

บทที่ 2

ข้อความคิดทั่วไปว่าด้วย Independent Regulatory Agency (IRA)

ในปัจจุบันโครงสร้างทางเศรษฐกิจสังคมของรัฐมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งโครงสร้างระบบบริหารของรัฐแบบดั้งเดิมไม่สามารถตอบสนองการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับการมี Independent Regulatory Agency (IRA) หรือ Quasi Government หรือ Autorités Administratives Indépendantes เพื่อทำหน้าที่วางระเบียบ และควบคุมกิจกรรมบางอย่างภายในรัฐที่มีความสำคัญและมีผลกระทบอย่างมากต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เศรษฐกิจของประเทศ รวมถึงการจัดสรรการใช้ทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ไม่ว่ากิจกรรมนั้นจะดำเนินการโดยภาครัฐหรือเอกชน ซึ่งสามารถแยกศึกษาได้ดังนี้

2.1 โครงสร้างระบบบริหารของรัฐแบบดั้งเดิม

การจัดโครงสร้างสถาบันในรัฐที่ปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย มีที่มาจากหลักการพื้นฐานสำคัญสองประการ ได้แก่ หลักนิติรัฐ หรือหลักการปกครองภายใต้กฎหมาย (the rule of law) และหลักประชาธิปไตย ที่ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองประเทศ โดยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยที่เป็นอำนาจอสูงสุดในการปกครองรัฐเป็นของประชาชน

หลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองภายใต้กฎหมายและหลักประชาธิปไตยมีที่มาจากประวัติศาสตร์จากการต่อสู้ระหว่างชนชั้นปกครองกับชนชั้นกลางในช่วงศตวรรษที่ 16 ถึง 17 จนกระทั่งชนชั้นกลางได้รับชัยชนะ และสถาปนารูปแบบการปกครองระบอบประชาธิปไตยขึ้น โดยเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการปกครองประเทศ หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยต่างก็เป็นหลักการที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจนเกินขอบเขตเช่นเดียวกัน โดยเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนปวงชน เป็นแหล่งที่มาและขอบเขตของอำนาจกระทำการ

ทางปกครองทั้งหลาย หรือที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง”¹ และกำหนดให้อำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาอยู่ภายใต้กรอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐเช่นเดียวกัน หรือที่เรียกว่า “หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของฝ่ายนิติบัญญัติ”

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักนิติรัฐที่ได้รับการยอมรับกันมาแต่ดั้งเดิม โดยมีการกล่าวในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ.1789 ของฝรั่งเศสว่า รัฐใดที่มีได้ใช้หลักการแบ่งแยกอำนาจ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐนั้นมีรัฐธรรมนูญ โดยเชื่อกันว่าการแยกอำนาจรัฐไปยังองค์กรของรัฐต่างๆ ให้องค์กรเหล่านั้นจำกัด ควบคุมการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน ย่อมสามารถป้องกันการใช้อำนาจในทางที่ผิด ซึ่งส่งผลเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยปริยาย²

ในสมัยก่อนระบอบการปกครองต่างๆ จะมีวิวัฒนาการมาเป็นรูปแบบการปกครองในแบบประชาธิปไตย ผู้ทำการปกครองประเทศต่างๆ มักอ้างว่าอำนาจที่ตนใช้ในการปกครองประเทศนั้นมาจากสวรรค์ หรือทางอื่นใดก็ตามเพื่อทำให้ประชาชนเชื่อและไม่เกิดการโต้แย้งในอำนาจของผู้ปกครองประเทศ จนกระทั่งมาในสมัยศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นสมัยที่เริ่มมีแนวความคิดในทางโต้แย้งกับอำนาจของผู้ปกครองประเทศต่างๆ ในสมัยดังกล่าวเริ่มมีการหาเหตุผลในทางที่สนับสนุนว่าอำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศนี้เป็นของประชาชน ยังฌาค รุสโซ่ (Jean Jacques Rousseau) ได้อ้างในหนังสือชื่อ “สัญญาประชาคม” (Contract Social) ว่า จากการที่ประชาชนมารวมกันเป็นรัฐ ประชาชนแต่ละคนย่อมมีอำนาจอธิปไตย หรืออาจกล่าวได้ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนทุกคน จากหนังสือเล่มนี้เป็นที่มาของทฤษฎีที่ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน ประเทศที่ยอมรับในหลักการดังกล่าวจะมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยและต้องมีวิธีใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชนโดยอาจมีการจัดรูปการปกครองแบบใดแบบหนึ่งดังนี้

- (1) การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยตรง ซึ่งจัดให้ประชาชนทุกคนใช้อำนาจอธิปไตยได้โดยตรงในกิจการทั้งปวง
- (2) การปกครองแบบประชาธิปไตยโดยอ้อม ซึ่งจัดให้ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งผู้ขึ้นขึ้นทำหน้าที่แทนตน

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546) น.17-19.

² บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549) น.329.

จากที่ดังกล่าวข้างต้น สามารถแยกพิจารณาโครงสร้างระบบบริหารของรัฐแบบดั้งเดิมตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ได้ดังนี้

2.1.1 รัฐและรูปของรัฐ

รัฐเป็นสถาบันกฎหมายที่มีความสำคัญในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งสามารถให้นิยามได้ว่า ราษฎรซึ่งถูกรวบรวมอยู่ในอาณาเขตอันแน่นอนภายใต้อำนาจอธิปไตยของตนเอง³ และจากนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่ารัฐมีองค์ประกอบ 3 ประการ⁴ คือ

(1) ราษฎร หมายถึง กลุ่มคนที่ถูกจัดตั้งอยู่ภายใต้อำนาจของรัฐ ราษฎรของรัฐใดก็คือบุคคลที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้น ในทางกฎหมายเรียกว่าเป็นบุคคลที่มีสัญชาติของรัฐนั้นๆ บุคคลเหล่านี้จะตกอยู่ภายใต้อำนาจเหนือบุคคลของรัฐที่ตนเป็นสมาชิก ความเป็นสมาชิกของรัฐจึงเป็นความผูกพันในทางกฎหมายระหว่างรัฐกับบุคคลที่เป็นสมาชิกของรัฐนั้น ในความหมายนี้ราษฎรจึงเป็นส่วนหนึ่งของรัฐไม่มีราษฎรโดยปราศจากรัฐ เพราะราษฎรคือกลุ่มคนที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐนั่นเอง

(2) ดินแดน ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอีกประการหนึ่งของรัฐนอกจากราษฎร ไม่มีรัฐโดยปราศจากดินแดนหรืออาณาเขตที่แน่นอน ทั้งนี้โดยมีเส้นแบ่งเขตแดนเป็นสิ่งที่กำหนดดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐต่างๆ ออกจากกัน เส้นแบ่งเขตแดนนี้เริ่มเป็นที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 16 เมื่อความก้าวหน้าทางคณิตศาสตร์และทางภูมิศาสตร์ก้าวหน้าขึ้นจนถึงขั้นทำแผนที่กำหนดเส้นแบ่งเขตแดนกันได้ นอกจากนี้เส้นแบ่งเขตแดนอาจถูกกำหนดขึ้นจากสภาพธรรมชาติก็ได้ เช่น ภูเขา แม่น้ำ ลำคลอง เป็นต้น

เส้นแบ่งเขตแดนจะทำให้เกิดความแน่นอนแก่ดินแดนของรัฐ แต่ดินแดนของรัฐอาจเปลี่ยนแปลงได้ ตามประวัติศาสตร์ของรัฐต่างๆ มีการเปลี่ยนแปลงดินแดนอยู่เป็นประจำคือ บางครั้งก็ได้ดินแดนเพิ่มขึ้นหรือบางครั้งก็ลดลงเพราะต้องเสียดินแดนไปบางส่วน เพราะฉะนั้นการมีดินแดนที่แน่นอนของรัฐไม่ใช่ว่าดินแดนของรัฐจะต้องคงที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้แต่อย่างน้อยต้องกำหนดหมายได้แน่นอนว่ารัฐนั้นมีดินแดนอยู่ในเขตพื้นที่แห่งใดของโลก

³ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) น.16.

⁴ สมยศ เชื้อไทย, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น.108-122.

ข้อความคิดเกี่ยวกับรัฐนั้นเป็นข้อความคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบทางพื้นที่ กล่าวคือ เป็นระเบียบที่เกี่ยวกับกลุ่มคนที่อาศัยในดินแดนแห่งใดแห่งหนึ่งเพราะรัฐเป็นสังคมมนุษย์ที่ตั้งมั่นอยู่ ณ ที่ใดที่หนึ่งที่แน่นอนดังนั้นความหมายของดินแดนในทางกฎหมายจึงแตกต่างจากความหมายในทางธรรมชาติ ในทางกฎหมายนั้นดินแดนหรืออาณาเขตของรัฐ หมายถึง พื้นที่ที่รัฐใช้อำนาจปกครองทั้งในความสัมพันธ์ภายในและภายนอกซึ่งเราเรียกว่า “อำนาจเหนืออาณาเขต”

(3) อำนาจอรัฐ กล่าวคือ เมื่อรัฐนั้นเป็นชุมชนของมนุษย์ที่ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นองค์การ หรือหน่วยทางการเมือง ความสามารถในการก่อตั้งและรักษาป้องกันหน่วยในทางการเมืองนี้นับเป็นสาระสำคัญของอำนาจอรัฐโดยแท้ รัฐจึงเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการจัดระเบียบภายในรัฐโดยอาศัยอำนาจของรัฐซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดและเป็นอำนาจปกครองเหนือราษฎรทุกคนภายในรัฐ อำนาจอรัฐซึ่งเป็นอำนาจสูงสุดนี้จะต้องมีผลบังคับในชีวิตจริงในหมู่ราษฎรและมีความมั่นคงถาวรพอสมควร ภายในอาณาเขตของรัฐมีแต่รัฐเท่านั้นมีอำนาจบังคับบัญชาราษฎร อำนาจมหาชนที่ถูกใช้อยู่ภายในรัฐล้วนเป็นอำนาจของรัฐทั้งสิ้น รัฐผูกขาดการใช้อำนาจมหาชนหรืออำนาจสาธารณะภายในรัฐแต่ผู้เดียว ส่วนอำนาจมหาชนหรืออำนาจปกครองซึ่งบุคคลหรือองค์การอื่นใช้อยู่ภายในรัฐนั้นเป็นอำนาจที่ได้รับมอบไปจากรัฐทั้งสิ้น เอกชนยังมีอำนาจอยู่บ้างก็เฉพาะการใช้อำนาจเพื่อป้องกันตนเองเท่านั้นแต่ก็ทำได้อย่างจำกัดตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ตัวอย่างเช่น การป้องกันตัวตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น

นอกจากนี้อำนาจอรัฐต้องเป็นอำนาจที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันซึ่งถือว่าเป็นคุณสมบัติที่สำคัญของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งต่างจากในสมัยกลางที่อำนาจการปกครองลดหลั่นเป็นชั้นๆ ในข้อนี้จะต้องไม่สับสนกับการใช้อำนาจอรัฐซึ่งตามหลักการแบ่งแยกอำนาจสามารถแยกให้องค์กรต่างๆ ของรัฐหลายองค์กรมาร่วมกันใช้อำนาจอรัฐได้

คุณสมบัติอีกประการหนึ่งของอำนาจอรัฐ คือ การมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) อำนาจอธิปไตยเป็นข้อความคิดซึ่งเกิดจากสภาวะการณ์ในทางการเมืองและประวัติศาสตร์ทางความคิดของยุโรป ในความหมายดั้งเดิม หมายถึง อำนาจที่เป็นอิสระจากอำนาจอื่นๆ ทั้งนี้ เพราะข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยวิวัฒนาการมาจากความขัดแย้งระหว่างรัฐ สมบูรณาญาสิทธิราชย์กับอำนาจของสันตะปาปา จักรพรรดิและพวักศักดิ์นา ซึ่งจะเห็นได้ว่าสังคมมนุษย์ที่อยู่รวมกันจะต้องมีการปกครอง จะเป็นการปกครองโดยบุคคลใดหรือคณะใดก็จะต้องมีการปกครองอยู่เสมอ ไม่เช่นนั้นแล้วความสงบเรียบร้อยของสังคมก็จะมีขึ้นไม่ได้ อำนาจปกครองนี้เกิดขึ้นเองในขณะที่มีมนุษย์รวมกันอยู่เป็นหมู่คณะ เพราะโดยธรรมชาติของมนุษย์ต้องอยู่รวมกัน

โดยมีการพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน การพึ่งพาอาศัยกันนี้เองที่เป็นมูลเหตุก่อให้เกิดอำนาจปกครองขึ้น อำนาจปกครองนี้เป็นอำนาจสูงสุดเหนือชุมชน อำนาจปกครองหรืออำนาจสูงสุดนี้คืออำนาจอธิปไตย⁵

รัฐต่างๆ จำเป็นต้องกำหนดรูปของรัฐและการปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นสาระสำคัญของโครงสร้างของรัฐธรรมนูญ โดยอาจแบ่งรูปของรัฐในแง่โครงสร้างของอำนาจรัฐ ซึ่งแบ่งออกได้คือรัฐเดี่ยวหรือรัฐรวม⁶

2.1.1.1 รัฐเดี่ยว

รัฐเดี่ยว หมายถึง รัฐที่เป็นเอกภาพโดยไม่ได้แบ่งแยกออกจากกันและมีอำนาจสูงสุดสมบูรณ์ทั้งภายในและภายนอกประเทศ

ข้อดีของรัฐเดี่ยว มีดังนี้

(1) ทำให้ได้รัฐบาลที่เข้มแข็ง เพราะได้รวมกำลังและอำนาจบังคับบัญชาไว้ในรัฐเดี่ยว โดยไม่มีการแตกแยกไปตามท้องถิ่นต่างๆ

(2) ทำให้มีการปฏิบัติงานเป็นระเบียบเดียวกันตลอดทั่วอาณาเขต

(3) ทำให้มีการปฏิบัติราชการเป็นไปโดยประหยัดค่าใช้จ่าย เช่น โดยการหมุนเวียนเจ้าหน้าที่ เครื่องมือเครื่องใช้ ยานพาหนะ การพิมพ์แบบพิมพ์ก็พิมพ์ได้คราวละมากๆ เพื่อใช้ตลอดทั่วอาณาเขตของรัฐ

(4) ทำให้รัฐบาลสามารถทำนุบำรุงท้องถิ่นที่ด้อยความเจริญและยังเลี้ยงตนเองไม่ได้ ด้วยภาษีอากรที่เฉลี่ยมาจากท้องถิ่นอื่นที่เจริญกว่า

ข้อเสียของรัฐเดี่ยว มีดังนี้

(1) รัฐย่อมมีอาณาเขตกว้างใหญ่ ฉะนั้น รัฐบาลกลางรัฐบาลเดียวอาจบริหารราชการไม่ทั่วถึง หรือบริหารราชการไปโดยขาดประสิทธิภาพ

(2) การจัดระเบียบปฏิบัติให้เป็นแบบเดียวกันตลอดอาณาเขตของรัฐอาจไม่เหมาะสมกับภูมิประเทศและความเป็นอยู่ของราษฎรบางท้องถิ่น

(3) รัฐบาลไม่อาจทราบความต้องการของราษฎรตามท้องถิ่นต่างๆ ที่แตกต่างกัน เนื่องจากอาณาเขตของรัฐกว้างใหญ่

⁵ ประชิด ประดับสุข, “การแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย”, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2498) น.2.

