

บทที่ 1

ข้อคิดว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง และ บทบาทของผู้ตรวจการแผ่นดินในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง

แนวคิดว่าด้วยการเมืองการปกครองในรัฐสมัยใหม่ในปัจจุบัน ล้วนตั้งอยู่บนพื้นฐานว่า
รัฐมีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น และรัฐไม่สามารถกระทำใด ๆ อัน
เป็นการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วรัฐสมัยใหม่ในปัจจุบันได้
ขยายตัวอย่างรวดเร็ว และมีภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ เพิ่มขึ้นและซับซ้อน
มากขึ้นกว่าในอดีต ทำให้การใช้อำนาจรัฐมีโอกาสที่จะกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน
มากขึ้นด้วย ดังนั้น ปัญหาของรัฐสมัยใหม่จึงไม่ใช่การพิจารณาว่ามีความจำเป็นหรือไม่ที่จะต้อง
ควบคุมการใช้อำนาจรัฐ แต่ต้องพิจารณาว่ารัฐจะมีรูปแบบและวิธีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ
อย่างไรจึงจะ ครอบคลุม ตรวจสอบการ ใช้อำนาจรัฐ ทุก ๆ ด้านและมีประ สติภาพสูงสุด องค์การ
ผู้ตรวจการแผ่นดินก็เป็นหนึ่งในวิธีการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายปกครอง แนวคิดว่าด้วย
การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง โดยองค์การผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถแบ่งได้เป็น 3 หัวข้อ
ดังนี้

- 1.แนวคิดเกี่ยวกับรัฐเสรีประชาธิปไตย
- 2.การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง
3. องค์การผู้ตรวจการแผ่นดินกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง

1.1 แนวคิดเกี่ยวกับรัฐเสรีประชาธิปไตย

การปกครอง ในระบอบเสรีประชาธิปไตย เป็นการปกครองที่อำนาจอธิปไตยเป็น
อำนาจอสูงสุดของประชาชนซึ่งมอบให้รัฐใช้อำนาจปกครองประเทศ ประชาชนจึงเป็นทั้งผู้ปกครอง
และผู้ถูกปกครอง ทั้งนี้มีรากฐาน ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดว่าด้วย เสรีภาพและความเสมอภาค
รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยจะไม่สามารถอ้างความเป็นประชาธิปไตยไว้ได้เลย หาก
ปกครองประเทศโดยปราศจากหลักการว่าด้วยนิติรัฐ และหลักการแบ่งแยกอำนาจ

1.1.1 หลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” หรือ Legal State เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” ซึ่งเป็นคำที่นักวิชาการทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่งซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นนั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร¹

แนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐ คือ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐของผู้ปกครองเพื่อป้องกันมิให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ โดยการกำหนดให้ ผู้ปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจรัฐต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้ง และเป็นการทั่วไปว่าให้ใช้อำนาจได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไรเท่านั้น แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐ จึงมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย จนมีคำกล่าวว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (government of law and not of men) ความมุ่งหมายสำคัญของการกำหนดให้รัฐต้องปกครองภายใต้กฎหมายก็เพื่อต้องการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน รัฐจะกระทำการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนมิได้ เว้นแต่จะมี บทบัญญัติของกฎหมาย ให้อำนาจไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยยังคงเรียกร้องให้การปกครองของตนอยู่บนพื้นฐานของความมีเหตุมีผล การเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน การไม่ ใช้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงในกิจการของปัจเจกบุคคล เว้นเสียแต่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยชอบให้รัฐสามารถกระทำการดังกล่าวได้ องค์การเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายได้หากนโยบายนั้นรุกรานหรือจำกัดสิทธิของราษฎรจนถึงขนาด แม้ว่านโยบายที่กำหนดขึ้นนั้นจะเป็นไปเพื่ออำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะก็ตาม ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายปกครองที่ว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” และรัฐที่มีการปกครองโดยยึดถือหลักนิติรัฐเป็นสำคัญจะต้องให้สิทธิแก่ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐสามารถร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำละเมิด หรือ

¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “นิติรัฐ : หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย”, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, ในหนังสือรวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2540) น.1.

ฟ้องร้องต่อองค์กรตุลาการได้ เพื่อเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการ กระทำทางปกครอง อันจะทำให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกิดผลเป็นจริงขึ้นได้²

หลักนิติรัฐนอกจากจะเรียกร้องให้ผู้ปกครองใช้อำนาจอย่างจำกัดแล้ว ขณะเดียวกัน ก็เรียกร้องให้ รัฐทำหน้าที่ ปกป้องคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ประชาชน ด้วย ซึ่งสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ สิทธิมนุษยชนทั่วไป (Human Rights) ได้แก่ บรรดาสิทธิและเสรีภาพที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่เกิด เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ความเป็นอยู่ส่วนตัว เป็นต้น ส่วนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอีกประเภทหนึ่ง ึ่ง คือ สิทธิพลเมือง ซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพในทางการเมือง เช่น สิทธิเลือกตั้งและลงสมัครรับเลือกตั้ง เสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นพรรคการเมือง เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เป็นต้น เมื่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักการที่สำคัญ ส่งผลให้ รัฐต้องบัญญัติรับรอง และให้ความคุ้มครอง สิทธิและเสรีภาพ ขั้นพื้นฐาน ของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เสมอ ไม่ว่าจะบัญญัติไว้ในหมวดเฉพาะที่ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ หรือรับรองเรื่องสิทธิเสรีภาพไว้ในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่อาจล่วงละเมิดได้ จึงกล่าวได้ว่าแนวความคิดเรื่อง หลักนิติรัฐ ในด้านหนึ่งเป็นเรื่องของ การจำกัดอำนาจรัฐ และอีกด้านหนึ่ง เป็นเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งรัฐจะต้องสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของทั้งสองด้านให้เข้ากัน³

การปกครองโดยหลักนิติรัฐจะประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้⁴

1. บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับราษฎรนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่าง

² อุดม รัฐอมฤต , ระบบการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ , โครงการจัดทำตำราทางวิชาการประกอบการศึกษาหลักสูตรการเมืองการปกครองในระบอบประชาธิปไตยสำหรับนักบริหารระดับสูง (ปปร.) , (กรุงเทพมหานคร : วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า) น.4-5.

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย , (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน,2550), น.270- 271.

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, อ้างแล้ว เจริญธนาวัฒน์ 1, น. 6-7.

ใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

2. บรรดา กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใด และภายในขอบเขตอย่างไร ประการหนึ่ง และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปใน “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ อีกประการหนึ่ง

3. การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย หรือการควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารก็ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายก็ดี อาจจะเป็นองค์กร ตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ได้ อย่างไรก็ตามก็ตมองค์กรตุลาการนั้น ๆ จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และองค์กรฝ่ายบริหาร กล่าวคือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนนั้น องค์กรตุลาการไม่จำต้องฟังคำสั่งคำบัญชาจากองค์กรฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

เมื่อพื้นฐานของนิติรัฐ คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแค่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็ แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มีองค์กรตุลาการขึ้นมาโดยเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้องค์กรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ⁵ ในขณะเดียวกัน หลักการดังกล่าวของนิติรัฐ จะเป็นจริงขึ้นมาได้ในทางปฏิบัติไม่ได้เลย หาก อำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย อำนาจหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาตรวจสอบความถูกต้องของกฎหมายหรือการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท รวมศูนย์อยู่ในบุคคลหรือคณะบุคคล

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ , “หลัก นิติรัฐ และหลัก นิติธรรม ”. www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1448

เดียวกัน ดังนั้นในการสถาปนานิติรัฐขึ้นมาในรัฐหนึ่ง ๆ จึงจำเป็นต้องมีกลไกที่จัดให้อำนาจทั้งสาม มีองค์กรผู้ใช้ที่แตกต่างกัน และเป็นอิสระต่อกัน เพื่อให้อำนาจหนึ่ง ถ่วงดุล ตรวจสอบ ยับยั้งอีก อำนาจหนึ่ง อันจะทำให้ความมุ่งหมายของนิติรัฐในการคุ้มครองประชาชนเกิดผลเป็นจริงได้มากที่สุด ซึ่งเรียกว่าเป็น “การแบ่งแยกอำนาจ” นั่นเอง

1.1.2 หลักการแบ่งแยกอำนาจ

หลักนิติรัฐถือว่า “การแบ่งแยกอำนาจ” (Seperation of Powers) เป็นหลักการที่เป็นองค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ของหลักนิติรัฐ บุคคลที่ทำให้แนวคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางก็คือ มงเตสกีเยอ (Montesquieu) ซึ่งเขียนไว้ใน หนังสือชื่อ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย ” (L’Esprit des Lois) โดยเขาได้นำแนวคิดของ จอห์น ล็อก (John Locke) ที่ว่าด้วยการ แบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตยเพื่อให้ เกิดการถ่วงดุลการใช้ อำนาจรัฐ มาขยายความ มงเตสกีเยอ มีความเห็นเช่นเดียวกับ จอห์น ล็อกว่า ใครก็ตาม ที่มีอำนาจย่อมมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบได้เสมอ ดังนั้นเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบจึง จำเป็นต้องจัดระบบการปกครองในลักษณะที่ให้ผู้ถืออำนาจคนหนึ่งถ่วงหรือยับยั้งการใช้อำนาจเกินขอบเขตของผู้ถืออำนาจคนอื่น ๆ ได้ การควบคุมกา รัใช้อำนาจโดยมิชอบจึงต้องใช้วิธีการ แบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจ (Check and balances) ระหว่างผู้ถืออำนาจด้วยกันให้อยู่ในระดับพอเหมาะอยู่เสมอ ตามแนวคิดของมงเตสกีเยอนั้น ในแต่ละรัฐมีอำนาจอยู่ 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน แ ละอำนาจบริหารซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายแพ่ง รัฐบาลที่ดีจะต้องเป็นรัฐบาลที่อำนาจแต่ละอำนาจใช้โดยองค์กรแต่ละองค์กรที่ ต่างกัน เมื่อบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวมีการรวมอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารไว้ด้วยกัน เสรีภาพจะเกิดขึ้นไม่ได้ และไม่มีเสรีภาพอีกเช่นกันถ้าอำนาจตัดสินคดีไม่ได้แยกออกจาก อำนาจนิติบัญญัติหรือบริหาร ⁶

หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงเรียกร้องให้ รัฐมีการ แบ่งแยกการใช้ อำนาจหรือกระจาย (distribution) การใช้ อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น

⁶ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543) น.75-76.

สามประเภท⁷ คือ การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ได้แก่การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ราษฎร การบริหาร (Executive Function) ได้แก่การบังคับการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้ และการตุลาการ (Judicial Function) ได้แก่การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างราษฎรด้วยกันเองหรือระหว่างราษฎรกับเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ การแบ่งแยกอำนาจไม่จำเป็นเสมอไปที่จะต้องให้องค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งสามมีความเท่าเทียมกัน อำนาจใดอำนาจหนึ่งอาจอยู่เหนืออีกอำนาจได้ แต่มีใช้ว่าอยู่เหนือกว่าในลักษณะเด็ดขาดสมบูรณ์ แต่จะต้องมี มาตรการ ที่เป็นหลักประกันในการดำเนินการของแต่ละองค์กรเพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดยมิชอบ โดยการให้ผู้ถืออำนาจองค์กรหนึ่งถ่วงหรือยับยั้งการใช้อำนาจเกินขอบเขตขององค์กร ผู้ถืออำนาจองค์กรอื่นๆ ได้ การควบคุมการใช้อำนาจโดยมิชอบจึงต้องใช้วิธีการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจ ระหว่างองค์กรผู้ถืออำนาจด้วยกัน ให้อยู่ในระดับพอเหมาะอยู่เสมอกัน หัวใจสำคัญของหลักแบ่งแยกอำนาจก็คือ การดุลหรือคานอำนาจ (Check and balance) ซึ่งกันและกัน เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ประชาชนและจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย

แม้ว่ารัฐจะมีฐานะเป็นบุคคลอีกคนหนึ่ง แยกต่างหากจากราษฎรหรือพลเมืองของรัฐนั้น แต่รัฐก็เป็นบุคคลเชิงนามธรรมหรือนิติบุคคลเท่านั้น จึงไม่สามารถกระทำการหรือใช้อำนาจอธิปไตยได้ด้วยตนเอง รัฐจึงจำเป็นต้องมีบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ บุคคลและคณะบุคคลที่ใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐแทนรัฐ และในนามของรัฐนี้ เรียกว่า “องค์กรของรัฐ” (Organ of State) ซึ่งองค์กรของรัฐที่ตามหลัก การแบ่งแยกอำนาจ หรือการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย สามารถแบ่งได้เป็น 3 องค์กร ดังนี้

1. องค์กร ที่ใช้อำนาจ นิติบัญญัติ จะใช้อำนาจใน การนิติบัญญัติ (Legislative Function) ได้แก่ การตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ราษฎร รวมถึงการยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายด้วย หากจะพิจารณาถึงองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ในแต่ละยุคสมัยองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติก็มีความแตกต่างกันไป⁸ ในยุคสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชพระ เจ้าแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจ ส่วนในประเทศที่เป็นประชาธิปไตยกฎหมายจะตราขึ้นโดยรัฐสภาซึ่งประกอบด้วย

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, ข้อความคิด หลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน , ในหนังสือ รวมบทความบางเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม ,2540) น.60-61.

⁸ อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, น.11.

ตัวแทนของประชาชนทั่วประเทศ รัฐสภาจึงเป็นผู้ถืออำนาจนิติบัญญัติ คือ ตรากฎหมายเป็นการทั่วไปโดยไม่จำกัดระบอบบุคคลและมีผลบังคับให้บุคคลที่อยู่ภายใต้อำนาจต้องทำตาม ทั้งนี้มีเหตุผลที่สำคัญ 3 ประการ คือ ประการแรกเมื่ออำนาจสูงสุดเป็นของประชาชนการออกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องสำคัญต้องเป็นอำนาจของประชาชนโดยตรง จึงถือกันว่ากฎหมายคือเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ประการที่สอง เพื่อมิให้อำนาจสูงสุดทั้งหมดอยู่ในมือของคนคนเดียว หรือกลุ่มคนกลุ่มเดียวจึงให้องค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญที่สุด และประการสุดท้ายการตรากฎหมายโดยรัฐสภานี้จะมีผลเป็นการทั่วไป ใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในสังคมอย่างเสมอภาคกันอันจะเป็นการป้องกันการเลือกปฏิบัติหรือการใช้อำนาจดุลยพินิจที่มีขอบของเจ้าหน้าที่รัฐ

2. องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร การใช้อำนาจบริหาร (Executive Function) ได้แก่ การบังคับการให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ การใช้อำนาจบริหาร จะกระทำโดยองค์กรสองประเภท คือ “องค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล” (Government) กับ “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” (Administrative Organ)⁹ ทั้งสององค์กรเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารโดยองค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล จะใช้อำนาจบริหารในทางนโยบาย ส่วน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจบริหารในทางปกครอง

“องค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล” มีฐานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งประกอบไปด้วย

ก. พระมหากษัตริย์ ทรงมีฐานะเป็นประมุขของรัฐ ในขณะเดียวกัน ยังทรงเป็นประมุขของฝ่ายบริหารด้วย ทั้งนี้ทรงใช้พระราชอำนาจทางบริหารผ่านทางคณะรัฐมนตรี

ข. คณะรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรีประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีตามจำนวนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ค. องค์กร หรือเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง เช่น ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปลัดกระทรวง ผู้ว่าราชการจังหวัด ผู้บริหารท้องถิ่น ผู้บริหารรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการองค์การมหาชน

⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ , “แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง ” ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ 2 การกระทำทางปกครอง ชุดวิชาที่ 1,(กรุงเทพมหานคร : ธนาเพลส,2548) น. 20.

การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล ยังสามารถแบ่งได้อีกเป็นสองฐานะ คือ “การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล” กับ “การกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งการกระทำทั้งสองฐานะมีเงื่อนไขการใช้อำนาจ และการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจที่แตกต่างกัน การพิจารณาว่าการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาลเป็นการกระทำในฐานะใด มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสามทฤษฎี ได้แก่¹⁰

ทฤษฎีแรก พิจารณาจากลักษณะของการกระทำว่าเป็นการกระทำทางการเมือง หรืองานประจำ หากว่าเป็นการตัดสินใจเลือกทิศทางการบริหารราชการแผ่นดินว่าสมควรจะพัฒนา หรือแก้ไขปัญหาใดก่อนหลัง การกระทำได้กล่าวเรียกว่าเป็น “การกระทำทางการเมือง” แต่หากการกระทำนั้นเป็นการนำนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินที่กำหนดไว้ มาปฏิบัติให้สำเร็จลุล่วง เรียกว่าเป็น “การกระทำที่เป็นงานประจำ”¹¹

ทฤษฎีที่สอง พิจารณาจากลักษณะของอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล ว่าเป็นการใช้อำนาจดุลยพินิจ หรืออำนาจผูกพัน หากว่าเป็นการกระทำที่กฎหมายให้อำนาจวินิจฉัยและตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรกระทำการหรือไม่ เรียกว่าเป็น “การใช้อำนาจดุลยพินิจ” แต่หากมีกฎหมายกำหนดล่วงหน้าว่าเมื่อมีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้น จะต้องกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น เรียกว่าเป็น “การใช้อำนาจผูกพัน”¹²

ทฤษฎีสุดท้าย พิจารณาจากกฎหมายที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล หากว่ากระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ให้ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่หากว่ากระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ฯลฯ ให้ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “ฝ่ายปกครอง”¹³

¹⁰ เฟิงอ้าง, น.21-27.

¹¹ Francis-Paul BENOIT, Le droit administratif français, op.cit., p.15 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เฟิงอ้าง.

¹² R.CARRE de MALBERG, Contribution à la Theorie générale de l'Etat, Tome :I.Paris,recueil Sirey,reimprime par CNRS,(1962),pp. 523-548 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เฟิงอ้าง.

¹³ R.CARRE de MALBERG, *ibid*.

ผู้เขียนเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์ในทฤษฎีที่สาม เพราะการพิจารณาการกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาลจากกฎหมายที่มีลำดับชั้นแตกต่างกัน สอดคล้องกับความเป็นจริงที่ว่า รัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันต่างใช้อำนาจกระทำการตามกฎหมายทั้งสิ้น ไม่มีการใช้อำนาจตามข้อเท็จจริงเลย การใช้อำนาจตามกฎหมายซึ่งมีลำดับชั้นที่แตกต่างกันย่อมสะท้อนให้เห็นที่มาและความสำคัญของอำนาจนั้น การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น การที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภา การเสนอร่างกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา ล้วนเป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในฐานะที่เป็นหนึ่งในสามของอำนาจอธิปไตย ส่วนการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ เช่น การออกกฎกระทรวง การแต่งตั้งข้าราชการหรือถอดถอนข้าราชการออกจากตำแหน่ง เป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลข้าราชการขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาล ซึ่งมีได้เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยบริหารราชการแผ่นดินแต่ประการใด แต่เป็นการใช้อำนาจในทางบริหารราชการภายในองค์กรของรัฐเอง

เมื่อการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาลแบ่งได้เป็นสองฐานะ คือ การกระทำในฐานะที่เป็นรัฐบาล และการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ส่งผลให้การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทั้งสองฐานะมีความแตกต่างกัน คือ การกระทำในฐานะรัฐบาลเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และเป็นการกระทำการแทนรัฐ บุคคลที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจนี้ซึ่งได้แก่ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี จะมีวาระการดำรงตำแหน่งเพียงชั่วคราวตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และจะดำรงตำแหน่งได้ครบเท่าที่รัฐสภาให้ความยินยอมเท่านั้น การกระทำในฐานะรัฐบาลจึงต้องควบคุมตรวจสอบโดยรัฐสภา และโดยวิถีทางที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น การกระทำในฐานะรัฐบาลจึงต้องรับผิดชอบทางการเมืองโดยตรงต่อรัฐสภา ส่วนการกระทำในฐานะฝ่ายปกครอง เป็นการใช้อำนาจบริหารภายในขององค์กรของรัฐฝ่ายรัฐบาลซึ่งถือเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายปกครอง มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมข้าราชการในหน่วยงานทางปกครองได้ ดังนั้นหากคณะรัฐบาลกระทำการใด ๆ ในฐานะของฝ่ายปกครอง กรณีนี้ก็ต้องควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองดังกล่าวได้ เช่นเดียวกับข้าราชการฝ่ายปกครองทั่วไป

ส่วนการใช้อำนาจบริหารในทางปกครองขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครองนั้น เป็นการใช้อำนาจในด้านการปฏิบัติตามนโยบายทางการเมืองที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร หรือรัฐบาลกำหนดขึ้น ซึ่งจะได้ศึกษาในหัวข้อถัดไป

3. องค์การที่ใช้อำนาจตุลาการ การใช้อำนาจ ตุลาการ (Judicial Function) ได้แก่ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างราษฎรด้วยตนเอง หรือระหว่างราษฎรกับเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีศาลเป็นผู้ใช้อำนาจตุลาการ ซึ่งการจะพิจารณาว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่ สามารถพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้¹⁴

ก. เกณฑ์จากความในทางกฎหมาย ซึ่งจะพิจารณาทบบัญญัติของกฎหมายหรือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่ามีการระบุหรือไม่ว่าองค์กรนั้นเป็นองค์กรตุลาการ หากมีการระบุไว้ก็ถือว่าครบหลักเกณฑ์จากความในกฎหมาย เช่น ตามรัฐธรรมนูญระบุชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ

ข. เกณฑ์ของความเป็นอิสระของผู้พิพากษา จะพิจารณาว่าในการปฏิบัติหน้าที่ตัดสินคดี ผู้พิพากษาต้องมีดุลยพินิจโดยอิสระที่จะตัดสินคดีตามกฎหมายโดยไม่ต้องเกรงกลัวต่ออำนาจหรืออิทธิพลใด ๆ หลักการข้อนี้จึงเรียกร้องให้องค์กรตุลาการและผู้พิพากษาต้องมีความเป็นอิสระปราศจากการครอบงำหรืออยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด

ค. เกณฑ์ของการผูกพันต่อกฎหมาย คือ การที่ศาลจะตัดสินชี้ขาดคดีใด ๆ จำ เป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตัดสินบนพื้นฐานของข้อกฎหมายที่กำหนดเอาไว้ ต้องมีกฎหมายมารองรับ การตัดสินคดีของตนเพื่อที่จะป้องกันมิให้ผู้พิพากษาดำเนินคดีตามอำเภอใจ หลักเกณฑ์นี้ยังรวมถึงการที่ผู้พิพากษามีอำนาจในการตีความกฎหมาย เพื่อค้นหากฎเกณฑ์และความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำในกฎหมายอีกด้วย

ง. เกณฑ์ในการจำกัดตนเองของศาล คือ องค์กรตุลาการไม่มีอำนาจริเริ่มกระทำการใด ๆ ได้ด้วยตนเอง จะต้องมีการเสนอเรื่องมาให้ศาล ศาลจึงจะมีอำนาจดำเนินกระบวนการพิจารณาตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดี เช่น การพิจารณาคำคู่ความ การรับฟังพยานหลักฐาน การออกคำสั่งหรือคำพิพากษา ซึ่งจะเห็นได้ว่าลักษณะดังกล่าวขององค์กรศาลแตกต่างจากการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติที่สามารถริเริ่มการกระทำการได้ด้วยตนเอง

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า การแบ่งแยกการใช้อำนาจอริปไตย ออกเป็นสามองค์กร ก็เพื่อป้องกันมิให้การใช้อำนาจ อริปไตย รวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งทั้งหมด เพราะผู้ปกครองอาจใช้อำนาจตามอำเภอใจได้ การแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตยจึงเป็นวิธีการที่จะทำให้หลักนิติรัฐหรือการปกครองโดยกฎหมายเกิดผลเป็นจริงขึ้นได้ในทางปฏิบัติ

¹⁴ อุดม รัฐอมฤต, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 2, น.16.

