



**บทวิเคราะห์คดี : ศาลปกครองกับการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง
ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ : ศึกษากรณีการใช้อำนาจของวุฒิสภา
ในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่)**

อภิญา แก้วกำเหนิด *

บทนำ

รัฐสภาซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา เป็นองค์กรใช้อำนาจนิติบัญญัติ ตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ โดยเป็นองค์กรทางการเมืองตามหลักประชาธิปไตยที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ และมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ และกฎหมายอื่น ดังนั้น หากพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรประกอบกับแนวคิดดั้งเดิมตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา จึงย่อมไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรใช้อำนาจบริหาร) หากแต่เป็น องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

โดยที่ทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจคลาสสิกได้แบ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็น 3 ด้าน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ และแยกองค์กรที่ใช้อำนาจทั้ง 3 ด้านดังกล่าวออกจากกัน เพื่อให้มีการถ่วงดุลและคานอำนาจกัน และตามแนวคิดคลาสสิกในการจัดองค์กรของรัฐได้จัดแบ่งองค์กร ใช้อำนาจรัฐออกเป็น 3 ประเภท คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ ให้ใช้อำนาจแต่ละด้านแยกต่างหากจากกัน ดังนั้น ตามแนวคิดดั้งเดิมจึงถือว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเพื่อให้เกิดผลผลิต คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหาร โดยมีผลผลิต 2 ประเภท คือ การกระทำทางรัฐบาลและการกระทำทางปกครอง และ องค์กรฝ่ายตุลาการเป็นผู้ใช้อำนาจทางตุลาการเพื่อสร้างการกระทำทางตุลาการ แต่อย่างไรก็ดี องค์กรของรัฐ ในยุคปัจจุบันมีการกระทำในลักษณะผสมผสาน (Hybrid) ตามภารกิจหน้าที่ที่เพิ่มมากขึ้นและซับซ้อนขึ้น ตามยุคสมัย องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐทั้ง 3 ด้าน จึงอาจไม่ได้ใช้อำนาจตามภารกิจดั้งเดิมเริ่มต้น เพียงอย่างเดียว หากแต่มีการใช้อำนาจอื่นที่นอกเหนือไปจากอำนาจดั้งเดิมด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจนำหลักแบ่งแยกอำนาจมาใช้กำหนดขอบเขตการกระทำขององค์กรของรัฐอย่างชัดเจนเด็ดขาด โดยเฉพาะ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ อันได้แก่ รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ซึ่งนอกจากจะมีอำนาจหน้าที่ การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes législatifs) แล้ว ยังมีการใช้อำนาจกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทาง

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ ผู้อำนวยการกลุ่มสนับสนุนวิชาการคดีปกครอง
สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

นิติบัญญัติ (Les actes non législatifs) กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจประการอื่นที่ไม่ใช่การตรากฎหมาย โดยอาจเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้โดยเฉพาะ หรืออาจมีการใช้อำนาจ กระทำการที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอีกด้วย

นอกจากนี้ ตามแนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำที่แยกออกได้” (La théorie de l’acte détachable) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา พิพากษาคดีที่ศาลปกครองฝรั่งเศสพัฒนาขึ้น เพื่อใช้ในการพิจารณาแยกการกระทำทางปกครองออกจาก การกระทำอื่นในหลายกรณี เช่น แยกการกระทำทางปกครองออกจากสัญญาทางปกครอง แยกการกระทำ ทางปกครองในชั้นเตรียมการเลือกตั้งออกจากการออกเสียงเลือกตั้ง หรือแยกการกระทำทางปกครอง ออกจากการกระทำทางรัฐบาล รวมถึงการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีนี้เพื่อแยกการกระทำทางปกครอง ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติออกจากการกระทำทางการเมือง¹ ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือ การกระทำ ทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ รวมทั้ง มีการพัฒนากฎหมายปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณา พิพากษากการกระทำทางปกครองของรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา รวมถึงการพัฒนา หลักความเป็นผู้เสียหายในการฟ้องคดีปกครองของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต่อการกระทำทางปกครองของรัฐสภา

ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาจากเกณฑ์การกระทำ จึงอาจมีกรณีที่ต้ององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ อันได้แก่ รัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภาใช้อำนาจกระทำที่เข้าลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง จึงสมควรศึกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความมีอยู่ของการกระทำทางปกครองดังกล่าว และศึกษา อำนาจของศาลปกครองในการที่จะรับพิจารณาพิพากษากการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้หรือไม่ อย่างไร โดยศึกษาเทียบเคียงตัวอย่างแนวคิดและหลักกฎหมาย รวมทั้งแนวคำพิพากษาของ ประเทศฝรั่งเศสและศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป

บทความนี้มีความมุ่งหมายเพื่อศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมาย ดังนี้

1. วุฒิสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะกระทำการอันเป็นการกระทำทางปกครองได้หรือไม่ โดยศึกษาถึง 1.1 การกระทำทางกฎหมายประเภทต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และพิจารณา 1.2 การกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจากทฤษฎี “การกระทำทางปกครองที่แยกออก ได้จากการกระทำอื่น” (La théorie de l’acte détachable) เพื่อนำมาสู่การวิเคราะห์ใน 2. ศาลปกครอง

¹ การกระทำทางการเมือง หมายถึง การกระทำทางกฎหมายที่เป็นการใช้อำนาจซึ่งมีเอกสิทธิ์ ตามรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรทางการเมืองที่มีจุดยึดโยงกับประชาชน เป็นการใช้อำนาจที่ต้องรับผิดชอบทางการเมือง ต่อประชาชน เช่น งานนโยบาย ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ งานการเมืองที่ยึดโยงกับอำนาจอธิปไตยของประชาชน ได้แก่ การตรากฎหมายอันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนง การควบคุมฝ่ายบริหารโดยการตั้งกระทู้ และการอภิปราย ฯลฯ ในเรื่องการกระทำทางการเมืองนี้ มิได้ทั้งการกระทำทางการเมืองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร ซึ่งทำให้เกิดการกระทำทางกฎหมายที่แตกต่างกัน-ผู้เขียน



จะตรวจสอบการกระทำทางปกครองของวุฒิสภาได้หรือไม่ โดยวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่) ในประเด็นต่อไปนี้ 2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด และ 2.2 สถานะของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ดังรายละเอียดต่อไปนี้

1. วุฒิสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะกระทำการอันเป็นการกระทำทางปกครองได้หรือไม่

วุฒิสภาเป็นหนึ่งในองค์กรทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยวุฒิสภาเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนี้ วุฒิสภายังมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของรัฐบาล และให้ความเห็นชอบในงบประมาณแผ่นดิน รวมทั้งอำนาจหน้าที่อื่นตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติ ดังนั้น โดยหลักแล้ววุฒิสภาจึงเป็นองค์กรทางการเมืองที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ นั่นคือ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้ง) และใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้มีการจัดตั้งวุฒิสภาไว้ในหมวด 7 ส่วนที่ 3 (มาตรา 107-155)

แต่อย่างไรก็ดี แม้วุฒิสภาจะเป็นองค์กรทางการเมืองและใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด อันได้แก่ อำนาจกระทำการทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมาย และอำนาจอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติแต่เป็นอำนาจทางการเมืองในฐานะผู้แทนปวงชน แต่ก็อาจมีกรณีที่วุฒิสภาใช้อำนาจกระทำการในลักษณะที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ทั้งนี้ การใช้อำนาจกระทำการทางปกครองอาจอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็เป็นการกระทำทางปกครองได้เช่นกัน และในกรณีเช่นนี้น่าจะยอม “ถือว่า” วุฒิสภากระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายปกครอง” ดังปรากฏในคำอธิบายของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิชาวุฒิสภา ที่อธิบายว่า “องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอีกด้วย เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ฯลฯ และผลิตผลของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็น “การกระทำทางปกครอง””²

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายปัจจุบัน วุฒิสภาของไทยมีอำนาจเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในกรณีต่าง ๆ ดังนี้

² วรพจน์ วิชาวุฒิสภา, “การกระทำทางปกครอง” ใน “อาจารย์บุชา รวบรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมานูรณ์”, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557, หน้า 146.

