูต ทั้งที่ประจำการในประเทศไทยและประจำการอยู่ในต่างประเทศ โดยอาศัยกลไกทางการทูตต่าง ๆ ทั้งเป็นศาสตร์ (กฎหมายระหว่างประเทศ) และเป็นศิลป์ (การเจรจาโน้มน้าว) กับรัฐบาลต่างประเทศ

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจถึงการทูตและการต่างประเทศผ่านยุคสมัยของไทยของสังคมโลกนั้นย่อมสร้างความเข้าใจและความหมายของกิจการต่างประเทศ การนโยบายต่างประเทศ และการทูตมากขึ้น ดังนั้น การทำความเข้าใจถึงประวัติศาสตร์และความเป็นมาของกระทรวงการต่างประเทศของไทยย่อมช่วยในการทำความเข้าใจถึงความหมายในปัจจุบันได้ จึงขออธิบายดังต่อไปนี้

3.3.2 ประวัติศาสตร์การทูตไทย

เพื่อประโยชน์ในการศึกษาถึงรูปแบบและการกระทำทางการทูตของประเทศไทยซึ่งการทูตและวิเทศব্যของประเทศไทยมีชื่อเสียงในเวทีโลกอย่างสูงทั้งในช่วงยุคล่าอาณานิคมของประเทศตะวันตกและช่วงสงครามโลกทั้ง 2 ครั้ง จึงขออธิบายถึงประวัติศาสตร์ทางการทูตของไทยโดยสังเขปดังนี้

ย้อนอดีตไปในในยุคสุโขทัย ได้เคยปรากฏเอกสารหลักฐานบางประการว่าในยุคสุโขทัยนั้นมีการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศจีนในยุคราชวงศ์หยวน โดยไทยกับจีนได้ติดต่อกันทางทะเลโดยอาศัยเรือสำเภาเป็นหลัก นอกจากนั้นสุโขทัยยังมีความสัมพันธ์กับลังกาในการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมทางศาสนาพุทธ เนื่องจากการเผยแผ่พระพุทธศาสนาในยุคนั้นได้รับอิทธิพลจากนิกายเถรวาทจากลังกา และปรากฏหลักฐานในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ด้วย³⁶

³³ พยง ชูติกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.17.

³⁴ 25 สิงหาคม พ.ศ. 2434-5 กันยายน พ.ศ. 2519

³⁵ ดิเรก ชัยนาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 27, น. 3.

³⁶ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, ประวัติศาสตร์การทูตไทย, (กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2561), น. 6-7.

ถัดมาในยุคกรุงศรีอยุธยาไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศอื่น ๆ ทั้งประเทศเพื่อนบ้าน จีน ญี่ปุ่น อาหรับ เปอร์เซีย อินเดีย ชาว มลายู และกับประเทศจากตะวันตกมากขึ้นเป็นลำดับ โดยเฉพาะในช่วงสมัยตอนปลายของกรุงศรีอยุธยาที่มีการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองภายในกรุงศรีอยุธยาก่อปรกับพัฒนาการในการเดินเรือที่สูงขึ้นส่งผลการดำเนินการทางการทูตในยุคนี้มีจำนวนมากขึ้น ทั้งการพาณิชย์ การเผยแผ่ศาสนา การเจริญสัมพันธ์ทางพระราชไมตรี การเมืองระหว่างประเทศ ทางวัฒนธรรม สถาปัตยกรรม ศิลปกรรม ดาราศาสตร์ และวิวัฒนาการด้านการศึกษสงคราม เป็นต้น ซึ่งส่งผลให้กรุงศรีอยุธยาได้รับความเจริญก้าวหน้าผ่านการเรียนรู้สิ่งใหม่ ๆ จากโลกภายนอกมากขึ้นตลอดระยะเวลากว่า 400 ปีของยุคสมัยกรุงศรีอยุธยานั่นเอง สำหรับประเทศตะวันตกชาติแรก que เข้ามาเจริญสัมพันธ์ไมตรีด้วยคือโปรตุเกส โดยปรากฏหลักฐานตั้งแต่ยุค พ.ศ. 2054 นอกจากนี้ยังมีประเทศฮอลันดา สหราชอาณาจักร โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับประเทศฝรั่งเศส ซึ่งไทยได้เคยส่งคณะราชทูตไปเจริญพระราชไมตรีด้วย³⁷

สำหรับยุคสมัยกรุงธนบุรีนั้นนับว่าเป็นยุคเวลาเปลี่ยนผ่านการปกครองจากสมัยกรุงศรีอยุธยาไปยังกรุงรัตนโกสินทร์ แต่ก็ได้มีการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตกับนานาประเทศตลอดเวลา 15 ปีของราชสำนักสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช จุดประสงค์เพื่อดำเนินวิเทศาบายทางการทูตในการเสริมสร้างความมั่นคงทางการเมืองของราชอาณาจักรและพระราชสถานะของสมเด็จพระเจ้าตากสินมหาราช และเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจกรุงธนบุรี ผ่านความสัมพันธ์กับประเทศจีน กัมพูชา ลาว (กรุงศรีสัตนาคนหุตเวียงจันทน์) และสหราชอาณาจักรผ่านบริษัทอินเดียตะวันออก และดัตช์³⁸

ในยุคต้นของกรุงรัตนโกสินทร์นั้นพระบาทสมเด็จพระพุทธยอดฟ้าจุฬาโลกมหาราชได้ทรงดำเนินวิเทศาบายทางการทูตสืบเนื่องจากยุคสมัยกรุงธนบุรีเพื่อดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตเพื่อสร้างการยอมรับพระราชสถานะอันชอบธรรมของพระมหากษัตริย์จากรัฐคู่สัมพันธ์ เพื่อเสถียรภาพทางการเมือง และเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และทางสังคมและวัฒนธรรม ซึ่งประเทศตะวันตกได้เข้ามามีบทบาทมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวไทยได้ทำสนธิสัญญากับสหราชอาณาจักรเมื่อปี พ.ศ. 2369 ว่า “สัญญาทางพระราชไมตรีและการพาณิชย์” หรือที่รู้จักกันว่า “สนธิสัญญาเบอร์นี”³⁹ จนกระทั่งในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของการเปลี่ยนแปลงการทูตของประเทศไปสู่รูปแบบสากลทั้งเนื้อหาและรูปแบบ โดยได้ปรับแนวคิดการดำเนินความสัมพันธ์กับต่างประเทศโดยสันติวิธีผ่านทางทางการทูตเพื่อรับมือการคุกคามจากภายนอก โดยผลกระทบโดยตรงจากนโยบายการล่าอาณานิคมของประเทศตะวันตก อันนำมาสู่การปฏิรูปแนวปฏิบัติทางการทูตภายในประเทศ การส่งคณะราชทูตไปเจริญพระราชไมตรีกับราชสำนักสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส การแต่งตั้งชาวต่างชาติดำรงตำแหน่งกงสุลกิตติมศักดิ์ในสิงคโปร์ ปีนัง ลอนดอน และปารีสการจัดทำสนธิสัญญากับ 9 ประเทศ ได้แก่ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เดนมาร์ก โปรตุเกส

³⁷ เฟิ่งอ้าง, น. 8-37.

³⁸ เฟิ่งอ้าง, น. 60-81.

³⁹ Treaty between the King of Siam and Great Britain, June 20, 1826.

เนเธอร์แลนด์ เยอรมนี เบลเยียม และสวีเดน⁴⁰ โดยเฉพาะกับสหราชอาณาจักร อันเป็นที่มาของ สนธิสัญญาทางไมตรี ฉบับปี พ.ศ. 2398 หรือที่เรารู้จักกันว่า “สนธิสัญญาเบาว์ริง”⁴¹

ในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้นนโยบายทางการทูตของไทย เป็นการดำเนินนโยบายทางการทูตที่สานต่อจากรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เพื่อ การสร้างความสากลของการทูตไทยและต่อคณะทูตต่างประเทศ การดำเนินนโยบายทางการทูตเพื่อ การรับมือจากภัยคุกคามจากภายนอกประเทศตะวันตกเพื่อรักษาเอกราชและอธิปไตยของ ราชอาณาจักรไทยไว้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวิกฤตการณ์ ร.ศ. 112 ระหว่างไทยกับฝรั่งเศส ซึ่งได้ประสบ ความสำเร็จอย่างงดงามด้วยการดำเนินการทางการทูต พร้อมกันกับได้มีการจัดตั้งสถานราชทูตไทยใน ต่างประเทศและแต่งตั้งผู้แทนในระดับอัครราชทูตวิสามัญผู้มีอำนาจเต็มไปประจำการ อนึ่ง เหตุการณ์ สำคัญอีกประการคือ “กระทรวงการต่างประเทศ” ได้จัดตั้งขึ้นในรัชสมัยนี้เช่นกัน⁴²

ในยุครัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวนั้นประเทศไทยนโยบายทางการทูต ของไทยได้มีบทบาทสำคัญเนื่องจากได้เกิดเหตุการณ์สงครามโลกครั้งที่ 1 ขึ้น⁴³ ซึ่งในช่วงต้นของ สงครามนั้นประเทศไทยได้ดำเนินวิธีทางการทูตโดยการวางตัวเป็นกลาง ต่อมาเมื่อสงครามได้ดำเนินไป กว่า 3 ปีนั้น ประเทศไทยได้มีการตัดสินใจเข้าร่วมกับฝ่ายสัมพันธมิตรโดยการประกาศสงครามขาดทาง พระราชไมตรีกับฝ่ายอักษะตามแนวปฏิบัติสากล ตามประกาศกระแสพระบรมราชโองการ ลงวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460⁴⁴ และไทยได้มีการจัดตั้งกองทหารอาสาจำนวน 1,250 นาย เดินทางเข้าไป ปฏิบัติหน้าที่ในเยอรมนีภายหลังสงครามโลกยุติลงแล้ว และผู้แทนประเทศไทยได้มีส่วนร่วมกับผู้แทน จากประเทศอื่นอีก 32 ประเทศในการประชุมเพื่อจัดทำสัญญาสันติภาพหรือที่เรียกว่า “สนธิสัญญาแวร์ ซาย”⁴⁵ และประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสันนิบาตชาติ (League of Nations) และถือเป็น ประสบการณ์ทางการทูตแบบพหุภาคีครั้งแรกของไทย ซึ่งในระหว่างการประชุมนั้นคณะผู้แทนไทยได้ ถือโอกาสในการขอแก้ไขสนธิสัญญาทางพาณิชย์ในอดีตที่ไม่เท่าเทียมกันกับคณะผู้แทนสหราชอาณาจักร

⁴⁰ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, *อ่าวแล้ว เจริญรุ่งเรือง* ที่ 39, น. 104-121.

⁴¹ Treaty of Friendship and Commerce between Siam and Great Britain, Signed at Bangkok, April 18, 1855.

⁴² สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, *อ่าวแล้ว เจริญรุ่งเรือง* ที่ 39, น. 124-151.

⁴³ สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง (World War I) สงครามที่มีศูนย์กลางการสู้รบในทวีปยุโรป ระหว่างปี ค.ศ. 1914 ถึง ค.ศ. 1918

⁴⁴ ประกาศกระแสพระบรมราชโองการว่าด้วยการสงครามซึ่งมีต่อประเทศเยอรมนีและ ออสเตรียฮังการี 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460

⁴⁵ สนธิสัญญาสันติภาพระหว่างฝ่ายสัมพันธมิตรกับเยอรมนีลงนาม ณ ปราสาทแวร์ซาย 28 มิถุนายน ค.ศ. 1919 หรือ Treaty of Peace Between the Allied And Associated Powers and Germany, Signed at Versailles, 28 June 1919.

อาณาจักร ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ริเริ่มในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว และสำเร็จในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว

ภายหลังยุคเปลี่ยนแปลงการปกครองของประเทศไทยในปี พ.ศ. 2475 นั้น ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลประเทศไทยและรัฐบาลไทยได้พบกับความท้าทายในการดำเนินนโยบายทางการทูตกับต่างประเทศเนื่องจากได้เกิดสงครามมหาเอเชียบูรพาและสงครามโลกครั้งที่ 2 ขึ้นอีกครั้ง โดยประเทศไทยได้เริ่มต้นโดยการวางนโยบายวางตัวเป็นกลาง แต่ต่อมาในวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485 รัฐบาลของจอมพล ป. พิบูลสงครามได้ประกาศสงครามกับสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา⁴⁶ ซึ่งได้ก่อให้เกิด “ขบวนการเสรีไทย” ขึ้นในสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกา ต่อมาเมื่อประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศยอมแพ้สงครามโดยไม่มีเงื่อนไขเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2488 นั้น ฝ่ายสัมพันธมิตรได้ประสานขบวนการเสรีไทยเพื่อเสนอแนะให้รัฐบาลไทยนำไปสู่การยุติการสู้รบและเจรจายุติสถานะสงคราม ซึ่งประเทศไทยได้รับทราบและปฏิบัติตามคำแนะนำ ซึ่งประเทศไทยได้ออก “ประกาศสันติภาพ” ลงวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488⁴⁷ โดยมีเนื้อหาว่าการประกาศสงครามของไทยต่อบริเตนใหญ่นั้นเป็นการกระทำผิดจากเจตจำนงของประชาชนชาวไทยและฝ่าฝืนขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายบ้านเมือง และได้ส่งมอบดินแดนซึ่งญี่ปุ่นได้มอบให้ไทยครอบครองคืน และต่อมาโดยภายใต้การดำเนินนโยบายทางการทูตของไไทยนั้น ประเทศไทยได้จัดทำความตกลงเพื่อยุติสถานะสงครามระหว่างประเทศไทยกับสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกาคืนสู่สภาพในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2⁴⁸

และช่วงในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชใช้นโยบายทางการทูตของไทยได้ฟื้นฟูการดำเนินการทางการทูตในระดับประมุขของประเทศไทยในการจัดรับพระราชอาคันตุกะที่เสด็จหรือเยือนประเทศไทยอย่างเป็นทางการ รวมถึงการเสด็จพระราชดำเนินเยือนต่างประเทศอย่างเป็นทางการ และได้ฟื้นฟูสถานะของประเทศไทยในเวทีระหว่างประเทศในระดับพหุภาคีในฐานะสมาชิกองค์การสหประชาชาติ (United Nations) ซึ่งตอนแรกตั้งเมื่อ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2488 นั้น ประเทศไทยยังไม่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกโดยเหตุว่าอยู่ในระหว่างเจรจาทางการทูตเพื่อยุติสถานะสงครามของประเทศ โดยการเจรจาทางการทูตมีบทบาททำให้ประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกลำดับที่ 55 ได้สำเร็จเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2489 และจัดตั้งกรอบความร่วมมือระหว่างประเทศในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ “สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้” หรือ “อาเซียน”⁴⁹ ขึ้นมา

⁴⁶ ประกาศสงครามต่อบริเตนใหญ่และสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485

⁴⁷ ประกาศสันติภาพ ลงวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488

⁴⁸ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 39*, น.199-124.

⁴⁹ “สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้” หรือ ASEAN หรือ “Association Of Southeast Asian Nation” จัดขึ้นครั้งแรกโดยปฎิญญากรุงเทพ (Bangkok Declaration) ณ วังสราญรมย์ เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2510

สำหรับความสัมพันธ์ระดับทวิภาคีนั้นประเทศไทยแก้ไขปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของไทยกับประเทศต่าง ๆ ในยุคที่โลกกำลังพบการสลายอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจ⁵⁰

ดังนั้น จากที่กล่าวมานั้นการดำเนินการทางการทูตของไทยในประวัติศาสตร์นั้นมีบทบาทและความสำคัญในการเพื่อรักษาเอกราชและความเป็นอธิปไตยของชาติไทยเคียงคู่กับการพัฒนาประเทศในสังคมโลกกับนานาประเทศ และเป็นบทบาทหน้าที่ของฝ่ายบริหารของประเทศมาโดยตลอด

3.3.3 ประวัติกระทรวงการต่างประเทศ

ภารกิจในกิจการต่างประเทศของประเทศไทยนั้นมีหน่วยงานที่สำคัญของประเทศไทยที่รับหน้าที่ดำเนินการดังกล่าว คือ “กระทรวงการต่างประเทศ” ฐานองค์กรที่รักษาความมั่นคงของรัฐโดยสันติวิธี และส่งเสริมภารกิจของรัฐกับนานาประเทศเพื่อพัฒนาประเทศต่อไป ซึ่งเป็นหน่วยงานสากลของโลกที่จะต้องมีการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศนั้น ๆ เป็นผู้รับผิดชอบในงานการทูต แม้ในงานกิจการต่างประเทศในปัจจุบันมีหลากหลายไม่ได้จำกัดแค่กระทรวงการต่างประเทศตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว อย่างไรก็ตาม องค์กรหลักของประเทศไทยก็ยังคงเป็นกระทรวงการต่างประเทศทั้งในด้านการเมืองระหว่างประเทศ การดูแลความสัมพันธ์แบบทวิภาคีกับประเทศต่าง ๆ และระดับพหุภาคีกับองค์การระหว่างประเทศ ด้านกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา และด้านการกงสุลในการดูแลคนไทยในต่างประเทศ

เนื่องจากการต่างประเทศเป็นภารกิจซึ่งประเทศไทยได้ให้ความสำคัญมาโดยตลอด กระทรวงการต่างประเทศจึงมีประวัติอันยาวนาน จึงขอกล่าวถึงประวัติกระทรวงการต่างประเทศโดยสังเขป ดังนี้

ย้อนไปในอดีตของไทยยุคกรุงศรีอยุธยา ในรัชสมัยของสมเด็จพระบรมไตรโลกนาถได้มีระเบียบบริหารราชการแผ่นดินเป็นครั้งแรกในรูปแบบ “จตุสดมภ์” ซึ่งประกอบไปด้วย กรมเวียง กรมวัง กรมคลัง และกรมนา เป็นต้น 4 แผนกการปกครองแผ่นดินซึ่งสืบทอดมาจนถึงยุคต้นของกรุงรัตนโกสินทร์⁵¹ ซึ่งมีเสนาบดีเป็นดั่งผู้บังคับบัญชากรมต่าง ๆ ได้แก่ (1) เสนาบดีกรมเมือง รับผิดชอบเขตพระราชธานี ดูแลความสงบเรียบร้อยและปราบปรามโจรผู้ร้ายบ้านเมืองทั่วไป (2) เสนาบดีกรมวัง เป็นดั่งหัวหน้าในสำนักพระราชวัง ดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในพระราชวัง (3) เสนาบดีกรมคลัง เป็นผู้รับผิดชอบบังคับบัญชาเกี่ยวกับการเงินที่จะเข้ามาในพระคลัง รวมถึงการจ่ายในราชการ ตลอดจนการบังคับจัดการจัดเก็บภาษีอากรทั้งปวง (4) เสนาบดีกรมนา รับผิดชอบการตรวจไร่นาและเก็บ

⁵⁰ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 39*, น. 219-236.

⁵¹ ส่งา นิลกำแหง, “ประวัติกระทรวงการต่างประเทศ,” ใน ประวัติความเป็นมาและรูปงานของกระทรวงการต่างประเทศไทยและระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับหนังสือเดินทางจัดพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพนายจิตร สายะศิลป์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การพิมพ์พาณิชย์, 2499), น. 60.

ภาษีทานา⁵² โดยเสนาบดีกรมคลังนั้นตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 3 เป็นเจ้าพระยาพระคลัง⁵³ดำรงตำแหน่งมาโดยตลอด

หน้าที่ของเจ้าพระยาพระคลังนั้นต่อมาได้พัฒนาบทบาทมากขึ้นโดยไม่ได้จำกัดแค่การเงินการคลังของราชอาณาจักรเท่านั้น แต่ต้องว่าราชการเกี่ยวกับการต่างประเทศด้วยเนื่องจากพ่อค้าต่างชาติได้เดินทางเรือเข้ามาค้าขายในประเทศไทย ทำให้พระมหากษัตริย์ทรงเล็งเห็นโอกาสที่จะทำการค้ากับต่างชาติจึงโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาพระคลังแต่งสำเภาออกไปค้าขายกับประเทศข้างเคียง ซึ่งสร้างรายได้แก่แผ่นดินเป็นอย่างดี จึงเป็นที่มาของการจัดตั้งกรมพระคลังสินค้าเพื่อดำเนินการค้ากับต่างประเทศเป็นสำคัญ กรมพระคลังสินค้าจึงมีหน้าที่ในการรับรองสำเภาพาณิชย์ของต่างชาติหรือคนต่างชาติเข้ามาในประเทศไทย และเมื่อการค้าขายเจริญรุ่งเรืองขึ้นตามความเจริญของโลกเรื่อย ๆ มากขึ้น พระมหากษัตริย์จึงโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาพระคลังทำหน้าที่เป็นผู้รับรอง จึงเกิดให้มีพนักงานเจ้าท่าสำหรับรับรองคนต่างประเทศโดยเฉพาะ จนกระทั่งพัฒนาเป็นกรมขึ้นอีก 1 กรมเพื่อรับผิดชอบภารกิจดังกล่าวเป็นการเฉพาะ ซึ่งกรมนี้ได้แก่ “กรมท่า”⁵⁴ ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของกระทรวงการต่างประเทศของไทย⁵⁵

ในเวลาต่อเมื่อปี พ.ศ. 2418 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้แยกราชการด้านการคลังออกจากกรมท่า และทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เจ้าพระยาภาณุวงศ์มหาโกษาธิบดี (ท้วม บุนนาค) ดำรงตำแหน่ง “ผู้ว่าการต่างประเทศ” ในกรมท่า โดยที่ยังไม่ใช่กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งนามว่า “กระทรวงการต่างประเทศ” ได้ถือกำเนิดขึ้นในปี พ.ศ. 2431 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงยกเลิกระบบจตุสดมภ์และทดลองใช้ระบบเสนาบดีสภาเมื่อปี พ.ศ. 2431 โดยกระทรวงการต่างประเทศเป็นหนึ่งในสี่กระทรวงแรกของแผ่นดิน และต่อมาอีก 4 ในปี พ.ศ. 2435 ได้พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ใช้ระบบบริหารราชการแผ่นดินซึ่งประกอบด้วยส่วนราชการ 12 กระทรวง พร้อมทั้งกระทรวงการต่างประเทศซึ่งสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยาเทวะวงศ์วโรปการ⁵⁶ ทรงดำรงตำแหน่งปฐมเสนาบดีกระทรวงการต่างประเทศ และมีการจัดระเบียบกระทรวงการต่างประเทศในยุคก่อตั้งนั้นได้แบ่งส่วนราชการออกเป็น 5 กอง ได้แก่ กองเสนาบดี กองบัญชี กองเก็บ กองทูต และกองกงสุล⁵⁷

⁵² ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), น. 299.

⁵³ เจ้าพระยาพระคลังได้ใช้ตราบัวแก้วเป็นตราประทับในเอกสารของกรมเจ้าท่าและในเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศเช่นสนธิสัญญา ปัจจุบันตราบัวแก้วจึงเป็นสัญลักษณ์ของกระทรวงการต่างประเทศ

⁵⁴ “กรม” ในยุคนั้นคือสำนักงานระดับกระทรวงตามความหมายปัจจุบัน

⁵⁵ สง่า นิลกำแหง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 54*, น. 61.

⁵⁶ 12 มิถุนายน พ.ศ. 2428 - 28 มิถุนายน พ.ศ. 2466

⁵⁷ สง่า นิลกำแหง, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 54*, น. 72.

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นประวัติและความเป็นมาของกระทรวงการต่างประเทศในอดีต สำหรับโครงสร้างและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศในปัจจุบันนั้นจะขอกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

3.3.4 การดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูต

รูปแบบการนำนโยบายของรัฐบาลด้านการต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศไปสร้างผลให้เกิดขึ้นเป็นทั้งรูปธรรมและนามธรรมนั้นดังที่ได้ประเมินไปแล้วว่าประกอบด้วยศาสตร์และศิลป์ หัวข้อนี้จึงขออธิบายถึงรูปแบบการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตออกเป็นหัวข้อย่อย ดังต่อไปนี้

3.3.4.1 การเจรจาการทูต

การเจรจานั้นคือใจความสำคัญของการทูต ซึ่งการเจรจาเป็นดังเหรียญอีกด้านของการทำสงครามเพราะการสงครามนั้นไม่ว่าจะเป็นฝ่ายไหนผู้ชนะ รัฐก็ต้องรับผลกระทบตามมาอีกมากมาย เช่น ผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายของประชาชนของรัฐ นอกจากจะสูญเสียชีวิตไปโดยตรงจากการสงครามแล้ว กระทบต่อสภาพเศรษฐกิจของรัฐทั้งการเงินการคลังและแรงงานของรัฐ ไหนจะสร้างผลกระทบต่อสภาพจิตใจของประชาชนทั้งทหารและครอบครัวของทหารด้วย⁵⁸ ซึ่งที่กล่าวมานั้นล้วนไม่ใช่เรื่องในแง่บวกแต่อย่างใด การใช้กำลังทางสงครามเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นจึงเป็นที่หลีกเลี่ยงในแต่ละประเทศ เพราะอาจนำมาสู่ผลผูกพันรัฐที่อาจได้ไม่คุ้มเสีย

การเจรจาการทูตเป็นการรับนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลมาทำให้เกิดผลโดยมีรูปแบบหลายวิธี เช่น การชักจูงให้อีกฝ่ายเห็นด้วยคล้อยตามว่าถ้าตกลงกันจะทำให้ทั้ง 2 ฝ่ายได้ประโยชน์ โดยเฉพาะประเทศที่มีความสัมพันธ์อันดีซึ่งกันและกัน หรือเป็นการใช้กำลังทางทหารเข้าเป็นเครื่องมือสนับสนุนทางการทูตกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างกันไม่ค่อยดี เป็นต้น⁵⁹ การเจรจาการทูตนั้นสามารถทำได้หลายระดับ ไม่ว่าจะเป็นระดับนักการทูตที่ประจำการในต่างประเทศ หรือระดับผู้นำประเทศฝ่ายบริหารซึ่งกันและกัน ขึ้นอยู่กับระดับความสำคัญในเรื่องที่ต้องเจรจา

อย่างไรก็ดีการเจรจานั้นแม้คู่เจรจายังต้องคำนึงถึงด้วยว่าอีกฝ่ายย่อมจะต้องยึดถือผลประโยชน์ของชาติเป็นสำคัญที่สุด ทำให้ย่อมมีการกระทบกระทั่งกันในเวทีเจรจา เมื่อตกลงกันไม่ได้แล้วอาจจะไปที่การใช้การกำลังระงับปัญหากันได้ ดังนั้น การทูตจึงเป็นเส้นแบ่งเขตระหว่างการระงับด้วยสันติวิธีกับการสงคราม ดังนั้น การเจรจาทางการทูตเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดในการไม่ก่อสงครามได้⁶⁰

ปัจจุบันเรื่องการทูตนั้นได้พัฒนาและขยายรูปแบบและเนื้อหาในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไปอีกมากมาย ไม่จำกัดอยู่แค่การเมืองและการค้า อาทิ นโยบายการทูตวิทยาศาสตร์ (Science Diplomacy) เป็นการนำเรื่องในด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และนวัตกรรมมาเป็นส่วนสำคัญในการเจรจาทางการทูตและความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาเศรษฐกิจและเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

⁵⁸ ดิเรก ชัยนาม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 27*, น. 259-263.

⁵⁹ มณีนัย รัตนมณี, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น. 47.

⁶⁰ พยง ชูติกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 20*, น. 21.

งานเจรจาการทูตเป็นงานสายหลักของทุกองค์กรภายในกระทรวงการต่างประเทศไม่ว่าจะสังกัดการแบ่งภารกิจหรือกรมใดก็ตาม อีกทั้งเป็นงานหลักของสถานเอกอัครราชทูตไทยและสถานกงสุลใหญ่ไทยทั่วโลกเช่นกัน

3.3.4.2 การทำสนธิสัญญา

สนธิสัญญา (Treaty) หรือตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 178 เรียกว่า “หนังสือสัญญา” นั้น ตามความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁶¹ บัญญัติไว้ว่า "Treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation” หรือแปลสรุปได้ว่า “สนธิสัญญาหมายความถึงความตกลงระหว่างประเทศซึ่งกระทำระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นกี่ฉบับ และไม่ว่าจะชื่ออะไรก็ตาม”

ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยให้ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 ว่า⁶² “หนังสือสัญญา” แม้จะมีได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่ามีความหมายครอบคลุมไปถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ที่มาจากจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติของนานาประเทศที่ได้ยึดถือกันมาเป็นเวลาช้านาน จนกระทั่งได้มีการจัดทำประมวลเป็นอนุสัญญาขึ้นมาภายในกรอบของการประชุมสหประชาชาติ ได้แก่ อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐและองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศ ค.ศ. 1986 อนุสัญญาทั้งสองฉบับซึ่งเป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ ได้กำหนดลักษณะของสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศไว้ว่าสนธิสัญญาหมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำขึ้นเป็นหนังสือระหว่างรัฐต่างๆ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะทำขึ้นเป็นฉบับเดียวหรือสองฉบับหรือหลายฉบับผนวกเข้าด้วยกัน และไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” ความหมายของ “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงครอบคลุมถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภท ดังนั้น คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญจึงหมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าความตกลงนั้นจะจัดทำขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไร และมีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา”

⁶¹ Vienna Convention On The Law Of Treaties, Article 2, Use of Terms

⁶² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 วันที่ 2 พฤษภาคม 2542

จึงสรุปได้ว่าหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญนั้นจะมีลักษณะ คือ (1) ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง (2) ความตกลงนั้นต้องทำเป็นหนังสือ (3) เป็นความตกลงสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่มีเจตนาก่อให้เกิดพันธะผูกพันทางกฎหมาย และ (4) ความตกลงนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ และยังคงเป็นหลักการเดิมไม่ว่าจะเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญมาเป็นฉบับปีพุทธศักราช 2560 ก็ตาม

อาจกล่าวได้ว่าสนธิสัญญาถือเป็นผลผลิตของการดำเนินการในนโยบายการต่างประเทศและการทูตเพราะเป็นการสร้างให้เรื่องของการเจรจากลายเป็นลายลักษณ์อักษรที่มีผลผูกพันรัฐคู่สัญญาภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศภายใต้หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta sunt servanda) หากไม่ดำเนินการหรือละเมิดข้อตกลงในสนธิสัญญาจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ⁶³ ซึ่งจะแตกต่างกับการเป็น Gentleman's Agreement ที่มีลักษณะเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศแต่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด⁶⁴

สนธิสัญญานั้นไม่มีการแบ่งประเภทแบบเป็นทางการไว้ แต่ก็สามารถจำแนกได้ 6 รูปแบบ⁶⁵ กล่าวคือ (1) การพิจารณาถึงความเสมอภาคต่อคู่ภาคีของผลของสนธิสัญญา เพราะสนธิสัญญาอาจสร้างพันธะกรณีให้คู่สัญญาต้องดำเนินการไม่เท่ากัน (2) การคำนึงลักษณะของสนธิสัญญา หมายถึง การเป็นสนธิสัญญาในรูปแบบใด ให้ความร่วมมือในแบบสถาปนาสัมพันธไมตรี สนธิสัญญาทางการค้าและพาณิชย์ สนธิสัญญาความร่วมมือด้านต่าง ๆ เช่น ส่งผู้ร้ายข้ามแดน สนธิสัญญาตกลงเรื่องเขตแดน สนธิสัญญาสันติภาพสงบศึก เป็นต้น (3) คำนึงถึงวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ได้แก่ Real Treaty หรือสนธิสัญญาที่มีผลเกี่ยวข้องกับอาณาเขตของรัฐ และ Personal Treaty หรือสนธิสัญญาที่กำหนดความสัมพันธ์อันมีสภาพบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศเป็นมูลฐาน หรือเกี่ยวข้องทางการเมือง (5) การพิจารณาถึงภาคีของสนธิสัญญา หมายถึง สนธิสัญญาระดับทวิภาคี (Bilateral) หรือสนธิสัญญาสองฝ่าย และสนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral) หรือสนธิสัญญาหลายฝ่าย (5) การพิจารณาถึงรูปแบบของสนธิสัญญา แบ่งเป็นการทำสนธิสัญญาตามรูปแบบ (Formal Treaty) และสนธิสัญญาที่ทำแบบย่อโดยตัดพิธีการทางสนธิสัญญาออกบางประการ และจำแนกสุดท้าย (6) การพิจารณาถึงสาระของสนธิสัญญา คือ การเป็นสนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาหรือทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งกำหนดพันธะกรณีให้คู่สัญญาต้องดำเนินการ และอีกประเภทคือสนธิสัญญาเชิงการเมือง คือการตกลงในข้อตกลงพิเศษระหว่างคู่สัญญากันในเรื่องอื่น ๆ เพื่อให้ได้สิทธิพิเศษเหนือกว่าประเทศที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญา

⁶³ ผลของการรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของรัฐ อันฝ่าฝืนต่อพันธกรณีระหว่างประเทศ นั้น มีดังนี้ (1) การทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม (Restitution) (2) การชดเชยค่าเสียหายเป็นตัวเงิน (Indemnity) และ (3) การทำให้พอใจ (Satisfaction)

⁶⁴ ศีโรดม ภาควรรณ, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น. 302.

⁶⁵ อรุณ ภาณุพงศ์, *อ่าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 5-7.