⁶ หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515) น.16-22.

แนวทางแก้ไขข้อเสียของรัฐเดี่ยว มีดังนี้

(1) โดยวิธีแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาค คือ มอบให้จังหวัดและอำเภอไปดำเนินการในรายละเอียด (Deconcentration) เพื่อให้เหมาะสมกับภูมิประเทศ พลเมืองและท้องถิ่นซึ่งเรียกว่า “ราชการบริหารส่วนภูมิภาค”

(2) โดยวิธีกระจายอำนาจ (Decentralisation) ซึ่งอาจเป็นการกระจายอำนาจตามบริการสาธารณะ เช่น มหาวิทยาลัยต่างๆ สภาการศึกษา หรือการกระจายอำนาจตามท้องถิ่น

ทั้งนี้ การแบ่งอำนาจให้ส่วนภูมิภาคและการกระจายอำนาจให้องค์การท้องถิ่นปกครองตัวเองนี้ ไม่กระทบกระทั่งความเป็นรัฐเดี่ยว เพราะรัฐยังคงเป็นรัฐเดี่ยวอยู่นั่นเอง แต่รัฐเดี่ยวได้ออกกฎหมายแบ่งอำนาจหรือกระจายอำนาจออกไปเพื่อประโยชน์ของรัฐเดี่ยวเอง ซึ่งรัฐเดี่ยวอาจออกกฎหมายยกเลิกการแบ่งอำนาจหรือการกระจายอำนาจทั้งหมดหรือบางส่วน หรือจัดให้เป็นรูปอื่นใดอย่างใดๆ ก็ได้ทั้งสิ้น

2.1.1.2 รัฐรวม

รัฐรวม หมายถึง รัฐต่างๆ ตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป มารวมกันโดยมีรัฐบาลเดียวกันหรือประชาชนเดียวกัน แต่ต่างรัฐต่างก็มีสภาพเป็นรัฐอยู่ เป็นแต่จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยลงไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐรวมนี้แบ่งแยกได้ดังนี้

(1) สหรัฐหรือสหพันธรัฐ (Federation) คือเป็นรัฐที่สำหรับกิจการภายนอกสหพันธรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจแต่ผู้เดียว มีรัฐบาลและรัฐสภาทำหน้าที่ในการนี้ สำหรับกิจการภายในนี้ มลรัฐซึ่งประกอบเป็นสหพันธรัฐหาอำนาจไม่ แต่สำหรับกิจการภายในได้แบ่งแยกอำนาจออกไปให้สหพันธรัฐบ้าง มลรัฐบ้าง ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญการรวมมีลักษณะ ดังนี้

(ก) สำหรับกิจการภายนอก เป็นอำนาจของสหรัฐโดยเฉพาะ มลรัฐจะใช้อำนาจของตนเองไม่ได้ เช่น จะตั้งทูตไปเจรจากับต่างประเทศไม่ได้

(ข) สำหรับกิจการภายใน มลรัฐต่างมีอำนาจบางประการ เช่น การศึกษา การตำรวจ ส่วนสหรัฐก็มีอำนาจบางประการเช่นเดียวกัน เช่น เงินตรา ทั้งนี้ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ชัดเจนว่าอำนาจใดเป็นของสหรัฐ อำนาจใดเป็นของมลรัฐ

(ค) ความสัมพันธ์ระหว่างสหรัฐและมลรัฐเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายภายใน ไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศ

(2) สมาพันธรัฐ (Confederation) ซึ่งหมายถึง รัฐต่างๆ ที่เป็นอิสระ แต่ได้รวมกันเป็นทำนองสมาคมของรัฐ โดยจัดให้มีที่ประชุมผู้แทนของรัฐต่างๆ ที่รวมเข้ากันขึ้นเพื่อจัดการผลประโยชน์ของรัฐนั้นๆ ร่วมกัน สมาพันธรัฐเวลานี้ไม่มีแล้ว เพราะที่ประชุมผู้แทนของรัฐไม่มี

อำนาจดำเนินการให้เป็นล้าเป็นสันได้แต่ลงมติแล้วรัฐที่เข้ามารวมกันเป็นสมาพันธ์รัฐนั้นจะได้นำมติไปปฏิบัติอีกชั้นหนึ่ง เช่น ออกกฎหมายให้การเป็นไปตามมติของสมาพันธ์รัฐ ต่อมาสมาพันธ์รัฐจึงได้ลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของตนเปลี่ยนมาเป็นสหพันธ์รัฐ เช่น สหรัฐอเมริกา สวิสเซอร์แลนด์ การรวมเป็นสมาพันธ์รัฐมีลักษณะดังนี้

(ก) รัฐทุกรัฐมีอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์ ทั้งภายในและภายนอก รัฐเป็นแต่มารวมเข้ากันเป็นสมาพันธ์ซึ่งมีลักษณะเป็นสมาคมเท่านั้น

(ข) รัฐทุกรัฐมีเสรีภาพที่จะแยกตัวออกจากสมาพันธ์ได้ตลอดเวลา

ข้อดีของรัฐรวม มีดังนี้

(1) ทำให้รัฐต่างๆ ซึ่งยังหวงแหนอำนาจอธิปไตย หรืออำนาจในการบริหารราชการภายในบางประการของตนอยู่ สามารถรวบรวมกันเป็นสหรัฐได้โดยรัฐต่างๆ เหล่านี้สละแต่อธิปไตยภายนอก เช่น การต่างประเทศ การทหาร ส่วนอำนาจอธิปไตยภายในบางอย่าง เช่น การศึกษาก็ยังสงวนไว้เป็นของตนได้ ทำให้เกิดรัฐบาลกลางขึ้น ซึ่งเป็นรัฐบาลที่เข้มแข็ง สามารถจะกระทำการอันเป็นประโยชน์ร่วมกัน เช่น จัดตั้งกองทัพไว้ต่อต้านศัตรูเป็นต้น ซึ่งรัฐเหล่านี้จะไม่ยอมเลิกล้มตัวเองก่อตั้งรัฐเดี่ยวขึ้น

(2) ทำให้รัฐต่างๆ สามารถจัดกิจการที่สงวนไว้ให้เหมาะสมกับภูมิประเทศ และความต้องการของราษฎรของตนได้ เช่น ให้เหมาะสมกับเชื้อชาติและศาสนาของพลเมืองตนได้ เป็นต้น

ข้อเสียของรัฐรวม มีดังนี้

(1) ทำให้กฎหมายของมลรัฐต่างๆ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของมลรัฐมิได้มีบทบัญญัติอย่างเดียวกัน เป็นความลำบากแก่คนของมลรัฐหนึ่ง ซึ่งทำการพาณิชย์หรือติดต่อในทางธุรกิจต่อคนอีกมลรัฐหนึ่ง

(2) ทำให้เสียค่าใช้จ่ายซ้ำซ้อนในเรื่องเดียวกัน คือ ของสหรัฐและมลรัฐซึ่งทำให้สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายสูงขึ้น เพราะมลรัฐต่างๆ ก็ต้องมีรัฐธรรมนูญของมลรัฐนั่นเอง มีสถานะติบัญญัติเอง มีรัฐบาลบริหารกิจการเอง และมีศาลของตนเอง เคียงคู่ไปกับสถานะติบัญญัติ รัฐบาลและศาลของสหรัฐ

(3) ในเรื่องรัฐธรรมนูญมอบให้เป็นอำนาจหน้าที่ของมลรัฐ การปฏิบัติราชการก็ไม่เป็นระเบียบเดียวกัน มลรัฐต่างก็ปฏิบัติกิจการของตนไปซึ่งอาจทำให้มาตรฐานไม่เท่าเทียมกัน เช่น ด้านการศึกษา เป็นต้น

(4) มีผลทำให้มีการขัดแย้งกันในการใช้อำนาจ คือ ระหว่างมลรัฐกับสหรัฐ และระหว่างมลรัฐกับมลรัฐด้วยกัน ซึ่งจะต้องจัดให้มีศาลสำหรับวินิจฉัยข้อขัดแย้งกันนี้ คือ ในกรณีที่มีการ

ขัดแย้งในเรื่องอำนาจจะต้องชี้ขาดว่าอำนาจเป็นของใคร ทั้งจะต้องให้รัฐบาลกลางมีวิถีทางป้องกันมิให้มลรัฐที่เข้าร่วมอยู่แล้ว แยกแยกออกไปตั้งรัฐเดี่ยวอันเป็นอิสระขึ้นใหม่อีกด้วย

(5) สหรัฐจะต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของมลรัฐต่อต่างประเทศในกรณีที่มีมลรัฐไปทำผิดต่อต่างประเทศ

(6) ในเรื่องที่รัฐธรรมนูญมอบให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสหรัฐ อาณาเขตของสหรัฐเองย่อมกว้างใหญ่ สหรัฐอาจดูแลไม่ทั่วถึง

อนึ่งมีข้อสังเกตในเรื่องรูปของรัฐบาลคือการที่รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้รัฐใดๆ เป็นสหรัฐหรือรัฐเดี่ยวเป็นผลในทางประวัติศาสตร์ สหรัฐย่อมเกิดขึ้นจากรัฐที่มีมาแต่เดิมแต่โดยที่มีฐานะในทางภูมิศาสตร์คือมีอาณาเขตติดต่อกันมีขนบธรรมเนียมอย่างเดียวกันหรือคล้ายคลึงกัน มีเชื้อชาติหรือพูดภาษาเดียวกัน ถิ่นศาสนาเดียวกัน ต่อด้านศรัทธาด้วยกัน เช่น ร่วมกันปลดแอกจนเป็นเอกราชพร้อมกันต่างรู้สึกว่าจะรวมกันเข้าแล้วจะคุ้มครองป้องกันดินแดนและสิทธิของรัฐนั้นๆ เองได้มากกว่าในชั้นแรกจึงมักจะรวมกันเป็นสมาพันธรัฐ (Confederation) ขึ้นก่อนดังเช่นในอเมริกาและเยอรมัน เป็นต้น แต่สมาพันธรัฐเป็นรัฐที่ไม่เข้มแข็งเพราะเป็นแต่เพียงสมาคมของรัฐหรือที่ประชุมระหว่างรัฐสมาชิกแล้วภายหลังจึงได้เปลี่ยนรูปมาเป็นสหรัฐ (Federation) มีรัฐบาลและมลรัฐอย่างสหรัฐอเมริกาและเยอรมันทุกวันนี้ การที่รัฐนั้นๆ ไม่สามารถก่อตั้งเป็นรัฐเดี่ยวก็เพราะรัฐที่เข้าร่วมนั้นยังห่วงหาอาณัติที่จะจัดการภายในของตนบางประการ

ส่วนรัฐเดียวนั้นเป็นรัฐที่ประกอบด้วยพลเมืองที่มีเชื้อชาติเดียวกันหรือมีชนเชื้อชาติเดียวกันเป็นส่วนมาก จึงได้จัดตั้งรัฐในรูปที่มีการปกครองอันเดียวโดยไม่แตกแยกตลอดมาตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์จนถึงประชาธิปไตย ในทางประวัติศาสตร์เคยปรากฏว่ามีรัฐเดี่ยวอยู่แล้วเปลี่ยนมาเป็นสหรัฐก็มี เช่น สหภาพโซเวียต สหภาพพม่า ทั้งนี้เพราะประเทศนั้นประกอบด้วยพลเมืองหลายเชื้อชาติ ซึ่งถ้าจะจัดแบ่งการปกครองออกเป็นมลรัฐตามเชื้อชาติแล้วจะสะดวกแก่การปกครอง

2.1.2 ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจและการจัดโครงสร้างระบบบริหารของรัฐ

เดิมอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจในการปกครองประเทศนั้นยังไม่ได้แบ่งแยกหรือไม่มีผู้คิดว่าจะแยกออกอย่างไร แยกให้ใคร และแยกทำไม แต่ต่อมานักปรัชญาเองที่เสนอแนะให้มีการแบ่งแยกอำนาจ หลักการนี้มีที่มาจากตั้งแต่สมัยกรีกดังที่อริสโตเติลเองได้จำแนกอำนาจหน้าที่ของรัฐออกเป็นองค์การปกครองต่างๆ กัน เช่น แบ่งเป็นสภาประชาชน (Ecclesia) เป็นศาลประชาชน

และเป็นคณะรัฐมนตรีผู้บริหารรัฐ ในสมัยโรมันนักปกครองบางคน เช่น โพลีบิอุส (Polybius) ได้สร้างหลักที่ว่า ควรแบ่งสถาบันการปกครองออกเป็นหลายสถาบัน และให้แต่ละสถาบันมีอำนาจถ่วงดุลกัน นักปรัชญาสมัยต่อมา เช่น เจมส์ แฮริงตัน, จอห์น ล็อก, ฌอง โบแดง, บรูเฟนดอร์ฟ และโกรติอุส ต่างก็เคยกล่าวถึงการแยกอำนาจ แต่ในบรรดานักคิดทั้งหลาย บุคคลที่สำคัญที่สุดในความคิดเรื่องแบ่งแยกอำนาจนี้คือ มองเตสกีเยอ ซึ่งมีชื่อเต็มว่า Baron de la Brede et de Montesquieu⁷ มองเตสกีเยอได้เขียนหนังสือชื่อว่า “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” (De l'esprit des lois) เมื่อ ค.ศ. 1784 กล่าวถึงรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษว่า รัฐทุกรัฐมีอำนาจอยู่สามอย่าง กล่าวคือ