1.2 การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง

เมื่อพิจารณาการใช้อำนาจอธิปไตยขององค์กรของรัฐทั้งสามองค์กร องค์กรที่ใช้ อำนาจ แล้วมีผลกระทบต่อ วิธีชีวิตของ ประชาชน มากที่สุด ได้แก่ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารในทางปกครอง หรือ “ฝ่ายปกครอง “ เพราะ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ดำเนินการหรือปฏิบัติการต่าง ๆ ให้สัมฤทธิ์ผลเป็นไปตามนโยบายที่องค์กรที่ ใช้อำนาจบริหารในทางนโยบาย หรือ รัฐบาล กำหนดไว้ เมื่อการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมี ความ ใกล้ชิดกับประชาชนมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายตุลาการ ประกอบกับปัจจุบัน รัฐ สมัยใหม่มีการกิจการด้านการจัดทำบริการสาธารณะ ที่หลากหลาย และซับซ้อนมากขึ้น ส่งผลให้ การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง มีมากขึ้นตามไปด้วย ฉะนั้น เพื่อ ควบคุมให้ฝ่ายปกครองดำเนิน การกิจการด้านการจัดทำบริการสาธารณะ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และควบคุมมิให้ฝ่ายปกครองใช้ อำนาจในทางที่จะล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งรวมถึงการเยียวยา ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองด้วย รัฐจึงจำเป็นต้องจัดให้มีระบบการ ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองให้ครอบคลุมทุก ๆ ด้านและมีประสิทธิภาพสูงสุด

1.2.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง และวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมตรวจสอบ

ดังที่ได้ศึกษาไปแล้วว่าองค์กรที่ทำหน้าที่ บังคับการให้เป็นไปตาม กฎหมาย ที่ ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมา ได้แก่ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร ซึ่งภายในองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารยัง แบ่งได้อีกเป็นสองส่วน คือ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารในทางนโยบาย หรือรัฐบาลซึ่งจะทำหน้าที่ กำหนดแนวทางหรือนโยบายการบริหารราชการแผ่นดิน แต่องค์กรที่จะทำให้นโยบายดังกล่าว สัมฤทธิ์ผลได้เป็นรูปธรรม หรือเรียกว่าเป็นฝ่ายปฏิบัติการ ได้แก่ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหารในทาง ปกครอง หรือที่เรียกกันว่า “ฝ่ายปกครอง” นั่นเอง

1.2.1.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

“องค์กรของ รัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง ” (Administrative Organ) เป็นบุคลากรภายในองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีฐานะเป็นข้าราชการประจำ ดำรง ตำแหน่งประจำในหน่วยงานราชการ ต่าง ๆ ทำหน้าที่ ปฏิบัติตามนโยบายที่รัฐบาลกำหนดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีหน้าที่และกำลังคนตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียด เป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของ

ประชาชน ในการพิจารณาความหมายของ ฝ่ายปกครอง นั้น โดยปกติแล้ว “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” ได้แก่ หน่วยงานของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของ นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ประกอบด้วย กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งมีฐานะเป็น ราชการส่วนกลาง จังหวัด อำเภอซึ่งมีฐานะเป็น ราชการส่วนภูมิภาค องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ องค์กรมหาชนต่าง ๆ องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเหล่านี้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการหรือ ประโยชน์ส่วนรวม ของประชาชน และเป็นฝ่ายปฏิบัติตาม นโยบายที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง กำหนดไว้ ซึ่งบุคลากรที่ทำหน้าที่ดำเนินการต่าง ๆ ได้แก่ บุคคล หรือคณะบุคคล ที่ปฏิบัติหน้าที่ ภายในองค์กรนั้น ๆ เอง เรียกว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ฝ่ายปกครอง ในความหมายนี้ ถือว่าเป็นฝ่ายปกครองในความหมายอย่างแคบหรือความหมายดั้งเดิม¹⁵

ส่วนฝ่ายปกครองในความหมายอย่างกว้างหรือความหมายสมัยใหม่ หมายความว่า รวมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และหน่วยงาน อิสระ ของรัฐด้วย “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” (Independent Regulatory Agency หรือ IRA) เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครอง แต่องค์กร เหล่านี้ไม่อยู่ ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแล ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือ คณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันว่าองค์กรดังกล่าวจะค ควบคุมตรวจสอบ กิจการของรัฐได้ อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่ถูกแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระของไทย ได้แก่ คณะกรร มการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งช ชาติ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น¹⁶ องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระใน ความหมายนี้หมายความว่าเฉพาะตัวบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเท่านั้น ส่วนหน่วยงานธุรการขององค์กร ดังกล่าวมีฐานะเป็น “หน่วยงานอิสระของรัฐ” หมายถึง หน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ เป็นหน่วยธุรการของ องค์กร ฝ่ายต่าง ๆ ซึ่งหน่วยงานธุรการเหล่านี้ใช้อำนาจในการบริหารงาน บุคคล การดำเนินการตามนโยบาย ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองทั้งสิ้น หน่วยงานอิสระของ รัฐ ได้แก่ หน่วยงานธุรการของฝ่าย นิติบัญญัติ เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและ

¹⁵ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 9*, น.12-15.

¹⁶ ดูรายละเอียดเกี่ยวกับ Independent Regulatory Agency ใน มีโชค เจ็ดอารีกิจ , “สถานะทางกฎหมายขององค์กรอิสระในระบบกฎหมายไทย”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551)

สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา หน่วยงานธุรการขององค์กรฝ่ายตุลาการต่าง ๆ เช่น สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลปกครอง เป็นต้น

ฉะนั้น ในรัฐสมัยใหม่ “ฝ่ายปกครอง” จึงหมายถึง องค์กรของ รัฐฝ่ายปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ หน่วยงานอิสระของรัฐ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระ เมื่อฝ่ายปกครองมีภารกิจในการปฏิบัติตามนโยบายทางการเมืองที่ฝ่ายรัฐบาลกำหนดขึ้น ฝ่ายปกครองจึง จำเป็นต้องมีหน้าที่และกำลังคน ตลอดจนเครื่องมือที่จะดำเนินการในรายละเอียดเป็นปกติประจำวันโดยปฏิบัติงานต่าง ๆ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ ส่วนรวมของประชาชน ที่ เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ¹⁷ ซึ่งผลิตผลของการใช้อำนาจอรรถตามที่กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ ดังเช่นพระราชบัญญัติของฝ่ายปกครองนี้ ที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” แต่ยิ่งฝ่ายปกครองมีภาระหน้าที่เพียงใด การใช้อำนาจมหาชนของฝ่าย ปกครอง ที่จะไปกระทบสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนก็มีมากขึ้น และอำนาจปกครองยังเป็นอำนาจที่หากไม่ได้มีมาตรการควบคุมระมัดระวังให้ดีแล้ว ก็จะเป็นอำนาจที่น่ากลัวในทางที่จะเป็นภัยต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ¹⁸ ดังนั้นจึงจำเป็นจะต้องมีระบบการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่าย ปกครอง เพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่าย บริหารสามารถตอบสนอง ความต้องการของสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง รัฐในฐานะผู้มอบอำนาจหน้าที่ให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินการแทน จึงต้องจัดกลไกหรือระบบการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเพื่อมิให้มีการใช้อำนาจในทางที่ไม่ถูกต้อง

1.2.1.2 วัตถุประสงค์การควบคุมตรวจสอบ

การควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง หรือที่เรียกสั้น ๆ ว่า “ฝ่ายปกครอง” นั้น สามารถควบคุมได้สองแบบ ทั้งนี้พิจารณาจากวัตถุประสงค์จะควบคุมที่แตกต่างกัน ได้แก่ การควบคุมเหนือการกระทำของฝ่ายปกครอง และการ ควบคุมเหนือบุคคลในฝ่ายปกครอง

¹⁷ ประยูร กาญจนดุล , คำอธิบายกฎหมายปกครอง , (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523) น.13-16.

¹⁸ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา , (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.175.

(1) การควบคุมเหนือการกระทำของฝ่ายปกครอง

“การกระทำของฝ่ายปกครอง” ถือว่าเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครองหรือเป็นความมุ่งหมายหลักของการควบคุมฝ่ายปกครอง¹⁹ ซึ่งการกระทำทางปกครองที่ว่านี้หมายถึง การใช้อำนาจรัฐตามที่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่น พระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำ ที่ในขอบเขตของกฎหมายเอกชนซึ่งต้องตกอยู่ในบังคับของกฎหมายเอกชน

การกระทำทางปกครอง ของฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งได้เป็น การกระทำทางกายภาพ และการกระทำในทางกฎหมาย

การกระทำทางกายภาพ หรือการปฏิบัติการทางปกครอง (Administrative Act) เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้กำลังกายภาพลงมือกระทำการอย่างหนึ่งขึ้น เช่น การรื้อถอนอาคาร ซึ่ง เมื่อลงมือปฏิบัติการแล้วการกระทำดังกล่าวย่อมไม่มีปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการกระทำ แต่หากการปฏิบัติการนั้นทำให้เกิดความเสียหายขึ้นจึงจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำละเมิดหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง การกระทำทางกายภาพจึงไม่มีการควบคุมก่อนกระทำการ แต่มีการแก้ไขภายหลังการกระทำการ ภายใต้หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

ส่วนการกระทำในทางกฎหมาย หรือนิติกรรมทางปกครอง เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ในฐานะที่กระทำการแทนรัฐ เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง การออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ดังนั้นจึงต้อง มีการควบคุมความสมบูรณ์ หรือความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าว เพราะรัฐ จะมีอำนาจเพียงเท่าที่ กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น ดังนั้นเมื่อกล่าวถึง “การควบคุมการกระทำทางปกครอง” จึงหมายถึงการควบคุมการกระทำในทางกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมการกระทำทางกายภาพ

การควบคุมการกระทำทางปกครองยังสามารถแบ่งการควบคุมออกได้เป็นอีกสองประเภทตามวัตถุประสงค์ของการควบคุม ได้แก่

ก.การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ ความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบ คือ กระบวนการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ทั้งเรื่องเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจ กระบวนการขั้นตอนการใช้อำนาจ และแบบของการกระทำ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548) น.24.

ในทางเนื้อหาอีกด้วย ซึ่งจะพิจารณาในรายละเอียดหรือเนื้อหาของการกระทำทางปกครองนั้น ว่าขัดหรือแย้งกับกฎหมายแม่บท หรือหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ หมายความว่า การกระทำทางปกครองนั้นเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ และมีความแน่นอนชัดเจน

ข. การควบคุมความเหมาะสมของการกระทำทางปกครอง เป็นการตรวจสอบการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ว่าในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง สามารถใช้ดุลยพินิจได้ ฝ่ายปกครองมีการใช้ดุลยพินิจภายใต้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่

(2) การควบคุมเหนือบุคคลในฝ่ายปกครอง

การควบคุมเหนือ “บุคคล” เป็นส่วนหนึ่งที่จะมีผลต่อการควบคุมการกระทำทางปกครอง เพราะการควบคุมตัวบุคคลที่เป็นผู้กระทำการได้ ย่อมจะส่งผลให้การกระทำทางปกครองสามารถบรรลุเป้าหมายได้เช่นกัน²⁰ การควบคุมเหนือตัวบุคคล ยังสามารถแบ่งเป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา และการควบคุมโดยผู้กำกับดูแล

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา รวมถึงการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองที่มีหน้าที่พิจารณาโทษ เป็นการควบคุมโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ผู้บังคับบัญชา มีอำนาจทั่วไปซึ่งตนมีอยู่เหนือผู้ใต้บังคับบัญชา ควบคุมตรวจสอบความประพฤติของผู้ใต้บังคับบัญชา หากเห็นว่าเป็นการประพฤติตนที่ไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชามี อำนาจสั่งการ และ ลงโทษได้ ทั้งนี้โดยใช้ความรับผิดชอบเป็นเครื่องมือในการควบคุม การควบคุมโดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชาถือว่าเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยแท้ เพราะเป็นการบริหารจัดการบุคลากรภายในฝ่ายปกครอง องค์กรผู้ใช้อำนาจอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการ ย่อมไม่สามารถแทรกแซงอำนาจบังคับบัญชาภายในองค์กรฝ่ายปกครองได้

ส่วนการควบคุมโดยผู้กำกับดูแลนั้น เป็นกรณีที่องค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ตรวจสอบความประพฤติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายเฉพาะเรื่อง กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ องค์กรกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และจะไม่มีอำนาจบังคับสั่งการลงโทษฝ่ายปกครองใด ๆ ทั้งสิ้น ตัวอย่างการควบคุมโดยผู้กำกับดูแล เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีหน้าที่ควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่รัฐประพฤติทุจริตต่อหน้าที่โดยเจ้าหน้าที่ เป็นต้น

²⁰ เฟื่องอ้าง, น.32.

1.2.2 หลักการเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง

ดังที่ได้ศึกษาแล้วว่า ปัจจุบันองค์กรของรัฐที่เป็น ฝ่ายปกครอง มีรูปแบบ องค์กรที่หลากหลายมากขึ้น ครอบคลุมถึงองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดของหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระด้วย รัฐในฐานะผู้มอบอำนาจให้ องค์กรต่าง ๆ ทำหน้าที่ปฏิบัติงาน ดำเนิน การ ตามนโยบายของรัฐบาล รัฐจึงต้อง มีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองให้อยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจ และเป็นไปในทิศทางที่รัฐบาลกำหนดเป็น แนวทางบริหารประเทศไว้ ทั้งนี้ ในการศึกษาถึงหลักการเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครองจะ พิจารณา เฉพาะการควบคุมเหนือการกระทำทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือการควบคุม นิติกรรมทางปกครองเท่านั้น โดยจะไม่พิจารณาหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำทาง กายภาพของฝ่ายปกครอง รวมถึงจะไม่พิจารณาหลักการเกี่ยวกับการควบคุมเหนือตัวบุคคลใน ฝ่ายปกครองด้วย

หลักการพื้นฐานที่ รัฐสมัยใหม่ ใช้ควบคุมการกระทำ ทางกฎหมาย ของฝ่ายปกครอง ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และหลักธรรมาภิบาล

1.2.2.1 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (le principe de légalité) เป็นหลักการพื้นฐานของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองประเทศภายใต้หลักนิติรัฐ หลักความชอบ ด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นหลักการที่เรียกร้องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้ อำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น หรือที่เรียกว่า “การกระทำทางปกครองต้องไม่ ขัดต่อกฎหมาย” และหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ ฝ่ายปกครองก็ไม่สามารถที่จะดำเนินการใดๆได้ หรือที่เรียกว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ ” จึงเห็นได้ว่ากฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา ” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง อาจสรุป ได้ว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครอง หมายถึง การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมี ผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรอง และให้ความคุ้มครองแก่ ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าว โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย โดยนัยนี้กฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา ” และ “ข้อจำกัด” ของ

อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำทางปกครอง จึงเป็นเพียงการบังคับให้การเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น²¹

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ในด้านหนึ่งจึงเป็นการควบคุมการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐ ขณะเดียวกันอีกด้านหนึ่งก็เป็นหลักประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎร (Legal Security) กล่าวคือ กฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความแน่นอนชัดเจน ประชาชนสามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ว่าหากตนตัดสินใจกระทำการใดลงไปแล้ว ฝ่ายปกครองจะสั่งการอย่างไร อย่างไรก็ดี แม้ว่าหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นหลักประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎร และคุ้มครองประชาชน ให้ได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคจากฝ่ายปกครอง แต่หากปฏิบัติตามหลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเกินไปก็จะไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนเป็นรายกรณีได้ ฉะนั้น จึงต้องเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถมี “ดุลยพินิจ” ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย อำนาจดุลยพินิจถือเป็นอำนาจที่จำเป็นแก่การดำเนินภารกิจของรัฐ วัตถุประสงค์ จงมีผู้กล่าวว่าอำนาจดุลยพินิจ “เป็นสาระสำคัญของรัฐสมัยใหม่” ²² เพราะรัฐเสรีประชาธิปไตยในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงบทบาทมาเป็นรัฐสวัสดิการ มีการใช้อำนาจ รัฐแทรกแซงวิถีชีวิตของราษฎรในทุก ๆ ด้าน กฎหมายที่บังคับใช้ย่อมไม่อาจบัญญัติให้ ชัดเจน ครอบคลุมถึงสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็วได้ ฉะนั้นจึงต้องมีการให้อำนาจ แก่ฝ่ายปกครอง ใช้ดุลยพินิจ สั่งการเพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่ราษฎรเป็นกรณี ๆ แม้ว่าอำนาจดุลยพินิจ จะช่วยสร้างความยุติธรรมเฉพาะกรณีให้แก่ราษฎร แต่หากมีการใช้อำนาจดุลยพินิจโดยปราศจากการควบคุมที่มีประสิทธิภาพก็จะกลายเป็นช่องทางที่ฝ่ายปกครองจะล่องลະเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ได้ ฉะนั้นจำเป็นต้องสร้าง เส้นแบ่งระหว่าง “ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ” กับ “อำเภอใจของฝ่ายปกครอง” ให้มีความชัดเจน

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจึงเป็นการควบคุมการใช้ อำนาจขององค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางปกครอง ไม่ว่า องค์กรนั้นจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่าย

²¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลยพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ “ , ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภษมทรัพย์, (กรุงเทพมหานคร : พี.เค.พรินต์ติ้ง เฮ้าส์, 2531) น.195.

²² E.C.S. Wade and Godfrey Phillips, Constitutional Law, (London : Longmans, 1966) , p.67 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เพ็ญอักษร, น.198.