(1) การให้ความเห็นชอบแต่งตั้งผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อดำรงตำแหน่ง “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” โดยประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 204 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(2) การให้ความเห็นชอบแต่งตั้ง “ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ” นอกจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามมาตรา 217 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2560

(3) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการการเลือกตั้ง” ตามมาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560

(4) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้งตามมาตรา 238 และมาตรา 241 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และการให้ความเห็นชอบแต่งตั้ง “ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน” ตามมาตรา 241 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

(5) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ” ตามมาตรา 246 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า เกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางกฎหมายของวุฒิสภา นอกจากพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรแล้ว ยังอาจพิจารณาจากเกณฑ์การกระทำอีกด้วย ดังจะได้ศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการจำแนกการกระทำทางกฎหมายของวุฒิสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาศัยเกณฑ์การกระทำ ซึ่งจำแนกเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (1.1) จากนั้น จะได้นำทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น” (La théorie de l'acte detachable) ตามกฎหมายฝรั่งเศสมาศึกษาเทียบเคียงกับการกระทำทางปกครองของวุฒิสภาตามกฎหมายไทย (1.2)

1.1 การกระทำทางกฎหมายประเภทต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ตามกฎหมายฝรั่งเศสมีการจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ รัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ที่เรียกว่าการกระทำของรัฐสภา (Les actes du Parlement)

แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ³ การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes législatifs) และการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes non législatifs) ซึ่งการกระทำประเภทที่สองนี้เรียกว่า การกระทำทางรัฐสภา (Les actes parlementaires) ดังรายละเอียดต่อไปนี้

(1) การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes législatifs)⁴

การกระทำทางนิติบัญญัติเป็นการใช้อำนาจให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายทั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา หรือทั้งสองสภาร่วมกัน ซึ่งเมื่อร่างกฎหมายได้ผ่านความเห็นชอบแล้ว ก็จะมีการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป ส่วนใหญ่แล้วการกระทำทางนิติบัญญัติจะมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Un caractère normatif) อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสก็มิได้บัญญัติให้อำนาจรัฐสภาใช้รูปแบบการตรากฎหมายเพื่ออนุญาตหรือมอบอำนาจให้แก่ฝ่ายบริหารดำเนินการบางเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร รวมถึงการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารไปลงนามให้สัตยาบันแก่สนธิสัญญาบางฉบับ ซึ่งการตราบทบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการกำหนดแผนหรือแสดงเจตจำนงดังกล่าว ในทางเนื้อหาแล้วย่อมไม่มีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย แต่ก็จัดเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติในทางรูปแบบเช่นกัน

ดังนั้น การกระทำทางนิติบัญญัติจึงเป็นการกระทำทางการเมือง กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในการตรากฎหมายที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับทฤษฎีการเมืองการปกครอง โดยเฉพาะทฤษฎีประชาธิปไตยที่ยอมรับว่าการตรากฎหมายเป็นการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นองค์กรทางการเมืองที่ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการทางนิติบัญญัติในนามของประชาชน ซึ่งการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติจะเป็นการควบคุมตรวจสอบทางการเมืองและการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติถึงอำนาจของรัฐสภาในการให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 81 และอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในการตราข้อบังคับการประชุมตามมาตรา 128 รวมถึงการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติใหม่ตามมาตรา 146 และการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมหรือร่างพระราชบัญญัติที่รัฐสภายังมิได้ให้ความเห็นชอบที่ตกไป เนื่องจากอายุของสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงหรือมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 147 อำนาจดังกล่าวข้างต้นของรัฐสภาเป็นการใช้อำนาจในการตรากฎหมายอันเป็นการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติจึงเป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ

³ Note de synthèse, สืบค้นข้อมูลออนไลน์จาก <https://www.senat.fr/lc/lc80/lc800.html#:~:text=Les%20actes%20du%20Parlement%20fran%C3%A7ais,la%20plupart%2C%20un%20caract%C3%A8re%20normatif.>

⁴ เรื่องเดียวกัน

(2) การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes non législatifs)⁵

การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐสภา⁶ (Les actes parlementaires) ไม่ว่าจะเป็นการกระทำโดยรัฐสภา หรือโดยสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา สภาใดสภาหนึ่งเพียงสภาเดียว จะมีลักษณะเป็นการกระทำที่ไม่มีการประกาศใช้เป็นกฎหมาย แต่ก็ยังคงมีลักษณะเป็นการกระทำหรือเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น การลงมติหรือความเห็นของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมการธิการของสภา และการเสนอญัตติต่าง ๆ ในสภา ที่ไม่ใช่การตรากฎหมาย ดังที่ Olivier Renaudie⁷ ได้อธิบายว่า การกระทำทางรัฐสภา (Les actes parlementaires) หมายถึง มาตรการต่าง ๆ ที่รัฐสภาหรือองค์กรภายในของรัฐสภาเป็นผู้ออกหรือจัดทำขึ้น นอกเหนือไปจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

ดังนั้น การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ หรือที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐสภานี้ จึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจหรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ทางการเมืองตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้โดยเฉพาะและไม่มีลักษณะเป็นการตรากฎหมาย จะเห็นว่าทั้งการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ต่างเป็นการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีลักษณะร่วมกันประการหนึ่ง คือ เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองและการใช้อำนาจที่มีเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรการเมืองที่มีจุดยึดโยงกับประชาชน และการกระทำทั้งสองประเภทขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีลักษณะทำนองเดียวกับการกระทำทางรัฐบาลขององค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองเช่นเดียวกัน ข้อพิจารณาประการนี้แสดงให้เห็นความแตกต่างจากการกระทำทางปกครองที่จะไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมือง มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาดังกล่าวข้างต้นใช้เกณฑ์องค์กรประกอบกับเกณฑ์การกระทำ ซึ่งแสดงเป็นตารางได้ดังนี้

เกณฑ์องค์กร	เกณฑ์การกระทำ	การกระทำทางการเมือง/งานนโยบาย
องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ		(1) การกระทำทางนิติบัญญัติ (2) การกระทำทางรัฐสภา (การกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ)
องค์กรฝ่ายบริหาร (รัฐบาล)		การกระทำทางรัฐบาล

⁵ เรื่องเดียวกัน

⁶ นักวิชาการฝรั่งเศสอีกท่านหนึ่ง คือ Olivier Renaudie ได้จำแนกการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ (Les actes du Parlement) ออกเป็น 2 ประเภท คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ (Les actes législatifs) และการกระทำทางรัฐสภา (Les actes parlementaires)

⁷ Olivier Renaudie, Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective, p. 8, สืบค้นข้อมูลออนไลน์จาก <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020/10/10/permmettre-au-parlement-de-saisir-le-juge-administratif-une-mise-en-perspective/>

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้อำนาจองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการทางรัฐสภาไว้หลายประการ ตามมาตรา 156 ดังนี้

- (1) การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามมาตรา 17
- (2) การปฏิญาณตนของผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ต่อรัฐสภาตามมาตรา 19
- (3) การรับทราบการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายระเบียบว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์

พระพุทศักราช 2467 ตามมาตรา 20

- (4) การรับทราบหรือให้ความเห็นชอบในการสืบราชสมบัติตามมาตรา 21
- (5) การให้ความเห็นชอบในการปิดสมัยประชุมตามมาตรา 121
- (6) การเปิดประชุมรัฐสภาตามมาตรา 122
- (7) การเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา 155 และมาตรา 165
- (8) การประชุมรับฟังการแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 162
- (9) การให้ความเห็นชอบในการประกาศสงครามตามมาตรา 177
- (10) การรับฟังคำชี้แจงและการให้ความเห็นชอบหนังสือสัญญาตามมาตรา 178

นอกจากกรณีตามมาตรา 156 แล้ว รัฐธรรมนูญฯ ยังบัญญัติถึงการกระทำทางรัฐสภาขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและสมาชิกองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ดังต่อไปนี้

(1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภามีอำนาจตั้งคณะกรรมการสามัญและคณะกรรมการวิสามัญเพื่อกระทำการพิจารณาข้อเท็จจริงหรือศึกษาเรื่องใด ๆ และรายงานให้สภาทราบ (มาตรา 129)

(2) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรี (มาตรา 150)

(3) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า หรือไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบ แล้วแต่กรณี มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ (มาตรา 151) หรือเพื่อซักถามข้อเท็จจริงหรือเสนอแนะปัญหาต่อคณะรัฐมนตรีโดยไม่มีการลงมติ (มาตรา 152)

(4) สมาชิกวุฒิสภาจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามมีสิทธิเข้าชื่อขอเปิดอภิปรายทั่วไปในวุฒิสภา เพื่อให้คณะรัฐมนตรีแถลงข้อเท็จจริงหรือชี้แจงปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่มีการลงมติ (มาตรา 153)

กล่าวโดยสรุป จะเห็นว่าการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและสมาชิกองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งที่เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมืองที่องค์กรการเมืองใช้อำนาจโดยมีความรับผิดชอบในทางการเมืองต่อประชาชนอันเป็นจุดยึดโยงทางอำนาจในระบอบประชาธิปไตย จึงมีข้อน่าศึกษาพิจารณาต่อไปว่า การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจประการอื่นที่ไม่ใช่

เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองในแง่ที่เป็นอำนาจที่ต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อประชาชน เช่น อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง จะถือเป็นการกระทำประเภทใด และอาศัยหลักกฎหมายประการใดเป็นข้อสนับสนุน ดังจะได้นำเสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้พัฒนาขึ้นเพื่อที่ศาลปกครองจะมีอำนาจรับพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะแตกต่างไปจากเกณฑ์การพิจารณาการกระทำทางปกครองดั้งเดิมในข้อ 1.2 ต่อไป

1.2 การกระทำทางปกครองของวุฒิสภา : พิจารณาจากทฤษฎี “การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น” (La théorie de l’acte détachable)