- (1) อำนาจนิตินบัญญัติ คืออำนาจเกี่ยวกับการวางระเบียบบังคับทั่วไปของรัฐ กล่าวคืออำนาจในการตรากฎหมายนั่นเอง
- (2) อำนาจที่จะปฏิบัติกิจการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายมหาชน คืออำนาจในการใช้หรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งในสมัยนี้เรียกว่า อำนาจบริหารนั่นเอง
- (3) อำนาจที่จะปฏิบัติกิจการต่างๆ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นอำนาจในการวินิจฉัยบรรทัดคดี ซึ่งเรียกกันต่อมาว่าอำนาจตุลาการ

ความมุ่งหมายของมองเตสกีเยอในการแยกอำนาจ ก็เพื่อคุ้มครองและให้หลักประกันแก่ราษฎร เนื่องจากมองเตสกีเยอเกรงว่าหากมีการก้าวล่วงอำนาจกันแล้วก็จะนำไปสู่การเผด็จการโดยง่าย เพราะหากอำนาจนิตินบัญญัติและอำนาจบริหารรวมอยู่ที่คนเดียวหรือองค์กรเดียว จะมีแนวโน้มอย่างมากที่กษัตริย์หรือรัฐสภาเดียวนั้นจะสร้างกฎหมายขึ้นและใช้กฎหมายข่มเหงประชาชน ในทำนองเดียวกัน เสรีภาพจะไม่หลงเหลืออยู่เช่นกัน หากอำนาจตุลาการไม่แยกออกจากอำนาจนิตินบัญญัติและอำนาจบริหาร ชีวิตและอิสรภาพของบุคคลจะอยู่ในมือผู้ใช้อำนาจทั้งสองนี้ เพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ออกกฎหมายด้วย ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจบังคับหรือควบคุมราษฎรได้เต็มที่ โดยมองเตสกีเยอได้ให้เหตุผลว่า คนทุกคนที่มีอำนาจมักหลงระเห็จชอบใช้อำนาจเกินเลยไปเสมอ ดังนั้น จึงต้องหาวิธีให้อำนาจคอยเหนี่ยวรั้งอำนาจไว้ (Le pouvoir arrête le pouvoir)

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเยอมีอิทธิพลมากต่อการร่างรัฐธรรมนูญในเวลาต่อมา ทั้งในปณิญาว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศสและในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเองก็รับรองทฤษฎีดังกล่าวเช่นกัน จึงอาจกล่าวได้ว่า ในสมัยคริสต์ศตวรรษที่ 18 ถือว่าการแบ่งแยกอำนาจเป็นหัวใจของรัฐธรรมนูญและระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยซึ่งการ

⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์บรรณการ, 2523) น.222.

นำทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจมาใช้นั้นมีเป้าหมายอยู่สามประการด้วยกันคือ ประการแรกเพื่อบรรลุซึ่งภารกิจตามหลักนิติรัฐ ประการที่สองเพื่อบรรลุซึ่งภารกิจตามหลักประชาธิปไตย ประการสุดท้ายเพื่อบรรลุซึ่งภารกิจทั้งหลายของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ⁸

การแบ่งแยกอำนาจที่กล่าวถึงนี้ ไม่ได้หมายถึงการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น ส่วนๆเด็ดขาด เพราะลักษณะสำคัญของอำนาจอธิปไตยประการหนึ่งคือ ความไม่อาจถูกแบ่งแยกได้ ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงการแบ่งแยกอำนาจ คงหมายความว่า การแยกกันใช้อำนาจอธิปไตยตามหน้าที่เท่านั้น เช่น นาย ก. เป็นราษฎรในรัฐ ในฐานะที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนหรือของชาติ นาย ก. ย่อมมีส่วนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยด้วยและอำนาจที่ นาย ก. มีย่อมเป็นทั้งอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ มิใช่ว่านาย ก. มีอำนาจนิติบัญญัติ นาย ข. มีอำนาจบริหาร นาย ค. มีอำนาจตุลาการ หาได้ไม่ เพราะอำนาจอธิปไตยนั้นไม่อาจแบ่งแยกได้ แต่ถ้า นาย ก. อยู่ในฐานะที่จะใช้อำนาจอธิปไตย เช่น ได้รับตำแหน่งเป็นผู้ออกกฎหมาย เท่ากับว่านาย ก. ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ตรงนี้เองที่มองเตสกิเยอเห็นว่า นาย ก. จะใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการไปพร้อมกันไม่ได้ แท้จริงแล้วก็เป็นเรื่องในการแบ่งหน้าที่นั่นเอง (Separation of Function)⁹ ซึ่งในปัจจุบัน โดยทั่วไปนิยมแบ่งอำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power) อำนาจตุลาการ (Judicial Power) และอำนาจบริหาร (Executive Power) หลักการแบ่งแยกอำนาจรัฐนี้เป็นหลักการเกี่ยวกับการจัดองค์กรของรัฐซึ่งมีความสำคัญต่อการจัดโครงสร้างระบบบริหารของรัฐ และหลักการเกี่ยวกับการกำหนดภารกิจของรัฐพร้อมกันทีเดียวในหลักเดียวกัน โดยสามารถพิจารณาไปพร้อมกันได้ ดังนี้

2.1.2.1 อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Power)

อำนาจนิติบัญญัติ หมายถึงอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมาย และออกกฎหมาย หรือตรากฎหมาย ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้นเราเรียกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ

ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือรัฐสภาเป็นฝ่ายที่มีหน้าที่ออกกฎหมายใช้บังคับในรัฐ จะเห็นได้ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นฝ่ายที่มีบทบาทมากที่สุด ถือว่าเป็นหน้าที่ที่สำคัญที่สุดในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากมีหน้าที่ที่จะกำหนดว่าพฤติกรรมใดของบุคคลในสังคมควรจะเป็นความผิดและมีความผิดสถานใด มีอัตราโทษเท่าใด อย่างไรก็ตามในระบอบการปกครองแบบอื่น อำนาจนิติบัญญัติมิได้มีความสำคัญที่สุด หากแต่อาจอยู่ภายใต้บังคับของฝ่ายอื่น หรืออาจผนวกซ้อนอยู่กับอำนาจอื่นก็ได้

⁸ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.352.

⁹ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 7, น.226.

ในส่วนโครงสร้างของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น องค์กรที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติอาจมีองค์กรเดียวที่เรียกว่าสภาเดียว (Unicameral Assembly) หรืออาจมีสองสภา (Bicameral Assembly) โดยในแต่ละประเทศก็จะเรียกชื่อสภาแตกต่างกันออกไป สภานิติบัญญัติสภาเดียวนั้นหมายความว่า สมาชิกสภานิติบัญญัติทั้งหมดในประเทศ ประชุมแยกกันเป็นสองกลุ่ม แต่ละกลุ่มมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแตกต่างกัน สถานที่ประชุมอาจเป็นสถานที่เดียวกัน แต่ต่างเวลากัน ในกรณีสำคัญอาจจะประชุมร่วมกันก็ได้ การพิจารณาว่ารัฐหนึ่งๆ นั้นควรมีสภานิติบัญญัติที่สภาย่อมขึ้นกับองค์ประกอบหลายประการทั้งทางประวัติศาสตร์ รูปแบบของรัฐ วัตถุประสงค์ สถานการณ์ เป็นต้น

นอกจากอำนาจหน้าที่ด้านนิติบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้น รัฐสภายังเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยกำหนดให้รัฐสภาเป็นผู้อนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของฝ่ายบริหารการตั้งกระทู้ถามเกี่ยวกับการกิจที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารในรัฐสภา ตลอดจนการมีมติให้รัฐบาลพ้นจากตำแหน่ง หากไม่พอใจผลงานการบริหารประเทศ โดยการอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาล การให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยขององค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 นั้นอยู่ในรูปแบบรัฐสภาโดยเป็นระบบสองสภา ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีหน้าที่ที่สำคัญ คือ การตรากฎหมาย (มาตรา 142-153) ซึ่งแยกเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญและกฎหมายธรรมดา (มาตรา 138 และ 142) การอนุมัติงบประมาณ (มาตรา 167-170) ทั้งนี้ สภาผู้แทนราษฎรหรือกรรมาธิการจะแปรญัตติหรือกระทำการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายกระทำไม่ได้ และการควบคุมบริหารราชการแผ่นดิน ได้แก่ การตั้งกระทู้ธรรมดา การตั้งกระทู้สด ยกเลิกการให้เปิดอภิปรายคณะรัฐมนตรีทั้งคณะ แต่ให้มีการเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีแทน การเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล การตั้งกรรมาธิการสามัญและวิสามัญเพื่อกระทำการพิจารณาสอบสวน หรือศึกษาเรื่องใดๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร ในส่วนของวุฒิสภานั้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 กำหนดให้มีวุฒิสภาจำนวนทั้งสิ้น 150 คน ประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัด จังหวัดละ 1 คน และมาจากการสรรหาเท่ากับจำนวนรวม 150 คน หักด้วยจำนวนสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้ง (มาตรา 111) โดยที่วุฒิสภามีอำนาจในการยับยั้งร่างกฎหมายของสภา

ผู้แทนราษฎร (มาตรา 147) และยังมีอำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรตรวจสอบด้วย โดยบทบาทในฐานะที่เป็นองค์กรตรวจสอบนั้นแสดงออกในสองลักษณะ คือ ประการแรก เป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งสมาชิกขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ การตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน (มาตรา 243) การตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 206) การเลือกคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามทุจริตแห่งชาติ (มาตรา 246) ประการที่สอง มีอำนาจในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด หรืออัยการสูงสุด ตลอดจนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาหรือตุลาการ พนักงานอัยการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตออกจากตำแหน่ง ในกรณีที่บุคคลนั้นมีพฤติการณ์ร้ายแรงผิดปกติ ส่อในทางทุจริตต่อหน้าที่ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ส่อว่ากระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือส่อว่าจงใจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง (มาตรา 270)

2.1.2.2 อำนาจตุลาการ (Judicial Power)

เดิมนั้นเห็นว่าอำนาจบริหารกับอำนาจตุลาการเป็นอำนาจเดียวกัน แต่มองเตสกีเยอเป็นผู้มีความเห็นแตกต่างออกไปว่า อำนาจตุลาการควรเป็นอีกอำนาจหนึ่งซึ่งมีผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแยกออกจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ดังที่มองเตสกีเยอกล่าวไว้ว่า “ถ้าอำนาจตุลาการมิได้แยกออกจากอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ก็จะไม่มีความเสรีภาพเหลืออยู่ ถ้าอำนาจตุลาการไปรวมกับอำนาจนิติบัญญัติ ชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะขึ้นอยู่กับความพอใจของผู้ใช้อำนาจนี้ เพราะผู้พิพากษาจะเป็นทั้งผู้ออกกฎหมายและผู้ตีความกฎหมาย ยิ่งถ้าอำนาจตุลาการไปรวมอยู่กับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะยังมีอำนาจขึ้นไปอีก ซึ่งในที่สุดเสรีภาพของบุคคลก็จะสูญสิ้นหมดไป”¹⁰ ซึ่งปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันแล้วว่า อำนาจตุลาการเป็นอำนาจที่สำคัญอย่างหนึ่งจึงควรต้องมีผู้ใช้อำนาจนี้แยกออกจากผู้ใช้อำนาจอื่น อำนาจในการพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมายนี้ เป็นภารกิจที่มีขอบเขตชัดเจน เพราะเป็นการตรวจสอบความถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร คุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งในสถาบันศาลหรือองค์กรตุลาการจึงต่างจากสถาบันอื่น กล่าวคือ ต้องเป็นผู้มีความรู้เฉพาะด้าน และต้องมีความเป็นกลาง ความอิสระ ความสุจริต เป็นพิเศษ องค์กรตุลาการจึงมิใช่สถาบันทางการเมืองโดยแท้เช่นรัฐสภาหรือรัฐบาล

¹⁰ วิษณุ เครืองาม, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น.291.

โดยทั่วไปแล้ว อำนาจตุลาการมีความหมายครอบคลุมถึงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นอรรถคดีระหว่างเอกชนด้วยกันเอง หรือระหว่างเอกชนกับรัฐบาลซึ่งอยู่ในฐานะอย่างเดียวกันกับเอกชน ส่วนอำนาจตุลาการจะครอบคลุมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดอย่างอื่นด้วยหรือไม่นั้นย่อมขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญและประเพณีการปกครองของแต่ละประเทศ

สำหรับประเทศไทยก่อนที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 จะให้บังคับนั้นประเทศไทยมีองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการคือศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่เพียงศาลเดียว แม้จะมีศาลทหารก็เป็นศาลที่มีอำนาจหน้าที่อย่างจำกัด ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้จัดตั้งศาลขึ้นใหม่อีกสองประเภท ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครอง คู่ขนานไปกับศาลยุติธรรม ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเช่นกัน โดยศาลรัฐธรรมนูญจะประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คนและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 8 คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 9 ปี นับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว โดยอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญอาจแบ่งได้เป็น 5 กลุ่มดังนี้

(1) การควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ กรณีนี้แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

(1.1) การควบคุมกฎหมายก่อนมีการประกาศใช้ เช่น การควบคุมร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 141 และมาตรา 154 ตามลำดับ

(1.2) การควบคุมกฎหมายหลังมีการประกาศใช้ เช่น ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ซึ่งศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัตินั้น ตามมาตรา 211 หรือกรณีบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 212

(2) การวินิจฉัยในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ซึ่งประธานรัฐสภานายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เป็นผู้ที่มีอำนาจเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 214

(3) การวินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมือง เช่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง กรรมการบริหารของพรรคการเมือง หรือสมาชิกพรรค

การเมืองตามจำนวนที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งเห็นว่ามีหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นน่าจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เป็นผู้มีสิทธิร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยให้มติหรือข้อบังคับนั้นเป็นอันยกเลิกไป ตามมาตรา 65

(4) วินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินการภายในของงานของรัฐสภา เช่น พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เสนอใหม่มีหลักการอย่างเดียวกับหรือคล้ายกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ถูกลบหรือไม่ (มาตรา 149) เป็นต้น

(5) การวินิจฉัยเกี่ยวกับความสมบูรณ์ในการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง และรัฐมนตรี เช่น กรณีผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดกระทำการ ก่อ หรือสนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา หรือระเบียบหรือประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีผลทำให้การเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ถ้าปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็น หรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68 และในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองนั้น ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมืองดังกล่าวมีกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมือง

เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่เพิ่งก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในช่วงที่ก่อตั้งนั้นมักมีการตั้งคำถามว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นเพื่อพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) ศาลรัฐธรรมนูญได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับการบัญญัติรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ และเมื่อพิจารณาเกณฑ์ในทางเนื้อหา (substantielle Kriterien) อันอาจแบ่งพิจารณาได้ดังนี้¹¹

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) น. 39.