ปกครอง หรือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่กระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ล้วนแต่จะต้องใช้อำนาจกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง มีความหมายครอบคลุมถึงการควบคุม “การกระทำของฝ่ายปกครอง ” และ “การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ” ให้อยู่ภายในกรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และในกรณีของการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ยังจำเป็นต้องควบคุมถึงคุณภาพ หรือความเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจนั้นด้วย

1.2.2.2 หลักธรรมาภิบาล

คำว่า “ธรรมาภิบาล หรือการบริหารจัดการที่ดี หรือธรรมรัฐ หรือกลไกประชาธิปไตย ” มาจากคำว่า “Good Governance” ซึ่งปัจจุบันเป็นแนวความคิดที่นำไปใช้กันแพร่หลายทั้งในภาครัฐ และภาคเอกชน ไม่ว่าจะเป็นในระดับนานาชาติ ระดับชาติ หรือระดับ ภูมิภาค แนวความคิดเรื่องธรรมาภิบาลเป็นแนวความคิดที่ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1989 ในรายงานของธนาคารโลก²³ ซึ่งแสดงให้เห็นความสำคัญของการมี ธรรมาภิบาล เพื่อกำหนดกลไกอำนาจของภาครัฐในการบริหารจัดการทรัพยากรให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจสูงสุด กรอบความคิดว่าด้วยธรรมาภิบาลจึงเป็นการมุ่งแก้ไขและ ปั่นฟูปัญหาเศรษฐกิจ เป็นสำคัญ ต่อมาองค์การพัฒนาแห่งสหประชาชาติ (United Nations Development Programme หรือ UNDP) ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาวิเคราะห์และนำไปพัฒนาใช้ในด้านอื่น ๆ โดยมุ่งเน้นที่การพัฒนาคนในสังคมให้สามารถอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุข UNDP ได้จัดทำเอกสารนโยบายเรื่อง Governance for Sustainable Human development และให้คำนิยามของ Good Governance ว่าเป็นการเชื่อมโยงองค์ประกอบของสังคมสามส่วน คือ ภาคประชาชน (Civil Society) ภาคธุรกิจเอกชน (Private Sector) และภาครัฐ (State หรือ Public Sector) ให้เกิดความสมดุล และดำรงอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข และสังคมมีเสถียรภาพ²⁴ ปัจจุบันแนวคิดเรื่องธรรมาภิบาลจึงไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาเศรษฐกิจเพียงอย่างเดียว แต่เป็นการจัดสรรการใช้อำนาจรัฐให้มีประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน พร้อมกับการพัฒนารัฐในทุก ๆ ด้าน

²³ รายงานของธนาคารโลก เรื่อง Sub-Sahara Africa : From Crisis to Sustainable Growth

²⁴ อรพินท์ สฟโชคชัย, “สังคมเสถียรภาพและกลไกประชาธิปไตย(Good Governance)” รายงานที่ตีพิมพ์ใน, ฉบับที่ 20, น.5.

หลักการของธรรมาภิบาล มีลักษณะและเงื่อนไข ดังนี้²⁵

1. การมีส่วนร่วมของสาธารณชน (Public Participation) คือ กลไกที่ประชาชนมีโอกาสและมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นโอกาสในการเข้าร่วมโดยตรงหรือทางอ้อม เช่น การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และการให้ประชาชนมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น

2. ความสุจริตและโปร่งใส (Honesty and Transparency) คือ กลไกการใช้อำนาจอรัฐที่เปิดเผย สุจริต โปร่งใส ประชาชนสามารถเข้าถึงและได้รับข้อมูลข่าวสารอย่างเสรี เป็นธรรม ถูกต้อง และมีประสิทธิภาพ ซึ่งหมายถึงการที่ผู้เกี่ยวข้องทั้งหมดไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานกำกับดูแลหรือประชาชนต่างสามารถตรวจสอบและติดตาม กระบวนการ และผลการใช้อำนาจอรัฐ ได้ เช่น การเปิดโอกาสให้ประชาชนรับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของทางราชการ การมีกลไกควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐในทุก ๆ ด้าน เป็นต้น

3. ความรับผิดชอบต่อสังคม (Accountability) คือ การที่องค์กรของรัฐ ทุกฝ่าย ทั้งฝ่ายข้าราชการประจำ และฝ่ายการเมือง มีหน้าที่ดำเนินการเพื่อตอบสนองความต้องการของกลุ่มต่าง ๆ ในสังคมอย่างเป็นธรรม องค์กรของรัฐนอกจากจะมีความรับผิดชอบต่อผู้บังคับบัญชาหรือกลุ่มฐานเสียงทางการเมืองแล้ว ยังต้องรับผิดชอบต่อสังคมโดยรวมด้วย หัวใจของการแสดงความรับผิดชอบต่อสังคมก็คือ การมีกระบวนการใช้อำนาจอรัฐที่สุจริต โปร่งใส นั่นเอง

4. กลไกการเมืองที่ชอบธรรม (Political Legitimacy) คือ การที่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล เป็นที่ยอมรับของประชาชนในรัฐว่ามีความสุจริต เพียงธรรม มีความสามารถที่จะบริหารประเทศได้ อันแสดงถึงความชอบธรรมในการบริหารประเทศ ไม่ว่ารัฐบาลนั้นจะได้มาโดยวิธีการแต่งตั้งหรือเลือกตั้งก็ตาม

5. กลไกทางกฎหมายที่ยุติธรรมและชัดเจน (Fair Legal Framework and Predictability) คือ มีกรอบของกฎหมายที่ยุติธรรมและเป็นธรรมสำหรับกลุ่มคนต่าง ๆ ในสังคม กระบวนการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพ มีความแน่นอนชัดเจน ทำให้ประชาชนเข้าใจและรู้ว่าหากฝ่าฝืนกฎหมายจะได้รับผลอย่างไร หรือที่เรียกว่ามี หลักประกันความมั่นคงในนิติฐานะของราษฎร (Legal Security) นั่นเอง อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นและศรัทธาในกระบวนการยุติธรรมให้กับประชาชน และรวมถึงการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัย หากมีบทบัญญัติของ

²⁵ เรียบเรียงจาก อรพินท์ สฟโชคชัย, เพิ่งอ้าง, น.7.

กฎหมายใดที่ล้าสมัย เป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรม รัฐก็มีหน้าที่ต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมดังกล่าว

6. ประสิทธิภาพและประสิทธิผล (Efficiency and Effectiveness) คือ การใช้อำนาจรัฐต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการพัฒนารัฐให้มีความก้าวหน้าในทุก ๆ ด้าน ทั้งด้านการเมือง สังคมวัฒนธรรม และเศรษฐกิจ รัฐจึงต้องวางแผนการใช้อำนาจรัฐโดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องคำนึงประโยชน์ส่วนบุคคลหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย หากรัฐสามารถรักษาสสมดุลระหว่างประโยชน์ทั้งสองด้านได้ ก็แสดงว่า รัฐนั้นสามารถบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

ธรรมาภิบาล หรือ Good Governance จึงไม่ใช่หลักกฎหมาย แต่เป็นหลักการบริหารรัฐกิจหรือการบริหารงานของภาคราชการ ที่ผสมประโยชน์ของทุกภาคส่วนในสังคมเข้าด้วยกัน โดยตั้งอยู่บนรากฐานที่มั่นคงเป็นที่ยอมรับของคนส่วนใหญ่ในสังคม อันจะส่งผลให้สังคมนั้น ๆ เป็นสังคมที่มีความสงบสุข หากสังคมใดมีการบริหารจัดการที่ไม่ดี (Bad Governance) จะทำให้สังคมเกิด ปัญหาทั้งในภาคประชาชน และภาครัฐ เช่น ประชาชนได้รับบริการสาธารณะที่ไม่มีคุณภาพจากหน่วยงานราชการ ภาครัฐมีการ กำหนดนโยบายที่ไม่มีประสิทธิภาพ และไม่สามารถดำเนินการตามนโยบายเช่นนั้นได้ กระบวนการตัดสินใจไม่โปร่งใส การบริหารการคลังล้มเหลว ไม่สามารถควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีการแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรสาธารณะของคนบางกลุ่ม นักการเมืองและข้าราชการมีการทุจริต เป็นต้น²⁶ ธรรมาภิบาลเปรียบเสมือนภูมิคุ้มกันมิให้เกิดปัญหาดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น รัฐสมัยใหม่จึงให้ความสำคัญกับการสร้างธรรมาภิบาลในรัฐอย่างยิ่ง

การจะสร้างธรรมาภิบาล ในรัฐหนึ่ง ๆ ไม่จำเป็นว่าผู้บริหารประเทศ คือ รัฐบาลจะต้องมีขนาดเล็กหรือใหญ่ แต่ขึ้นกับคุณภาพและประสิทธิภาพขององค์กรต่าง ๆ ทั้งหมดของรัฐ ไม่ว่าจะเป็น องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐที่ ต้องมีความรับผิดชอบต่อสังคม นักการเมืองเป็นมืออาชีพ ซื่อสัตย์สุจริต คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลัก มีการใช้จ่ายเงินแผ่นดินที่มีประสิทธิภาพ กระบวนการยุติธรรมที่เที่ยงธรรมมีประสิทธิภาพ กระบวนการควบคุมและป้องกันการทุจริตคอร์รัปชัน การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง กล่าวได้ว่าทุกฝ่ายในสังคมต้องมีธรรมาภิบาล ได้แก่ ธรรมาภิบาลภาครัฐ ธรรมาภิบาลภาคธุรกิจ เอกชน และธรรมาภิบาลภาคประชาสังคม อาจกล่าวได้ว่า “หลักธรรมาภิบาล” เป็นสิ่งที่สนับสนุนการ

²⁶ เฟื่องอ้าง, น.6.

สร้างนิติรัฐขึ้นมาในรัฐหนึ่ง ๆ และการที่รัฐจะมีธรรมาภิบาลได้นั้นปัจจัยเรื่อง ความเป็นสังคม ประชาธิปไตยก็เป็นพื้นฐานของการมีธรรมาภิบาลในรัฐนั้น แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐใดที่เป็น ประชาธิปไตยจะมีธรรมาภิบาลโดยอัตโนมัติ²⁷ หากแต่รัฐต้องจัดกลไกการบริหารประเทศให้เกิด ความสมดุลระหว่าง ภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคม ดังนั้น การบริหารรัฐกิจในยุคสมัยใหม่ ภายใต้ การปกครองระบอบประชาธิปไตย จึงต้อง คำนึงถึงการ สร้างความสมดุลระหว่าง ภาครัฐกับ ภาคส่วนต่าง ๆ ในสังคมโดยเฉพาะภาคประชาชน ส่งผลให้การใช้อำนาจอรัฐไม่ว่าใช้ผ่านองค์กรใด จะต้องกระทำการด้วยความสุจริต โปร่งใส ตรวจสอบได้ และสิ่งที่สำคัญที่สุดคือต้องมี กระบวนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐที่ครอบคลุมทุกด้าน เพื่อป้องกันการใช้อำนาจโดย มิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ

ดังที่ได้ศึกษามาแล้วว่า ในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น การควบคุม “ความชอบด้วยกฎหมาย” ถือเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งการควบคุม การกระทำของฝ่ายปกครองและการควบคุมการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง เพราะการควบคุม ฝ่ายปกครองทุกลักษณะไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรือการควบคุมภายนอก ฝ่ายปกครองต่างก็มุ่งควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ²⁸ แต่ในกรณีการควบคุม การใช้ ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ยัง จะต้องควบคุมถึงคุณภาพ ความสุจริต เป็นธรรม และ ความเหมาะสมของการใช้ดุลยพินิจนั้นด้วย เพื่อคุ้มครองประชาชนและค ควบคุมมิให้ฝ่ายปกครอง ใช้ดุลยพินิจตามอำเภอใจ และแม้ว่าการกระทำของฝ่ายปกครองจะชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นสร้างความไม่พอใจให้กับประชาชน เช่น ความล่าช้า การเลือกป ฏิบัติ การบริการที่ไม่สุภาพ กรณีเหล่านี้ก็จำเป็นต้องตรวจสอบและแก้ไขปรับปรุงเช่นกัน การควบคุม ความเหมาะสม เป็นธรรม หรืออาจเรียกว่า “คุณภาพหรือ ประสิทธิภาพ” ของฝ่ายปกครอง จึงเป็น สิ่งสำคัญไม่น้อยไปกว่าความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพราะคุ ณภาพหรือ ประสิทธิภาพของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนี้ เป็นสิ่งที่แสดงถึง ความมีธรรมาภิบาลใน ฝ่ายปกครอง เพราะการกระทำทางปกครองที่ไม่ดี (Bad administrative) ไม่จำเป็นจะต้องเป็น

²⁷ Linda C. Relf, The Ombudsman, Good Governance, and the international human right system, (Netherlands : Martinus Nijhoff Publishers, 2004) p.64.

²⁸ บรรเจิด สิงคนติ, อ้าวแล้ว เจริญรอกที่ 15, น.34.

การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁹ สมอ ไป²⁹ การกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจสร้าง ความเดือดร้อน หรือไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนได้ หากรัฐใช้อำนาจโดยคำนึงถึงแต่ความ ถูกต้อง ตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพียงอย่างเดียว โดยไม่คำนึงถึง ความพึงพอใจของประชาชนที่ ต้องการได้รับบริการที่มีคุณภาพ รวดเร็ว ไม่เลือกปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ใช้ดุลยพินิจที่เหมาะสม อาจ เรียกได้ว่าเป็น “ความไร้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ หรืออธรรมาภิบาล ” (Maladministration)

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หลัก ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็น การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองและการใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ให้อยู่ภายในกรอบ ที่กฎหมายให้อำนาจไว้ ส่วนหลักธรรมาภิบาลนั้นเป็นการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง และ การใช้ดุลยพินิจของฝ่ายปกครอง ให้มีความเหมาะสม เป็นธรรม หรือ เรียกว่า การควบคุม ประสิทธิภาพของการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

1.2.3 รูปแบบการควบคุมตรวจสอบของฝ่ายปกครอง

ในการศึกษารูปแบบของการ ควบคุมตรวจสอบการก ระทำของ ฝ่ายปกครอง นั้น สามารถศึกษาได้หลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับว่าจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา เช่น พิจารณาจาก ช่วงเวลาที่ควบคุม ซึ่งแบ่งได้เป็นการควบคุมก่อนการใช้อำนาจและการควบคุม ภายหลังการใช้ อำนาจ การพิจารณาจากองค์กรที่ควบคุม ซึ่งแบ่งเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง หรือการพิจารณาจากองค์กรที่ควบคุม ซึ่งแบ่งเป็นการควบคุม โดยรัฐสภา การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ และการควบคุมโดยองค์กรอิสระ ในการศึกษานี้จะ พิจารณารูปแบบการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ใน การควบคุม ซึ่งได้แก่ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการควบคุม ความเหมาะสมเป็นธรรมของการกระทำทางปกครอง

²⁹ J.O.Kuye and U.Kakumba, “The ombudsman institutions in the procurement of legal responsibilities in Commonwealth :an overview of Canada, South Africa and Uganda”, Journal of Public Administration, V 43 n 3.1, p.162 (October 2008).

1.2.3.1 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

ในการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นถือว่า “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย” เป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะ “หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้กำกับดูแลที่ดี หรือการควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ รวมถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เองจึงถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง³⁰

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองสามารถควบคุมได้ทั้งโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองและโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ซึ่งในการศึกษานี้ จะศึกษาเฉพาะเรื่องการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองเท่านั้น โดยจะพิจารณาเฉพาะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ใกล้เคียงกับองค์กรอิสระของประเทศไทย องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ได้แก่

(1.) องค์กรตุลาการ

ในบรรดาระบบการควบคุมการกระทำทางปกครอง อาจกล่าวได้ว่าการควบคุมโดยองค์กรตุลาการเป็นระบบการควบคุมที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนดีที่สุด โดยมีเหตุผลสนับสนุนดังนี้³¹

ก. ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ มีหลักประกันความอิสระของศาล เพื่อให้ศาลวินิจฉัยคดีโดยไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ ทั้งสิ้น

ข. เมื่อราษฎรได้ยื่นฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ ดังนั้นราษฎรจึงได้รับหลักประกันว่า “ทุกข์” หรือความเดือดร้อนของตน หากมีอยู่จริงจะได้รับการขจัดบำบัดไปภายในเวลาอันสมควร ซึ่งหลักประกันข้อนี้ไม่อาจพบได้ในการควบคุมระบบอื่น ๆ

³⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15, น.36.

³¹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2544) น.56.

ค. วิธีพิจารณาคดีของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟัง การพิจารณาคดีได้ และเปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบสนับสนุน ข้ออ้างข้อเถียงของตน และหักล้างข้ออ้างข้อเถียงของฝ่ายตรงกันข้ามได้อย่างเต็มที่ และ

ง. ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลต้องแสดง ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นเหตุผลในการวินิจฉัยข้อพิพาทไปทางใดทางหนึ่งให้ปรากฏแก่ คู่ความและสาธารณชนโดยทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่าศาลจะไม่พิพากษาคดี ตามอำเภอใจได้เป็นอย่างดีเช่นกัน

รูปแบบขององค์กรตุลาการในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง สามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ รูปแบบศาลเดี่ยวซึ่งให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททุกประเภททั้ง คดีแพ่ง คดีอาญา แล ะคดีปกครอง รูปแบบศาลเดี่ยวนี้มักใช้ในกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมาย แบบจารีตประเพณี (Common Law) เช่น อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา และระบบศาลคู่ซึ่งให้ ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญานั้น ส่วนคดีปกครอง แยกให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัย ประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ใช้ ระบบประมวลกฎหมาย เช่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน เป็นต้น

แม้ว่าการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการจะมีข้อดี คือ คำสั่งหรือคำพิพากษา ของศาลมีผลผูกพัน คู่ความในคดี หากคู่ความไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือคำพิพากษาก็จะต้องถูก บังคับคดี แต่การดำเนินการขององค์กรตุลาการก็มีข้อจำกัด ที่สำคัญ คือ องค์กรตุลาการจะ ตรวจสอบเฉพาะความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจ ตรวจสอบความเหมาะสมชอบธรรมของการกระทำ ทางปกครอง ทำให้ปัญหาความไม่เป็นธรรม ที่เกิดจากการกระทำทางปกครอง ไม่มีช่องทางที่จะเยียวยาแก้ไขได้ นอกจากนี้ การควบคุมโดย องค์กรตุลาการจะมีขอบเขตจำกัดเท่าที่กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจควบคุมเท่านั้น ทำให้ องค์กรตุลาการมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครองอย่างจำกัดภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมาย กำหนดไว้ เช่น เงื่อนไขการฟ้องคดีปกครอง การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล การรับฟัง พยานหลักฐานในคดี การตัดสินคดี เป็นต้น ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างทันที่ที่ ประชาชนผู้เสียหายจึงต้องทนรับภาระความเดือดร้อนเป็นเวลายาวนานกว่าที่ควร

(2.) องค์การควบคุมการทุจริตคอร์รัปชัน

ปัญหาเรื่องการทุจริตคอร์รัปชัน เป็นปัญหา สำคัญที่ พบเห็นได้เสมอในเกือบทุกประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่มีพัฒนาการทางการเมืองมายาวนาน หรือประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครอง ปัจจุบันปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันได้ทวีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น และมีภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมทำผิดร่วมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ซึ่งหากไม่มีระบบการควบคุมและป้องกันที่ดีก็ย่อมจะทำให้ประเทศต้องสูญเสียงบประมาณ และเสียโอกาสในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีภารกิจในการแก้ไขปราบปราม ปัญหาการทุจริตที่เกิดขึ้นแล้ว และป้องกันมิให้เกิดการทุจริตในหน่วยงานรัฐ

องค์กรที่ทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน จึงมีสถานะเป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐ เมื่อมีสถานะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบจึงต้องมีหลักประกันเรื่องความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ค่อนข้างสูง ซึ่งองค์กรที่ทำหน้าที่นี้ในต่างประเทศส่วนใหญ่จะได้รับการแต่งตั้งจากฝ่ายบริหารแต่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร ³² เช่น คณะกรรมการอิสระเพื่อต่อต้านการคอร์รัปชันประเทศฮ่องกง (Independent Commission Against Corruption - ICAC) คณะกรรมการอิสระต่อต้านการคอร์รัปชันของออสเตรเลีย (Independent Commission Against Corruption หรือ ICAC-NSW) สำนักงานสืบสวนสอบสวนการกระทำทุจริตแลประพฤติมิชอบประเทศสิงคโปร์ (Office of the Corrupt Practices Investigation Bureau หรือ CPIB) เป็นต้น

องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการทุจริตคอร์รัปชันนี้ จะควบคุมฝ่ายปกครองเฉพาะเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยมีขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะการกระทำที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอรัฐโดยมิชอบในเรื่องการทุจริตต่อหน้าที่ การคอร์รัปชัน การมีผลประโยชน์ขัดกันระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนตัว รวมไปถึงการประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐด้วย โดยหลักการแล้วองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชันจะมีภารกิจสองด้านด้วยกัน คือ ภารกิจด้านการปราบปรามการทุจริต คือ การสอบสวนเพื่อนำตัวผู้กระทำ ความผิดมาลงโทษตามมาตรการหรือกลไกที่กำหนดไว้ และภารกิจด้านการป้องกันการทุจริต

³² ชลัช จงสืบพันธ์, ความเป็นอิสระขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, รายงานการศึกษาวิจัยเสนอสถาบันพระปกเกล้า (กรุงเทพมหานคร : ธรรมดาเพรส, 2551) น.143.

