

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถูกจัดตั้งขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เพื่อให้องค์กรดังกล่าวทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ หลังจากที่มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถูกกำหนดให้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามหมวด 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 1 ที่ประกอบไปด้วย คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน โดยที่ผลของการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีใช้อำนาจได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจทางปกครอง

ในการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ถ้าเป็นกรณีที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจทางปกครอง กรณีย่อมถูกตรวจสอบการกระทำได้โดยศาลปกครอง ตามมาตรา 223 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชนหรือระหว่างหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ตามมาตรานี้ หากเมื่อนำไปเปรียบเทียบกับ เขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ตามมาตรา 223 วรรคหนึ่ง มีการบัญญัติรวมการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญให้อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครองไว้ด้วย ทำให้ศาลปกครองตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญได้ ทำให้ไม่ต้องเป็นปัญหาดังในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ใน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543

นอกจากองค์กรอิสระใช้อำนาจทางปกครองแล้วนั้น องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ซึ่งการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวในกรณีย่อมมิใช่การใช้อำนาจทางปกครอง จึงทำให้อำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวศาลปกครองไม่

สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการว่าข้อพิพาททางปกครองย่อมอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะวินิจฉัย นอกจากนี้การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญยังมีการใช้อำนาจในอีกลักษณะที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงยกเว้นอำนาจของศาลปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 223 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น” ซึ่งจากบทบัญญัติของมาตรา 223 วรรคสอง ทำให้ต้องศึกษาว่า อำนาจการวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้นั้นเป็นการใช้อำนาจโดยตรงของรัฐธรรมนูญ ว่าอำนาจในลักษณะดังกล่าวนี้มีลักษณะความหมายและขอบเขตเป็นอย่างไร ที่ทำให้ข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง กล่าวคือ เป็นข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามวรรคหนึ่ง ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ จากการศึกษาสรุปได้ดังนี้ว่า

1. บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น มักจะมีข้อความที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับอำนาจที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องตีความให้ได้ก่อนว่ากรณีใดบ้างที่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ซึ่งการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในเบื้องต้นต้องมียศประกอบอย่างน้อย 2 ประการ คือ องค์กรที่ใช้อำนาจจะต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญอาศัยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการ หากการกระทำดังกล่าวนี้ใช้อำนาจที่มีใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ หรือ พระราชกำหนด กรณีดังกล่าวก็มีถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น ต้องบัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และทางกฎหมายได้ด้วยจึงจะถือว่าการณิดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มิใช่แต่บัญญัติแต่เพียงการใช้อำนาจโดยทั่วไป ซึ่งเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการนั้น เมื่อพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ตีความลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว อาจแบ่งลักษณะการตีความของการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ กระทำการได้ในหลายลักษณะ กล่าวคือ

1. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง

กรณีนี้เป็นกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีการบัญญัติลักษณะอำนาจหน้าที่ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้และในการใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวนี้

บัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติลักษณะการใช้อำนาจไว้เป็นการทั่วไป โดยที่มีการบัญญัติลักษณะเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และ ผลทางกฎหมายไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ซึ่งลักษณะการใช้อำนาจดังกล่าว องค์การตามรัฐธรรมนูญต้องใช้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และทั้งจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบกัน

2. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างปานกลาง

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติต่างก็มีการบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ โดยที่ลักษณะของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัตินั้นก็มียกประกอบทางกฎหมายและเงื่อนไขไว้อย่างครบถ้วน สามารถที่จะอ้างบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวในการใช้อำนาจก็เป็นการสมบูรณ

3. การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างแคบ

การตีความลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญอย่างแคบนั้น เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียวที่บัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้โดยการใช้อำนาจเป็นการใช้อำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวศาลปกครองก็ได้นำหลักดังกล่าววินิจฉัยไว้ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ร. 717/2551 วินิจฉัยว่า การที่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติให้องค์กรใดเป็นผู้ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติดังกล่าวจะต้องบัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายไว้ด้วย หากใช่เพียงเป็นการบัญญัติถึงอำนาจโดยทั่วไปไม่ เมื่อมาตรา 244 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นเพียงบทบัญญัติที่กล่าวถึงอำนาจโดยทั่วไปของผู้ตรวจการแผ่นดินเท่านั้น มิได้บัญญัติถึงผลทางกฎหมายไว้ด้วย บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่ใช่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ

ในกรณีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการบัญญัติแต่เพียงอำนาจทั่วไป แต่การใช้อำนาจต้องใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติอื่นบัญญัติรับรองการใช้อำนาจไว้อีกชั้นหนึ่งแล้วนั้น กรณีดังกล่าวย่อมมิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ซึ่งกรณีดังกล่าวก็ขึ้นอยู่กับศาลว่าจะวินิจฉัยการใช้อำนาจว่าเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งกรณีถ้าเป็นว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวเป็นการบัญญัติ แต่เพียงอำนาจทั่วไปแต่การใช้อำนาจต้องใช้อำนาจจากพระราชบัญญัติในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจลักษณะการใช้อำนาจตาม ดังนั้น การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงนั้นก็ คือ การที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ การที่องค์กรตาม

รัฐธรรมนูญ ได้อาศัย อำนาจตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามกรอบอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกระทำการ กรณีเมื่อเป็นลักษณะการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญนั้น จะเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญหรือไม่ คงต้องพิจารณาอีกชั้นหนึ่งต่อว่า ลักษณะการใช้อำนาวดังกล่าว เป็นข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และ คู่กรณีของข้อพิพาทเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งจากลักษณะข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงมีเงื่อนไข 2 ประการ คือ การตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกับคู่กรณีจะต้องเป็นองค์กรที่มีส่วนเกี่ยวข้อง กับรัฐธรรมนูญโดยตรง

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทยนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับองค์กรของรัฐ ที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศส องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศสมีได้มีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับองค์กรองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศส เป็นการใช้อำนาจทางปกครองและอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองทุกกรณี แต่ถ้าเป็นกรณีการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส เช่น การใช้อำนาจของคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาวดังกล่าวก็ ไม่มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครองที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาได้ ซึ่งก็เป็นตามหลักที่ว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยได้

ส่วนในกรณีของประเทศเยอรมันนั้น ถือหลักการอำนาจฟ้องคดีอย่างกว้าง ไม่ว่าองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตามใช้อำนาจทางปกครอง ศาลปกครองย่อมเข้าไปตรวจสอบได้เสมอ แต่ถ้าองค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญกรณีย่อมเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญที่ศาลปกครองไม่สามารถพิจารณาวินิจฉัยได้

2. ในกรณีปัญหาการใช้อำนาจนินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง มาตรา 223 วรรคสอง บัญญัติว่า อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น บทบัญญัตินี้ในชั้นของกรรมวิธีการของสภาร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ว่าบัญญัติว่าต้องการให้มีความชัดเจนและเป็นระบบขึ้นเนื่องจากในอดีตนั้นคดีข้อพิพาทขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นค่อนข้างมีความสับสน สับสน ดังนั้น คำว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงหมายถึงองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น กล่าวคือ องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญมาตรา 223 เป็นการนำการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เว้นแต่กรณีใดที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่น ในกรณีของมาตรา 223

วรรคสอง การใช้อำนาจทางปกครองจะขยายไปถึงอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดหรือไม่ ตามวรรคสอง ต้องการยกเว้นไว้ว่าการใช้อำนาจทางปกครองนั้นไม่ขยายไปถึงอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดที่ รัฐธรรมนูญ ให้อำนาจโดยตรงโดยในชั้นยกร่างรัฐธรรมนูญได้มีการพิจารณาไปในแนวทางที่ว่า เจตนาที่แท้จริง ต้องการยกเว้นให้เฉพาะแต่กรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติว่า ให้องค์กรใด มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาด และ ให้การวินิจฉัยนั้น เป็นที่สุด โดยมีได้บัญญัติให้ศาลหรือองค์กรอื่นมีอำนาจทบทวนคำวินิจฉัย ดังกล่าวได้