การกำหนดชื่อของสนธิสัญญานั้นแม้สนธิสัญญากรุงเวียนนาฯ จะบอกว่าไม่ว่าจะใช้ชื่ออย่างไร แต่สนธิสัญญาก็มีชื่อพิเศษเฉพาะกรณีไว้ใช้เรียกสนธิสัญญาอยู่แล้ว แต่ไม่ว่าจะใช้ชื่ออะไรเป็นพิเศษก็ไม่ก่อให้เกิดความแตกต่างกันในคุณค่าทางกฎหมาย ไม่มีเกณฑ์กำหนดตายตัวเช่นกันว่าต้องใช้ชื่ออะไร ในส่วนที่เกี่ยวกับชื่อของสนธิสัญญานั้นศาสตราจารย์อรุณ ภาณุพงศ์ ได้อธิบายแต่ละชื่อไว้ ดังนี้⁶⁶

(1) สนธิสัญญา (Treaty) หรือเป็นชื่อสากลพื้นฐานที่เป็นการจัดทำสนธิสัญญายึดตามรูปแบบอย่างเคร่งครัด คู่ภาคีมักจะใช้ในสนธิสัญญาที่มีความสำคัญมาก ด้วยเหตุนี้ทำให้ในปัจจุบันการใช้คำว่า Treaty จึงน้อยลง

(2) อนุสัญญา (Convention) จะเป็นชื่อที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีหลายฝ่าย และมักใช้สำหรับสนธิสัญญาที่เป็นกฎหมาย หรือถ้าใช้เป็นสนธิสัญญาทวิภาคีก็จะเป็นระดับที่สำคัญน้อยกว่า Treaty

(3) ความตกลง (Agreement/Accord) เป็นสนธิสัญญาที่มีระดับความเข้มข้นในพิธีการน้อยกว่า Treaty

(4) ข้อตกลง (Arrangement) จะคล้ายคลึงกันกับความตกลงแต่ระดับความสำคัญจะลดหลั่นลงมา

(5) ปฏิญญา (Declaration) มักจะใช้ในสนธิสัญญาที่มีลักษณะทางการเมืองหรือทางกฎหมายก็ได้ แต่ถ้าเป็นการประกาศแต่เพียงฝ่ายเดียวแล้วเช่น Declaration of War แม้จะใช้ชื่อปฏิญญาก็จะไม่เป็นสนธิสัญญาได้

(6) กรรมสาร (Act/Acte) เป็นสนธิสัญญาหลายฝ่ายซึ่งวางหลักกฎหมายในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง

(7) กรรมสารสุดท้าย (Final Act/Acte Final) เป็นลักษณะคำแถลงทางการเมืองหรือสรุปผลการพิจารณาหารือการประชุมระหว่างประเทศระบุชื่อการตกลงที่กระทำกันในรูปแบบสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาอันเป็นผลการประชุม

(8) กรรมสารทั่วไป (General Act/Acte general) เป็นกรรมสารหลักการประชุมระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาในตัวเอง

(9) Compromis (ไม่มีชื่อเรียกภาษาไทย) จะเป็นกรณีความตกลงพิเศษเกี่ยวกับการเสนอเรื่องให้ศาลระหว่างประเทศหรืออนุญาโตตุลาการพิจารณา อาจรวมถึงการยอมรับที่จะปฏิบัติตามคำวินิจฉัยด้วย

(10) พิธีสาร (Protocol) เป็นความตกลงที่มีลักษณะเปลี่ยนแปลงการแก้ไข เพิ่มเติม หรือต่อท้าย ในรายละเอียดของสนธิสัญญาอื่น

(11) Modus vivendi ไม่มีชื่อภาษาไทยเช่นกัน เป็นความตกลงที่มีลักษณะชั่วคราว กล่าวคือ ใช้ชั่วคราวก่อนทำความตกลงถาวร หรือระหว่างการต่ออายุความตกลงเดิม

⁶⁶ อรุณ ภาณุพงศ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 32*, น. 8-11.

(12) บันทึกความตกลง (Memorandum of Agreement) หรือบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) ใช้ในข้อตกลงในรายละเอียดเพิ่มเติมจากความตกลงอื่นที่มีอยู่แล้ว

(13) กติกาสัญญา (Pact) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญเป็นพิเศษ

ปัจจัยที่ต้องพิจารณาต่อมาคือองค์ประกอบของการจัดทำสนธิสัญญา เพราะกฎหมายได้ระบุไว้ว่าต้องเป็นการรัฐทำขึ้นระหว่างรัฐ ดังนั้น เอกชนทำความตกลงระหว่างประเทศก็จะไม่สามารถยึดถือให้เป็นสนธิสัญญาได้เลย ซึ่งตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969⁶⁷ นั้น บัญญัติให้ผู้ลงนามจะต้องเป็นบุคคลที่เป็นผู้แทนรัฐ หรือเป็นผู้ได้รับมอบหมายหรือเป็นผู้ได้รับมอบอำนาจให้แก่ผู้กระทำการแทนรัฐนั้น ๆ โดยการแสดงเอกสารรับมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) ซึ่งเท่ากับว่ายอมรับว่าอำนาจในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศนั้นเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งผู้ดำเนินการจะเป็นประมุขของรัฐ (Heads of State) หัวหน้ารัฐบาล (Heads of Government) ตลอดจนรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (Ministers of Foreign Affairs) ซึ่งโดยตำแหน่งแล้วเป็นผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาโดยไม่จำเป็นต้องแสดงเอกสารมอบอำนาจเต็มและสามารถกระทำการทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาได้ กล่าวคือ หัวหน้าฝ่ายบริหารจะมีอำนาจในเวทีระหว่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศในการดำเนินการต่างประเทศตั้งแต่การเจรจา (Negotiations) การยอมรับ (Adoption) ดัชนี (Text) การ

⁶⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 7, Full Powers

1. A person is considered as representing a state for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the state to be bound by a treaty if:

(a) he produces appropriate full powers; or

(b) it appears from the practice of the states concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the state for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their state:

(a) heads of state, heads of government and ministers for foreign affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;

(b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting state and the state to which they are accredited;

(c) representatives accredited by states to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

รับรองความถูกต้องแท้จริงตัวบท (Authentic) และการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be bound by the treaty) ด้วยการลงนาม แลกเปลี่ยนตราสารที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญา (Exchange of instrument constituting of a Treaty) การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) หรือวิธีการอื่นใดตามที่รัฐเข้าทำสนธิสัญญาดังกล่าวตาม Article 11 ถึง Article 17 ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับ หรือบุคคลผู้สามารถทำการแทนรัฐได้เช่นนั้นจะมอบอำนาจให้แก่บุคคลผู้กระทำการแทนรัฐนั้น ๆ โดยการจัดทำเอกสารมอบอำนาจเต็มก็ได้เช่นกัน

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการจัดทำสนธิสัญญาเป็นการกระทำทางรัฐบาลของฝ่ายบริหารในกรอบกิจการต่างประเทศได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าที่มาของบทบัญญัติดังกล่าวก็ย่อมมาจากรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศที่ล้วนก็บัญญัติให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้ทรงสิทธิในการดำเนินการและแสดงออกซึ่งตัวแทนของรัฐในเวทีระหว่างประเทศ อาทิ ฝรั่งเศสบัญญัติให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เจรจาและให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญา หรือในเยอรมนี ให้ประธานาธิบดีเป็นตัวแทนสหพันธ์ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ในการทำสนธิสัญญากับต่างประเทศในนามของสหพันธ์ รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเช่นกัน

สำหรับกรณีการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ (Peace Treaty) และสัญญาสงบศึก (Armistice) ถือเป็นส่วนหนึ่งของการสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญากับรัฐต่างประเทศของรัฐบาล เป็นสาขาหนึ่งของการทูตเพราะเป็นการระงับสงคราม ผลของสัญญาสันติภาพจะดำเนินเพื่อการยกเลิกสถานะสงครามระหว่างประเทศและให้ทั้งสองประเทศหรือมากกว่านั้นกลับคืนสู่สภาพปกติก่อนมีสงคราม หากมีข้อพิพาทหลงเหลือจากสงคราม ก็จะต้องมาระงับข้อพิพาทกันโดยการเจรจา เช่น กรณีเชลยสงคราม ความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สิน หรือการได้มาหรือเสียไปซึ่งดินแดนที่ผ่านมาประเทศไทยได้เคยจัดทำหนังสือสันติภาพกับต่างประเทศในรูปแบบทวิภาคีมาแล้ว เช่น (1) อนุสัญญาสันติภาพระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศส 9 พฤษภาคมพ.ศ. 2484 (Convention de paix entre la France et la Thaïlande fait) (2) ความตกลงสมบูรณ์แบบเพื่อการยกเลิกสถานะสงครามระหว่างสยามกับสหราชอาณาจักรและอินเดียลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2489 (Formal Agreement for the Termination of the State of War between Siam and the United Kingdom and India) (3) ความตกลงสันติภาพฉบับที่สุทธระหว่างรัฐบาลแห่งสยามกับรัฐบาลออสเตรเลีย 3 เมษายน พ.ศ. 2489 (Final Peace Agreement between the Government of Siam and the Government of Australia)⁶⁸

หนังสือสัญญาสงบศึกนั้นหมายถึงการหยุดพักการรบหรือการหย่าศึกชั่วคราวจะเป็นหนังสือตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ถือว่าเป็นขั้นต้นของหนังสือ

⁶⁸ นพนิธิ สุริยะ, “ปัญหาบางเรื่องจากสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา,” ใน อาจารย์นพ 65 รวบรวมบทความทางวิชาการในโอกาสครบ 65 ปี รองศาสตราจารย์นพนิธิ สุริยะ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), น. 24-25.

สันติภาพ แต่สนธิสัญญาสงบศึกก็จะมีลักษณะที่ต่างกับสนธิสัญญาสันติภาพในทางจุดประสงค์ กล่าวคือ ย่อมต้องมีศึกก่อนที่จะสงบศึกได้ ดังนั้นจุดประสงค์ของสนธิสัญญาดังกล่าวจึงต้องการเพื่อหยุดการรบพุ่งกันระหว่างประเทศเป็นไปทางปฏิเสธสงคราม แต่สนธิสัญญาสันติภาพจะมีภาพลักษณ์ในทางบวกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมากกว่า เช่น ส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการทูต เป็นต้น⁶⁹

อย่างไรก็ดี การจัดทำสนธิสัญญานั้นรัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติอาจเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในเรื่องการสนธิสัญญาได้ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178

งานเจรจาเพื่อนำไปสู่การจัดทำสนธิสัญญาเป็นงานสายหลักของทุกองค์กรภายในกระทรวงการต่างประเทศไม่ว่าจะสังกัดการแบ่งภารกิจหรือกรมใดก็ตาม อีกทั้งเป็นงานหลักของสถานเอกอัครราชทูตไทยและสถานกงสุลใหญ่ไทยทั่วโลกเช่นกัน แต่หากเป็นงานที่ดูแลเรื่องกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญาโดยเฉพาะแล้วจะเป็นภารกิจของกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย โดยเนื้อหาของการกระทำเพื่อให้ได้มาในหนังสือสัญญาระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาล มิใช่การกระทำทางปกครอง

3.3.4.3 งานสารนิเทศ

การกำหนดนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลนั้นข้อมูลข่าวสารของประเทศต่าง ๆ นั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญในการพิจารณาวางนโยบายต่าง ๆ ได้ ในทางกลับกันงานการข่าวเช่นกันที่จะรักษาหรือป้องกันนโยบายการต่างประเทศของรัฐไว้ได้เช่นกัน ดังนั้น งานการทูตจึงเกี่ยวข้องกับการรายงานข่าวสารได้ เจ้าหน้าที่การทูตของกระทรวงการต่างประเทศที่ไปประจำการในต่างประเทศจึงมีบทบาทในการหาข่าวสารให้รัฐบาลได้ โดยถือว่า นักการทูตเป็นดังทูตของชาติ⁷⁰ ทั้งในมิติข่าวการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม จากสื่อต่าง ๆ ทั้งทีวี วิทยุ โทรศัพท์ หนังสือพิมพ์ หรือการเข้าร่วมการประชุมต่าง ๆ หรือแม้กระทั่งในงานเลี้ยงงานวันชาติต่าง ๆ ที่ตนได้รับเชิญไปเข้าร่วม ซึ่งในข่าวนั้นนักการทูตต้องประเมินเนื้อหาหรือสาระที่มีหรืออาจจะจะมีประโยชน์กับรัฐบาล ข่าวที่ต้องรายงานนั้นจะต้องเป็นข่าวกรองที่มีเนื้อหาคุณค่าเพียงพอที่จะรับรู้ได้

งานอีกประการคือการประชาสัมพันธ์ เมื่อรัฐบาลดำเนินนโยบายในกิจการต่างประเทศใด ๆ แล้ว การประชาสัมพันธ์ให้เวทีโลกรับรู้ย่อมเป็นหน้าที่สำคัญเพื่อที่จะสร้างภาพลักษณ์ให้กับรัฐบาลและประเทศชาติได้ เป็นการชักจูง (convince) ให้เวทีโลกมีทัศนคติต่อประเทศไทย⁷¹ ในทางกลับกันหากมีการข่าวจากต่างประเทศที่ไม่ใช่เรื่องจริงและกระทบภาพลักษณ์ที่อาจจะกระทบต่อเกียรติภูมิของชาติในบั้นปลาย ดังนั้น การแก้ไขข่าวให้รัฐบาลก็เป็นภารกิจสำคัญเช่นกัน จึงเป็นหน้าที่สำคัญในการทูตเช่นเดียวกัน

งานแลกเปลี่ยนทางวัฒนธรรมนั้นคือการนำศิลปวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์ของชาติไปวาดโฉมในเวทีโลก สร้างความนิยมชื่นชมประเทศผ่านศิลปะและวัฒนธรรมต่าง

⁶⁹ เฟื่องอ้าง, น. 25.

⁷⁰ พยง ชูติกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น. 22.

⁷¹ เฟื่องอ้าง, น. 28.

ๆ ของชาติอันงดงาม เช่น นาฏศิลป์ หรือมวยไทย หรืออาหารไทย หรือธรรมชาติและแหล่งท่องเที่ยวทางธรรมชาติและวัดหรืออารามของไทยซึ่งเป็นที่นิยมของต่างชาติมาก ๆ ด้วย เมื่อต่างชาติมีความชอบหรือหลงใหลในวัฒนธรรมไทย ก็จะมีผลดีต่อภาพลักษณ์ของประเทศในเวทีโลก และส่งผลต่อการสร้างเกียรติภูมิของชาติได้ด้วยนโยบายการทูตทางวัฒนธรรมด้วยเช่นกัน

กรมผู้รับผิดชอบภารกิจด้านการสารนิเทศของกระทรวงการต่างประเทศคือกรมสารนิเทศ และจากเนื้อหาของการกระทำแล้วหากเพื่อประโยชน์ในการได้มาซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

3.3.4.4 การดำเนินนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

“การทูตเชิงเศรษฐกิจ” (Economic Diplomacy) หมายถึง การดำเนินการทางการทูตเพื่อให้เกิดผลประโยชน์แห่งชาติทางเศรษฐกิจ และที่มีการกล่าวถึงกันมากก็เป็น การสะท้อนถึง “ความคาดหวังของภาคเอกชน” ที่ต้องการให้ภาครัฐแสดงบทบาทเชิงรุกมากยิ่งขึ้น เพื่อสนับสนุนการทำธุรกิจกับต่างประเทศ⁷² สามารถบรรลุเป้าหมายทางยุทธศาสตร์ของชาติโดยมีเศรษฐกิจเป็นเครื่องมือ

ในมิติด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศ การทูตเชิงเศรษฐกิจได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในนโยบายต่างประเทศของไทย โดยรัฐบาลที่ถือเป็นจุดเริ่มต้นใช้การทูตเชิงเศรษฐกิจภายใต้นโยบายเปลี่ยนสนามรบเป็นสนามการค้า และสานต่อมาโดยตลอดเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนให้เกิดการเติบโตทางเศรษฐกิจ การขยายตัวทางการค้า ดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งขยายขอบเขตของความร่วมมือด้านเศรษฐกิจระหว่างไทยกับต่างประเทศ ผ่านนโยบายการทูตเชิงเศรษฐกิจ สามารถดำเนินการได้ทั้งระดับภูมิภาค พหุภาคี และทวิภาคี

การนำเรื่องเศรษฐกิจมาเป็นเครื่องมือหรือกลไกเชิงยุทธศาสตร์ในการดำเนินความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเชิงรุกเพื่อส่งเสริมให้เกิดการเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทย จะสามารถขับเคลื่อนประเทศไทยไปสู่การเติบโตทางเศรษฐกิจ และเป็นกระบวนการในการกำหนดนโยบายด้านต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมด้านเศรษฐกิจในมิติต่างๆ เช่น การส่งออก นำเข้า การลงทุน และการค้าเสรี เป็นต้น

การทูตเชิงเศรษฐกิจมีองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ การดำเนินการโดยรัฐบาล หรือหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ภาครัฐในฐานะตัวแทนของรัฐบาลดำเนินการเสริมสร้างความสัมพันธ์กับต่างประเทศเพื่อผลประโยชน์ของชาติทางเศรษฐกิจ (2) ดำเนินการโดย

⁷² กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, “เปิดอ่านความคิด : “ศูนย์ธุรกิจสัมพันธ์ กระทรวงการต่างประเทศ: อีกหนึ่งตัวช่วยธุรกิจไทยบุกตลาดโลก,” สืบค้นเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2562, จาก <http://www.mfa.go.th/business/th/articles/88/37403-“ศูนย์ธุรกิจสัมพันธ์”-กระทรวงการต่างประเทศ:-อีกหนึ่ง.html>

รัฐบาล หรือหน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ภาครัฐในฐานะตัวแทนของรัฐบาลในฐานะผู้ขับเคลื่อนให้ความสัมพันธ์กับต่างประเทศ⁷³

กรมที่มีหน้าที่ในการดำเนินการทางการทูตเชิงเศรษฐกิจนั้นคือกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศซึ่งมีหน้าที่ในการเสนอแนะแนวทางในการกำหนดและดำเนินนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและรักษาผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจของประเทศและเป็นหน่วยประสานงานกลางของรัฐบาลในการดำเนินความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับรัฐบาลต่างประเทศและองค์การระหว่างประเทศ ในกรอบความร่วมมือระดับอนุภูมิภาค ภูมิภาค และพหุภาคี จึงเป็นงานที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล

3.4 การกงสุล

ความสัมพันธ์ทางกงสุลในโลกใบนี้ได้จัดตั้งขึ้นมากันอย่างยาวนานจนเป็นประโยชน์แรกของ Vienna Convention on Consular Relations ค.ศ. 1963⁷⁴ หรือ “อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963” “โดยระลึกว่า ได้มีการสถาปนาความสัมพันธ์ทางกงสุลระหว่างประชาชนของชาติต่าง ๆ ตั้งแต่โบราณกาลมา” คำว่า “กงสุล” ในที่นี้มีได้หมายถึงตำแหน่งผู้ปกครองสาธารณรัฐโรมัน⁷⁵ หรือหมายถึงตำแหน่งของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแล้ว “กงสุล” หมายความว่า “ชื่อตำแหน่งของบุคคลซึ่งรัฐบาลของประเทศหนึ่งแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนประจำอยู่ในเมืองต่าง ๆ ของอีกประเทศหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือคนชาติของตนและดูแลผลประโยชน์ทั่วไปของประเทศตน”⁷⁶ การกงสุลจึงเป็นกิจการต่างประเทศชนิดหนึ่งซึ่งภารกิจของกระทรวงการต่างประเทศในฐานะฝ่ายปกครองที่มีสำนักงานประจำในต่างประเทศและในประเทศไทยด้วยเช่นกันจะไม่ได้จำกัดแค่งานการทูตด้านความสัมพันธ์ไมตรี เศรษฐกิจ สังคม การศึกษา หรือวัฒนธรรม แต่ภารกิจสำคัญอีกประการที่ประเทศไทยได้มอบหมายให้กระทรวงการต่างประเทศให้บริการสาธารณะแก่ประชาชนคนไทยคือ “งานกงสุล” อันถือเป็นนโยบายหลักในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศคือ “การทูตเพื่อประชาชน ทุกแห่งหนเราดูแล” สอดคล้องกับ

⁷³ สิริินทร์ สุรติณท์, “การทูตเชิงเศรษฐกิจในปัจจุบันและแนวโน้มในอนาคต”, (รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ 6, 2557), สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ น. 2.

⁷⁴ “Recalling that consular relations have been established between peoples since ancient times”

⁷⁵ John Quigley, William J Aceves and s. Adele Shank, the Law of Consular Access: a Documentary Guide, (2011), p. 3.

⁷⁶ อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น. 3.

แนวนโยบายของรัฐของรัฐบาลไทย⁷⁷ อันเป็นภารกิจสำคัญที่ถือเป็นหนึ่งในการกิจพื้นฐานของรัฐด้านดำเนินกิจการภายในของรัฐในลักษณะให้บริหารประชาชนและบำบัดทุกข์และดูแลประชาชนให้มีความสุขในต่างประเทศ และในประเทศบางกรณี ซึ่งในปัจจุบันแล้วงานกงสุลนั้นมีความสำคัญเทียบเท่าหรือมากกว่างานการทูตไปแล้วอีกด้วยเนื่องจากความเป็นโลกาภิวัตน์ของโลกใบนี้ทำให้ประชาชนของโลกเดินทางไปมาหาสู่กันง่ายขึ้น เร็วขึ้น สะดวกขึ้น

ในทางตำแหน่งนั้น กงสุลคือข้าราชการหรือเจ้าพนักงานที่ทางการของรัฐหนึ่งส่งออกไปประจำในดินแดนแห่งของรัฐต่างประเทศ เพื่อให้เป็นผู้แทนในการใช้อำนาจหน้าที่ที่รัฐผู้ส่งที่มีอยู่เหนือคนชาติของตน ซึ่งมีถิ่นฐานหรือพำนักอยู่นอกอาณาเขตของรัฐนั้น กงสุลเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้ช่วยเหลือคนชาติของคนเหล่านั้น และให้ความคุ้มครองโดยทั่วไป และเป็นผู้ที่ต้องระมัดระวังดูแลให้มีการเคารพสนธิสัญญาเกี่ยวกับการตั้งถิ่นฐานและสนธิสัญญาทางการพาณิชย์ การเดินเรือ และทางวัฒนธรรมเป็นสำคัญ⁷⁸

งานกงสุลของไทยเป็นเรื่องที่ประเทศไทยและกระทรวงการต่างประเทศให้ความสำคัญในเรื่องนี้มากโดยสะท้อนจากการที่กระทรวงการต่างประเทศได้จัดตั้งกองการกงสุลเป็นหน่วยงานแรกเริ่มของกระทรวงการต่างประเทศ หน้าที่ทางกงสุลของเจ้าหน้าที่การทูตของกระทรวงการต่างประเทศของไทยในเวทีสากลนั้นจะเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ข้อ 5⁷⁹ นั้น บัญญัติหน้าที่ทางกงสุลไว้ให้เจ้าหน้าที่กงสุลมีหน้าที่รับผิดชอบและปฏิบัติหน้าที่การงานกงสุลในรัฐผู้รับ (ต่างประเทศ) ดังนี้

⁷⁷ คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรี พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ วันศุกร์ที่ 12 กันยายน 2557

ข้อ 2 การรักษาความมั่นคงของรัฐและการต่างประเทศ

2.4 เสริมสร้างความสัมพันธ์อันดีกับนานาประเทศบนหลักการที่ว่านโยบายการต่างประเทศเป็นส่วนประกอบสำคัญของนโยบายองค์รวมทั้งหมดในการบริหารราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเป็นด้านการเมือง เศรษฐกิจ หรือสังคม โดยจะนำกลไกทางการทูตแบบบูรณาการมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชนทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น การคุ้มครองดูแลคนไทยและผลประโยชน์ของคนไทยในต่างแดน การแลกเปลี่ยนทางการศึกษา วัฒนธรรม การค้า การพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ และการเปิดโลกทัศน์ให้มีลักษณะสากล เป็นต้น

⁷⁸ วิสูตร อรรถยุกติ, ระเบียบพิธีปฏิบัติทางการทูต และกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกงสุลพิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายวิสูตร อรรถยุกติ, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2518), น. 111.

⁷⁹ Article 5, consular functions consular functions consist in:

(ก) คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของชนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรัฐผู้รับ ภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต⁸⁰

(ข) เพิ่มพูนการพัฒนาความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและวิทยาศาสตร์ระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับ และส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างกันในทางอื่นตามบทบัญญัติของอนุสัญญานี้⁸¹

(ค) สืบให้แน่วด้วยวิธีทางทั้งปวงอันชอบด้วยกฎหมายถึงสภาวะและการพัฒนาการของสภาพทางพาณิชย์ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ของรัฐผู้รับ แล้วรายงานไปยังรัฐบาล ของรัฐผู้ส่ง และให้ข้อมูลแก่บุคคลที่สนใจ⁸²

(ง) ออกหนังสือเดินทางและเอกสารเดินทางให้แก่ชนชาติของรัฐผู้ส่ง และตรวจลงตราหรือออกเอกสารที่เหมาะสมให้แก่บุคคลที่ประสงค์จะเดินทางไปยังรัฐผู้ส่ง⁸³

(จ) ช่วยเหลือชนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น⁸⁴

(ฉ) ทำหน้าที่โนตารีและนายทะเบียนราษฎรและในฐานะหน้าที่อื่นที่คล้ายกัน และปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะด้านปกครองบางประการ โดยมีเงื่อนไขว่า หน้าที่นั้นไม่ขัดกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ⁸⁵

⁸⁰ (a) protecting in the receiving state the interests of the sending state and of its nationals, both individuals and bodies corporate, within the limits permitted by international law;

⁸¹ (b) furthering the development of commercial, economic, cultural and scientific relations between the sending state and the receiving state and otherwise promoting friendly relations between them in accordance with the provisions of the present convention;

⁸² (c) ascertaining by all lawful means conditions and developments in the commercial, economic, cultural and scientific life of the receiving state, reporting thereon to the government of the sending state and giving information to persons interested;

⁸³ (d) issuing passports and travel documents to nationals of the sending state, and visas or appropriate documents to persons wishing to travel to the sending state;

⁸⁴ (e) helping and assisting nationals, both individuals and bodies corporate, of the sending state; 5

⁸⁵ (f) acting as notary and civil registrar and in capacities of a similar kind, and performing certain functions of an administrative nature, provided that there is nothing contrary thereto in the laws and regulations of the receiving state;

(ข) พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของคนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น ในกรณีที่มีการรับมรดกในอาณาเขตของรัฐผู้รับตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ⁸⁶

(ค) พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของผู้เยาว์และบุคคลหย่อนความสามารถอื่นซึ่งเป็นคนชาติของรัฐผู้ส่ง ภายในขอบเขตที่ได้กำหนดไว้โดยกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ โดยเฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องมีการใช้อำนาจปกครองหรือดูแลผลประโยชน์ใดในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลเหล่านั้น⁸⁷

(ฅ) เป็นตัวแทนหรือจัดให้มีผู้แทนที่เหมาะสมสำหรับคนชาติของรัฐผู้ส่งในศาลและหน่วยงานอื่นของรัฐผู้รับ เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งมาตรการชั่วคราวสำหรับการรักษาสีทธิและผลประโยชน์ของคนชาติเหล่านั้นไว้ตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ในกรณีที่คนชาติเหล่านั้นไม่สามารถปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของตนในเวลาอันเหมาะสมได้ เพราะเหตุของการไม่อยู่หรือเหตุอื่นใด ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับหลักปฏิบัติและวิธีดำเนินการที่ใช้อยู่ในรัฐผู้รับ⁸⁸

(ณ) ส่งเอกสารทางศาลและเอกสารที่มีใช้ทางศาลหรือปฏิบัติตามหนังสือร้องขอของรัฐผู้ส่งที่ขอให้สืบพยานให้แก่ศาลของรัฐผู้ส่งตามความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ หรือในกรณีที่ไม่มี ความตกลงระหว่างประเทศเช่นนั้น โดยวิธีอื่นใดที่สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ⁸⁹

⁸⁶ (g) safeguarding the interests of nationals, both individuals and bodies corporate, of the sending states in cases of succession mortis causa in the territory of the receiving state, in accordance with the laws and regulations of the receiving state;

⁸⁷ (h) safeguarding, within the limits imposed by the laws and regulations of the receiving state, the interests of minors and other persons lacking full capacity who are nationals of the sending state, particularly where any guardianship or trusteeship is required with respect to such persons;

⁸⁸ (i) subject to the practices and procedures obtaining in the receiving state, representing or arranging appropriate representation for nationals of the sending state before the tribunals and other authorities of the receiving state, for the purpose of obtaining, in accordance with the laws and regulations of the receiving state, provisional measures for the preservation of the rights and interests of these nationals, where, because of absence or any other reason, such nationals are unable at the proper time to assume the defence of their rights and interests;

⁸⁹ (j) transmitting judicial and extrajudicial documents or executing letters rogatory or commissions to take evidence for the courts of the sending state in accordance with international agreements in force or, in the absence of such international agreements, in any other manner compatible with the laws and regulations of the receiving state;

(ค) ใช้สิทธิควบคุมดูแลและตรวจสอบเรือที่มีสัญชาติของรัฐผู้ส่ง และเครื่องบินที่จดทะเบียนในรัฐนั้น และลูกเรือตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้ส่ง⁹⁰

(ต) ให้ความช่วยเหลือแก่เรือและเครื่องบินที่ระบุไว้ในอนุวรรค (ค) ของข้อนี้และแก่ลูกเรือ บันทึกการให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการเดินทางของเรือ ตรวจสอบและประทับตราเอกสารเรือ และดำเนินการสืบสวนเหตุที่เกิดขึ้นใดในระหว่างการเดินทาง และระงับข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างนายเรือเจ้าหน้าที่ประจำเรือ กับคนประจำเรือเท่าที่กฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้ส่งอนุญาตให้กระทำได้ โดยไม่เสื่อมเสียต่ออำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับ⁹¹

(ถ) ปฏิบัติหน้าที่อื่นใดที่รัฐผู้ส่งมอบหมายให้สถานทำการทางกงสุลซึ่งกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับมิได้ห้ามไว้ หรือซึ่งรัฐผู้รับไม่ได้คัดค้าน หรือตามความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่ระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับ⁹²

อย่างไรก็ดี งานกงสุลไม่ได้จำกัดแค่ว่าต้องเป็นเจ้าหน้าที่กงสุลเท่านั้นที่จะต้องดำเนินการได้ ในทางกลับกันเจ้าหน้าที่ทางการทูตก็สามารถประกอบภารกิจในทางการกงสุลได้เช่นกันเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองและบริการประชาชนคนไทยได้เช่นกัน อำนาจดังกล่าวนี้ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ. 1964⁹³ ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ดังกล่าวแล้ว และมีพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2527 อนุวัติการกฎหมายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ในข้อ 3 ของอนุสัญญาดังกล่าวว่าการนอกจากประการอื่นแล้ว หน้าที่ของคณะผู้แทนทางทูตประกอบด้วย⁹⁴

⁹⁰ (k) exercising rights of supervision and inspection provided for in the laws and regulations of the sending state in respect of vessels having the nationality of the sending state, and of aircraft registered in that state, and in respect of their crews;

⁹¹ (l) extending assistance to vessels and aircraft mentioned in subparagraph (k) of this article, and to their crews, taking statements regarding the voyage of a vessel, examining and stamping the ship's papers, and, without prejudice to the powers of the authorities of the receiving state, conducting investigations into any incidents which occurred during the voyage, and settling disputes of any kind between the master, the officers and the seamen insofar as this may be authorized by the laws and regulations of the sending state;

⁹² (m) performing any other functions entrusted to a consular post by the sending state which are not prohibited by the laws and regulations of the receiving state or to which no objection is taken by the receiving state or which are referred to in the international agreements in force between the sending state and the receiving state.

⁹³ Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961, Article 3

⁹⁴ 1. The functions of a diplomatic mission consist, inter alia, in:

- (ก) เป็นผู้แทนรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ⁹⁵
 - (ข) คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของชนชาติของรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ ภายในขีดที่จำกัดที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้⁹⁶
 - (ค) เจรจากับรัฐบาลของรัฐผู้รับ⁹⁷
 - (ง) สืบเสาะให้แน่วด้วยวิถีทางทั้งมวลอันชอบด้วยกฎหมาย ถึงสภาวะและพัฒนาการในรัฐผู้รับ และรายงานไปยังรัฐบาลของรัฐผู้ส่ง⁹⁸
 - (จ) ส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับและพัฒนาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ของรัฐผู้ส่งและรัฐผู้รับ⁹⁹
2. ไม่มีข้อความในอนุสัญญานี้ที่จะแปลความได้ว่าเป็นการห้ามคณะผู้แทนทางทูตปฏิบัติการหน้าที่ทางกงสุล¹⁰⁰

เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาหน้าที่ตามอนุสัญญากรุงเวียนว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลและการทูตที่กล่าวไว้ข้างต้นจึงอาจพิจารณาจับกลุ่มเนื้อหาอำนาจในการกระทำทางกงสุลได้ในรูปแบบดังนี้

3.4.1 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางรัฐบาล

การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในการกระทำในทางรัฐบาล หรือในทางการเมืองตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำทางการทูตได้ในหน้าที่การงานเจ้าหน้าที่กงสุล ดังนี้

- (1) ข้อ ข. “เพิ่มพูนการพัฒนาความสัมพันธ์ทางพาณิชย์ เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและวิทยาศาสตร์ระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับ และส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างกันในทางอื่นตามบทบัญญัติของอนุสัญญานี้” กล่าวคือ การเป็นหน้าที่การงานที่คล้ายคลึงกันกับหน้าที่ของการทูตในข้อ (จ) “ส่งเสริมความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างรัฐผู้ส่งกับรัฐผู้รับและพัฒนาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ของรัฐผู้ส่งและรัฐผู้รับ” ซึ่งเป็นการดำเนินการทางการเมืองในทางการทูต

⁹⁵ (a) representing the sending state in the receiving state;

⁹⁶ (b) protecting in the receiving state the interests of the sending state and of its nationals, within the limits permitted by international law;

⁹⁷ (c) negotiating with the government of the receiving state;

⁹⁸ (d) ascertaining by all lawful means conditions and developments in the receiving state, and reporting thereon to the government of the sending state;

⁹⁹ (e) promoting friendly relations between the sending state and the receiving state, and developing their economic, cultural and scientific relations.