(3.) องค์การตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชน เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลายาวนาน และเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในทุก ๆ ประเทศซึ่งการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นนั้นมีทั้งการละเมิดที่กระทำต่อบุคคล หรือการละเมิดที่กระทำต่อกลุ่มบุคคลต่าง ๆ องค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับปัญหาดังกล่าวมาตลอด โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติได้จัดประชุมเชิงปฏิบัติการระหว่างประเทศเพื่อกำหนดหลักการที่เรียกว่า “หลักการปารีส” (Paris Principle) โดยหลักการดังกล่าวนี้ เน้นว่าควรมีการจัดตั้งสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติโดยตรง เพื่อทำหน้าที่ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และยังสามารถกำหนดมาตรฐานสากลของสถาบันสิทธิมนุษยชนระดับชาติ ไว้ 6 ประการ คือ ³³ 1. ความมีอิสระ 2. การมีอำนาจหน้าที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งในตามรัฐธรรมนูญของประเทศ นั้น ๆ และตามข้อตกลง กติกา อนุสัญญาระหว่าง ประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศ 3.การเข้าถึงได้ง่าย 4. การใช้หลักความร่วมมือในการปฏิบัติงาน 5.การปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ และ 6.การมีความรับผิดชอบต่อรัฐบาลและรัฐสภา

องค์การที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนจึงทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ภายในขอบเขตเฉพาะเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน เท่านั้น และจะเน้นการตรวจสอบเพื่อรวบรวมข้อมูล แล้วแจ้งให้รัฐบาลหรือรัฐสภาทราบเพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหานั้นในเชิงระบบมากกว่าการแก้ปัญหาเฉพาะราย

องค์การที่ทำหน้าที่ตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนในต่างประเทศ อาจอยู่ในรูปแบบ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนโดยตรง เช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินิวซีแลนด์ (Human Rights Commission) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและความเสมอภาคประเทศออสเตรเลีย (The Human Rights and Opportunity Commission) เป็นต้น หรืออาจรวมอยู่ในรูปแบบผู้ตรวจการแผ่นดินก็ได้ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ทั้งสามองค์การที่กล่าวมานี้ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้น และยังมีองค์การอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในขอบเขตที่แตกต่างกัน เช่น องค์การ ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินคงคลัง ซึ่งจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการบริหารการคลังหรืองบประมาณเพื่อให้การใช้จ่ายงบประมาณมี

³³ เฟื่องอ้าง, น.47-48.

ความถูกต้องมากที่สุด หรือองค์กรตรวจสอบการเลือกตั้งซึ่งจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการจัดการเลือกตั้ง

มีข้อที่น่าสังเกต คือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นการรูปแบบควบคุมฝ่ายปกครองภายหลังจากมีการกระทำทางปกครองนั้นแล้ว แต่การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อความเสียหายแก่ประชาชน ดังนั้นจึงต้องมีกระบวนการเยียวยาให้ผลของความเสียหายนั้นหมดสิ้นไป การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นการควบคุมแบบแก้ไข

1.2.3.2 การควบคุมความเหมาะสมเป็นธรรมของการกระทำทางปกครอง

การควบคุมความเหมาะสม เป็นธรรมของการกระทำทางปกครอง เป็นการควบคุมประสิทธิภาพของการใช้อำนาจอรัฐ ซึ่งการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐ แม้ว่าจะกระทำการตามที่กฎหมายให้อำนาจหน้าที่และกำหนดขั้นตอนไว้ อันส่งผลให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำดังกล่าวอาจสร้างความเดือดร้อน หรือทำให้บุคคลบุคคลหนึ่งได้รับความเสียหายก็ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่จำเป็นต้องเป็นการกระทำที่เหมาะสมเป็นธรรมเสมอไป ในการบริหารราชการแผ่นดินนั้น การใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว ไม่เพียงพอที่จะรักษาความสงบของบ้านเมืองและคุ้มครองสิทธิเสรีของประชาชนได้ แต่จะต้องคำนึงถึงความเป็นธรรมของการใช้อำนาจด้วย เพราะการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐแม้ว่าจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีช่องว่างที่อาจทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน เช่น การที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า เลือกปฏิบัติ ไม่มีประสานงานภายในองค์กรที่ดี จึงทำให้ประชาชนแต่ละคนได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกัน และไม่มีมาตรฐานในการให้บริการ สิ่งเหล่านี้ล้วนแสดงให้เห็นความบกพร่องของการบริหารจัดการหน่วยงานรัฐ หรือเรียกว่า “อธรรมาภิบาลในการบริหารราชการแผ่นดิน” (Maladministration) ด้วยเหตุนี้จึงเกิดความจำเป็นที่ต้องจัดตั้งองค์กรขึ้นมาองค์กรหนึ่งเพื่อทำหน้าที่แก้ไขปัญหาการปฏิบัติราชการที่ “ถูกกฎหมาย” แต่ “ไม่เป็นธรรมหรือไร้ประสิทธิภาพ” ซึ่งได้แก่ องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน นั่นเอง

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือ Ombudsman มีฐานะเป็นองค์กร อิสระที่ได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภาหรือรัฐบาล มีหน้าที่รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชนที่ได้ ได้รับความเดือดร้อนจากการที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจกระทำการทางปกครองโดยมิชอบ ทั้งการใช้อำนาจไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และการใช้ดุลยพินิจที่ไม่เหมาะสมไม่เป็นธรรม รวมเรียกว่าเป็น “ความไร้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ หรือ อธรรมาภิบาล ” (Maladministration) ซึ่งปัญหา เรื่องความไร้ประสิทธิภาพของการปฏิบัติราชการ หากเรื่องดังกล่าวเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็

สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ แต่หากการกระทำดังกล่าวไม่มีปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ประชาชนย่อมไม่สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ แต่สามารถร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้สอบสวนข้อเท็จจริงและหาทางแก้ไขปัญหานั้นได้ จึงกล่าวได้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่เสริมระบบการอำนวยความสะดวกยุติธรรมในระบบศาล ในขณะที่เดียวกัน การเปิดโอกาสที่ประชาชนร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อตรวจสอบประสิทธิภาพการทำงานของฝ่ายปกครอง ก็เป็นการสนับสนุนให้ประชาชนปกป้องสิทธิเสรีภาพของตนเองซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น

ขั้นตอนการทำงาน ผู้ตรวจการแผ่นดิน จะสอบสวนหาข้อเท็จจริง จากนั้นจึงทำความเข้าใจหรือข้อเสนอนั้นต่อฝ่ายปกครอง เพื่อให้ดำเนินการแก้ไขความผิดพลาดนั้น หากฝ่ายปกครองเพิกเฉยโดยไม่มีความเห็นสมควร ผู้ตรวจการแผ่นดิน จะรายงานให้รัฐสภาทราบเพื่อ ให้เป็นข้อมูลตรวจสอบฝ่ายปกครองในสภา และผู้ตรวจการแผ่นดินจะเผยแพร่ข้อเท็จจริง ที่เกิดขึ้นให้กับสาธารณชนทราบเพื่อกดดันให้ฝ่ายปกครองออกมาแสดงความรับผิดชอบต่อสังคม

เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงในเรื่องใดเสร็จแล้ว จะจัดทำรายงานสรุปข้อเท็จจริง พร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอนั้นในการปรับปรุงแก้ไขส่งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อพิจารณาดำเนินการตามความเห็นของผู้ตรวจการต่อไป ข้อที่น่าสังเกตคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจบังคับสั่งการให้หน่วยงานทางปกครอง กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หรือสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด หน่วยงานของรัฐจะปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินหรือไม่ก็ได้ การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจสั่งการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามความเห็นหรือคำแนะนำของผู้ตรวจการแผ่นดิน ก็เนื่องจากหลักการของสถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินที่มุ่งเน้นการเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ผิดพลาด ไม่เหมาะสม หรือไม่ป็นธรรมของฝ่ายปกครองให้ปรากฏแก่สาธารณชน แล้วใช้มติมหาชนเป็นแรงกดดันให้ฝ่ายปกครองยอมรับในความผิดพลาดของตนเพื่อหาทางแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสมต่อไป การดำเนินงานของผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงเน้นที่การแก้ไขความขัดแย้งอย่างสันติวิธี ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยประนีประนอมระหว่างประชาชนและหน่วยงานของรัฐ เพื่อสร้างความพึงพอใจให้ทั้งสองฝ่าย ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด ดังเช่นองค์กรศาล แต่มีเพียงอำนาจในการตรวจสอบและให้ข้อเสนอนั้นเพื่อนำไปสู่การดำเนินการแก้ไขและป้องกันมิให้เกิดปัญหาลักษณะเดียวกันในอนาคต แต่หากผู้ตรวจการแผ่นดินตรวจสอบพบว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นการกระทำที่ถูกต้อง ตามกฎหมายและเป็นการใช้ดุลยพินิจที่ชอบแล้ว ความ

บกพร่องจึงไม่ได้เกิดจากตัวเจ้าหน้าที่ แต่เกิดจากกฎหมาย กฎ ระเบียบที่ล้าสมัย ไม่เหมาะสม ผู้ตรวจการแผ่นดินจะแจ้งให้ฝ่ายปกครองและรัฐสภาทราบเพื่อแก้ไขกฎหมาย ระเบียบนั้น ๆ

กระบวนการตรวจสอบ ของผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงแตกต่างไปจากการควบคุม โดยวิธีทางอื่น เพราะผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการใด ๆ ทั้งสิ้น เป็นเพียงการ “ชี้แนะ” แนวทางที่ถูกต้องให้ฝ่ายปกครองทราบเท่านั้นโดยไม่แทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองยังมีอำนาจตัดสินใจที่จะทำหรือไม่ทำตามความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินก็ได้หากมีเหตุผลเพียงพอ กลไกการทำงานของ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นการทำหน้าที่ “เสริม” ระบบการตรวจสอบที่มีอยู่ เท่านั้น ไม่ใช่เป็นองค์กรหลักในการแก้ไขความบกพร่องในฝ่ายปกครอง ซึ่ง “องค์กรหลัก ” ที่ทำหน้าที่ ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ ฝ่ายปกครอง คือ องค์กรศาล เพราะมีหลักประกันความเป็นอิสระที่ดีที่สุด

เมื่อพิจารณาถึงภารกิจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน อาจแบ่งได้เป็น 2 ด้าน ³⁴ คือ การแก้ปัญหาให้ประชาชน และการพัฒนารูปแบบการใช้อำนาจรัฐ

1. การแก้ปัญหาให้ประชาชน

ประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐสามารถเรียกร้องให้รัฐแก้ไขความเดือดร้อนดังกล่าวได้หลายวิธี เช่น การร้องเรียนภายในหน่วยงานนั้น ๆ หรือการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล แต่กระบวนการดังกล่าวก็ไม่สามารถแก้ปัญหาของประชาชนได้ ทุกเรื่องโดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความไม่เป็นธรรมของการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ดังนั้น การจัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินจึง เป็นทางเลือกในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนในเรื่องที่ไม่สามารถใช้วิธีการทางศาลได้ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงมีบทบาทเหมือนตัวแทนของประชาชน ซึ่งจะดำเนินการ สอบสวนและแก้ไขปัญหตามคำร้องเรียนของประชาชน แล้วแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบเพื่อให้แก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นตามคำร้องเรียนเป็นกรณี ๆ ไป การทำหน้าที่แก้ไขปัญหให้กับประชาชนเป็นรายกรณีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะดำเนินการต่อเมื่อมีคำร้องเรียนของประชาชน แต่กฎหมายอาจกำหนดให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหยิบยกข้อเท็จจริงหรือปัญหาขึ้นพิจารณาได้เอง โดยไม่มีคำร้องเรียนจากผู้เสียหายก็ได้

³⁴ Mary Seneviratne, “Ombudsman 2000”. Nottingham Law Journal ,(April 2000) p.14.

2.การพัฒนาประสิทธิภาพของการใช้อำนาจอรัฐ

การออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ เพื่อใช้บังคับแก่ประชาชน หรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ อาจมีลักษณะที่ไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมแก่ประชาชน และประชาชนเองก็ไม่มีช่องทางที่จะสื่อสารทำความเข้าใจกับรัฐได้ ดังนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงมีหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐในทุกด้านทั้งการออกกฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย หากพบความบกพร่องทั้งที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรือจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่แจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบเพื่อแก้ไขความบกพร่องนั้น และยังมีหน้าที่รายงานต่อรัฐสภาเพื่อให้ติดตามผลการดำเนินการของฝ่ายปกครอง อันเป็นการดูแลและคานอำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐใช้อำนาจอย่างเหมาะสม มีขั้นตอนการดำเนินงานที่โปร่งใส ตรวจสอบได้ การใช้อำนาจอรัฐไม่กระทบถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ยังเป็นการสร้าง ความเข้าใจที่ตรงกันระหว่างรัฐกับประชาชน เพื่อรัฐจะได้ดำเนินการให้ตรงกับความต้องการที่แท้จริงของประชาชน ในด้านนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครอง และปกป้อง สิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจอรัฐที่ไม่มีประสิทธิภาพและเสนอแนะให้ฝ่ายปกครองแก้ไขความบกพร่องของการใช้อำนาจทั้งระบบ เมื่อ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ทำหน้าที่เป็นผู้คุ้มครองประชาชน ผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงจำเป็นต้องมีสิทธิริเริ่มหยิบยกข้อเท็จจริงใด ๆ ขึ้นพิจารณาได้เองแม้ว่าประชาชนจะไม่ได้ร้องเรียนก็ตาม การมีอำนาจหยิบยกข้อเท็จจริงขึ้นพิจารณาได้เองนี้ถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดิน ในการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐที่ไม่เหมาะสม

หน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินในการแก้ไขปัญหาให้กับประชาชนเป็นหน้าที่ในเชิงแก้ไข ปัญหาของประชาชนเป็นราย ๆ ส่วนหน้าที่พัฒนาประสิทธิภาพการใช้อำนาจอรัฐ เป็นหน้าที่ในเชิงป้องกัน เพื่อไม่ให้ความผิดพลาดหรือความบกพร่องแบบเดิมเกิดขึ้นอีก โดยจะพิจารณา แก้ไขเชิงระบบไม่ใช่พิจารณาแก้ไขเฉพาะราย หน้าที่ทั้งสองประการนี้แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันแต่ก็ไม่ได้ขัดแย้งกัน แต่กลับสามารถ ประสานงานเชื่อมโยงกัน ได้ กล่าวคือ เมื่อ ผู้ตรวจการแผ่นดินแก้ปัญหาให้ประชาชนที่ร้องเรียนมา ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องแจ้งให้หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อจะได้หาทางป้องกันไม่ให้ปัญหาแบบเดียวกันเกิดขึ้นซ้ำอีก รวมถึงการเสนอแก้ไขกฎหมายที่เป็นต้นเหตุของความบกพร่องด้วย การทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กร ผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงเป็นทั้งการแก้ไข และป้องกันในเวลาเดียวกัน องค์กร ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงมีบทบาทสำคัญในการแก้ปัญหการใช้อำนาจอรัฐทั้งระบบ และเป็นองค์กรที่

มีอำนาจควบคุมตรวจสอบประสิทธิภาพการทำงานของฝ่ายปกครอง³⁵ ซึ่งเป็นอำนาจที่องค์กรตรวจสอบอื่นๆ ไม่มี

1.3 องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน นับว่าเป็นองค์กรควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ที่ได้รับความนิยมอย่างมากในปัจจุบัน มีการนำรูปแบบองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินไปใช้ในระดับ นานาชาติ รวมถึงในภาคเอกชนด้วย การศึกษาพัฒนาการ รูปแบบ และลักษณะเด่นขององค์กรนี้ น่าจะหาคำตอบได้ว่าเหตุใดองค์กรเล็ก ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศแถบสแกนดิเนเวียเมื่อกว่าสองร้อยปี ที่แล้ว จึงสามารถปรับปรุงรูปแบบให้เข้ากับประเทศต่าง ๆ ได้อย่างกลมกลืนจนเป็นที่ยอมรับอย่าง กว้างขวางในปัจจุบัน ถึงขนาดที่ว่าองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน ถือเป็นส่วนหนึ่ง ของรัฐเสรี ประชาธิปไตยสมัยใหม่เลยทีเดียว

1.3.1 วิวัฒนาการของการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน

การร้องทุกข์ ของราษฎร ต่อผู้ปกครองหรือประมุขรัฐ เพื่อให้แก้ไขเยียวยาความ เดือดร้อนจากการใช้อำนาจรัฐที่ไม่ถูกต้อง ไม่เหมาะสม เป็นสิ่งที่พบเห็นได้ เสมอในประวัติศาสตร์ การเมืองการปกครองของ รัฐต่าง ๆ การแก้ไขความทุกข์ของราษฎร ถือได้ว่าเป็นภารกิจหนึ่ง ที่ ผู้ปกครอง ที่ดีจะต้องแก้ไขปัญหาคความเดือดร้อนของราษฎร ในขณะที่เดียวกันผู้ปกครองก็ต้อง ควบคุมตรวจสอบให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจอย่างจำกัด และเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความสงบสุขภายในสังคม รัฐในอดีตผู้ปกครองหรือประมุขรัฐ มีอำนาจสูงสุดแต่ ผู้เดียวคือเป็นทั้งผู้ออกกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมาย และผู้ตัดสินคดีความ รวมอยู่ที่คนคนเดียวทั้งหมด ประกอบกับสภาพสังคมที่มีขนาดเล็กและไม่มีความซับซ้อน ผู้ปกครองรัฐจึงสามารถบริหารกิจการ บ้านเมืองทุกอย่างและแก้ไขปัญหาคความเดือดร้อนให้กับราษฎรได้โดยตรง แต่เมื่อสภาพเศรษฐกิจ และสังคมเริ่มขยายตัว ภารกิจของรัฐมีมากขึ้น ราษฎรเริ่มตระหนักรู้ถึงสิทธิ เสรีภาพของตน และ เรียกร้องขอเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองด้วย นำไปสู่การปฏิรูปการปกครองเป็นการปกครองใน ระบอบประชาธิปไตย ที่ประชาชน มีส่วนร่วมในการปกครอง ในด้านการควบคุมตรวจสอบฝาย ปกครองได้เปลี่ยนรูปแบบให้มีความหลากหลายขึ้น จากเดิมที่เป็นอำนาจของผู้ปกครองประเทศ

³⁵ *Ibid*, p.19.

เท่านั้น มาเป็นการควบคุมโดยตุลาการ โดยประชาชนซึ่งใช้อำนาจผ่านทางผู้แทน โดยองค์กรฝ่ายปกครองเองที่ต้องควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของตน และโดยองค์กรพิเศษที่ได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนในเวลาเดียวกัน

ผู้ตรวจการแผ่นดิน แปลมาจากคำว่า “Ombudsman” ซึ่งเป็น ภาษาสวีเดน มีความหมายว่า “ผู้แทน” หรือ “ผู้รับมอบอำนาจในการตรวจการ ” แต่ความหมายที่แท้จริงของ Ombudsman คืออะไรนั้น เป็นสิ่งที่ให้คำจำกัดความได้ยาก เคยมีผู้ให้คำจำกัด ความของ Ombudsman ว่าหมายถึง

“บุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญหรือจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูงที่มีความเป็นอิสระ และมีความรับผิดชอบโดยตรงต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือรัฐสภา ทำหน้าที่รับคำร้องเรียนจากประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจา การปฏิบัติหน้าที่ที่บกพร่องของหน่วยงานรัฐ เจ้าหน้าที่รัฐ รวมถึงลูกจ้าง นอกจากนี้ยังสามารถริเริ่มดำเนินการได้เอง แม้จะไม่มีคำร้องเรียนด้วย ออมбудสแมนมีอำนาจในการสืบสวนสอบสวน ให้ คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ที่ถูกต้อง และมีอำนาจจัดทำรายงานเพื่อเผยแพร่ด้วย”

คำจำกัดความ ดังกล่าวเป็นของ The International Bar Association ให้ไว้ปี ค.ศ.1974 ซึ่งเป็นคำจำกัดความที่สะท้อนถึง ผู้ตรวจการแผ่นดิน ในรูปแบบดั้งเดิมของประเทศสแกนดิเนเวียเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงผู้ตรวจการแผ่นดินรูปแบบใหม่ที่มีการประยุกต์ให้อำนาจหน้าที่ที่หลากหลายขึ้น ฉะนั้น การให้ คำจำกัดความของอมбудสแมน หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงไม่มีความหมายที่แน่นอนตายตัว ขึ้นอยู่กับว่าต้องการให้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบด้านใด ผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถทำหน้าที่ตรวจสอบเรื่องสิทธิมนุษยชน การทุจริตคอร์รัปชัน การตรวจสอบจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐก็ได้ ดังนั้น นิยามหรือความหมายของผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงอาจแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ทั้งนี้ ยังคงอยู่ภายใต้หลักการพื้นฐานเดียวกัน และเป็นลักษณะเด่นขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน นั่นคือ ความเป็นองค์กรที่อิสระ เป็นกลาง ไม่มีอำนาจบังคับสั่งการให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติตามความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดิน แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินจะรายงานต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ติดตามผลการแก้ไขความบกพร่องภายในหน่วยงาน และท้ายที่สุดผู้ตรวจการแผ่นดินจะจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐสภาและเผยแพร่ต่อประชาชนเพื่อ ใช้มติมหาชน (Social Sanction) เป็นเครื่องมือ กดดันฝ่ายบริหารให้ปรับปรุงแก้ไขความบกพร่องต่อไป นอกจากนี้หากพบว่ามีความผิด ฎ ระเบียบที่ไม่เหมาะสมหรือล้าสมัยอันเป็นต้นเหตุให้เกิดความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินก็สามารถเสนอ

ต่อฝ่ายบริหารหรือรัฐสภาเพื่อให้แก้ไขกฎหมายที่ไม่เหมาะสมดังกล่าวได้ ความสำเร็จของแนวคิดองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การควบคุมโดยไม่กระทบถึงอิสระของผู้ถูกควบคุม³⁶