ก.พิจารณาจากบทบาทหน้าที่ องค์การนั้นจะต้องเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในด้านควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่น เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐ

ข.พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระ ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้บังคับขององค์กรใด

ค.พิจารณาในแง่สถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ความสัมพันธ์ระหว่างศาลรัฐธรรมนูญกับองค์กรอื่นๆ จึงอยู่บนพื้นฐานของความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกัน

เมื่อพิจารณาแล้วจึงเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญนั้นเข้าเกณฑ์ทั้งในทางรูปแบบและในทางเนื้อหา อีกทั้งโดยเจตจำนงของผู้ร่างรัฐธรรมนูญมุ่งหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญควบคุมการกระทำขององค์กรรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามระบบของ “checks and balances” โดยให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทต่อการสร้างเสถียรภาพและพัฒนาการของระบอบในทางการเมืองโดยรวมนั่นเอง¹²

2.1.2.3 อำนาจบริหาร (Executive Power)

อำนาจบริหาร หมายถึง อำนาจในการปกครองประเทศ ซึ่งในระบอบประชาธิปไตยถือว่าการปกครองประเทศต้องเป็นไปตามกฎหมาย โดยนัยนี้อำนาจบริหารจึงเป็นอำนาจในการใช้กฎหมาย หรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยอาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งมีขอบเขตดังนี้¹³

(1) การใช้กฎหมายหรือบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หมายถึง การทำให้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติมีผลใช้บังคับได้ในทางปฏิบัติ เช่น รัฐสภาออกพระราชบัญญัติจัดเก็บภาษีอากร ฝ่ายบริหารมีหน้าที่จัดเก็บภาษีอากรให้ได้ผลตามนั้น

(2) การอำนวยการปกครอง หมายถึง การกำหนดนโยบายในการปกครองประเทศซึ่งประกอบด้วยนโยบายเกี่ยวกับการปกครองภายในประเทศ หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย และความอยู่ดีกินดีของประชาชนโดยตรง และนโยบายเกี่ยวกับการต่างประเทศ

(3) การดำเนินการปกครอง หมายถึง การปฏิบัติตามนโยบายต่างๆ อันได้กำหนดไว้แล้วให้บรรลุเป้าหมาย

¹² เฟิงอ๋าง, น.40.

¹³ เฟิงอ๋าง, น.278.

ในส่วนของผู้ใช้อำนาจบริหาร รูปแบบของผู้ใช้อำนาจบริหารนี้จะขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศไป สำหรับรัฐบาลรูปแบบรัฐสภานั้นจะมีการจัดตั้งคณะบุคคลให้เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารร่วมกันเรียกว่าคณะรัฐมนตรี โดยประกอบด้วยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าและบรรดารัฐมนตรีทั้งหลาย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าภารกิจของฝ่ายบริหารนับได้ว่ามีขอบเขตกว้างขวาง ครอบคลุมในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย และความเป็นอยู่ของประชาชนทั้งหมด โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร หรือที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” เป็นผู้ดำเนินการ ภารกิจของฝ่ายบริหารจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่งใหญ่มากในบ้านเมือง และจำเป็นที่จะต้องควบคุมตรวจสอบมิให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจไปในทางที่เป็นภัยต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทั้งนี้ โดยสร้างกลไกในการถ่วงดุลและตรวจสอบฝ่ายบริหาร โดยให้ฝ่ายนิติบัญญัติควบคุมอำนาจบริหารบ้านเมือง และให้ฝ่ายตุลาการคอยควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมาย¹⁴

การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นการแบ่งตามความเห็นของมองเตสกีเออ แต่ยังมีความเห็นที่แตกต่างออกไปว่า ควรแบ่งเป็นสองอำนาจ คือ (1) อำนาจที่จะบัญญัติกฎหมาย และ (2) อำนาจที่จะปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ทั้งนี้โดยเห็นว่า อำนาจตุลาการความจริงเป็นสาขาหนึ่งของการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนั่นเอง อย่างไรก็ตามปัญหานี้ไม่ใช่อยู่ที่ทางทฤษฎีว่าควรมีอำนาจกี่อำนาจ แต่อยู่ที่ทางปฏิบัติที่ว่าสมควรจะให้ผู้ใช้อำนาจเป็นอิสระจากกันหรือไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (คณะชาติ ค.ศ.1947) ได้แยกอำนาจออกเป็น 5 อำนาจ กล่าวคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ นอกจากนี้ยังมี อำนาจสอบไล่รัฐสภา และอำนาจการควบคุมของสภา อีกด้วย¹⁵

ในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจนี้ปัญหาที่ว่าควรจะแบ่งอำนาจออกเป็นเด็ดขาดหรือไม่นั้น กรณีนี้ประเทศต่างๆ มีอยู่สองระบบ คือ (1) แยกอำนาจออกไปเด็ดขาด (2) แยกอำนาจออกไปแต่ไม่เด็ดขาด โดยยอมให้อำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติเกี่ยวข้องกันได้บ้าง กรณีเป็นเรื่องการจัดอำนาจต่างๆ ให้สมดุลหรือถ่วงดุลกันเอง มาตรการนี้เรียกว่า ระบบคานและดุลแห่งอำนาจ (System of Checks and Balances) เพื่อให้ทุกฝ่ายอยู่ในดุลความเสมอภาคแห่งอำนาจ ไม่ให้ฝ่ายใดที่มีอำนาจใช้อำนาจเกินขอบเขต ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระบบรัฐบาลของแต่ละรัฐ โดยเฉพาะ

¹⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทโรงพิมพ์เดียนตุลา จำกัด, 2541) น.175.

¹⁵ หยุต แสงอุทัย, คำบรรยายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐธรรมนูญทั่วไป (พ.ศ.2500) น.222.

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการเมือง กล่าวคือ หากเป็นระบบประธานาธิบดี เช่นประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะแบ่งแยกกันค่อนข้างเด็ดขาด เพราะแต่ละองค์กรต่างมีที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง หากเป็นระบบรัฐสภาเช่นของประเทศอังกฤษ อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจะไม่แบ่งแยกกันอย่างเด็ดขาด แต่จะถ่วงดุลตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่สำหรับฝ่ายตุลาการนั้น เป็นที่ยอมรับว่าจำเป็นต้องจัดให้องค์กรนี้ใช้อำนาจตุลาการแยกจากกันโดยเด็ดขาดจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารทั้งนี้เพื่อเป็นหลักคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนในรัฐ แม้รัฐธรรมนูญของบางประเทศกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเลือกตัวบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการได้ก็ตาม แต่การใช้อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางคดีทั้งหลายให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น ถือเป็นอำนาจอิสระของฝ่ายตุลาการ ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารนั้น ไม่อาจเข้าไปก้าวกาลังอำนาจดังกล่าวของฝ่ายตุลาการได้ ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายตุลาการที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพ

สำหรับประเทศไทยซึ่งมีรูปของรัฐเป็นรัฐเดี่ยวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ได้กำหนดองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารอยู่ในรูปแบบคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยนายกรัฐมนตรี 1 คนและรัฐมนตรีอีก 35 คน โดยมีหน้าที่บริหารหรือปกครองประเทศ คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างกว้างขวาง ภารกิจสำคัญของคณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นฝ่ายบริหารคือ การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งคือ การทำให้กฎหมายมีผลศักดิ์สิทธิ์สมจริง ไม่ใช่ปรากฏอยู่แค่เพียงลายลักษณ์อักษรเท่านั้น¹⁶ อีกทั้งยังมีอำนาจในการกำหนดนโยบายของประเทศ ควบคุมบังคับบัญชาข้าราชการประจำ และข้าราชการการเมือง ตลอดจนเจ้าหน้าที่อื่นๆ ของรัฐที่มีเป็นจำนวนมาก โดยอาจแบ่งความสำคัญในการใช้อำนาจบริหารของคณะรัฐมนตรีได้ดังต่อไปนี้

(1) ความสำคัญในทางกฎหมาย คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรบริหารที่มีหน้าที่บังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

(2) ความสำคัญในทางการเมือง คณะรัฐมนตรีเป็นสัญลักษณ์แห่งอำนาจทางการเมืองทั้งภายในและภายนอกประเทศ

¹⁶ มานิตย์ จุมปา, ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตร การเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ 4 รัฐธรรมนูญ ชุดวิชาที่ 2 องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2548) น.82.

(3) ความสำคัญในทางอำนาจ กฎหมายต่างๆ ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีอย่างมาก อีกทั้ง คณะรัฐมนตรียังเป็นผู้กำหนดนโยบายของประเทศจึงเท่ากับเป็นผู้กำหนดแนวทางของประเทศ หรือเป็นการปกครองประเทศนั่นเอง¹⁷

อย่างไรก็ตามอำนาจการกระทำต่างๆ ขององค์กรฝ่ายบริหารหาได้มี “แหล่งที่มา” จากกฎหมายลำดับเดียวกันไม่ อำนาจการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารบางอำนาจมีแหล่งที่มาจากรัฐธรรมนูญ บางอำนาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่อยู่ลำดับชั้นเดียวกันกับพระราชบัญญัติ กล่าวคือมีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด เป็นต้น ดังนี้ กรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” (government) แต่ในกรณีที่พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำของคณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีแต่ละคนกระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ เช่น พระราชกำหนด ฯลฯ ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” (administrative organs) และยังหมายความรวมถึงบรรดาองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอีกด้วย นอกจากนี้คำว่า “ฝ่ายปกครอง” ยังรวมความถึง “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” “หน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระ” และองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดหน่วยงานดังกล่าวด้วยเนื่องจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรหรือหน่วยงานเหล่านี้ตามกฎหมายเป็นอำนาจบริหาร¹⁸ แต่องค์กรของรัฐเหล่านี้ไม่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับหรือควบคุมดูแลไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง ทั้งนี้ การที่รัฐจะดำเนินภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะทั้งหลายให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ เพื่อความมั่นคงปลอดภัย ความผาสุกในชีวิต ความเป็นอยู่ของประชาชนและความเจริญก้าวหน้าของประเทศนั้น รัฐจำเป็นต้องมีการจัดองค์กรและกลไกของรัฐเพื่อดำเนินภารกิจดังกล่าวให้ลุล่วง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองเรียกว่า การจัดระเบียบราชการบริหาร อันเป็นการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และจัดระเบียบความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

¹⁷ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2530) น. 550.

¹⁸ วรพจน์ วิศุทธิ์พิชญ์, คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น.155.

2.1.2.3.1 หลักการรวมอำนาจปกครอง

หลักการรวมอำนาจ มีความหมายได้ 2 ทาง คือ หลักการรวมอำนาจในทางการเมือง และหลักการรวมอำนาจในทางการปกครอง โดยในความหมายประการแรก หลักการรวมอำนาจ นำมาใช้ในการกำหนดรูปแบบของรัฐ กล่าวคือ กรณีที่เป็นรัฐเดี่ยวจะต้องมีการรวมอำนาจ เพราะสภาพของรัฐเดี่ยวต้องมีความเป็นเอกภาพและมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เพื่อความเป็นปึกแผ่นมั่นคงในการปกครองของรัฐ ดังนั้น ในรัฐเดี่ยวจึงต้องมีการรวมอำนาจในทางการเมือง กล่าวคือ มีศูนย์รวมอำนาจอธิปไตยหรือมีเอกภาพในการใช้อำนาจรัฐทั้งภายในและภายนอกรัฐ โดยสมบูรณ์ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจระหว่างรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลสูงสุดกับนิติบุคคลอื่นๆ ในรัฐเดี่ยวจะมีความเป็นเอกภาพแห่งอำนาจในทางบริหารของประเทศเพียงรัฐบาลเดียวที่มีอำนาจแสดงเจตจำนงในการบริหารประเทศและตรากฎหมาย ประชาชนทั้งชาติอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายเดียวกัน ซึ่งต่างจากประเทศที่มีรูปแบบของรัฐเป็นสหพันธรัฐ ที่เป็นการรวมรัฐต่างๆ เข้าด้วยกัน มลรัฐต่างๆ ยังมีอำนาจตรากฎหมายใช้บังคับกับประชาชนของตน

ส่วนหลักการรวมอำนาจในทางปกครอง เป็นหลักในการจัดระเบียบราชการบริหารของรัฐเพื่อประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชน “หลักการรวมอำนาจปกครอง” คือ การจัดระเบียบการปกครองภายในรัฐ โดยให้รัฐแต่ผู้เดียวเป็นผู้ดำเนินการการปกครองหรือจัดทำบริการสาธารณะต่างๆ ให้แก่ประชาชนทั่วทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ โดยรวมอำนาจในการตัดสินใจ การวินิจฉัยสั่งการเป็นยุติเด็ดขาดอยู่ที่ผู้ปกครองรัฐ หรือรัฐบาล และกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ในฐานะเป็นศูนย์กลางในการปกครอง ซึ่งตามกฎหมายปกครองไทย เรียกว่า ราชการบริหารส่วนกลาง โดยเจ้าหน้าที่หรือข้าราชการในราชการบริหารส่วนกลางซึ่งอยู่ในการบังคับบัญชาของหัวหน้าในส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินการปกครองทุกท้องถิ่นในอาณาเขตของรัฐ¹⁹ ซึ่งลักษณะสำคัญของหลักการรวมอำนาจปกครอง²⁰ มีดังต่อไปนี้

(1) มีการรวมกำลังในการบังคับต่างๆ คือกำลังทหารและกำลังตำรวจให้ขึ้นต่อส่วนกลางทั้งสิ้น โดยประเทศที่จัดระเบียบราชการบริหารโดยถือหลักการรวมอำนาจปกครองย่อมไม่ปล่อยให้กำลังทหารส่วนหนึ่งส่วนใดเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อราชการบริหารส่วนกลาง แม้แต่กำลังตำรวจซึ่งเป็นกำลังฝ่ายพลเรือนก็ขึ้นอยู่ในอำนาจของราชการบริหารส่วนกลางเช่นเดียวกัน ทั้งนี้

¹⁹ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพมหานคร : เอ็กสเปอร์ เน็ท, 2550) น.21-22.