¹⁰⁰ 2. Nothing in the present convention shall be construed as preventing the performance of consular functions by a diplomatic mission.

ที่จะนำสร้างความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับประเทศนั้น ๆ ที่ไปประจำการ เพื่อสร้างประโยชน์ให้กับรัฐบาลตนเอง

(2) ข้อ ค. “สืบให้แนด้วยวิถีทางทั้งปวงอันชอบด้วยกฎหมายถึงสภาวะและพัฒนาการของสภาพทางพาณิชย์ เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ของรัฐผู้รับ แล้วรายงานไปยังรัฐบาลของรัฐผู้ส่ง และให้ข้อมูลแก่บุคคลที่สนใจ” กล่าวคือ หน้าที่การงานนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับข้อ ง. ของหน้าที่การทูต “สืบเสาะให้แนด้วยวิถีทางทั้งปวงอันชอบด้วยกฎหมาย ถึงสภาวะและพัฒนาการในรัฐผู้รับ และรายงานไปยังรัฐบาลของรัฐผู้ส่ง” ซึ่งเป็นงานสายการทูตเพื่อให้ได้มาเพื่อข้อมูลให้แก่รัฐบาลผู้ส่งเพื่อนำไปประมวลการจัดทำนโยบายการต่างประเทศ

3.4.2 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางปกครอง

อำนาจหน้าที่ของกงสุลตามอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ นั้นมีอำนาจรอบใหญ่คือการคุ้มครองผลประโยชน์ของคนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรัฐผู้รับ ภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต ซึ่งผลประโยชน์ของการคุ้มครองผลประโยชน์คนชาติดังกล่าวนี้จะส่งผลในบั้นปลายให้ประเทศชาติได้รับเกียรติภูมิของชาติตามมาได้ ไม่ปล่อยให้ประชาชนของรัฐต้องไปตกเคราะห์ลำบากในต่างประเทศให้ส่งผลลบต่อภาพลักษณ์ของประเทศได้ ส่วนเนื้อหาการกระทำที่สามารถพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางปกครองได้นั้นมี ดังนี้

(1) ข้อ ก. “คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของคนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้นในรัฐผู้รับ ภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต ซึ่งตรงกันกับหน้าที่ทางการทูตในข้อ” ข. “คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของคนชาติของรัฐผู้ส่งในรัฐผู้รับ ภายในขีดที่จำกัดที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาตให้” การคุ้มครองคนไทยเป็นภารกิจสำคัญของงานกงสุลซึ่งมีความหมายกว้างมาก แต่การคุ้มครองนั้นจำเป็นต้องมีการกระทำบางประการที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการให้ประโยชน์หรือไม่ก็ตาม ดังนั้น มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

(2) ข้อ ง. “ออกหนังสือเดินทางและเอกสารเดินทางให้แก่คนชาติของรัฐผู้ส่ง และตรวจลงตราหรือออกเอกสารที่เหมาะสมให้แก่บุคคลที่ประสงค์จะเดินทางไปยังรัฐผู้ส่ง” การออกหนังสือเดินทางหรือ Passport เป็นการออกเอกสารสิทธิเป็นหลักฐานในการแสดงตนให้ประชาชนของรัฐนั้น ๆ จึงถือเป็นบริหารสาธารณะให้แก่ประชาชนของรัฐ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

(3) ข้อ จ. “ช่วยเหลือคนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น” เป็นการกระทำที่คล้ายคลึงกันกับการคุ้มครองประชาชนในต่างประเทศ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

(4) ข้อ ฉ. “ทำหน้าที่โน้มน้าวและนายทะเบียนราษฎรและในฐานะหน้าที่อื่นที่คล้ายกันและปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะด้านปกครองบางประการ โดยมีเงื่อนไขว่า หน้าที่นั้นไม่ขัดกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ” การดำเนินการด้านนายทะเบียนราษฎรและทะเบียนครอบครัวเป็นการให้บริการสาธารณะให้แก่ประชาชนของรัฐ ดังนั้นจึงเป็นการกระทำทางปกครอง อีกทั้งการที่ระบุให้กงสุลปฏิบัติหน้าที่ที่มีลักษณะด้านปกครองบางประการนั้นก็มีความหมายตรงตัวเช่นกันที่จะต้องกระทำการในทางปกครอง

(5) ข้อ ข. “พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของคนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น ในกรณีที่มีการรับมรดกในอาณาเขตของรัฐผู้รับตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ” กรณีเป็นการดำเนินคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนเช่นเดียวกัน

(6) ข้อ ช. “พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ของผู้เยาว์และบุคคลหย่อนความสามารถอื่นซึ่งเป็นคนชาติของรัฐผู้ส่ง ภายในขอบเขตที่ได้กำหนดไว้โดยกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ โดยเฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องมีการใช้อำนาจปกครองหรือดูแลผลประโยชน์ใดในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลเหล่านั้น” กรณีเป็นการดำเนินคุ้มครองผลประโยชน์ของประชาชนเช่นเดียวกัน

(7) ข้อ ฉ. “เป็นตัวแทนหรือจัดให้มีผู้แทนที่เหมาะสมสำหรับคนชาติของรัฐผู้ส่งในศาลและหน่วยงานอื่นของรัฐผู้รับ เพื่อความมุ่งประสงค์ที่จะให้ได้มาซึ่งมาตรการชั่วคราวสำหรับการรักษาสีทธิและผลประโยชน์ของคนชาติเหล่านี้ไว้ตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ ในกรณีที่คนชาติเหล่านี้ไม่สามารถปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของตนในเวลาอันเหมาะสมได้ เพราะเหตุของการไม่อยู่หรือเหตุอื่นใด ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับหลักปฏิบัติและวิธีดำเนินการที่ใช้อยู่ในรัฐผู้รับ”

(8) ข้อ ค. “ใช้สิทธิควบคุมดูแลและตรวจสอบเรือที่มีสัญชาติของรัฐผู้ส่ง และเครื่องบินที่จดทะเบียนในรัฐนั้น และลูกเรือตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้ส่ง” และข้อ ต. “ให้ความช่วยเหลือแก่เรือและเครื่องบินที่ระบุไว้ในอนุวรรค (ค) ของข้อนี้และแก่ลูกเรือ บันทึกการให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการเดินทางของเรือ ตรวจสอบและประทับตราเอกสารเรือ และดำเนินการสืบสวนเหตุที่เกิดขึ้นใดในระหว่างการเดินทาง และระงับข้อพิพาทใด ๆ ระหว่างนายเรือ เจ้าหน้าที่ประจำเรือ กับคนประจำเรือเท่าที่กฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้ส่งอนุญาตให้กระทำได้ โดยไม่เสื่อมเสียต่ออำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับ” ซึ่งหน้าที่ของกงสุลจะต้องนอกจากกงสุลจะต้องตรวจประทับตราเอกสารของเรือ จึงมีลักษณะในการกระทำทางปกครอง

3.4.3 การกระทำทางกงสุลที่มีเนื้อหาในทางกระบวนการยุติธรรม

กงสุลมีหน้าที่ตามอนุสัญญาอีกประการหนึ่งในกระบวนการยุติธรรมเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประเทศตนเองกับประเทศที่มีความสัมพันธ์ทางการทูตหรือทางกงสุลกัน ซึ่งพิจารณาแล้วมีเพียง 1 ประการ กล่าวคือ การส่งเอกสารทางศาลและเอกสารที่มีใช้ทางศาลหรือปฏิบัติตามหนังสือร้องขอของรัฐผู้ส่งที่ขอให้สืบพยานให้แก่ศาลของรัฐผู้ส่งตามความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้บังคับอยู่หรือในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศเช่นนั้น โดยวิธีอื่นใดที่สอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับของรัฐผู้รับ

อนึ่ง งานการกงสุลนั้นมีข้อสังเกตว่าในต่างประเทศองค์กรที่มีภารกิจด้านการกงสุลหรือเจ้าหน้าที่กงสุลทั้งหมดหรือแต่บางส่วนจะมีใช้กระทรวงการต่างประเทศของประเทศนั้น ๆ เสมอไป แต่อาจจะสังกัดอยู่ในกระทรวงมหาดไทยหรือองค์กรที่ดูแลเรื่องความมั่นคงของรัฐนั้น ๆ แล้วแต่กรณี เช่น Home Office ของสหราชอาณาจักรมีอำนาจหน้าที่ในการออกหนังสือเดินทางและการตรวจลงตรา เป็นต้น อีกทั้งการกงสุลมิได้ถูกจำกัดแค่ในสถานกงสุลใหญ่หรือเจ้าหน้าที่กงสุลเท่านั้น เจ้าหน้าที่กงสุลอีกประเภทหนึ่งตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลฯ คือ “กงสุลกิตติมศักดิ์”

(Honorary Consul)¹⁰¹ ซึ่งจะมีอำนาจในการดำเนินการน้อยกว่าการเป็นกงสุลอาชีพ (Career diplomat) ขึ้นอยู่กับอำนาจที่รัฐบาลกลางของแต่ละประเทศนั้น ๆ กำหนดไว้ให้ สำหรับประเทศไทยก็มีการแต่งตั้งกงสุลกิตติมศักดิ์เช่นเดียวกัน โดยจะคัดเลือกบุคคลสัญชาติของประเทศนั้น ๆ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคนไทยหรือประเทศไทย เป็นต้น

3.5 กระทรวงการต่างประเทศ

ภารกิจในกิจการต่างประเทศของประเทศไทยนั้นมีหน่วยงานที่สำคัญของประเทศไทยที่รับหน้าที่ดำเนินการดังกล่าว คือ “กระทรวงการต่างประเทศ” ในฐานะองค์กรที่รักษาความมั่นคงของรัฐโดยสันติวิธี และส่งเสริมภารกิจของรัฐกับนานาประเทศเพื่อพัฒนาประเทศต่อไป ซึ่งเป็นหน่วยงานสากลของโลกที่จะต้องมีการกระทรวงการต่างประเทศของประเทศนั้น ๆ เป็นผู้รับผิดชอบในงานการทูต แม้ในงานกิจการต่างประเทศในปัจจุบันมีหลากหลายไม่ได้จำกัดแค่กระทรวงการต่างประเทศตามที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้ว อย่างไรก็ตาม องค์กรหลักของประเทศไทยก็ยังคงเป็นกระทรวงการต่างประเทศทั้งในด้านการเมืองระหว่างประเทศ การดูแลความสัมพันธ์แบบทวิภาคีกับประเทศต่าง ๆ และระดับพหุภาคีกับองค์การระหว่างประเทศ ด้านกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญา และด้านการกงสุลในการดูแลคนไทยในต่างประเทศ

3.5.1 หน้าที่และอำนาจและโครงสร้างของกระทรวงการต่างประเทศในปัจจุบัน

หากพิจารณาตามกฎหมายบริหารราชการแผ่นดินแล้ว อำนาจและหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศนั้นได้มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 หมวด 4 กระทรวงการต่างประเทศดังนี้ “มาตรา 12 กำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ และราชการอื่นตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงการต่างประเทศ” ภายในกระทรวงการต่างประเทศซึ่งมีลักษณะการบริหารราชการเป็นการรวมศูนย์กลาง หน่วยงานภายในเว้นแต่ส่วนราชการที่เป็นภารกิจอำนาจการหรือธุรการภายในกระทรวงเอง (เช่นสำนักงานรัฐมนตรี สำนักงานปลัดกระทรวง) แต่ละส่วนราชการแต่ละกรมก็ล้วนมีกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการมอบหมายอำนาจลดหลั่นกันไปตามแต่รูปแบบภารกิจในกิจการต่างประเทศที่ได้รับ และภายในกระทรวงการต่างประเทศได้แบ่งกรมออกมาเป็น 4

¹⁰¹ Vienna Convention on Consular Relations 1963, Article 1, Definitions

2. Consular officers are of two categories, namely career consular officers and honorary consular officers. The provisions of chapter ii of the present convention apply to consular posts headed by career consular officers, the provisions of chapter iii govern consular posts headed by honorary consular officers.

ภารกิจหลัก (Cluster) ตามกฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ พ.ศ. 2545 ¹⁰² (1) กลุ่มภารกิจความสัมพันธ์ทวิภาคี (2) กลุ่มภารกิจความร่วมมือระหว่างประเทศ (หรือพหุภาคี) (3) กลุ่มภารกิจส่งเสริมกิจการต่างประเทศ (หรือ Functional) และหน่วยงานที่เหลือที่ไม่ระบุในกฎกระทรวงดังกล่าว ได้แก่ (4) งานด้านงานอำนวยการธุรการ ประกอบด้วยสำนักงานรัฐมนตรี¹⁰³ และสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ¹⁰⁴

กระทรวงการต่างประเทศของไทยนั้นมีส่วนราชการภายในที่เป็นภารกิจหลักคือรับผิดชอบในกิจการต่างประเทศตามภารกิจพื้นฐานของรัฐบาลแต่ช้านาน แต่ก็มีความเป็นพลวัตอยู่ด้วยการปรับปรุงหรือจัดระเบียบภายในกระทรวงมาโดยตลอดสอดคล้องกับกระแสโลกในเรื่องการต่างประเทศ สะท้อนได้จากการปรับเพิ่มกรม กอง แก่ไขกรมกองต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับภารกิจของประเทศและโลกอยู่เสมอ ซึ่งจะเห็นได้ชัดตามที่ได้ระบุมา ประการต่อมาที่ต้องพิจารณาคือภารกิจในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศได้ 3 มิติ ทั้งในเรื่องการเมืองระหว่างประเทศ การทูต และการกงสุล ซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้รับมอบหมายเพื่อดำเนินการตามกฎหมายผ่านกรมกองต่าง ๆ ภายในโครงสร้างของกระทรวงการต่างประเทศที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้นสามารถอธิบายความหมายได้ของการต่างประเทศ การทูต และการกงสุล ได้ดังต่อไปนี้

ประการต่อมาที่ต้องพิจารณาคือภารกิจในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศอาจพิจารณาเนื้อหาได้ออกเป็น 3 ประการ กล่าวคือ การเมืองระหว่างประเทศ การทูต และการกงสุลซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้รับมอบหมายเพื่อดำเนินการตามกฎหมายผ่านกรมกองต่าง ๆ ภายในโครงสร้างของกระทรวงการต่างประเทศที่รองรับภารกิจการต่างประเทศเอาไว้ครบถ้วน ดังนี้

3.5.1.1 ภารกิจความสัมพันธ์ทวิภาคี

ภารกิจทวิภาคีหรือความหมายคือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ สองประเทศโดยตรง แบ่งแยกย่อยเป็นภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก ภารกิจสำคัญ ๆ ที่กรมทวิภาคีต้องดำเนินการจะประกอบไปด้วย (1) การวิเคราะห์และประเมินสถานการณ์การเมือง สังคม ความมั่นคง เศรษฐกิจ กับประเทศที่รับผิดชอบ (2) เสนอแนะนโยบายยุทธศาสตร์และดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศที่รับผิดชอบ และ (3) เป็นสื่อกลางในการติดต่อระหว่างส่วนราชการไทยกับตัวแทนของประเทศที่รับผิดชอบ ปัจจุบันมีทั้งสิ้น 4 กรม ได้แก่ กรม

¹⁰² กฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ พ.ศ. 2545 ข้อ 5

¹⁰³ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานรัฐมนตรี กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹⁰⁴ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวง กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

ยุโรป¹⁰⁵ กรมนอเมริกาและแปซิฟิกใต้¹⁰⁶ กรมเอเชียตะวันออก¹⁰⁷ และกรมเอเชียใต้ ตะวันออกกลาง และแอฟริกา¹⁰⁸

3.5.1.2 การกิจความร่วมมือระหว่างประเทศ (หรือพหุภาคี)

ภารกิจวิภาคีหรือความหมายคือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ สองประเทศโดยตรง แบ่งแยกย่อยเป็นภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก ภารกิจสำคัญ ๆ โดยรายชื่อกรมที่รับผิดชอบงานภารกิจวิภาคนั้นปัจจุบันได้แก่ กรมความร่วมมือระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ¹⁰⁹ กรมองค์การระหว่างประเทศ¹¹⁰ และกรมาเซียน¹¹¹

3.5.1.3 กลุ่มภารกิจส่งเสริมกิจการต่างประเทศ (หรือ Functional)

ภารกิจวิภาคีหรือความหมายคือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยและประเทศอื่น ๆ สองประเทศโดยตรง แบ่งแยกย่อยเป็นภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก ภารกิจสำคัญ ๆ โดยรายชื่อกรมที่รับผิดชอบงานภารกิจวิภาคนั้น ได้แก่ กรมพิธีการทูต¹¹² กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย¹¹³ กรมสารนิเทศ¹¹⁴ และกรมการกงสุล¹¹⁵

3.5.1.4 การดำเนินการกิจการโดยการแบ่งส่วนราชการภายในกระทรวง

กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการทูตผ่านสังกัดในกรมภายในกระทรวงที่แบ่งภารกิจที่ได้อธิบายไปแล้วก่อนหน้านี้ ดำเนินภารกิจทั้งกับสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ของต่างประเทศในประเทศไทย และกับสถานเอกอัครราชทูตและสถานกงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศ ทั้งนี้ โครงสร้างภายในกรมมีผู้บังคับบัญชาเป็นอธิบดี แบ่งส่วนราชการในแต่ละ

¹⁰⁵ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. พ.ศ. 2558

¹⁰⁶ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹⁰⁷ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเอเชียตะวันออก กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹⁰⁸ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเอเชียใต้ ตะวันออกกลาง และแอฟริกา กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

¹⁰⁹ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹¹⁰ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹¹¹ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2556

¹¹² กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมพิธีการทูต กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹¹³ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹¹⁴ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสารนิเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

¹¹⁵ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กรมในรูปแบบกองมีผู้อำนวยการกองเป็นผู้ดูแล เจ้าหน้าที่ประกอบไปด้วยบุคลากรสายการทูตที่จะได้รับโอกาสไปประจำการในต่างประเทศ สายสนับสนุนและสายธุรการ ซึ่งจะประจำการในประเทศไทยเป็นหลัก อย่างไรก็ตาม จำนวนบุคลากรภายในกรมของกระทรวงการต่างประเทศนั้น มีจำนวนค่อนข้างน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนภารกิจระหว่างประเทศในสังคมโลกปัจจุบันที่มีมากขึ้นเรื่อย ๆ

3.5.1.5 การดำเนินการกิจการโดยการแบ่งส่วนราชการภายในต่างประเทศ

ถ้าพิจารณาว่ากระทรวงการต่างประเทศเป็นศูนย์กลางในการตัดสินใจทางนโยบายให้แก่คณะทูตนำไปดำเนินการ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “Capital (เมืองหลวง)” หรือ “Head Quarter” ซึ่งเป็นที่เข้าใจในสากลว่าผู้ตัดสินใจหรือกำหนดนโยบายการต่างประเทศนั้นจะมาจากเมืองหลวง สำหรับภารกิจของกระทรวงการต่างประเทศในต่างประเทศนั้น กระทรวงการต่างประเทศจะมีสำนักงานของกระทรวงอยู่ทั่วโลกในกว่า 90 แห่ง ในนามของสถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุลใหญ่ สำนักงานการค้าและเศรษฐกิจไทย ณ ไทเป ซึ่งอำนาจและหน้าที่จะแตกต่างกันตามกฎหมายกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558 ดังนี้

(1) สถานเอกอัครราชทูต¹¹⁶

สถานเอกอัครราชทูต หรือ Embassy เป็นสำนักงานของกระทรวงการต่างประเทศที่ไปประจำอยู่ในเมืองหลวงของประเทศที่ไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย (ยกเว้นกรณีเมียนมาที่เพิ่งย้ายเมืองหลวงจากกรุงย่างกุ้งไปยังกรุงเนปิดอว์) มีเอกอัครราชทูตเป็นผู้บังคับบัญชา สถานเอกอัครราชทูต (Ambassador) มีตำแหน่งเทียบเท่าอธิบดีและมีเจ้าหน้าที่การทูตระดับต่าง ๆ ลดหลั่นลงไปจากเมืองหลวงไปประจำการตามวาระการประจำการ โดยตำแหน่งที่จะประจำการจะเป็นตำแหน่งทางการทูต อย่างไรก็ตาม สถานเอกอัครราชทูตก็ประสบปัญหาเรื่องบุคลากรเช่นเดียวกันกับในกระทรวง

อำนาจหน้าที่ของสถานเอกอัครราชทูตนั้นจะครบทั้ง 3 สาขาของกิจการต่างประเทศ กล่าวคือ ดูแลเรื่องการเมืองระหว่างประเทศและการทูต โดย (1) ต้องดำเนินการเกี่ยวกับการส่งเสริมความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศที่อยู่ในความรับผิดชอบ และ (2) ดำเนินการเกี่ยวกับการรายงานสถานการณ์และพัฒนาการทางการค้า เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมในประเทศที่อยู่ในความรับผิดชอบมายังกระทรวง และภารกิจด้านกงสุลโดย (3) ดำเนินการเกี่ยวกับงานด้านกงสุล ตลอดจนดูแล ปกป้อง และคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยและคนไทยในประเทศที่อยู่ในความรับผิดชอบ และสุดท้ายคือการกำกับและดูแลการปฏิบัติงานของสถานกงสุลกิตติมศักดิ์ที่อยู่ในความรับผิดชอบ

¹¹⁶ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

(2) สถานกงสุลใหญ่¹¹⁷

สถานกงสุลใหญ่ หรือ Consulate General เป็นสำนักงานของกระทรวงการต่างประเทศที่ไปประจำอยู่ในเมืองใหญ่ ๆ ของประเทศที่ไทยมีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย ซึ่งจะเป็นสำนักงานที่มีขนาดเล็กกว่าสถานเอกอัครราชทูต และจะตั้งอยู่ในประเทศที่มีสถานเอกอัครราชทูตแล้วเพื่อจุดประสงค์ที่จะขยายงานการทูตออกไปให้ได้ทั่วถึงทั่วโลก สถานกงสุลใหญ่จะมีกงสุลใหญ่ (Consul General) เป็นผู้บังคับบัญชาระดับเทียบเท่ารองอธิบดี และมีเจ้าหน้าที่การทูตระดับต่าง ๆ จากเมืองหลวงไปประจำการโดยวาระการประจำการ ซึ่งจะดำรงตำแหน่งว่า Consul หรือกงสุลทุกคน

อำนาจหน้าที่ของสถานกงสุลใหญ่นั้นส่วนใหญ่นั้นจะครบทั้ง 3 สาขาของกิจการต่างประเทศเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อาจจะไม่เข้มข้นเท่ากับสถานเอกอัครราชทูต แต่งานกงสุลจะถือเป็นหัวใจหลักของสถานกงสุลใหญ่ กล่าวคือ (1) ดำเนินการเกี่ยวกับงานด้านกงสุล ตลอดจนดูแลปกป้อง และคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยและคนไทยในประเทศที่อยู่ในความรับผิดชอบ (2) ดำเนินการเกี่ยวกับการส่งเสริมความสัมพันธ์และรายงานสถานการณ์ทางการค้า เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมในประเทศที่อยู่ในความรับผิดชอบมายังกระทรวง

(3) คณะผู้แทนถาวรไทยประจำสหประชาชาติ¹¹⁸

คณะผู้แทนถาวรไทยประจำสหประชาชาติเป็นการแต่งตั้งคณะทูตไปประจำการ ณ ประเทศที่มีสำนักงาน United Nations ตั้งอยู่ ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยไปตั้งอยู่ 2 ประเทศ ได้แก่ ณ นครนิวยอร์ก และนครเจนีวา ควบคู่กับงานของสถานเอกอัครราชทูตที่ประจำอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาและสวิตเซอร์แลนด์ เพื่อประโยชน์ในงานภารกิจพหุภาคีเป็นหลัก มีเอกอัครราชทูตเป็นหัวหน้าสำนักงานและเจ้าหน้าที่สายการทูตลดหลั่นลงมา ซึ่งมีความแตกต่างกับงานการทูตของกระทรวงในรูปแบบทวิภาคี ดังนี้ (1) ดำเนินการเกี่ยวกับการดูแล ปกป้อง และคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยในองค์การระหว่างประเทศอื่นนอกจากสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน (2) ประสานงานเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของสหประชาชาติ และรายงานความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับสถานการณ์ระหว่างประเทศที่นำเข้าสู่การพิจารณาของสหประชาชาติมายังกระทรวง

(4) คณะผู้แทนถาวรไทยประจำอาเซียน ณ กรุงจาการ์ตา อินโดนีเซีย¹¹⁹

เช่นเดียวกับข้อก่อนหน้านี้ แต่จะรับหน้าที่ดูแลเฉพาะ ASEAN เท่านั้น มีเอกอัครราชทูตเป็นหัวหน้าสำนักงานและเจ้าหน้าที่สายการทูตลดหลั่นลงมา (1) ดำเนินการเกี่ยวกับการดูแล ปกป้อง และคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยในสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

¹¹⁷ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558
ข้อ 17

¹¹⁸ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558
ข้อ 15

¹¹⁹ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558
ข้อ 16

เฉียงใต้หรืออาเซียน (2) ประสานงานเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน และรายงานความเคลื่อนไหวเกี่ยวกับสถานการณ์ระหว่างประเทศที่นำเข้าสู่การพิจารณาของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียนมายังกระทรวง

3.5.2 รูปแบบของการกระทำในกิจการต่างประเทศของหน่วยงานในกระทรวงการต่างประเทศ

จากโครงสร้างของกระทรวงการต่างประเทศที่แบ่งภารกิจโดยกฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ พ.ศ. 2545 ของกระทรวงการต่างประเทศที่ถูกแบ่งเป็น 3 กลุ่มภารกิจที่ได้อธิบายไว้ข้างต้น โดยพิเคราะห์ได้ว่าแบ่งภารกิจเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศและของประเทศไทย

3.5.2.1 การกระทำในกิจการต่างประเทศในรูปแบบการกระทำทางรัฐบาล

กระทรวงการต่างประเทศมีภารกิจหลักด้านหนึ่งคือการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ ซึ่งครอบคลุมทั้งการเป็นผู้ให้ความคิดเห็นแก่รัฐบาลในการกำหนดนโยบายการต่างประเทศและการเมืองระหว่างประเทศ อีกทั้งการรับนโยบายของรัฐไปดำเนินการสานต่อให้สำเร็จลุล่วงผ่านการทูตโดยเครื่องมือที่กระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งภารกิจการดำเนินการกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศสะท้อนให้เห็นโดยชัดแจ้งในการแบ่งส่วนราชการภายในกระทรวง และจากกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการ ที่กำหนดอำนาจและหน้าที่อย่างเห็นได้ชัดว่ามีรูปแบบการดำเนินการไปในทาง “การกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ” จึงสรุปได้ ดังนี้

(1) การวางนโยบายความสัมพันธ์กับประเทศแบบทวิภาคีและความสัมพันธ์กับองค์การระหว่างประเทศ

การดำเนินการดังกล่าวมีปรากฏในอำนาจหน้าที่ของกรมภูมิภาคของกระทรวงการต่างประเทศ กล่าวคือ กรมภูมิภาคที่ดูแลความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้นจะต้องรับหน้าที่ในการวิเคราะห์และประเมินสถานการณ์ทางการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจ วัฒนธรรมและสังคมของประเทศ กลุ่มประเทศในภูมิภาคหรือองค์การระหว่างประเทศที่รับผิดชอบ และเสนอแนะนโยบาย ยุทธศาสตร์ และดำเนินการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศไทยกับประเทศ และกลุ่มประเทศ และองค์การระหว่างประเทศที่รับผิดชอบ เพื่อที่จะนำผลลัพธ์มารวบรวมและประมวลผลเพื่อกลั่นกรองเป็นความเห็นรอบด้านในเรื่องของประเทศนั้น ๆ ให้แก่คณะรัฐมนตรีหรือส่วนราชการอื่นเพื่อประกอบการวางแผนดำเนินนโยบายระหว่างประเทศและทางการทูตกับประเทศนั้น ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศนั้น ๆ โดยตรง หรือกับเพื่อประโยชน์ในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับประเทศอื่น ๆ เช่น การต่อรองอำนาจทางการค้าการลงทุน การสร้างความเข้มแข็งรับมือการรุกรานของภัยโลก หรือประเทศมหาอำนาจ การสร้างมิตรประเทศในเวทีการประชุมระหว่างประเทศ การแลกเปลี่ยนเลือกตั้ง การให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งล้วนเป็นการกระทำทางรัฐบาลในด้านการต่างประเทศทั้งสิ้น

อีกประการของกรมภูมิภาคคือการดำรงตนเป็นดัง “ช่องทางการทูต” ให้แก่ประเทศไทยหากมีความจำเป็นที่จะต้องสื่อสารกันระหว่างส่วนราชการไทยกับตัวแทนของประเทศ กลุ่มประเทศและองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคที่รับผิดชอบ ทั้งการเดินทางไปเยือน

ประเทศนั้น ๆ การส่งเอกสารหนังสือราชการ การประสานงานประชุมระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งเป็นการประกอบภารกิจทางการทูตเป็นหลัก จึงถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

(2) การวางนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเฉพาะด้าน

- ด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

การดำเนินการดังกล่าวเป็นภารกิจของกระทรวงการต่างประเทศที่จัดระเบียบหน่วยงานภายในกระทรวงเพื่อรองรับกิจการต่างประเทศเฉพาะเรื่องโดยเฉพาะ ได้แก่ การดูแลเศรษฐกิจระหว่างประเทศผ่านกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ซึ่งรับหน้าที่ในการวิเคราะห์เศรษฐกิจระหว่างประเทศและประมวลผลแบบภาพรวมโดยไม่เฉพาะเจาะจงประเทศเพื่อจะนำไปสู่การเสนอแนะในการกำหนดนโยบายและการดำเนินงานด้านเศรษฐกิจของไทย ผ่านรูปแบบการวิเคราะห์ติดตามศึกษา ประมวลข้อมูลนโยบายทางด้านเศรษฐกิจของต่างประเทศ ในกรอบความร่วมมือระดับอนุภูมิภาคและภูมิภาค กรอบความร่วมมือในระดับพหุภาคี เพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และคาดการณ์แนวโน้มของพัฒนาการทางด้านเศรษฐกิจของต่างประเทศ หรือระดับอนุภูมิภาคและภูมิภาค กรอบความร่วมมือในระดับพหุภาคี แล้วแต่กรณี ซึ่งเมื่อเป็นการกระทำเพื่อรวบรวมข้อมูลทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพื่อนำมาประกอบการเสนอคณะรัฐมนตรีหรือส่วนราชการอื่น ล้วนเป็นการกระทำทางรัฐบาลในด้านการต่างประเทศทั้งสิ้น

เช่นเดียวกัน การเป็นช่องทางทางการทูตของกรมที่ดูแลภารกิจเฉพาะด้านเช่น กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศก็เป็นอีกประการหนึ่งที่ทางการทูตในฐานะ “ช่องทางทางการทูต” ให้แก่ประเทศไทยหากมีความจำเป็นที่จะต้องสื่อสารกันระหว่างส่วนราชการไทยกับตัวแทนของประเทศ กลุ่มประเทศและองค์การระหว่างประเทศในภูมิภาคที่รับผิดชอบในเฉพาะด้านนั้น ๆ ทั้งการเดินทางไปเยือนประเทศนั้น ๆ การส่งเอกสารหนังสือราชการ การประสานงานประชุมระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งเป็นการประกอบภารกิจทางการทูตเป็นหลัก จึงถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลเช่นกัน

- ด้านการข่าวสารและการศิลปวัฒนธรรม

การดำเนินการดังกล่าวเป็นภารกิจของกระทรวงการต่างประเทศที่จัดระเบียบหน่วยงานภายในกระทรวงเพื่อรองรับกิจการต่างประเทศในด้านข่าวสารและด้านศิลปวัฒนธรรมเป็นการเฉพาะ ซึ่งกรมสารนิเทศรับผิดชอบในภารกิจหลัก ๆ 3 ประการ ได้แก่

(1) การเป็นผู้กำหนดนโยบายการจัดทำแผนงานการแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมและความตกลงด้านวัฒนธรรมระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ และดำเนินการเกี่ยวกับการขับเคลื่อนนโยบายการทูตสาธารณะของประเทศไทย ตลอดจนส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนให้เข้าใจมิติด้านการต่างประเทศ ซึ่งการกำหนดนโยบายในเรื่องนี้ย่อมเป็นการดำเนินนโยบายที่จะรวบรวมเป็นความเห็นนำเสนอเรียนคณะรัฐมนตรีและส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อส่งเสริมวัฒนธรรมของประเทศไทยไปสู่สายตาชาวโลกและสนับสนุนการดำเนินนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาล ซึ่งการกระทำทางนโยบายดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