ข้อความคิดหรือทฤษฎีว่าด้วย “การกระทำ (ทางปกครอง) ที่แยกออกได้” จากการกระทำอื่น เป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีทั่วไปเกี่ยวกับคดีปกครอง (La théorie générale du contentieux administratif) ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสพัฒนาและนำมาใช้เพื่อแบ่งแยกการกระทำทางกฎหมาย (Des actes juridiques)⁸ เพื่อที่ศาลจะได้ทราบถึงประเภทของคดีปกครองว่าเป็นการฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หรือเป็นการฟ้องร้องเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง รวมทั้งเพื่อที่ศาลจะใช้พิจารณาเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาการกระทำที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่น ใช้แยกการกระทำทางปกครองในชั้นเตรียมการเลือกตั้งออกได้จากการออกเสียงเลือกตั้ง หรือแยกการกระทำทางปกครองออกจากการกระทำทางรัฐบาล รวมถึงแยกการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติออกจากการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำทางการเมืองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ด้วยเหตุดังกล่าว การกระทำทางกฎหมายอันเป็นวัตถุแห่งการฟ้องโต้แย้งจึงเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการพิจารณาถึงอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกระทำนั้น ๆ จึงสมควรศึกษาถึงการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้พัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น โดยในหัวข้อ (1) ศึกษาแนวคิดดั้งเดิมที่ศาลปกครองจำกัดอำนาจไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำประเภทใด จากนั้น ในหัวข้อ (2) ศึกษาถึงการที่ศาลนำหลักการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นของรัฐมาใช้พิจารณา เพื่อที่ศาลปกครองจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ การที่ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองดังกล่าว ถือเป็นการกิจของศาลปกครองตามหลักนิติรัฐ

⁸ H. Charles, « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français (Contribution à une théorie de l’opération administrative). In : Revue internationale de droit comparé. Vol. 20 N°4, Octobre-décembre 1968. pp. 771-775; สืบค้นข้อมูลออนไลน์จาก https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1968_num_20_4_17257



(1) แนวคิดดั้งเดิมที่ศาลปกครองจำกัดอำนาจไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำทางกฎหมายขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำประเภทใด

ในประเทศฝรั่งเศสแต่เดิม ประเด็นเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำทางนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือ การตรวจสอบกฎหมายและร่างกฎหมาย เป็นที่ชัดเจนว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากการใช้อำนาจทางการเมืองที่เป็นเจตจำนงของประชาชน จึงมีเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม มีประเด็นพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการรับพิจารณาพิพากษาคดีที่ฟ้องโต้แย้งการกระทำทางรัฐสภาขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ โดยนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1872 ศาลปกครองฝรั่งเศสสงวนอำนาจในการที่จะไม่รับพิจารณาพิพากษการกระทำทางรัฐสภา (การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ) ดังตัวอย่างเช่น

- ศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะรับพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งคณะกรรมการรัฐสภาเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนระดับตำแหน่งของเจ้าหน้าที่รัฐสภา เนื่องจากการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ
- ศาลปกครองไม่รับพิจารณาคดีฟ้องเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งของรัฐสภาหรือขององค์การภายในรัฐสภา เช่น กฎระเบียบหรือข้อบังคับที่ว่าด้วยการถ่ายทอดการประชุมสภาและการแถลงข่าว เนื่องจากการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ
- ศาลปกครองไม่ตรวจสอบคำสั่งของประธานสภาเกี่ยวกับเงินบำเหน็จบำนาญของอดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสมาชิก รวมทั้งคำสั่งปฏิเสธไม่จ่ายเงินช่วยเหลือกรณีตกงานแก่อดีตสมาชิกรัฐสภา ซึ่งเป็นคดีพิพาทที่ฟ้องขอให้ศาลปกครองมีคำสั่งให้จ่ายเงินหรือชดใช้ค่าเสียหายโดยศาลปกครองฝรั่งเศสวินิจฉัยว่า “ระบบเงินบำเหน็จบำนาญของอดีตสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นส่วนหนึ่งของสถานะของสมาชิกรัฐสภา ซึ่งกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยเฉพาะเกี่ยวกับระบบบำเหน็จบำนาญเป็นผลมาจากหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาและเป็นสถานะที่ยึดโยงกับการใช้อำนาจอธิปไตยของชาติโดยสมาชิกรัฐสภา”⁹ ดังนั้น การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฟ้องคดีต่อศาลปกครองโต้แย้งกฎหมายหรือระเบียบนี้ ศาลปกครองจึงไม่รับคำฟ้อง

เหตุผลที่ในระยะแรกศาลปกครองฝรั่งเศสจำกัดอำนาจไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐสภา เนื่องจาก**ประการแรก** เหตุผลจากหลักการหรือทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่เรียกร้องความเป็นอิสระในการใช้อำนาจของรัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีจุดยึดโยงกับประชาชน ซึ่งส่งผลให้รัฐสภามีความเป็นอิสระและมีอำนาจปกครองตนเองด้านการเงินและหน่วยธุรการ โดยมีการบริหารจัดการงบประมาณของตนเองและมีข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ดังนั้น การกระทำที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบริหารจัดการงบประมาณและการบริหารจัดการข้าราชการฝ่ายรัฐสภาจึงไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง นั่นคือ มีความคุ้มกันที่จะไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครอง **เหตุผลประการที่สอง** ศาลปกครอง

⁹ Olivier Renaudie, เรื่องเดียวกัน

ฝรั่งเศสจำกัดอำนาจในการที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยเหตุว่าการกระทำนั้นไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง โดยพิจารณาจาก “เกณฑ์องค์กร” ที่เป็นผู้ใช้อำนาจ (Un critère organique) ซึ่งเกณฑ์องค์กรนี้เป็นเกณฑ์ที่นำมาใช้แยกระหว่าง “การกระทำทางรัฐบาล” กับ “การกระทำทางรัฐสภา” เช่นกัน โดยการกระทำทั้งสองประเภทนี้หากพิจารณาด้วยเกณฑ์เนื้อหาหรือเกณฑ์การกระทำแล้ว จะเห็นว่าไม่มีลักษณะเป็นการกระทำลักษณะเดียวกัน นั่นคือ เป็นการกระทำทางการเมืองของรัฐ แต่หากพิจารณาในแง่องค์กร การกระทำทางรัฐบาลจะเป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหาร (รัฐบาลและฝ่ายปกครอง) แต่เนื่องจากการกระทำของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติที่เรียกว่า การกระทำทางรัฐบาล จึงไม่เป็นการกระทำทางปกครองและไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง ส่วนการกระทำทางรัฐสภาเป็นการกระทำในลักษณะเดียวกันกับการกระทำทางรัฐบาล แต่กระทำโดยองค์กรที่เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย (รัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา) ไม่ใช่กระทำโดยองค์กรฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครอง ดังนั้นจึงเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน¹⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้นเป็นข้อสงวนดั้งเดิมของศาลปกครองฝรั่งเศสที่ยึดถือมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันต้นศตวรรษที่ 21 ศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวโน้มและท่าทีที่ผ่อนคลายนข้อสงวนในการจำกัดอำนาจที่ไม่ก้าวล่วงไปพิจารณาการกระทำทางรัฐสภา ด้วยเหตุผลดังจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ (2)

(2) การนำหลักการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นของรัฐมาใช้พิจารณา เพื่อที่ศาลปกครองจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ในปัจจุบันทั้งแวดวงวิชาการและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสต่างเห็นว่าข้อสงวนจำกัดอำนาจของศาลปกครองโดยสิ้นเชิงในการไม่พิจารณาการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งที่เป็นการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภา ดังที่กล่าวแล้วในหัวข้อ (1) ถือว่าเป็นข้อสงวนจำกัดอำนาจที่ทันสมัย ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ

ประการแรก เหตุผลเกี่ยวกับพัฒนาการของแนวความคิดตามทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่เปลี่ยนไปจากอดีต โดยที่แนวคิดว่าการแบ่งแยกอำนาจกำเนิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 ด้าน รวมศูนย์อยู่ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐเพียงองค์กรเดียว ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งหลักการแบ่งแยกอำนาจนี้พิจารณาที่มาจากมาตรา 16 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1789 ที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ โดยมีมุมมองในเชิงรูปแบบที่พิจารณาจากองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันมีการพิจารณามุมมองเชิงเนื้อหาหรือสาระของหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยเห็นว่า

¹⁰ เรื่องเดียวกัน



องค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยปัจจุบันมีหน้าที่หรือมีการใช้อำนาจในเชิงปฏิสัมพันธ์หลากหลายด้าน และแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสในปัจจุบันจะพิจารณาหลักแบ่งแยกอำนาจที่ “การใช้อำนาจ” (Les pouvoirs) ไม่น้อยไปกว่าการพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรที่รัฐธรรมนูญสร้างขึ้น ด้วยเหตุนี้ แนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มกันแก่การกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา โดยอ้างเหตุผลจากทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ ถือเป็นข้อความคิดทางกฎหมายที่ล้าสมัยและเป็นสิ่งที่ใช้ได้ในการบริบทที่เกิดขึ้นในประวัติศาสตร์เท่านั้น เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสปัจจุบันบริบทความสัมพันธ์ระหว่างศาลปกครองกับรัฐสภาของฝรั่งเศสมีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสปัจจุบันไม่เหมือนกับอำนาจรัฐในยุครัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 3 (ค.ศ. 1870 - ค.ศ. 1940) ดังจะเห็นได้จากในปัจจุบันคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้รับการเพิ่มอำนาจหน้าที่อันเป็นผลจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008 ที่เพิ่มระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังจากที่กฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว (La question prioritaire de constitutionnalité - QPC) โดยระบบ QPC ทำให้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไป แสดงให้เห็นชัดเจนยิ่งขึ้นถึงการที่การกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีความคุ้มกันที่จะไม่ถูกตรวจสอบ แม้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนในการแสดงออกซึ่งเจตจำนงของประชาชนผ่านการตรากฎหมายก็ตาม