Ombudsman ถือกำเนิดขึ้น เป็นครั้งแรก ในประเทศสวีเดน ในปี ค.ศ.1713 โดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งเพื่อให้เป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ ในการควบคุม ตรวจสอบ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐ เนื่องจากกษัตริย์สวีเดนในขณะนั้น คือพระเจ้าชาร์ลที่ 12 ทรงลี้ภัยทางการเมืองไปอยู่ที่ประเทศตุรกีพระองค์จึงแต่งตั้งตัวแทน มีชื่อว่า The Supreme Ombudsman เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบดูแลว่าเจ้าหน้าที่รัฐทุกฝ่าย รวมถึงผู้พิพากษา ปฏิบัติงานโดยถูกต้องตามกฎหมาย และบังคับใช้กฎหมายโดยถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ หากพบว่าเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยมิชอบด้วย กฎหมาย ออมบุดสแมน มีอำนาจสอบสวน และฟ้องร้อง ดำเนินคดีต่อศาลได้ และรายงานให้พระมหากษัตริย์ทราบ ต่อมาในปี ค.ศ.1809 จึงเปลี่ยนแปลง ให้รัฐสภาเป็นผู้แต่งตั้ง ออมบุดสแมน แทนพระมหากษัตริย์ ในระยะแรก องค์กร ออมบุดสแมน ยังไม่แพร่หลายมากนัก สาเหตุอาจเนื่องมาจากแนวความคิดของผู้นำรัฐในสมัยนั้นที่เห็นว่า รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิมีอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศแต่เพียงผู้เดียว ส่วนประชาชนเป็นเพียงผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองมีสิทธิและหน้าที่เพียงเท่าที่รัฐจะกำหนดให้เท่านั้น ดังนั้น รัฐยังไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องควบคุม ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ระยะแรกจึงมีเพียงฟินแลนด์ประเทศเดียวที่จัดตั้งองค์กรอมบุดสแมน ในปี ค.ศ. 1919 โดยมีรูปแบบองค์กรและอำนาจหน้าที่เหมือน ออมบุดสแมน ของประเทศสวีเดน เพราะประเทศฟินแลนด์เคยอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศสวีเดนเป็นเวลานาน จึง มีระบอบการปกครองและระบบราชการที่คล้ายคลึง กันมาก ออมบุดสแมน ของประเทศสวีเดน และฟินแลนด์ ถือว่าเป็น ออมบุดสแมน ในรูปแบบดั้งเดิม (Classical Ombudsman) ที่มีอำนาจตรวจสอบ “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งรวมถึงผู้พิพากษา และทำหน้าที่เป็นอัยการฟ้องคดีเจ้าหน้าที่ รัฐที่กระทำความผิด นอกจากนี้ยังมีอำนาจควบคุมความประพฤติและลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ด้วย

องค์กรอมบุดสแมนเริ่มเป็นที่รู้จักแพร่หลายในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เนื่องจากประเทศต่าง ๆ ล้วนได้รับความเสียหายทั้งทางเศรษฐกิจและทางสังคม จากเหตุสงคราม รัฐจึงมีภารกิจเพิ่มมากขึ้นทั้งการฟื้นฟูประเทศให้คืนสู่ภาวะคงเดิม และการจัดทำบริการสาธารณะต่าง ๆ

³⁶ มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, “สถาบัน Ombudsman ศึกษาในเชิงเปรียบเทียบและแนวทางในการจัดตั้งในประเทศไทย ”. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์, 2538), น.78.

รัฐจึงเปลี่ยนบทบาทมาเป็น “รัฐสวัสดิการ” (Welfare State) ทำให้ต้องเพิ่มจำนวนหน่วยงาน และเจ้าหน้าที่รัฐให้มากขึ้นเพื่อรองรับภารกิจใหม่ ๆ จึงเป็นเหตุให้การใช้อำนาจรัฐมีโอกาสกระทบกระทั่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ง่ายขึ้น รัฐจึงต้องแสวงหากระบวนการควบคุมไม่ให้ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม เดนมาร์กเป็นประเทศแรกที่นำรูปแบบขององค์กรออมบุดสแมนมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับสภาพการเมืองการปกครองที่เปลี่ยนแปลงจากเดิม กล่าวคือ ในปี ค.ศ.1953 เดนมาร์กจัดตั้ง ออมบุดสแมน ขึ้นเพื่อทำหน้าที่ควบคุมเฉพาะ “การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง” เท่านั้น ไม่รวมถึงผู้พิพากษาด้วย และ ออมบุดสแมนจะตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ซึ่งมีความหมายรวมถึงการกระทำโดยไม่ถูกต้อง ลำเอียง ไร้เหตุผล ขอบเขตของการตรวจสอบจึงไม่ใช่เพียงแค่ความชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว หรืออาจเรียกว่าเป็นการตรวจสอบ “Maladministration” ออมบุดสแมนที่จัดตั้งในเดนมาร์กมีลักษณะเป็นกลไกเฝ้าระวังความบกพร่อง ที่เกิดจากการกระทำทางปกครองอย่างแท้จริง เห็นได้จากการไม่มีลักษณะเป็นอัยการ ไม่ มีอำนาจตรวจราชการ และไม่ควบคุมผู้พิพากษา³⁷ ออมบุดสแมน ของเดนมาร์ก ไม่ได้จำกัดอำนาจ ให้ตรวจสอบ เฉพาะความชอบด้วยกฎหมาย และการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่รัฐเหมือน ออมบุดสแมน ของสวีเดนและฟินแลนด์ แต่เดนมาร์กเป็นต้นแบบของออมบุดสแมนสมัยใหม่ ที่มีหน้าที่คุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐที่บกพร่อง มากกว่าการตรวจสอบเจ้าหน้าที่รัฐที่ทำผิด ซึ่งถือว่าเหมาะสมกับสภาพสังคมสมัยใหม่ที่ประชาชนเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมืองอย่างยิ่ง ประเทศต่าง ๆ จึงนำแนวคิดขององค์กรออมบุดสแมนมาประยุกต์ให้เหมาะสมกับระบบการบริหารราชการ และควบคุมฝ่ายปกครองภายในประเทศของตน

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1960 เป็นต้นมาแนวคิดเรื่องการควบคุมฝ่ายปกครองโดยออมบุดสแมนได้แพร่ขยายไปในประเทศต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง ทั้งประเทศในแถบยุโรป กลุ่มประเทศ Commonwealth ประเทศในทวีปอเมริกาเหนือ รวมไปถึงประเทศในกลุ่มลาติน อเมริกา แอฟริกา และประเทศในเอเชียแปซิฟิกด้วย เช่น นิวซีแลนด์ตั้งออมบุดสแมน ในปี 1962 สหราชอาณาจักรตั้ง Paliamentary Commissioner for Administration (PCA) ในปี 1967 และต่อมาในปี 1973 จึงได้จัดตั้ง Health Service Commissioner และจัดตั้ง Local Commissioner ในปี 1974 แคนาดาจัดตั้ง ombudsman ระดับมลรัฐโดยเริ่มเมื่อปี 1967 ฝรั่งเศสจัดตั้ง Médiateur de la République ในปี 1973 ออสเตรเลียจัดตั้ง ออมบุดสแมน ในปี 1977 ประเทศสเปนจัดตั้ง Defensores del

³⁷ เฟิงอ้าง, น.49.

Pueblo (ผู้พิทักษ์ประชาชน) ในปี 1981 เป็นต้น เหตุที่องค์กรออมбудสแมน เพิ่งจะเป็นที่รู้จักและได้รับความนิยมน่าจะมาจากปัจจัยด้านการเมืองการปกครอง ที่รัฐมีบทบาทมากขึ้นและซับซ้อนขึ้น และมีโอกาสใช้อำนาจขัดต่อประโยชน์ของเอกชนได้ง่ายขึ้น แบบแผนของ ออมбудสแมน ของเดนมาร์ก จึงเป็นกลไกที่เหมาะสมที่จะแก้ไขปัญหาคาความเดือดร้อนของประชาชน และควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ด้วยวิธีการที่ไม่ยุ่งยาก ไม่มีกระบวนการพิจารณาที่ยุ่งยากเหมือนการฟ้องคดีต่อศาล ประเทศที่มีระบบการเมืองที่เข้มแข็งจึง จัดตั้งออมбудสแมน ขึ้น เพื่อให้เป็นอีกทางเลือกหนึ่งของประชาชน ในการเยียวยาความเดือดร้อน ของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐที่บกพร่องไร้ประสิทธิภาพ ควบคู่ไปกับการควบคุมฝ่ายปกครองโดยวิธีอื่น ๆ

แต่ในช่วงยี่สิบปีที่ผ่านมา การจัดตั้งองค์กรออมбудสแมนได้มีการเปลี่ยนรูปแบบไปจากเดิม ออมбудสแมนไม่ใช่ผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และไม่ใช่ทางเลือกในการแก้ไขปัญหให้กับประชาชน เท่านั้น แต่ออมбудสแมน มีบทบาทเป็นผู้คุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบในทุก ๆ กรณี กลุ่มประเทศที่เพิ่งเปลี่ยนผ่านมาสู่การปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้จัดตั้งองค์กรออมбудสแมนขึ้น ในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ออมбудสแมนจะมีส่วนสนับสนุนการพัฒนาการบริหารราชการแผ่นดิน สร้างความโปร่งใสในระบบการปกครอง และช่วยให้ฝ่ายปกครองรวมถึงเจ้าหน้าที่รัฐมีความรับผิดชอบต่อสังคมมากขึ้น ³⁸ หรือกล่าวได้ว่าออมбудสแมนเป็น ส่วนหนึ่งในการสร้างธรรมาภิบาลให้กับสังคม เป็นสัญลักษณ์หนึ่งที่แสดงว่าประเทศนั้น ๆ มีความเป็นประชาธิปไตย ด้วยแนวคิดพื้นฐานที่เปลี่ยนไปส่งผลให้ออมбудสแมนมีหน้าที่ที่หลากหลายขึ้น ด้านหนึ่งทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อีกด้านหนึ่งทำหน้าที่ส่งเสริมประชาธิปไตย ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาล (Good Governance) เป็นผู้ต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน และได้รวมหน้าที่ในด้านคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เข้าไว้ด้วย ³⁹ แทนที่จะควบคุม การใช้ อำนาจรัฐโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐเพียงอย่างเดียว การจัดรูปแบบของออมбудสแมนจึงขึ้นอยู่กับว่าในประเทศนั้น ๆ มีปัญหาเรื่องใดที่สำคัญและต้องการให้ออมбудสแมนตรวจสอบก็จะกำหนดให้

³⁸ Peter Vedel Kessing, Implementation of the Western Ombudsman Model in Countries in Democratic Transition, ed. National Human Rights Institutions Article and Working Papers, (Denmark: The Danish Centre for Human Rights, 2005), p.125.

³⁹ Mary Seneviratne, *supra* note 34, p.16.

ออมبودสแมน ตรวจสอบในเรื่องนั้น ๆ ออมبودสแมน ในปัจจุบันจึงมีลักษณะเป็น ออมبودสแมน แบบประยุกต์ หรือ Hybrid Ombudsman

ตัวอย่าง ของ ออมبودสแมน ที่ทำหน้าที่ เป็นผู้ ค้ำครองสิทธิ มนุษยชน ด้วย เช่น Procurador de los Derechos Humanos (Counsel of Human Rights) ในประเทศกัวเตมาลา , The Procurador Para la Defensa de los Derechos Humanos (Counsel for the Defence of Human Rights) ในประเทศเอลซาวาดอร์ , Comission Nacional de Derechos Humanos (National Commission of Human Rights) ในประเทศเม็กซิโก, The Commission on Human Rights and Administrative Justice ในประเทศกาน่า, the Civil Rights Protector ในโปแลนด์ , the Human Rights Ombudsman ในประเทศสโลวีเนีย และ The Parliamentary Commissioner for Human Rights ในประเทศอังกฤษ เป็นต้น

ประเทศที่ให้ออมبودสแมนมีอำนาจตรวจสอบเรื่อง การทุจริตคอร์รัปชัน เช่น ออมبودสแมน ของประเทศฟิลิปปินส์ที่มีอำนาจหน้าที่ให้ความช่วยเหลือประชาชน ป้องกัน การทุจริตและฉ้อราษฎร์บังหลวง สอบสวนเรื่องร้องเรียน น ฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย และ พิจารณาคดีทางปกครอง ออมبودสแมนจึงมีฐานะเป็นผู้ที่ปกป้องคุ้มครองประชาชน (Protector of the People)⁴⁰

ด้วยเอกลักษณ์ขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีกระบวนการพิจารณาที่ไม่ซับซ้อน ไม่มี พิธีรีตอง และมีความยืดหยุ่นสูงสามารถประยุกต์ให้เข้ากับการเมืองการปกครองของประเทศ ต่าง ๆ ได้อย่างลงตัว ทำให้ ปัจจุบันมีองค์กรออมبودสแมนทั้งในระดับประเทศ ประมาณ 120 ประเทศทั่วโลก ⁴¹ และมีการจัดตั้งออมبودสแมนระดับ นานาชาติ คือ European Ombudsman ซึ่งเป็นองค์กรออมبودสแมนของสหภาพยุโรป จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ.1995 ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาท ระหว่างประเทศสมาชิก และในภาคเอกชนก็มีการเลียนแบบรูปแบบการทำงานของออมبودสแมน โดยในบริษัทอุตสาหกรรม หรือบริษัทที่ทำธุรกิจให้บริการ ได้ตั้ง ออมبودสแมน ขึ้นภายใน บริษัท เพื่อทำหน้าที่เจรจาข้อพิพาทที่ลูกค้าร้องเรียนเพื่อให้ลูกค้าได้รับความพอใจสูงสุด ธุรกิจที่ว นี้ เช่น บริษัทธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ สถาบันการเงิน สื่อมวลชน โรงพยาบาลเอกชน

⁴⁰ นงนุช เนาวรัตน์, “ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, ปีที่ 1, ฉบับที่ 3, 64-77 (กรกฎาคม-กันยายน 2551).

⁴¹ สืบค้นจาก [http://prejury.law.ualberta.ca/centres/loi/About-the-I.O.I./](http://prejury.law.ualberta.ca/centres/loi/About-the-I.O.I./Concept-and-Organization.php)

มหาวิทยาลัย นอกจากนี้ภายในบริษัทของ เอกชนก็จัดให้มี Corporate Ombudsman เพื่อเป็น
คนกลางแก้ไขเรื่องร้องเรียนจากพนักงานภายในองค์กร ซึ่งไม่พอใจการบริหารงานภายในองค์กร
ของตนอีกด้วย⁴²

1.3.2 ที่มาและสถานะของผู้ตรวจการแผ่นดิน

หากจะแบ่งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินตามที่มาของอำนาจที่ก่อตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน
สามารถแบ่งผู้ตรวจการแผ่นดินได้เป็นสองประเภท คือ ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติ
และผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากฝ่ายบริหาร การพิจารณาว่าจะให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีที่มาจาก
องค์กรใด จำเป็นต้องพิจารณาว่าในประเทศนั้น ๆ อำนาจของรัฐสภา หรืออำนาจของรัฐบาล
องค์กรใดที่มีอำนาจเข้มแข็งกว่า ก็ย่อม จะมีศักยภาพในการทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ
ฝ่ายปกครองได้⁴³ ความเข้มแข็งของฝ่ายรัฐสภาหรือฝ่ายรัฐบาล จะแสดงออกมาในรูปของระบอบ
การปกครองของประเทศนั้น ๆ ว่าปกครองในระบอบใด

ประเทศที่ปกครองระบอบรัฐสภาย่อม แสดงให้เห็นว่า มีการแบ่งแยกอำนาจแบบ
ไม่เด็ดขาด ฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายรัฐบาลตรวจสอบซึ่งกันและกัน อันเป็นการถ่วงดุล และคาน
อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ฉะนั้น รัฐสภาจึงใช้กลไกทางการเมือง เช่น การอภิปราย
ไม่ไว้วางใจ ติดตามและกดดันฝ่ายบริหารให้ปฏิบัติตามความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดิน และใน
กรณีที่ฝ่ายบริหารไม่เห็นด้วยกับความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดิน ฝ่ายบริหารก็สามารถอภิปราย
ชี้แจงในสภาได้เช่นกัน ประเทศที่ปกครองระบอบรัฐสภาจึงมีรัฐสภาเป็นผู้สนับสนุนการใช้อำนาจ
ของผู้ตรวจการแผ่นดิน

ส่วนประเทศที่ปกครองระบอบประธานาธิบดีนั้น ทั้งประธานาธิบดีที่เป็นผู้ใช้อำนาจ
บริหาร และรัฐสภาที่เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติต่างก็มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน
ทำให้ทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ มีอำนาจเต็มที่ในการทำหน้าที่ให้บรรลุตามวัตถุประสงค์
ของประชาชนที่เลือกตนมาเป็นผู้แทน จึงถือเป็นการแบ่งแยกการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ
กับฝ่ายบริหาร ออกจากกันอย่างเด็ดขาดกันอย่างค่อนข้างเคร่งครัด เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถ
ควบคุมฝ่ายบริหาร หากกำหนดให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติก็ย่อม
ไม่อาจจะควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารได้อย่างแน่นอน ฉะนั้น การจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินที่มา

⁴² J.O.Kuye and U.Kakumba, *supra* note 29, pp.156-168.

⁴³ Peter Vedel Kessing. *supra* note 38, p.127.

จากฝ่ายบริหารเพื่อควบคุมฝ่ายบริหารกันเองจึงน่าจะเหมาะสมและมีประสิทธิภาพดีกว่า ในฐานะที่ฝ่ายบริหารมีความรับผิดชอบโดยตรงต่อประชาชน ฝ่ายบริหารจึงมีหน้าที่ป้องกันและแก้ไขมิให้การใช้อำนาจของตนล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

1.3.2.1 ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ (Paliamentary Ombudsman)

ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นรูปแบบดั้งเดิมของออมบุดสแมนสวีเดน และเป็นรูปแบบที่เป็นที่นิยม ในประเทศต่าง ๆ มากกว่าผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร องค์การผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจัดตั้งขึ้นภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งองค์การใช้อำนาจแต่ละด้านจะต้องถูกควบคุมและตรวจสอบได้ อันเป็นการดูแลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน ผู้ตรวจการแผ่นดินในฐานะตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ “ตรวจสอบตราสอดส่อง” การปฏิบัติหน้าที่ราชการของฝ่ายปกครอง ด้วยการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชน ที่ได้รับความเดือดร้อนจากการปฏิบัติหน้าที่ที่บกพร่องของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง เพื่อสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วแจ้งให้หน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องทราบและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงถูกสร้างขึ้นมาสืบสนับสนุนการดำเนินการของรัฐสภา มีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของการเมืองและระบบการปกครอง⁴⁴

การที่รัฐสภามีส่วนแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงส่งผลให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐสภาและมีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งใช้อำนาจของตนผ่านทางตัวแทนคือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงมีความชอบธรรมในฐานะตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหาร ทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีหน้าที่สอดส่องดูแลทุกข์สุขของประชาชน หากพบปัญหาความบกพร่องของการบริหารราชการแผ่นดิน ก็มีหน้าที่แจ้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว หากพบว่าปัญหาเกิดจากกฎหมายที่ไม่เหมาะสมก็ต้องแจ้งให้รัฐสภาทราบเพื่อแก้ไขกฎหมาย และยังต้องติดตามผลการปฏิบัติงานว่า มีการแก้ไขความบกพร่องที่แจ้งไปหรือไม่ ภารกิจของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา จึงเป็นภารกิจเดียวกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั่นเอง และทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจหยิบยกข้อเท็จจริงขึ้นสอบสวนได้เองแม้จะไม่มีผู้ร้องเรียน

⁴⁴ Mary Seneviratne, *supra* note 34 , p.17.