(2) ภารกิจการข่าวของกระทรวงการต่างประเทศ ในฐานะโฆษกกระทรวงการต่างประเทศที่จะรับผิดชอบในฐานะกระบอกเสียงของกระทรวงการต่างประเทศ จึงต้องทำหน้าที่ในการประชาสัมพันธ์ภารกิจของกระทรวงและนโยบายของประเทศไทยด้านการต่างประเทศแก่สื่อมวลชน ผ่านรูปแบบการดำเนินการข้อมูลเชิงรุกและการจัดทำข่าวสารของกระทรวงการต่างประเทศ

การจัดการสื่อเป็นของกระทรวงการต่างประเทศเพื่อรองรับปฏิบัติการดังกล่าวที่มีมากขึ้นทุกวันทั้งรูปแบบวิทยุและสื่อต่าง ๆ ตามสมัยนิยมของโลก เพื่อประโยชน์ในการประชาสัมพันธ์เสริมสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศไทยเชิงรุก

และอีกหน้าที่ที่เป็นหน้าที่สำคัญของกรมสารนิเทศและโฆษกกระทรวงการต่างประเทศคือตอบสนองสื่อมวลชนการแถลงข่าวหรือที่เข้าใจกันคือการ “แก้ข่าว” ในประเด็นที่เกี่ยวข้องของกระทรวงและเรื่องการต่างประเทศของไทยที่รับผิดชอบ ผ่านการประมวลและวิเคราะห์ข่าวด้านต่าง ๆ ติดตามข่าวจากสื่อมวลชนทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ และประสานงานเพื่อชี้แจง จัดทำแผนการและแนวทางการชี้แจง ตอบโต้ หรือรายงานข่าวของสื่อต่าง ๆ ทั้งไทยและต่างประเทศ ให้สอดคล้องกับยุทธศาสตร์และนโยบายของประเทศ และในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับภาพลักษณ์ของประเทศไทยต่อภาครัฐ ภาคเอกชน และประชาสังคม ทั้งภายในประเทศและนอกประเทศ การกระทำทางการข่าวสารเพื่อสนับสนุนภารกิจทางนโยบายของรัฐบาลโดยตรงดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

(3) งานอำนวยความสะดวกแก่ผู้แทนสื่อมวลชนในประเทศและต่างประเทศ และงานติดต่อและประสานงานกับส่วนราชการไทยและหน่วยงานต่างประเทศเกี่ยวกับการเผยแพร่และแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมด้านต่าง ๆ จึงมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางการทูต เมื่อเป็นการดำเนินการทางการทูตแล้วย่อมถือว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- ด้านการอำนวยความสะดวกการประกอบภารกิจทางการทูตและทางกงสุลของต่างประเทศ

งานดังกล่าวนี้กรมพิธีการทูตรับผิดชอบ ซึ่งสามารถแบ่งแยกได้ 2 กรณี ได้แก่ ภารกิจที่กระทรวงการต่างประเทศดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีแล้ว กฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าคือกฎหมายที่ให้เอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางการทูตและทางกงสุลให้แก่คณะผู้แทนและตัวแทนทางทูต คณะผู้แทนทางทูต ทางกงสุล ของต่างประเทศหรือขององค์การระหว่างประเทศที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศไทย ซึ่งประเทศไทยต้องดำเนินการโดยการสละอธิปไตยของรัฐในบางประการของประเทศให้แก่รัฐอื่นซึ่งสถาปนาความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทย เช่น การลดหย่อนภาษีอากร (เอกสิทธิ์ทางการปกครอง) การได้รับความคุ้มกันจากศาลในประเทศที่ไปประจำการ (ความคุ้มกันทางตุลาการ) เป็นต้น รวมทั้งเป็นหน่วยงานที่เสนอความเห็นทางนโยบายให้แก่คณะรัฐมนตรีเพื่อประกอบการพิจารณาในการจัดทำความตกลงเกี่ยวกับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันของสำนักงานและพนักงานองค์การระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน ดังนั้น การกระทำดังกล่าวนี้ย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

หน้าที่อีกประการคือการดำเนินกิจการทางการทูตผ่านการดูแลและอำนวยความสะดวกบุคคลสำคัญต่างประเทศที่มาเยือนประเทศไทยในระดับพระราชวงศ์ ประมุขรัฐ หัวหน้ารัฐบาล รัฐมนตรีต่างประเทศเจ้าหน้าที่ที่มาร่วมประชุมระหว่างประเทศ และบุคคลอื่นๆ ซึ่งมาเยือนประเทศไทยอย่างเป็นทางการ หรือในทางกลับกันในคือการถวายความสะดวกในการเสด็จฯ เยือนและการเยือนต่างประเทศของพระราชวงศ์ การอำนวยความสะดวกในการเดินทางเยือนต่างประเทศของนายกรัฐมนตรีของประเทศไทย และอำนวยความสะดวกคณะทูตในงานพระราชพิธีและรัฐพิธีผ่านการเตรียมการประสานงานกับหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งฝ่ายไทยและต่างประเทศ

และการดำเนินที่มีลักษณะทางการทูตกล่าวคือการอำนวยความสะดวกแก่ต่างประเทศการเกี่ยวกับการแต่งตั้งผู้แทนทางการทูต ทางกงสุล กงสุลกิตติมศักดิ์ และผู้ช่วยทูตฝ่ายทหารตลอดจนการเป็นหน่วยงานพิจารณาความเหมาะสมในการขอเครื่องราชอิสริยาภรณ์ให้แก่ชาวต่างประเทศและชาวไทยในต่างประเทศ

จากภารกิจข้างต้นของกรมพิธีการทูตก็ล้วนทำไปเพื่อประโยชน์ในการคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันดีของประเทศไทยกับรัฐอื่น ๆ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- ด้านกฎหมายระหว่างประเทศ

ภารกิจด้านกฎหมายระหว่างประเทศและสนธิสัญญานั้นเป็นภารกิจที่เป็น 1 ในภารกิจหลักของกระทรวงการต่างประเทศ กล่าวคือ กระทรวงการต่างประเทศ โดยกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย จะมีบทบาทในการให้ความเห็นแก่ส่วนราชการต่าง ๆ และคณะรัฐมนตรีในการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำหนังสือสัญญาของประเทศ และเมื่อการทำหนังสือสัญญานั้นเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำทางรัฐบาล ซึ่งรวมถึงการตีความสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเข้าร่วมหรือมีความสนใจจะเข้าร่วม หรือต้องการจะยกเลิกเช่นกัน อย่างไรก็ตามเรื่องการทำหนังสือสัญญาจะกล่าวโดยละเอียดอีกครั้งในหัวข้อถัดไป

ภารกิจอีกประการของกรมสนธิสัญญาและกฎหมายผ่านกองเขตแดนคือการรักษาไว้ซึ่งบูรณภาพของดินแดนของราชอาณาจักร ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ การดำเนินการเพื่อธำรงไว้ซึ่งบูรณภาพของดินแดนของประเทศไทยจึงเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกับรัฐต่างประเทศเสมอ ดังนั้นจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล

อีกประการคือหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทของประเทศไทยโดยสันติวิธี ด้วยวิธีการเจรจา การไต่สวน การไกล่เกลี่ย การประนีประนอม การอนุญาโตตุลาการ การดำเนินคดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศและศาลอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธีด้วยวิธีการอื่น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

กรมสนธิสัญญาและกฎหมายก็รับบทบาทเป็น “ช่องทางการทูต” เช่นเดียวกันกับหลาย ๆ กรมของกระทรวงการต่างประเทศ ทั้งการเป็นสื่อกลางในการติดต่อระหว่างรัฐบาลไทยกับองค์กรหรือสถาบันด้านกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นสมาชิก หรือการส่งเอกสารราชการกับต่างประเทศในเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือที่รับผิดชอบ ดังนั้น การกระทำในทางการทูตย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

- ด้านการพัฒนาางานกงสุลของประเทศไทย

ภารกิจด้านการกงสุลมีมิติด้านการกระทำทางนโยบายระหว่างประเทศหรือการกระทำทางรัฐบาลในด้านการเสนอความเห็นเพื่อกำหนดนโยบายและแผนด้านการกงสุล ซึ่งเป็นดำเนินการเพื่อพัฒนาศักยภาพของกระทรวงและของประเทศในด้านกงสุลให้ทัดเทียมกับมาตรฐานโลก อันถือเป็นการดำเนินการทางนโยบายของรัฐบาล ดังนั้น ย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล

ประเด็นการให้ความร่วมมือทางกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศนั้น โดยเนื้อหาแล้วเป็นการกระทำทางกงสุลตามที่ได้รับมอบหมายทั้งโดยอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

ความสัมพันธ์ทางกงสุลและกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล อย่างไรก็ตามเมื่อกฎหมายภายในของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 บัญญัติหลักการไว้ไม่ให้ใช้บังคับแก่กรณี การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาการบังคับคดีและการวางทรัพย์และการดำเนินงานตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงไม่ใช่การกระทำทางปกครอง และมีเนื้อหาสาระเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศจึงเป็นการกระทำทางรัฐบาล

สำหรับเนื้อหาของงานกงสุลส่วนอื่นนั้นจะมีลักษณะเข้าข่ายเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งจะขอกล่าวถึงในหัวข้อถัด

3.5.2.2 การกระทำในกิจการต่างประเทศในรูปแบบการกระทำทางปกครอง

งานกงสุลเพื่อคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของชาติและคนชาติในต่างประเทศนั้นเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐในรูปแบบของแนวนโยบายของรัฐตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 66 ซึ่งกระทรวงการต่างประเทศให้ความสำคัญต่อการปฏิบัติภารกิจนี้มากเคียงคู่กันกับงานด้านการทูตอื่น ๆ โดยจัดตั้งส่วนราชการระดับกรมเพื่อรับผิดชอบงานนี้ โดย ได้แก่ “กรมการกงสุล” อย่างที่ได้อธิบายไว้ตอนท้ายของหัวข้อที่แล้วว่างานกงสุลนั้นโดยธรรมชาติมีลักษณะการกระทำในกิจการต่างประเทศมีหนึ่งแต่มีเนื้อหาของการกระทำที่เป็นการกระทำการกระทำการทางปกครองมากกว่าจะเป็นการกระทำทางรัฐบาล อำนาจหน้าที่ของกรมการกงสุลตามกฎหมายกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ¹²⁰ นั้นมี ดังนี้

ในภารกิจการกงสุลที่ว่าจะเป็นไปตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการกงสุล พ.ศ. 2506 นั้นประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกและมีพระราชบัญญัติอนุวัติการรองรับอนุสัญญาแล้วเช่นกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541¹²¹ สนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ และกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับงานด้านการกงสุล และภารกิจต่าง ๆ ด้านกงสุล นั้น กรมการกงสุลได้แบ่งส่วนราชการภายในกรมเพื่อรองรับภารกิจต่าง ๆ ผ่าน 4 กอง ได้แก่ กองคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศ¹²² กองตรวจลงตราและเอกสารเดินทางคนต่างด้าว¹²³ กอง

¹²⁰ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

¹²¹ “เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประเทศไทยจะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ซึ่งทำเมื่อวันที่ 24 เมษายน พ.ศ. 2506 เพื่อให้สอดคล้องกับประเพณีปฏิบัติในนานาอารยประเทศ ในการนี้ จะต้องมีความหมายเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามอนุสัญญาฯ ดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

¹²² (2) กองคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(ก) ดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครอง ดูแล รักษาผลประโยชน์และช่วยเหลือคนสัญชาติไทยและนิติบุคคลสัญชาติไทย รวมทั้งเรือและอากาศยานไทยในต่างประเทศ

¹²³ (3) กองตรวจลงตราและเอกสารเดินทางคนต่างด้าว มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

สัญชาติและนิติกรณ์¹²⁴ และกองหนังสือเดินทาง¹²⁵ ซึ่งเป็นการสะท้อนเป็นภารกิจงานกงสุลของเจ้าหน้าที่กงสุลไทยในต่างประเทศเช่นกัน ดังนั้น อาจจำแนกภารกิจงานของการกงสุลของไทยได้ ดังนี้

(1) งานคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศ

ภารกิจคุ้มครองผลประโยชน์ของคนไทยในต่างประเทศเป็นแนวนโยบายของรัฐตามรัฐธรรมนูญ¹²⁶ ซึ่งได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ อาจกล่าวโดยรวมได้ว่าเป็นหน้าที่ในการดำเนินการเกี่ยวกับการคุ้มครอง ดูแล รักษาผลประโยชน์และช่วยเหลือคนสัญชาติไทยและนิติบุคคลสัญชาติไทย รวมทั้งเรือและอากาศยานไทยในต่างประเทศ หน้าที่ของกงสุลในด้านคุ้มครองคนไทยนั้นหลากหลาย ยกตัวอย่างได้

กงสุลจะให้ความช่วยเหลือคนไทยที่ได้ประสบพบเคราะห์และได้รับความเดือดร้อนในต่างประเทศ ซึ่งการช่วยเหลือคนไทยนี้จะมีหลายกรณี อาทิ กรณีหนังสือเดินทางไทยสูญหายในต่างประเทศ กงสุลไทยจะให้ความช่วยเหลือตามกฎระเบียบของราชการในการพิจารณาออกหนังสือเดินทางเล่มใหม่ (กรณีคนไทยพำนักในต่างประเทศ) หรือถ้าผู้ได้รับความเดือดร้อนต้องการเดินทางกลับประเทศไทย กงสุลไทยจะให้ความช่วยเหลือในการออกหนังสือสำคัญประจำตัว

(ก) ดำเนินการเกี่ยวกับงานการตรวจลงตรา และการออกเอกสารการเดินทางสำหรับคนต่างด้าว

¹²⁴ (4) กองสัญชาติและนิติกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(ก) ดำเนินการเกี่ยวกับงานสัญชาติ งานนิติกรณ์ งานทะเบียนราษฎรและทะเบียนครอบครัวคนไทยในต่างประเทศและเรื่องอื่น ๆ ตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและระเบียบของทางราชการ ตลอดจนการดำเนินการเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในกระบวนการยุติธรรม

¹²⁵ (5) กองหนังสือเดินทาง มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(ก) ดำเนินการเกี่ยวกับหนังสือเดินทางและเอกสารการเดินทางให้แก่คนสัญชาติไทย

¹²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 66 รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธไมตรีกับนานาประเทศโดยถือหลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อกัน และไม่แทรกแซงกิจการภายในของกันและกัน ให้ความร่วมมือกับองค์การระหว่างประเทศและคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติและของคนไทยในต่างประเทศ

(Certificate of Identity–C.I.)¹²⁷ หรือหนังสือเดินทางชั่วคราว¹²⁸ ให้สามารถเดินทางกลับประเทศไทยได้ หรือกรณีทรัพย์สินสูญหายในต่างประเทศ กงสุลไทยจะให้ความช่วยเหลือตามกฎระเบียบของราชการหากประสงค์ต้องการเดินทางกลับประเทศไทยได้ หรือกรณีเจ็บป่วยในต่างประเทศ กงสุลไทยจะให้ความช่วยเหลือตามกฎระเบียบของราชการได้เช่นกัน รวมทั้งกงสุลจะให้ความช่วยเหลือติดตามหาตัวบุคคลที่ขาดการติดต่อกับญาติพี่น้องหรือสูญหายในต่างประเทศ

หากเกิดเหตุฉุกเฉินหรือภัยพิบัติในประเทศนั้นไม่ว่าจะจากการกระทำของมนุษย์หรือธรรมชาติ กงสุลไทยก็จะเข้าไปดูแลคุ้มครองช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ

กรณีคนไทยไปประกอบอาชีพในต่างประเทศ กงสุลไทยจะดูแลช่วยเหลือแรงงานไทยที่ไปทำงานในต่างประเทศโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจ้าง และให้การช่วยเหลือกรณีคนไทยตกเป็นเหยื่อถูกหลอกลวงไปทำงานในต่างประเทศหรือตกเป็นเหยื่อการค้ามนุษย์ในต่างประเทศตามกฎระเบียบของราชการ หรือการช่วยเหลือลูกเรือประมง (แต่ในหลักการแล้วหากเกิดเหตุขึ้นเจ้าของเรือจะต้องเป็นผู้ที่เข้าไปรับผิดชอบและดำเนินการช่วยเหลือก่อนในลำดับแรกก่อน)

¹²⁷ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 หมวด 5 เอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง

ข้อ 17 สถานเอกอัครราชทูตและสถานกงสุลไทยในต่างประเทศอาจออกหนังสือสำคัญประจำตัว (Certificate of Identity) เป็นเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามเงื่อนไขและวิธีการที่กระทรวงการต่างประเทศกำหนด ให้แก่บุคคลในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อหนังสือเดินทางของบุคคลนั้นถูกยกเลิกตามข้อ 23

(2) เมื่อบุคคลนั้นไม่มีหนังสือเดินทาง หนังสือเดินทางสูญหาย หรือเสียหายจนใช้การไม่ได้ หรือหนังสือเดินทางขาดอายุ แต่มีหลักฐานอื่นเพียงพอที่จะทำให้ผู้ออกเอกสารเชื่อได้ว่าบุคคลผู้นั้นมีสัญชาติไทย และประสงค์จะเดินทางกลับประเทศไทยเป็นการเร่งด่วนโดยไม่อาจรอการออกหนังสือเดินทางเล่มใหม่ให้แทนได้

ข้อ 18 หนังสือสำคัญประจำตัวมีอายุตามความจำเป็น แต่ไม่เกิน 6 เดือน ใช้เดินทางกลับประเทศไทยได้ครั้งเดียว เมื่อกลับถึงประเทศไทยแล้วเป็นอันหมดอายุไม่สามารถต่ออายุได้อีก

¹²⁸ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 หมวด 4 หนังสือเดินทางชั่วคราว

“ข้อ 15 หนังสือเดินทางชั่วคราวออกให้กับบุคคลดังต่อไปนี้

(1) บุคคลที่หนังสือเดินทางสูญหาย หรือเสียหายจนใช้การไม่ได้ หรือหนังสือเดินทางขาดอายุระหว่างอยู่ต่างประเทศ แต่มีหลักฐานประกอบการขอออกหนังสือเดินทางครบถ้วน และประสงค์จะเดินทางเป็นการเร่งด่วนโดยไม่อาจรอการออกหนังสือเดินทางเล่มใหม่ให้แทนได้

(2) บุคคลที่มีความจำเป็นจะต้องเดินทางเร่งด่วนอย่างยิ่ง และปลัดกระทรวงการต่างประเทศ หรือผู้ที่ปลัดกระทรวงการต่างประเทศมอบหมาย อนุมัติ

ข้อ 16 หนังสือเดินทางชั่วคราวมีอายุ 1 ปี และไม่สามารถต่ออายุได้อีก”

กรณีคนไทยไทยที่ถูกจับกุม คမ်းซัง หรือตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาในต่างประเทศ คนไทยจะมีสิทธิร้องขอให้เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ๆ แจ้งให้กงสุลไทยทราบ และมีสิทธิที่จะสื่อสารกับกงสุลไทย รวมทั้งกงสุลไทยมีสิทธิในการเข้าเยี่ยม สนทนา และให้คำปรึกษา และจัดหาทุนความให้คนไทยดังกล่าวในชั้นจับกุม คမ်းซัง และหรือตกเป็นผู้ต้องหาทั้งนี้ตามกฎหมายระเบียบของราชการของไทยและของกฎหมายภายในประเทศนั้น ๆ

กรณีคนไทยถึงแก่กรรมในต่างประเทศ กงสุลไทยจะเข้ามาช่วยเหลือตามกฎหมายระเบียบของราชการ สำหรับการช่วยเหลือคนไทยกรณีเสียชีวิตในต่างประเทศ กงสุลจะแจ้งให้ญาติทราบ และสอบถามความประสงค์ของญาติในการดูแลจัดการศพผู้เสียชีวิต และดูแลติดตามเงินถึงได้ของผู้เสียชีวิต (หากมี)

ทั้งนี้ การให้ความช่วยเหลือด้านคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศนี้กงสุลไทยต้องพิจารณาการให้ความช่วยเหลือประกอบกับกฎหมายและระเบียบของไทย ได้แก่ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินทดรองราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2562 และกฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

(2) งานตรวจลงตรา และงานเอกสารเดินทางคนต่างด้าว

การตรวจลงตราหรือที่รู้จักกันเป็นการทั่วไปคือวีซ่า (Visa) บทบาทของการตรวจลงตราจะส่งผลกระทบต่อคนต่างชาติไม่ใช่คนไทย เพราะว่าข้อบังคับในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2552¹²⁹ กำหนดเป็นการทั่วไปว่าคนต่างชาติ (ที่มีเชื้อชาติที่ประเทศไทยมีข้อตกลงกับประเทศนั้น ๆ ที่สามารถเดินทางเข้าประเทศไทยได้โดยไม่ต้องตรวจลงตรา) จะถูกห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร เว้นแต่ ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารเดินทางซึ่งได้รับจากสถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ไทยซึ่งตั้งอยู่ในประเทศที่ตนมีถิ่นพำนัก หรือจากสถานเอกอัครราชทูตไทยที่ได้รับมอบหมายให้ดูแลประเทศที่คนต่างชาติดังกล่าวมีถิ่นพำนักเสียก่อน

อย่างไรก็ดี งานตรวจลงตราเป็นกฎหมายที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยผู้รักษาการ และมีสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นผู้ปฏิบัติ¹³⁰ ดังนั้น จึงไม่ใช่ภารกิจโดยตรง

¹²⁹ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12

“ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

การตรวจลงตราและการยกเว้นการตรวจลงตราให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง”

¹³⁰ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 5

“ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมกับค่าทำการและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ

ของกระทรวงการต่างประเทศเพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ อีกทั้งการตรวจลงตราถือเป็นการจัดทำคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹³¹ที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ต้องเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งสิทธิก่อนมีคำสั่งทางปกครองได้¹³² ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการตรวจลงตราถือเป็นการกระทำทางปกครอง

ดังนั้น หน้าที่ของกงสุลไทยในต่างประเทศจึงเป็นดังผู้รับหน้าที่ในการออกการตรวจลงตราให้แก่คนต่างชาติดำเนินการตามกฎหมายคนเข้าเมืองระบุไว้ เป็นดั่งสำนักงานส่วนหน้าในต่างประเทศในการตรวจลงตราให้แก่คนต่างชาติที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาในเมืองไทย การได้รับการตรวจลงตรานั้นเป็นหลักฐานประกอบในการเดินทางเข้าประเทศไทยได้ แต่ดุลพินิจในการพิจารณาคนเข้าเมืองจริง ๆ แล้วจะเป็นของเจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองที่ประเทศไทย

ประเด็นเรื่องเอกสารเดินทางคนต่างด้าว (Travel Document for Aliens-T.D.) นั้น คนต่างด้าวจะมายื่นคำร้องให้กรมการกงสุลเพื่อขอเอกสาร T.D. ได้ตามกฎระเบียบของราชการ โดยขั้นต่ำจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทย หรือบุคคลที่ไม่อาจขอรับหรือถูกปฏิเสธการออกหนังสือเดินทางหรือเอกสารเดินทางจากทางการของประเทศที่ตนเคยได้รับสัญชาติเดิม หรือบุคคลไร้สัญชาติที่พำนักอยู่ในประเทศไทย หรือคนต่างด้าวที่ได้รับถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทยภายใต้โครงการให้ถิ่นที่อยู่ถาวรแก่คนต่างด้าวภายใต้โครงการลงทุนเป็นกรณีพิเศษ 10 ล้านบาท

(3) งานสัญชาติและนิติกรณ์

งานสัญชาติและนิติกรณ์นั้นเป็นงานที่มีภารกิจหลากหลายในงานการบริการประชาชนของกงสุล สามารถพิจารณาได้จากหน้าที่ที่ระบุไว้ในกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุลซึ่งได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ กล่าวคือ งานสัญชาติ งานนิติกรณ์ งานทะเบียนราษฎรและทะเบียนครอบครัวคนไทยในต่างประเทศและเรื่องอื่น ๆ ตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและ

ไม่เกินอัตราตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ และกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”

¹³¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 30

“ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนเอง ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง”

¹³² กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

“ให้คำสั่งทางปกครองในกรณีดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 30 วรรคสอง (6)

“(4) การไม่ตรวจลงตราหนังสือเดินทางของคนต่างด้าว”

ระเบียบของทางราชการ ตลอดจนการดำเนินการเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศในกระบวนการยุติธรรม และหน้าที่ต่าง ๆ เหล่านี้สอดคล้องกันกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุลฯ ด้วยเช่นกัน จึงอาจแยกเนื้อหาทางานออกได้ ดังนี้

- งานรับรองนิติกรณ์เอกสาร (Legalization)

เป็นการให้บริการประชาชนของกงสุลทั้งในประเทศและในต่างประเทศในการรับรองนิติกรณ์เอกสารซึ่งเป็นการรับรองในเอกสารที่มีเป้าหมายที่มีมิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศ กล่าวคือ เป็นการรับรองเอกสารไทยเพื่อที่จะนำไปใช้ในต่างประเทศหรือรับรองเอกสารต่างประเทศก่อนจะนำไปใช้ต่อกับส่วนราชการของไทย ซึ่งเอกสารที่กงสุลให้บริการรับรองนิติกรณ์เอกสารให้นั้นมีมากมายหลากหลายประเภทมากด้วยเหตุของความเป็นโลกาภิวัตน์ของสังคมโลกในปัจจุบัน อาทิ กรณียเอกสารไทยจะเป็นเอกสารทะเบียนราษฎร สูติบัตร มรณบัตร เอกสารทะเบียนครอบครัว ทะเบียนสมรส ทะเบียนหย่า เอกสารรับรองสถานะบุคคล (รับรองความเป็นโสด) เป็นต้น หากเป็นเอกสารต่างชาติจะมีความหลากหลายแล้วแต่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ซึ่งล้วนแต่แตกต่างกันไป ขั้นตอนการรับรองนิติกรณ์เอกสารจะเป็นไปตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการรับรองเอกสาร พ.ศ. 2539 อนึ่ง ระบบรับรองนิติกรณ์เอกสารของไทยนั้นมีลักษณะการรับรองแบบห่วงโซ่ (chain legalization) แบบไม่ขาดตอน

- งานทะเบียนราษฎร

อาจแยกได้เป็นกรณีการแจ้งเกิดของคนไทยในต่างประเทศ หรือสูติบัตร และกรณีการแจ้งตายของคนไทยในต่างประเทศ หรือมรณบัตร โดยเป็นหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534¹³³ กล่าวคือ ให้กงสุลไทย (หรือข้าราชการสถานทูตไทย) มีหน้าที่รับจดทะเบียนคนเกิด คนตาย และการทะเบียนราษฎรอื่นที่มีขึ้นนอกราชอาณาจักรสำหรับผู้มีสัญชาติไทย รวมถึงคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และคนต่างด้าวหรือคนไร้สัญชาติที่ถือเอกสารการเดินทางที่รัฐบาลไทยเป็นผู้ออกให้

¹³³ พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 28

“ให้กงสุลไทยหรือข้าราชการสถานทูตไทยที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียนมีหน้าที่รับจดทะเบียนคนเกิด คนตาย และการทะเบียนราษฎรอื่นที่มีขึ้นนอกราชอาณาจักรสำหรับผู้มีสัญชาติไทย คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และคนต่างด้าวหรือคนไร้สัญชาติที่ถือเอกสารการเดินทางที่รัฐบาลไทยเป็นผู้ออกให้ หลักฐานการจดทะเบียนคนเกิดและคนตายดังกล่าวให้ใช้เป็นสูติบัตรและมรณบัตรได้

ถ้าในที่ซึ่งมีการเกิดหรือการตายตามวรรคหนึ่ง ไม่มีสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทยประจำอยู่ให้ใช้หลักฐานการเกิดหรือการตายที่ออกโดยรัฐบาลของประเทศนั้นซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้รับรองคำแปลว่าถูกต้องเป็นหลักฐานสูติบัตรและมรณบัตรได้ การจดทะเบียนคนเกิดและคนตายตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงการปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการทะเบียนราษฎรอื่นตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศตกลงกัน”

ดังนั้น ซึ่งกงสุลไทยจะต้องดำเนินการในการจดทะเบียนคนเกิดและคนตายให้แก่ประชาชนคนไทยในต่างประเทศตามที่พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎรและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้

- งานทะเบียนครอบครัว

กงสุลมีอำนาจหน้าที่ในการเป็นนายทะเบียนครอบครัวให้แก่คนไทยในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478¹³⁴ และกฎกระทรวงการต่างประเทศออกตามความในพระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 กำหนดไว้ว่า¹³⁵ การกระทำที่เกี่ยวกับฐานะแห่งครอบครัวได้ทำขึ้นในต่างประเทศตามกฎหมายไทย ให้กงสุลหรือเจ้าพนักงานทูตส่งสำเนาทะเบียน หรือบันทึกเอกสารดังกล่าวซึ่งได้รับรองถูกต้องแล้วไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อส่งต่อไปยังกระทรวงมหาดไทย เอกสารดังกล่าวเป็นรูปแบบของทะเบียนสมรสและทะเบียนหย่านั่นเอง ซึ่งกงสุลไทยจะต้องดำเนินการดังกล่าวให้แก่ประชาชนคนไทยในต่างประเทศตามที่พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัวและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้

- งานสัญชาติ

กงสุลได้รับมอบหมายให้มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508¹³⁶ ตามประกาศกระทรวงมหาดไทยซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยแต่งตั้งให้พนักงานทูต

¹³⁴ พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478 มาตรา 25

“ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่รักษาการเท่าที่เกี่ยวกับกระทรวงนั้น ๆ ให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อการนั้น และกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมที่จะเรียก

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้”

¹³⁵ มาตรา 17 “ถ้าการใด ๆ อันเกี่ยวกับฐานะแห่งครอบครัวได้ทำขึ้นในต่างประเทศตามแบบซึ่งกฎหมายแห่งประเทศที่ทำขึ้นนั้นบัญญัติไว้ ผู้มีส่วนได้เสียจะขอให้บันทึกในประเทศสยามก็ได้ แต่ต้องยื่นเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งการนั้นโดยมีคำรับรองถูกต้องพร้อมกับคำแปลภาษาไทย ซึ่งฝ่ายนั้นต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย

ถ้าการดังกล่าวแล้วได้ทำขึ้นในต่างประเทศตามแบบซึ่งกฎหมายสยามบัญญัติไว้ ให้เจ้าพนักงานทูตหรือกงสุลสยามส่งสำเนาทะเบียน หรือบันทึกซึ่งได้รับรองถูกต้องแล้วไปยังกระทรวงการต่างประเทศเพื่อส่งต่อไปยังกระทรวงมหาดไทย”

¹³⁶ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 6 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่และออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ และยกเว้นค่าธรรมเนียมดังต่อไปนี้ให้แก่ผู้ใดตามที่เห็นสมควรก็ได้

(1) ค่าขอแปลงสัญชาติเป็นไทย

(2) หนังสือสำคัญการแปลงสัญชาติเป็นไทย

(3) ค่าขอกลับคืนสัญชาติไทย

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หรือกงสุลเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ¹³⁷ ดังนั้น กงสุลจึงรับหน้าที่ในกรณีที่ยื่น สัญชาติไทยและสมรสกับคนต่างด้าวและอาจถือสัญชาติของสามีได้ตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของ สามี ซึ่งหากประสงค์จะสละสัญชาติไทย ให้แสดงความจำนงต่อกงสุลไทยในต่างประเทศตามแบบและ วิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง¹³⁸

- การจัดทำบัตรประชาชนคนไทยในต่างประเทศ

งานกงสุลได้รับมอบหมายในกรณีการให้บริการประชาชนในการออกบัตร ประจำตัวประชาชนกรณียื่นคำขอบัตรใหม่หรือขอเปลี่ยนบัตรเก่า กงสุลไทยมีหน้าที่ให้บริการ ประชาชนในต่างประเทศ ณ สถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุลใหญ่ เว้นแต่กรณีขอมีบัตรครั้งแรกที่ จะต้องมาดำเนินการในประเทศไทยเท่านั้น การดำเนินการดังกล่าวเป็นไปตามกฎกระทรวงมหาดไทย ฉบับที่ 24 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526¹³⁹

- การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในกระบวนการยุติธรรม

งานกงสุลอีกประการคือการให้ความร่วมมือระหว่างประเทศใน กระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ กระทรวงการต่างประเทศเป็นช่องทางการทูต (Diplomatic channel) ให้กระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยกับอีกประเทศหนึ่งในการส่งความร่วมมือกันในการคดีที่ไม่มี สนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างกันในเรื่องความช่วยเหลือทางแพ่งหรือทางอาญาซึ่งกันและกัน ไม่ว่า

¹³⁷ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ สัญชาติ พ.ศ. 2508

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงแต่งตั้งให้

(5) พนักงานทูตหรือกงสุล

เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

¹³⁸พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 13 หญิงซึ่งมีสัญชาติไทยและได้สมรสกับ คนต่างด้าวและอาจถือสัญชาติของสามีได้ตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของสามี ถ้าประสงค์จะสละ สัญชาติไทย ให้แสดงความจำนงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

¹³⁹กฎกระทรวง ฉบับที่ 24 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัว ประชาชน พ.ศ. 2526

ข้อ 6 การขอมีบัตร การขอมีบัตรใหม่ หรือการขอเปลี่ยนบัตร ให้ผู้ขอยื่นคำขอพร้อมด้วย หลักฐานประกอบคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามระเบียบที่อธิบดีกรมการปกครองกำหนด ณ สถานที่ ดังต่อไปนี้ ...

