

บทที่ 4

บทวิเคราะห์การฟ้องคดีต่อศาลปกครองกรณีฟ้ององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท

4.1 ปัญหาการกำหนดขอบเขตและลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดไว้ในหมวดที่ 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบไปด้วย คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ดังนั้น เมื่อองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้วย่อมทำให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นมีการใช้อำนาจทั้งที่มาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรวมทั้งการใช้อำนาจที่มีที่มาจากกฎหมายอื่นด้วย กล่าวคือ เมื่อองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงก็จะเป็นการใช้อำนาจในฐานะที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ถ้ากรณีเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายแล้วก็จะถือว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งก่อนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 จะได้บัญญัติกำหนดว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยได้มีคำวินิจฉัยที่การยอมรับการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญว่ามีการใช้อำนาจทั้งจากการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2549 ซึ่งสรุปได้ว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีลักษณะทั้งการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจทางปกครอง ถ้าเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ออกกฎ ออกคำสั่ง และกระทำการอื่นใด โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง

เกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตเกี่ยวกับลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยหลายคำวินิจฉัยว่า องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งกรณีใดที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง กรณีดังกล่าวย่อมไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจการตรวจสอบของศาล

ปกครองแต่อย่างใดและจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทำให้ต้องมีการตีความว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีความหมายว่าอย่างไร ลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญคืออะไร และมีขอบเขตเพียงใด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้ให้คำจำกัดความไว้ถึงลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าว อย่างไรก็ตามเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรงแล้วการใช้อำนาจดังกล่าวนั้นย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แต่เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งในรัฐธรรมนูญยังได้บัญญัติข้อยกเว้นที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไว้ในมาตรา 223 วรรคสองในลักษณะที่เฉพาะเจาะจงลงไปอีกว่าหากเป็นกรณีของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้วการใช้ อำนาจวินิจฉัยที่ขาดนั้นย่อมไม่อาจถูกฟ้องต่อศาลปกครองได้ ซึ่งกรณีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะมีขอบเขตที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในเรื่องใด เพียงใดบ้างนั้นคงจะต้องศึกษาเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ผู้เขียนจะนำเสนอในส่วนตัวต่อไป เกี่ยวกับมาตรา 223 วรรคสองมีข้อสังเกตจากคำวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นคำที่มีความหมายเฉพาะดังนั้นเมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้ อำนาจวินิจฉัยที่ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงการใช้อำนาจวินิจฉัยที่ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วย

4.1.1 ปัญหาการตีความของศาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

ในเบื้องต้นการกำหนดขอบเขตของลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนก่อนที่จะกำหนดว่าลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะใดหรือขอบเขตเพียงใดที่จะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยที่ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นจะทำให้สามารถเข้าใจในลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

เกี่ยวกับลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญเคยมีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไว้หลายคำวินิจฉัย เช่น ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจของ

คณะกรรมการการเลือกตั้งที่ใช้อำนาจตามมาตรา 145¹ วรรคหนึ่ง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง เป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอันมีผลให้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ถือเป็นยุติ ผลจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ ทำให้การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ถือเป็นยุติ

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยกรณีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2546 ที่วินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในการไต่สวนและวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 301 วรรคหนึ่ง (3) เพื่อดำเนินการต่อไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่จึงเป็นอันยุติ ดังนั้น องค์กรที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงไม่อาจพิจารณาเปลี่ยนแปลงฐานความผิดทางวินัยตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติวินิจฉัยยุติแล้ว ให้เป็นประการอื่นได้อีก

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ดังกล่าวนั้น ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวก็มีใช้การใช้อำนาจทางบริหารหรือทางปกครองที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองแต่อย่างใด การที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่ได้วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้วนั้น ศาลปกครองก็ถือเป็น

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 145 คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(3) สืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้น

ตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง

แนวทางมาตลอดในการไม่รับฟ้องคดีที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการใช้อำนาจที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยซึ่งสอดคล้องกับหลักการฟ้องคดีปกครองของระบบกฎหมายเยอรมัน โดยเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับหลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของประเทศเยอรมนีที่วางหลักไว้ในมาตรา 40 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) ว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางคดีปกครองทุกคดี เว้นแต่จะมีบทบัญญัติพิเศษให้ขึ้นสู่ศาลพิเศษอื่น โดยในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้นมาตรา 40 ของกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง (VwGO) เป็นหลักของการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่เป็นการคุ้มครองปัจเจกชนในกรณีที่ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจมหาชน หลักการตามมาตรานี้จึงเป็นการปฏิเสธหลักอำนาจฟ้องที่จะต้องมีการกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ หมายความว่า การคุ้มครองปัจเจกชนนั้นมิได้ขึ้นอยู่กับรูปแบบของการกระทำของรัฐทำให้การกระทำของรัฐที่อาจถูกฟ้องร้องได้นั้น หมายความว่ารวมถึงการกระทำของรัฐทุกประเภท ทั้งนี้โดยไม่ต้องพิจารณาว่ากฎหมายนั้นให้สิทธิได้แก่การกระทำนั้นได้หรือไม่ต่อศาลปกครอง

ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมัน เขตอำนาจของศาลปกครองนั้นแยกออกจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ โดยได้กำหนดให้คดีที่จะฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้นจะต้องมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ และได้แยกเขตอำนาจศาลปกครองออกจากเขตอำนาจศาลปกครองพิเศษ ด้วย ดังนั้น เขตอำนาจของศาลปกครองที่แยกออกจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นการกำหนดเขตอำนาจศาลปกครองทั่วไป โดยที่ข้อพิพาทที่จะฟ้องศาลปกครองได้ต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ

1. ข้อพิพาทที่จะฟ้องต้องเป็นทางมหาชน โดยที่ ข้อพิพาททางมหาชน หมายถึง ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน ข้อพิพาททางมหาชน จึงหมายถึงข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายระหว่างประเทศ

2. ข้อพิพาทต้องมีใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หมายถึง ข้อพิพาทระหว่างผู้ที่มีสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในทางรัฐธรรมนูญ โดยเรื่องที่ไม่ได้มีส่วนร่วมนั้นจะต้องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หรือที่เรียกกันว่า

ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญโดยแท้ในการที่เป็นข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญโดยแท้ นั้น อาศัย
หลักเกณฑ์ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้
บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
หรือเป็นปัญหาการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง คู่กรณีของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นองค์กรที่มีส่วน
ร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญโดยแท้จึงเกิด
จากคู่กรณีที่มีสถานะเท่าเทียมกันในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จากลักษณะของข้อพิพาท จึงมี
เงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการคือ การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกับคู่กรณีต้องเป็นองค์กรผู้ที่มี
ส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรง

จากลักษณะของการกำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองของประเทศเยอรมัน ข้อ
พิพาททางรัฐธรรมนูญ นั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจของปกครองแต่อย่างใด ซึ่งกรณีดังกล่าวต้องไม่พึง
เข้าใจสับสนกับการกระทำที่เป็นการกระทำทางปกครอง หรือ การกระทำที่เป็นการใช้อำนาจ
ตามกฎหมาย แต่กฎหมายกำหนดให้การกระทำได้กล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองทั้ง
ที่เนื้อหาของกรกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครอง แต่หากกระทำที่เป็นการใช้อำนาจ
ตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกระทำที่มีใช้การกระทำทางปกครอง ที่ศาลปกครองสามารถ
ตรวจสอบได้ แต่เป็นการใช้อำนาจที่เรียกว่าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ส่วนการกระทำใดที่
เป็นการกระทำทางปกครองแล้วศาลปกครองย่อมเข้ามาตรวจสอบได้เสมอไม่ว่าองค์กรใดเป็น
ผู้ใช้อำนาจ เรียกว่าข้อพิพาทดังกล่าวว่าเป็นข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ข้อพิพาททาง
รัฐธรรมนูญและข้อพิพาททางปกครองนั้นต่างก็เป็นข้อพิพาททางมหาชน จากลักษณะของข้อ
พิพาททางมหาชนดังกล่าว เมื่อข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจะมี
อำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากเขต
อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ ซึ่งหลักทั่วไปของการกำหนดอำนาจให้กับศาล
รัฐธรรมนูญ จะเป็นไปตามหลักที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนด
หรือเรียกว่า “Enumerationsprinzip” จากการกำหนดเขตอำนาจการพิจารณาของศาล
รัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้ มีผลทำให้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบ โดยศาล
รัฐธรรมนูญทุกกรณี เนื่องจากถ้าในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจ
ตรวจสอบได้ ซึ่งในกรณีที่มีได้กำหนดให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาท
ทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ และก็มีได้อยู่ภายใต้

อำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน ปัญหาในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อพิพาทใดนั้นเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาว่าลักษณะดังกล่าวเป็นข้อพิพาททางมหาชนหรือไม่ ส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับการอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ไม่ต้องนำมาพิจารณา ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มิได้หมายความว่าถ้าข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในเรื่องใด มิได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะมีใช้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ทั้งนี้การตรวจสอบการใช้อำนาจจะขึ้นอยู่กับตุลาการใดหรือองค์กรใดก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไปอีกส่วนหนึ่ง

จากการศึกษาจากหลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของระบบกฎหมายเยอรมนี ที่แยกข้อพิพาทที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองว่า ข้อพิพาทที่จะฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้นต้องเป็นข้อพิพาททางมหาชนที่มีใช้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ต้องประกอบไปด้วยลักษณะที่สำคัญ 2 ประการดังที่กล่าวไปแล้วนั้น ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงไม่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะนำไปสู่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้นั้น ต้องพิจารณาจากลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีที่จะเป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้นั้น กล่าวคือ

1. องค์กรผู้ใช้อำนาจต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ใช้อำนาจจะต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นสถาบันหรือบุคคลรวมทั้งองค์กรที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญ² องค์กรตามรัฐธรรมนูญคือองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำภารกิจต่างๆ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยการกำหนดโครงสร้างขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ และต้องปรากฏว่าองค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงต่อการกำหนดเจตจำนงของรัฐ ดังนั้น ในขั้นแรกต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่าองค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าองค์กรนั้นมีใช้องค์กรตามรัฐธรรมนูญในเบื้องต้น ก็ไม่ต้องพิจารณาในองค์ประกอบอื่นเลยว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจากองค์กรอื่นๆ ที่มีใช้องค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น

² บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), น. 77.

องค์กรฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้เลย เพราะองค์กรฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชา หรืออำนาจกำกับดูแลทั้งสิ้น นอกจากนี้ กรณีอาจเป็นบุคคลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดย่อมมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิ เข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ย่อมถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเป็นผู้มีสิทธิใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ในหมวดที่ 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นี้ประกอบไปด้วย องค์กร 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประกอบไปด้วย 1. คณะกรรมการการเลือกตั้ง 2. ผู้ตรวจการแผ่นดิน 3. คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต 4. คณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน และในส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ประกอบไปด้วย 1. องค์กรัยการ 2. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 3. สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เมื่อรัฐธรรมนูญกำหนดให้องค์กรต่างๆ เหล่านี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านี้จึงสามารถใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ได้เท่าที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้

มีข้อสังเกตว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามความหมายทั่วไปที่เข้าใจกัน ยังหมายถึง รัฐสภาที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ คณะรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจบริหาร ศาลยุติธรรมและศาลทหารที่ใช้อำนาจตุลาการ แม้ว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนเหมือนดังเช่น องค์กรตามรัฐธรรมนูญในหมวดที่ 11 ก็ตาม แต่เมื่อ พิจารณาเกณฑ์ในทางทฤษฎีของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมโดยตรงต่อการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ องค์กรนั้นมีความหมายและความสำคัญต่อชีวิตในทางรัฐธรรมนูญหรือในทางการเมืองของรัฐ โดยการกระทำขององค์กรนั้นเกี่ยวกับทิศทางการนำรัฐโดยตรง ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญและองค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวพันกับทิศทางการนำรัฐ หรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ ซึ่งการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติกำหนดองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ อาจทำให้เกิดความสับสนได้กับองค์กรที่กล่าวมานี้ได้

2. องค์กรตามรัฐธรรมนูญอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการ

จากการพิจารณาองค์ประกอบแรกของลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ องค์กรที่ใช้อำนาจต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องใช้อำนาจจาก

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในการกระทำการ หากการกระทำดังกล่าวนั้นใช้อำนาจที่มีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด กรณีดังกล่าวก็มีถือว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจึงต้องเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามกรอบที่อำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เช่น การยุบสภาผู้แทนราษฎร การเรียกประชุมรัฐสภา การปิดประชุมรัฐสภา บางกรณีนั้น ในรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ แต่เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้อำนาจจากบทบัญญัติได้โดยตรง แต่ต้องมีการออกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือเทียบเท่าพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ เพื่อเป็นฐานอำนาจอีกชั้นหนึ่งในการกระทำการ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ามิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยแท้ กล่าวคือ ถ้ามิได้ออกกฎหมายมารองรับอีกชั้นหนึ่ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่สามารถมีอำนาจกระทำการได้นั่นเอง รวมทั้งกรณีที่ใช้เกินขอบเขตก็ถือว่าเกินอำนาจทำให้ไม่มีผลบังคับเช่นเดียวกัน

จากลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญข้างต้น กรณีที่จะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้นั้น คือ องค์กรที่ใช้อำนาจต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ องค์กรดังกล่าวนั้นได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการกระทำการ ซึ่งเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการนั้น เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ตีความลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว อาจแบ่งลักษณะการตีความของการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการได้ในหลายลักษณะ กล่าวคือ

1. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง

กรณีนี้เป็นกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติลักษณะอำนาจหน้าที่ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้และในการใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติลักษณะการใช้อำนาจไว้เป็นการทั่วไป โดยที่มีการบัญญัติลักษณะเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และ ผลทางกฎหมายไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าว องค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ ทั้งจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบกัน

การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างกว้างนี้ มีตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลหลายคำวินิจฉัยที่ตีความว่าลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52 /2546

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งมีข้อสังเกตว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) มาตราดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่บัญญัติอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง มาตราดังกล่าวเป็นแต่เพียงบทบัญญัติที่ไม่มีองค์ประกอบของเงื่อนไขและผลทางกฎหมายไว้ การใช้อำนาจดังกล่าวจึงต้องใช้อำนาจตามกฎหมายของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541ประกอบ กล่าวคือ ในการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งต้องใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ในการใช้อำนาจหน้าที่ดังกล่าวมิอาจใช้แต่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวได้

จากการวินิจฉัยว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นแนวทางในคำวินิจฉัยของศาลปกครองในการวินิจฉัยว่าในการใดเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง มีหลายคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองตีความในลักษณะเดียวกันกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าลักษณะดังกล่าวเป็นลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่น

1. กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามมาตรา 145 (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (การออกประกาศกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง)

2. คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามมาตรา 145 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (การสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือ ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง)

ในปี พ.ศ. 2550 ในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ บทบัญญัติในมาตรา 236(5) ที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีบทบัญญัติที่เหมือนมาตรา 145(3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 มาตรา 10 (10) บัญญัติข้อความในทำนองเดียวกัน เมื่อพิจารณาจะพบว่ามาตราดังกล่าวเป็นแต่เพียงบทบัญญัติที่ไม่มีองค์ประกอบของเงื่อนไขและผลทางกฎหมายไว้ แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามมาตรา 236 (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เป็นการตีความแบบอย่างกว้างเช่นกัน

3. กรณีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัย เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการ

ทุจริตแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 301 (1) แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เกี่ยวกับการไต่สวน เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามรัฐธรรมนูญ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2546 โดย ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในการไต่สวนและวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 301 วรรคหนึ่ง (3) เพื่อดำเนินการต่อไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เมื่อ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่จึงเป็นอันยุติ ดังนั้น องค์การที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ จึงไม่อาจพิจารณาเปลี่ยนแปลงฐานความผิดทางวินัยตามที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติวินิจฉัยยุติแล้ว ให้เป็นประการอื่นได้อีก เมื่อพิจารณาแล้วการใช้อำนาจของคณะกรรมการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามมาตรานั้นมีกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 มาตรา 19(3) บัญญัติรับรองการใช้อำนาจไว้อีกชั้นหนึ่งถ้าไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าในลักษณะดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เพราะเงื่อนไขการใช้อำนาจมาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

2. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างปานกลาง

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติต่างก็มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ โดยที่ลักษณะของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติขึ้นก็มีองค์ประกอบทางกฎหมายและเงื่อนไขไว้อย่างครบถ้วน สามารถที่จะอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวในการใช้อำนาจก็เป็นการสมบูรณ์ เช่น กรณีตามมาตรา 236 (6) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่บัญญัติว่า สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งใดเลือกตั้งหนึ่งหรือทุกหน่วยเลือกตั้ง เมื่อมีข้อเท็จจริงหรือหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งนั้นๆมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมตามรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีการบัญญัติถึงเงื่อนไขการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งเอาไว้ คือ หากมีข้อเท็จจริงหรือหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งนั้นๆมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรมตามรัฐธรรมนูญ และผลทางกฎหมาย คือ สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งใดเลือกตั้งหนึ่งหรือทุกหน่วยเลือกตั้ง หากคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามมาตรานี้ก็ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แม้จะมีพระราชบัญญัติ

ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 มาตรา 10 (12) บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกันก็ตาม

3. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างแคบ

การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างแคบนั้น เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวที่บัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้โดยการใช้อำนาจเป็นการใช้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิต้องมีการใช้อำนาจหน้าที่ประกอบกับอำนาจหน้าที่ที่ต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือมีการบัญญัติลักษณะของอำนาจหน้าที่ไว้เป็นอย่างเดียวกันในพระราชบัญญัติแต่อย่างใด ดังเช่น คำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางที่ 853/2545 ซึ่งศาลปกครองกลางได้วินิจฉัยไว้ว่า การใช้อำนาจในการดำเนินการถอดถอนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 303³ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมิใช่ในฐานะที่เป็น หน่วยงานทางปกครอง หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งได้ใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ซึ่งตามมาตรา 303 มีการบัญญัติกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายไว้อย่างครบถ้วน กรณีจึงมิใช่การใช้การบัญญัติอำนาจไว้เป็นการทั่วไปนั้น เมื่อมีการใช้อำนาจตามมาตรานี้จึงเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ⁴

ในการตีความเกี่ยวกับลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มีคำวินิจฉัยของศาลปกครองใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 717/2551 ที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามมาตรา 244 ของรัฐธรรมนูญว่า การที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้องค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะต้องบัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายไว้ด้วย หากใช่เพียงเป็นการบัญญัติถึงอำนาจโดยทั่วไปไม่ เมื่อมาตรา 244 ของ

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 303 ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญประธานศาลปกครองสูงสุด หรือ อัยการสูงสุด ผู้ใด มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติส่อไปในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย วุฒิสภามีอำนาจถอดถอนผู้นั้นออกจากตำแหน่งได้

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 81

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นเพียงบทบัญญัติที่กล่าวถึงอำนาจโดยทั่วไปของผู้ตรวจการแผ่นดินเท่านั้น มิได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายไว้ด้วย บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ใช่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองชั้นต้นจึงไม่อาจอ้างบทบัญญัติดังกล่าวว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นเมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าการวินิจฉัยให้ยุติเรื่องร้องเรียนของผู้ฟ้องคดีโดยไม่ส่งเรื่องให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาสั่งการตามอำนาจเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขอให้มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีนี้จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง

จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นการยืนยันว่า ถ้าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายไว้การใช้อำนาจนั้นย่อมมิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ (ในคดีดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีคือ สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน และเลขาธิการผู้ตรวจการแผ่นดิน ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมิได้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่ง จะสามารถใช้อำนาจที่รับมอบมาจากผู้ตรวจการแผ่นดินทำให้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์ว่า ในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถมอบอำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญให้องค์กรอื่นใช้แทนได้ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่อาจมอบหมายให้องค์กรอื่นใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญแทนตนเองได้) ดังนั้นการกระทำจึงเป็นการใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

จากแนวทางการตีความของศาล ซึ่งมีทั้งแนวทางการตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ปานกลาง และอย่างแคบ ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวทางการตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างปานกลาง และอย่างแคบ รวมทั้งคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 717/2551 ว่าลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างปานกลาง และอย่างแคบดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง มากกว่ากรณีที่จะเป็นอย่างกว้างเนื่องจากลักษณะดังกล่าวนั้น อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ในลักษณะที่เป็นอย่างเดียวกันกับอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติอื่น ทำให้ต้องมีการตีความว่าเป็นการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตาม

รัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งกรณีก็ควรจะตีความว่าถ้า เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาด้วยว่าในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ได้บัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และผลทางกฎหมายไว้ด้วย จึงจะถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แต่กรณีถ้าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงการใช้อำนาจโดยทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในกรณีดังกล่าว อาจจะต้องมีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติออกมารองรับการใช้อำนาจอีกชั้นหนึ่งนั้น กรณีก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ซึ่งแนวทางของศาลที่ตีความของลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ทำให้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมีขอบเขตกว้างขวางและทำให้ไม่สามารถแยกได้ระหว่างการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจตามขอบเขตที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งการตีความอย่างกว้างนั้น ทำให้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลทั่วไป รวมทั้งศาลปกครอง เว้นแต่จะถูกกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ

จากการพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งเมื่อการที่สามารถกำหนดขอบเขตของลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้นั้น ทำให้สามารถที่จะกำหนดขอบเขตของข้อพิพาทที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองได้ กล่าวคือ กรณีที่เป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวย่อมไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ถ้ากรณีเป็นการใช้อำนาจทางปกครองก็ย่อมจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองตามมาตรา 223 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

จากลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ของ องค์กระอิสระตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรกระทำทางรัฐบาล ความหมายของกรกระทำทางรัฐบาล คือ การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่ประกอบไปด้วย พระมหากษัตริย์ คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีแต่ละคน ก็เป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง เช่นเดียวกัน แต่การกระทำดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของรัฐสภา ซึ่งเป็นการตรวจสอบทางการเมือง การกระทำทางรัฐบาลนั้นในแง่ที่มาของอำนาจ เป็นกรณีที่ต้องครฝ่ายบริหารใช้อำนาจจากรัฐธรรมนูญ เมื่อองค์กรฝ่ายบริหารกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ การกระทำนั้นย่อมเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่หากกรณีที่ต้องครฝ่ายบริหารกระทำการ โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง โดยที่กรหลักเกณฑ์ของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นกรกระทำทางรัฐบาล ได้แก่ การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือในการใช้อำนาจในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณา การ

กระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถแล้วกล่าวได้ว่าองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารสามารถกระทำการ ได้ในสองฐานะหรือพูดง่าย ๆ ว่ามีหมวดสองใบนั่นเอง การกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของตุลาการ ลักษณะของการกระทำทางรัฐบาลจะไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการเพราะปกติการกระทำดังกล่าวไม่กระทบสิทธิ หรือ ไม่ก่อความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง อีกทั้งการกระทำทางรัฐบาลมีธรรมชาติที่มีลักษณะเป็นประเด็นทางการเมืองที่มีข้อจำกัดอย่างยิ่ง ในการที่จะสามารถใช้กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบและการที่ให้ศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบก็จะกลายเป็นทำให้ศาลปกครอง มีอำนาจที่จะตัดสินใจในเรื่องทางบริหารหรือในทางนโยบายที่เป็นอำนาจหน้าที่ของของฝ่ายบริหาร หากศาลปกครองเข้าไปตรวจสอบกรณีย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ

การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็มีลักษณะเช่นเดียวกับการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีการใช้อำนาจได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ การกระทำขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีการกระทำที่ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจตามกฎหมายในระดับกฎหมายพระราชบัญญัติซึ่งถือว่าการกระทำดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง ลักษณะที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจได้ในหลายลักษณะนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2549 เมื่อวันที่ 9 มีนาคม 2549 ว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง มีลักษณะทั้งการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจเป็นการออกคำสั่งหรือกระทำการอื่นใด และการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเสมอด้วยพระราชบัญญัติ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง และการกระทำอื่นใด การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีคำสั่งให้นาง ว. พ้นจากตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดนั้นเป็นการใช้อำนาจหน้าที่อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้ง จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่เสนอมาช้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญยอมรับว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง อาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ การใช้ อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งถือเป็นการใช้อำนาจในทางปกครองย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของศาลปกครอง

การกระทำทางรัฐบาลนั้น ศาลปกครองไม่สามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้เนื่องจากเป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มีตัวอย่างแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่า มติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี และผู้แทนการเจรจา รวมถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน พ.ศ. 2550 เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

จากแนวคำพิพากษากฎการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐที่เป็นการกระทำทางรัฐบาล เป็นลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลปกครอง เนื่องจากมิได้เป็นการกระทำที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย จากการพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจของการกระทำทางรัฐบาล ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะการใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ทั้งสององค์กรต่างก็เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญในกรณีขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารนั้นมีความหมายในเชิงที่ว่า เป็นองค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อทำภารกิจต่างๆ โดยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยการกำหนดโครงสร้างขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ และมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญ และต้องปรากฏว่าองค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงต่อการกำหนดเจตจำนงของรัฐ แม้จะมีได้มีการบัญญัติโดยตรงว่าองค์กรฝ่ายบริหารเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม ซึ่งอาจแตกต่างจากความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างชัดเจนว่าให้องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยที่องค์กรทั้ง 2 ประเภทต่างก็มีลักษณะของการกระทำได้ใน 2 ลักษณะ ก็คือ การใช้อำนาจโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ และการกระทำที่ใช้แหล่งที่มาของอำนาจจากรัฐธรรมนูญ โดยที่การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติก็ต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง ส่วนการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญก็เป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองเช่นกัน

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง มีข้อสังเกตตามคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีดำหมายเลขที่ 984/2551 ซึ่งปกครองวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงอยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ดังนี้