เมื่อพิจารณาประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่วินิจฉัยเกี่ยวกับ การใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 และแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง หลังจากมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เกี่ยวกับ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีตามมาตรา 223 วรรคสอง ขอบเขตของมาตรา 223 วรรคสองดังกล่าว นั้นในกรณีการใช้ อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้ง คือ กรณีตามมาตรา 239 ที่บัญญัติว่าในการที่ คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง ก่อนประกาศผล การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการ เลือกตั้งเป็นที่สุด เนื่องจากบทบัญญัติตามมาตรา 223 วรรคสองนั้นต้องการให้การใช้อำนาจบาง ประการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

ในกรณีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาตินั้นศาลปกครอง วินิจฉัยไว้ใน คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 373/2552 เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามมาตรา 250 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นการ ใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มิใช่เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินกิจการทางปกครอง อันจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามนัย มาตรา 223 วรรคสอง

นอกจากนี้ ในกรณีที่การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการ ใช้อำนาจนั้นไม่เป็นที่สุดโดยที่รัฐธรรมนูญกำหนดว่า ให้การวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจ ตามรัฐธรรมนูญอยู่ในอำนาจของศาลใดศาลหนึ่ง กรณีดังกล่าวไม่อยู่ในขอบเขตของบทบัญญัติ มาตรา 223 วรรคสอง เนื่องจากถ้าไม่มีบทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ไม่มีผลทำให้การวินิจฉัยของศาล เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด ซึ่งศาลก็คงต้องวินิจฉัยว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญอยู่ในอำนาจของศาลนั้นๆตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดเอาไว้ นอกจากนี้การ ใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ไม่รวมถึงการออกกฎหมายขององค์กรอิสระ

ด้วย เนื่องจากการออกกฎหมายมีกระบวนการตรวจสอบที่ค่อนข้างชัดเจนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550

ตามมาตรา 223 วรรคสองกรณีการใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน แต่ถูกกำหนดให้กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวพ้นไปจากการตรวจสอบของศาลปกครอง ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับ หลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของเยอรมันที่มีหลักว่า ข้อพิพาทที่จะฟ้องศาลปกครองได้ นั้นต้องเป็น ข้อพิพาทที่จะฟ้องต้องเป็นทางมหาชน และ ข้อพิพาทต้องมีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้ว กรณีตามมาตรา 223 วรรคสองมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เพราะคู่กรณีตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น เป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน และก็มีใช้ทั้งข้อพิพาททางปกครอง ดังนั้นการบัญญัติมาตรา 223 วรรคสอง ในเรื่อง ของการยกเว้นอำนาจของศาลปกครอง นั้น ขัดกับหลักนิติรัฐ และ หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในระบบของเยอรมันแล้ว ในกรณีที่ข้อพิพาททางมหาชน แม้จะมีข้อพิพาททางปกครอง หรือ มีข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญก็ตาม ย่อมสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

3. การที่มาตรา 223 วรรคสอง บัญญัติให้การใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง และให้การใช้อำนาจดังกล่าว นั้นเป็นที่สุด กรณีดังกล่าวก็ทำให้การใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรง ที่ต้องอาศัยกฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมาย เนื่องจากการใช้การใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดต้องอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งกรณีนี้ทำให้กฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมายนั้นถูกชี้ขาดและเป็นที่สุดไปด้วย ซึ่งหากพบในภายหลังว่า กฎเกณฑ์ซึ่งออกตามกฎหมายดังกล่าว นั้น ไม่ถูกต้องก็จะทำให้การใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดดังกล่าวนั้นเป็นการใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาด กฎไปในตัว