นอกจากสถานที่ตามวรรคหนึ่ง ผู้มีถิ่นพำนักนอกราชอาณาจักรตามรายชื่อประเทศที่ รัฐมนตรีประกาศกำหนดซึ่งประสงค์จะยื่นคำขอมีบัตรใหม่หรือคำขอเปลี่ยนบัตร อาจยื่นคำขอมีบัตร ใหม่หรือคำขอเปลี่ยนบัตร ณ สถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุลใหญ่ หรือส่วนราชการของกระทรวง การต่างประเทศที่เรียกชื่ออย่างอื่นซึ่งกระทรวงการต่างประเทศมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ด้านกงสุลที่มี อาณาเขตหรือเขตกงสุลในประเทศดังกล่าวได้

จะอยู่ในรูปแบบของการส่งสำเนาคำฟ้อง ส่งหมายเรียก ส่งเอกสารหลักฐานระหว่างประเทศ แล้วแต่กรณี หลักการนี้ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง “มาตรา 34 ถ้าจะต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาทั้งเรื่อง หรือแต่บางส่วนโดยอาศัยหรือโดยร้องขอต่อเจ้าหน้าที่ในเมืองต่างประเทศเมื่อไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่มีข้อกฎหมายบัญญัติไว้สำหรับเรื่องนั้นให้ศาลปฏิบัติตามหลักทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ” และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา “มาตรา 10 ประเทศที่มีสนธิสัญญาว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญากับประเทศไทยหากประสงค์จะขอความช่วยเหลือตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้จากประเทศไทยให้ทำคำร้องขอความช่วยเหลือส่งไปยังผู้ประสานงานกลาง แต่สำหรับประเทศที่ไม่มีสนธิสัญญาดังกล่าวกับประเทศไทย ให้ส่งคำร้องขอโดยวิธีทางการทูต” ซึ่งรูปแบบคำร้องขอจะต้องเป็นสากลและถูกต้องตรงกันกับกฎระเบียบภายในที่ประเทศปลายทางกำหนดไว้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม การให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในกระบวนการยุติธรรมนี้ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

(4) งานหนังสือเดินทาง(Passport)

งานหนังสือเดินทางนั้นกงสุลสามารถให้บริการได้ทั้งในประเทศไทย กรมการกงสุล และสำนักงานหนังสือเดินทางสาขาในจังหวัดต่าง ๆ ทั่วประเทศ และสถานเอกอัครราชทูตและสถานกงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศ กงสุลไทยมีอำนาจหน้าที่ในการออกหนังสือเดินทางให้แก่ประชาชนที่มีสัญชาติตามระเบียบกระทรวงการว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ซึ่งหนังสือเดินทางของไทยนั้นมี 4 ประเภท กล่าวคือ (1) หนังสือเดินทางทูต¹⁴⁰ (2) หนังสือ

¹⁴⁰ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 6 หนังสือเดินทางทูตออกให้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- (1) พระบรมวงศ์และพระนัดดาในพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว
- (2) พระอนุวงศ์ชั้นพระองค์เจ้าและคู่สมรส
- (3) พระราชวงศ์และบุคคลสำคัญที่ราชเลขาธิการขอไปเป็นกรณีพิเศษ
- (4) ประธานองคมนตรี และองคมนตรี
- (5) นายกรัฐมนตรี รองนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี
- (6) ประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา
- (7) ประธานศาลฎีกา รองประธานศาลฎีกา และประธานศาลอุทธรณ์
- (8) ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุด
- (9) อดีตนายกรัฐมนตรี และอดีตรัฐมนตรีกระทรวงการต่างประเทศ
- (10) ผู้บัญชาการทหารสูงสุด และผู้บัญชาการทหารเหล่าทัพ
- (11) ข้าราชการที่มีตำแหน่งทางการทูต ซึ่งเดินทางไปราชการในต่างประเทศ
- (12) ข้าราชการที่มีตำแหน่งทางการทูต ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ ณ ส่วนราชการในต่างประเทศ คู่สมรส และบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในความดูแลของบิดามารดาในประเทศที่ประจำอยู่หรือทำการศึกษาอยู่ในประเทศอื่น แต่บุตรจะต้องอายุไม่เกิน 25 ปี
- (13) คู่สมรสที่ร่วมเดินทางไปกับบุคคลดังกล่าวในข้อ (2) ถึงข้อ (8)

เดินทางราชการ¹⁴¹ (3) หนังสือเดินทางบุคคลทั่วไป (4) หนังสือเดินทางชั่วคราว หนังสือเดินทางจะมีอายุ 5 ปี เว้นแต่หนังสือเดินทางชั่วคราวมีอายุ 1 ปี และไม่สามารถต่ออายุได้อีก

หนังสือเดินทางนั้นในมิติของการเป็นการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เฉกเช่นเดียวกับการตรวจลงตรา กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองที่จะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่ที่ยกเว้นตามกฎหมายกระบวน ซึ่งหนึ่งในนั้นคือการไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ทันทีเลยว่าการออกหนังสือเดินทางหรือไม่ออกหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางตามระเบียบที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นการกระทำทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

อย่างไรก็ดีในเรื่องการออกหนังสือเดินทางนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 8) ได้เคยวินิจฉัยและให้ความเห็นไว้ว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ต้องหาทางแก้ไขโดยการตั้งกระทู้ถามในสภาผู้แทนราษฎร อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้นเมื่อครั้งปี พ.ศ. 2501 ประเทศไทยยังไม่มีระบบศาลปกครองแต่อย่างใด

3.5.2.3 งานอื่น ๆ

ภารกิจกรมการกงสุลอาจจะมีหน้าที่อื่น ๆ เป็นพิเศษแล้วแต่กรณีตามกฎหมายอื่น ๆ กำหนดไว้ อาทิ การดำเนินการให้เป็นศูนย์รับลงคะแนนเลือกตั้งหรือลงประชามตินอกราชอาณาจักร เป็นต้น

(14) บุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือภายใต้พันธกรณีระหว่างประเทศหรือภายใต้สถานการณ์พิเศษที่มีความจำเป็น หรือเกี่ยวกับการเผยแพร่ชื่อเสียงเกียรติคุณของประเทศ หรืออดีตเอกอัครราชทูต หรือในกรณีที่เห็นสมควร ให้ปลัดกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงการต่างประเทศมอบหมาย มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการอนุมัติให้ออกหนังสือเดินทางทูตได้

¹⁴¹ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 6

(1) ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานที่จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญ และสมาชิกรัฐสภา ซึ่งเดินทางไปราชการในต่างประเทศ

(2) ข้าราชการซึ่งไปปฏิบัติหน้าที่ประจำอยู่ ณ สถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลไทย หรือ ในคณะทูตถาวรประจำองค์การระหว่างประเทศในตำแหน่งอื่นที่มีใช้ตำแหน่งทางการทูต รวมทั้งคู่สมรส และบุตรที่ขอบด้วยกฎหมายซึ่งอยู่ในความดูแลของบิดามารดาที่ประจำอยู่ หรือทำการศึกษาอยู่ในประเทศอื่น แต่บุตรต้องอายุไม่เกิน 25 ปี

(3) บุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ไปราชการต่างประเทศ

(4) บุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่ทางราชการหรือในกรณีที่เห็นสมควรเป็นพิเศษ หรือเกี่ยวกับการเผยแพร่ชื่อเสียงเกียรติคุณของประเทศ ให้ปลัดกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ที่ปลัดกระทรวงการต่างประเทศมอบหมาย มีอำนาจใช้ดุลพินิจในการอนุมัติให้ออกหนังสือเดินทางได้

จากที่ได้กล่าวมานั้นงานกงสุลที่เป็นสาขาหนึ่งในกิจการต่างประเทศของฝ่ายบริหารมีมติการกระทำทางปกครองอยู่ด้วยเช่นกัน ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว ตามความหมายของการเป็นคำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹⁴² นั้นเอง หากเป็นเช่นนี้แล้วเอกชนก็จะสามารถขอให้องค์กรตุลาการเข้ามาตรวจสอบการจัดทำคำสั่งทางปกครองทางกงสุลได้ผ่านการยื่นเรื่องให้ศาลปกครองดำเนินการได้ตามข้อบังคับและข้อกำหนดตามกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองนั่นเอง¹⁴³

3.6 การกิจการต่างประเทศของส่วนราชการอื่น

กระทรวงการต่างประเทศของไทยนั้นมีส่วนราชการภายในที่เป็นภารกิจหลักคือรับผิดชอบในกิจการต่างประเทศตามภารกิจพื้นฐานของรัฐมาแต่ช้านาน แต่ก็มีความเป็นพลวัตอยู่ตัวด้วยการปรับปรุงหรือจัดระเบียบภายในกระทรวงมาโดยตลอดสอดคล้องกับกระแสโลกในเรื่องการต่างประเทศ สะท้อนได้จากการปรับเพิ่มกรม กอง แก่ไขกรมกองต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับภารกิจของประเทศและโลกอยู่เสมอ ซึ่งจะเห็นได้ชัดตามที่ได้ระบุมา

ประการต่อมาที่ต้องพิจารณาคือภารกิจในกิจการต่างประเทศของประเทศไทยนั้นมีมากกว่าที่จะสังกัดแค่กระทรวงการต่างประเทศ ทั้งในเรื่องการเมืองระหว่างประเทศ การทูต และการ

¹⁴² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5

"วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง" หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่ง ทางปกครองหรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้

"คำสั่งทางปกครอง" หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระบุ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่ หมายความว่ารวมถึงการออกกฎ"

¹⁴³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42

"ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา 72 ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง"

กงสุล ซึ่งเป็นหน้าที่และอำนาจที่องค์กรฝ่ายบริหารของรัฐต้องจัดทำให้รัฐในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐนั่นเอง กระทรวงและส่วนราชการอื่น ๆ ในประเทศไทยก็ได้รับมอบหมายเพื่อดำเนินการตามกฎหมายผ่านกรมกองต่าง ๆ ภายในโครงสร้างของแต่ละสังกัดด้วยเช่นกัน จึงขออธิบายตามภารกิจที่ประมวลมาดังต่อไปนี้

3.6.1 ภารกิจทางการเงิน การค้า และการพาณิชย์

การหารายได้ให้แก่แผ่นดินเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศมาแต่ช้านานในประวัติศาสตร์ประเทศที่ได้พิเคราะห์ไว้เบื้องต้น การค้าขายกับต่างประเทศเป็นช่องทางในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศเพื่อหารายได้มาใช้สอยในภารกิจพื้นฐานของรัฐเสมอ นอกเหนือจากการนำสินค้าในประเทศไปขายให้แก่ต่างประเทศ การนำสินค้าต่างประเทศมาพัฒนาเศรษฐกิจในประเทศ หรือการเจรจาเพื่อให้ได้มาเพื่อการค้าหรือความตกลงระหว่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ เป็นต้น

ต่อมาเมื่อโลกได้ร่วมกันพัฒนาการการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นในรูปแบบองค์กรต่าง ๆ เช่น World Trade Organization ประเทศไทยก็ต้องส่งผู้แทนถาวรของไทยไปประจำเพื่อนำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของประเทศในเวทีองค์การการค้าระหว่างประเทศ ณ นครเจนีวา สวิตเซอร์แลนด์

องค์กรที่รับหน้าที่ดำเนินกิจการต่างประเทศในทางการค้าและพาณิชย์และการเงินการคลังนั้น ได้แก่ กระทรวงพาณิชย์¹⁴⁴ ให้บริการคุ้มครองผู้บริโภคช่วยเหลือเกษตรกร ส่งเสริมการส่งออกและปกป้องผลประโยชน์ทางการค้าของประเทศ ซึ่งมีกรมในสังกัดรับผิดชอบหน้าที่ต่าง ๆ อาทิ กรมส่งเสริมการส่งออก มีภารกิจเกี่ยวกับการส่งเสริมการส่งออก ขยายตลาดสินค้า และธุรกิจบริการของไทย พัฒนาและสร้างมูลค่าเพิ่มของสินค้า เพิ่มศักยภาพการแข่งขันของผู้ประกอบการไทยในตลาดโลก เพื่อเพิ่มมูลค่าและปริมาณการส่งออกของประเทศไทย หรือกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ มีภารกิจเกี่ยวกับการเจรจาการค้าระหว่างประเทศโดยเสนอแนะนโยบาย กำหนดทำที่และกลยุทธ์ และเจรจาการค้าระหว่างประเทศ เพื่อดำรงไว้และให้ได้มาซึ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุดของประเทศ เป็นต้น ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ได้แต่งตั้งเอกอัครราชทูตคณะผู้แทนถาวรไทยประจำองค์การการค้าโลกและองค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก ณ นครเจนีวา และแต่งตั้งผู้ช่วยทูตทางพาณิชย์ไปประจำในบางประเทศ หรือผ่านสำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ (Office of Commercial Affairs) เป็นต้น

กรณีพัฒนาเศรษฐกิจด้านอื่นเช่นการอุตสาหกรรม กระทรวงอุตสาหกรรมของประเทศไทยก็ได้ดำเนินการในต่างประเทศเช่นกัน ผ่าน สำนักงานที่ปรึกษาด้านอุตสาหกรรมในต่างประเทศ (The Office of Industrial Affairs) ให้มีหน้าที่ในการประสานงานสร้างเครือข่ายกับวงการอุตสาหกรรม

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 28

“กระทรวงพาณิชย์มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการค้า ธุรกิจบริการ ทรัพย์สินทางปัญญา และราชการอื่นตามที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์หรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงพาณิชย์”

ทั้งภาครัฐและเอกชน เพื่อแสวงหาความร่วมมือด้านเศรษฐกิจและวิชาการ แสวงหาโอกาสเพื่อการได้รับคำแนะนำด้านการส่งเสริมการผลิต และการพัฒนาบุคลากร

กรณีเรื่องการเงินการคลังของรัฐด้านภาษี หน่วยงานของไทยก็มีภารกิจที่ส่งเสริมกิจการต่างประเทศเช่นกัน ผ่านสำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากรในต่างประเทศ (Office of Customs Affairs Royal Thai Embassy) โดยกระทรวงการคลังเพื่อการค้าดำเนินงานประสานภารกิจด้านศุลกากรของประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด หรือสำนักงานที่ปรึกษาฝ่ายเศรษฐกิจและการคลัง (Office of Economic and Financial Affairs) หรือสำนักงานตัวแทนธนาคารแห่งประเทศไทย (The Bank of Thailand London Representative Office) ไปประจำการในต่างประเทศเพื่อดำเนินกิจการต่างประเทศในที่ภารกิจที่รับผิดชอบโดยเฉพาะ

3.6.2 ภารกิจของการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข

การดำเนินการดังกล่าวเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐในการดูแลรักษาชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนคนไทย ซึ่งการดูแลคนไทยและให้บริการสาธารณะคนไทยนั้นไม่จำกัดอยู่แค่ในราชอาณาจักรยิ่งโลกาภิวัตน์ก้าวไกลคนไทยย่อมเดินทางไปทั่วโลก ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการค้าการลงทุนหรือทำธุรกิจ ประกอบอาชีพ การศึกษา และการท่องเที่ยว ไม่ว่าจะเป็นการเดินทางไปต่างประเทศแบบชั่วคราวหรือย้ายสำมะโนครัวไปอาศัยในต่างประเทศ งานดูแลคุ้มครองคนไทยในต่างประเทศที่เป็นองค์ประกอบของรัฐย่อมเป็นสิ่งที่รัฐต้องให้ความสำคัญเสมอ ควบคู่กับการบริการสาธารณะเรื่องทะเบียนราษฎรและทะเบียนครอบครัว เป็นต้น ซึ่งงานดังกล่าวเป็นการบำบัดทุกข์ บำรุงสุข อันเป็นภารกิจดูแลกิจการภายในของกระทรวงมหาดไทย

ส่วนการดูแลคุ้มครองคนไทยเฉพาะเรื่องเช่นคุ้มครองแรงงาน สวัสดิการมนุษย์ การดูแลเด็กและเยาวชน การดูแลนักศึกษาไทยในต่างประเทศ ภารกิจดังกล่าวประเทศไทยก็รองรับที่คุ้มครองดูแลเช่นกัน ผ่านกระทรวงที่รับผิดชอบภารกิจต่าง ๆ โดยตรง เช่น กระทรวงแรงงาน ผ่านสำนักงานแรงงานไทยในต่างประเทศ (Office of Labour Affairs) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ สำนักงานผู้ดูแลนักเรียนไทยในต่างประเทศ (Office of Education Affairs) ของสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือนสามัญ (ก.พ.)

ประเด็นเรื่องความมั่นคงของรัฐ ได้แก่ การกลั่นกรองบุคคลต่างชาติที่จะได้รับอนุญาตเดินทางเข้ามาในประเทศไทยได้หรือไม่ได้นั้น ภารกิจดังกล่าวเป็นดังการตรวจลงตรา (Visa) ให้แก่คนต่างชาติที่ประสงค์จะเข้าประเทศไทย ซึ่งกระทรวงมหาดไทยโดยสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและสำนักงานตำรวจแห่งชาติรับผิดชอบในหน้าที่ดังกล่าวนี้

3.6.3 ภารกิจของการดูแลรักษาสังแวดล้อม

การร่วมกันดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของโลกเป็นแนวโน้มใหม่ของสังคมโลกใบนี้ ทุกประเทศในโลกนี้จึงมีนโยบายที่จะดำเนินการภายในประเทศเพื่อรักษาธรรมชาติของประเทศให้แก่ประชาชนของรัฐนั้น ๆ ให้อยู่ยั่งยืนยงให้นานที่สุด ซึ่งประเทศไทยมีหน่วยงานเช่น กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่ดูแลรับผิดชอบเรื่องนี้

ในทางระหว่างประเทศ แต่ละประเทศก็มีความร่วมมือกันที่จะดำเนินการที่จะดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมด้วยเช่นกัน การร่วมมือกันในองค์กรหรือกรอบการเจรจาระหว่าง

ประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศจึงเป็นกิจการต่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมก็รับและดูแลเรื่องนี้เช่นเดียวกัน

3.6.4 การกิจของการพัฒนาศิลปวัฒนธรรม

กล่าวคือ การส่งเสริมการท่องเที่ยวของประเทศไทยในเวทีโลก ซึ่งถือเป็นภารกิจของรัฐด้านศิลปวัฒนธรรมของประเทศไทยเช่นเดียวกัน การส่งเสริมให้ต่างชาติได้สัมผัสวัฒนธรรมไทยหรือแลกเปลี่ยนศิลปวัฒนธรรมที่ดีของต่างประเทศถือเป็นกิจการต่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งหน่วยงานของไทยที่รับผิดชอบ อาทิ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ผ่านสำนักงานการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยในต่างประเทศ (Tourism Authority of Thailand) เป็นต้น

3.6.5 การกิจคมนาคมระหว่างประเทศ

ภารกิจการส่งเสริมคมนาคมระหว่างประเทศเพื่อเดินทางมาประเทศไทย ซึ่งถือว่าการเดินทางมาประเทศไทยถือเป็นประตูบานแรกที่น่ามาสู่กิจการต่างประเทศของไทย ดังนั้น จึงเป็นกิจการต่างประเทศที่สำคัญยิ่ง กระทรวงคมนาคมของไทยได้ดูแลรับผิดชอบเรื่องนี้ของไทย และมีสำนักงานของการบินไทย จำกัด (มหาชน) (Thai Airways International) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจของไทยไปประจำการในต่างประเทศ

3.6.6 การกิจทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี

ภารกิจของรัฐเรื่องวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีนั้นเป็นเรื่องที่ประเทศไทยให้ความสำคัญเสมอ สะท้อนจากการที่ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงกระทรวงที่รับผิดชอบเรื่องนี้เพื่อรองรับพลวัตของโลกด้านเทคโนโลยีตลอดเวลา ปัจจุบันเป็น “กระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัย และนวัตกรรม” โดยมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการส่งเสริม สนับสนุน และกำกับการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ การวิจัย และการสร้างสรรค์นวัตกรรม เพื่อการพัฒนาประเทศให้เท่าทันกับการเปลี่ยนแปลงของโลก กรณีในต่างประเทศนั้นได้มีการตั้งสำนักงานที่ปรึกษาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (Office of Science and Technology) โดยมีเจ้าหน้าที่เป็นอัครราชทูตที่ปรึกษาด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเพื่อดูแลรับผิดชอบเรื่องนี้โดยตรง

3.6.7 การกิจทางเกษตรกรรม

ประเทศไทยมีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์รับผิดชอบภารกิจดังกล่าวภายในประเทศผ่านกรมต่าง ๆ เช่น กรมประมง กรมวิชาการเกษตร เป็นต้น เรื่องการเกษตรนั้นเป็นเรื่องที่สากลเพราะเป็นเรื่องปากท้องของประชากรโลกใบนี้ จึงมีองค์การระหว่างประเทศที่ดูแลเรื่องนี้โดยตรงเช่นกัน ซึ่งประเทศไทยได้เข้าร่วมดำเนินกิจการต่างประเทศในด้านเกษตรกรรมเช่นเดียวกัน และมีสำนักงานที่ปรึกษาการเกษตรต่างประเทศไปประจำการในต่างประเทศด้วยเช่นกัน

3.6.8 การกิจทางกระบวนการยุติธรรม

กิจการต่างประเทศในเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในของรัฐเป็นสิ่งสำคัญในฐานะภารกิจพื้นฐานของรัฐ แต่โลกาภิวัตน์ทำให้ความสงบเรียบร้อยของสังคมโลกถูกรบกวนผ่านกระบวนการก่อการร้ายหลายรูปแบบ การโจรกรรมข้ามชาติ การค้าสิ่งผิดกฎหมายต่าง ๆ นานา ดังนั้น การให้ความร่วมมือในกระบวนการยุติธรรมระหว่างประเทศจึงสำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งในกระบวนการยุติธรรมด้านอาญานั้นมีทั้งสำนักงานตำรวจแห่งรับผิดชอบหน้าที่นี้ ซึ่งมีสำนักงานตำรวจติดต่อประสานงาน (Office of the Police Liaison) ไปประจำการในต่างประเทศ หรืออัครราชทูตที่ปรึกษาด้านการป้องกันและ

ปราบปรามยาเสพติด (ป.ป.ส.) ในต่างประเทศ ตลอดจนความร่วมมือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญา และการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งสำนักงานอัยการสูงสุดของไทยรับผิดชอบหน้าที่ดังกล่าว

ในทางคดีแพ่ง ประเทศไทยก็ดำเนินความสัมพันธ์ในการส่งเอกสารหรือการให้ความร่วมมือทางแพ่งกับต่างประเทศด้วยเช่นกัน โดยสำนักงานศาลยุติธรรมของไทยได้ดำเนินการมาโดยตลอด

3.6.9 การกิจทางทหาร

ความร่วมมือทางทหารเป็นเรื่องการทหารในความสัมพันธ์ทางการทูตมากกว่าการใช้กำลัง ประหัตประหารกันเป็นเรื่องที่ดีในการรักษาสันติภาพของโลกใบนี้ ซึ่งกระทรวงกลาโหมของประเทศไทยเห็นความสำคัญและดำเนินกิจการส่งเสริมความสัมพันธ์ทางการทูตทหารมาโดยตลอด ในต่างประเทศได้มีการส่งผู้ช่วยทางทหารไปประจำการ สำนักงานผู้ช่วยทูตฝ่ายทหาร (Office of the Defence Attaché) เพื่อให้ความร่วมมือทางการทูตทางทหารโดยตรงในต่างประเทศ โดยมีทั้งทหารบก ทหารเรือ และทหารอากาศ

มีข้อสังเกตอยู่ว่า กรณีภารกิจในกิจการต่างประเทศของส่วนราชการอื่นของประเทศไทยที่ไม่มีสำนักงานในต่างประเทศนั้นไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยจะไม่ให้ความสำคัญที่จะดำเนินการกิจในกิจการต่างประเทศในประเทศนั้น หรือไม่มีแผนการที่ดูแลคนไทยในประเทศนั้น ๆ เพราะภารกิจการดำเนินการทางการทูตเพื่อรักษาความมั่นคงของไทย การรักษามลประโยชน์ของประเทศ และการดูแลและคุ้มครองคนไทยไม่ว่าจะอยู่ที่ใดในโลกนี้ก็สำคัญทั้งสิ้น หากเกิดกรณีเช่นนี้ ภารกิจดังกล่าวทั้งปวงกระทรวงการต่างประเทศจะรับมาดำเนินการภารกิจทั้งปวงผ่านสถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุลใหญ่ และเจ้าหน้าที่การทูตและเจ้าหน้าที่กงสุลของไทยในต่างประเทศ ดังนั้น กระทรวงการต่างประเทศจึงมีบทบาทสำคัญในฐานะตัวแทนประเทศไทยในต่างประเทศได้นั่นเอง

บทที่ 4

การแยกการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นและไม่เป็นการกระทำทางรัฐบาล

จากที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 3 ว่าด้วยการกระทำในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศนั้นมี 3 สาขา ได้แก่ การต่างประเทศหรือการนโยบายต่างประเทศ การทูต และการกงสุล ซึ่งได้อธิบายไปก่อนหน้านี้แล้วว่าโดยเนื้อหาในการต่างประเทศและการทูตคือการที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจทางรัฐบาลซึ่งได้ผลิตผลเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ในกิจการต่างประเทศจากองค์กรทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรนิติบัญญัติจะเป็นผู้ตรวจสอบการกระทำดังกล่าวผ่านกลไกทางรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นการกระทำดังกล่าวคณะรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วเมื่อเป็นการดำเนินการทางการเมืองฝ่ายการเมืองก็ต้องรับผิดชอบทางการเมือง กล่าวในทางกลับกันคือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นผู้เข้ามาตรวจสอบการดำเนินการทางนโยบายต่างประเทศภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจนั่นเอง ดังนั้น หากมีการนำเรื่องในทำนองนี้มาขึ้นสู่ศาลปกครองเพื่อขอให้พิจารณาหรือวินิจฉัยใด ๆ ศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณา

ประการที่สำคัญต่อมาคือการกระทำในกิจการต่างประเทศที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ในรูปแบบของการกงสุลดังที่ได้อธิบายและแจกแจงไว้ในบทที่แล้วนั้น เมื่อเป็นการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายบริหารย่อมมีผลิตผลเป็น “การกระทำทางปกครอง” อันนำไปสู่การที่องค์กรตุลาการจะเข้ามาตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้นั่นเอง

ดังนั้น เมื่อการกระทำในกิจการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศมีสาระเนื้อหาทั้งในด้าน “การกระทำทางรัฐบาล” และ “การกระทำทางปกครอง” ทำให้มีประเด็นหรือปัญหาในการพิจารณาแยกแยะได้ว่าอะไรบางอย่างจะเป็นการกระทำแบบไหน หรือในการกระทำเดียวกันจะสามารถแยกเนื้อหาได้บางส่วนเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือบางส่วนเป็นการกระทำทางปกครองนั่นเอง

ปัญหาต่อมาการจะพิจารณาว่าการกระทำในกิจการต่างประเทศจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลหรือทางปกครองนั้น เนื่องจากแนวคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลของไทยนั้นไม่เคยปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายฉบับใด (เว้นแต่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 ซึ่งเรียกว่า “การกระทำของรัฐบาล” ดังได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้) การพิจารณาของไทยก็ต้องอาศัยการศึกษาจากแนวการวินิจฉัยขององค์กรตุลาการเอกชนเดียวกันกับต่างประเทศ ดังนั้น หากต้องการจะทำความเข้าใจในเรื่องนี้จะสามารถศึกษาและทำความเข้าใจผ่านคำพิพากษาศาลปกครองซึ่งได้รวบรวมค้นคว้าและประมวลรวบรวมเพื่อพิจารณาในแต่ละคดีตัวอย่างไว้ ซึ่งจะกล่าวต่อไป ดังนี้

4.1 การกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้

เพื่อทำความเข้าใจถึงการกระทำในกิจการต่างประเทศซึ่งเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” โดยแท้ของประเทศไทยตามที่ได้ประมวลศึกษาจากแนวคิดทฤษฎีขององค์กรตุลาการของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศส รวมทั้งองค์กรศาลของไทยนั้นอันดับแรกจะพบว่าการให้

นิยามความหมายนั้นเป็นไปได้ยากโดยสภาพของการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายรัฐบาลจะมีความใกล้ชิดกันระหว่างอำนาจทางรัฐบาลและอำนาจทางปกครอง จึงไม่สามารถที่จะสรุปเป็น “องค์ประกอบ” ที่จะเป็นการกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศได้

การใช้อำนาจในทางบริหารของคณะรัฐมนตรีของไทยที่จะมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ อาจพิจารณาถึงลักษณะการใช้อำนาจบริหารดังกล่าวของรัฐบาลโดยมีลักษณะสำคัญบางประการ เช่น เป็นการใช้อำนาจทางบริหารตามที่รับมอบไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อกระทำทางรัฐบาลนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) หรือคณะรัฐมนตรีรวมถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ได้รับมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) ตามความสามารถของผู้กระทำการแทนรัฐในการจัดทำสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการทำสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อย่างไรก็ตามก่อนที่จะรัฐมนตรีหรือบุคคลใดจะได้รับอำนาจเต็มก็ต้องอาศัยมติคณะรัฐมนตรีการตัดสินใจทางการเมืองเสียก่อน และมีรูปแบบเป็นการดำเนินการเป็นทางนโยบายหรือทางการเมืองระหว่างประเทศโดยแท้ ไม่ว่าจะเป็นการแสดงออกในทางการวางนโยบายการต่างประเทศของรัฐบาลหรือการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศภายใต้กฎเกณฑ์กลางของโลกคือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ เช่นอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการทำสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 หรืออนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 หรือศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หรือดำเนินการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Customary Law) กำหนดไว้ หรือการประกาศสงคราม ลักษณะอีกประการคือการที่ผู้รับการกระทำหรือนิติสัมพันธ์ในสนธิสัญญาระหว่างประเทศ กล่าวคือ ในการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศนั้น อีกฝ่ายหนึ่งหรือคู่สนธิสัญญาจะต้องเป็นรัฐบาลของต่างประเทศ หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาลนั้น ๆ เช่นเดียวกัน

ดังนั้น เพื่อให้ได้มาเพื่อความเข้าใจถึงการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ จากการศึกษาจากสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และฝรั่งเศสในฐานะประเทศตัวอย่างข้างต้นควบคู่กันกับการวิเคราะห์ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของไทยดังที่เคยยกมาอธิบายไว้ในบทที่ 2 พบว่าการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ที่ศาลจะไม่สามารถรับมาพิจารณาหรือตรวจสอบได้ด้วยเหตุผลของหลักแบ่งแยกอำนาจตามที่รัฐนั้น ๆ ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักการเดียวกันนี้ศาลปกครองของไทยก็ยึดถือมาเป็นหลักในการพิจารณาคดีมาตลอด โดยปรากฏในหลักกฎหมายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรื่องเขตอำนาจศาลปกครองที่จะรับมาพิจารณาได้ และศาลปกครองของไทยก็นำมาปรับใช้ในการพิจารณาคดีเสมอมา ดังนั้น การศึกษาคำสั่ง คำพิพากษา หรือคำพิพากษาของศาลปกครองของไทยนั้นจึงมีความสำคัญเพื่อนำมาประมวลให้ได้มาซึ่งหลักการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของไทย จึงขอเรียบเรียงถึงหลักการดังกล่าวผ่านการศึกษาผลการพิพากษาของศาลปกครอง ดังต่อไปนี้

4.1.1 การจัดทำหรือยกเลิกหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ

การจัดทำความตกลงระหว่างประเทศของรัฐบาลไทยตามที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไปผู้ลงนามในบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) โดยผู้

ได้รับมอบอำนาจโดยคณะรัฐมนตรีในฐานะตัวแทนของประเทศเพื่อลงนามในความตกลงระหว่างประเทศ การลงนามของผู้ได้รับมอบอำนาจนั้นย่อมกระทำการแทนคณะรัฐมนตรี หากปรากฏว่าเนื้อหาของความตกลงระหว่างประเทศข้อตกลงนั้นไม่ชอบรัฐหรือผู้แทนของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจยกเลิกความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ทำให้การมีผลหรือสิ้นผลของความตกลงระหว่างประเทศ และการยกเลิกหรือเพิกถอนความตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ย่อมเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร การตัดสินใจจึงขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาลไทยและคู่สัญญา ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวนี้ได้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครอง (องค์การตุลาการ) จึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศที่จะทำการยกเลิกสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้แทนคณะรัฐมนตรี

กรณีเช่นนี้ได้เคยเกิดขึ้นเมื่อผู้ฟ้องคดี (สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจองค์การเภสัชกรรม) เคยยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองฟ้ององค์การเภสัชกรรมและคณะกรรมการองค์การเภสัชกรรม ขอให้ศาลปกครองเพิกถอนบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) ระหว่างประเทศไทยกับสาธารณรัฐซิมบับเวซึ่งมีเนื้อหาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านไวรัสเอดส์และยาต้านการติดเชื้อฉวยโอกาส ข้อพิพาทนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาว่าการลงนามของเป็นการกระทำในฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ (อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา) จึงเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการจะยกเลิกหรือเพิกถอนบันทึกความเข้าใจย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองต่อมาผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์สู่ศาลปกครองสูงสุดโดยศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่าการกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีกระทำโดยในฐานะผู้แทนของรัฐบาลกับต่างประเทศในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้นรัฐและผู้ทำการแทนรัฐบาลเท่านั้นจะสามารถทำการจะเพิกถอนบันทึกความเข้าใจดังกล่าวได้ซึ่งขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาลคู่สัญญาและภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศหรือยกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศได้ ดังนั้น จึงไม่เข้าข่ายที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 78/2547)