ประการที่สอง เหตุผลที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสที่พิจารณาวินิจฉัยทางออกเพื่อคุ้มครองหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อันเป็นการสร้างความเข้มแข็งให้กับหลักนิติรัฐ จึงเป็นที่มาของทฤษฎีการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น ศาลปกครองฝรั่งเศสในปัจจุบันมีแนวโน้มและท่าทีเปลี่ยนแปลงอย่างมาก นอกจากความเกี่ยวพันในเชิงองค์กรที่ศาลปกครองสูงสุดและรัฐสภาฝรั่งเศสไม่ได้แยกกันทำหน้าที่โดยเด็ดขาดอีกต่อไป โดยการที่สมาชิกสภาแห่งรัฐซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุดอีกฐานะหนึ่งด้วยได้เข้าร่วมเป็นที่ปรึกษากฎหมายของรัฐสภาแล้ว ยังมีแนวโน้มของการปรับเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำบางประเภทขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติอีกด้วย¹¹ ดังตัวอย่างคดีสำคัญตั้งแต่ปี ค.ศ. 1962 ที่แสดงให้เห็นถึงท่าทีของศาลปกครองในการที่ไม่เพิกเฉยต่อการกระทำบางประเภทขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ คำพิพากษาคดี Canal ซึ่งสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสรับพิจารณาพิพากษารัฐธรรมนูญของประธานาธิบดีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ผ่านการลงประชามติของประชาชนเกี่ยวกับการยุติสงครามในอัลจีเรีย กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจประธานาธิบดีดำเนินการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่สืบเนื่องมาจากการทำข้อตกลงระหว่างประเทศ¹² หรือกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดยอมรับที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของรัฐธรรมนูญที่ออกโดยนายกรัฐมนตรี

¹¹ เรื่องเดียวกัน

¹² เรื่องเดียวกัน

ซึ่งเป็นกรณีที่นายกรัฐมนตรีได้รับมอบอำนาจชั่วคราวมาจากรัฐสภา โดยศาลไม่ถือเป็น “การกระทำทางนิติบัญญัติ” และไม่เป็น “การกระทำทางรัฐบาล” กรณีเช่นนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสจะตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าว อยู่ในขอบอำนาจตามภารกิจแท้จริงหรือไม่ และตรวจสอบว่ามีการบิดเบือนการใช้อำนาจหรือไม่ แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองฝรั่งเศสยังคงสงวนอำนาจที่จะไม่พิจารณาคดีที่ฟ้องโต้แย้งการกระทำที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการใช้อำนาจในสถานะของสมาชิกองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสยังรับที่จะควบคุม ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Le contrôle conventionnalité des lois) นับตั้งแต่คำพิพากษาคดีนิโกโล (L’arrêt Nicolo) เมื่อปี ค.ศ. 1989 เป็นต้นมา และรับตรวจสอบกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ รวมทั้งรับพิจารณา ความรับผิดชอบของรัฐในการตรากฎหมายที่ขัดต่อข้อตกลงระหว่างประเทศ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อเสนอจำกัดอำนาจของศาลปกครอง ในอดีตที่เกี่ยวกับรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาเริ่มเปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับ แนวคำพิพากษาในปัจจุบันที่เป็นแนวคำพิพากษาส่งทางออกหรือแก้ปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับการกระทำ ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำอื่น ที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ โดยศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาคดีที่ฟ้องโต้แย้งการกระทำบางประเภท ขององค์กรรัฐสภา ดังตัวอย่างต่อไปนี้

- 1) ศาลปกครองฝรั่งเศสรับพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งองค์กรภายในของรัฐสภา ที่ปฏิเสธการแต่งตั้งพนักงานฝึกหัด ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการบริหารบุคลากรของรัฐสภา
- 2) ศาลปกครองฝรั่งเศสมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ออกโดย รัฐสภา (La légalité des règlements des assemblées parlementaires) ด้วยการที่คู่กรณียกเหตุแห่ง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ศาลต้องนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เพื่อให้ศาลตรวจสอบ ความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าว หากมีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็ไม่อาจนำกฎนั้น มาใช้บังคับแก่คดีนั้น (par voie de l’exception)
- 3) สัญญาพัสดุและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างซึ่งเป็นงานโยธาสาธารณะและเป็น สัญญาทางปกครอง ศาลปกครองจึงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคำสั่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของ รัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา

จากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส แสดงให้เห็นการปรากฏขึ้น อย่างก้าวหน้าของ “กฎหมายปกครองของรัฐสภา” (Le droit administratif des assemblées parlementaire) ที่มีแนวโน้มอย่างมากในการที่ศาลปกครองจะขยายไปสู่การควบคุมการกระทำ (ทางปกครอง) ขององค์กร ฝ่ายนิติบัญญัติ (Les actes édictés par les organes parlementaires)

นอกจากนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำทฤษฎีการกระทำที่อาจแบ่งแยกออกได้ จากการกระทำอื่น (La théorie de l’acte détachable) มาใช้ ด้วยวัตถุประสงค์ที่จะลดความคุ้มกันของ รัฐสภาจากการไม่ถูกฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครอง และยืนยันการคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพ



แก่ปัจเจกชน โดยระยะแรกศาลปกครองฝรั่งเศสปรับใช้ทฤษฎีนี้เพื่อแยกการกระทำทางปกครองจากการกระทำทางรัฐบาล (Les actes de gouvernement) โดยศาลยอมรับพิจารณามาตรการขององค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครองที่อาจแบ่งแยกออกได้จากการกระทำที่เป็นความสัมพันธ์ทางการทูต เช่น รัฐกฤษฎีกาหรือคำสั่งว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน คำสั่งไม่รับคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนของรัฐต่างประเทศ หรือกรณีคำสั่งเกี่ยวกับการทำลายเรือที่ถูกทิ้งร้างในทะเลหลวงโดยกองทัพเรือ¹³

ในเวลาต่อมา ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ปรับใช้ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา (Théorie aux rapports entre le Gouvernement et le Parlement) และรับพิจารณาพิพากษาคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งให้สมาชิกรัฐสภาไปปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว โดยศาลเห็นว่าคำสั่งเช่นนี้แยกออกได้จากเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และศาลปกครองฝรั่งเศสขยายการปรับใช้ทฤษฎีนี้ไปเพื่อควบคุมการกระทำขององค์กรรัฐสภาที่แยกออกได้จากการดำเนินกิจการในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁴

เหตุผลที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่ศาลปกครองฝรั่งเศสรับที่จะเข้ามาตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ก็ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดี ซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญภายใต้แนวคำพิพากษาของศาลแห่งสหภาพยุโรปและศาลภายในประเทศ โดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปยืนยันหลักการตามมาตรา 13 ของอนุสัญญายุโรป ที่รับรองสิทธิการฟ้องคดีเพื่อเยียวยาความเสียหาย นอกจากนี้ หลักการตรวจสอบโดยศาลเป็นหลักการทั่วไปทางกฎหมายที่มีพื้นฐานมาจากประเพณีทางรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกสหภาพยุโรป ส่วนคำพิพากษาของศาลภายในประเทศฝรั่งเศสได้วางหลักว่า สิทธิในการฟ้องคดีเป็นหลักการที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับการยอมรับทั้งโดยศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ซึ่งเหตุผลเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคดีนี้เป็นหลักสากลที่ได้รับการยอมรับในประเทศที่ยึดหลักนิติรัฐในการปกครอง

กล่าวโดยสรุป แม้ในปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสยังต้องการที่จะรักษาระยะห่างกับรัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา แต่ขณะเดียวกัน ศาลก็เห็นว่าข้อสงวนจำกัดอำนาจของศาลปกครองที่เป็นประเพณีดั้งเดิมเป็นสิ่งที่ทันสมัยในบริบทดินนโยบายของยุคสมัยปัจจุบัน (Politico-juridique contemporain) แสดงออกผ่านการตีความทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่พัฒนาไปมากจนไม่อาจใช้อ้างเพื่อแสดงเอกสิทธิ์และความคุ้มกันให้แก่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้โดยสิ้นเชิงอีกต่อไป อีกทั้งปัจจุบันมีแนวคิดว่าอาจมีความจำเป็นต้องกำหนดให้สมาชิกรัฐสภาเป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่น กรณีที่รัฐบาลออกรัฐกฤษฎีกาบังคับการตามรัฐบัญญัติล่าช้า และจำเป็นต้องสร้างประเภทคดีเฉพาะสำหรับสมาชิกรัฐสภาให้เป็นผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เพื่อที่จะปกป้องประโยชน์ส่วนรวมของรัฐสภา เช่น สมาชิกรัฐสภาควรมีสิทธิฟ้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธของนายกรัฐมนตรีในการที่จะออกมาตรการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล เป็นต้น

¹³ เรื่องเดียวกัน

¹⁴ เรื่องเดียวกัน

จากที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นถึงการนำหลักการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นของรัฐมาใช้พิจารณา เพื่อที่ศาลปกครองจะสามารถเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะได้ศึกษาวิเคราะห์อำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการกระทำทางปกครองของวุฒิสภาใน ส่วนที่ 2 ต่อไป

2. ศาลปกครองจะตรวจสอบการกระทำทางปกครองของวุฒิสภาได้หรือไม่ : วิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองในคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่)