นอกจากนี้รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติยังทำหน้าที่ให้ หลักประกันความเป็นอิสระของผู้ตรวจการแผ่นดินได้มากกว่าฝ่ายบริหารอีกด้วย

การแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน ของรัฐสภาอาจทำได้ ด้วยวิธีการ อย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี

ก.) รัฐสภาทำหน้าที่คัดเลือกหรือแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินโดยตรง

รัฐสภาอาจคัดเลือก หรือแต่งตั้งบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาโดยตรง ซึ่งในรูปแบบนี้รัฐสภาจะมีอำนาจตัดสินใจเลือกกว่าบุคคลใดสมควรจะดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา

ออมบุดสแมนของประเทศสวีเดน จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1908 โดยได้รับการคัดเลือกจากคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ (The committee on the Constitution) ซึ่งเป็นสมาชิกจากสภาผู้แทนราษฎรและจากวุฒิสภา จัดการคัดเลือกอมบุดสแมนขึ้นในที่ประชุมรัฐสภา ด้วยวิธีการลงคะแนนลับพิจารณาให้ความเห็นชอบเป็นอมบุดสแมนที่ละคนจนครบจำนวน 4 คน

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเดนมาร์ก จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ค .ศ. 1953 ซึ่งกำหนดให้รัฐสภาต้องคัดเลือกผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ภายหลังจากการเลือกตั้งทั่วไปเสร็จสิ้นลง

ประเทศเนเธอร์แลนด์ให้รัฐสภา แต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา โดยมีคณะกรรมการพิเศษซึ่งประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของประเทศ ได้แก่ รองประธานสภาแห่งรัฐ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลตรวจเงินแผ่นดิน ทำการเสนอชื่อของ บุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอย่างน้อยสามรายชื่อ เพื่อให้รัฐสภาคัดเลือก

ข.) รัฐสภาทำหน้าที่สรรหา หรือให้คำแนะนำในการแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน

ในกรณีนี้รัฐสภาจะทำหน้าที่เพียง สรรหาบุคคลผู้ จะมา ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินเท่านั้น แต่อำนาจตัดสินใจสูงสุดอยู่ที่ ประมุขรัฐหรือรัฐบาล ที่จะเลือกกว่าจะให้บุคคลใดสมควรเป็น ผู้ตรวจการ แผ่นดิน ตัวอย่างของผู้ตรวจการแผ่นดินที่ได้รับการสรรหาด้วยวิธีการนี้ได้แก่ ก รมมาธิการฝ่ายปกครองของรัฐสภาของประเทศอังกฤษ (The Paliamentary Commissioner for Adminintration หรือ PCA)

กรรมาธิการฝ่ายปกครองของรัฐสภาจะได้รับการแต่งตั้งจากสมเด็จพระราชินีนาถ โดยสภาผู้แทนราษฎร (House of Common) ทำหน้าที่สรรหาและให้ความเห็นชอบบุคคลดังกล่าว คณะกรรมาธิการฝ่ายปกครองของรัฐสภาของประเทศอังกฤษจะมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร ทำให้คณะกรรมาธิการมีหน้าที่โดยตรงในการรายงานข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้รับ

จากการปฏิบัติหน้าที่ให้รัฐสภาทราบ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการของรัฐสภา
ค.ศ.1967 (The Paliamentary Commissioner Act 1967)

ความสัมพันธ์ของรัฐสภากับผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา นอกจากเรื่องการแต่งตั้ง
แล้ว รัฐสภายังมีอำนาจถอดถอนผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้อีกด้วย หากปรากฏว่า
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีความประพฤติที่ไม่เหมาะสม

โดยหลักการแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจเพียงเท่าที่สมาชิกรัฐสภา
อยู่เท่านั้น ไม่อาจใช้อำนาจนอกเหนือจากอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ดังนั้นผลการสอบสวน
ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงมีสถานะเป็นเพียงความเห็นหรือคำแนะนำในการปฏิบัติงาน
เท่านั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีอำนาจบังคับหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่รัฐต้อง ดำเนินการ
แก้ไข เยียวยาความเสียหาย หรือปฏิบัติตามความเห็น ข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้
โดยตรง เบื้องต้นหลังจากที่ผู้ตรวจการแผ่นดินสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วเสร็จ จะแจ้งให้หัวหน้าส่วน
ราชการ หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบถึงข้อค้นพบจากการสอบสวน ผลการพิจารณาและ
ข้อเสนอแนะ ขั้นตอนนี้จะมีลักษณะเป็นการชักชวนให้ปฏิบัติตาม (Moral Persuasion)⁴⁵ ที่จะ
กระตุ้นให้ฝ่ายปกครองมุ่งเปลี่ยนแปลงแก้ไขความผิดพลาดที่เกิดขึ้น และยังเป็นการควบคุม
ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นตามมาด้วย ความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่ใช่คำสั่ง
หรือคำบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามเสมอไป แต่จะเป็นการชี้ให้เห็นความไม่เหมาะสม
หรือไม่มีเหตุผลอันสมควรของการกระทำของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วแก้ไข
ปรับปรุงข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นด้วยกระบวนการแก้ไขภายในฝ่ายปกครองเอง เช่น การแก้ไขคำสั่ง
ทางปกครอง การเยียวยาความเสียหายให้กับประชาชน เป็นต้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึง
มิได้แทรกแซงฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

ในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ยอมรับความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา หรือ ไม่
ปฏิบัติตามข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาภายในเวลาที่สมควร ผู้ตรวจแผ่นดิน
ของรัฐสภาจะเสนอเรื่องต่อนายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหาร เพื่อให้รับทราบ นอกจากนี้
ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีหน้าที่รายงานความเห็นดังกล่าวต่อรัฐสภา ด้วยในรูปของรายงาน
ประจำปี และรายงานเฉพาะเรื่องถ้าเป็นเรื่องสำคัญเร่งด่วน เพื่อเป็นข้อมูลสำคัญให้

⁴⁵ พริยะ ศิริโพธิ์พันธุ์กุล ผู้แปล , “การนำข้อเสนอแนะและข้อค้นพบของผู้ตรวจการ
แผ่นดินไปปฏิบัติ หลักการและการปฏิบัติ : ภาพในระดับนานาชาติ ”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน ,
ปีที่ 6 ฉบับที่ 1,93 (เมษายน - กันยายน 2550)

สมาชิกสภาผู้แทน ใช้ตรวจสอบประเมินการทำงานของฝ่ายบริหาร และเรียกร้องให้ฝ่ายบริหาร
แก้ไขปรับปรุงข้อบกพร่องในการใช้อำนาจ ซึ่งในขั้นตอนนี้จะเป็นการควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหาร
โดยใช้กลไกทางการเมือง เช่น การตั้งกระทู้ถามในสภา การเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจ หรือ
การจัดสรรงบประมาณให้แก่รัฐบาล เป็นต้น นอกจากนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภายังต้อง
เผยแพร่ผลการสอบสวนที่ค้นพบให้สาธารณชนได้รับทราบด้วย ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นเรื่องปัญหา
ในเชิงระบบ (Systemic Problem) ⁴⁶ หรือความผิดพลาดทางการบริหาร ที่ไม่อาจแก้ไขได้โดยการ
พิจารณาสอบสวนเฉพาะเรื่องได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการ อภิปรายในสังคม และให้ประชาชนร่วมกัน
ติดตามตรวจสอบฝ่ายบริหารว่าจะมีแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร

จึงเห็นได้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจึงมี ความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับรัฐสภาและ
ประชาชน ตั้งแต่ที่มา อำนาจหน้าที่ และกระบวนการบังคับตามความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดิน
ของรัฐสภา กลไกสำคัญอันเป็นรากฐานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาคือ “ฐานะความมั่นคง
ของสภานิติบัญญัติ” เพราะออบมบุดสแมนคือเจ้าหน้าที่รับเรื่อง รวบรวมทุกข์ของสภานิติบัญญัติ ⁴⁷
ฉะนั้น ความสำเร็จหรือผลงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาก็จะขึ้นอยู่กับการสนับสนุนของ
รัฐสภาและประชาชนด้วยเช่นกัน หากรัฐสภาไม่นำความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการ
แผ่นดินของรัฐสภาไปใช้ตรวจสอบฝ่ายบริหาร ผลงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาก็ไม่อาจ
เกิดผลเป็นรูปธรรมได้ รัฐสภาจึงเป็นทั้งที่มาแห่งอำนาจและความสำเร็จของผู้ตรวจการแผ่นดิน
ของรัฐสภา

1.3.2.2. ผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่มาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร (Executive
Ombudsman หรือ Quasi- Ombudsman)

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน อาจได้รับการแต่งตั้งจาก ฝ่ายบริหาร เช่น รัฐบาล หรือ
ประมุขของรัฐภายใต้การแนะนำของรัฐบาลก็ได้ เรียกว่าเป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร”
จัดตั้งภายใต้หลักการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม ประเทศที่จัดตั้ง ผู้ตรวจการ
แผ่นดินของฝ่ายบริหารมีจำนวนไม่มากนัก เมื่อเทียบกับผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา สาเหตุอาจ
เป็นเพราะผู้ตรวจการแผ่นดินมีภารกิจในการควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองซึ่งเป็น
ส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินกลับได้รับการแต่งตั้งและต้องรับผิดชอบต่อ

⁴⁶ เฟิงอ๋าง, น.95.

⁴⁷ อมร จันทรสมบูรณ์ , หนังสือประกอบคำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง _____,
(กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516) น.30-31.

ฝ่ายบริหารจึงอาจเกิดข้อครหาว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะมีความเป็นกลางและปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ ในเมื่อฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้แต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินอาจปลดหรือถอดถอนผู้ตรวจการแผ่นดินได้ตลอดเวลา ผู้ตรวจการแผ่นดินของฝ่ายบริหารจึงมีหลักประกันเรื่องความเป็นอิสระน้อยกว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา แต่ก็มีความวิชาการบางท่านเห็นว่า แม้ปัจจัยเรื่องความเป็นอิสระของผู้ตรวจการแผ่นดินจะเป็นสิ่งที่สำคัญ แต่รัฐสภาก็มีหลักประกันที่จะรับรองได้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางอย่างแท้จริง และมีประสิทธิภาพเสมอไป⁴⁸

ตัวอย่างประเทศที่ผู้ตรวจการแผ่นดินมาจากการแต่งตั้งของฝ่ายบริหาร เช่น ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น และจีน

Médiateur de la République ของประเทศฝรั่งเศส ได้รับการแต่งตั้งจากของประมุขของรัฐ คือ ประธานาธิบดี ภายใต้ความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี แต่องค์กร Médiateur มีสถานะเป็นองค์กรอิสระ (Les Autorités Administratives Indépendantes หรือ AAI) คือ มีหลักประกันความเป็นอิสระในการดำเนินการและด้านงบประมาณ โดยไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร Médiateur ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารโดยเป็นคนกลางแก้ไข ปัญหา ประนีประนอม และสร้างความเข้าใจระหว่างประชาชนกับ ฝ่ายปกครอง ได้เป็นอย่างดี แต่ Médiateur มีข้อจำกัดในการปฏิบัติหน้าที่ หลายประการ ทั้งปัญหาเรื่องข้อจำกัดด้านอำนาจหน้าที่และความซ้ำซ้อนกับองค์กรอื่น จึงนำไปสู่การปฏิรูปองค์กร Médiateur ครั้งใหญ่ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

ในประเทศ ญี่ปุ่น มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่คล้ายเป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ Administrative Counselor สังกัดสำนักตรวจสอบการบริหาร (Administration Evolution Bureau) กระทรวงกิจการภายในและการสื่อสาร (Ministry of internal Affairs and Communication) สำนักตรวจสอบการบริหารนี้มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบหน่วยงานรัฐทุกฝ่าย Administrative Counselor หรือ AC ก่อตั้งครั้งแรกเมื่อน้ำสิบกว่าปีที่ผ่านมา ทำหน้าที่รับคำร้องเรียนจากประชาชน ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐที่บกพร่อง การบริหารท้องถิ่น หรือแม้แต่ปัญหาความขัดแย้งระหว่างเอกชนด้วยกันเอง⁴⁹ การร้องเรียนจะร้องเรียนต่ออาสาสมัครชุมชน ซึ่งเป็นประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ ที่อาสาเข้ามาทำหน้าที่นี้ซึ่งอาสาสมัครจะ

⁴⁸ Linda C. Relf *supra* note 27, p.15.

⁴⁹ Hideo Ari, Reforming the Public Sector Grievance Redress System, เอกสารประกอบการประชุมผู้ตรวจการแผ่นดินของเอเชีย ครั้งที่ 11 วันที่ 9 ตุลาคม 2009.

ประจำอยู่ตามสถานที่ชุมชนต่าง ๆ เช่น ห้างสรรพสินค้า แหล่งชุมชน ทำให้ประชาชนสามารถร้องเรียนได้ง่าย⁵⁰ อาสาสมัคร จะให้คำปรึกษาหรือหาทางแก้ไขปัญหาให้ โดยเฉพาะ การประสานงานไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้ แก้ไขปัญหาดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่าความสำเร็จที่แท้จริงของ AC นั้นอยู่ที่บุคลิกเฉพาะตัวของอาสาสมัคร ที่เป็นคนท้องถิ่นและมีความน่าเชื่อถือ นักวิชาการบางท่านเห็นว่าการทำงานของ AC มีลักษณะเป็น “องค์กรกึ่งผู้ตรวจการแผ่นดิน ” (Quasi- Ombudsman)⁵¹ เพราะมีหลักการทำงานแบบเดียวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การทำหน้าที่เป็นคนกลางที่น่าเชื่อถือ สามารถเข้าถึงได้ง่าย และการไม่มีอำนาจบังคับสั่งการ แต่จะเน้นที่การประสานงานให้หน่วยงานที่รับผิดชอบแก้ไขปัญหามา แต่เนื่องจาก AC ไม่ได้เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร มีฐานะเป็นหน่วยงานหนึ่งที่สังกัดในฝ่ายบริหาร ซึ่งปัจจัยเรื่อง ความเป็นอิสระ และเป็นกลางนับเป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน ฉะนั้น จึงมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า AC ไม่ใช่องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน⁵²

สาธารณรัฐประชาชนจีนมีกระทรวงตรวจสอบ (Ministry of supervision)⁵³ เดิมชื่อ คณะกรรมการตรวจสอบแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน ก่อตั้งเป็น ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2492 สมัยประธานาธิบดีเหมาเจ๋อตง มีหน้าที่ ติดตามดูแลการบังคับใช้กฎหมายและระเบียบ รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีและคำสั่งเด็ดขาดของหน่วยงานภาครัฐทุกหน่วยงาน รวมถึงรัฐวิสาหกิจและองค์กรต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของรัฐบาลกลาง ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกัน การบังคับใช้คำสั่งของรัฐ และรักษาระเบียบการบริหาร รวมถึงอำนาจให้รัฐบาลสร้างความซื่อสัตย์ สุจริต โปร่งใส และปรับปรุงการบริหารจัดการสาธารณะและก่อให้เกิดการบริหารจัดการที่มีประสิทธิภาพ กระทรวงตรวจสอบจึงทำหน้าที่เสมือนเป็นองค์กรตรวจสอบดูแลให้คำแนะนำหน่วยงานทางปกครอง ปัจจุบัน กระทรวงตรวจสอบ มีฐานะ เป็นหน่วยงานย่อยของ คณะรัฐมนตรี มีอำนาจ

⁵⁰ ปัจจุบันมีอาสาสมัคร ทั่วประเทศญี่ปุ่นเกือบ 5,000 คน และแต่ละปีจะรับคำร้องเรียนกว่า 100,000 เรื่อง

⁵¹ Mark J. Christensen, “Japan’s administrative counselling Maintaining public sector relevance?”, *International Journal of Public Sector Management*, Vol.13 No.7, 616, (2000).

⁵² Linda C. Relf, *supra note 27*, p.14.

⁵³ ปวีณา กุวานนท์, “มารู้จักกระทรวงตรวจสอบแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนกันเถอะ”, *วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน* ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2552) น.114-118.

ตรวจสอบ สอบสวนข้อเท็จจริง ให้ข้อเสนอแนะตลอดจนกำหนดและบังคับใช้บทลงโทษทางการบริหารต่อหน่วยงานที่มีความผิด

ข้อที่น่าพิจารณาคือ สาธารณรัฐประชาชนจีนและประเทศญี่ปุ่นมีกระบวนการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง ที่มีประสิทธิภาพ อยู่แล้ว ดังนั้นจึงสามารถพัฒนาให้หน่วยงานเหล่านั้นทำหน้าที่ ตรวจสอบฝ่ายปกครอง และ คุ้มครองประชาชน โดยไม่จำเป็นต้องตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินขึ้นมาใหม่อีกองค์กรหนึ่ง

ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลนั้น มีฐานะเป็นตัวแทนของฝ่ายบริหารในการแก้ไขปัญหา ความบกพร่อง ที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของฝ่ายบริหาร ซึ่งถือเป็นการควบคุมตรวจสอบคุณภาพและประสิทธิภาพภายในฝ่ายบริหารเอง จึงเป็นการแสดงความรับผิดชอบในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารอย่างหนึ่ง เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาลสอบสวนข้อเท็จจริงแล้วมีข้อเสนอแนะประการใด หน่วยงานของรัฐฝ่ายปกครองมักจะนำข้อเสนอแนะดังกล่าวไปปฏิบัติด้วยดีเพราะถือว่าเป็นหน่วยงานเดียวกัน อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐบาลเหมือนกัน แต่หากหน่วยงานของรัฐไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอแนะ ก็สามารถโต้แย้งคัดค้านได้อย่างเปิดเผยและเป็นไปตามสายการบังคับบัญชาของโครงสร้างส่วนราชการปกติ⁵⁴

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาลจึงเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการตรวจสอบการใช้อำนาจของตน และสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างฝ่ายบริหารกับประชาชน การตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐบาล จึงตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นผู้ประนีประนอมความขัดแย้งระหว่างประชาชนกับฝ่ายบริหาร และปรับปรุงข้อบกพร่องภายในฝ่ายบริหาร ซึ่งจะต่างกับผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่มีบทบาทในการเป็นผู้ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินของฝ่ายรัฐบาลไม่ได้ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบ จึงไม่มีอำนาจหยิบยกข้อเท็จจริงขึ้นสอบสวนได้เอง จะมีอำนาจสอบสวนต่อเมื่อมีคำร้องเรียนเท่านั้น

ส่วนองค์กรฝ่ายตุลาการกับการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารนั้น เมื่อพิจารณาถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจตุลาการเป็นอำนาจในการวินิจฉัย อรรถคดีว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เท่านั้น การใช้อำนาจตุลาการจะต้องเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และองค์กรตุลาการจะเป็นองค์กรสุดท้ายในการวินิจฉัยข้อพิพาท โดยสภาพการใช้อำนาจตุลาการจึงมีความเป็นอิสระแยกจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ในขณะที่

⁵⁴ พริยะ ศิริโพธิ์พันธุ์กุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45, น. 89.

ที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารนั้นยังมีความสัมพันธ์กัน ในฐานะที่ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ออกกฎหมาย ส่วนฝ่ายบริหารเป็นผู้ใช้กฎหมายดังกล่าว ฉะนั้น จึงต้องตรวจสอบกันและกันมิให้ฝ่ายหนึ่งบัญญัติกฎหมายโดยมิชอบ และอีกฝ่ายหนึ่งใช้กฎหมายโดยไม่ชอบหรือไม่เหมาะสม หากทั้งสององค์กรใช้อำนาจของตนโดยมิชอบ ฝ่ายตุลาการจะเป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินการกระทำของทั้งสององค์กรเอง นอกจากนี้การใช้อำนาจของ องค์กรฝ่ายตุลาการ เป็นการตรวจสอบ เฉพาะเรื่อง “ความชอบด้วยกฎหมาย” เท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบความชอบธรรม ทำให้องค์กรตุลาการแตกต่างจาก องค์กร ผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่มีหน้าที่ตรวจสอบความเหมาะสม เป็นธรรมของการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากฝ่ายตุลาการเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายบริหาร

แต่อย่างไรก็ดีองค์กรศาลบางแห่งได้ นำหลักการของผู้ตรวจการแผ่นดินไปใช้บริหารงาน ยุติธรรมภายในศาล โดยจัดตั้ง “ผู้ตรวจการของศาล ” (Judicial Ombudsman) ขึ้น เช่น ผู้ตรวจการของศาล ในประเทศอังกฤษ (The Judicial Appointments and Conduct Ombudsman) จะได้รับการแต่งตั้งจากพระราชินีแห่งอังกฤษ มีอำนาจสอบสวนตามคำร้องเรียนในเรื่องเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการ ว่าขั้นตอนกระบวนการแต่งตั้ง มีความเป็นธรรมหรือไม่ และพิจารณาสอบสวนคำร้องเรียนที่เกี่ยวกับความประพฤติของผู้พิพากษาในศาลนั้น ๆ

ผู้ตรวจการของศาลในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (The New Jersey judiciary's ombudsman) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำหน้าที่รับเรื่องราวร้องเรียนเกี่ยวกับการที่ผู้พิพากษาหรือเจ้าหน้าที่ของศาลมีความประพฤติที่ไม่เหมาะสม ไม่เป็นธรรม ใช้อำนาจโดยมิชอบทำให้ประชาชนที่มาติดต่อศาลได้รับความเดือดร้อน นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนทั่วไปที่ไม่มีความรู้ทางกฎหมายอีกด้วย บุคคลที่ไม่รู้ขั้นตอนการดำเนินคดีในศาล ชาวต่างชาติที่ไม่สามารถพูดภาษาอังกฤษ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อ แก้ไขปัญหาของประชาชนที่มาติดต่อศาล และ ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของศาลให้มีมาตรฐานที่ดีขึ้นอีกด้วย

จึงเห็นได้ว่า ผู้ตรวจการของศาล มีลักษณะเป็นหน่วยงานภายในของสำนักงานศาล ยุติธรรม ที่ทำหน้าที่แก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาล ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประชาชนที่มาติดต่อศาลกับผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ศาล หรือข้อพิพาทระหว่างผู้พิพากษากับองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ได้นำรูปแบบของผู้ตรวจการแผ่นดิน มาใช้ คือ ความเป็นอิสระ เป็นกลาง และการเป็นเพียงผู้ให้คำแนะนำแต่ไม่ใช่การบังคับบัญชา เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและปรับปรุงการบริหารงานยุติธรรมของสำนักงานศาลเท่านั้น มิได้ตั้ง ผู้ตรวจการของศาล เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด

1.3.3 อำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน

จากที่ได้ศึกษาเกี่ยวกับประวัติความเป็นมาขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน เห็นได้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินถูกตั้งขึ้นมาเพื่อเป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นตัวแทนของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ในการรับคำร้องทุกข์จากประชาชนที่เกิดจากความบกพร่องหรือไร้ประสิทธิภาพของฝ่ายปกครอง การใช้อำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน จึงเป็นการใช้อำนาจแทนฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารเพื่อตรวจสอบฝ่ายปกครอง ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่ทุกองค์กรจะต้องถูกตรวจสอบได้เสมอ ฉะนั้นองค์กรที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะตรวจสอบได้ ก็คือ “ฝ่ายปกครอง” และจะตรวจสอบเฉพาะ “การกระทำทางปกครอง” เท่านั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถตรวจสอบความประพฤติของเจ้าหน้าที่รัฐได้ เพราะเป็นเรื่องการควบคุมบุคคลภายในฝ่ายบริหาร และเมื่อมีการประยุตต์จัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินที่มาจากฝ่ายบริหาร ก็ยังคงจำกัดขอบอำนาจให้ผู้ตรวจการแผ่นดินตรวจสอบเฉพาะการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองเช่นกัน และผู้ตรวจการแผ่นดิน ก็ไม่สามารถควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น กระบวนการ การออกกฎหมาย และการ ใช้อำนาจในทางรัฐบาลของฝ่ายบริหาร เช่น การกำหนดนโยบายบริหารประเทศ ด้วยเช่นกัน เพราะการใช้อำนาวดังกล่าว มิใช่การใช้ อำนาจทางปกครอง แต่เป็นการใช้อำนาจ ทางนิติบัญญัติและทางบริหารซึ่งเป็นการใช้อำนาจอธิปไตย การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาวดังกล่าวจึงต้องกระทำโดยกระบวนการทางการเมืองเท่านั้น

ในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น สามารถแบ่งการควบคุมตรวจสอบออกเป็นสองรูปแบบ คือ การควบคุมตรวจสอบแบบเด็ดขาด (repressive control) และการควบคุมตรวจสอบแบบแนะนำ (reflexive control) ⁵⁵

การควบคุมตรวจสอบแบบเด็ดขาด (repressive control) จะเป็นการใช้ อำนาจแบบโต้ตอบ เปิดโอกาสให้คู่กรณีต่อสู้คดีภายใต้กระบวนการพิจารณาที่กำหนดไว้ชัดเจน ผลการตัดสินมีสภาพบังคับให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นรูปแบบการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการ อาจเป็นศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองก็ได้

⁵⁵ Marc Hertogh, The policy impact of the Ombudsman and Administrative Court : A Heuristic Model, (1998) pp.63,69 อ้างใน Linda C.Relf, *supra* note 27, p.64.