²⁰ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538) น.174-178.

เพื่อจะใช้กำลังเหล่านั้นบังคับได้อย่างเด็ดขาดและทันทั่วทั้งที่ ในกรณีที่จำเป็นต้องใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความมั่นคงของประเทศ

(2) มีการรวมอำนาจวินิจฉัยสั่งการไว้ที่ส่วนกลาง คือ การมอบอำนาจวินิจฉัยสั่งการขั้นที่สุดให้แก่ราชการบริหารส่วนกลาง กล่าวคือ ให้องค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ซึ่งได้แก่ กระทรวง ทบวง กรมต่างๆ มีอำนาจสั่งการได้ทั่วทั้งอาณาเขตของประเทศ อำนาจวินิจฉัยสั่งการนี้ย่อมมีอยู่ทั้งในส่วนกลางและในส่วนภูมิภาค เจ้าหน้าที่ของกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ ทั้งที่ประจำอยู่ในส่วนกลาง และที่ส่งไปประจำในส่วนภูมิภาคต้องปฏิบัติตามคำสั่งของราชการบริหารส่วนกลาง

(3) มีลำดับชั้นการบังคับบัญชาเจ้าหน้าที่ คือ การติดต่อสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการปกครองต่างๆ ตามลำดับชั้นการบังคับบัญชา

ลำดับชั้นการบังคับบัญชาหมายความว่า ชีตชั้นแห่งอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำแหน่งต่างๆ ซึ่งขึ้นต่อกันตามลำดับ กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้มีตำแหน่งสูงมีอำนาจบังคับบัญชาสั่งการเจ้าหน้าที่ซึ่งมีตำแหน่งต่ำกว่าในฐานะที่เป็นผู้บังคับบัญชาและต้องรับผิดชอบในกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาก็ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา โดยมีวินัยเป็นเครื่องบังคับ โดยอำนาจของผู้บังคับบัญชานั้นอาจแบ่งเป็น อำนาจที่จะออกคำสั่งให้แก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ อำนาจควบคุมกิจการที่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติ อำนาจที่จะลงโทษทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา และอำนาจที่จะให้บำเหน็จความดีความชอบแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการรวมอำนาจปกครองเข้าไปในส่วนกลางมีข้อเสียซึ่งเป็นเหตุให้การสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนตามเขตต่างๆ ของประเทศเป็นไปอย่างไม่ทั่วถึงกับทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินงาน เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางในส่วนภูมิภาคต้องเสนอขอคำสั่งจากกระทรวง ทบวง กรมในส่วนกลาง ซึ่งบางครั้งกว่าจะได้รับคำสั่งก็เสียเวลานานและไม่ทันการ จึงได้มีหลักการแบ่งอำนาจปกครองหรือการแบ่งอำนาจให้แก่ส่วนภูมิภาค ได้แก่รูปแบบการปกครองที่ส่วนกลางได้มอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำยังส่วนภูมิภาคต่างๆ ของประเทศ โดยตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้นสามารถดำเนินการวินิจฉัยสั่งการบางอย่างได้ตามแนวทางที่ส่วนกลางกำหนด

หลักการแบ่งอำนาจปกครองนี้มีประโยชน์สำคัญหลายประการ คือ นับได้ว่าเป็นก้าวแรกที่จะนำไปสู่การกระจายอำนาจการปกครองเพราะเมื่อมีการมอบอำนาจในการตัดสินใจบางเรื่องบางระดับให้แก่ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่ของส่วนกลางที่ถูกส่งไปประจำส่วนภูมิภาค ก็เท่ากับ

เป็นการมอบภารกิจให้ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่นั้นจัดทำได้เองบางส่วนนอกจากนี้ การแบ่งอำนาจปกครองก็ยังทำให้กิจการต่างๆ ดำเนินไปรวดเร็วขึ้น ไม่ต้องส่งเรื่องให้ส่วนกลางตัดสินใจทุกเรื่อง²¹

2.1.2.3.2 หลักการกระจายอำนาจปกครอง

หลักการกระจายอำนาจปกครองเป็นวิธีการที่รัฐมอบอำนาจปกครองบางส่วนให้องค์การอื่นนอกจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลางจัดทำบริการสาธารณะบางอย่างโดยมีความอิสระตามสมควร ไม่ต้องขึ้นอยู่กับความบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง เพียงแต่ขึ้นอยู่กับความควบคุมดูแลเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ รัฐมอบอำนาจหน้าที่บางอย่างในการจัดทำบริการสาธารณะซึ่งเจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลางเป็นผู้ดำเนินงานอยู่ในท้องถิ่น ให้ท้องถิ่นหรือองค์การอันมิได้เป็นส่วนหนึ่งขององค์การในราชการบริหารส่วนกลางรับไปดำเนินการด้วยงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของท้องถิ่นหรือขององค์การนั่นเอง โดยราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่ควบคุมดูแลเท่านั้น ไม่ได้เข้าไปบังคับบัญชาสั่งการ²²

(1) ลักษณะสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครอง²³ มีดังต่อไปนี้

(1.1) มีการแยกหน่วยงานออกไปเป็นองค์การนิติบุคคลอิสระจากองค์การของราชการบริหารส่วนกลาง ย่อมมีนิติบุคคลแยกออกไปมากขึ้นเท่าใดก็นับว่ามีการกระจายอำนาจมากขึ้นเท่านั้น นิติบุคคลเหล่านี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่มีงบประมาณและเจ้าหน้าที่ของตนเอง ด้มีความอิสระในการจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมาย โดยไม่ต้องขอรับคำสั่งจากราชการบริหารส่วนกลาง ราชการบริหารส่วนกลางเพียงแต่คอยควบคุมดูแลให้ปฏิบัติหน้าที่โดยถูกต้องเท่านั้น

(1.2) มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่น องค์การของราชการบริหารส่วนท้องถิ่นย่อมประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับเลือกตั้งจากราษฎรในท้องถิ่นทั้งหมดหรือบางส่วน โดยเฉพาะองค์การสำหรับเป็นที่ประชุมปรึกษากิจการ ทั้งนี้เพื่อให้ราษฎรในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนในการปกครองท้องถิ่น ถ้าไม่มีการเลือกตั้งเลยก็ไม่นับว่ามีการกระจายอำนาจปกครองให้แก่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง การเลือกตั้งถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจปกครองทางพื้นที่ ส่วนการกระจายอำนาจตามกิจการให้แก่องค์การนั้น การเลือกตั้งไม่ถือว่าเป็นหลักสำคัญเหมือนกับการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น

²¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549) น.20.

²² ประยูร กาญจนดุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.183.

²³ สมคิด เลิศไพฑูรย์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, น.28-29.

(1.3) องค์การตามหลักการกระจายอำนาจมีความอิสระที่จะดำเนินกิจการตามอำนาจหน้าที่ได้เอง โดยไม่ต้องรับคำสั่งหรืออยู่ใต้บังคับบัญชาตามลำดับชั้นของราชการบริหารส่วนกลาง มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการและดำเนินกิจการได้ด้วยงบประมาณและด้วยเจ้าหน้าที่ของตนเองซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของราชการบริหารส่วนกลาง ถ้าองค์การใดไม่มีความอิสระเช่นว่านี้ หรือมีแต่เพียงหน้าที่เสนอแนะและให้คำปรึกษาแก่ราชการบริหารส่วนกลางหรือราชการบริหารส่วนภูมิภาคเท่านั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระจายอำนาจปกครองอย่างแท้จริง

(2) ประเภทของการกระจายอำนาจทางปกครอง อาจทำได้ 2 ลักษณะ²⁴ ดังนี้

(2.1) การกระจายอำนาจทางพื้นที่ หรือที่เรียกว่า การกระจายอำนาจทางเขตแดน มีที่มาจากแนวความคิดทางการเมืองซึ่งเน้นความสำคัญของการเลือกตั้ง โดยเห็นว่าหากเจ้าหน้าที่ทำการบริหารหรือปกครองท้องถิ่นได้รับการแต่งตั้งจากส่วนกลาง ก็จะเป็นการปกครองแบบรวมอำนาจ มิใช่การกระจายอำนาจ ดังนั้น การกระจายอำนาจทางพื้นที่ คือ การที่รัฐมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ ทั้งนี้ การจัดทำบริการสาธารณะที่ได้รับมอบหมายจะถูกจำกัดขอบเขตโดยพื้นที่หรืออาณาเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ ซึ่งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีการเลือกตั้งผู้บริหาร มีเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นที่เป็นอิสระจากส่วนกลางไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของส่วนกลาง และมีงบประมาณของตนเองเพื่อใช้ในการจัดทำกิจกรรมต่างๆ ด้วยตนเอง แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของส่วนกลาง

(2.2) การกระจายอำนาจทางกิจการ หรือเรียกว่า การกระจายอำนาจทางบริการ เป็นวิธีการกระจายอำนาจโดยมอบบริการสาธารณะอย่างใดอย่างหนึ่งให้องค์กรซึ่งมิได้สังกัดของส่วนกลางรับไปจัดทำด้วยเงินทุนและเจ้าหน้าที่ขององค์กรนั่นเอง การกระจายอำนาจทางกิจการนี้ไม่ใช่การกระจายอำนาจปกครอง แต่เป็นการมอบให้องค์กรของรัฐบาลไปจัดทำบริการสาธารณะโดยแยกออกมาเป็นนิติบุคคลต่างหากจากรัฐ มีทรัพย์สินของตนเองและมีผู้บริหารของตนเอง โดยนิติบุคคลกระจายอำนาจนี้จะต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐเช่นกัน ซึ่งในปัจจุบันมีอยู่ 2 รูปแบบ คือ รัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน

แนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครองที่กล่าวมาข้างต้น เป็นสิ่งที่นำมาใช้กันในประเทศต่างๆ เพื่อจัดระเบียบราชการบริหารภายในประเทศ ซึ่งเห็นได้ว่าในอดีตนั้นมุ่งเน้นการกระจายภารกิจของรัฐเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ โดยมอบให้องค์กรอื่นที่ไม่ใช่ราชการบริหารส่วนกลางดำเนินการเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการให้บริการสาธารณะ แต่ใน

²⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21, น.21-22.

ปัจจุบันโครงสร้างทางเศรษฐกิจสังคมของรัฐมีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็วและซับซ้อนมากขึ้น จึงเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับการกระจายอำนาจทางปกครองในด้านการควบคุมกำกับดูแล (Regulation) เพื่อทำหน้าที่วางระเบียบ และควบคุมกิจกรรมบางอย่างที่สำคัญภายในรัฐ ซึ่งถือเป็นภารกิจของรัฐอีกอย่างหนึ่งด้วย โดยในต่างประเทศจะมอบอำนาจให้แก่องค์กรประเภท Independent Regulatory Agency (IRA) ที่จัดตั้งขึ้นมาโดยเฉพาะ

2.2 สาระสำคัญของ Independent Regulatory Agency (IRA)

การศึกษาที่สำคัญเรื่องหนึ่งคือการศึกษาแนวคิดเรื่อง Independent Regulatory Agency (IRA) ในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และฝรั่งเศส เป็นต้น²⁵ ซึ่งเป็นองค์รูปแบบใหม่ที่จะทำให้การปฏิบัติการกิจของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องศึกษาว่า Independent Regulatory Agency (IRA) นั้นมีแนวความคิด ความสำคัญ การจัดตั้งและองค์ประกอบอย่างไรต่อไป

2.2.1 แนวความคิดและความสำคัญ

แนวความคิดในเรื่องการมี Independent Regulatory Agency หรือ Autorités Administratives Indépendantes เพื่อทำหน้าที่วางระเบียบควบคุมกิจการบางอย่างภายในรัฐไม่ว่าจะเป็นกิจกรรมที่ดำเนินการโดยภาครัฐหรือภาคเอกชน อันเป็นกิจกรรมที่มีความสำคัญและมีผลอย่างมากต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เศรษฐกิจ ตลอดจนถึงการจัดสรรการใช้ทรัพยากรของรัฐที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากระบบการบริหารสมัยใหม่มีความเปลี่ยนแปลงขึ้นในโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศซึ่งโครงสร้างระบบการบริหารแบบดั้งเดิมไม่สามารถตอบสนองได้ เกิดความจำเป็นที่ต้องมี Independent Regulatory Agency เข้ามาทำหน้าที่วางระเบียบและควบคุมการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ทั้งของรัฐและเอกชนแทน อันมีปัญหาที่อาจแยกพิจารณาได้ดังนี้²⁶

²⁵ วิษณุ วรรณุญ, “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ”, รายงานการวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอการปฏิรูปการเมืองไทย เสนอต่อคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คปป.), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2538) น.16.

²⁶ เฟิงอ้าง, น.8.