จากบทความส่วนหนึ่งที่หนึ่งซึ่งได้ศึกษาตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่มีข้อความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองว่า ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการกระทำทางปกครอง ซึ่งโดยหลักแล้วก็เป็นการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครอง ศาลปกครองไม่มีอำนาจตรวจสอบบรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรที่ใช้อำนาจทางการเมืองซึ่งมีเอกสิทธิ์ตามรัฐธรรมนูญ โดยศาลปกครองฝรั่งเศสยอมรับและยึดถือปฏิบัติตามข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจศาลเช่นว่านี้ตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 แต่อย่างไรก็ดี ปัจจุบันศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวโน้มและท่าทีเปลี่ยนแปลงไปจากหลักปฏิบัติที่ยึดถือแต่ดั้งเดิม และข้อสงวนอำนาจของศาลปกครองที่จะไม่เข้าไปตรวจสอบการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติโดยสิ้นเชิงถือเป็นข้อสงวนอำนาจที่ทันสมัย

จากแนวโน้มของการที่ศาลปกครองฝรั่งเศสเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นการกระทำที่แยกออกได้จากการกระทำทางนิติบัญญัติขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว จึงสมควรศึกษาทิศทางของศาลปกครองไทย โดยวิเคราะห์คำพิพากษาของศาลปกครองตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ซึ่งเป็นกรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามรายชื่อตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับการเลื่อนหรือรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกที่ ก.ศป. พิจารณาเลื่อนและคัดเลือก และนายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อ “ขอความเห็นชอบ” ตามมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

โดยคดีนี้มีสาระสำคัญ คือ ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด 2 ครั้ง ในปี พ.ศ. 2562 และปี พ.ศ. 2563 ซึ่งคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) มีมติให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้ง 2 ครั้ง แต่เมื่อสำนักงานศาลปกครองเสนอชื่อผู้ฟ้องคดีให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเสนอขอความเห็นชอบต่อวุฒิสภามาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 วุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดี) ได้ลงมติโดยเสียงข้างมากไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่ให้หลักประกันความเป็นอิสระของคณะตุลาการศาลปกครองในการบริหารงานบุคคล



ของตุลาการศาลปกครอง จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการใช้อำนาจของวุฒิสภาในคดีนี้ เป็นกรณีที่มาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติให้วุฒิสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ไม่ใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งไม่ใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จึงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติ ดังกล่าว และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ศาลสามารถออกคำสั่งได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ผู้ฟ้องคดีจึงน่าจะมีความพึงพอใจศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และขอให้ศาลปกครองส่งประเด็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของบทบัญญัติมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

คดีนี้ในส่วนประเด็นเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่ง ไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำฟ้องโต้แย้งมติของผู้ถูกฟ้องคดี ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่ใช่คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งเมื่อ ผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาและมีคำสั่งยืนตามคำสั่ง ของศาลปกครองชั้นต้น โดยเห็นว่า “แม้ว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครองฯ จะมีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กร ฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติ ของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดี จึงมีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่นที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่ การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาท ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง”

โดยคำสั่งคำร้องคดีนี้มีความเห็นแย้งของตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็น ตุลาการเสียงข้างน้อยของที่ประชุม สรุปได้ว่า การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้ เป็นการใช้อำนาจ ที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด แม้โดยสภาพ ผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจอื่นตามกฎหมาย แต่การใช้อำนาจคัดเลือก ตุลาการศาลปกครองสูงสุดมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

และในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด มิได้ถูกคัดเลือกและแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่เป็นการคัดเลือกและแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งในชั้นร่างกฎหมายฉบับนี้สภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าควรกำหนดนิยาม “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ให้อย่างกว้าง ๆ ให้ครอบคลุมถึงบุคคลประเภทต่าง ๆ ที่เป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อประชาชน ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการ ศาลปกครองสูงสุดมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจ พิจารณาของศาลปกครอง

จากข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าศาลปกครองชั้นต้น มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์องค์กร เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีเป็นองค์กร ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยจำแนกประเภทของการกระทำทางกฎหมายของวุฒิสภา และเห็นว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะที่มีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่น ที่มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นหรือไม่เป็นการกระทำทางปกครอง หากแต่วินิจฉัยย้ำในเกณฑ์องค์กรว่า มิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ผู้เขียนจึงเห็นว่า มีประเด็นที่ควรศึกษาวิเคราะห์ทางวิชาการว่าการกระทำ หรือการใช้อำนาจของวุฒิสภาที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่ามิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ แต่เป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ นั้น จะพิจารณาว่า เป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติของวุฒิสภา ได้หรือไม่ ก่อนที่จะพิจารณาสถานะทางกฎหมายในเชิงองค์กรของวุฒิสภา และหากเป็นการกระทำ ทางปกครองแล้ว ศาลปกครองจะตรวจสอบการกระทำทางปกครองดังกล่าวของวุฒิสภาได้หรือไม่ โดยมีประเด็นศึกษาเกี่ยวกับลักษณะทางกฎหมายของการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการพิจารณา ให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอาจพิจารณาว่า เป็นเกณฑ์การกระทำ (2.1) และสถานะของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งเป็นเกณฑ์พิจารณาในทางองค์กร (2.2) ดังรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 ลักษณะทางกฎหมายของการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบ ให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

สำหรับหัวข้อนี้ จะได้ศึกษาว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบ ให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การให้ความเห็นชอบ ให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่เป็นคดีพิพาทที่นำมาศึกษานี้เป็นการใช้อำนาจ



ทางปกครองหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาที่เนื้อหาหรือลักษณะของการกระทำทางกฎหมายว่ามีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภา (การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ) ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของวุฒิสภาหรือไม่

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากจะบัญญัติให้วุฒิสภามีหน้าที่และอำนาจสำคัญในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ การพิจารณาและกลั่นกรองกฎหมาย และให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่าย รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและผลผลิตของการกระทำที่เรียกว่าการกระทำทางนิติบัญญัติแล้ว วุฒิสภายังมีอำนาจหน้าที่อื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (หรือที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐสภา) ได้แก่ อำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปรายทั่วไป การตั้งกรรมาธิการ และรวมถึงอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ซึ่งอำนาจหน้าที่ประการหลังนี้อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ตามลักษณะของการใช้อำนาจ ซึ่งอาจพิจารณาประกอบกับที่มาของกฎหมายที่ให้อำนาจ ดังนี้

(1) อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มีกำหนดไว้ดังนี้

1) การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ได้รับคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อดำรงตำแหน่ง “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” โดยประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 204 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

2) การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง “ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระนอกจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ” โดยประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามมาตรา 217 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2560

3) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการการเลือกตั้ง” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560

4) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” เพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้แต่งตั้งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 238 และมาตรา 241 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และให้ความเห็นชอบแต่งตั้ง “ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน” ตามมาตรา 241 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

5) การให้คำแนะนำในการแต่งตั้ง “คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ” ตามมาตรา 246 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกอบกับมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560

สำหรับการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรสำคัญตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรอิสระโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญนี้ มีข้อพิจารณาว่ามีที่มาจากแนวความคิดการปฏิรูปการเมืองตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและองค์กรของรัฐ (ฝ่ายปกครอง) ที่เป็นอิสระ เพื่อใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองให้โปร่งใสและมีประสิทธิภาพ โดยให้องค์กรดังกล่าวมีความเชื่อมโยงกับประชาชนผ่านวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยอ้อมของประชาชน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันปี 2560 ยังคงบัญญัติรับรองหลักการและอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐดังกล่าวไว้ หากแต่ที่มาของวุฒิสภามาจากการแต่งตั้งจากหลักการตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนเห็นได้ว่า หน้าที่และอำนาจของวุฒิสภาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระดังกล่าว อาจพิจารณาได้ว่ามีลักษณะเป็นหน้าที่และอำนาจที่เป็นการกระทำทางการเมือง (การปฏิรูปการเมือง)¹⁵ หรือเกี่ยวพันกับการเมืองที่ต้องอ้างอิงอำนาจของประชาชนในฐานะผู้ทรงอำนาจอธิปไตย แต่ไม่ใช่อำนาจในการตรากฎหมายที่เป็นอำนาจกระทำทางนิติบัญญัติ กล่าวคือ เป็นการที่วุฒิสภาใช้อำนาจกระทำทางกฎหมาย ที่เรียกว่า การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (L'acte non législatif) หรือเรียกว่า การกระทำทางรัฐสภา ซึ่งอำนาจที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้ย่อมไม่อยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง เนื่องจากโดยลักษณะของการกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะดังกล่าวไม่ใช่การกระทำทางปกครอง ซึ่งหลักการเกี่ยวกับการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ปรากฏอย่างชัดเจนตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้วินิจฉัยวางหลักเกี่ยวกับการใช้อำนาจของวุฒิสภาว่ามีการกระทำ 2 ประเภท คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยตอนหนึ่งว่า “แม้ว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดี ... จะมีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการก็ตาม ... แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ... จึงมีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ... แต่มีใช้การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง”

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้น ดังนี้ **ประการแรก** ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติออกเป็น 2 ประเภทอย่างชัดเจน คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ

¹⁵ โปรดดู เจริญพรที่ 2



ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในทางวิชาการของฝรั่งเศสเกี่ยวกับการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือการกระทำของรัฐสภา ดังที่ได้ศึกษาแล้วในส่วนที่หนึ่งของบทความนี้ **ประการที่สอง** ที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าการกระทำทางนิติบัญญัติเป็นการกระทำที่ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ นั้น ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า การกระทำทางนิติบัญญัติ ได้แก่ การตรากฎหมาย อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ กล่าวคือ อาจถูกตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีของการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ทั้งการตรวจสอบร่างกฎหมายและการตรวจสอบบทบัญญัติกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้ว และอาจถูกตรวจสอบโดยศาลยุติธรรมในฐานะศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไปสำหรับการตรวจสอบว่ากฎหมายขัดต่อข้อตกลงระหว่างประเทศหรือไม่ **ประการที่สาม** การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (ผู้เขียนเห็นว่า) ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้วินิจฉัยชัดเจนว่าไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการ แต่ศาลเห็นว่าเนื่องจากกรณีพิพาทนี้ไม่ใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง จึงไม่ใช่คดีพิพาททางปกครองที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณา สำหรับข้อสังเกตประการที่สามนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นท่าทีและแนวโน้มของศาลปกครองไทยที่พยายามจำแนกประเภทและความแตกต่างของการกระทำประเภทต่าง ๆ ขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และไม่ได้ปฏิเสธโดยสิ้นเชิงที่จะไม่รับพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ หากคดีพิพาทนั้นเข้าลักษณะเป็นคดีพิพาททางปกครองแต่อย่างใดก็ดี คดีนี้ศาลปกครองทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดต่างใช้เกณฑ์องค์กร คือการเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นหลักในการพิจารณาว่าเป็นข้อพิพาททางปกครองหรือไม่ และจากข้อสังเกตประการที่สามนี้ สมควรที่จะศึกษาต่อไปว่าการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัตินี้ได้แก่การกระทำใดบ้าง และจะมีการกระทำทางปกครอง (งานประจำตามกฎหมาย) ที่แยกออกได้จากการกระทำทางการเมือง (งานนโยบาย/ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ/งานการเมืองที่ยึดโยงกับอำนาจอธิปไตยของประชาชน) หรือไม่ ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อต่อไป

(2) อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐ โดยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ มีกำหนดไว้หลายกรณี ซึ่งมีข้อพิจารณาว่าเป็นการกระทำที่มีลักษณะทางกฎหมายแตกต่างกันหรือไม่ และมีลักษณะเป็นการกระทำทางกฎหมายประเภทใด ดังตัวอย่างที่สำคัญต่อไปนี้

1) การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง “ประธานศาลปกครองสูงสุด” ตามที่ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือก และ “ตุลาการศาลปกครองสูงสุด” ตามรายชื่อตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับการเลื่อนหรือรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกที่ ก.ศป. พิจารณาเลื่อนและคัดเลือก และนายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อ “ขอความเห็นชอบ” ตามมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

2) การพิจารณาและมีมติเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการ กสทช. ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมฯ ซึ่งกรณีนี้เคยมีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 668/2549 วินิจฉัยว่า “การที่วุฒิสภา

และประธานวุฒิสภาใช้อำนาจคัดเลือก กสทช. ตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 มิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจาก กสทช. มีข้อองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ วุฒิสภาและประธานวุฒิสภาจึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ...”

3) ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา หลังจากผ่านความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแล้วตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522

4) ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

จากกรณีการใช้อำนาจของวุฒิสภาโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติทั้ง 4 กรณีดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพื่อพิจารณาและแยกความแตกต่างของลักษณะการกระทำ (การใช้อำนาจ) ของวุฒิสภาออกเป็น 3 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ได้แก่ การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและเลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นส่วนราชการในสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรีที่อยู่ในบังคับบัญชาขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเป็นส่วนราชการที่ไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง อยู่ในบังคับบัญชาขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 ส่วนราชการทั้งสองแห่งจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ การที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลเป็นเลขาธิการซึ่งเป็นผู้บริหารระดับสูงของหน่วยงานทางปกครองเป็นกระบวนการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของหน่วยงานของรัฐในขั้นตอนการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐระดับสูง มีลักษณะเป็นงานประจำตามกฎหมาย จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการใช้อำนาจของวุฒิสภาที่มีลักษณะเป็นอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจที่เกี่ยวพันกับการกิจการทางการเมือง ที่เรียกว่าการกระทำทางรัฐสภาหรือการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ

ประเภทที่สอง การพิจารณาและมีมติเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการในองค์กรอิสระที่ใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การพิจารณาและมีมติเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการ กสทช. ซึ่งสถานะทางกฎหมายของ กสทช. เป็นองค์กรอิสระที่รัฐธรรมนูญกำหนดหลักการให้มีการจัดตั้งขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรับผิดชอบและกำกับการดำเนินการเกี่ยวกับคลื่นความถี่ตามมาตรา 60 วรรคสาม



ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดย กสทช. จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 (มาตรา 6 - มาตรา 18) จากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาและเสนอรายชื่อให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบแต่งตั้ง ซึ่งมาตรา 15 วรรคท้าย ของพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติเกี่ยวกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการสรรหากรรมการ โดยที่การใช้อำนาจของวุฒิสภาเป็นขั้นตอนหนึ่งของการแต่งตั้งบุคคลเป็นกรรมการ กสทช. ภายหลังจากคณะกรรมการสรรหาได้เสนอรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้รับเลือก ดังนั้น การใช้อำนาจของวุฒิสภากรณีนี้จึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองในการเลือกและแต่งตั้งบุคคลเพื่อใช้อำนาจทางปกครอง มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการใช้อำนาจของวุฒิสภาที่มีลักษณะเป็นอำนาจทางการเมืองหรืออำนาจที่เกี่ยวข้องกับการบริหารหรือพันธกิจทางการเมือง ซึ่งเป็นการกระทำทางรัฐสภาหรือการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติเช่นเดียวกัน

ประเภทที่สาม การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง “ประธานศาลปกครองสูงสุด” ตามที่ ก.ศป. พิจารณาคัดเลือก และการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้ง “ตุลาการศาลปกครองสูงสุด” ตามรายชื่อตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นที่ได้รับการเลื่อนหรือรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกที่ ก.ศป. พิจารณาเลื่อนและคัดเลือก โดยนายกรัฐมนตรีจะนำรายชื่อดังกล่าวเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อ “ขอความเห็นชอบ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ มีข้อสังเกตดังนี้

- กรณีนี้เป็นการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตุลาการ ไม่ใช่หน่วยงานทางปกครองหรือองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง หากแต่เป็นส่วนหนึ่งของการบริหารงานบุคลากรขององค์กรตุลาการที่มีหลักประกันความเป็นอิสระไว้ในรัฐธรรมนูญ ปรากฏตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

- เดิม ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และฉบับปี 2550 กรณีการแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์และผู้ทรงคุณวุฒิในการบริหารราชการแผ่นดิน ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาก่อน บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 277 วรรคสอง และมาตรา 224 ตามลำดับ ส่วนการให้ความเห็นชอบเพื่อแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดบัญญัติไว้ในมาตรา 278 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และมาตรา 225 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 ในขณะที่ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันปี 2560 ได้ตัดเนื้อหารายละเอียดขั้นตอนการคัดเลือกและแต่งตั้งออกทั้งหมดโดยบัญญัติไว้เพียง “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 198 ด้วยเหตุนี้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2560 เพิ่มเติมมาตรา 15/1 เพื่อบัญญัติขั้นตอนดังกล่าว

ดังนั้น หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และฉบับปี 2550 การใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการศาลปกครองสูงสุด อาจทำให้มีการพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง

(การสร้างกลไกของระบบตรวจสอบตามแนวคิดปฏิรูปการเมืองและมีความยึดโยงกับอำนาจของประชาชน ผ่านวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยอ้อม) ที่เป็นการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (L'acte non législatif) เช่นเดียวกับกรณีการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและตำแหน่งอื่นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ที่กล่าวแล้วในข้อ (1) แต่อย่างไรก็ดี การให้ความเห็นชอบแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดก็มีหลักคิดในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับการใช้อำนาจทางการเมืองที่แตกต่างจากการให้ความเห็นชอบแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ดังจะได้กล่าวต่อไปในข้อสังเกตเปรียบเทียบระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ

- สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และขั้นตอนการให้ความเห็นชอบ โดยบัญญัติขั้นตอนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ซึ่งหากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การดำเนินงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองมีความเป็นอิสระและดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามที่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ จึงควรพิจารณาตีความในทางที่ว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวนี้ ไม่เป็นการใช้อำนาจทางการเมืองตามรัฐธรรมนูญ หากแต่เป็นการใช้อำนาจกระทำการในทางปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำทางนิติบัญญัติและการกระทำทางรัฐสภา (การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ) เช่นเดียวกับกรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการของศาลยุติธรรม ที่โดยหลักแล้วมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง แต่มาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ บัญญัติยกเว้นไว้ว่าไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

- นอกจากนี้ มีข้อสังเกตเปรียบเทียบระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ดังนี้

ก. ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 196 ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการฯ ได้บัญญัติให้การบริหารงานบุคคลเกี่ยวกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมมีความเป็นอิสระและดำเนินการโดยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเท่านั้น และตัดอำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบในการคัดเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) ออกไป (ซึ่งทำให้มีข้อโต้แย้งได้ว่าระบบบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเป็นระบบปิดที่ไม่อาจถูกตรวจสอบได้)