หรือหากเป็นการฟ้องขอให้เพิกถอนหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยได้ดำเนินการไปแล้วกับต่างประเทศ ศาลปกครองเคยวินิจฉัยที่จะไม่รับพิจารณาเช่นกัน หลักการนี้เกิดขึ้นเมื่อมีผู้ฟ้องคดีทั้ง 5 คน¹ยื่นฟ้องในเหตุที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจา รวมถึงตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan-Thai Economic Partnership Agreement-JTEPA) โดยมีประเด็นเห็นว่าการลงนามความตกลงระหว่างประเทศนั้นเป็นการกระทำที่ได้ดำเนินการตามกระบวนการที่ต้องตามกฎหมายอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งห้าด้วย อย่างไรก็ตามคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นพ้องกับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาและมีคำสั่งไม่รับฟ้องโดยให้เหตุผลว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยทาง

¹ มูลนิธิข้าวขวัญ ที่ 1 มูลนิธิเข้าถึงเอดส์ ที่ 2 มูลนิธิชีววิถี ที่ 3 มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค ที่ 4 เกสัชกรหญิง สาลี ใจดี ที่ 5

กิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นคณะบุคคลตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คดีนี้จึงไม่ใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณา(คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550)

4.1.2 สถานะของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ

การใช้อำนาจทางบริหารของคณะรัฐมนตรีนั้นมีเนื้อหาการกระทำทางปกครองได้ด้วยเช่นกันตามที่ได้อธิบายไว้ก่อนหน้านี้ ดังนั้น ระบบศาลปกครองของไทยจึงสามารถพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อตรวจสอบการกระทำทางปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครอง²ตามที่พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาคดีไว้ซึ่งที่ผ่านมานั้นมีประเด็นขึ้นสู่ศาลปกครองให้ต้องวินิจฉัยข้อบัญญัติทางกฎหมายดังกล่าวที่ให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาคดีทางปกครองว่า การกระทำในกิจการต่างประเทศนั้นเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ และเกิดคดีตัวอย่างศึกษาให้วิเคราะห์และเทียบเคียงได้หลายกรณี

ในคดีพิพาทการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 เช่นเดียวกันนั้นมีประเด็นเรื่องการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีว่าจะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามความหมายของมาตรา 9 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้ฟ้องคดีทั้ง 5 ได้อุทธรณ์คดีในประเด็นความไม่ชอบด้วย การทำประชาพิจารณ์เรื่องความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ตามกฎหมาย⁴และเห็นว่าการทำประชาพิจารณ์เป็นการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองจึงสามารถพิจารณาได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์ว่า คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4) เป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ เมื่อคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเพื่อดำเนินการดำเนินกิจการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงไม่ใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนิยามของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197

³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

⁴ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2548

อย่างไรก็ดีการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) นั้นได้มีคดีขึ้นสู่ศาลปกครองมากกว่าหนึ่งครั้งภายหลังจากการลงนามไปแล้ว ตามที่ได้เคยอธิบายไว้ในบทที่ 2 ว่าการที่คณะรัฐมนตรีมีมติไม่นำเสนอความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบนั้นเป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าคณะรัฐมนตรีนั้นมี 2 สถานะ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญ และมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจถูกฟ้องเป็นคดีปกครองได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งบุคคลตามรัฐธรรมนูญอาจใช้อำนาจตามกฎหมายใด ในกรณีการจัดทำความตกลง JTEPA นั้นเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารในการกระทำการเกี่ยวกับนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ไม่ใช่การใช้อำนาจในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อให้ดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 628/2553) หรือกรณีฟ้องว่าการที่คณะรัฐมนตรีไม่นำเสนอความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบเป็นมติที่ไม่ชอบกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดก็วินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจทางบริหารในการกระทำเกี่ยวกับนโยบายและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 205/2554) หลังจากนั้นศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งในแนวทางเดียวกันดังปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 555/2555 ตามที่ยกตัวอย่างไว้ในบทที่ 2

อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาที่ควรจะยุติลงแล้วตามแนวทางดังกล่าวได้เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทอีกครั้งหนึ่งเมื่อมีการยื่นฟ้องคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจากการที่คณะรัฐมนตรีไทยได้เห็นชอบร่างแถลงการณ์ (Joint Communiqué) ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาต่อคำขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของกัมพูชา ปรากฏว่าศาลปกครองชั้นต้นรับพิจารณาในคดีนี้พร้อมด้วยคำขอคุ้มครองชั่วคราวคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา โดยมูลเหตุว่าเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจในการบริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534⁵ กระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545⁶ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าร่างแถลงการณ์ฯ เป็นหนังสือสัญญาที่มีบท

⁵ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 20 “ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 11 ในกระทรวงหนึ่ง ให้มีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ และรับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย เป้าหมายและผลสัมฤทธิ์ของงานในกระทรวงให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือที่คณะรัฐมนตรีกำหนด...”

⁶ พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มาตรา 12 “กระทรวงการต่างประเทศ มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับราชการต่างประเทศ และราชการอื่นตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงการต่างประเทศหรือส่วนราชการที่สังกัดกระทรวงการต่างประเทศ”

เปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยที่จะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷ เสียก่อนศาลปกครองชั้นต้นจึงพิเคราะห์ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁸ จึงรับคดีไว้พิจารณา และเมื่อศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาดังกล่าวที่ยังไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาจึงมีผลให้การลงนามในแถลงการณ์ร่วมไม่ชอบด้วย (คำสั่งศาลปกครองชั้นต้น ที่ 984/2551)

ผลของคำพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้นที่รับฟ้องในเนื้อหาการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของรัฐบาลไทยโดยเหตุผลว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้น ส่งผลเป็นแรงกระเพื่อมทางความคิดด้านกฎหมายมหาชนของประเทศเป็นอย่างสูง กล่าวคือ ผลของคดีนี้มีลักษณะที่ขัดกับคดี JTEPA หรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 ที่วินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีมิใช่กระทำหน้าที่ในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่กระทำหน้าที่ในฐานะที่คณะรัฐมนตรีเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การดำเนินการรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงเป็นที่พิจารณาว่าสุดท้ายแล้วคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในข่ายของศาลปกครองหรือไม่

ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์ชั้นมาสู่ศาลปกครองสูงสุดว่าคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีเป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจมีคำบังคับได้เนื่องจากแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำของรัฐบาล มิใช่กระทำการในฐานะเป็นฝ่ายปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐการฟ้องคดีจึงเป็นการฟ้องแทรกแซงอำนาจการบริหารงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีมีเจตนาฟ้องเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจกำหนดบังคับได้ไม่ถือว่าผู้ฟ้องคดีเป็น

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 “...หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่ง ประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อการเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคง ทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา...”

⁸ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า

(1) ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง คณะบุคคลข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างคณะบุคคลหรือผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานทางปกครอง

(3) บุคคลที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม (1)

ผู้เสียหาย ตามแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 จึงไม่มีข้อพิจารณาว่าการจัดทำแถลงการณ์ฯ ดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ สำหรับขั้นตอนการเสนอแถลงการณ์ร่วมฯ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามนั้นเป็นกระบวนการอันหนึ่งเดียวกันไม่สามารถแยกจากการลงนามแถลงการณ์ร่วม

เบื้องต้นศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นพ้องกับศาลปกครองชั้นต้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการนำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ การเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และการมอบหมายให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่การกระทำของรัฐบาลในกรณีนี้เป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วยเนื่องจากจะกระทบสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วย เมื่อผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ดำเนินการขอความเห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ จากรัฐสภาอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศไทยและปวงชนชาวไทย การกระทำทางนโยบายต่างประเทศที่สุ่มเสี่ยงต่อผลกระทบในเรื่องอาณาเขตของประเทศไทยอันเป็นปัญหาที่ละเอียดอ่อนและอาจก่อให้เกิดการแตกแยกกันในด้านความคิดเห็นของคนในสังคม และอาจก่อให้เกิดวิกฤติความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางสังคมอย่างกว้างขวาง จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษานั้นศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้นชอบแล้ว (คำสั่งศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำ ที่ 984/2551)

หากพิจารณาตามรูปคดีแล้วจะพบว่าการกระทำดังกล่าวของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในเรื่องการดำเนินนโยบายการต่างประเทศหรือการเมืองระหว่างประเทศด้วยเหตุผลการสนับสนุนการยื่นคำขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกของกัมพูชา จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ จึงไม่ต้องด้วยอำนาจศาลปกครองที่จะรับมาพิจารณาได้ ด้วยเหตุนี้จึงมีข้อคิดเห็นทางวิชาการของนักกฎหมายมหาชนออกสู่สังคมหลังจากมีคำสั่งศาลปกครองดังกล่าวนี้ โดยล้วนแต่พิจารณาไปในทางเดียวกันว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบได้ การที่ศาลปกครองรับพิจารณาและรับมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษาที่จะส่งผลร้ายกระทบต่อหลักแบ่งแยกอำนาจ และอาจจะกลายเป็นว่าสุดท้ายแล้วการดำเนินนโยบายการต่างประเทศของประเทศไทยไม่ได้ขึ้นอยู่กับมติขององคมนตรีฝ่ายบริหาร แต่ตกอยู่การให้ความเห็นชอบโดยองค์กรตุลาการแทน

คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวน 5 คน นำโดยศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้เคยออกแถลงการณ์ร่วมกันว่าคณาจารย์ทั้งห้าเห็นว่าแหล่งที่มาของอำนาจ

กระทำการของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับการตกลงในทางระหว่างประเทศ ไม่ได้มีที่มาจากพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาจากรัฐธรรมนูญ โดยหากการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางรัฐบาลหากระบบกฎหมายต้องการให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวก็จะบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นเรื่อง ๆ ในรัฐธรรมนูญ และมอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด กรณีใดไม่มีบัญญัติไว้ก็จะตรวจสอบในทางกฎหมายไม่ได้ แต่ต้องควบคุมตรวจสอบในทางการเมือง หากให้องค์กรตุลาการตรวจสอบได้ผลก็จะกลายเป็นว่าศาลปกครองมีความสามารถในการตัดสินใจเรื่องราวในทางบริหารหรือนโยบายได้เองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อผู้ใดทั้งสิ้น⁹ หากการตีความของศาลปกครองว่าคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของกระทรวงและคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองจึงสามารถตรวจสอบควบคุมการกระทำของคณะรัฐมนตรีได้ก็จะมีผลว่าศาลปกครองย่อมสามารถตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีได้ทุกกรณี และส่งผลให้ศาลปกครองกลายเป็นผู้บังคับบัญชาคณะรัฐมนตรีในเรื่องทางระหว่างประเทศซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร การตีความกฎหมายในลักษณะดังกล่าวย่อมขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง¹⁰ อีกทั้งการเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ และมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นเพียงขั้นตอนเพื่อเตรียมการนำไปสู่การลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เท่านั้น การกระทำทั้ง 2 ยังไม่มีผลทางกฎหมายสู่ภายนอกและยังไม่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ จึงไม่อาจถือเป็นวัตถุแห่งคดีได้¹¹ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศลงนามในร่างแถลงการณ์ร่วมฯ เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยอาศัยอำนาจที่มาจากรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่ทางกฎหมายปกครอง จึงไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง¹² และสุดท้ายกรณีเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมฯ ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศต่อที่ประชุมคณะรัฐมนตรีและมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบนั้นไม่ถือเป็นการแยกการกระทำออกเป็น ส่วน ๆ เพื่อพิจารณา (โดยศาลปกครอง) ได้เนื่องจากเป็นการกระทำที่เป็นกระบวนการเดียวกันสืบเนื่องกันเป็นขั้นตอนก่อนที่จะเกิด

⁹ แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แถลงการณ์ของ 5 อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ ประกอบด้วยศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ดร. ฐาปนันท์ นิพิฏฐกุล ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธีระ สุธีวรารักษ์ และ ดร.ปิยบุตร แสงกนกกุล ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางในคดีหมายเลขดำที่ 984/2551 รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา, รวบรวมไว้โดย ธีรเดช เอี่ยมสำราญ และราม อินทวิจิตร, วิวาทะกู่ สุดยอดแห่งทศวรรษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มติชน, 2551), น. 56-57.

¹⁰ เฟิงอ้วง, น. 64.

¹¹ เฟิงอ้วง, น. 60.

¹² เฟิงอ้วง, น. 60-61.

การลงนาม เป็นผลคนละส่วนจากการลงนาม ซึ่งจะถือว่าได้แยกออกจากการแถลงการณ์ร่วมฯ แล้ว¹³

การพิจารณาป้องกันคดีแถลงการณ์ร่วมฯ ของคณะรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศสร้างแรงกระตุ้นในสังคมและแวดวงวิชาการกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด และได้มีการตอบโต้ทางความคิดเห็นกันทางวิชาการกฎหมายมหาชน โดยศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบุรณ์ สืบเนื่องจากความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในมุมมองด้านการกระทำทางรัฐบาลจากคดีนี้¹⁴

อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุการณ์เดียวกันในเรื่องสืบเนื่องเกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร (เช่นเดียวกับกรณีคดีพิพาท JTEPA) ก็ได้มีมาสู่ศาลปกครองสูงสุดต้องวินิจฉัยอีกเช่นกัน ซึ่งเป็นคดีตัวอย่างที่ได้เคยยกไว้ในบทที่ 2 เมื่อมีการฟ้องคดีกรณีปราสาทพระวิหารและเขตดินแดนอธิปไตยของประเทศไทยกับประเทศศาลปกครองวินิจฉัยว่าคำขอท้ายฟ้องของผู้ฟ้องคดีข้อ 2 ถึงข้อ 5 นั้น¹⁵ เห็นว่า เป็นคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการตามอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดินให้ดำเนินการตามนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐและนโยบายด้านการต่างประเทศ อันเป็นการกระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นอำนาจฝ่ายบริหาร มิได้เป็นการกระทำในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 182/2553) หรือกรณีฟ้องร้องขอเพิกถอนบันทึกการประชุม (Agreed Minutes) ของการประชุมคณะกรรมการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา ทั้งสามฉบับ ซึ่งนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเสนอ (ตามที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบ) ให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบตามมาตรา 190 ของ

¹³ เพิ่งอ้าง, น. 61-62.

¹⁴ โปรดดูเพิ่มเติม “วิวาทะกูรู สุดยอดแห่งทศวรรษ”, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9.

¹⁵ คำขอท้ายฟ้องข้อ 2 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้พิจารณาคดีใหม่เกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร เนื่องจากเห็นว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเมื่อปี พ.ศ. 2505 ยังคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติให้กระทรวงมหาดไทย กระทรวงการต่างประเทศ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และกระทรวงกลาโหม สนธิกำลังตามแนวทางยุทธศาสตร์เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราชอธิปไตย รวมถึงทรัพยากรของชาติ อันเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งชาติ ตามเส้นแนวแบ่งเขตแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศกัมพูชา มิให้บุคคลหรือคณะบุคคลใดรุกล้ำเข้ามาในเขตแดนอธิปไตยของไทย หากมีผู้รุกล้ำอยู่แล้วให้แจ้งเตือนตามหลักสากลให้ออกนอกเขตดินแดนไทย หากไม่ปฏิบัติก็ให้นำกำลังทหารผลักดันออกนอกเขตดินแดนอธิปไตยของไทย ข้อ 4 ให้เพิกถอนการอนุมัติของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง และมีคำสั่งให้รัฐสภามีมติให้ระงับหรืองดการพิจารณาให้ความเห็นชอบบันทึกข้อตกลงร่วมรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา (กรอบการเจรจา) ทุกฉบับ และข้อ 5 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติคัดค้านการขอจดทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชา และแจ้งเป็นหนังสือไปยังประเทศกัมพูชา องค์การสหประชาชาติ และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้รับคำสั่งศาล

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น เป็นการผิดหลักนิติธรรมและขัดต่อรัฐธรรมนูญ การกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความมั่นคงของรัฐ และเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเป็นการดำเนินกิจการในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเกี่ยวข้องกับอาณาเขตไทย ซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 397/2553)

หรือกรณีเดียวกันในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 460/2555 (คำร้องที่ 967/2553) ซึ่งมีข้อสังเกตว่าผู้ฟ้องคดีอ้างว่าเป็นประชาชนชาวไทยมีสิทธิหน้าที่หรือได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของชาติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เช่นเดียวกันกับคดี 984/2551 แต่ศาลพิจารณาว่าการนำบันทึกการประชุมคณะกรรมการเขตแดนร่วมไทย-กัมพูชา และร่างข้อตกลงชั่วคราวระหว่างประเทศไทยกับกัมพูชาว่าด้วยปัญหาชายแดนในพื้นที่เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาเห็นชอบนั้นเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เมื่อบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติก่อน อันเป็นการ “ควบคุมทางการเมือง” ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นกรณีการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายการดำเนินกิจการทางปกครอง คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง

ดังนั้น สรุปได้จากหลักในคดีดังกล่าวได้ว่าองค์กรกระทำการทางรัฐบาลนั้นจะต้ององค์ตามรัฐธรรมนูญหรือองค์การทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจในทางบริหารได้ ในทางการเมืองระหว่างประเทศเท่านั้น และ เนื้อหาในการกระทำนั้นเป็นการกระทำทางการเมืองหรือนโยบายการต่างประเทศหรือทางการทูตเพื่อเจริญสัมพันธไมตรีระหว่างประเทศไทยกับอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งจะเป็นการกระทำทางรัฐบาลในเนื้อหาเพราะการแสดงออกในเวทีระหว่างประเทศจะต้องเป็นประมุขของรัฐ (Head of State) หรือหัวหน้ารัฐบาล (Head of Government) หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ หรือผู้ได้รับมอบอำนาจเต็มเท่านั้น หรือการดำเนินการดังกล่าวเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การประกาศสงคราม การทำหนังสือสัญญา สัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก เป็นต้น และต้องไม่มีส่วนใดส่วนหนึ่งเป็นการกระทำโดยใช้อำนาจในทางปกครองโดยตรง หากมีเช่นนั้น อาจจะถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางปกครองได้

4.2 การกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่สามารถแยกเนื้อหาเป็นการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่สามารถแยกเนื้อหาเป็นการกระทำทางปกครองหรือการกระทำที่พึงพิจารณาโดยทฤษฎี *Actes détachables* ตามที่ได้อธิบายไว้แล้วก่อนหน้านี้ในบทที่ 2 ต้องเป็นการกระทำที่แม้เป็นผลต่อเนื่องมาจากการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยตรงในเบื้องต้น แต่มีผลสืบเนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่แยกออกมาเป็นการกระทำทางปกครองได้ จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำแต่ละการกระทำสามารถ

ดำรงอยู่ได้โดยตัวของตัวเอง¹⁶ อย่างไรก็ตาม การนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้โดยศาลปกครองจะต้องพิจารณาให้ละเอียดและระมัดระวังถี่ถ้วนและรอบคอบอย่างยิ่งเสียก่อน และอาจนำโดยควรนำหลัก Act of State ของสหราชอาณาจักรและหลัก Political Questions ของศาลสหรัฐอเมริกาในกิจการต่างประเทศโดยเฉพาะมาประยุกต์ใช้ด้วยกล่าวคือ หากศาลพิจารณาโดยรอบคอบแล้วเห็นว่าเป็นเรื่องที่สามารถแยกออกได้จึงค่อยนำมาพิจารณา กอปรกับศาลควรคำนึงถึงข้อเท็จจริงหรือสิ่งที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยในเรื่องที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันมากกว่าที่จะกลับหลักคำพิพากษาศาลสูงสุด เพราะการกลับหลักคำพิพากษาย่อมเป็นการก่อให้เกิดความไม่อาจล่วงรู้ได้ถึงความมั่นคงของนิติฐานะของกฎหมายที่ให้อำนาจศาลปกครองในการวินิจฉัยการกระทำของฝ่ายบริหารได้และอาจก่อให้เกิดความเคลือบแคลงใจที่อาจปะทุจนเกิดความไม่สงบเรียบร้อยในราชอาณาจักรได้

อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวนี้ไม่ได้มีปรากฏอยู่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดของไทยเป็นการโดยตรงแต่อย่างใดหรือหยิบยกมากล่าวถึงโดยตรง เพียงแต่อาจจะถือได้ว่ามีปรากฏในลักษณะที่ศาลปกครองวินิจฉัยคำฟ้องของคดีของกระบวนการกระทำในกิจการต่างประเทศมากกว่า อย่างเช่นในกรณีผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนการทำประชาพิจารณ์ร่างความตกลง JTEPA ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กระทรวงการต่างประเทศ) ว่าด้วยกฎหมายการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งมีผลให้การกระทำใด ๆ ภายหลังจากนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย กรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นต่างกับศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาว่าผู้ถูกฟ้องคดีทำประชาพิจารณ์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของกิจการระหว่างประเทศ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องดำเนินการให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี อีกทั้งรัฐบาลลงนามใน JTEPA ไปแล้ว จึงเป็นการใช้อำนาจในกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่ากล่าวโดยสรุปได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นกระทรวง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นข้าราชการฝ่ายการเมือง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 และ 4 เป็นข้าราชการประจำสังกัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าการที่ผู้ถูกฟ้องทั้งสี่รับฟังความคิดเห็นของประชาชนต่อร่าง JTEPA ไม่ชอบด้วยกฎหมาย คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหรือคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง อย่างไรก็ตามคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพราะการทำประชาพิจารณ์ดำเนินการมาแล้วเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 ไม่ก่อนหรืออาจจะก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีที่จะก่อให้เกิดสิทธิฟ้องคดีนี้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 555/2555)

หรือในกรณีคำร้องขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนนั้นในหลักกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว คำร้องขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นทั้งการกระทำทางรัฐบาลในด้านการตัดสินใจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและพันธกรณีต่าง ๆ และสามารถแยกเป็นการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะรับมาพิจารณาตรวจสอบได้เช่นกัน ตามแนว คดี C.E. Decerf 28

¹⁶ รวบรวมไว้โดยธีรเดช เอี่ยมสำราญ และราม อินทรวิจิตร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น. 58-59.

พฤษภาคม ค.ศ. 1937 วางหลักไว้ว่าการพิจารณากฎหมายรัฐกฤษฎีกา (DECRET) ว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับเบลเยียมนั้นถือเป็นการกระทำทางปกครอง และแนวคิดของ C.E. Sect. Legros. 21 กรกฎาคม ค.ศ. 1972 วางหลักไว้ในคดีนี้เป็นการพิจารณาคำขอส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดน ของรัฐบาลฝรั่งเศสโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาว่าคำร้องขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของฝรั่งเศสดังกล่าวไปยังประเทศอื่นไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล ศาลสามารถพิจารณาได้ แต่กรณีของประเทศไทยศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดี (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) ขอให้ย้ายการสูงสุดดำเนินการเกี่ยวกับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน เป็นคำสั่งทางปกครองที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีถูกละเมิดสิทธิความเป็นพลเมืองไทยที่จะมีสิทธิได้รับการดำเนินคดีอาญาในประเทศไทย คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนไปดำเนินคดีที่ออสเตรเลียว่า ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นกระบวนการเพื่อนำเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งถึงที่สุดโดยคำสั่งศาลอาญาที่ได้รับการยืนยันโดยศาลอุทธรณ์แล้ว มิใช่คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 5/2558)

4.3 การกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางปกครอง

การดำเนินการดังกล่าวคือการกงสุลตามที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 ตามที่ได้บรรยายไว้ก่อนหน้านี้เป็นการกระทำที่เมื่อประชาชนได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองทางกงสุลนั้นประชาชนก็จะสามารถยื่นเรื่องหรือยื่นฟ้องศาลปกครองเพื่อขอให้ตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้

การกระทำทางปกครองทางกงสุลจะมีลักษณะ 2 ประการ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าวหากเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นทำคำสั่งทางปกครองหรือใช้อำนาจทางปกครองแก่ประชาชนตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยในการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบ ต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน เป็นต้น และประการที่สองคือกรณีที่กฎหมายที่มอบอำนาจให้กงสุลดำเนินการ กล่าวคือ พิจารณาถึงเนื้อหาของกฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่กงสุลในการดำเนินการว่าเป็นอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือไม่ หากใช่ ก็จะเป็นการกระทำทางปกครองในกิจการกงสุล หรือในกิจการต่างประเทศได้นั้นเองแต่ถ้าเป็นกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องพิจารณากันว่าจะเป็นการกระทำทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่สามารถแยกออกได้

4.3.1 การอนุมัติหนังสือเดินทาง (Passport)

กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ มีอำนาจหน้าที่ในการออกหนังสือเดินทางให้แก่ประชาชนที่มีสัญชาติตามระเบียบกระทรวงการว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ซึ่ง

สอดคล้องกับอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ซึ่งกำหนดหน้าที่การกงสุล เรื่องการออกหนังสือเดินทางและเอกสารเดินทางให้แก่คนชาติด้วย

หนังสือเดินทางนั้นในมิติของการเป็นการกระทำทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ กรณีที่กฎหมายกำหนดว่าการทำคำสั่งทางปกครองของฝ่ายปกครองที่จะกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน เว้นแต่ที่ยกเว้นตามกฎหมายกระทรวง ซึ่งหนึ่งในนั้นคือการไม่ออกหนังสือเดินทางสำหรับการเดินทางไปต่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่าการออกหนังสือเดินทางหรือไม่ออกหนังสือเดินทาง หรือยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางตามระเบียบที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นการกระทำทางปกครองตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

4.3.1.1 ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ก่อนหน้ายุคที่ประเทศไทยจะมีระบบศาลปกครอง เรื่องการออกหนังสือเดินทางนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 8)¹⁷ ได้เคยวินิจฉัยและให้ความเห็นไว้ว่าเป็น “การกระทำของรัฐบาล” รายละเอียดโดยสรุป ดังนี้

บันทึก เรื่อง ขอร่างกฎหมายเกี่ยวกับบุคคลในสัญชาติเดินทางออกนอกประเทศไม่มีหนังสือเดินทาง เรื่องเสร็จที่ 5/2501 มกราคม พ.ศ. 2501 คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 8) จากกรณีที่กรมสารบรรณคณะรัฐมนตรีฝ่ายบริหารสอบถามวิธีการลงโทษบุคคลที่ถือสองสัญชาติ (ไทยกับอีกประเทศหนึ่ง) ในสัญชาติของประเทศนั้น ๆ ซึ่งหลบหนีออกไปนอกประเทศโดยไม่มีหนังสือเดินทาง

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้วินิจฉัยโดยคำนึงถึงหลักเสรีภาพในการเดินทางของบุคคลที่ได้รับการรับรองในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948¹⁸ ซึ่งประเทศไทยเป็น 1 ใน 48 ประเทศแรกที่ลงคะแนนเสียงร่วมรับรองปฏิญญานี้ในการประชุมซึ่งจัดขึ้น ณ กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส ว่าข้อ 13 (1) ทุกคนมีสิทธิในอิสรภาพแห่งการ เคลื่อนย้ายและการอยู่อาศัยภายในพรมแดนของแต่ละรัฐ (2) ทุกคนมีสิทธิที่จะออกนอกประเทศใด รวมทั้งประเทศของตนเอง และสิทธิที่จะกลับสู่ประเทศตน

ดังนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงได้วินิจฉัยไว้ว่า “บุคคลใดบุคคลหนึ่งอาจเดินทางออกจากประเทศของตนได้โดยเสรีโดยมิต้องร้องขอหรือรับหนังสือเดินทาง กล่าวคือ บุคคลนั้นย่อมกระทำได้ด้วยตัวเอง กรณีอาจเกิดขึ้นเนื่อง ๆ ว่าบุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิเสธไม่ยอมให้เข้าไปในประเทศหนึ่งที่ตนประสงค์จะเข้าไปในเมื่อตนไม่มีหลักฐานเกี่ยวกับชื่อ

¹⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ 8) เรื่องเสร็จที่ 5/2501

¹⁸ Universal Declaration of Human Rights, Article 13,

“(1) Everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each state.

(2) Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country.”