ศาลปกครองกลางมีคำสั่งรับคำฟ้องคดีแฉ่งการณ้ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาล กัมพูชา และสั่งกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา คดีดังกล่าวเป็นคดี ระหว่าง นายสุวัตร อภัยภักดี ที่ 1 กับพวก รวม 9 คน ผู้ฟ้องคดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ที่ 1 กับพวก รวม 2 คน ผู้ถูกฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนการ กระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่เสนอร่างแฉ่งการณ้ร่วมต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 คณะรัฐมนตรี เพื่อ พิจารณาและมีมติเห็นชอบ เพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ที่มติ เห็นชอบร่างแฉ่งการณ้ร่วม โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ลงนาม โดยศาลปกครองกลาง ให้เหตุผล สรุปได้ว่า กระทรวงการต่างประเทศ เป็นหน่วยงานของรัฐมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับ ราชการต่างประเทศ ตามมาตรา 11 พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2534 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจ หน้าที่บริหารราชการในกระทรวงการต่างประเทศ ตามมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 คณะรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจหน้าที่บริหารราชการ แผ่นดินตามบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตาม มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เมื่อผู้ฟ้องคดี อ้างว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นกรณี ที่ เป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจ พิจารณาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองสูงสุดก็ยืนตามความเห็นของคำสั่ง ศาลปกครองกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองกลาง ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551 เนื่องจากกระทรวงการต่างประเทศเป็นหน่วยงาน ของรัฐโดยมีผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรี) เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดและมีอำนาจบริหารราชการใน กระทรวงการต่างประเทศตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นคณะรัฐมนตรีมีอำนาจหน้าที่บริหารราชการแผ่นดินตาม บทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้ง สองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการ กระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็น มรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมทั้งตลอดสิทธิในการประกอบอาชีพบริเวณดังกล่าวและสิทธิ

ต่างๆตามรัฐธรรมนูญด้วย การกระทำของรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองรวมอยู่ด้วย กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเมื่อพิจารณาข้อตกลงในแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาแล้ว อาจถือได้ว่าประเทศไทยได้ยอมรับเขตแดนรอบพื้นที่ของปราสาทพระวิหารตามที่ระบุในแผนที่โดยปริยาย และอาจทำลายน้ำหนักในการอ้างอิงเขตแดนที่ประเทศไทยยึดถือสันปันน้ำแบ่งเขตแดนโดยตลอดมา จึงถือว่าคดีมีมูลรับฟังได้ตามคำฟ้องและการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ ประชาชนรวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งเก้า ซึ่งเป็นการเสียหายที่ยากจะเยียวยาในภายหลัง อีกทั้งหากศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาได้แล้วก็ไม่มีผลกระทบต่อการบริหารของรัฐ จึงมีเหตุเพียงพอที่ศาลจะกำหนดมาตรการหรือวิธีคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาได้ คำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นชอบแล้ว จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ในกรณีตามคำสั่งของศาลปกครองดังกล่าว มีความเห็นทางวิชาการ ที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับคำสั่งศาลปกครองกลาง ซึ่งเมื่อ พิจารณาแล้วมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ในการวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น กล่าวถึงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้ศาลปกครองรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณา ซึ่งลักษณะดังกล่าว มีบางความเห็นที่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เห็นว่ากรณีดังกล่าวอาจเป็นกรณีการกระทำที่สามารถแยกกันออกเป็นหลายส่วนได้ โดยที่การกระทำที่แยกออกมาจากการกระทำทางรัฐบาล (การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) นั้น ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางรัฐบาล แต่เป็นการกระทำทางปกครองซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง กล่าวคือ การกระทำที่แยกออกมานั้น แม้จะมีผลต่อเนื่องจากการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และการกระทำดังกล่าวสามารถแยกได้โดยเด็ดขาดจนอาจกล่าวได้ว่าเป็นการกระทำที่สามารถดำรงอยู่ได้โดยตัวของมันเอง เช่น คณะรัฐมนตรีมีมติมีจัดตั้งศูนย์ผู้อพยพในเขตชานแดนไทย-พม่า ตามพันธกรณีที่รัฐบาลไทยตกลงไว้กับสหประชาชาติ การลงนามของรัฐบาลไทยดังกล่าว เป็นการกระทำทางรัฐบาลที่เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และไม่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง แต่มติ

คณะรัฐมนตรีที่มีมติอนุญาตให้ตั้งศูนย์อพยพในพื้นที่ใด ถือเป็นการกระทำที่แยกออกจากการลงนามของรัฐบาลไทยกับสหประชาชาติได้ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น คดีอยู่ในอำนาจศาลปกครอง⁵

ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยนั้น เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องของการกระทำทางรัฐบาลที่ศาลปกครองไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ เนื่องจากเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ในการออก กฎ หรือ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองบรรลุผล แต่เป็นการใช้อำนาจที่มีที่มาตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับคดีที่ศาลปกครองเคยวินิจฉัยไว้ในคดีที่เกี่ยวข้องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังที่ปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่ว่ามติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรี และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึง คณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน พ.ศ. 2550 เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ใช้อำนาจทางการบริหารตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติ หรือ การกระทำอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้บรรลุผล

นอกจากนี้ตามหลักในเรื่องของการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของ องค์การตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวพันกับการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง⁶ มีนักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ถ้าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นผู้กระทำและเป็นผู้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวนี้

⁵ แฉลงการณ์คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรกฎาคม พ.ศ.2551 ความเห็นต่อคำสั่งศาลปกครองกลางหมายเลขคดีดำที่ 98/2551 รับฟ้องกรณี แฉลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา เรื่อง การขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกและกำหนดมาตรการชั่วคราวหรือวิธีการคุ้มครอง เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราว ก่อนการพิพากษาการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล:ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายไทย

⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล:ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายไทย, (กรุงเทพมหานคร:คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). น. 133.

ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะตรวจสอบ แต่ในทางกลับกันนั้น ถ้าองค์กรที่กระทำการที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีนี้ศาลปกครองย่อมเข้าไปตรวจสอบการกระทำนั้นได้ กล่าวคือ ไม่ว่าองค์กรที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือ ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญก็ตาม ศาลปกครองย่อมเข้าไปตรวจสอบได้

ฝ่ายที่สองเห็นว่า จากคำวินิจฉัยของศาลปกครองนั้น ศาลปกครองมิได้กล่าวไว้อย่างเฉพาะเจาะจงว่า ในการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่สามารถใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วการใช้อำนาจดังกล่าวศาลปกครอง ไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามความเห็นของฝ่ายแรกที่กล่าวว่าไม่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือ ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ แล้วศาลปกครองเข้ามาตรวจสอบได้ กรณีดังกล่าวจะไม่สามารถที่จะแบ่งแยกข้อพิพาททางมหาชน ระหว่าง ข้อพิพาททางปกครองและข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญออกจากกันได้ อันที่จริงแล้วต้องพิจารณาจากแหล่งที่มาของกฎหมายซึ่งแหล่งที่มาของกฎหมายนั้นจะเป็นสิ่งที่แยกขอบเขตของการกระทำได้ มากกว่าพิจารณาจากองค์กรผู้กระทำ

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ฝ่ายที่สอง ที่ว่าการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง แม้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญก็ตาม ซึ่งอันที่จริงตามหลักของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม โดยที่ศาลปกครองปกครองมีเขตอำนาจที่จะตรวจสอบได้เฉพาะข้อพิพาททางปกครองเท่านั้น ในกรณีที่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญศาลปกครองย่อมไม่อาจเข้ามาตรวจสอบได้ จะทำให้สามารถที่จะแบ่งแยกข้อพิพาททางมหาชนออกจากกันได้ว่า ข้อพิพาททางปกครองก็อยู่ในการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง และข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญก็ขึ้นอยู่กับว่าการตรวจสอบจะเป็นไปตามกรณีใด ทั้งนี้การตรวจสอบข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจะถูกตรวจสอบได้โดยศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ก็คงจะต้องพิจารณากันอีกชั้นหนึ่งว่า รัฐธรรมนูญมีการบัญญัติอำนาจให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นได้หรือไม่

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองหรือไม่นั้น ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตีความว่าการกระทำได้กล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลได้ ถ้าศาลปกครองตีความว่าการกระทำได้กล่าวเป็นการกระทำทางรัฐบาลก็就不用พิจารณาการตีความดังกล่าวศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศสรวมทั้งศาลของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาตีความว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นเป็นการกระทำทางการเมืองซึ่งพ้นจากการ