(1) ความเปลี่ยนแปลงในทางเศรษฐกิจสังคมปัจจุบันทำให้เกิดความจำเป็นต้องมี Independent Regulatory Agency ทำหน้าที่วางระเบียบและควบคุมกิจกรรมบางอย่างภายในรัฐ ในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาได้เกิดมีความเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญขึ้นทุกประเทศ อันเป็นผลจากความเจริญก้าวหน้าในทางเทคโนโลยี โดยได้มีการนำเอาเทคโนโลยีเหล่านี้มาใช้ประโยชน์ทั้งทางเศรษฐกิจด้านต่างๆ และในเชิงบริหารทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนรวมถึงในการดำเนินการทางการเมือง เทคโนโลยีเหล่านี้มีราคาสูงและมีความสลับซับซ้อนประชาชนธรรมดาที่จะเข้าถึงได้ทั้งในแง่ของการเป็นเจ้าของและความเข้าใจในการทำงาน ผู้ที่สามารถครอบครองเทคโนโลยีสมัยใหม่ไม่ว่าจะเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชนจึงอยู่ในฐานะที่อาจจะทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของราษฎร หรือก่อให้เกิดผลเสียหายในทางเศรษฐกิจต่อส่วนรวมได้ เช่น การนำเอาเครื่องคอมพิวเตอร์มาจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล ความเจริญก้าวหน้าของกิจการโทรคมนาคมและกิจการวิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์ หรือกรณีของการที่ปัจจัยในเรื่องเงินเข้ามามีบทบาทอย่างสูงในการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง โดยเฉพาะในช่วงของการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้งและการที่วงการธุรกิจและนักธุรกิจเข้ามาเกี่ยวข้องกับการดำเนินการในทางการเมืองมากยิ่งขึ้นทั้งโดยการที่เข้ามาแข่งขันทางการเมืองด้วยตนเองและโดยการสนับสนุนอยู่เบื้องหลังนักการเมือง ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีมาตรการและองค์การที่เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่ควบคุมดูแลให้เกิดความโปร่งใส ซึ่งเราจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมเหล่านี้ที่มีความสลับซับซ้อนมากและมีผลกระทบในทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมอย่างสูง การปล่อยให้รัฐหรือเอกชนดำเนินการไปโดยปราศจากการควบคุมดูแลย่อมเป็นเรื่องน่ากลัวว่าสิทธิเสรีภาพหรือผลประโยชน์ของประชาชนและผลประโยชน์ของประเทศชาติโดยส่วนรวมอาจจะถูกกระทบกระเทือนได้โดยง่าย

(2) โครงสร้างของระบบบริหารแบบดั้งเดิม (structures administratives classiques) ไม่สามารถตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ โครงสร้างของระบบบริหารตามแนวคิดแบบดั้งเดิมตั้งอยู่บนพื้นฐานของการแบ่งความชำนาญเฉพาะด้านให้แก่แต่ละหน่วยงานของรัฐและจัดลำดับของอำนาจหน้าที่และการควบคุมแบบบังคับบัญชาตามลำดับชั้น โครงสร้างแบบนี้ทำให้การบริหารเป็นไปด้วยความล่าช้าและเต็มไปด้วยขั้นตอน ขาดการประสานงานระหว่างหน่วยงานในลักษณะที่มองผลประโยชน์ของส่วนรวมเป็นใหญ่กว่าผลประโยชน์ที่คับแคบของหน่วยงาน ระบบการบริหารตามโครงสร้างแบบดั้งเดิมดังกล่าวไม่สามารถตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่กำลังเกิดขึ้นดังกล่าวได้ ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะของการที่รัฐเข้าไปดำเนินการเหล่านั้นเสียเองหรือโดยการที่รัฐปล่อยให้เอกชนเอาไปดำเนินการในรูปของธุรกิจเต็มตัว

แนวความคิดเรื่อง Independent Regulatory Agency จึงถูกนำมาปรับใช้เพื่อสร้างกลไกในทางบริหารให้มีประสิทธิภาพ โดยที่ Independent Regulatory Agency นั้นเป็นองค์กรที่มีสถานะพิเศษ คือ ทั้งๆ ที่ยังเป็นองค์กรของรัฐอยู่แต่ได้รับหลักประกันให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยอิสระปลอดจากการแทรกแซงจากองค์กรของรัฐอื่นหรือจากสถาบันการเมืองอื่น การใช้อำนาจในการออกกฎระเบียบ อำนาจในการบังคับให้เป็นไปตามระเบียบที่ได้วางขึ้น รวมถึงอำนาจในการวินิจฉัยว่าได้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎระเบียบและลงโทษการฝ่าฝืนนั้น อันเป็นกลไกที่สำคัญที่ช่วยเสริมประสิทธิภาพของการบริหารรัฐสมัยใหม่ซึ่งถ้าปราศจากกลไกเหล่านี้โดยจำกัดรูปแบบโครงสร้างการบริหารของรัฐไว้ในรูปแบบเดิมๆ รัฐจะไม่สามารถปรับตัวกับการเปลี่ยนแปลงในทางเศรษฐกิจและสังคมและเกิดปัญหาทางการบริหารอันเป็นการบ่อนทำลายอำนาจรัฐ (Autorité de l'Etat) ลงเสียเอง²⁷

แนวความคิดดังกล่าวไม่ใช่แนวความคิดที่ใหม่นัก ในปี ค.ศ.1889 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งองค์กรที่เรียกกันในสหรัฐอเมริกาว่า Independent Regulatory Agency ขึ้นเป็นครั้งแรกเพื่อทำหน้าที่วางระเบียบและดูแลกิจการธุรกิจการค้าที่ดำเนินไประหว่างมลรัฐต่างๆ ให้เป็นไปโดยเรียบร้อย องค์กรนี้มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า Interstate Commerce Commission หรือ I.C.C. แม้องค์กรนี้เป็นหน่วยงานที่สังกัดกระทรวงมหาดไทย หรือ Department of Interior ก็ตาม แต่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากหน่วยงานภายในของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองทั่วไป ตรงที่องค์กรนี้ถูกกำหนดให้เป็นอิสระ (Autonome) ปลอดจากการแทรกแซงของหน่วยงานที่สังกัดซึ่งตามหลักแล้วอาจใช้อำนาจบังคับบัญชาสั่งการได้²⁸ ในระยะต่อมาได้มีการสถาปนาองค์กรที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับ Interstate Commerce Commission อีกหลายองค์กร เช่น The Federal Trade Commission (1915), The Securities and Exchange Commission (1934), The Federal Communication Commission (1934) ฯลฯ เป็นต้น ความสำเร็จในการปฏิบัติภารกิจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ เหล่านี้ที่ได้รับการเรียกชื่อรวมๆ กันว่า independence Regulatory Agency ในการวางระเบียบและควบคุมกิจกรรมต่างๆ ภายในรัฐเพื่อให้เกิดดุลยภาพระหว่างการบริหารที่มีประสิทธิภาพกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎรทำให้หลายๆ ประเทศเช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส และอีกหลายประเทศเริ่มที่จะนำเอาแนวความคิดนี้ไปปรับใช้กับประเทศของตน

²⁷ เฟิงอ้าง, น.14.

²⁸ เฟิงอ้าง, น.7.

2.2.2 ความหมายของ Independent Regulatory Agency (IRA)

จากการที่รัฐในสมัยปัจจุบันมีความจำเป็นต้องพัฒนา Independent Regulatory Agency ขึ้นมาปฏิบัติภารกิจหน้าที่ในรัฐเพิ่มมากขึ้น จึงได้มีการพยายามที่จะสร้างแนวความคิดในทางกฎหมาย (Legal concept) ของสถาบัน Independent Regulatory Agency ขึ้น โดยได้มีการพยายามให้คำนิยามความหมายของ Independent Regulatory Agency ซึ่งอาจแบ่งได้ 2 แนวทางด้วยกันคือ²⁹

แนวทางแรกเป็นแนวการวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายล้วนๆ เป็นการกำหนดความหมายอย่างแคบ (Approche restrictive) ให้แก่สถาบัน Independent Regulatory Agency ซึ่งตามแนวการวิเคราะห์นี้จะถือว่าองค์กรใดเป็น Independent Regulatory Agency ได้นอกจากคุณสมบัติความเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อการบังคับบัญชาของหน่วยงานใดแล้ว องค์กรดังกล่าวต้องมีอำนาจวินิจฉัยสั่งการ (Pouvoir de décision) อย่างแท้จริงได้ด้วย โดยหากถือตามความหมายนี้ องค์กรที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำทางนโยบายจะมีใช่ Independent Regulatory Agency กรณีตามแนวคิดที่สององค์กรเหล่านี้แม้ว่าจะไม่มีอำนาจวินิจฉัยสั่งการตามกฎหมาย แต่โดยสถานะหรือการได้รับการยอมรับเชื่อถือขององค์กรเหล่านี้อาจมีอำนาจที่จะโน้มน้าวหน่วยงานอื่นๆ ให้ต้องปฏิบัติตามข้อเสนอแนะหรือความเห็นของตนได้ องค์กรประเภทนี้จึงเป็นนิยามสถาบัน Independent Regulatory Agency ตามความหมายอย่างกว้างและเป็นการใช้แนวการวิเคราะห์ทางสังคมวิทยาหรือมองในทางข้อเท็จจริง อันทำให้ถือว่าองค์กรเหล่านี้เป็น Independent Regulatory Agency ด้วย

ในประเทศฝรั่งเศสข้อโต้เถียงในเรื่องแนวทางการให้คำนิยามความหมายของ Independent Regulatory Agency เป็นยุติแล้ว เนื่องจากการยึดแนวทางที่สองอันเป็นการให้นิยามแก่ Independent Regulatory Agency ตามความหมายอย่างกว้าง กล่าวคือการสถาปนา Independent Regulatory Agency ในระยะหลังๆ นั้นแม้จะมีอำนาจเพียงให้คำแนะนำ จัดทำรายงานและพิมพ์เผยแพร่เท่านั้น ก็จะได้รับการจัดตั้งเป็น Independent Regulatory Agency เช่นกัน

ดังนั้นเราอาจนิยามความหมายของสถาบัน Independent Regulatory Agency ได้จากการพิจารณาองค์ประกอบต่างๆ ดังนี้³⁰

²⁹ เฟิงอ้าง, น.35.

³⁰ เฟิงอ้าง, น.36.

(1) พิจารณาในแง่สาระแห่งอำนาจหน้าที่ คือ องค์กรทำหน้าที่ดูแล ควบคุม วางกฎระเบียบ ในการดำเนินการแก่กิจกรรมบางประเภทในรัฐทั้งที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการ และที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ รวมตลอดถึงการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของราษฎร

(2) พิจารณาในแง่ลักษณะทางกฎหมายขององค์กร คือ องค์กรที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นอิสระแต่ไม่มีสถานะเป็นองค์กรตุลาการและความเป็นหน่วยงานของรัฐอยู่จึงทำให้องค์กรประเภทนี้ไม่มีความจำเป็นต้องมีสภาพเป็นนิติบุคคล

(3) พิจารณาในแง่สถานะขององค์กร สมาชิกที่ประกอบเป็นองค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระปลอดจากการแทรกแซงหรือการบังคับบัญชาจากหน่วยงานอื่นสามารถดำเนินการในองค์กรด้วยตนเอง

(4) พิจารณาในแง่การควบคุมองค์กร โดยที่องค์กรเหล่านี้ไม่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ คำวินิจฉัยสั่งการของ Independent Regulatory Agency จึงยังคงเป็นนิติกรรมทางปกครองอยู่ ดังนั้น องค์กรเหล่านี้จึงยังอยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการอื่นได้ การควบคุมตรวจสอบ Independent Regulatory Agency นี้จะใช้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ก็ขึ้นอยู่กับระบบศาลและลักษณะการใช้อำนาจของ Independent Regulatory Agency

(5) พิจารณาในแง่การกำหนดอำนาจขององค์กร อาจกำหนดอำนาจของ Independent Regulatory Agency ได้หลากหลายแตกต่างกันขึ้นอยู่กับกิจกรรมที่องค์กรอิสระเหล่านี้จะเข้าไปดูแล ดังนั้น การที่จะมีอำนาจในการวินิจฉัยสั่งการด้วยหรือไม่จึงมิใช่สาระสำคัญ

2.2.3 การจัดตั้ง องค์ประกอบ และอำนาจของ Independent Regulatory Agency (IRA)

2.2.3.1 การจัดตั้ง

เรื่องเกี่ยวกับ Independent Regulatory Agency นั้นไม่เคยมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงมีประเด็นปัญหาเกิดขึ้นว่าจะใช้อำนาจรัฐส่วนใดสถาปนาองค์กรนี้ คือจะใช้อำนาจบริหารของรัฐบาล หรืออำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาตราเป็นกฎหมายจัดตั้ง Independent Regulatory Agency หรือกรณีที่ว่าจำเป็นหรือไม่ที่จะต้องมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองการมีอยู่ขององค์กรเหล่านี้

ในส่วนอำนาจบริหารกับอำนาจนิติบัญญัติควรใช้อำนาจใดในการจัดตั้ง Independent Regulatory Agency นั้น มีข้อพิจารณาที่เป็นข้อดีข้อเสียของทั้งสองระบบ ถ้าใช้อำนาจบริหารคือรัฐบาลออกเป็นระเบียบแต่งตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมาก็จะมีข้อดีในแง่ที่ว่าสามารถดำเนินการไปได้

อย่างรวดเร็วหากรอให้ตราเป็นกฎหมายจัดตั้งก็จะใช้เวลานานมากกว่าจะจัดตั้งได้เสร็จสิ้น จึงอาจไม่ทันกับการแก้ปัญหาได้ องค์กรบางองค์กรอาจไม่จำเป็นต้องมีอำนาจในการวางกฎระเบียบหรือมีอำนาจในการวินิจฉัยตัดสินใจ กล่าวคือ มีอำนาจในการให้ข้อเสนอแนะหรือให้ความเห็นก็อาจใช้อำนาจบริหารออกระเบียบแต่งตั้งไปได้เลย อย่างไรก็ตามการใช้อำนาจบริหารออกเป็นระเบียบแต่งตั้งองค์กรเหล่านี้ก็มีข้อจำกัดอยู่ในตัวเองค่อนข้างมาก กล่าวคือ องค์กรที่แต่งตั้งขึ้นมาโดยวิธีการนี้จะมีอำนาจจำกัด สถานภาพขององค์กรเหล่านี้ไม่มั่นคงและอาจเกิดความเคลือบแคลงสงสัยในความเป็นอิสระอย่างแท้จริงของผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้มาปฏิบัติหน้าที่

ส่วนในการใช้วิธีการตรากฎหมายสถาปนา Independent Regulatory Agency แม้จะต้องซุกซามในกระบวนการนิติบัญญัติอยู่บ้าง แต่วิธีการตรากฎหมายสถาปนาองค์กรดังกล่าวมีข้อดีดังนี้³¹

(1) Independent Regulatory Agency ทำหน้าที่ดูแล ควบคุม วางกฎระเบียบให้แก่กิจกรรมทั้งที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐและเอกชน องค์กรเหล่านี้จึงควรมีอำนาจที่เป็นอำนาจตามกฎหมาย มิฉะนั้นจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) ในการปฏิบัติหน้าที่ของ Independent Regulatory Agency อาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ การสถาปนาองค์กรเหล่านี้จึงควรให้ผู้แทนราษฎรได้รับรู้เห็นชอบด้วย

(3) หากเรายอมรับกันว่า Independent Regulatory Agency บางองค์กรจำเป็นต้องสามารถใช้อำนาจในด้านการตัดสินใจ วางกฎระเบียบและการตัดสินลงโทษการฝ่าฝืนกฎระเบียบ ก็มีความจำเป็นที่ต้องให้องค์กรเหล่านี้มีกฎหมายรองรับ

(4) การสถาปนา Independent Regulatory Agency ด้วยอำนาจนิติบัญญัติจะทำให้้องค์กรเหล่านี้มีความยั่งยืนมากกว่าการจัดตั้งในรูปของการออกกฎระเบียบโดยอาศัยอำนาจบริหาร

สำหรับปัญหาเรื่องการมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองการมีอยู่ของ Independent Regulatory Agency เป็นปัญหาที่มีการพูดถึงมากในฝรั่งเศส แม้จะมีความเห็นเสนอให้บัญญัติเรื่อง Independent Regulatory Agency ไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตามแต่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่ยากมากที่จะสามารถทำได้สำเร็จ และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส (conseil Constitutional) รวมทั้งสถาบันแห่งอำนาจอื่นๆ ยอมรับการดำรงอยู่ของ Independent Regulatory Agency ไว้อยู่แล้วและไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

³¹ เพิ่งอ้าง, น.38.