หรือรูปพรรณ (โดยเฉพาะอย่างยิ่งรูปในหนังสือเดินทาง)ซึ่งเป็นหลักฐานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าไปในประเทศนั้น ๆ ได้ ซึ่งทั้งนี้ย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาดของประเทศนั้น เมื่อผู้เดินทางกลับเข้ามาในประเทศของตน บุคคลนั้นจะถูกลงโทษในความผิดฐานเดินทางออกจากประเทศโดยไม่มีหนังสือเดินทางไม่ได้ ทั้งนี้ เพราะเป็นสิทธิของเขา บุคคลนั้นจะถูกลงโทษต่อเมื่อตามบทบัญญัติ ขนชาติของประเทศหนึ่งประเทศใดไม่อาจร้องเรียนเรื่องการที่รัฐบาลของตนไม่ออกหนังสือเดินทางให้ได้ ทั้งนี้ เพราะการไม่ออกหนังสือเดินทางให้ไม่เป็นการเสียหายแก่สิทธิในการเดินทางไปต่างประเทศและกลับเข้าประเทศของตนภายใต้บทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 การออกหนังสือเดินทางเป็นการกระทำของรัฐบาล ในกรณีที่รัฐบาลปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้ก็ไม่มีเหตุที่จะโต้เถียงได้ เว้นแต่ประเทศที่มีศาลปกครองซึ่งมีอำนาจพิเศษในอันที่จะพิจารณาการใช้อำนาจในทางมิชอบและไม่มีเหตุผลสมควรของฝ่ายปกครอง ทางแก้ไขในเรื่องนี้โดยทั่ว ๆ ไปก็คือการตั้งกระทู้ถามในสภาผู้แทนราษฎร”

4.3.1.2 คำวินิจฉัยของศาลปกครอง

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้นเมื่อครั้งปี พ.ศ. 2501 ประเทศไทยยังไม่มีระบบศาลปกครอง แต่ศาลปกครองได้ก่อตั้งขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. 2542 สืบมาจนถึงปัจจุบัน และเรื่องหนังสือเดินทางนั้นศาลปกครองก็เคยได้วินิจฉัยรับไว้ในพิพากษาคดีแล้วเช่นกัน จึงถือว่าเรื่องหนังสือเดินทางเป็นการกระทำทางปกครองกระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจในการดำเนินการเรื่องหนังสือเดินทางตามที่ได้รับไว้ในระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 โดยศาลปกครองสูงสุดได้เคยพิจารณาคำร้องที่พิพาทเรื่องหนังสือเดินทางในหลายกรณีเช่นกัน จึงขอยกมาวิเคราะห์ ดังนี้

(1) การฟ้องเพิกถอนคำสั่งถอนหนังสือเดินทางโดยที่ขอด้วยกฎหมาย

จากศึกษาระบบศาลปกครองฝรั่งเศสในบทที่ 2 นั้น การเพิกถอนหนังสือเดินทางนั้นในเบื้องต้นจะเป็นเรื่องในกิจการต่างประเทศแต่ทว่าสามารถแยกเนื้อหาให้ศาลปกครองมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบได้ พิจารณาจากคดี T.C. Grizivatz 12 มกราคม ค.ศ. 1987 ที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนหนังสือเดินทางโดยศาล Tribunal des Conflits ได้พิจารณาไว้ว่าการเพิกถอนหนังสือเดินทางของโจทก์นั้นกระทรวงมหาดไทยดำเนินการไปโดยขอด้วยกฎหมายแล้วเพราะถือว่าโจทก์เป็นผู้โทษคดีอาญาในความผิดทางภาษีอากรของรัฐ แต่ทว่าศาลมองว่าเป็นการกระทำในกิจการต่างประเทศที่สามารถแบ่งแยกเนื้อหาออกได้ ดังนั้น แม้จะเป็นเรื่องหนังสือเดินทางที่อาจจะเกี่ยวข้องกับการต่างประเทศ ก็สามารถแยกแยกเนื้อหาให้ศาลปกครองก็มีอำนาจที่จะเข้ามาตรวจสอบได้

ความเห็นของศาลปกครองสูงสุดของไทยในกรณีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องกระทรวงการต่างประเทศโดยสรุปได้ว่า¹⁹ ผู้ฟ้องคดีเป็นอดีตนายกรัฐมนตรี (นายทักษิณ ชินวัตร) ยื่นฟ้องอธิบดีกรมการกงสุลและปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ผู้ฟ้องกล่าวอ้างว่าคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ถูกฟ้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำนั้น เลือกลงปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะระเบียบ

¹⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.373/2561

กระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548²⁰ กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีอำนาจยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลเป็นเพียงกฎระเบียบภายในฝ่ายบริหารไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติให้อำนาจไว้ ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการเดินทางทั้งในราชอาณาจักรและการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรของบุคคลไว้ และปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

แต่โดยที่หนังสือเดินทางเป็นเอกสารของรัฐที่รัฐออกให้แก่พลเมืองของตนในการเดินทางไปต่างประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศ เปรียบเสมือนบัตรประจำตัวที่ผู้เดินทางใช้ยืนยันตัวบุคคลและสัญชาติของตนเพื่อประโยชน์ในการขอรับความช่วยเหลือหรือคุ้มครอง ดังนั้น แม้จะมีได้มีกฎหมายเฉพาะให้อำนาจรัฐหรือเจ้าหน้าที่ ในการออกหรือไม่ออกหรือยกเลิกหนังสือเดินทางของบุคคลสัญชาติไทยแต่การกระทำดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจรัฐในการดำเนินกิจการทางปกครองประการหนึ่ง ซึ่งถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รัฐจึงจำเป็นต้องใช้อำนาจเพียงเท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการเพิกถอนหนังสือเดินทางไม่ได้มีผลโดยตรงในการห้ามการเดินทาง แต่เสรีภาพในการเดินทางไปต่างประเทศอาจถูกจำกัดได้ด้วยข้อกำหนด

²⁰ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548

หมวด 8 การยกเลิกหนังสือเดินทาง

“ข้อ 23 พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางได้เมื่อปรากฏภายหลังว่า

- (1) ผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติที่จะขอหนังสือเดินทางประเภทนั้น
- (2) ผู้ถือหนังสือเดินทางเป็นบุคคลซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจออกหนังสือเดินทางให้ตาม ข้อ 21 (2) (3) (4)
- (3) มีเหตุอันเชื่อได้ว่า ผู้ถือหนังสือเดินทางได้หนังสือเดินทางนั้นมาด้วยมิชอบ
- (4) หนังสือเดินทางนั้นได้มีการแจ้งว่าสูญหายต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจท้องที่เกิดเหตุแล้วหรือผู้ถือได้ร้องขอให้ยกเลิกเพื่อขอหนังสือเดินทางชนิดเดียวกันเล่มใหม่
- (5) หนังสือเดินทางนั้นอยู่ในความครอบครองของบุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหนังสือเดินทางโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (6) ทางราชการได้ทรงจ่ายเงินช่วยเหลือส่งตัวผู้ถือหนังสือเดินทางกลับประเทศไทยและผู้ถือได้ทำสัญญากับทางราชการว่าจะชดใช้เงินจำนวนที่ทางราชการได้ทรงจ่ายไปคืนให้ทางราชการแต่ผู้ถือยังไม่ได้ชดใช้เงินคืนให้แก่ทางราชการจนครบตามเงื่อนไขสัญญา
- (7) พิจารณาเห็นว่า หากให้ผู้ถือหนังสือเดินทางยังคงอยู่ในต่างประเทศต่อไป อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศไทยหรือต่างประเทศได้

ข้อ 24 กระทรวงการต่างประเทศมีอำนาจยึดหนังสือเดินทางที่ถูกยกเลิกจากผู้ถือหนังสือเดินทางหรือผู้ครอบครองหนังสือเดินทาง และมีอำนาจยึดเล่มหนังสือเดินทางจากผู้ครอบครองซึ่งไม่มีอำนาจหน้าที่ในการครอบครองได้”

ของแต่ละประเทศ และรัฐย่อมมีอำนาจกำหนดข้อปฏิบัติในการออกหนังสือเดินทางเพื่อป้องกันผู้กระทำผิดหลบหนีและป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำอันเสื่อมเสียแก่ประเทศชาติข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ให้สัมภาษณ์แก่สำนักข่าวต่างประเทศเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเหตุการณ์รัฐประหารในประเทศไทย โดยมีเนื้อหากล่าวถึงองค์มนตรีซึ่งมีหน้าที่ถวายความเห็นต่อพระมหากษัตริย์ในทำนองที่ว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล ถ้อยดังกล่าวจึงเป็นประจักษ์กับการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขก่อให้เกิดความเสียหายแก่สถาบันพระมหากษัตริย์อันเป็นการกระทบต่อชื่อเสียงและเกียรติภูมิของประเทศไทยตามข้อ 21 (4) ของระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 การยกเลิกหนังสือเดินทางจึงมีผลเป็นการไม่รับรองให้ผู้ฟ้องคดีสามารถเดินทางโดยอ้างสิทธิการอนุญาตของประเทศไทยได้อีกต่อไป ซึ่งศาลมีอำนาจความหรือวินิจฉัยถ้อยคำการให้สัมภาษณ์ของผู้ฟ้องคดีได้ว่าเข้าหลักเกณฑ์ข้อห้ามตามที่กำหนดไว้หรือไม่ การที่อธิบดีกรมการกงสุลมีคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่พิพากษายกฟ้อง

ในเรื่องการไม่อนุมัติหนังสือเดินทางให้แก่บุคคลใด กระทรวงการต่างประเทศก็สามารถดำเนินการได้โดยกฎหมาย เช่นในกรณีผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชน โดยอธิบดีกรมการกงสุลเป็นผู้ถูกฟ้องคดี ในกรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตาม กล่าวคือ กรมการกงสุลมีหน้าที่ตามระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามระเบียบดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางให้ผู้ฟ้องคดี เมื่อเป็นเช่นนั้นผู้ฟ้องคดีจึงขอเข้าศาลปกครองบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการออกหนังสือให้ ศาลปกครองรับเรื่องไว้พิจารณา ผู้ถูกฟ้องคดีได้ให้การต่อศาลปกครองว่าผู้ขอออกหนังสือเดินทางนั้นมีประเด็นเรื่องการได้ซึ่งบัตรประจำตัวประชาชน (ซึ่งเอกสารสำคัญต่อประกอบคำขอหนังสือเดินทาง) โดยมีชอบด้วยกฎหมาย รวมทั้งแสดงข้อมูลอันเป็นเท็จเรื่องสัญชาติไทย ดังนั้น การปฏิเสธคำร้องขอออกหนังสือเดินทางของผู้ถูกฟ้องคดีจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งศาลชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีนำข้อมูลที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปขอหนังสือเดินทางและมีการปิดบังข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญว่าเมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับสัญชาติไทยแล้วผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขอหนังสือเดินทางไปแล้ว โดยมีแจ้งข้อมูลให้ผู้ฟ้องคดีมีรายการบุคคล 2 รายการ และเคยได้รับหนังสือเดินทางไปแล้ว ดังนั้นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธไม่ออกหนังสือเดินทางด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนตามที่กฎหมายกำหนดจึงสามารถดำเนินการได้ และพิพากษายกฟ้อง ผู้ฟ้องอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดรับไว้พิจารณาและทบทวนเหตุและผลพร้อมกฎหมายที่ให้อำนาจแล้วและมีคำพิพากษาว่าผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้ละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมายที่กำหนดให้ต้องปฏิบัติตาม²¹ อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีจึงฟังไม่ขึ้น ศาล

²¹ ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศ ว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 หมวด 7 การปฏิเสธหรือยับยั้งคำขอหนังสือเดินทาง

ปกครองสูงสุดเห็นพ้องกับศาลปกครองชั้นต้นที่พิพากษายกฟ้อง (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 422/2560)

(2) การฟ้องเพิกถอนคำสั่งถอนหนังสือเดินทางโดยที่มีข้อขัดแย้งกฎหมาย

กรณีการไม่สามารถเพิกถอนหนังสือเดินทางได้โดยข้อขัดแย้งกฎหมายนั้น สามารถเปรียบเทียบพิจารณาได้กับแนวคิดของศาลปกครองฝรั่งเศสได้เช่นกันในคดี T.C. Eucat 9 มิถุนายน ค.ศ. 1986 ของฝรั่งเศส กล่าวคือ ศาล Tribunal des Conflits พิพากษาว่าการที่ทางการเพิกถอนหนังสือเดินทาง (Passport) ของบุคคลสัญชาติฝรั่งเศสเนื่องจากโจทก์ค้างชำระภาษีเงินได้ส่วนบุคคลนั้นไม่มีหลักประกันใด ๆ ที่จะทำให้รัฐจะได้รับการชำระหนี้ภาษีที่ค้างจ่ายคืนได้เลย อีกทั้งรัฐยังไม่ได้ดำเนินการโดยมาตรการตามกฎหมายทั้งการบังคับชำระหนี้หรือทางอาญากับโจทก์ด้วยการยกเลิกเพิกถอนหนังสือเดินทางดังกล่าวของกระทรวงมหาดไทยของฝรั่งเศสจึง จึงก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างร้ายแรงต่อเสรีภาพหรือสิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลของประชาชนในการที่กระทบต่อเสรีภาพส่วนบุคคลในการเดินทางไปมาที่ไม่ใช่ตามกฎหมายกำหนดในการได้รับชำระหนี้ ดังนั้น คดีนี้จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครองที่จะอยู่ในการพิจารณาของศาลปกครองแต่จะอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลแพ่ง

ศาลปกครองสูงสุดของไทยได้วินิจฉัยในคดีสรุปได้ว่า²² ผู้ฟ้องคดี (นาย จาตุรนต์ ฉายแสง) ฟ้องกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1 กรมการกงสุล ที่ 2 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 3 ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 4 อธิบดีกรมการกงสุล ที่ 5 สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 6 และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ที่ 7 รวม 7 คน โดยอ้างว่าคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ที่ยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสามฉบับของผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

“ข้อ 21 พนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งการขอ หรือแก้ไขหนังสือเดินทางในกรณีดังต่อไปนี้

(1) เมื่อผู้ร้องมีหนังสือเดินทางประเภทเดียวกันที่ยังคงมีอายุใช้ได้อยู่ เว้นแต่จะได้รับการยกเว้นตามหลักเกณฑ์ที่กระทรวงการต่างประเทศกำหนด

(2) เมื่อได้รับแจ้งว่าผู้ร้องเป็นผู้ซึ่งกำลังรับโทษในคดีอาญา หรือระหว่างการปล่อยตัวชั่วคราว หรือเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาที่ได้มีการออกหมายจับไว้แล้วซึ่งศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจเห็นว่าไม่ควรจะออกหนังสือเดินทางให้

(3) เมื่อผู้ร้องเป็นผู้ที่ศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายอื่นสั่งห้ามไม่ให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักร

(4) เมื่อผู้ร้องกระทำความผิดกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติทางราชการ ซึ่งขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือบิดเบือนความจริงอันเป็นสาระสำคัญ หรือแสดงเอกสารหลักฐานอันเป็นเท็จในการขอหนังสือเดินทาง หรือไม่อยู่ในฐานะที่จะเดินทางไปต่างประเทศได้ หรือหากเดินทางออกนอกราชอาณาจักร จะเป็นภัยต่อสวัสดิภาพของผู้เดินทางเอง หรือจะกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงปลอดภัย หรือชื่อเสียงเกียรติภูมิของประเทศไทย

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อร. 4/2561

เนื่องจาก (1) ออกคำสั่งโดยไม่มีอำนาจต้องการเพียงตอบโต้ผู้ฟ้องคดีที่แสดงความคิดเห็นทางการเมืองเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ในขณะนั้น) (2) ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นบุคคลที่มีหมายจับหรือเดินทางไปต่างประเทศ (3) กระบวนการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีเร่งรีบผิดปกติ (4) ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และ (5) เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

ศาลปกครองกลางเห็นว่าระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 ข้อ 21 และข้อ 23 ที่ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถปฏิเสธหรือยับยั้งการขอหรือแก้ไขหนังสือเดินทางรวมทั้งยกเลิกและเรียกคืนหนังสือเดินทางในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกหนังสือเดินทางไปแล้วมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาผู้กระทำความผิดคดีอาญาซึ่งกำลังรับโทษอยู่ หรือตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาเนื่องจากถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญา อยู่ระหว่างการดำเนินคดีในศาลและได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว หรือหลบหนีคดีอาญาจนมีการออกหมายจับไว้แล้ว รวมทั้งกรณีบุคคลที่ศาลหรือเจ้าพนักงานซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายอื่นสั่งห้ามไม่ให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรมีพฤติการณ์ที่จะหลบหนีออกนอกราชอาณาจักรเพื่อหลีกเลี่ยงการถูกจับกุมคุมขัง ถูกดำเนินคดีอาญา หรือรับโทษทางอาญา หากบุคคลดังกล่าวนั้นหลบหนีหรือใช้ประโยชน์จากหนังสือเดินทางเพื่อเดินทางออกนอกราชอาณาจักรก็จะเป็นภาระแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะต้องสืบหาหรือระงับอยู่ที่อยู่เพื่อใช้เป็นข้อมูลหลักฐานประกอบคำร้องขอให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวเข้ามาดำเนินคดีหรือรับโทษทางอาญาในราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือคำร้องขอความช่วยเหลือระหว่างประเทศในเรื่องทางอาญาไปยังประเทศที่มีผู้ต้องหาปรากฏตัวหรือมีถิ่นที่อยู่ ตามที่ผู้ฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ยกเป็นข้ออ้างเพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณายกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ แต่สำหรับรายชื่อของผู้ฟ้องคดีข้อเท็จจริงปรากฏแต่เพียงว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาเนื่องจากฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติไม่ไปรายงานภายในระยะเวลาที่กำหนด มีโทษจำคุกเพียงไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่ที่ผ่านมากลับปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเคยได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งถือได้ว่าเป็นพนักงานฝ่ายปกครองและศาลทหารกรุงเทพให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรไปประเทศจีน สิงคโปร์ ญี่ปุ่น และเยอรมัน ในระหว่างวันที่ 17 ตุลาคม 2557 ถึงวันที่ 23 มิถุนายน 2558 รวมหลายครั้ง กรณีจึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ผู้ฟ้องคดีมิใช่ผู้ที่ศาลหรือพนักงานฝ่ายปกครองเห็นว่าไม่ควรจะออกหนังสือเดินทางให้ เนื่องจากได้รับอนุมัติให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรอยู่เป็นประจำ ประกอบกับหากผู้ฟ้องคดีมิได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและศาลทหารกรุงเทพตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้เสียก่อน ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องเป็นบุคคลที่ต้องห้ามเดินทางออกนอกราชอาณาจักรตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและศาลทหารกรุงเทพ ซึ่งเท่ากับว่าผู้ฟ้องคดีถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรอยู่แล้ว สำหรับในช่วงที่ผ่านมาซึ่งผู้ฟ้องคดีเคยได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและศาลทหารกรุงเทพให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรบ่อยครั้งและผู้ฟ้องคดีก็เดินทางกลับเข้ามาในราชอาณาจักรภายในระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งที่ได้รับอนุมัติทุกครั้ง โดยไม่มีท่าทีหรือพฤติการณ์ว่าจะหลบหนีคดีอาญาออกนอกราชอาณาจักร หรือออกนอกราชอาณาจักรไปแล้วไม่ยินยอมกลับเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อหลีกเลี่ยงการถูกดำเนินคดีอาญาทั้งในข้อหาฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือข้อหากระทำการให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือ หรือวิธีอื่นใดอันมิใช่เป็นการกระทำภายในมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความ

คิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร และเป็นการกระทำเพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดินตามมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแต่อย่างใด จึงไม่เป็นภาระหน้าที่แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ที่จะต้องกังวลในการสืบหาระบุถิ่นที่อยู่เพื่อใช้เป็นข้อมูลหลักฐานประกอบคำร้องขอให้ส่งตัวผู้ฟ้องคดีเข้ามาดำเนินคดีหรือรับโทษทางอาญาในราชอาณาจักรในฐานะที่เป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือมีคำร้องขอความช่วยเหลือระหว่างประเทศ ในเรื่องทางอาญาไปยังประเทศที่มีผู้ฟ้องคดีปรากฏตัวหรือมีถิ่นที่อยู่ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 ยกขึ้นอ้างเป็นเหตุเพื่อขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณายกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งเจ็ดยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสามฉบับของผู้ฟ้องคดีโดยมีเจตนาเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 6 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 7 อ้าง ย่อมชี้ให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า มาตรการในการยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสามฉบับของผู้ฟ้องคดีไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ข้างต้นได้ กรณีจึงยังมีอาจถือได้ว่า มาตรการยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสามฉบับของผู้ฟ้องคดีมีความเหมาะสมหรือสมควร ตรงกันข้ามมาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงในการใช้สิทธิมีและใช้หนังสือเดินทางเพื่อการเดินทางออกนอกราชอาณาจักรซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ฟ้องคดีอย่างรุนแรง จึงเท่ากับว่า ประโยชน์ที่จะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวมีน้ำหนักน้อยกว่าผลเสียที่เกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดี อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งเจ็ดได้ใช้มาตรการยกเลิกหนังสือเดินทางกับบุคคลอื่นที่มีพฤติการณ์ ในลักษณะเดียวกับผู้ฟ้องคดีที่ฝ่าฝืนคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติและเป็นผู้ต้องหาคดีอาญาตามมาตรา ๑๑๖ แห่งประมวลกฎหมายอาญา เช่นเดียวกันกับผู้ฟ้องคดี กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ ใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางทั้งสามฉบับของผู้ฟ้องคดีโดย ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งพิพากษาเพิกถอนคำสั่ง (ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี) ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้บัญชาการตำรวจชาติได้มีหนังสือขอให้ปลัดกระทรวงการต่างประเทศยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี โดยระบุว่าหนังสือเดินทางเป็นเอกสารสำคัญที่ผู้ต้องหาใช้ในการเดินทางไปประเทศต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคต่อการสืบหาอันเป็นการอ้างว่าผู้ฟ้องคดีจะหลบหนีการดำเนินคดีอาญาไปต่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่าตั้งแต่คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้มีประกาศห้ามผู้ฟ้องคดีเดินทางออกนอกราชอาณาจักร เว้นแต่จะได้รับอนุมัติจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และผู้ฟ้องคดีถูกดำเนินคดีข้อหาฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ กับมาตรา 116 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งศาลทหารกรุงเทพได้มีคำสั่งปล่อยตัวชั่วคราว โดยมีเงื่อนไขห้ามผู้ฟ้องคดีเดินทางออกนอกราชอาณาจักรเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล ก็ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนต่อประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติและข้อห้ามของศาลแต่อย่างใด แต่ในทางตรงกันข้าม ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตและอนุมัติจากศาลทหารกรุงเทพและหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรหลายครั้ง ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ได้เดินทางกลับมาทุกครั้ง กรณีจึงเห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้มีพฤติการณ์จะหลบหนีไปต่างประเทศ นอกจากนี้ ผู้ฟ้องคดีถูกฟ้องคดีอาญาต่อศาลทหารกรุงเทพ ซึ่งศาลอนุญาตให้ปล่อยตัวชั่วคราว ศาลจึงเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาว่าสมควรยกเลิก

หนังสือเดินทางหรือไม่ แต่ศาลทหารกรุงเทพก็ไม่ได้มีคำสั่งใด ๆ ในกรณีนี้แต่อย่างใด และการยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการหลังจากผู้ฟ้องคดีได้แสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญแล้ว ข้ออ้างที่ปรากฏในหนังสือที่ขอให้ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีเหตุผลสนับสนุนอย่างเพียงพอ คำสั่งของกรมการกงสุลโดยอธิบดีกรมการกงสุลที่ยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดีตามเหตุผล ในหนังสือของผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่เพิกถอนคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทางของผู้ฟ้องคดี

กรณีข้อพิพาทเรื่องหนังสือเดินทางนั้น หากเอกชนไม่พอใจในดุลพินิจซึ่งกระทรวงการต่างประเทศได้ดำเนินการไปภายใต้ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548 และนำมาฟ้องร้องต่อศาลปกครองนั้น ศาลปกครองจะรับไว้มาพิจารณา นอกจากคดีตัวอย่างข้างต้นนี้ ยังมีปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองอีก อาทิ คำพิพากษาศาลปกครองกลางเลขแดง ที่ 610/2544 ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาว่าการที่ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธการต่ออายุหนังสือเดินทางให้กับผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครอง (แต่ศาลไม่รับฟ้องเนื่องจากสิทธิในการฟ้องต่อศาลปกครองยังไม่ครบถ้วนตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542) หรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 856/2560 พิพาทเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ของสถานกงสุลใหญ่ไทยละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรในประเด็นเรื่องคำสั่งยกเลิกหนังสือเดินทาง (แต่ศาลไม่รับฟ้องเนื่องจากเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542)

4.3.2 งานคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศ

กงสุลจะให้ความช่วยเหลือคนไทยที่ได้ประสบพบเคราะห์และได้รับความเดือดร้อนในต่างประเทศ ซึ่งการช่วยเหลือคนไทยนี้จะมีหลายกรณี กงสุลไทยจะให้ความช่วยเหลือตามกฎหมายระเบียบของราชการที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ ได้แก่ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2562²³ ให้กระทรวงการต่างประเทศมีเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยที่ได้รับความเดือดร้อนในต่างประเทศตามจำนวนที่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงการคลังและให้นำเงินอุดหนุนราชการนั้นมาดำเนินการ²⁴ ทั้งนี้ การให้ความช่วยเหลือด้านคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทยในต่างประเทศนี้กงสุลไทยต้องพิจารณากฎหมายภายในของรัฐนั้น ๆ ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ดังนั้น จึงพิเคราะห์ได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจวินิจฉัย

²³ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2562 จัดตั้งโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 41 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

²⁴ ข้อ 6 ของระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2562

หลักการแนวคิดนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดีตัวอย่างสรุปได้ว่า²⁵ กรณีผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นบุคคลสัญชาติไทยได้ยื่นฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติหน้าที่กงสุลไทยในสถานกงสุลใหญ่ประจำการในประเทศจีน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2) และกระทรวงการต่างประเทศ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ผู้ฟ้องคดีได้บรรยายฟ้องคดี ความว่า ญาติของผู้ฟ้องคดีได้เดินทางไปยังต่างประเทศเพื่อการท่องเที่ยวด้วยบริษัทนำเที่ยวแต่เคราะห์ร้ายได้เสียชีวิตลงในระหว่างนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงต้องดำเนินการเรื่องจัดการศพโดยบริษัทท่องเที่ยวไม่ได้ประสานงานเพื่อช่วยเหลือผู้ฟ้องคดี อีกทั้งไม่ดำเนินการเลื่อนบัตรโดยสารกลับประเทศไทยให้ผู้ฟ้องคดีและครอบครัวจนทำให้บัตรโดยสารเดินทางกลับถูกยกเลิกไปด้วย ผู้ฟ้องคดีดำเนินกับทางการในประเทศนั้นโดยตนเองกับสำนักงานสุสานปรากฏว่าค่าใช้จ่ายในการจัดการศพญาติในประเทศนั้นสูงเกินสมควร (ประมาณ 217,500 บาทไทย) ไม่รวมระหว่างค่าขนส่งกลับประเทศไทย ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สูงผิดปกติ อีกทั้งผู้ฟ้องมีเงินติดตัวเพียงประมาณ 500 บาทไทย ผู้ฟ้องคดีจึงได้มาร้องขอความช่วยเหลือจากสถานกงสุลใหญ่ไทยที่อยู่ในเขตอาณา แต่ผู้ฟ้องคดีแจ้งว่าเจ้าหน้าที่สถานกงสุลไทยปฏิเสธการให้ความช่วยเหลือเนื่องจากสำนักงานสุสานนั้นเป็นรัฐวิสาหกิจ จึงไม่สามารถตรวจสอบได้ และแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินการต่อรองค่าใช้จ่ายกับสำนักงานสุสานดังกล่าวและสายการบินไทยเอง ผู้ฟ้องคดีจึงนำมาปัญหาว่าฟ้องศาลปกครองว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่คุ้มครองประโยชน์คนไทยไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบในต่างประเทศ และมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือบุคคลสัญชาติไทยในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2541 (ในขณะนั้น) กรณีตามปัญหาจึงเกิดขึ้นว่าผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลว่าเจ้าหน้าที่กงสุลไทยละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือให้ความช่วยเหลือผู้ฟ้องคดีในค่าใช้จ่ายการจัดการศพญาติผู้ฟ้องหรือไม่

ผู้ถูกฟ้องคดีสู้ว่า ตามอำนาจตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 และกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล พ.ศ. 2545 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2541 (ในขณะนั้น) มอบหมายอำนาจให้กงสุลมีภารกิจคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์คนไทย หากคนไทยเสียชีวิตในต่างประเทศ กงสุลไทยจะมีภารกิจที่จะต้องออกมรณบัตรหรือให้ความอนุเคราะห์เรื่องจัดการศพตามคำร้องขอของญาติในกรณีที่ญาติไม่สามารถดำเนินการได้เอง โดยช่วยเหลือประสานงานในการจัดส่งศพกลับประเทศไทยในกรณีที่ทำได้ หรือฌาปนกิจศพแล้วส่งอัฐิกลับประเทศไทย และหัวหน้าสถานกงสุลใหญ่ (กงสุลใหญ่) มีอำนาจในการจ่ายเงินอุดหนุนเพื่อช่วยเหลือผู้ได้รับความเดือดร้อนได้ตามจำเป็นและเหมาะสม ผู้ถูกฟ้องคดีได้ชี้แจงให้ผู้ฟ้องคดีทราบแล้วว่าคนไทยที่เสียชีวิตลงในประเทศนี้มักจะดำเนินการจัดการศพโดยวิธีฝังศพหรือเผาศพและส่งอัฐิกลับประเทศไทย เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการจัดการศพเพื่อนำศพกลับประเทศไทยสูงมาก แต่ผู้ฟ้องคดียืนยันจะนำศพกลับประเทศไทยทางเครื่องบิน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (เจ้าหน้าที่กงสุล) จึงให้เจ้าหน้าที่สถานกงสุลโทรศัพท์ไปติดต่อสำนักงานสุสานแต่ไม่สามารถติดต่อได้เนื่องจากสัญญาไม่ว่าง และผู้ฟ้องคดีไม่ได้แจ้งความจำนงค์ขอขมเงินต่อเจ้าหน้าที่หรือผู้ถูกฟ้องคดีแต่อย่างใด ในวันเดียวกันนั้นเจ้าหน้าที่สถานกงสุลได้โทรศัพท์ประสาน

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 1025/2558

สำนักงานสุสานอีกครั้งหนึ่งและทราบว่าญาติของผู้ฟ้องคดีสามารถตกลงค่าใช้จ่ายในการจัดการศพได้ แล้วในราคาประมาณ 150,000 บาทไทย และต่อมาผู้จัดการบริษัทการบินไทยประจำประเทศนั้น (ในขณะนั้น) ได้มีหนังสือชี้แจงต่อผู้ถูกฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีได้เคยเข้าพบ และผู้จัดการได้แจ้งราคา ค่าใช้จ่ายว่าประมาณ 50,000 หยวน ซึ่งผู้ฟ้องคดีแจ้งว่าตนมีค่าใช้จ่ายเพียงพอและไม่มีปัญหาในการ ขนส่งศพกลับประเทศไทยเช่นกัน และต่อมาผู้ฟ้องคดีก็ได้ชำระเงินให้แก่สำนักงานสุสานท้องถิ่นแล้ว ใน ขณะเดียวกันผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ได้มีหนังสือสอบถามสำนักงานการต่างประเทศที่เกี่ยวข้องในจีนแล้ว ทราบข้อเท็จจริงว่าฅาปนสถานในท้องที่ไม่มีมาตรฐานสำหรับการเก็บค่าใช้จ่ายเป็นสากลแต่พิจารณา และปฏิบัติตามมาตรฐานของเมืองอื่น และเมื่อสอบถามญาติผู้เสียชีวิตแล้วพบว่าราคาที่เรียกเก็บในครั้ง แรกเป็นราคาทั่วไป ส่วนราคาที่เรียกเก็บครั้งหลังเป็นราคาขอบธรรมและทั้งสองฝ่ายได้ตกลงเห็นชอบ ด้วยกันแล้วโดยเป็นเทคโนโลยีที่สามารถเก็บศพได้เป็นเวลานานเพียงพอนำศพกลับประเทศไทยได้ และ เมื่อนำไปเปรียบเทียบกรณีอื่นพบว่าค่าใช้จ่ายของญาติผู้ฟ้องคดีนี้ราคาน้อยกว่าผู้เสียชีวิตรายอื่น ๆ เมื่อผู้ ฟ้องคดีไม่ได้แจ้งความจำนงค์จะขอยืมเงินทরণจากผู้ถูกฟ้องคดี ประกอบกับผู้ฟ้องคดีมีญาติชาวจีน เป็นคนท้องถิ่น ได้ขอยืมเงินญาติชาวจีนแล้ว 30,000 หยวน และมีเงินที่ผู้เสียชีวิตติดตัวมาอีก 60,000 บาท และผู้ฟ้องคดีติดต่อกับญาติที่ประเทศไทยที่มีความสามารถโอนเงินข้ามประเทศได้วันละ 70,000 บาท อีกทั้งผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีอาชีพที่มีรายได้และสถานะทางสังคมสูง (ศัลยแพทย์) ย่อมไม่เดือดร้อนเรื่อง เงิน เมื่อพิเคราะห์ข้อเท็จจริงแล้ว กรณีของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เข้าหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยเงินทরণราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2541 (ในขณะนั้น) เมื่อข้อเท็จจริง ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นบุตรและภรรยาอยู่ในสถานะที่สามารถดำเนินการเกี่ยวกับการจัดการ ศพได้ตามกฎหมายและระเบียบดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ให้คำแนะนำให้ความช่วยเหลืออำนวยความสะดวกในการประสานงานกับหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐและเอกชนของประเทศนั้นเพื่อให้ผู้ร้องขอ ความช่วยเหลือนำไปประกอบการตัดสินใจตามสมควรแก่กรณี

คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า เจ้าหน้าที่กงสุลไม่ได้ละเลยการดำเนินการ ตามกฎหมายที่พระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2541 กำหนดหน้าที่ทาง กงสุลให้คุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐผู้ส่งและของชนชาติของรัฐผู้ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่ จัดตั้งขึ้นในรัฐผู้รับ ภายในขอบเขตที่กฎหมายระหว่างประเทศอนุญาต และช่วยเหลือชนชาติของรัฐผู้ ส่ง ทั้งบุคคลธรรมดาและองค์กรที่จัดตั้งขึ้น และทำหน้าที่โน้ตารีและนายทะเบียนราษฎร และ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล พ.ศ. 2545 ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ คนไทยในต่างประเทศแล้ว และไม่ละเลยการปฏิบัติตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยเงินทরণ ราชการเพื่อช่วยเหลือคนไทยในต่างประเทศ พ.ศ. 2541 ที่กำหนดไว้ว่ากรณีคนไทยพำนักอยู่ใน ต่างประเทศได้รับความเดือดร้อนจากเหตุการณ์ตามที่กำหนดไว้ว่ากรณีคนไทยถึงแก่ความตายใน ต่างประเทศและญาติไม่สามารถรับภาระค่าใช้จ่ายในการจัดการศพหรือค่าใช้จ่ายในการขนส่งอัฐิได้ ให้ (หัวหน้าสำนักงาน) จ่ายได้ตามที่จ่ายจริง ตามความจำเป็น และประหยัด ในรายการค่าจัดการศพและ ค่าใช้จ่ายเบ็ดเตล็ดที่เกี่ยวข้อง และค่าขนส่งศพหรืออัฐิกลับไทย ด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้ฟ้องมีสถานภาพ ทางการเงินเพียงพอที่จะดำเนินการจัดการศพได้เอง ศาลปกครองสูงสุดจึงมีคำสั่งเห็นชอบการยกฟ้อง ของศาลปกครองชั้นต้น

4.3.3 งานทะเบียนราษฎร

งานทะเบียนราษฎรอันเป็นภารกิจการกงสุลของไทย อาจแยกได้เป็นกรณีการแจ้งเกิดของคนไทยในต่างประเทศ หรือสุติบัตร และกรณีการแจ้งตายของคนไทยในต่างประเทศ หรือมรณบัตร โดยเป็นหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 กล่าวคือ ให้กงสุลไทย (หรือข้าราชการสถานทูตไทย) มีหน้าที่รับจดทะเบียนคนเกิด คนตาย และการทะเบียนราษฎรอื่นที่มีขึ้นนอกราชอาณาจักรสำหรับผู้มีสัญชาติไทย รวมถึงคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และคนต่างด้าวหรือคนไร้สัญชาติที่ถือเอกสารการเดินทางที่รัฐบาลไทยเป็นผู้ออกให้ ดังนั้น ซึ่งกงสุลไทยจะต้องดำเนินการในการจดทะเบียนคนเกิดและคนตายให้แก่ประชาชนคนไทยในต่างประเทศตามที่พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎรและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองย่อมตรวจสอบได้

หลักการแนวคิดนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดีหนึ่ง²⁶สรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นเอกชน โดยกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ถูกฟ้องคดี กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ข้อมูลผู้ฟ้องคดีเคยเดินทางไปประเทศที่ญี่ปุ่นโดยอาศัยหนังสือเดินทางปลอมของประเทศที่ 3 และใช้ชีวิตกับหญิงไทยไม่ทราบชื่อและมีบุตรกัน 2 คน ต่อมาผู้ถูกฟ้องถูกทางการญี่ปุ่นดำเนินคดีในข้อหาลักลอบเข้าเมืองและส่งตัวผู้ถูกฟ้องกลับประเทศไทย ต่อมาผู้ฟ้องคดีประสงค์จะขอให้เจ้าหน้าที่สถานเอกอัครราชทูตไทยในญี่ปุ่น (ณ กรุงโตเกียว) ส่งตัวบุตรผู้ฟ้องคดีกลับไทย แต่ผู้ถูกฟ้องไม่ดำเนินการให้ ศาลชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องเพราะข้อมูลที่ผู้ฟ้องคดีแจ้งกับเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องเป็นเพียงปากคำแต่ไม่มีหลักฐานใด ๆ เอื้อต่อการปฏิบัติหน้าที่ จึงฟังไม่ได้ว่าเกิดกรณีพิพาทแล้ว ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์เรื่องสู่ศาลปกครองสูงสุด โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับการเกิดของเด็กทั้ง 2 คนที่ออกโดยโรงพยาบาลหรือทางการญี่ปุ่น ดังนั้น เจ้าหน้าที่สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงโตเกียว จึงไม่สามารถพิสูจน์ทราบทางเอกสารและตรวจสอบประวัติมารดาของเด็กหรือเอกสารที่จะตรวจสอบเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาออกสุติบัตร และผู้ฟ้องคดีมีเพียงเอกสารแบบรับรองรายการทะเบียนราษฎรและบัตรประจำตัวประชาชนหรือเอกสารที่เป็นข้อมูลเบื้องต้นเพียงพอที่เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องจะดำเนินการต่อไปได้ จึงยังถือไม่ได้ว่ามีกรณีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ และยืนยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