ข. หากพิจารณาเปรียบเทียบกันระหว่างศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลปกครองอยู่ในหมวด 10 ว่าด้วย “ศาล” เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม ขณะที่ศาลรัฐธรรมนูญบัญญัติแยกเป็นหมวด 11 ว่าด้วย “ศาลรัฐธรรมนูญ” และโดยที่



ศาลรัฐธรรมนูญใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการทางการเมือง ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็น “คดีเกี่ยวกับการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญ” จึงจำเป็นต้องมีความยึดโยงกับอำนาจทางการเมือง ที่มีที่มาจากประชาชน เพื่อสร้าง “ความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” ในขณะที่ศาลปกครองมีอำนาจหน้าที่ ในการควบคุมตรวจสอบ “การกระทำทางปกครอง” เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่นเดียวกับ ศาลยุติธรรมที่ตรวจสอบ “การกระทำความผิดอาญา” เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ศาลปกครองไม่ได้ใช้อำนาจที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินกิจการทางการเมือง และศาลปกครองเป็นองค์กร ที่ใช้อำนาจตุลาการประเภท “ศาล” เช่นเดียวกับศาลยุติธรรม จึงมีข้อน่าพิจารณาถึงความเหมาะสมในการที่ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ บัญญัติให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ในการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นนี้ผู้ฟ้องคดีก็ได้ ได้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครองฯ มาด้วย หากแต่เมื่อศาลปกครองมีคำสั่งไม่รับคดีไว้พิจารณา จึงไม่ส่งประเด็นเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายไปยังศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อได้พิจารณาลักษณะทางกฎหมายของการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการพิจารณา ให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการพิจารณา จากเกณฑ์การกระทำว่าอาจจำแนกเป็นการกระทำประเภทใดได้บ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำสั่งของ ศาลปกครองสูงสุดในคดี คบ. 26/2565 (วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่) แล้วจะเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้น วินิจฉัยโดยใช้เกณฑ์องค์กร ไม่ได้พิจารณาเนื้อหาของการกระทำแต่อย่างใด ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีการ วินิจฉัยจำแนกประเภทการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และวินิจฉัยต่อไปว่าเมื่อการใช้อำนาจของวุฒิสภา เป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะที่มีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่น ที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติ จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยไม่ได้วินิจฉัยชัดเจนว่า เป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ หรือเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดยังคงพิจารณาโดยอาศัยเกณฑ์องค์กรทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นเดียวกัน จึงสมควรที่จะศึกษาวิเคราะห์ต่อไปเกี่ยวกับเกณฑ์องค์กรในข้อ 2.2

2.2 สถานะของวุฒิสภาในการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ในองค์กรต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

จากที่ได้ศึกษาในส่วนที่ 1 ถึงการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจใหม่ในลักษณะที่ ให้ความสำคัญกับ “การใช้อำนาจ” ไม่ยิ่งไปกว่า “องค์กรผู้ใช้อำนาจ” จึงมีประเด็นคำถามที่น่าพิจารณา เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของวุฒิสภาว่า จะสามารถพิจารณาจากสถานะโดยแท้ตามรัฐธรรมนูญ และ สถานะความเป็นองค์กรทางกฎหมายของวุฒิสภา โดยพิจารณาจากการใช้อำนาจในการให้ความเห็นชอบ ให้บุคคลดำรงตำแหน่งได้หรือไม่ อย่างไร ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) สถานะตามรัฐธรรมนูญ

วุฒิสภาเป็นหนึ่งในองค์กรทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นเพื่อให้เป็นใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยวุฒิสภาเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร นอกจากนี้ยังมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของรัฐบาล และให้ความเห็นชอบในงบประมาณแผ่นดิน ส่วนสมาชิกวุฒิสภาเป็น “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” เช่นเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและรัฐมนตรี ซึ่งมีที่มาจากกระบวนการทางการเมืองผ่านการเลือกตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อม หรือมาจากการแต่งตั้งขององค์กรทางการเมือง มีสถานะทางการเมืองเป็นผู้แทนปวงชนตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น โดยหลักแล้ววุฒิสภาและสมาชิกวุฒิสภาเป็นองค์กรทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจทางการเมืองอื่นตามรัฐธรรมนูญ นั่นคือ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้ง) และใช้อำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญกระทำการทางนิติบัญญัติและกระทำการที่มีลักษณะทางการเมืองประการอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้มีการจัดตั้งวุฒิสภาไว้ในหมวด 7 ส่วนที่ 3 ตั้งแต่มาตรา 107 ถึงมาตรา 155

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นในคดีหมายเลขแดงที่ บ. 47/2564 แล้วจะเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า วุฒิสภาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยในคดีหมายเลขแดงที่ คบ. 26/2565 ในลักษณะที่พินิจพิเคราะห์องค์ประกอบและเกณฑ์การใช้อำนาจ ดังจะได้ศึกษาในหัวข้อ (2) ต่อไป

(2) สถานะอันเกิดจากคำพิพากษาของศาลโดยพิจารณาจากการใช้อำนาจของวุฒิสภา

แม้สถานะโดยแท้ของวุฒิสภาและสมาชิกวุฒิสภาจะเป็นองค์กรทางการเมืองและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และใช้อำนาจหรือปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นกำหนดโดยมีผลผลิตของการกระทำ คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ และการกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ แต่อย่างไรก็ดี หากวุฒิสภาและสมาชิกวุฒิสภาใช้อำนาจกระทำการในลักษณะที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” (พิจารณาจากเกณฑ์การกระทำ) ซึ่งโดยหลักแล้วเป็นงานตามภารกิจหน้าที่ที่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (หรืออาจเป็นภารกิจทางปกครองตามรัฐธรรมนูญ) เช่นนี้ย่อมถือว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติกระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรฝ่ายปกครอง” ซึ่งสอดคล้องกับคำอธิบายของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ที่อธิบายว่า องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ยังใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอีกด้วย เช่น การที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ฯลฯ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า รวมถึงการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้วย และผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็น “การกระทำ



ทางปกครอง” ดังได้กล่าวแล้วในตอนต้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้คำแนะนำ และให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งซึ่งมีลักษณะของการใช้อำนาจที่แตกต่างกัน ทั้งที่เป็นการกระทำทางรัฐสภา (การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ) และการกระทำทางปกครอง (พิจารณาจากเกณฑ์การกระทำ) ในการพิจารณาว่าใช้อำนาจดังกล่าว วุฒิสภาและสมาชิกวุฒิสภาเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ อย่างไร จึงแยกพิจารณาได้ดังนี้

ก. กรณีที่วุฒิสภาใช้อำนาจกระทำการทางการเมืองที่มีความเกี่ยวข้องกับอำนาจของผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ซึ่งโดยหลักจะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็น “การกระทำทางนิติบัญญัติ” (L’acte législatif) อันได้แก่ การตรากฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย และการกระทำอื่นที่เป็นการกระทำทางการเมืองหรือเกี่ยวข้องกับการเมือง หรือมตินโยบายทางการเมืองในการปฏิบัติการเมืองโดยใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือ แต่ไม่ใช่การตรากฎหมาย (L’acte non législatif) ได้แก่ การตั้งกระทู้การอภิปราย และรวมถึงกรณีที่วุฒิสภาให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรสำคัญโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่นนี้วุฒิสภาย่อมมีสถานะเป็นองค์กรทางการเมืองที่เป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น ได้แก่ การใช้อำนาจดังต่อไปนี้

- การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ได้รับการคัดเลือกหรือสรรหาเพื่อดำรงตำแหน่ง “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ”

- การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน
- การให้คำแนะนำในการแต่งตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้ง
- การให้คำแนะนำในการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

- การให้คำแนะนำในการแต่งตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ข. กรณีที่วุฒิสภาใช้อำนาจกระทำการที่เป็น “การกระทำทางปกครอง” ที่แยกออกได้จากการกระทำทางรัฐสภา (L’acte détachable) ได้แก่ การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการบริหารบุคลากรของ ก.ศป. และการพิจารณาและมีมติเลือกบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นกรรมการ กสทช. การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา รวมทั้งการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเลขาธิการสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ซึ่งถือเป็นการบริหารงานบุคคลของฝ่ายปกครอง ย่อมถือว่าวุฒิสภาเป็นองค์กรของรัฐ “ฝ่ายปกครอง” ทั้งนี้ สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองและความเห็นทางวิชาการในประเทศฝรั่งเศส

สำหรับการพิจารณาว่าวุฒิสภาและสมาชิกวุฒิสภาเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ หรือไม่ อย่างไร นั้น โดยที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 107 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยคน ซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม โดยในการ

แบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้” เมื่อพิจารณานิยามของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว เห็นว่าวุฒิสภาเป็นองค์กรทางการเมืองที่เป็นองค์กรกลุ่ม เข้าลักษณะเป็น “คณะกรรมการที่มีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่งหรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล ในทำนองเดียวกับสภาขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงอาจถือว่าเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือเนื่องมาจากการดำเนินการทางปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ต่างจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 และมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 โดยไม่ได้บัญญัติถึงองค์กรที่เป็นคู่พิพาทในข้อพิพาททางปกครอง แสดงให้เห็นหลักการเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง โดยไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องเป็นองค์กรฝ่ายปกครองเท่านั้น แม้ในตอนท้ายของมาตรา 197 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะบัญญัติว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งกรณีนี้ก็คือกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่อย่างไรก็ดี การใช้และการตีความกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ย่อมต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญ

จากหลักกฎหมายที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ข้างต้น เมื่อพิจารณาคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะตุลาการศาลปกครองสูงสุด ที่ให้ความเห็นโดยพิจารณาทั้งเกณฑ์องค์กรและเกณฑ์การกระทำประกอบกัน โดยเห็นว่า “การใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในกรณีนี้ เป็นการใช้อำนาจที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด แม้โดยสภาพผู้ถูกฟ้องคดีจะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจอื่นตามกฎหมาย แต่การใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งนี้ใช้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดมิได้ถูกคัดเลือกและแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่เป็นการคัดเลือกและแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง”

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

หากหลักนิติรัฐนำมาซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง การมีศาลปกครองเพื่อควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ก็เพื่อทำให้หลักนิติรัฐเกิดผลสัมฤทธิ์ในทางปฏิบัติ โดยมีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ศาลปกครอง



จึงมีบทบาทสำคัญภายใต้กรอบของรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการทำหน้าที่เพื่อคุ้มครองหลักนิติรัฐ ทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่นเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับคดีปกครอง ที่เกิดจากคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ศาลปกครองฝรั่งเศสใช้พิจารณาหลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครอง ประกอบกับการตีความหลักการแบ่งแยกอำนาจใหม่โดยไม่พิจารณาที่องค์กรผู้ใช้อำนาจเพียงอย่างเดียว หากแต่พิจารณาลักษณะการใช้อำนาจประกอบด้วย ทั้งนี้ เพื่อที่ศาลปกครองจะได้เข้าไปตรวจสอบการกระทำ ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองแยกต่างหากจากการกระทำทางกฎหมายประเภทอื่น แม้จะเป็นการกระทำขององค์กรของรัฐที่โดยสถานะทางกฎหมายแล้วไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง

จากการศึกษาแนวคิดทางวิชาการและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศส ทำให้เห็นว่าการพิจารณาการกระทำทางปกครองโดยใช้เกณฑ์องค์กรเพียงอย่างเดียวหรือโดยเคร่งครัด เป็นสิ่งที่พื้นสมัยและไม่สมเหตุผล เนื่องจากหลักแบ่งแยกอำนาจไม่ได้เป็นข้อจำกัดว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ จะต้องกระทำการทางนิติบัญญัติเท่านั้น ประกอบกับองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในปัจจุบันมีการใช้อำนาจ ในลักษณะผสมผสาน องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและแม้แต่องค์กรฝ่ายตุลาการจึงอาจกระทำการทางปกครองได้

สำหรับกรณีการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง ตุลาการศาลปกครองสูงสุด หากพิจารณาโดยอาศัยทฤษฎี “การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น” (La théorie de l’acte détachable) แม้วุฒิสภาจะเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ แต่การกระทำที่พิพาทนี้ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้อย่างชัดเจนใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 แต่อย่างไรก็ดี จากการศึกษาเทียบเคียงหลักวิชาการและแนวคำพิพากษา ของศาลปกครองฝรั่งเศส ทำให้พิจารณาได้ว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรง ตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ไม่ใช่การกระทำทางรัฐสภาซึ่งเป็นการกระทำทางการเมืองอื่นที่ไม่ใช่ การตรากฎหมาย หากแต่เป็นงานประจำตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง เช่นเดียวกับการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาในศาลยุติธรรมที่กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา คดีปกครองบัญญัติไว้ในลักษณะที่เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางปกครอง แต่ยกเว้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทความนี้

ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาความลักลั่นกันของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงาน บุคลากรขององค์กรฝ่ายตุลาการที่เป็นผู้พิพากษาตุลาการ ทั้งศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบกับแนวความคิดในการตีความทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจแบบดั้งเดิมที่พื้นสมัย ซึ่งหากไม่มีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายอย่างเป็นระบบให้มีความสอดคล้องกันและมีความชัดเจนทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงาน บุคลากรขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการทั้งสามองค์กรในปัจจุบัน ย่อมอาจเกิดข้อพิพาทในทำนองเดียวกับ ข้อพิพาทในคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 26/2565 ขึ้นอีกในอนาคต ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

(1) พัฒนาระบบบริหารงานบุคลากรของตุลาการศาลปกครองให้สอดคล้องกับ หลักความเป็นอิสระที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) เสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ โดยตัดขั้นตอนการให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาตามความในมาตรา 15 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ออก เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน

(3) ในระหว่างที่ยังไม่มีการดำเนินการดังกล่าวข้างต้น หรือในขณะเดียวกัน ศาลปกครองอาจพัฒนาแนวคำพิพากษาเพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองขององค์กรของรัฐที่ไม่ใช่องค์กรฝ่ายปกครอง อันเป็นการวางหลักเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น เพื่อสร้างความชัดเจนเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เป็นการกระทำทางปกครอง และปรับเปลี่ยนแนวทางการตีความทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจจากที่ถือเกณฑ์องค์กรโดยเคร่งครัดมาเป็นการพิจารณาเกณฑ์องค์กรผสมผสานกับเกณฑ์เนื้อหาของการใช้อำนาจ ทั้งนี้ เพื่อที่ศาลปกครองจะได้ปฏิบัติภารกิจในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้อย่างครอบคลุมและมีประสิทธิภาพ ไม่ให้เกิดช่องว่างที่การกระทำทางปกครองประเภทใดประเภทหนึ่งหลุดไปจากการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ เพราะเหตุความไม่ชัดเจนของการกระทำและองค์กรที่ใช้อำนาจกระทำการดังกล่าว เพื่อให้หลักนิติรัฐสัมฤทธิ์ผลในความเป็นจริง อันจะช่วยพัฒนาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทย

ในส่วนของการสร้างความชัดเจนให้แก่หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำทางกฎหมายประเภทต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ นั้น ผู้เขียนขอเสนอการจัดประเภทและองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบตามตาราง ต่อไปนี้

**ตารางจำแนกการกระทำขององค์กรของรัฐที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางการเมือง
และการกระทำทางปกครอง**

ประเภทของการกระทำ ของรัฐ	เกณฑ์การกระทำ	เกณฑ์องค์กร	การควบคุม ตรวจสอบ
การกระทำทางนิติบัญญัติ (L'acte législatif)	การกระทำทางการเมือง ที่เป็นการตรากฎหมาย	องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ	- ศาลรัฐธรรมนูญ/ การตรวจสอบ ความชอบด้วย รัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย - ศาลยุติธรรม/ การตรวจสอบ กฎหมายไม่ให้ขัด หรือแย้งต่อข้อตกลง ระหว่างประเทศ



ประเภทของการกระทำ ของรัฐ	เกณฑ์การกระทำ	เกณฑ์องค์กร	การควบคุม ตรวจสอบ
การกระทำทางรัฐสภา หรือการกระทำอื่นที่ไม่ใช่ การตรากฎหมาย (Les actes non législatifs ou les actes parlementaires)	การกระทำทางการเมืองอื่น ที่ไม่ใช่การตรากฎหมาย เช่น - งานนโยบายการเมือง - งานเกี่ยวกับความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ - งานเกี่ยวกับการควบคุม ฝ่ายบริหารโดยการตั้งกระทู้ และการอภิปรายไม่ไว้วางใจ - รวมถึงการให้ความ เห็นชอบให้บุคคลดำรง ตำแหน่ง (ที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ)	องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ	- การตรวจสอบทาง การเมือง - การตรวจสอบ โดยศาลรัฐธรรมนูญ (บางกรณี)
การกระทำทางรัฐบาล (L'acte de gouvernement)	การกระทำทางบริหาร ที่เป็นการกระทำทาง การเมืองอันเป็นงานทาง นโยบาย (หลักเกณฑ์ การพิจารณาใช้เกณฑ์ การกระทำเช่นเดียวกับการ กระทำทางรัฐสภา แต่เกณฑ์องค์กร เป็นคนละองค์กรกัน)	องค์กรฝ่ายบริหารที่เป็น องค์กรรัฐบาล ได้แก่ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี	การตรวจสอบทาง การเมือง
การกระทำทางปกครอง (L'acte administratif)	- การกระทำทางปกครอง ที่เป็นงานประจำตามกฎหมาย *** ใช้ทฤษฎีการกระทำ ที่แยกออกได้ (Théorie des actes détachables) เพื่อแยกการกระทำ	- องค์กรฝ่ายปกครอง : หน่วยงานทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐ - คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรี	ศาลปกครอง

ประเภทของการกระทำ ของรัฐ	เกณฑ์การกระทำ	เกณฑ์องค์กร	การควบคุม ตรวจสอบ
	ทางปกครองขององค์กร ฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กร ฝ่ายบริหาร และองค์กร ฝ่ายตุลาการ รวมถึง องค์กรอิสระ	- องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ : รัฐสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือวุฒิสภา - องค์กรอิสระ (เว้นแต่ มีกฎหมายบัญญัติยกเว้น) - องค์กรตุลาการ (เว้นแต่ มีกฎหมายบัญญัติยกเว้น เช่น การดำเนินการของ คณะกรรมการตุลาการ ตามกฎหมายว่าด้วย ระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการ)	

คำสำคัญ : การกระทำของรัฐสภา, การกระทำทางนิติบัญญัติ, การกระทำอื่นที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ, การกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ, การกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการกระทำอื่น