ของฝรั่งเศสมีทัศนคติในทางกฎหมายที่กว้างไกลและสอดคล้องกับความเป็นจริงอย่างยิ่ง จึงทำให้ประเด็นว่าควรบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่จึงไม่มีความสำคัญมากนัก

ในประเทศไทยนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติให้ มีองค์กรอื่นเพิ่มขึ้นหลายองค์กร กล่าวคือ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเหตุที่มีการจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ไว้ในรัฐธรรมนูญในลักษณะที่แตกต่างกันไป น่าจะเป็นเพราะองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ที่ยังไม่เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับใดมาก่อน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีเจตนารมณ์ที่จะปฏิรูประบบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ และสิทธิเสรีภาพของราษฎร ให้มีความโปร่งใสขององค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุม ตรวจสอบ ปราศจากการแทรกแซงต่างๆ รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้องค์กรเหล่านี้มีสถานะที่เป็นอิสระ แต่อย่างไรก็ตามในต่างประเทศที่มีการจัดตั้ง Independent Regulatory Agency ในช่วงแรกมักประสบปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรประเภทดังกล่าว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 จึงแก้ปัญหาโดยการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งทำให้สถานะทางกฎหมายขององค์กรที่กล่าวมาเกิดความไม่ชัดเจนว่ามีสถานะทางกฎหมายอย่างไร กล่าวคือ องค์กรดังกล่าวเป็น Independent Regulatory Agency ทั้งหมดหรือไม่ และแตกต่างกันอย่างไร ต่อมาเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สภาร่างรัฐธรรมนูญได้พยายามจัดองค์กรให้เป็นระบบขึ้น โดยกำหนดให้องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญและพยายามร่างบทบัญญัติขึ้นมาแก้ปัญหาที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ซึ่งยังเป็นที่น่าสงสัยว่าจะสามารถแก้ปัญหาที่เคยเกิดในอดีตได้หรือไม่

2.2.3.2 องค์ประกอบ

ในแง่ขององค์ประกอบของ Independent Regulatory Agency นั้นมีข้อพิจารณาหลายประการด้วยกันดังนี้³²

(1) เป็นองค์กรประเภทมีผู้ใช้อำนาจคนเดียว (Autorité unique) หรือเป็นองค์กรประเภทองค์คณะ (Autorité collective) องค์กรประเภทองค์คณะมีข้อดีตรงที่ประกอบด้วยบุคคลหลายคนจึงมีหลากหลายในความคิดเห็นในการมองปัญหา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้เป็นสมาชิกขององค์กรมีที่มาจากกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ที่สะท้อนความคิดเห็นของฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

³² เพิ่งอ้าง, น.40-42.

ทั้งหมดมาพิจารณาแล้วก็จะทำให้องค์กรนั้นๆ มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้ต้องกำหนดจำนวนสมาชิกให้มีความเหมาะสม คือ ไม่มากและไม่น้อยจนเกินไป ซึ่ง Independent Regulatory Agency ส่วนมากจะใช้รูปแบบเป็นองค์กรประเภทองค์คณะ

สำหรับองค์กรประเภทมีผู้ใช้อำนาจคนเดียว (Autorité unique) จะใช้กันเป็นส่วนน้อยเนื่องจากโดยมากแล้วปัญหาหรือกิจกรรมที่ให้ Independent Regulatory Agency ดูแลควบคุมมักเป็นปัญหาซับซ้อนที่จำเป็นต้องมีคณะบุคคลที่ประกอบด้วยบุคคลหลายคนมาพิจารณา อย่างไรก็ตามในการดูแลกิจกรรมบางประเภทสาระสำคัญของการปฏิบัติหน้าที่คือการรักษาความลับ ในแง่นี้หากเป็นรูปแบบผู้ใช้อำนาจคนเดียวปัญหาความลับรั่วไหลก็จะน้อยลงประเทศที่ใช้รูปแบบนี้มีบ้างเช่นกัน เช่น ในกรณีของฝรั่งเศสคือ Le Mediateur de la Republique และ Le Mediateur du Cinema

(2) คุณสมบัติของบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้ง

การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใน Independent Regulatory Agency โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เราเรียกกันว่าสมาชิกประเภทผู้ทรงคุณวุฒินั้นมีความสำคัญมาก ปัญหาในเรื่องนี้อยู่ที่ว่าเราต้องการจะเปิดกว้างในการคัดเลือกเพียงใด หากกำหนดคุณสมบัติไว้โดยละเอียดมากก็จะทำให้เกิดปัญหาว่าจะหาบุคคลที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดมาดำรงตำแหน่งได้ยาก แต่หากเปิดกว้างจนเกินไปก็อาจจะเป็นการมอบดุลพินิจให้กับผู้มีอำนาจแต่งตั้งจนอาจไม่ได้บุคคลที่เหมาะสมมาดำรงตำแหน่งสมตามเจตนารมณ์ได้

การมีองค์ประกอบประเภทที่เป็นสมาชิกขององค์กรอิสระโดยตำแหน่ง (member de droit) เช่นกำหนดให้สมาชิกบางส่วนเป็นผู้ที่ดำรงตำแหน่งในราชการเป็นต้น เช่นนี้สามารถกระทำได้ เนื่องจากบ่อยครั้งที่จำเป็นต้องมีผู้ที่สามารถสะท้อนผลประโยชน์ของรัฐหรือสาธารณะอยู่ใน Independent Regulatory Agency ด้วย แต่ควรกำหนดให้สมาชิกประเภทนี้มาจากตำแหน่งที่สามารถดำรงรักษาความเป็นอิสระที่จะไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของหน่วยงานอื่น เช่นในกรณีของฝรั่งเศสนั้นมักให้ข้าราชการระดับสูง (Haute Fonction Publique) หรือข้าราชการในสายที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบ มาเป็นสมาชิกโดยตำแหน่ง

อย่างไรก็ตาม หากกำหนดให้องค์ประกอบของ Independent Regulatory Agency ประกอบด้วยสมาชิกสองประเภทคือสมาชิกโดยตำแหน่งและสมาชิกผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องกำหนดสัดส่วนของสมาชิกผู้ทรงคุณวุฒิให้มากกว่าสมาชิกโดยตำแหน่งเสมอ มิฉะนั้นแล้วองค์กรดังกล่าวจะสูญเสียคุณลักษณะความเป็นอิสระ

(3) วิธีการแต่งตั้ง (Mode de désignation) อาจจัดได้หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับว่าต้องการให้ Independent Regulatory Agency ที่จะจัดตั้งขึ้นมีน้ำหนักความน่าเชื่อถือ (Credibilité) หรือมีเกียรติภูมิ (prestige) มากน้อยเพียงใด บางกรณีหากเป็นตำแหน่งสำคัญที่ใช้อำนาจมากอาจจำเป็นต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง เช่น กรณี Le médiateur de la république ของฝรั่งเศสนั้นกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นผู้แต่งตั้ง บางกรณีอาจจำเป็นต้องให้นายกรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยผ่านการพิจารณาเห็นชอบจากรัฐสภา เช่นในกรณีที่เป็นองค์กรที่มีการใช้อำนาจตรากฎระเบียบ เป็นต้น บางกรณีอาจต้องมีขั้นตอนให้ผ่านการพิจารณาโดยคณะรัฐมนตรีเสียก่อน นอกจากนั้นแล้วหากไม่มีเหตุผลพิเศษอย่างอื่นก็อาจให้รัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้งได้ แม้วิธีการแต่งตั้งจะมีความสำคัญแต่ก็มีเรื่องที่สำคัญที่สุด เรื่องที่สำคัญกว่าคือเรื่องของการกำหนดหลักประกันความเป็นอิสระให้แก่องค์กรเหล่านี้

2.2.3.3 การกำหนดหลักประกันความเป็นอิสระ

หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้สำหรับการประกันความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านี้จะมีการบัญญัติไว้หลายประการด้วยกัน ได้แก่

(1) การห้ามโยกย้ายถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งตลอดวาระของการดำรงตำแหน่ง และวาระในการดำรงตำแหน่งของสมาชิกใน Independent Regulatory Agency ควรจะกำหนดไว้ยาวพอสมควร มิฉะนั้นผู้ดำรงตำแหน่งจะไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเต็มที่ แต่สิ่งสำคัญคือตลอดระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งนั้นจะปลดหรือโยกย้ายผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นกรณีประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในหน้าที่อย่างร้ายแรง

(2) การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว (Mandat non renouvelable) ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทำหน้าที่โดยคำนึงถึงว่าตนเองจะได้รับการแต่งตั้งกลับเข้ามาหรือไม่ อันทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเที่ยงตรง

(3) การกำหนดการขัดกันกับตำแหน่งอื่น (Incompatibilités) ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้สมาชิกของ Independent Regulatory Agency พิจารณาเรื่องต่างๆ ในอำนาจหน้าที่โดยมีผลประโยชน์ส่วนตัวหรือในหน้าที่การงานเข้ามาเกี่ยวข้อง (Conflict of interest)

(4) การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งใน Independent Regulatory Agency มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา การเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาทำให้บุคคลนั้นได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเพิ่มขึ้นจากบุคคลธรรมดา เช่น ความผิดบางประเภทหากกระทำต่อเจ้าพนักงานก็จะมีโทษสูงกว่าการกระทำต่อบุคคลธรรมดา ซึ่งในแง่หนึ่งจะเป็นการให้หลักประกันหรือการคุ้มครองแก่สมาชิกของ Independent Regulatory Agency ได้อีกทางหนึ่ง

ในทางกลับกัน การมีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญายังทำให้สมาชิกของ Independent Regulatory Agency ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความระมัดระวังด้วยเพราะถ้าหากไปกระทำความผิดก็อาจต้องได้รับโทษหนักขึ้น หรืออาจต้องรับผิดชอบในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ เป็นต้น

(5) ในการปฏิบัติหน้าที่ของ Independent Regulatory Agency จะต้องมียึดตามนิติ (Autonomie) ในการดำเนินงานตามสมควร ทั้งนี้เพื่อมิให้องค์กรเหล่านี้ตกอยู่ภายใต้การบีบคั้นในแง่ของบุคลากรและในแง่ของงบประมาณ Independent Regulatory Agency แม้จะสังกัดอยู่ในฝ่ายบริหารแต่ก็ควรมีฝ่ายธุรการเป็นของตนเอง มีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งเป็นของตนเองที่ไม่ต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ทั่วไปของข้าราชการฝ่ายอื่นๆ

2.2.3.4 การกำหนดอำนาจให้แก่ Independent Regulatory Agency (IRA)

อำนาจ (Pouvoirs) ของ Independent Regulatory Agency จะมีมากน้อยต่างๆ กัน ขึ้นอยู่กับอำนาจหน้าที่ (Compétence) ที่กำหนดให้แก่องค์กรนั้นๆ ซึ่งตามหลักการแล้วควรกำหนดอำนาจให้แก่ Independent Regulatory Agency ให้พอดีและเพียงพอแก่การปฏิบัติภารกิจหน้าที่ อำนาจต่างๆ ที่มีการกำหนดให้ Independent Regulatory Agency ได้แก่

(1) อำนาจสืบสวนสอบสวนข้อเท็จจริงซึ่งรวมถึงอำนาจที่จะเรียกให้ส่งเอกสารมาให้ โดยไม่คำนึงว่าเป็นเอกสารที่เป็นความลับหรือไม่ ในกรณีนี้อาจมีความจำเป็นต้องกำหนดเป็นหน้าที่ของผู้ถูกเรียกมาให้ข้อมูลหรือให้ปากคำที่จะต้องตอบคำถามหรือแจ้งข้อมูลที่ตัวเองทราบด้วย

(2) อำนาจในการให้ความเห็น (Pouvoir d'avis) ในบางกรณีอาจมีความจำเป็นต้องกำหนดให้ชั้นตอนบังคับให้หน่วยงานของรัฐต้องร้องขอความเห็นจาก Independent Regulatory Agency เสียก่อนจึงจะดำเนินการต่อไปได้ หรือถ้าจำเป็นต้องเข้มงวดขึ้นก็อาจกำหนดว่าความเห็นนั้นต้องเป็นความเห็นชอบ (avis conforme) เป็นต้น

(3) อำนาจให้คำแนะนำ (Pouvoir de recommandation) คำเสนอแนะจะมีลักษณะที่ชัดเจนในแนวทางปฏิบัติว่ารัฐบาลหรือฝ่ายปกครองหรือบุคคลผู้ที่เกี่ยวข้องควรปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างไร