ส่วนการควบคุมตรวจสอบแบบแนะนำ (reflexive control) มีลักษณะการตรวจสอบที่เน้นการประสานงานระหว่างคู่กรณี การดำเนินการจะเป็นการเจรจาโน้มน้าว ชักจูงใจให้เกิดผลในแนวทางที่ต้องการ โดยไม่มีการบังคับสั่งการใด ๆ ทั้งสิ้น อันเป็นลักษณะการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดินนั่นเอง กระบวนการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นการเจรจาต่อรองกับฝ่ายปกครองเพื่อหาทางออกร่วมกันมากกว่าจะใช้อำนาจบังคับ และยังมีกลไกที่จะทำให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามคำแนะนำหรือข้อเสนอนั้นๆ คือการจัดทำรายงาน เสนอรัฐสภา และเผยแพร่ต่อประชาชน เพื่อใช้ อำนาจทางการเมืองและมติมหาชน (Social Sanction) กดดันฝ่ายบริหาร แต่อย่างไรก็ดี ผู้ตรวจการแผ่นดิน ไม่ได้ถูกจำกัดให้ใช้อำนาจแบบแนะนำเพียงอย่างเดียวเสมอไป ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถใช้อำนาจ แบบเด็ดขาดได้ หากได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่อื่น ๆ นอกเหนือจากการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินที่ ทำหน้าที่ป้องกันการทุจริตคอร์รัปชัน จะมีอำนาจฟ้องคดี หรือพิจารณาโทษทางวินัย เป็นต้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินจึงส่งผลต่อรูปแบบการใช้อำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน

การพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ อำนาจหน้าที่ดั้งเดิมของผู้ตรวจการแผ่นดิน และอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินที่รับมาภายหลัง ทั้งนี้โดยพิจารณาจากวิวัฒนาการขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่มีพัฒนาการเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมในช่วงเวลาที่แตกต่างกัน

1.3.3.1 อำนาจหน้าที่ดั้งเดิม

ภารกิจพื้นฐานและถือเป็นภารกิจหลักขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่อง ในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่รัฐ⁵⁶ และในขณะเดียวกันก็ทำหน้าที่ส่งเสริมความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง และควบคุม ระบบราชการให้มีประสิทธิภาพทั้งด้านการปฏิบัติหน้าที่และการใช้กฎหมาย

การดำเนินการของผู้ตรวจการแผ่นดินมักเริ่มจากการรับคำร้องเรียนจากประชาชน ซึ่งกระบวนการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินมักไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก ซึ่ง เป็นไปตามหลักการขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่ประชาชนต้องเข้าถึงได้ง่าย ไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก และประเทศส่วนใหญ่ มักจะกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจริเริ่มสอบสวนข้อเท็จจริงที่พบเห็นเอง นอกจากนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินบางประเทศยังมีอำนาจตรวจราชการอีกด้วย เรื่องที่อยู่ในอำนาจสอบสวนของผู้ตรวจการแผ่นดินจะเป็นเรื่อง ความบกพร่องของ การกระทำทางปกครองของ ฝ่ายปกครอง คือ

⁵⁶ มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น.84.

ผู้ตรวจการแผ่นดินจะควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครองให้เป็นไป โดยชอบด้วยกฎหมายในทุก ๆ ด้าน ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความชอบธรรม หากฝ่าย ปกครองปฏิบัติหน้าที่แตกต่างไปจากมาตรฐานที่สังคมคาดหวังไว้ แสดงว่าฝ่ายปกครองมีความ บกพร่องในการบริหารราชการแผ่นดิน

ผู้ตรวจการแผ่นดินจะสอบสวนข้อเท็จจริงและแสวงหาพยานหลักฐานต่าง ๆ โดยการ ขอความร่วมมือไปยังหน่วยงานที่ถูกร้องเรียน ซึ่งหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้ ความร่วมมือมิฉะนั้นจะมีความผิด ขั้นตอนการสอบสวนจะไม่มีกระบวนการพิจารณาเหมือนศาล แต่ จะเน้นที่ความเป็นกลาง รวดเร็ว และประหยัด เมื่อสอบสวนได้ข้อเท็จจริง ว่ามีความบกพร่องใน การปฏิบัติราชการ ผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำความเห็นหรือข้อเสนอแนะไปยังหน่วยงานที่ถูก ร้องเรียนเพื่อให้ปรับปรุง แก้ไขกระบวนการทำงานที่บกพร่องนั้น ความเห็นหรือข้อเสนอแนะของ ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่มีสภาพบังคับให้หน่วยงานรัฐต้องปฏิบัติตาม หากฝ่ายปกครองไม่ปฏิบัติตาม โดยไม่มีเหตุผลอันควร ผู้ตรวจการ แผ่นดินจะรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบ และทำที่สุด ผู้ตรวจการแผ่นดินมี หน้าที่จัดทำรายงานเสนอต่อรัฐสภาและเผยแพร่ต่อสาธารณชนทุกปี เพื่อสร้างมติมหาชนให้ร่วมตรวจสอบฝ่ายปกครอง

แต่หากสอบสวนพบว่า เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการโดยชอบแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินมี หน้าที่ชี้แจงให้ผู้ร้องเรียนทราบเพื่อสร้างความเข้าใจที่ดีระหว่างราช การกับประชาชน นอกจากนี้ หากพบว่ามีความผิดกฎหมายที่ไม่เหมาะสม ล้าสมัย หรือไม่เป็นธรรม ผู้ตรวจการแผ่นดินก็สามารถแจ้งต่อ ฝ่ายปกครองให้แก้ไขกฎหมายดังกล่าวได้

กล่าวโดยสรุป อำนาจหน้าที่ดั้งเดิมและเป็นอำนาจหน้าที่หลักของผู้ตรวจการแผ่นดิน คือ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการของเจ้าหน้าที่รัฐ ให้กับประชาชนที่ได้รับ ความเดือดร้อน โดยมีวัตถุประสงค์แห่งการตรวจสอบ คือ “การกระทำทางปกครอง หรือการใช้อำนาจทาง ปกครอง” เท่านั้น และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นการควบคุมตรวจสอบแบบแนะนำ (reflexive control) ไม่ใช่อำนาจควบคุมตรวจสอบแบบ เด็ดขาดเหมือนศาล และผู้ตรวจการ แผ่นดินยังมีอำนาจในการเสนอแก้ไขกฎหมาย กฎ หรือระเบียบที่ล้าสมัย หรือไม่เป็นธรรม อันเป็น การป้องกันมิให้เกิดปัญหาซ้ำอีก ในแง่นี้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบ ความไม่เหมาะสมของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ซึ่งเป็นการตรวจสอบประสิทธิภาพของฝ่ายปกครอง ด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบ แก้ไขความบกพร่องในการปฏิบัติราชการของ เจ้าหน้าที่รัฐ เรียกว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินแบบดั้งเดิม หรือ Classical Ombudsman

1.3.3.2 อำนาจหน้าที่ที่รับมาภายหลัง

แม้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะมีอำนาจหลักในการแก้ไขปัญหาคอรัปชั่นที่ไม่เหมาะสม ไม่เป็นธรรมจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายปกครอง แต่ปัจจุบันพบว่าองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่เกิดขึ้นใหม่โดยเฉพาะในประเทศที่เพิ่งปฏิรูปการปกครอง เป็นระบอบเสรีประชาธิปไตย จะมีอำนาจหน้าที่เพิ่มมากขึ้นนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่รับคำร้องเรียนเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชนเพียงอย่างเดียว เรียกได้ว่าเป็น “อำนาจหน้าที่ที่รับมาภายหลัง” ขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินในปัจจุบัน

อำนาจหน้าที่ ที่รับมาภายหลัง หรืออำนาจหน้าที่เสริมของผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่ประเทศส่วนใหญ่มักจะให้ผู้ตรวจการแผ่นดินควบคุมตรวจสอบ ได้แก่

(1.) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

แนวคิดที่ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเริ่มเป็นที่ยอมรับอย่างแพร่หลายใน ช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว ในยุโรปโดยทหารพรรคนาซีของเยอรมัน ทำให้นานาชาติตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิมนุษยชน และเกิดกระแสเรียกร้องให้มีการคุ้มครองสิทธิเสรีของบุคคล จึงนำไปสู่ความร่วมมือในการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nation) เพื่อเผยแพร่ความรู้ กำหนดหลักการและมาตรฐานเกี่ยวกับ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของพลเมือง ด้วยเหตุนี้ทำให้ประชาชนได้รับรู้ถึงสิทธิของตน ทั้งในด้านสิทธิมนุษยชน และสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน⁵⁷ อันนำไปสู่การเรียกร้องให้ประชาชนเข้ามีส่วนร่วมทางการเมือง และรัฐต้องทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวไม่ให้บุคคลใด ๆ ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ รวมทั้งรัฐด้วย⁵⁸ รัฐจึงมีหน้าที่ต้องสร้างองค์กรเพื่อการเผยแพร่ความรู้ และเป็นการประกันว่ากฎหมายและการบริหารงานของภาครัฐ เอกชน และประชาชนด้วยกันเองภายในประเทศจะไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชน บางประเทศจึงจัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชน (National Human Right Institution หรือ NHRI) โดยตรง แต่บางประเทศกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชน

⁵⁷ คณะกรรมการ ศึกษาแนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ , แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเรื่องปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2549) น.50-52.

⁵⁸ D.Rowet. The Ombudsman Plan, University Press of America, (1995), p.131 อ้างใน Mary Seneviratne, *supra note 34*, p.13 .

ภายในประเทศด้วย อาจเรียกว่าเป็น Human Right Ombudsman ประเทศแรก ๆ ที่จัดให้มี Human Right Ombudsman ได้แก่ ประเทศโปรตุเกส และประเทศสเปน

แม้ว่าในทางทฤษฎีผู้ตรวจการแผ่นดินและองค์กรสิทธิมนุษยชน มีฐานะเป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเหมือนกัน แต่ก็มีเขตอำนาจที่แตกต่างกัน คือ องค์กรสิทธิมนุษยชน มีภารกิจตรวจสอบ (protect) การละเมิดสิทธิมนุษยชน ตามที่ UN ให้การรองรับสิทธิ ไว้ใน Paris Principle ซึ่งจะตรวจสอบได้ทั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐและเอกชน นอกจากนี้ยังมีหน้าที่ ส่งเสริมและเผยแพร่ (promote) ความรู้ด้านสิทธิมนุษยชนอีกด้วย ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินจะตรวจสอบเฉพาะเรื่องการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเท่านั้น เขตอำนาจขององค์กรสิทธิมนุษยชนจึงกว้างกว่าผู้ตรวจการแผ่นดิน และจำเป็นต้องใช้อำนาจบังคับสั่งการ ได้ในระดับหนึ่ง ดังนั้นจึงควรแยกสองหน่วยงานนี้ออกจากกัน ⁵⁹

แต่ในทางปฏิบัตินั้นการจะแบ่งแยกขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินกับองค์กรสิทธิมนุษยชนเป็นสิ่งที่แบ่งแยกได้ค่อนข้างยาก เพราะองค์กรทั้งสองมีความทับซ้อนกันอยู่ ⁶⁰ กล่าวคือ ทั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินและองค์กรสิทธิมนุษยชนต่างก็มีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เหมือนกัน รูปแบบองค์กรก็มีหลักการเดียวกัน คือ ต้องมีอิสระ และเป็นกลาง จึงกล่าวได้ว่าหลักการพื้นฐานขององค์กรผู้ ตรวจการแผ่นดินและองค์กรสิทธิมนุษยชนเป็นหลักการเดียวกัน ⁶¹ แม้ว่าองค์กรสิทธิมนุษยชนจะมุ่งให้ความคุ้มครองเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนเท่านั้น แต่ก็มักจะพบอยู่เสมอว่าการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น ตำรวจ เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้ก็ อยู่ในเขตอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินที่จะตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเช่นกัน ประกอบกับเรื่องร้องเรียนที่ส่งมาให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสอบสวนก็เป็นเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชนมากขึ้น ดังนั้นจึงมีการรวมให้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่สองด้าน ทั้งการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ คุ้มครอง และเผยแพร่

⁵⁹ Brigit Lindsnaes and Lone Lindholt, National Human Rights Institutions :Standard setting and Achievements, ed. National Human Rights Institutions Article and Working Papers, (Denmark: The Danish Centre for Human Rights, 2005) pp.2-3.

⁶⁰ Peter Vedel Kessing , *supra note* 38, p.125.

⁶¹ Markus Topp, Human Rights Protecting by the State in Uganda, ed. National Human Rights Institutions Article and Working Papers, (Denmark: The Danish Centre for Human Rights, 2005) pp.172-173.

ความรู้เรื่องสิทธิมนุษยชน ด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบนี้เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่กี่ทศวรรษนี้ มักเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศที่เพิ่งปฏิรูปการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตย เช่น ประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกา ยุโรปตะวันออกและยุโรปกลาง และแอฟริกา แม้ว่าประเทศเหล่านี้ จะมีปัญหาเรื่องสิทธิมนุษยชนมากกว่า ปัญหาเรื่องเจ้าหน้าที่รัฐปฏิบัติหน้าที่บกพร่อง ซึ่งสมควร จัดตั้งองค์กรสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ อีกองค์กร แต่ด้วยข้อจำกัด ทางงบประมาณ การจัดตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินเพียงองค์กร และกำหนดให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินคุ้มครองสิทธิมนุษยชนด้วย จึงเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกว่า

(2.) การต่อต้านการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ

ปัญหาเรื่องการทุจริตคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่รัฐ เป็นปัญหาสำคัญของกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา ดังนั้นจึงต้องมีการควบคุมตรวจสอบและป้องกันการทุจริตที่มีประสิทธิภาพ ในการควบคุมตรวจสอบการทุจริตนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องใช้อำนาจบังคับสั่งการ หรืออำนาจฟ้องคดี เพื่อวัตถุประสงค์ในการปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิด ประเทศส่วนใหญ่จึงจัดให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปราม ทุจริต หรือจัดตั้งศาลพิจารณาคดีเกี่ยวกับการทุจริตโดยเฉพาะ และมีบางประเทศกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่ต่อต้านการทุจริตด้วย (anti-corruption Ombudsman) แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินก็ทำหน้าที่ได้เพียงการเปิดเผยระบบ หรือรูปแบบ กระบวนการทุจริตเท่านั้น ไม่มีอำนาจสอบสวนหรือฟ้องคดีแต่ประการใด ซึ่งเป็นการใช้อำนาจแบบแนะนำไม่ได้ใช้อำนาจแบบเด็ดขาด ดังนั้นผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำหน้าที่ต่อต้านการทุจริต จึงเป็นเพียงองค์กรเสริมหรือสนับสนุนการทำงานของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หรือศาล เท่านั้น⁶² ผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำหน้าที่ต่อต้านการทุจริตมักพบในประเทศกลุ่มแอฟริกัน เอเชีย แปซิฟิกและแคริบเบียน ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีปัญหาเรื่องการทุจริตคอร์รัปชันค่อนข้างสูง เช่น ปาปัวนิวกินี เวเนซุเอลา ฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย มาเก๊า ไต้หวัน บางรัฐ ของอินเดีย อุกันดา นามิเบีย กานา รวันดา ทริเนแดดแอนดโทบาโก เป็นต้น แต่มีข้อยกเว้นคือ ประเทศแถบลาตินอเมริกาซึ่ง ปัญหาเรื่องการทุจริตคอร์รัปชันเป็นปัญหาหลักของประเทศ ไม่ได้ออกแบบให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีหน้าที่ต่อต้านการทุจริต กลับเน้นให้ตรวจสอบเรื่องสิทธิมนุษยชนมากกว่า

ตัวอย่างของผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำหน้าที่ป้องกันการทุจริต เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินของฟิลิปปินส์ ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยมีฐานะเป็น “ผู้ให้การปกป้องคุ้มครองประชาชน ” ผู้ตรวจการแผ่นดินของฟิลิปปินส์ มีภารกิจหลัก 5 ประการ คือ การให้ความช่วยเหลือประชาชนและ

⁶² Linda C. Relf, *supra* note 27, pp.9-10.