ตรวจสอบ ส่วนในกรณีของประเทศเยอรมันตีความผู้ฟ้องไม่มีอำนาจฟ้องเนื่องจากการกระทำที่โดยสภาพไม่กระทบกระเทือนสิทธิทางมหาชนของผู้ฟ้องคดี ซึ่งทั้ง 2 แนวก็มีผลเหมือนกัน คือ ศาลปกครองไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ส่วนในกรณีของการตรวจสอบนั้น อาจทำได้โดยให้รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบได้เป็นเรื่องๆ ไป หากเป็นเช่นนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ย่อมมีอำนาจตีความในขอบเขตของรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่อาจมีปัญหาของการตีความในการตรวจสอบว่าการกระทำนั้นสามารถถูกตรวจสอบในทางตุลาการได้หรือไม่ และเกรงว่าศาลอาจจะตีความกฎหมายเข้าควบคุมการกระทำที่ได้แย้งกันว่าการกระทำได้กล่าวเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ กรณีเช่นนี้ก็อาจบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดแจ้งก็ได้ว่าให้การกระทำได้กล่าวหลุดพ้นไปจากการตรวจสอบในทางตุลาการก็ได้เช่นกัน ดังเช่น ตามมาตรา 223 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ก็เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ เป็นการบัญญัติมิให้ศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าว

โดยสรุปแล้ว ลักษณะการใช้อำนาจตาม รัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นก็ คือ การที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ การที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้อาศัย อำนาจตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในการกระทำการ ซึ่งเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วย่อมไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองในทุกกรณี ส่วนในกรณีที่ไมถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ก็คือ กรณีที่ องค์กรตามรัฐธรรมนูญมิได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการกระทำการ กล่าวคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติในการกระทำการ ซึ่งกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญกระทำการในฐานะที่เป็น องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นนั้นมีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแต่เป็นข้อพิพาททางปกครอง

4.1.2 ปัญหาของการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง

จากการพิจารณาลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วการใช้อำนาจที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ไม่ว่าลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นศาลจะตีความแบบอย่างกว้าง อย่างปานกลางหรืออย่างแคบดังที่ได้กล่าวไว้ในหัวข้อ 4.1.1 ซึ่งเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วย่อมไม่ถูกตรวจสอบโดยศาลปกครองในทุกกรณี แต่เมื่อพิจารณา

ตามมาตรา 223 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติว่าถ้ากรณีเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจดังกล่าวไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง การบัญญัติมาตรา 223 วรรคสองเพื่อเป็นการยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองในกรณีดังกล่าวนี้ ทำให้ต้องมีการแปลความว่าในกรณีใดบ้างที่เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ว่าเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญบ้าง เนื่องจากการยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 วรรคสองนอกจากการใช้อำนาจจะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้อำนาจนั้นต้องเป็นการใช้อำนาจที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรนั้นๆ ด้วย

การที่บทบัญญัติมาตรา 223 วรรคสองบัญญัติยกเว้นเขตอำนาจของศาลปกครองโดยที่กรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด จากการวิเคราะห์เกี่ยวกับลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้วนั้นย่อมจะไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักการฟ้องคดีปกครองของเยอรมัน กล่าวคือ กรณีที่สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองของเยอรมันได้นั้นต้องเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจมหาชนและการใช้อำนาจนั้นต้องมีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแล้วก็มีอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

เมื่อพิจารณาจากหลักการของระบบกฎหมายเยอรมัน การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญใดที่จะนำไปสู่การที่จะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้นั้น ข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือเป็นปัญหาการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและอีกประการหนึ่งคือ คู่กรณีของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือเมื่อลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญใดจะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและคู่กรณีของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ เมื่อประกอบไปด้วยลักษณะ 2 ประการดังกล่าวแล้วย่อมทำให้ข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ และทำให้ลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าวย่อมไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ ส่วนการกระทำใดที่เป็นกรกระทำทางปกครองแล้วศาลปกครองย่อมเข้ามาตรวจสอบได้เสมอไม่ว่าองค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจเรียกว่าข้อพิพาทดังกล่าวว่าเป็นข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ข้อพิพาท

ทางรัฐธรรมนูญและข้อพิพาททางปกครองนั้นต่างก็เป็นข้อพิพาททางมหาชน จากลักษณะของข้อพิพาททางมหาชนดังกล่าว เมื่อข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจในการวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือไม่จะต้องพิจารณาจากเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ซึ่งหลักทั่วไปของการกำหนดอำนาจให้กับศาลรัฐธรรมนูญ จะเป็นไปตามหลักที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเฉพาะเท่าที่กฎหมายกำหนดหรือเรียกว่าหลักการ “Enumerationsprinzip” จากการกำหนดเขตอำนาจการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้มีผลทำให้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญทุกกรณีถ้าในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ถูกกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบได้ ซึ่งในกรณีที่มีได้กำหนดให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ และก็มีได้อยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองเช่นเดียวกัน ปัญหาในการที่จะวินิจฉัยว่าข้อพิพาทใดนั้นเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้พิจารณาจากหลักเกณฑ์ในทางเนื้อหาว่าลักษณะดังกล่าวเป็นข้อพิพาททางมหาชนหรือไม่ ส่วนในเรื่องที่เกี่ยวกับการอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ไม่ต้องนำมาพิจารณา ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้นอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ มิได้หมายความว่าถ้าข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญในเรื่องใด มิได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว จะมีใช้ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ทั้งนี้การตรวจสอบการใช้อำนาจจะขึ้นอยู่กับตุลาการใดหรือองค์กรใดก็ต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไปอีกส่วนหนึ่ง

เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 223 วรรคสอง นั้น เป็นกรณีที่ใช้อำนาจที่มีลักษณะของการกระทบต่อปัจเจกชน ซึ่งลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องใช้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือ พระราชบัญญัติอื่นประกอบด้วย ทำให้อาจตีความได้ว่า การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองมากกว่าที่จะเป็นการกระทำที่เป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น การใช้อำนาจเป็นกรณีที่มักจะกระทบต่อปัจเจกชนโดยตรง ทำให้ลักษณะของการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวมีลักษณะของการเป็นคำสั่งทางปกครองมากกว่าที่จะเป็นลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณา นิยาม ของ คำว่า คำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้ให้นิยามของ

คำสั่งทางปกครอง ว่า “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระวังซึ่งสิทธิ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าเป็นการถาวร หรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายรวมถึงการออกกฎ” จากนิยามของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวทำให้เห็นว่า การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครองมากกว่าที่จะเป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากลักษณะการใช้อำนาสดังกล่าวมีการกระทบต่อปัจเจกชนอันเข้าลักษณะของคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ในเรื่องของการตีความการใช้อำนาจนั้นมักจะมีการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังคงต้องใช้บทบัญญัติจากพระราชบัญญัติด้วยซึ่งกรณีดังกล่าวอาจตีความได้ว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองได้อีกทางหนึ่ง

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 223 วรรคสองซึ่งมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวเป็นลักษณะของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง กล่าวคือ มีลักษณะที่กำหนดว่าลักษณะการใช้อำนาสดังกล่าวเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งลักษณะดังกล่าวอาจนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับ หลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของเยอรมันที่มีหลักว่า เกี่ยวกับข้อพิพาทที่จะฟ้องศาลปกครองได้ต้องเข้าเงื่อนไขดังต่อไปนี้ คือ

1. ข้อพิพาทที่จะฟ้องต้องเป็นทางมหาชน โดยที่ ข้อพิพาททางมหาชน หมายถึง ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชน ข้อพิพาททางมหาชน จึงหมายถึงข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง และกฎหมายระหว่างประเทศ

2. ข้อพิพาทต้องมีใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หมายถึง ข้อพิพาทระหว่างผู้ที่มีสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมโดยตรงในทางรัฐธรรมนูญ โดยเรื่องที่ไม่มีส่วนร่วมนั้นจะต้องเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ที่มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น หรือที่เรียกกันว่า ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญโดยแท้ในการที่เป็นข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญโดยแท้นั้น อาศัยหลักเกณฑ์ 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก ข้อพิพาทในเรื่องดังกล่าวจะต้องเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการใช้บทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หรือเป็นปัญหาการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง คู่กรณีของข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญโดยแท้จึงเกิด

จากกรณีที่มิสสถานะเท่าเทียมกันในระดับรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จากลักษณะของข้อพิพาท จึงมีเงื่อนไขที่สำคัญ 2 ประการคือ การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกับกรณีที่ต้องเป็นองค์กรผู้ที่มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญโดยตรง

เมื่อพิจารณาแล้วบทบัญญัติตามมาตรา 223 วรรคสองนั้นมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะกรณีที่ตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน ทำให้กรณีดังกล่าวไม่อาจเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากมิใช่กรณีที่ เป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ และ เป็นกรณีที่มิสสถานะเท่าเทียมกันในระดับรัฐธรรมนูญ เพราะมีฝ่ายหนึ่งเป็นปัจเจกชน และนอกจากนี้ การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 223 วรรคสอง ก็มีใช้กรณีที่ข้อพิพาททางปกครองด้วย เนื่องจาก รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างชัดเจนการใช้อำนาจดังกล่าว เป็นลักษณะการใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง แม้การใช้อำนาจดังกล่าวจะกระทบต่อปัจเจกชนโดยตรงก็ตาม รวมทั้งเป็นไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546