(4) อำนาจในการตรากฎระเบียบ (Pouvoir réglementaire)

(5) อำนาจในการตัดสินใจในกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย (Pouvoir de prendre des mesures individuelles)

(6) อำนาจในการดำเนินคดีทางศาล

(7) อำนาจในการลงโทษ (Pouvoir de sanction)

2.3 ความสัมพันธ์ระหว่าง Independent Regulatory Agency (IRA) กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

รัฐเป็นระบอบการปกครองหรือระบบแห่งการใช้อำนาจ หรือหน่วยทางการเมืองที่มีลักษณะสมบูรณ์และถาวรของประชาคมมนุษย์กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งซึ่งประกอบด้วยดินแดน ประชากร และอำนาจรัฐ แต่เนื่องจากความเป็นรัฐนั้นโดยสภาพไม่สามารถที่จะกระทำการต่างๆได้ด้วยตนเอง จึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาดำเนินการ กล่าวคือ ตัดสินใจและดำเนินการให้บรรลุผลตามที่ได้ตัดสินใจไปนั้น และเพื่อให้การดำเนินงานในด้านต่างๆ เป็นไปได้จึงต้องจัดตั้งสถาบันหรือองค์กรขึ้นมารองรับ โดยกำหนดภารกิจ อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบให้แก่สถาบันและตำแหน่งต่างๆ เหล่านั้น และให้บุคคลดำเนินการในนามของสถาบัน และตำแหน่งต่างๆ ดังกล่าว โดยที่เรียกสถาบันและตำแหน่งต่างๆ ที่ได้จัดตั้งขึ้นนี้ว่า “องค์กร” และเมื่อบุคคลธรรมดาที่ดำเนินงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ขององค์กรอันเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ ย่อมต้องถือว่าภารกิจกระทำนั้นเป็นการกระทำขององค์กรหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า การกระทำของบุคคลธรรมดาดังกล่าวนั้นเป็นการกระทำของรัฐนั่นเอง

องค์กรที่รัฐจัดตั้งขึ้นเพื่อให้จัดทำภารกิจต่างๆ นั้นมีหลายลักษณะ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ถือเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งองค์กรเหล่านี้จะได้รับการประกันไว้เป็นพิเศษ เช่นการยกเลิกองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องกระทำโดยวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่อาจยกเลิกโดยการตรากฎหมายธรรมดาสามัญยกเลิกได้ อย่างไรก็ตามการที่รัฐธรรมนูญเพียงแต่ระบุชื่อองค์กรใดไว้ในรัฐธรรมนูญ ยังมิได้หมายความว่า องค์กรนั้นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ³³ หากแต่ต้องมีลักษณะที่เป็นองค์กรที่ถูกสร้างขึ้นหรือได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญ และได้รับการกำหนดโดยรัฐธรรมนูญให้มีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงแห่งรัฐโดยรวมอีกด้วย

ในปัจจุบันประเทศไทยมีความสับสนระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับ Independent Regulatory Agency ดังนั้น เราจึงควรต้องศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่าง Independent Regulatory Agency กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับความเหมือนและความแตกต่างระหว่างองค์กรทั้ง 2 ประเภทว่ามีลักษณะอย่างไร ซึ่งแยกศึกษาได้ดังนี้

³³ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2, น.357.

2.3.1 ความหมายและลักษณะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

“องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” หรือที่ภาษาเยอรมันเรียกว่า “Verfassungsorgan” ตามทฤษฎีเรื่องความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ได้อาศัยความคิดพื้นฐานของ Gierke และ Jellinek โดยแบ่งสาระสำคัญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประการ คือ องค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและองค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่นๆ จากพื้นฐานนี้เอง Leibholz ได้ให้ความหมายของคำว่า “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” หมายถึง องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินการกิจของรัฐที่มีอำนาจในลักษณะพิเศษ ด้วยเหตุนี้ การดำรงอยู่และการดำเนินการหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าวจักก่อให้เกิดการดำเนินงานของรัฐบาลบรรลุเป้าหมายและจะทำให้เกิดความมั่นคงในความเป็นเอกภาพของรัฐ คุณสมบัติของความ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรที่มีสถานะที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรอื่น

ในส่วนความเห็นของ K.Stern เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญคือ องค์กรสูงสุดของรัฐ ซึ่งการดำรงอยู่ สถานะและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวมิเพียงแต่จะได้รับการกล่าวถึงไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่องค์กรนั้นจะถูกก่อตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญเอง และรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวไว้ รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ตามทัศนะของ Maunz เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรของรัฐ ซึ่งการก่อตั้งขึ้นขององค์กรดังกล่าวมีผลโดยตรงจากรัฐธรรมนูญและมีความจำเป็นที่จะต้อง มีองค์กรดังกล่าวเพื่อทำให้บรรลุเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

โดยที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามความหมายของเยอรมันจำกัดอยู่ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐแต่ละอำนาจเท่านั้น กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยปฏิบัติใช้ผ่านสภาผู้แทนราษฎรและสภาสูงแห่งสหพันธ์ อำนาจบริหารใช้ผ่านประธานาธิบดีและรัฐบาลแห่งสหพันธ์และอำนาจตุลาการใช้ผ่านศาลรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านี้มองในแง่ของสถานะแล้วถือว่ามิมีสถานะเท่าเทียมกันในฐานะ องค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ ด้วยเหตุนี้ตามแนวคิดของเยอรมันจึงถือว่าองค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีแห่งสหพันธ์ไม่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพราะว่าองค์กรดังกล่าวเป็นเพียงองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความอิสระเท่านั้น³⁴ ซึ่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญในความหมายนี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในความหมายอย่างแคบ”³⁵

³⁴ นกมล ข.สรพงษ์, “องค์กรตามรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่”, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 8 เล่มที่ 23, (พฤษภาคม – สิงหาคม 2549) น.73.

³⁵ เพ็งอ้าง, น.72.

ตามหลักกฎหมายประเทศเยอรมันที่กล่าวมาแล้ว ได้มีนักวิชาการฝ่ายหนึ่งให้ความเห็นว่า เกณฑ์ในทางทฤษฎีของเยอรมันที่จะชี้ว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นมี 2 ประการ³⁶ คือ

(1) ข้อพิจารณาในทางรูปแบบ (formelle Kriterien)

(1.1) พิจารณาในแง่ของการก่อตั้ง องค์กรดังกล่าวจะต้องได้รับการก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ

(1.2) พิจารณาในแง่ของการบัญญัติรับรองอำนาจหน้าที่ อำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นจะต้องได้รับการบัญญัติรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญเช่นกัน

(2) ข้อพิจารณาในทางเนื้อหา (substantielle Kriterien)

(2.1) พิจารณาในแง่บทบาทหน้าที่ องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรของรัฐสูงสุดที่มีบทบาทสำคัญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย

(2.2) พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระ องค์กรนั้นจะต้องมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานและไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด

(2.3) พิจารณาในแง่สถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น องค์กรนั้นเป็นองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นๆ

แต่อย่างไรก็ตามได้มีนักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งให้ความเห็นไปอีกแนวหนึ่งว่า เกณฑ์ที่จะชี้ว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องพิจารณา 2 ประการ³⁷ ดังนี้

(1) เกณฑ์ในทางรูปแบบ (formelle Kriterien) คือการพิจารณาจากการก่อตั้งโดยองค์กรของรัฐนั้นต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ

(2) เกณฑ์ในทางเนื้อหา (substantielle Kriterien) คือการพิจารณาว่าองค์กรดังกล่าวต้องมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอำนาจหน้าที่นั้นมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับทิศทางการนำรัฐหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ

³⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544) น.38-39.

³⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540”, รายงานวิจัยเสนอคณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กันยายน 2550), น.5.

จากเกณฑ์ที่จะชี้ว่าองค์กรใดเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามความเห็นของนักวิชาการ ทั้ง 2 ฝ่ายตามที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นความแตกต่างที่สำคัญ คือ ฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า ข้อพิจารณาในทางเนื้อหา ซึ่งพิจารณาในแง่บทบาทหน้าที่ขององค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรของรัฐสูงสุดที่มีบทบาทสำคัญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตย อันเป็นการกล่าวเพียงสั้นๆ โดยไม่ได้อธิบายว่า การมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักกฎหมายเยอรมันนั้น จะต้องเป็นอำนาจอธิปไตยที่มีลักษณะอย่างไร แต่อีกฝ่ายหนึ่ง เห็นว่า เกณฑ์ในทางเนื้อหา คือ การพิจารณาว่าองค์กรดังกล่าวต้องมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอำนาจหน้าที่นั้นมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับทิศทางการนำรัฐหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวความคิดที่สอง เนื่องจากองค์กรที่จะมาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ต้องเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจหน้าที่ที่สำคัญมีใช้องค์กรที่ใช้อำนาจในทางปกครองทั่วไป มิฉะนั้นแล้วองค์กรใดๆ ของรัฐก็เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้

สำหรับองค์กรตามรัฐธรรมนูญของไทยองค์กรใดบ้างที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีของหลักกฎหมายเยอรมันนั้น หากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ข้างต้นไม่ว่าจะเป็นความเห็นของฝ่ายใดก็ตาม องค์กรต่างๆ ดังต่อไปนี้ ย่อมถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ พระมหากษัตริย์ สมาชิกวุฒิสภา และรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับองค์กรย่อยขององค์กรต่างๆ ที่กล่าวมาข้างต้น เช่น นายกรัฐมนตรี ในฐานะที่เป็นองค์กรย่อยของคณะรัฐมนตรี หรือประธานรัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรย่อยของรัฐสภา ฯลฯ จะมีฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยตนเองโดยตรงหรือไม่นั้น ย่อมต้องพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้แก่ตำแหน่งนั้นๆ โดยเฉพาะ สำหรับคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของรูปแบบต้องถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว แต่หากพิจารณาในแง่ของเนื้อหาจำเป็นต้องศึกษาต่อไปว่า องค์กรเหล่านี้ใช้อำนาจหน้าที่ในลักษณะใด และการกำหนดให้องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเหมาะสมหรือไม่ อันส่งผลต่อการใช้อำนาจและการถูกควบคุมตรวจสอบขององค์กรเหล่านี้อีกด้วย

2.3.2 เปรียบเทียบ Independent Regulatory Agency (IRA) กับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาข้างต้นเห็นได้ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญแตกต่างกับ Independent Regulatory Agency (IRA) ในสาระสำคัญ ดังนี้

(1) พิจารณาในแง่สาระแห่งอำนาจหน้าที่นั้น องค์การตามรัฐธรรมนูญต้องมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอำนาจหน้าที่นั้นมีลักษณะที่เกี่ยวข้องกับทิศทางการนำรัฐหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ แต่สำหรับ Independent Regulatory Agency (IRA) เป็นองค์กรทำหน้าที่ดูแล ควบคุม วางกฎระเบียบ ในการดำเนินการแก่กิจกรรมบางประเภทในรัฐทั้งที่หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ดำเนินการและที่เอกชนเป็นผู้ดำเนินการ รวมตลอดถึงการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของราษฎร

(2) พิจารณาในแง่สถานะขององค์กรนั้น องค์การตามรัฐธรรมนูญจะต้องมีความเป็นอิสระในการดำเนินงานและไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาขององค์กรใด สำหรับ Independent Regulatory Agency (IRA) สมาชิกที่ประกอบเป็นองค์กรเหล่านี้มีความเป็นอิสระปลอดจากการแทรกแซงหรือการบังคับบัญชาจากหน่วยงานอื่นสามารถดำเนินการในองค์กรด้วยตนเองเช่นกัน แต่ Independent Regulatory Agency (IRA) ยังคงต้องปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาลและกฎหมายต่างๆ ที่ออกโดยรัฐสภาอยู่ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐทั้งหมดจะอ้างความเป็นอิสระเพื่อยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาไม่ได้ กล่าวคือ ความเป็นอิสระของ Independent Regulatory Agency (IRA) เป็นเพียงความเป็นอิสระที่มีขอบเขตในเรื่องสายการบังคับบัญชาจากรัฐบาลเพื่อทำให้การปฏิบัติงานเกิดความสะดวก รวดเร็ว โปร่งใส และปราศจากการแทรกแซงจากฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังคงต้องปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาลเพื่อให้การพัฒนาประเทศเป็นไปในทางเดียวกัน

(3) พิจารณาในแง่การควบคุมองค์กรนั้น องค์การตามรัฐธรรมนูญที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ เช่น ฝ่ายบริหารที่ใช้อำนาจในฐานะรัฐบาล ไม่สามารถฟ้องต่อศาลให้ตรวจสอบได้ แต่เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมืองและการถ่วงดุลอำนาจระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน เช่น ให้อำนาจรัฐสภาสามารถเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจคณะรัฐมนตรีที่มาบริหารประเทศได้ แต่ Independent Regulatory Agency (IRA) ซึ่งไม่มีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการ คำวินิจฉัยสั่งการของ Independent Regulatory Agency (IRA) จึงยังคงเป็นนิติกรรมทางปกครองอยู่ ดังนั้นองค์กรเหล่านี้จึงยังอยู่ในข่ายที่จะถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการอื่นได้ การควบคุมตรวจสอบ Independent Regulatory Agency (IRA) นี้จะใช้ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง ก็ขึ้นอยู่กับระบบศาล และลักษณะการใช้อำนาจของ Independent Regulatory Agency (IRA)

ทั้งนี้ การที่รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติถึงองค์กรใดในรัฐธรรมนูญไม่ได้หมายความว่าองค์กรนั้นจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเสมอ ต้องพิจารณาถึงเนื้อหาขององค์ประกอบในแง่สาระแห่งอำนาจหน้าที่ สถานะขององค์กร และการควบคุมขององค์กรนั้นๆ ด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญอาจกำหนดหลักการในเรื่อง Independent Regulatory Agency (IRA) เอาไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างกว้างๆ เฉพาะสิ่งที่เป็นสาระสำคัญ หรือกำหนดระบุลงไปในรัฐธรรมนูญว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะเป็น Independent Regulatory Agency (IRA) หรืออาจไม่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเลยก็ได้