การสืบสวนเรื่องร้องเรียน ซึ่งถือว่าเป็นภารกิจหลัก การฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย การพิจารณาคดีทางปกครอง และการป้องกันการทุจริตและฉ้อราษฎร์บังหลวง⁶³ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจดำเนินคดีทางกฎหมายในขั้นตอนก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาลในคดีที่เกี่ยวกับการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยผู้ตรวจการแผ่นดินจะมีอัยการพิเศษ (Special Prosecutor) เพื่อดำเนินคดีในศาล Sandiganbayan⁶⁴ และผู้ตรวจการแผ่นดินยังสามารถแต่งตั้งอัยการเพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนในศาลยุติธรรมได้อีกด้วย นอกจากนี้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจป้องกันการทุจริต โดยการศึกษาค้นหาแนวทางและ วิธีการลดการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ ขณะเดียวกันก็ส่งเสริมให้ประชาชน ตระหนักถึงอันตรายของการทุจริต และให้ร่วม ป้องกันแก้ไขปัญหาการทุจริต

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศเกาหลีใต้ หรือ Anti-corruption and Civil Right Commission (ACRC)⁶⁵ จะมีคณะกรรมการอิสระต่อต้านการคอร์รัปชัน มีภารกิจด้านการต่อต้านการทุจริต โดยการกำหนดนโยบายต่อต้าน การทุจริตคอร์รัปชัน การตรวจสอบกฎหมายที่เป็นช่องว่างก่อให้เกิดการทุจริตและเสนอแนะให้แก้ไขกฎหมาย การสร้างความร่วมมือระหว่างรัฐกับเอกชนเพื่อต่อต้านการทุจริต การติดตามและตรวจสอบการทุจริต ซึ่งจะรับรายงานเกี่ยวกับการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือ ACRC อาจกล่าวหาเจ้าหน้าที่ระดับสูง ของรัฐว่าทุจริตก็ได้ และส่งให้หน่วยงานต้นสังกัดทำการสอบสวนข้อเท็จจริง แต่หากหน่วยงานรัฐยกคำร้อง ACRC อาจส่งเรื่องให้ศาลสูงวินิจฉัยคดีได้

(3.) การควบคุมตรวจสอบจริยธรรมหรือวินัยของเจ้าหน้าที่รัฐ

ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจได้รับมอบหมายให้บังคับใช้ประมวลจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือข้าราชการระดับสูงก็ได้ เรียกว่าเป็น Leadership Code Ombudsman แต่ผู้ตรวจการแผ่นดิน

⁶³ นงนุช เนาวรัตน์ , “ ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ”, วารสารผู้ตรวจการแผ่นดิน, ปีที่ 1, ฉบับที่ 3, 63-76 (กรกฎาคม-กันยายน 2551)

⁶⁴ ศาล Sandiganbayan เป็นศาลพิเศษของฟิลิปปินส์ที่มีเขตอำนาจเฉพาะคดีอาญา และคดีแพ่งที่เกี่ยวกับการทุจริต รวมถึงการกระทำผิดอื่น ๆ ของข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

⁶⁵ ACRC มีภารกิจหลักสามด้านคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่ สอบสวนและดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องร้องเรียน คณะกรรมการอิสระต่อต้านการคอร์รัปชัน และคณะกรรมการรับเรื่องร้องเรียน ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้บริการแบบจุดเดียว เบ็ดเสร็จ (one-stop service)

จะควบคุมตรวจสอบจริยธรรมหรือวินัยของเจ้าหน้าที่รัฐภายในฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่รวมข้าราชการฝ่ายการเมือง หรือข้าราชการตุลาการ เพราะ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจควบคุมตรวจสอบเฉพาะฝ่ายปกครองเท่านั้น ส่วนการบังคับใช้ประมวลจริยธรรมและสอบสวนลงโทษทางวินัยของข้าราชการฝ่ายการเมือง หรือข้าราชการตุลาการ ย่อมเป็นอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานภายในฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการเท่านั้น

ผู้ตรวจการแผ่นดินจะติดตามตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐว่าเป็นไป ตามประมวลจริยธรรมหรือไม่ เช่น การใช้งบประมาณโดยมิชอบ การมีผลประโยชน์ทับซ้อน แบ่งพรรค แบ่งพวก เป็นต้น หากพบว่ามีการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่เหมาะสมไม่เป็นไปตามประมวลจริยธรรม ผู้ตรวจการแผ่นดิน จะแจ้งให้หน่วยงานที่ รับผิดชอบดำเนินการสอบสวนต่อไป แต่ บางกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีอำนาจสอบสวนและลงโทษได้เอง

ผู้ตรวจการแผ่นดินของฟิลิปปินส์ มีอำนาจควบคุมทางวินัยข้าราชการและเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งที่มาจาก การเลือกตั้งและแต่งตั้ง ยกเว้นสมาชิกสภาองเกรส ผู้พิพากษา และข้าราชการที่ สามารถถูกถอดถอนได้ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจ สอบสวนคดีทางปกครอง และดำเนิน มาตรการลงโทษเจ้าหน้าที่ที่ทำผิด เช่น การสั่งพักงาน หรือไล่ออก

ACRC ของประเทศเกาหลีใต้ ได้ออกประมวลจริยธรรมของเจ้าหน้าที่รัฐตั้งแต่เดือน กุมภาพันธ์ 2546 เพื่อเป็นแนวทางด้านจริยธรรมสำหรับเจ้าหน้าที่รัฐ โดยมี คณะกรรมการอิสระ ต่อต้านการคอร์รัปชัน ซึ่งเป็นหน่วยงานใน ACRC ทำหน้าที่ติดตามและสอบสวนการดำเนินการ ตามประมวลจริยธรรมดังกล่าว

(4.) การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

ผู้ตรวจการแผ่นดินยังมีอำนาจตรวจสอบถึงบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับ ว่าขัด หรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากพบว่ามีกฎหมายที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดินมี อำนาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศมีเพียงผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศสเปน (Defensores del Pueblo) เพียงประเทศเดียว ที่ ผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีอำนาจตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของกฎหมาย รัฐธรรมนูญของสเปน⁶⁶ บัญญัติให้ Defensores del Pueblo มีหน้าที่คุ้มครองและเป็นหลักประกันด้านสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้กับ ประชาชน Defensores del Pueblo มีอำนาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของ

⁶⁶ รัฐธรรมนูญสเปนฉบับปี ค.ศ. 1978 มาตรา 162

ประชาชน รวมถึงการ ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีเห็นว่า กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ด้วย⁶⁷

นอกจากนี้บางประเทศ อาจกำหนดให้ ผู้ตรวจการแผ่นดิน ของตนมีอำนาจพิเศษในเรื่องที่เป็นปัญหาของประเทศ ศนั้น ๆ ก็ได้ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศนามิเบีย และประเทศเลโซโท มีอำนาจเกี่ยวกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม และสิทธิในการเข้าถึงสิ่งแวดล้อม⁶⁸

(5.) การตรวจสอบเฉพาะด้าน

ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบเฉพาะด้านนี้ เป็นผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่มีลักษณะพิเศษ ซึ่งจำกัดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจสอบสวน และตรวจสอบ เฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเพียงเรื่องเดียวเท่านั้น ซึ่งเป็นกรณีที่มีปัญหาเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้งและปัญหานั้นจะต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษโดยมุ่งเน้นในการแก้ปัญหาทั้งระบบเพื่อป้องกันมิให้ปัญหาเกิดขึ้นซ้ำอีก จึงมีการตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินเฉพาะเรื่อง เรียก Specialized Ombudsman ผู้ตรวจการ แผ่นดินประเภทนี้ อาจเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา หรือผู้ตรวจการ แผ่นดิน ของรัฐบาลก็ได้ แต่ที่สำคัญคือจะรับผิดชอบเฉพาะด้านเท่านั้น

ตัวอย่างของผู้ตรวจการแผ่นดินเฉพาะด้าน เช่น ผู้ตรวจการ แผ่นดินสำหรับ เด็กและเยาวชน ผู้ตรวจการ แผ่นดินเกี่ยวกับ สื่อมวลชน ผู้ตรวจการภาพยนตร์ ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านสุขภาพ เป็นต้น

ประเทศที่จัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่ดูแลรับผิดชอบเฉพาะด้าน มักจะเป็นประเทศที่ประสบความล้ม ละ ในการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินที่ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครอง ต่อมาจึงได้ขยายขอบเขตและจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินเฉพาะด้านขึ้น เช่น ประเทศสวีเดนที่มี ออมบุดสแมนเป็นตัวแทนของรัฐบาลในการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครอง และมีการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินหน้าที่เฉพาะด้านอีก เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเผ่าพันธุ์ ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านคนพิการ และผู้ตรวจการแผ่นดินด้านเด็ก

⁶⁷ บุคคลที่มีอำนาจเสนอเรื่องต่อศาล รัฐธรรมนูญ เพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ได้แก่ ประธานรัฐบาล ผู้ตรวจการแผ่นดิน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 50 คน สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 50 คน และหน่วยงานอิสระของฝ่ายบริหาร

⁶⁸ Linda C. Relf, *supra* note 27, p.11.

ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เพิ่มมากขึ้น นอกเหนือจากการตรวจสอบการกระทำที่เป็นอธรรมมาภิบาลของฝ่ายปกครองนี้ เรียกว่าเป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดินแบบประยุทธิ์” (The Hybrid Ombudsman) ผู้ตรวจการแผ่นดินแบบประยุทธิ์จึงไม่มีรูปแบบที่แน่นอนชัดเจน ผู้ตรวจการแผ่นดินแบบประยุทธิ์ในแต่ละประเทศจึงมีอำนาจหน้าที่ที่ต่างกันตามแต่สภาพปัญหาที่ต้องการให้ผู้ตรวจการแผ่นดินตรวจสอบในประเทศนั้น ๆ แต่ทั้งนี้จะต้องอยู่บนพื้นฐานคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจควบคุมตรวจสอบเฉพาะ “การกระทำของฝ่ายปกครอง” เท่านั้น จะไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบเจ้าหน้าที่รัฐฝ่ายการเมืองหรือฝ่ายตุลาการ และจะไม่ตรวจสอบเอกชนด้วย

ข้อที่น่าพิจารณาคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินรูปแบบประยุทธิ์ มักเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินที่จัดตั้งขึ้นใหม่ในประเทศกำลังพัฒนา หรือประเทศที่ปฏิรูปการปกครองให้เป็นประชาธิปไตย เช่น ประเทศในแถบเอเชีย แอฟริกาใต้ ลาตินอเมริกา ต่างจากกลุ่มประเทศแรก ๆ ซึ่งเป็นประเทศในยุโรปที่รับแนวคิดเรื่องออมบุดสแมนจากประเทศสแกนดิเนเวีย และกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่หลัก คือ เยียวยาความบกพร่องที่เกิดจากฝ่ายปกครองเท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่าเหตุที่ผู้ตรวจการแผ่นดินในยุโรปไม่ตรวจสอบเรื่องสิทธิมนุษยชน หรือการทุจริตคอร์รัปชัน เป็นเพราะสภาพการเมืองการปกครองของกลุ่มประเทศนั้น ๆ เช่น เดนมาร์ก นอร์เวย์ อังกฤษ ฝรั่งเศส อิสราเอล เยอรมัน เป็นประเทศที่มีการเมืองการปกครองที่เข้มแข็ง มีการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ดี ประชาชนมีการศึกษาและมีจิตสำนึกที่ดี และมีระบบการควบคุมตรวจสอบด้านต่าง ๆ ที่มีประสิทธิภาพ เช่น ศาลปกครอง จึงไม่เกิดปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิมนุษยชน การทุจริตคอร์รัปชัน หรือการประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินในยุโรปจึงทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายปกครองในกรอบของกฎหมายปกครองแต่เพียงอย่างเดียว

เห็นได้ว่าองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินสมัยใหม่ มีอำนาจหน้าที่ที่หลากหลายขึ้น นอกเหนือจากการเยียวยาความบกพร่องของฝ่ายปกครอง ภายในกรอบของกฎหมายปกครอง ซึ่งต้องเป็นภารกิจหลักขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินในทุกประเทศ แต่ความบกพร่องของฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้น นั้นก็อาจคาบเกี่ยวกับเรื่องอื่น ๆ ด้วย เช่น การทุจริต ความประพฤติของเจ้าหน้าที่รัฐ การละเมิดสิทธิมนุษยชน จึงเกิดแนวคิดให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตรวจสอบ ความบกพร่องของฝ่ายปกครองภายในกรอบ หรือขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การทุจริตของเจ้าหน้าที่ ประมวลจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ระดับสูง หรือกรอบของฝ่ายนิติบัญญัติที่ออกกฎหมายไม่เหมาะสมด้วย ถือได้ว่าเป็นการ “ประยุทธิ์” ให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน ตรวจสอบและคุ้มครองประชาชนได้กว้างขวางขึ้น และอำนาจหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นของผู้ตรวจการแผ่นดินทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบแบบเด็ดขาด (repressive control) ได้นอกเหนือจาก

การใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบแบบแนะนำ แต่การใช้อำนาจเด็ดขาดของผู้ตรวจการแผ่นดินจะใช้ค่อนข้างน้อย และใช้อย่างจำกัด เช่น การมีอำนาจสอบสวนและลงโทษทางวินัย หรือการมีอำนาจฟ้องคดีที่กฎหมายขัดรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

อำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินที่เสริมหรือเพิ่มขึ้นมา นี้ ไม่ถือว่าขัดหรือแย้งกับอำนาจหน้าที่ดั้งเดิมของผู้ตรวจการแผ่นดินแต่อย่างใด กลับเป็นการ ค้ำครองประชาชน และเสริมสร้าง ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองให้มากขึ้น โดยเฉพาะในประเทศที่เพิ่งปฏิรูปการปกครองให้เป็นประชาธิปไตย ที่จำเป็นต้องควบคุม การใช้อำนาจรัฐใน ทุก ๆ ด้าน ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการเติมเต็มช่องว่างของระบบการตรวจสอบโดยองค์กรหลัก เนื่องจากองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินมีความ เป็นกลาง และมีอิสระ มีกระบวนการทำงานที่ เคารพอำนาจตัดสินใจของหน่วยงานรัฐ และมีความยืดหยุ่นสูงสามารถปรับ เปลี่ยนอำนาจหน้าที่ให้เข้ากับสภาพสังคมใด ๆ ก็ได้ เปรียบเสมือนผ้าซึ่งตัดให้เข้ากับรูปแบบใด ๆ ก็ได้ ⁶⁹ องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่มีรูปแบบแน่นอนตายตัว ฉะนั้น จึงสามารถประยุกต์ให้ ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบความบกพร่องในด้านต่าง ๆ ได้ และการที่ผู้ตรวจการแผ่นดินแบบประยุกต์มีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างไปจากออมбудสแมนในประเทศต้นแบบ ไม่ใช่สิ่งที่ผิด หรือ ทำให้ประสิทธิภาพของผู้ตรวจการแผ่นดิน ลดลงแต่อย่างใด ตราบใดที่ผู้ตรวจการแผ่นดินยัง ดำรงความเป็นอิสระ เป็นกลาง และสร้างความเชื่อมั่นให้กับสังคมได้

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินในปัจจุบันจึงมิใช่เป็นเพียงทางเลือกในการเยียวยาความเดือดร้อนให้กับประชาชนเท่านั้น แต่ยังทำหน้าที่เป็นองค์กรค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และควบคุมตรวจสอบเจ้าหน้าที่รัฐอย่างรอบด้าน บทบาทของผู้ตรวจการแผ่นดินที่เพิ่มขึ้นนี้ ยิ่งแสดงให้เห็นประสิทธิภาพขององค์กร ผู้ตรวจการแผ่นดินในการ เป็นส่วนหนึ่งที่ สร้างประชาธิปไตย และธรรมาภิบาลในสังคม

⁶⁹ Gerald E. Caiden and other. The Institution of Ombudsman ,In International Handbook of the Ombudsman : Evaluation and Present Function. p.13 อ้างใน มุขเมธิน กลั่นนุรักษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36, น.73-74.

1.3.4 รูปแบบการจัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน

องค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถจัดตั้งได้หลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมและการเมืองในแต่ละประเทศ ฉะนั้น การศึกษารูปแบบต่าง ๆ ของสถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นสิ่งที่สำคัญ หลักเกณฑ์ในการกำหนดรูปแบบของสถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น ก่อนอื่นต้องพิจารณาว่า การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองมีขอบกว้างอย่างไรบ้าง และเรื่องใดเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน แก้ไข เช่น บางประเทศอาจต้องการให้แก้ไขปัญหาการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ บางประเทศต้องการให้แก้ไขเรื่องสิทธิมนุษยชน จริยธรรมข้าราชการ เป็นต้น ปัญหาใดมีจำนวนมากเป็นพิเศษก็ต้องพิจารณาว่าสมควรจะจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินเฉพาะเรื่องเพื่อดูแลเรื่องนั้น ๆ เพียงเรื่องเดียวหรือไม่ และนอกจากนี้ยังต้องดูด้วยว่ามีหน่วยงานรัฐหน่วยงานใดที่รับผิดชอบแล้วบ้าง เพื่อป้องกันมิให้มีหน้าที่ซ้ำซ้อนกัน การทราบวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินจะทำให้ได้รูปแบบองค์กรที่เหมาะสมกับสภาพสังคมการเมืองในประเทศนั้น ๆ และสามารถกำหนดองค์ประกอบอื่นๆ ที่จำเป็นในการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินด้วย

รูปแบบของผู้ตรวจการแผ่นดิน อาจแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ⁷⁰ ได้แก่

1.3.4.1 รูปแบบศาล (The Court-like Model)

ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบนี้จะมีกระบวนการทำงานและขั้นตอนที่คล้ายคลึงกับศาล กล่าวคือ ความเห็นหรือข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินมีฐานะเทียบเท่ากับคำพิพากษาของศาล หน่วยงานรัฐต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของผู้ตรวจการแผ่นดิน หากไม่ปฏิบัติตามผู้ตรวจการแผ่นดินจะส่งเรื่องให้รัฐสภาเป็นผู้ติดตามต่อไป นอกจากนี้ผู้ตรวจการแผ่นดินยังมีอำนาจเข้าไปตรวจการการทำงานของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยตนเอง (Own-Initiative Project) หากเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนส่วนรวมและเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นไม่เกิน 1 ปี

ประเทศที่ กำหนดให้ ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่ ในรูปแบบศาลนี้จะ เป็นประเทศที่ไม่มีศาลปกครอง จึงกำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินทำหน้าที่นี้แทนศาลปกครอง เช่น ประเทศเดนมาร์ก⁷¹ นอร์เวย์ ไอซ์แลนด์ และกรีนแลนด์

⁷⁰ เรียบเรียงจาก Peter Vedel Kessing , *supra note* 38, pp.126-132.

⁷¹ ประเทศเดนมาร์กไม่ต้องการจัดตั้งศาลปกครอง จึงตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อให้ควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองแทนศาลปกครอง

1.3.4.2 รูปแบบอัยการ (The Prosecutor-Disciplinary Model)

ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบนี้ เป็นรูปแบบดั้งเดิมของออมбудสแมนในประเทศสวีเดน ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่เป็นตัวแทนของพระมหากษัตริย์ในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของข้าราชการเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่ให้ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หากเห็นว่าเจ้าหน้าที่รัฐกระทำผิดต่อหน้าที่อันเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ออมбудสแมนมีอำนาจในการยื่นฟ้องข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่รัฐต่อศาล ออมбудสแมนยังมีความเห็นเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยข้าราชการ ด้วย จนมีผู้กล่าวว่าความศักดิ์สิทธิ์ของออมбудสแมนของสวีเดนอยู่ที่วิธีดำเนินการฟ้อง⁷² ทั้งนี้ประกอบกับระบบศาลและระบบโทษตามกฎหมายอาญาของสวีเดนด้วย แต่ปัจจุบันออมбудสแมนของสวีเดนได้ลดบทบาทในการฟ้องเจ้าหน้าที่รัฐเป็นคดีต่อศาล แต่จะเน้นที่การให้คำแนะนำหรือคำปรึกษาแทน

เมื่อออมбудสแมนมีฐานะเป็น “ผู้ตรวจสอบ” การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อฟ้องร้องดำเนินคดี ออมбудสแมนจึงมีอำนาจในการตรวจราชการในหน่วยงานรัฐต่าง ๆ เป็นประจำทุกปี เพื่อตรวจสอบว่าการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่หน่วยงานนั้น ๆ มีปัญหาข้อขัดข้องอย่างไรบ้าง เพื่อออมбудสแมนจะได้ให้คำปรึกษา หรือหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว

1.3.4.3 รูปแบบผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอม (The Mediation Model)

ผู้ตรวจการแผ่นดินรูปแบบนี้จะทำหน้าที่เป็นคนกลาง เป็นผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอมหาทางแก้ไขข้อขัดแย้งระหว่างประชาชนกับหน่วยงานรัฐ โดยการเจรจาต่อรองเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย (win-win solution) ดังนั้นกระบวนการพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดินประเภทนี้จะไม่ใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่จะใช้หลักการเรื่องความเป็นธรรมทั่วไปและหลักการบริหารราชการที่ดี ในการแก้ไขปัญหา ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบนี้ ได้แก่ เมดิอาเตอร์ของประเทศฝรั่งเศส และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาของประเทศอังกฤษ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศไทยก็จัดอยู่ในรูปแบบนี้เช่นกัน

สาเหตุที่ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศส ออกแบบให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีฐานะเป็นผู้ไกล่เกลี่ย เป็นเพราะทั้งสองประเทศต่างก็มีองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการกระทำฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพอยู่แล้วแต่ก็มีข้อจำกัดบางประการ กล่าวคือ ประเทศอังกฤษมีศาลยุติธรรมและ Tribunal ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ส่วนประเทศฝรั่งเศส มี Conseil d'Etat ทำหน้าที่ควบคุมฝ่ายปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็มีข้อจำกัดใน

⁷² อมร จันทสมบุญ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 47, น. 62-63.

กระบวนการพิจารณาของ องค์การตุลาการ ที่แข็งกระด้าง ไม่ยืดหยุ่น จึงไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างทั่วถึง ประกอบกับไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางระหว่างภาครัฐกับประชาชน ฝรั่งเศสจึงรับ องค์การผู้ตรวจการแผ่นดิน ให้เข้ามาเติมเต็มช่องว่างระหว่าง รัฐกับประชาชน บทบาทของ ผู้ตรวจการแผ่นดินในรูปแบบนี้ จึงเป็น เสมือนคนกลางทำหน้าที่สื่อสาร และประสานงาน

จากการศึกษารูปแบบขององค์การผู้ตรวจการแผ่นดินจะเห็นได้ว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินทั้งสามรูปแบบ คือ รูปแบบศาล รูปแบบอัยการ และรูปแบบผู้ไกล่เกลี่ยประนีประนอม แม้ว่าจะมีกระบวนการใช้อำนาจที่แตกต่างกัน แต่ก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานเดียวกันคือ การเยียวยาความบกพร่องของฝ่ายปกครองในกรอบของกฎหมายปกครองเท่านั้น อันเป็นภารกิจหลักของผู้ตรวจการแผ่นดิน เพียงแต่จัดรูปแบบองค์กรให้เหมาะสมกับการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ

การจัดตั้งองค์การผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่มีรูปแบบที่แน่นอน แต่สามารถประยุกต์ดัดแปลงให้เข้ากับประเทศต่าง ๆ ที่มี สภาพปัญหา การเมือง การปกครอง ที่แตกต่างกันได้ คุณสมบัติดังกล่าว จึง เป็นลักษณะเด่นอีกประการหนึ่งขององค์การผู้ตรวจการแผ่นดิน นอกเหนือจากคุณสมบัติด้านการทำหน้าที่ตรวจสอบฝ่ายปกครองแต่ก็ไม่แทรกแซงอำนาจ ของฝ่ายปกครอง ทำให้ปัจจุบันการควบคุมฝ่ายปกครองโดย องค์การผู้ตรวจการแผ่นดินจึงเป็นสิ่งที่จะขาดเสียมิได้ของรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่