ดังนั้น การที่มาตรา 223 วรรคสองกำหนดให้กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวพ้นไปจากการตรวจสอบของศาลปกครอง ผู้เขียนเห็นว่า มาตรา 223 วรรคสอง ไม่สามารถกำหนดขอบเขตได้อย่างชัดเจนว่า กรณีที่ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบได้เป็นเพราะกรณีตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น เป็นข้อพิพาทประเภทใด ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้มีใช้ทั้งข้อพิพาททางปกครองและข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของเยอรมัน ข้างต้น แม้บทบัญญัติตามมาตรา 223 วรรคสอง โดยเนื้อหาไม่อาจกำหนดได้ว่าเป็นข้อพิพาทประเภทใด แต่อย่างไรก็ตามก็ต้องถือว่า ลักษณะการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงเป็นข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนอย่างหนึ่ง ซึ่งตามระบบกฎหมายเยอรมัน ให้สิทธิผู้ที่ได้รับผลกระทบจากข้อพิพาททางมหาชน ทั้งนี้ไม่ว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะเป็นข้อพิพาททางปกครองหรือไม่และข้อพิพาทดังกล่าวมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากมีผู้ที่ถูกกระทบสิทธิยอมที่ให้ผู้ถูกระทบสิทธิสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ แต่กรณีตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น ได้จำกัดสิทธิของปัจเจกชนผู้ที่ได้รับผลกระทบว่ามีให้กรณีดังกล่าวฟ้องต่อศาลปกครอง นอกจากนี้การใช้อำนาจดังกล่าวขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นยังมีบางกรณีที่ให้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นที่สุดไม่สามารถฟ้องร้องต่อศาลใดได้อีก ซึ่งกรณีการที่ให้การใช้อำนาจนั้นเป็นที่สุด ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหมือนใช้อำนาจเป็นองค์กรตุลาการที่เป็นพิเศษ

ต่างหากจากองค์กรตุลาการที่มีอยู่ ทำให้ไม่มีศาลใดที่จะตรวจสอบการกระทำขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้อีก

จากการกำหนดขอบเขตของมาตรา 223 วรรคสอง ผู้เขียนเห็นว่ากรณีตามมาตรา 223 วรรคสอง เป็นการบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการกำหนดข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในการตรวจสอบของศาลปกครองรวมทั้งศาลอื่นและการที่กำหนดให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลได้นั้นขัดกับหลักนิติรัฐและหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการที่บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในระบบของเยอรมันแล้ว ในกรณีที่ข้อพิพาททางมหาชนแม้จะมีใช้ข้อพิพาททางปกครองหรือมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญก็ตามย่อมสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เสมอ สรุปได้ว่า ความสำคัญไม่ได้อยู่ที่ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวนั้น เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือจะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ หรือจะเป็นอำนาจในลักษณะใดก็ตาม ก็ไม่มีความสำคัญเท่ากับการคุ้มครองสิทธิทางศาลของปัจเจกชน

4.1.3 ปัญหาการตรวจสอบกฎหมายขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ตามมาตรา 223 วรรคสองที่ให้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง กรณีดังกล่าวอาจเป็นปัญหาได้ในกรณีที่การวินิจฉัยชี้ขาดนั้นจะต้องมีการชี้ขาดตัวกฎหมายที่ออกโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นด้วย เพราะการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น ในบางกรณีอาจจะต้องมีกฎหมายที่ต้องออกมา ก่อนเพื่อที่จะเป็นฐานในการวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในบางกรณีการใช้อำนาจนั้นเป็นที่สุดไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ในกรณีดังกล่าวหากเมื่อนำกฎหมายนั้นไปวินิจฉัยชี้ขาดก็อาจทำให้กฎหมายนั้นเป็นที่สุดไปในตัวด้วยโดยที่อาจจะไม่ได้รับการตรวจสอบก่อนโดยศาลปกครอง กรณีจึงเป็นปัญหาว่าศาลปกครองสามารถที่จะเข้าไปตรวจสอบกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาการตรวจสอบการออกกฎหมายขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเคยมีแนวคำวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจ

ออกกฎ ประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 145 (1)⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 34/2548 การแบ่งเขตเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลเป็นอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยประกอบกับมาตรา 13 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 การแบ่งเขตเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล จึงเป็นเรื่องที่คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางบริหารหรือทางปกครองแต่อย่างใด ทั้งนี้ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือ กรณีคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 457/2547 เรื่อง ประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งเรื่อง การจัดทำบัญชีรายรับรายจ่ายของสมุหบัญชีเลือกตั้ง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 ศาลปกครองกลางวินิจฉัยว่าการออกประกาศดังกล่าวเป็นการดำเนินการตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จากแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองวินิจฉัยว่าการออกกฎดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 145(1) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกรณีดังกล่าวน่าจะเป็นการออกกฎโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติที่เป็นการกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตของอำนาจ กล่าวคือ การออกกฎย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัตินั้นๆ มากกว่าที่จะเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 145(1) ที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปในการให้อำนาจในการออกกฎหรือออกประกาศเท่านั้น

หลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับยังไม่พบแนวคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยว่าการออกกฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ในการออกกฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถ้าได้มีกฎหมายกำหนดเขตอำนาจศาลที่ตรวจสอบไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น กฎที่เกี่ยวกับในการบริหารงานบุคคล กรณี

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

มาตรา 145 คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ออกประกาศกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามกฎหมาย

ตามมาตรา 144 วรรคสอง

ดังกล่าว ต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเสมอ

เกี่ยวกับการตรวจสอบการออกกฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการตรวจสอบกฎของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในคำสั่งศาลปกครองที่ 31/2550 ว่าศาลปกครองสามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ในการออกกฎดังกล่าว แม้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามมาตรา 236(1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 แต่เนื่องจากการใช้อำนาจดังกล่าว มิใช่เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 236 (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามมาตรา 235 วรรคสอง แต่เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ซึ่งเป็นอำนาจทางปกครองออกกฎ ในการแบ่งเขตเลือกตั้งสำหรับการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งในจังหวัดที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เกินสามคน เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 11 (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

นอกจากนี้การออกประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจในการออกกฎดังกล่าวเป็นคดีเลือกตั้งที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณีตามมาตรา 219 วรรคสาม ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2550 คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 235 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติให้เป็นผู้ควบคุมและดำเนินการจัดให้มีหรือจัดให้มีการเลือกตั้ง การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง เรื่อง กำหนดวันและเวลาลงคะแนนเสียงเลือกตั้งล่วงหน้า ณ ที่เลือกตั้งกลาง ว่า คดีนี้เป็นคดีพิพาทที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกาตามมาตรา 219 วรรคสาม ดังนั้นศาลปกครองสูงสุดไม่อาจรับฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาได้ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.37/2550 กรณีการออกระเบียบห้ามมิให้ผู้ใดขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุรา เป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้ง ออก

ระเบียบห้ามมิให้ผู้ใดขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุราทุกชนิด ในเขตเลือกตั้ง ระหว่างเวลา 18.00 นาฬิกา ของวันก่อนวันลงคะแนนเลือกตั้ง ณ ที่เลือกตั้งกลางหนึ่งวัน จนถึงวันลงคะแนนเลือกตั้ง ณ ที่เลือกตั้งกลาง ตามประกาศคณะกรรมการการเลือกตั้ง ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่าเป็นคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลฎีกาตามมาตรา 219 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เห็นได้ว่าหลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 การออกกฎหมายหรือประกาศดังกล่าวมิได้เป็นเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงตามแนวคำวินิจฉัยก่อนที่จะมีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ซึ่งทำให้การออกกฎหมายดังกล่าว ก็สามารถถูกตรวจสอบได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่มักเป็นปัญหาในการตรวจสอบ พระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 ได้มีการบัญญัติการตรวจสอบไว้ คือ มาตรา 22 ก็ให้การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ดำเนินการตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งและมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด ตามมาตราดังกล่าวก็อาจจะต้องแยกให้ได้ว่าการใช้อำนาจในการออกกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดหรือเป็นคดีเลือกตั้งที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์ตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี ซึ่งคงต้องดูจากแนวคำวินิจฉัยเป็นกรณีไป ทั้งนี้จากแนวคำวินิจฉัยที่ผู้เขียนเสนอไปแล้วนั้น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 31/2550 กรณีคดีพิพาทเกี่ยวกับการแบ่งเขตเลือกตั้ง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นกรณีการใช้อำนาจทางปกครองและมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองสูงสุด ในกรณีของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 36/2550 กรณีการออกประกาศกำหนดวันเลือกตั้งล่วงหน้า และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.37/2550 กรณีการออกระเบียบห้ามมิให้ผู้ใดขาย จำหน่าย จ่ายแจก หรือจัดเลี้ยงสุรา เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งที่มีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแต่อย่างใด แต่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์ตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี

แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 การตรวจสอบกฎหมายที่ออกโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นสามารถถูกตรวจสอบได้ในทุกกรณีก็ตาม ซึ่งแตกต่างจากต่าง

การออกกฎตามแนวคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่การออกกฎนั้นเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทำให้เป็นที่สุดไม่สามารถถูกตรวจสอบได้ แต่การที่มาตรา 223 วรรคสอง บัญญัติให้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นที่สุด กรณีดังกล่าวก็ทำให้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ที่ต้องอาศัยกฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมาย เนื่องจากการใช้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดต้องอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งกรณีนี้ทำให้กฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมายนั้นถูกชี้ขาดและเป็นที่สุดไปด้วย ซึ่งหากพบในภายหลังว่ากฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมายดังกล่าวไม่ถูกต้องก็จะทำให้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดกฎไปในตัวด้วย ทำให้กฎดังกล่าวเป็นที่สุดไปพร้อมกันกับการวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากกรณีดังกล่าวนี้สามารถให้การใช้อำนาจตามมาตรา 223 วรรคสอง สามารถถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ตามหลักนิติรัฐและหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสองแล้วปัญหาการตรวจสอบกฎที่ถูกชี้ขาดไปพร้อมกับอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมถูกแก้ปัญหาก็ได้และสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ

4.2 ปัญหาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

จากหัวข้อข้างต้นได้ทำการศึกษาว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น ต้องมีความหมายและขอบเขตอย่างไร จากแนวทางของการศึกษาเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง จึงจะสามารถศึกษาความหมายและขอบเขตของการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งก็คงต้องศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นหลัก ว่าศาลปกครองตีความว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นมีความหมายว่าอย่างไรและเพียงใด

เกี่ยวกับมาตรา 223 วรรคสองดังกล่าวนี้เมื่อพิจารณาในชั้นของกรรมวิธีการของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ในรายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 33/2550 ในวันจันทร์ที่ 25 มิถุนายน พ.ศ. 2550 คณะกรรมาธิการชี้แจงเกี่ยวกับมาตรา 223 วรรคสองว่า การที่บัญญัติข้อยกเว้นไว้ดังกล่าวนั้นมิได้เป็นการขยายเขตอำนาจศาลปกครอง หมายความว่า จะเป็นการตีความการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในกรณีอื่นหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วการที่บัญญัติไว้เช่นนั้น

เป็นเรื่องที่ทำให้เกิดความชัดเจนว่าศาลปกครองมีอำนาจเป็นเช่นไร เพื่อมิให้คดีเหล่านั้นขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลปกครอง และการบัญญัติดังกล่าวนั้นก็เพื่อมิให้กระทบกับอำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจที่ต้องวินิจฉัยชี้ขาดเอาไว้ ทำให้ศาลปกครองไม่มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดได้ โดยสรุปตามเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นต้องการให้คดีข้อพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญให้เป็นระบบมากขึ้น กล่าวคือ เป็นการนำการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมาอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองและการใช้อำนาจทางปกครองจะไม่ขยายไปถึงอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเนื่องจากการยกเว้นไว้ในวรรคสองของมาตรา 223 แล้ว นอกจากนี้ยังมีเจตนารมณ์ให้การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดในส่วนของมาตรา 223 วรรคสองถือเป็นยุติ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีดังกล่าวน่าจะเป็นกรณีที่ยังถือแนวทางตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 อยู่ที่ต้องการให้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 223 วรรคสองนั้นเป็นที่สุด และเมื่อพิจารณาตามมาตรา 223 วรรคสองก็ไม่มีกำหนดไว้ว่าให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นที่สุดหรือเป็นที่ยุติ การที่จะเป็นกรณีที่ยุติหรือเป็นที่สุดอาจจะต้องพิจารณาบทบัญญัติอื่นของรัฐธรรมนูญประกอบด้วย เช่น ตามมาตรา 239 ที่ให้การวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด ซึ่งการที่บัญญัติไว้ดังกล่าวคงเป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างที่มีความต้องการไม่ให้สับสนในเรื่องเขตอำนาจศาลจึงบัญญัติกรณีดังกล่าวให้เฉพาะเจาะจง นอกจากนั้นบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเมื่อกล่าวถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ต้องหมายถึงองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตามหมวดที่ 11 เท่านั้นซึ่งอาจจะสับสนกับคำว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายดั้งเดิมได้

จากบทบัญญัติมาตรา 223 วรรคสองประกอบกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นทำให้ในการตีความความหมายและขอบเขตของ การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้น ต้องพิจารณาว่าการวินิจฉัยชี้ขาดที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นบัญญัติกำหนดการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และการวินิจฉัยชี้ขาดต้องเป็นที่สุดซึ่งคำว่าวินิจฉัยชี้ขาด มีความหมายคือ การนำข้อกฎหมายมาปรับกับข้อเท็จจริงในแต่ละข้อพิพาทที่เกิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ต้องมีการนำกฎหมายหรือกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ มาปรับใช้ในแต่ละคดีหรือข้อพิพาทว่าจะทำการวินิจฉัยข้อพิพาทนั้นมีผลของคดีเป็นอย่างไร ซึ่งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทำการวินิจฉัยชี้ขาด กล่าวคือ

ต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงการวินิจฉัยชี้ขาดและต้องเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้

การจะศึกษาลักษณะและขอบเขตของอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 223 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นั้น มีความจำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองว่าได้มีแนวคำวินิจฉัยไว้อย่างไรบ้าง นอกจากนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าจะต้องนำเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญมาวินิจฉัยประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองด้วยจึงจะทำให้การศึกษาถึงลักษณะการใช้อำนาจตามมาตรา 223 วรรคสองมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วินิจฉัยว่า เป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 คงจะต้องนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับว่า ในกรณีใดบ้างที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดและการวินิจฉัยชี้ขาดเป็นที่สุด เมื่อศึกษาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น ก็ได้แก่ กรณีการใช้อำนาจตามมาตรา 145 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (การสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริงและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือ ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง) เช่น

คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 47/2544 กรณีการเพิกถอนประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับการรับรองผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 483/2548 กรณีนายทะเบียนพรรคการเมืองไม่ออกหนังสือรับรองการจัดตั้งสาขาพรรคการเมือง

คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 458/2547 กรณีคณะกรรมการกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง มีมติให้ชะลอการเบิกจ่ายเงินกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมือง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 836/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 895/2547 กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้ง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 681/2547, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 652/2548, คำสั่งศาลปกครองนครราชสีมาที่ 96/2547 กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรับรองผลการเลือกตั้ง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 955/2547, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 142/2548, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 381/2548 กรณีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งใหม่ทั้งการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 265/2548 คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 713/254, กรณีฟ้องว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ดำเนินการสืบสวนคำร้องคัดค้านการเลือกตั้ง

ในกรณีของศาลปกครองกลางเคยมีคำวินิจฉัยกรณีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติใช้อำนาจดำเนินการถอดถอนตามมาตรา 303-307 ในคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 853/2545

แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองหลังจากมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ศาลปกครองก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมิได้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองเช่นกัน แต่ในแนวคำวินิจฉัยไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าการใช้อำนาจที่เป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดแต่อย่างไร

ในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น โดยมากเป็นแนวคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นคดีเลือกตั้งที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแต่กรณีดังกล่าวอยู่ในเขตอำนาจของศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี ได้แก่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.39/2550 กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยคุณสมบัติของผู้สมัครรับสมัครรับเลือกตั้ง เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้บริหารท้องถิ่นของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งผู้บริหารท้องถิ่น อยู่ในอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 29/2551 กรณีการสั่งให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจสืบสวนสอบสวนเพื่อหาข้อเท็จจริง และวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอยู่นอกเหนืออำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 38/2551 กรณีตัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งอันเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาทนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 223

วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นอยู่ในอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 18/2552 กรณีคัดค้านการประกาศผลการเลือกตั้ง ได้แย้งการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดี ตามมาตรา 236 วรรคหนึ่ง (5) และ (7) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ และเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นอันอยู่ในอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ ตามมาตรา 219 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 294/2552 กรณีคัดค้านการนับคะแนนเลือกตั้ง เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ คดีนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น อันอยู่ในอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ ตามมาตรา 219 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มีข้อสังเกตว่ากรณีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 38/2551 เป็นการวินิจฉัยการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการตัดสินคดีให้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้ง และเป็นกรณีเดียวที่ศาลปกครองวินิจฉัยว่ากรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงที่เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 223 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นอยู่ในอำนาจพิจารณาและวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์ ตามมาตรา 219 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและกรณีการใช้อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ศาลปกครองวินิจฉัยว่าเป็นเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัยมาตรา 223 วรรคสอง ทั้งนี้แนวคำวินิจฉัยดังกล่าวมิได้วินิจฉัยว่าการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวเป็นที่ยุติหรือไม่ ได้แก่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 373/2552 กรณีการไต่สวนและสรุปสำนวนเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับเรื่องร้องเรียนการวินิจฉัยชี้ขาดของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนิน

กิจการทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัยมาตรา 223 วรรคสอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 65/2552 กรณีการใช้อำนาจตามมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญ การกระทำตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีตามที่กำหนดในมาตรา 245 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงกระทำการหรือละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองมีแนวคำวินิจฉัยที่วินิจฉัยว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 38/2551 ที่ วินิจฉัยว่าข้อพิพาทนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 223 วรรคสอง กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 373/2552 การใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัยมาตรา 223 วรรคสอง

โดยที่ในส่วนของการคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 38/2551 ดังกล่าวแม้จะกล่าวว่าการเลือกตั้งผู้สมัครรับเลือกตั้ง เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งอันเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ข้อพิพาทนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 223 วรรคสองก็ตาม แต่ก็ได้ชี้ชัดลงไปว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตราใดเป็นฐานของอำนาจที่วินิจฉัยชี้ขาด

สรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองได้ว่า ศาลปกครองวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเป็นการใช้อำนาจที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองโดยศาลปกครองมิได้แยกว่าการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวนี้เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่อย่างไร แต่ถ้าเป็นกรณีที่ไม่วางอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองแล้วกรณีก็จะเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 223 วรรคสองเสียเป็นส่วนใหญ่ แม้ว่าในบางกรณีเป็นการใช้อำนาจจะเป็นไปในลักษณะที่เป็นคดีที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลฎีกาหรือศาลอุทธรณ์ก็ตามแล้วแต่กรณี ซึ่งเมื่อไปพิจารณา

เจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้วผู้ร่างนั้นต้องการที่จะให้การใช้อำนาจตามมาตรา 223 วรรคสองดังกล่าวเป็นกรณีที่ต้องการให้การใช้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นเป็นที่สุด

เมื่อพิจารณาอำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีบทบัญญัติอยู่มาตราหนึ่ง คือกรณีตามมาตรา 239 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้ง วินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นที่สุด ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้ง กรณีการใช้อำนาจตามมาตรา 239 นี้มีคำวินิจฉัยของศาลฎีกาในคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 35/2551 กรณีที่นายพรชัย ศรีสุริยันต์โยธิน นายรุ่งโรจน์ ทองศรี และนายประกิจ พลเดช พรรคพลังประชาชนถูกคณะกรรมการการเลือกตั้งให้มีการเลือกตั้งใหม่และตัดสิทธิเลือกตั้งเป็นเวลา 1 ปี โดยยื่นคำร้องให้ศาลฎีกาเพิกถอนคำสั่งคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ตัดสิทธิเลือกตั้ง และมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่จะให้มีการเลือกตั้งใหม่ในเขตเลือกตั้งที่ 1 จังหวัดบุรีรัมย์ใหม่ และให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศรับรองได้รับเลือกเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเขต 1 จังหวัดบุรีรัมย์ ศาลฎีกาพิจารณาปรากฏข้อเท็จจริงตามคำร้องว่า ผู้ร้องทั้งสามซึ่งเป็นผู้สมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเขต 1 จังหวัดบุรีรัมย์ปรากฏตามข้อเท็จจริงว่า ก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเขต 1 จังหวัดบุรีรัมย์ คณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีมติเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งผู้ร้องทั้งสามเป็นเวลา 1 ปีและให้มีการเลือกตั้งใหม่ ดังนั้น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 239 วรรคหนึ่ง ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาในการพิจารณาวินิจฉัย ผู้ร้องทั้งสามจึงไม่มีสิทธิยื่นฟ้องคดีนี้ คำสั่งคำร้องของศาลฎีกาในคดีนี้เป็นที่ยืนยันว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่วินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งเป็นที่สุด มีข้อสังเกตว่าศาลฎีกายังวินิจฉัยไปตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546

เมื่อพิจารณาแล้วการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้นั้น เป็นการใช้อำนาจโดยตรงของรัฐธรรมนูญที่จะทำให้การวินิจฉัยชี้ขาดนั้นเป็นที่สุดที่จะทำให้ศาลหรือองค์กรอื่นเข้าไปควบคุมตรวจสอบไม่ได้ที่เป็นไปตามเจตนาที่แท้จริงของการร่างบทบัญญัติมาตรา 223 วรรคสองนั้น เมื่อพิจารณาตามมาตรา 239 วรรคหนึ่งที่ให้การเลือกตั้งใหม่หรือการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมีมติก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งเป็นที่สุด ประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่เคยวินิจฉัยการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 145 (3)

ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งแนวคำวินิจฉัยตามมาตรา 145 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่เคยวินิจฉัยไว้ว่าการวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่และการวินิจฉัยให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นที่สุดนั้น ผู้เขียนเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ได้นำมาบัญญัติเป็นข้อยกเว้นอย่างชัดเจนไว้ในรัฐธรรมนูญว่าการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจที่เป็นที่สุดประกอบกับการวินิจฉัยของศาลฎีกาในคำสั่งคำร้องของศาลฎีกาที่ 35/2551 ผู้เขียนเห็นว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 223 วรรคสองหมายถึงกรณีตามมาตรา 239 วรรคหนึ่งในส่วนของการใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง กล่าวคือ ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งใช้อำนาจตามมาตรา 236(5) (มาตรา 236(5)รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นมีการบัญญัติอำนาจหน้าที่เหมือนกับ มาตรา 145 (3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540) วินิจฉัยชี้ขาดให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดให้เป็นที่สุดตามรัฐธรรมนูญมาตรา 223 วรรคสอง

ในกรณีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาตินั้นศาลปกครองวินิจฉัยไว้ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 373/2552 เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัยมาตรา 223 วรรคสอง ซึ่งศาลปกครองวินิจฉัยชัดเจนแล้วกรณีนี้เป็นกรณีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 วรรคสอง ดังนั้นในกรณีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติขอบเขตตามมาตรา 223 วรรคสอง คือ การใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) แต่มีข้อสังเกตในกรณีการใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) ศาลปกครองมิได้วินิจฉัยว่ากรณีการใช้อำนาจดังกล่าวเป็นที่สุดหรือไม่และรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติให้มีการตรวจสอบกรณีดังกล่าวโดยศาลใดศาลหนึ่งโดยเฉพาะ

ในส่วนของผู้ตรวจการแผ่นดินและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินยังไม่พบแนวคำวินิจฉัยว่า กรณีการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญมาตราใดเป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ในส่วนของผู้ตรวจการแผ่นดิน มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 65/2552

กรณีการฟ้องร้องตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงกระทำการหรือละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ศาลวินิจฉัยว่าไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่มีได้วินิจฉัยว่า เป็นกรณีการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญมาตราใด เป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 วรรคสอง

ทั้งนี้เมื่อพิจารณาตามมาตรา 223 วรรคหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของศาลปกครองซึ่งหากเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวนั้นย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอยู่แล้วตามหลักทั่วไปที่ศาลปกครองมิได้มีอำนาจที่จะวินิจฉัยการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้นการที่บัญญัติข้อยกเว้นตามมาตรา 223 วรรคสองก็ย่อมหมายความว่าต้องเป็นกรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามวรรคหนึ่งก่อน จากนั้นเมื่อการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นอำนาจที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดแล้วย่อมเป็นการใช้อำนาจที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

มีข้อสังเกตว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญทั้งที่วินิจฉัยการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 แล้ว แนวคำวินิจฉัยการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามอำนาจตามมาตรา 145 (1) ที่เกี่ยวกับการการออกประกาศกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นแก่การปฏิบัติตามกฎหมายตามมาตรา 144 วรรคสอง นอกเหนือจากการวินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 145 (3) แล้ว การใช้อำนาจดังกล่าวก็เป็นที่สุด ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ส่วนแนวคำวินิจฉัยการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็จะพบว่า ในกรณีที่เป็นการออกกฎ หรือออกประกาศกำหนดการทั้งหลาย ก็สามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครองหรือศาลอื่น เช่น มีบางคำวินิจฉัยศาลปกครองวินิจฉัยว่าการออกกฎเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับคดีเลือกตั้งจึงอยู่ใน อำนาจของศาลฎีกา หรือ ศาลอุทธรณ์แล้วแต่กรณี หรือตามมาตรา 22 ที่บัญญัติว่า การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ดำเนินการตามมติของคณะกรรมการการเลือกตั้งและมีใช้การวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงขอบเขต การใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามมาตรา 223 วรรคสองแล้ว มาตราดังกล่าวได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจงไปในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดเท่านั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า กรณีการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดย่อมไม่รวมถึงการออกกฎขององค์การอิสระ

ด้วย เนื่องจากการออกกฎหมายมีกระบวนการตรวจสอบที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติแก้ปัญหานี้ไว้จากที่เคยเป็นปัญหาจากการตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกกฎหมายขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