เมื่อพิจารณาจากคดีศาลปกครองสูงสุดที่หยิบมานั้นเป็นเรื่องที่เอกชนนำมาฟ้องต่อศาลปกครองมีพื้นฐานจากการกระทำทางกงสุลที่เป็นกิจการที่เกี่ยวข้องกับการต่างประเทศของกระทรวงการต่างประเทศ โดยศาลปกครองได้พิเคราะห์เนื้อหาการกระทำว่าเป็นการกระทำทางปกครองของกระทรวงการต่างประเทศ และรับมาพิจารณาตามตัวอย่างคดีและหากมีกรณีเอกสารเพียงพอศาลปกครองก็อาจจะมีคำสั่งรับไว้พิจารณาซึ่งการกระทำทางปกครองได้ ซึ่งทั้งปวงนั้นเป็นกรณีที่กระทรวง

²⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 130/2552

การต่างประเทศในฐานะหน่วยงานของรัฐด้านกิจการต่างประเทศภายใต้องค์กรบริหารและศาลปกครองของไทยในฐานะองค์กรตุลาการของประเทศล้วนมีมุมมองเดียวกันว่า “การกงสุล” ที่เอกชนมองว่าเป็นข้อพิพาทนั้นเป็น “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งศาลปกครองชอบที่จะตรวจสอบดุลพินิจในทางกงสุلدังกล่าวได้นั่นเอง

และมีข้อสังเกตอีกประการสำคัญว่าเมื่อเอกชนฟ้องร้องในการกระทำในกิจการต่างประเทศด้านกงสุลนั้น ข้อเท็จจริงในคดีและข้อต่อสู้ในคดีของกระทรวงการต่างประเทศและข้อพิจารณาของศาลปกครองล้วนมองกันไปในทางเดียวกัน กล่าวคือ เข้าใจในหลักการว่าเป็นการกระทำทางปกครองโดยเนื้อหาและลักษณะ ไม่มีการกล่าวอ้างหรือหยิบยกเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในการกงสุลแต่อย่างใด

หากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกิจการต่างประเทศโดยแท้แล้วกระทรวงการต่างประเทศก็จะระบุถึงการกระทำทางรัฐบาลเอาไว้เสมอ และศาลปกครองก็จะเห็นพ้องในข้อเท็จจริงดังกล่าวเช่นกัน โดยศาลปกครองก็จะไม่รับไว้พิจารณาในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลทุกครั้ง

เว้นแต่ในกรณีเดียวคือคดีพิพาทคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551ซึ่งมีการสู้คดีในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ แต่ศาลปกครองพิเคราะห์แล้วว่าเป็นการกระทำในทางปกครองโดยผลของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งปัจจุบันยังคงเป็นคดีเดียวที่ศาลปกครองรับมาพิจารณาไว้ และภายหลังจากนั้นศาลปกครองก็ได้พิเคราะห์เนื้อหาของการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศที่ศาลปกครองไม่สามารถรับมาพิจารณาได้นั่นเอง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เมื่อมาถึงบทสุดท้ายของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนจึงขอทบทวนถึงจุดเริ่มต้นของเหตุผลเลือกหัวข้อที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง เพราะผู้เขียนพิจารณาว่าความรู้และความเข้าใจในการกระทำทางรัฐบาลของไทยนั้นเป็นหลักการสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินในทางบริหาร ยิ่งการกระทำทางรัฐบาลดังกล่าวมีมิติที่แคบลงอีกเฉพาะแค่การกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวเนื่องกับการดำเนินการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ในทางเดียวกันนั้นการกระทำในกิจการต่างประเทศก็มีการกิจที่เป็นงานกงสุลที่คาบเกี่ยวกับการเป็นการกระทำทางปกครองด้วยเช่นกัน

ดังนั้น บทสรุปของบทความฉบับนี้อาจสรุปได้ว่าการดำเนินการในทางการทูตและการดำเนินนโยบายทางการเมืองระหว่างประเทศของรัฐจะถือเป็นการดำเนินการตามภารกิจพื้นฐานของรัฐในประการปกป้องความมั่นคงของรัฐจากภายนอกผ่านองค์กรของรัฐนั้น ๆ สำหรับประเทศไทยนั้นกระทรวงการต่างประเทศถือเป็น 1 ในหน่วยงานผู้รับหน้าที่และอำนาจในการดำเนินการทางนโยบายต่างประเทศดังกล่าวข้างต้น รัฐจะดำเนินการนโยบายต่างประเทศโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยทางบริหารในสาขาการกระทำทางรัฐบาลหรือทางนโยบาย ซึ่งการตรวจสอบจะต้องอาศัยการตรวจสอบกับองค์กรอำนาจนิติบัญญัติเท่านั้น องค์กรตุลาการจะเข้ามาตรวจสอบไม่ได้เพราะจะขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ หากแต่ในทางกลับกันการกงสุลนั้นแม้จะมีข้อพิจารณาหรือมีลักษณะการกระทำของกิจการต่างประเทศแต่ในทางเนื้อหาจะถือกรณีที่ฝ่ายบริหารใช้อำนาจทางบริหารด้านการกระทำทางปกครอง ดังนั้น องค์กรตุลาการจะสามารถเข้ามาตรวจสอบการกระทำดังกล่าวทางกงสุลได้ และกรณีดังกล่าวของศาลจะไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการที่ขัดหรือแย้งกับหลักการแบ่งแยกอำนาจแต่อย่างใด

5.1.1 การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐจะถือเป็นการกระทำทางรัฐบาลอันเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารโดยแท้

จากที่ได้ศึกษาจากประเทศตัวอย่าง ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกา และจากคำอธิบายในทางตำราต่าง ๆ พบว่าแนวคิดที่ตรงกันก็คือการกระทำทางนโยบายของฝ่ายบริหารนั้นมีหลายประการ แต่ในประการสำคัญที่จะเป็นกรณีถือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารทางนโยบายโดยแท้คือการกระทำทางรัฐบาลในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศตลอดจนเรื่องการประกาศสงคราม ซึ่งเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี หรือประมุขของประเทศของฝ่ายบริหาร แล้วแต่กรณี อันอยู่ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งแสดงออกถึงการกระทำในฐานะตัวแทนของรัฐที่จะนำเอารัฐไปก่อนติสัมพันธ์สร้างพันธกรณีผูกพันกับรัฐอื่นภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งองค์กรฝ่ายตุลาการจะไม่เข้ามาก้าวล่วงวินิจฉัยดุลพินิจดังกล่าวของฝ่ายบริหาร โดยประเทศไทยก็ยอมรับว่าการดำเนินการเชิง “รัฐวิเทศব্য” เป็นอำนาจหนึ่งของคณะรัฐมนตรีของไทยด้วยนั่นเอง

หากฝ่ายบริหารได้กระทำการไปแล้วปรากฏว่าฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามาขัดขวางหรือแทรกแซงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะทำให้รัฐนั้นเสียหายในทางระหว่างประเทศได้ เนื่องจากจะขัดกับหลักการ “Speak with one voice” หรือหลัก “รัฐจะต้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในทางนโยบาย” ที่สำคัญในเวทีกฎหมายระหว่างประเทศอย่างยิ่งเพราะเมื่อบุคคลผู้ได้รับอำนาจเต็มของรัฐแล้วย่อมที่จะมีอำนาจเต็มที่จะดำเนินการใด ๆ ก็ตามในนามของรัฐที่จะผูกพันระหว่างรัฐอื่นใดก็ได้ในโลกนี้ หากแต่รัฐนั้น ๆ จะไม่ล่วงรู้หรือจะไม่รับรู้หรืออาจจะรับรู้ได้เลยว่า ภายในประเทศที่ทำสัญญาด้วยนั้นจะมีปัญหาขัดแย้งกันภายในระหว่างฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ หากใช้แล้วก่อให้เกิดการเพิกถอนการกระทำทางรัฐบาลโดยองค์กรภายในรัฐขึ้นมา จะส่งผลกระทบที่จะทำให้รัฐเสียหายในทางระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเชิงเกียรติภูมิ ความน่าเชื่อถือ และอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางกฎหมายระหว่างประเทศได้

5.1.2 การตรวจสอบการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล จะต้องตรวจสอบโดยรัฐสภา

เมื่อการกระทำทางในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารโดยแท้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเป็นการดำเนินการในทางการเมือง ฝ่ายบริหารก็ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ดังนั้น การตรวจสอบจะต้องใช้กลไกทางรัฐสภา (หรือฝ่ายนิติบัญญัติ) เป็นผู้ตรวจสอบ และหากตรวจสอบแล้วพบว่าการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐบาลนั้นมีปัญหา ก็จะต้องใช้กลไกทางรัฐสภาเข้ามาแก้ไขหรือตรวจสอบเท่านั้นจึงจะชอบด้วยหลักการแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ

สำหรับประเทศไทย มีการบัญญัติการตรวจสอบการดำเนินการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญรองรับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของคณะรัฐมนตรีแล้ว ทั้งเรื่องการจัดทำกระทู้สอบถามในรัฐสภาเพื่อนำไปสู่การลงคะแนนเสียงไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรี หรือการตรวจสอบหนังสือสัญญาบางประการตามมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่คณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ) ก่อนดำเนินการ

อย่างไรก็ดี หากไม่มีการทำความเข้าใจในเรื่องว่าการกระทำทางในเรื่องนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นการกระทำทางรัฐบาลซึ่งเป็นอำนาจขององค์กรฝ่ายบริหารโดยแท้ ก็อาจนำไปสู่กรณีปัญหาเฉกเช่นในคดีศาลปกครองที่ผ่านมาเรื่องการตีความการกระทำทางรัฐบาลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในอดีตนั้น อาจขัดกับหลักแบ่งแยกอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจได้

5.1.3 ฝ่ายตุลาการไม่สามารถจะเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

เมื่อคำนึงถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักถ่วงดุลอำนาจ และเมื่อคำนึงถึงข้อถกเถียงกันในอดีตของศาลปกครองเนื่องในคดีปกครองตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 547/2551 ลงวันที่ 8 กันยายน 2551 จนเป็นที่มาของปัญหาและข้อถกเถียงเชิงวิชาการว่าอำนาจในทางบริหารของคณะรัฐมนตรีโดยแท้ต่อการกระทำทางรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งมีกระบวนการตรวจสอบโดยรัฐธรรมนูญรองรับไว้แล้วคือการตรวจสอบและรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา แต่กลับกลายเป็นว่าเมื่อมีการดำเนินการดังกล่าว และมีการฟ้องร้องคดีโดยปัจเจกชน ฝ่ายตุลาการกลับใช้

อำนาจทางตุลาการรับพิจารณาว่าการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศนั้นอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะมีคำสั่งดำเนินการได้ ทั้งที่ข้อเท็จจริงแล้วศาลปกครองพึงมีหน้าที่ในการทบทวน (Review) การดำเนินการขององค์กรหรือบุคลากรของรัฐในการกระทำทางปกครองในรูปแบบคำสั่งทางปกครอง กฎ หรือสัญญาทางปกครอง มิได้มีอำนาจรับพิจารณาการกระทำทางรัฐบาล จนถูกกระแสวิกฤตตลอดจนคณาจารย์และนักกฎหมายมหาชนวิพากษ์วิจารณ์ว่าสุดท้ายแล้วผู้ตัดสินใจสุดท้ายในทางนโยบายการต่างประเทศจะกลายเป็นศาลปกครองแทนที่คณะรัฐมนตรีหรือไม่ และสุดท้ายแล้วการกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ของการดำเนินการในกิจการต่างประเทศของรัฐนั้นตัดสินใจทางนโยบายโดยฝ่ายบริหารซึ่งจะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อรัฐสภา หรือจะต้องถูกพิจารณาตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการ อันจะส่งผลให้สุดท้ายกลายเป็นฝ่ายตุลาการกำหนดนโยบายเองหรือไม่

กลไกทางรัฐสภาไม่ว่าจะเป็นการยื่นกระทู้ถามหรือการลงมติอภิปรายไม่ไว้วางใจก็ย่อมมีความยึดโยงกับประชาชนในฐานะสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากการเลือกตั้ง ฝ่ายบริหารก็มีความยึดโยงกับรัฐสภาในฐานะคณะรัฐมนตรีมาจากการเลือกตั้งของรัฐสภา ซึ่งทั้งสองกรณีมีความยึดโยงกับประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตยของรัฐ หากแต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่าไม่สามารถที่จะตีความได้ และให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ดำเนินการตีความให้ ปัญหาที่จะเกิดตามมาก็คือการที่ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรตุลาการ ซึ่งกลไกการคัดเลือกตุลาการตามรัฐธรรมนูญนั้นมีปัญหาถึงความไม่ยึดโยงกับประชาชน จะเป็นผู้นิยามว่าการกระทำทางรัฐบาลในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ที่ถือว่าเป็นอำนาจทางบริหารโดยแท้) จะเป็นการแทรกแซงหรือเป็นผู้ตัดสินใจคนสุดท้ายในทางนโยบายระหว่างประเทศอีกหรือไม่ หรือถ้าคณะรัฐมนตรีพิจารณาและตีความแต่เพียงฝ่ายเดียวว่าหนังสือสัญญานั้นสามารถกระทำได้และกระทำไปจนแล้วเสร็จลงนามผูกพันกับรัฐหรือองค์การต่างประเทศไปแล้ว หรือระหว่างการดำเนินการนั้น ๆ แล้วคณะรัฐมนตรีถูกบุคคลหรือกลุ่มบุคคลยื่นฟ้องร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง หรือแม้กระทั่งศาลยุติธรรม จะก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่คณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีรายบุคคลทางปกครอง ทางวินัย หรือทางอาญาหรือไม่ หรือจะสร้างความกังวลหรือปัญหาในการตัดสินใจให้แก่ฝ่ายบริหารว่าการดำเนินการของหน่วยงานตนจะเป็นหนังสือสัญญาหรือไม่จนกระทั่งต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบทุกกรณีหรือไม่ หรือหากไม่เช่นนั้นจะทำให้เจ้าหน้าที่หรือคณะรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีรายบุคคล โดยความผิดฐานละเว้นปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ หรือสุดท้ายแล้วจริง ๆ นั้นมาตรการของรัฐธรรมนูญตามมาตรา 178 จะสามารถกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นที่พึ่งสุดท้ายในการยุติปัญหาในทำนองทั้งหมดที่กล่าวมาได้หรือไม่ ก็ไม่มีใครคาดการณ์หรือล่วงรู้ได้

แต่ที่พึงจะควรเป็น และควรเป็นมากที่สุดคือการที่ การกระทำทางรัฐบาลโดยแท้ของการดำเนินกิจการต่างประเทศหรือระหว่างประเทศ คณะรัฐมนตรีในฐานะผู้ดำเนินการจะต้องรับผิดชอบต่อทางการเมือง และได้รับการตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น

5.1.4 การตรวจสอบการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางปกครอง จะต้องตรวจสอบโดยศาล

การกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางปกครองก็ย่อมที่จะต้องตรวจสอบโดยศาลปกครองด้วยกัน มิใช่เป็นการตรวจสอบโดยรัฐสภา เพราะการกระทำทางปกครองเป็นผลลัพธ์ของการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายบริหาร ไม่ใช่ทางการเมือง การใช้อำนาจทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ศาลปกครองจะเป็นผู้เข้ามามตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว และ

ควรนำทฤษฎีตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสว่าด้วย Actes détachables ที่สามารถแบ่งแยกเนื้อหาการกระทำในกิจการต่างประเทศบางส่วนที่มีใช้การกระทำทางบริหารแต่เป็นทางปกครองก็จะสามารถมาตรวจสอบโดยระบบศาลปกครองได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่าเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะถกเถียงกันในเชิงวิชาการในอนาคตของการตรวจสอบถ่วงดุลของการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศของประเทศไทย จากการศึกษาจากบทก่อนหน้า ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะแนวทางการป้องกันปัญหาและแก้ไขปัญหาดังนี้

5.2.1 การสร้างกลไกภายใต้ฝ่ายบริหารเป็นผู้พิจารณาเนื้อหาของการกระทำของส่วนราชการว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ

เนื่องจากการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศนั้นเป็นอำนาจโดยแท้ของฝ่ายบริหารในการดำเนินนโยบายความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในฐานะผู้กระทำการแทนรัฐ ดังนั้น ก่อนที่จะให้องค์กรอื่นอย่างรัฐสภาหรือศาลรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบการกระทำใด ๆ องค์กรฝ่ายบริหารก็สมควรที่จะทำการกลั่นกรองและตรวจสอบให้แน่ใจก่อนว่าการกระทำดังกล่าวจะใช้การกระทำทางนโยบายของรัฐในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยแท้

5.2.2 การสร้างคำชี้ขาดหรือพิพากษาของศาลซึ่งวางหลักการในเรื่องการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศ และการกระทำใดที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล

กลไกศาลปกครอง ถือว่าเป็นกลไกที่มีบทบาทสำคัญในการเป็นผู้เข้ามาตีความการกระทำในกิจการต่างประเทศว่าส่วนไหนเป็นการกระทำทางรัฐที่ศาลจะงดเว้นการเข้ามาถ่วงพิจารณาเพื่อป้องกันไม่ให้กลายเป็นผู้ใช้อำนาจในการบริหารประเทศด้านนโยบายการต่างประเทศเสียเอง

หากมีกรณีที่ศาลปกครองพิเคราะห์แล้วเห็นว่าเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งศาลปกครองจะเข้ามาตรวจสอบโดยอาศัยหลัก **Actes détachables** เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเป็นการป้องกันฝ่ายบริหารใช้อำนาจจนเกินควรด้วยเช่นกัน ผ่านกลไกทางกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่จะรับผิดชอบที่เป็นการดำเนินการของฝ่ายบริหารมาพิจารณาได้ตามมาตรา 9 ซึ่งสามารถรับเรื่องมาพิเคราะห์เบื้องต้นได้ก่อนว่าเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ หากไม่ก็สามารถรับมาพิจารณาได้ หากใช่ ก็สามารถรับมาพิจารณาได้

กลไกศาลรัฐธรรมนูญ ถือเป็นกลไกคำชี้ขาดหรือคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นอาจจะเข้ามาช่วยส่งเสริมการดำเนินการของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในเรื่องการกระทำในกิจการต่างประเทศที่เป็นการกระทำทางรัฐบาลได้ กล่าวคือ การตรวจสอบหนังสือสัญญาที่เป็นไปตามวรรคท้ายของมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่ออาศัยคำชี้ขาดหรือวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้แก่หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานรับไปปฏิบัติตามว่าสิ่งใดเป็นการกระทำทางรัฐบาลในเชิงทำหนังสือสัญญา อย่างเช่นที่ปรากฏในคำชี้ขาด ที่ 7/2560 ของศาลรัฐธรรมนูญ เรื่องร่างบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) ว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรม

ศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทยและกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา ว่าเป็นหนังสือสัญญา แต่ไม่ใช่หนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง จึงไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เป็นต้น

นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญอาจจะใช้การไม่รับเรื่องเข้าสู่พิจารณาหากเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 47 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 เพื่อจะได้เป็นการสร้างแนวทางตามคำวินิจฉัยมาว่าอะไรเป็นการกระทำของรัฐบาลได้

กลไกศาลยุติธรรม สำหรับกลไกศาลยุติธรรมกับศาลปกครองนั้นอาจดำเนินในรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือ ในคดีที่ไม่อยู่อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็จะเป็นผู้พิจารณาว่าจะไม่รับมาพิจารณาในชั้นศาล และนำคำพิพากษาศาลฎีกามาปรับใช้ในวงการหลักปฏิบัติราชการและบริหารราชการแผ่นดินได้ แต่อย่างไรก็ดี เนื่องด้วยระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นเป็นแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) ซึ่งแนวคำพิพากษาศาลฎีกาไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย ดังนั้น การอาศัยคำพิพากษาศาลฎีกาในการหลักการกระทำทางรัฐบาลในกิจการต่างประเทศก็เป็นเพียงแนวทางให้ศาลในคดีหลังเท่านั้น

บรรณานุกรม

หนังสือ

กมลชัย รัตนสกาวงศ์. กฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2545.

กระทรวงการต่างประเทศ สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ. ประวัติศาสตร์การทูตไทย, กรุงเทพมหานคร : อมรินทร์พริ้นติ้ง, 2561.

เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. เอกสารวิชาการของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : สยามศิลป์การพิมพ์, 2543.

_____. การกระทำทางรัฐบาล ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร. กรุงเทพมหานคร : สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.

_____. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.

_____. เอกสารวิชาการของสถาบันพระปกเกล้า ชุด รู้เขารู้เรา : การเมืองการปกครองต่างประเทศระบบการเมืองการปกครองฝรั่งเศส. กรุงเทพมหานคร : สยามศิลป์การพิมพ์, 2543.

ชาญชัย แสวงศักดิ์. กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

ณรงค์ สินสวัสดิ์. การเมืองระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แพรวพิทยา, 2524.

ดิเรก ชัยนาม. การทูต. พระนคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2490.

ธงทอง จันทรางศุ. พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : บริษัทเอสซี พริ้นท์แอนด์แพค จำกัด, 2548.

ธีรเดช เอี่ยมสำราญ และราม อินทรวิจิตร. วิวัฒนาการ สุดยอตแห่งทศวรรษ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มติชน, 2551.

นพนิติ สุริยะ. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่มที่ 2. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์วิญญูชน, 2559.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.

_____. กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. พิมพ์ครั้งแรก, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538.

_____. กฎหมายมหาชน เล่ม 4 รัฐ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.

- . ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองในประเทศไทยอังกฤษ. พิมพ์ครั้งแรก. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537
- บุญศรี มีวงษ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2559.
- ปวิศร เลิศธรรมเทวี. รายงานศึกษาวิจัย เรื่อง การนำประเพณีในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2561.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 รัฐ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554.
- ไพโรจน์ ชัยนาม. เรื่องของการทูตและการต่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2516.
- มณีนัย รัตนมณี. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด, 2519.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554. กรุงเทพมหานคร : ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554.
- . การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.
- . คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557.
- . ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วิทยา นภาศิริกุลกิจ. ระบบการเมืองอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2515.
- วิชญ์ เครื่องาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2523.
- วิสูตร อรรถยุกติ. ระเบียบวิธีปฏิบัติทางการทูต และกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางกงสุลพิมพ์เป็นอนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายวิสูตร อรรถยุกติ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์พระจันทร์, 2518
- ศิโรตม์ ภาคสุวรรณ. ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ : ทฤษฎีและพฤติกรรม. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2521.

- สมบัติ อารังธยวงศ์. การเมืองอเมริกา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สมาธรรม, 2552.
- สมยศ เชื้อไทย. กฎหมายมหาชนเบื้องต้น. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- สำนักงานศาลปกครอง. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2555.
- _____. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 5 ภาค 1 ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2559.
- _____. แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เล่มที่ 6 ภาค 1 ภาคทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง, 2556.
- สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. แนวทางการปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. และระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2549.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. ความเป็นมาของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เล่ม 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561.
- อรุณ ภาณุพงศ์. การทูตและการระหว่างประเทศ. การบรรยายพิเศษ โครงการติเรก ชัยนาม เมโมเรียลเลคเชอร์ ซีรีส์ ปีการศึกษา 2529. พิมพ์ครั้งที่สอง. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2531.
- _____. คำบรรยายลักษณะวิชาสนธิสัญญา ชั้นปริญญาโททางการทูต คณะรัฐศาสตร์ ประจำปี พ.ศ. 2506, รวบรวมโดยกระทรวงการต่างประเทศ.
- _____. อำนาจของชาติในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ, ม.ป.ท. : ม.ป.พ., ม.ป.ป.

วิทยานิพนธ์และสารนิพนธ์

- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. “วิสาหกิจมหาชนในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และเชิงข้อความคิด.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. “ปัญหาองค์ประกอบเพื่อความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.
- ไพฑูริย์ เอกจริยกร. “เอกสิทธิ์และความคุ้มกันของฝ่ายปกครองในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- พรชัย ด้านวิวัฒน์. “อำนาจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาในการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เน้นเรื่องการทำความตกลงของฝ่ายบริหาร.” วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531.

สาโรช โชติพันธุ์. “การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยรัฐสภา”, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

สิรินทร์ สุรทินท์. “การทูตเชิงเศรษฐกิจในปัจจุบันและแนวโน้มในอนาคต.” รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) หลักสูตรนักบริหารการทูต รุ่นที่ 6 ปี สถาบันการต่างประเทศ เทเวศร์วิโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, 2557.

สุชาดา เรืองแสงทองกุล. “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2560.

สุวีร์ ตริยูธนากุล. “การกระทำทางรัฐบาล.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2538.

บทความ

ดิลกฤทธิ์, หม่อมเจ้า, กฤดากร. “คำบรรยายซึ่งทรงแสดง ณ วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร.” ใน, ประวัติความเป็นมาและผลงานของกระทรวงการต่างประเทศไทย และระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ข้าราชการกระทรวงการต่างประเทศ จัดพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพนายจิตร สายะศิลป์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การพิมพ์พาณิชย์, 2499.

นพนธิ สุริยะ. “ปัญหาบางเรื่องจากสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา.” ใน อาจารย์นพ 65 รวมบทความทางวิชาการ ในโอกาสครบ 65 ปี รองศาสตราจารย์นพนธิ สุริยะ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553.

ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. “แนวคำวินิจฉัยคดีปกครองฝรั่งเศสเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดเรื่องเขตอำนาจศาล.” ใน รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 2 : กฎหมายปกครอง ภาควิธีสบัญญัติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานศาลปกครอง.

พยาง ชุตีกุล. “การทูตในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของปัจจัยกำลังอำนาจแห่งชาติ การทูตกับการทหาร.” ใน คติพจน์สดุดีพระคุณของมารดา การทูต อนุสรณ์ฉลองพระคุณในงานฉานงานกิจศพคุณแม่ชื่อน ชุตีกุล. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2517.

วิชัย วิวิทเสวี. “โครงสร้างและการกระทำในทางปกครองตามแนวความคิดของระบบแองโกลอเมริกัน.” ใน วารสารศาลพาห. เล่ม 4 ปีที่ 37 (2533).

สง่า นิลกำแหง. “ประวัติกระทรวงการต่างประเทศ.” ใน, ประวัติความเป็นมาและผลงานของกระทรวงการต่างประเทศไทย และระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับหนังสือเดินทาง ข้าราชการกระทรวงการต่างประเทศ จัดพิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพนายจิตร สายะศิลป์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์การพิมพ์พาณิชย์, 2499.

เอกสารอื่น ๆ

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

กฎกระทรวง ฉบับที่ 24 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526

กฎกระทรวง ฉบับที่ 24 (พ.ศ. 2555) ออกตามความในพระราชบัญญัติบัตรประจำตัวประชาชน พ.ศ. 2526

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมพิธีการทูต กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมยุโรป กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. พ.ศ. 2558

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมสารนิเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมอเมริกาและแปซิฟิกใต้ กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมอาเซียน กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2556

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเอเชียตะวันออก กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมเอเชียใต้ ตะวันออกกลาง และแอฟริกา กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานปลัดกระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2558

กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการสำนักงานรัฐมนตรี กระทรวงการต่างประเทศ พ.ศ. 2545-

กฎกระทรวงว่าด้วยกลุ่มภารกิจ พ.ศ. 2545

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 103/2521

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 724/2490

คำพิพากษาศาลปกครองกลางเลขแดง ที่ 610/2544

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อ. 373/2561

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ อร. 4/2561

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 130/2552

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 10281025/2558

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 422/2560

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดง ที่ ฟ. 42/2551

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 33/2543

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 6-7/2551

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 3/2560

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 135/2557

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 182/2553

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 205/2554

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 24-32/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 3/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 36/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 397/2553

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 400/2545

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 45/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 547/2551

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 555/2555

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 563/2555

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 595/2555

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 606/2556

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 626/2546

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 628/2553

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 678/2557

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 78/2547

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 15/2554

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 23/2549

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 44/2557

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 82/2555

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง แต่งตั้งเจ้าพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

ประกาศกระแสพระบรมราชโองการว่าด้วยการสงครามซึ่งมีต่อประเทศเยอรมนีและออสเตรียยังการี 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460

ประกาศสงครามต่อบริเตนใหญ่และสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2485

ประกาศสันติภาพ ลงวันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2488

ประมวลกฎหมายอาญา

พระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548

พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548

พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก พ.ศ. 2457

พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534
 พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551
 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522
 พระราชบัญญัติจดทะเบียนครอบครัว พ.ศ. 2478
 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542
 พระราชบัญญัติจัดระเบียบราชการกระทรวงกลาโหม พ.ศ. 2551
 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561
 พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545
 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543
 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทางปกครอง พ.ศ. 2539
 พระราชบัญญัติสัญญาติ พ.ศ. 2508
 ระเบียบกระทรวงการต่างประเทศว่าด้วยการออกหนังสือเดินทาง พ.ศ. 2548
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190
 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
 สรุปผลการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 15 วันอังคาร ที่ 27 ตุลาคม 2558

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

กระทรวงการต่างประเทศ “ประวัติกระทรวงการต่างประเทศ”. <http://www.mfa.go.th>, 4 กรกฎาคม 2562.
 ราชกิจจานุเบกษา. “ประวัติราชกิจจานุเบกษา”.
<http://www.mratchakitcha.soc.go.th/index.html>, 5 กรกฎาคม 2562.
 วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง โดย รองศาสตราจารย์ ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์”. <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1264>, 3 มีนาคม 2562.
 สำนักงานศาลยุติธรรม. “ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม”
<https://www.coj.go.th/th/content/page/index/id/12>, 2 มิถุนายน 2562.

BOOKS

A W Bradley and K D Ewing. Constitutional and Administrative Law. Thirteenth edition. Ashford Colour Press, 2003.
 Brown, Lionel Neville; Bell, John and Galabert, Jean-Michel. French Administrative Law. Fifth edition. Oxford : Oxford University Press, 1998.

Bryan A. Garner. Black's Law Dictionary. Seventh Edition. United States of America : West Publishing, 1999.

John Quigley, William J Aceves and S. Adele Shank. The Law of Consular Access: A documentary Guide, 2011.

Juan F. Rivera. Law of Public Administration. Philippines : Kiko Printing Press, 1956.

Sir Ernest Satow. Satow's Guide to Diplomatic Practice. edited by Lord Gore-Booth. Fifth Edition. New York. 1979.

ARTICLES

J. Peter Mulhern "In Defense of the Political Question Doctrine." University of Pennsylvania Law Review Vol. 137. No.97. (1988)

Isozaki, Tatsugoro. "The So-called Tochi-Koi (Acte De gouvernement) and the Constitution of our Country". Osaka University Law Review, Vol.7 (1959) : 1-14.

OTHER MATERIALS

Treaty of Friendship and Commerce between Siam and Great Britain, Signed at Bangkok, April 18, 1855.

Administrative Procedure Act (United States of America)

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Basic Law for the Federal Republic of Germany)

Les Constitutions de la France (The Constitution of France)

The Constitution of Japan

The Constitution of the United States of America

The Montevideo Convention on the Rights and Duties of States, 1934

Treaty of Peace Between the Allied And Associated Powers and Germany, Signed at Versailles, 28 June 1919.

United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982

Vienna Convention on Consular Relations, 1963

Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961

Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969

ELECTRONIC MEDIAS

Howard Gillman Mark A. Graber Keith E. Whittington, “American Constitutionalism Volume I: Structures of Government Supplementary Material Chapter 9: Liberalism Divided-Judicial Power and Constitutional Authority”. Oxford University Press. http://global.oup.com/us/companion.websites/fdscontent/uscompanion/us/static/companion.websites/gillman/instructor/Chapter_9/goldwater_v_carter.pdf, July 8, 2019.

Maurice Hauriou. <http://www.hauriou.net/home>, June 20, 2019.



ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นายธนพล พุฒิกแก้ว
วันเดือนปีเกิด	31 สิงหาคม 2530
วุฒิการศึกษา	ปีการศึกษา 2552 : นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ตำแหน่ง	นักการทูตปฏิบัติการ กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการ ต่างประเทศ

ผลงานทางวิชาการ

ธนพล พุฒิกแก้ว. “การกระทำในกิจการต่างประเทศที่ไม่ใช่การกระทำทางรัฐบาล.” วิทยานิพนธ์
นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.

ประสบการณ์ทำงาน	พ.ศ. 2556-2560 นิติกรปฏิบัติการ กรมการกงสุล กระทรวงการต่างประเทศ
-----------------	---