จากปัญหาที่ได้สรุปมาทั้งหมดนั้นการตรวจสอบการใช้อำนาจของ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้น มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากการตรวจสอบของต่างประเทศมาก ซึ่งในต่างประเทศมีการตรวจสอบที่เป็นระบบมากกว่าในประเทศไทย เนื่องจากการพัฒนากฎหมายมหาชนมายาวนาน ซึ่งสำหรับประเทศไทยกับการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ที่เป็นการใช้อำนาจอวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น ศาลปกครองนั้นมิอำนาจที่จะตีความและกำหนดลักษณะของการใช้อำนาจดังกล่าวได้ว่ามีขอบเขตเพียงใด เนื่องจากเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 223 วรรคสอง แล้ว ความไม่ชัดเจนบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้น

อำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวมีลักษณะของการกระทบต่อปัจเจกชน นอกจากนี้ยังมีลักษณะของการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังกล่าวมีลักษณะของการเป็นคำสั่งทางปกครอง นอกจากนี้ตามมาตรา 223 วรรคสองนั้นมิใช่ข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ และ ก็มีใช้กรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครองด้วย ทำให้การบัญญัติมาตรา 223 วรรคสองนั้น เป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ และ หลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับการที่บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตาม

ในปัจจุบันศาลปกครองยังคงยึดแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ที่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองและเป็นที่สุด ไม่อาจถูกตรวจสอบจากองค์กรอื่นใดได้อีก แต่หลังจากที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บังคับใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่เป็นที่สุด ก็ถูกกำหนดไว้เฉพาะเจาะจงตามมาตรา 223 วรรคสองว่ากรณีการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยที่การวินิจฉัยชี้ขาดที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญนั้นบัญญัติกำหนดการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กรณีดังกล่าวผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้กรณีทวิวินิจฉัยแล้วเป็นที่สุด ในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นชัดเจนว่ากรณีดังกล่าวหมายถึงตามมาตรา 239 วรรคหนึ่ง แต่ในส่วนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่นนั้นกรณีดังกล่าวนั้นยังไม่ค่อยมีความชัดเจน ซึ่งกรณีต้องศึกษาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นกรณีๆไป

แต่เมื่อพิจารณาตามมาตรา 223 วรรคสอง การบัญญัติในกรณีดังกล่าวเป็นการบัญญัติเพื่อมิให้ข้อพิพาทตามมาตรา 223 วรรคสอง ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งการบัญญัติดังกล่าวนั้น เป็นการบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการกำหนดข้อพิพาทที่ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากหลักการฟ้องคดีอย่างกว้างของระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว กรณีตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น มิใช่กรณีที่เป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญเนื่องจาก เป็นกรณีที่กระทบต่อสิทธิของปัจเจกชน ทำให้กรณีดังกล่าวไม่อาจเป็นข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากมิใช่กรณีที่ เป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิตของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งก็มีใช้กรณีที่เป็นข้อพิพาททางปกครอง เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามก็ถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นข้อพิพาททางมหาชน ซึ่งหากกระทบต่อปัจเจกชนแล้วกรณีย่อมต้องสามารถใช้สิทธิทางศาลได้ ซึ่งกรณีตามมาตรา 223 วรรคสองนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักการประกันการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กรณีดังกล่าวนี้แม้ว่าอำนาจที่ใช้นี้จะถูกจัดเป็นข้อพิพาทประเภทใดก็ตาม เมื่อกระทบสิทธิปัจเจกชนแล้วก็ควรที่บุคคลจะใช้สิทธิทาง

ศาลได้เสมอ ทั้งนี้ตามมาตรา 223 วรรคสอง นั้นไม่มีการกำหนดไว้ว่าให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นที่สุด ผู้เขียนจึงเสนอแนะ การใช้อำนาจตามมาตรา 223 วรรคสองที่ไม่อยู่เขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าว ควรจะให้ศาลยุติธรรมสามารถที่จะตรวจสอบ เพราะศาลยุติธรรมมีอำนาจทั่วไปในการพิจารณาคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลอื่น กรณีก็จะเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักการประกันการใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และในระยะยาวการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา 223 วรรคสองให้กำหนดความหมายขอบเขตที่ชัดเจนของ รวมทั้งการตีความของศาลที่ควรจะให้ตีความให้หลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง มีผลคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนอย่างแท้จริง โดยตีความให้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและสามารถถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ก็จะเป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักนิติรัฐต่อไป