บทที่ 5

ปัญหาการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

เนื่องจากองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ที่ก่อตั้งขึ้นตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันที่ต้องการถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐขององค์กรรัฐอื่น ๆ โดยการกำหนดให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสถานะที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร กับกำหนดให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอแก่การบริหารงานโดยอิสระขององค์กรเหล่านี้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 75 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามสถานะแห่งความเป็นอิสระขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก่อให้เกิดปัญหาข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับลักษณะการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตามมาหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของลักษณะอำนาจหน้าที่ขององค์กรซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับฝ่ายบริหาร ตลอดจนปัญหาการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญโดยองค์กรตุลาการ รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลระหว่างศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง

ปัญหาเกี่ยวกับสถานะขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อลักษณะทางกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน จากที่ได้ศึกษาในบทที่ผ่านมาอาจกล่าวได้ว่า การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่การใช้อำนาจนิติบัญญัติดังเช่นการตรากฎหมายของรัฐสภา แม้อำนาจในการตรากฎของบางองค์กร เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม [1] แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะเนื้อหาของการตรากฎแล้ว กลับมีลักษณะทำนองเดียวกับอำนาจในการตรากฎของฝ่ายบริหาร

นอกจากนี้ การพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็อาจนำหลักการเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองมาเป็นข้อพิจารณาเปรียบเทียบได้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นความชอบด้วยแหล่งที่มาของอำนาจในการตรากฎ ความชอบด้วยเนื้อหา กระบวนการหรือแบบพิธี และรูปแบบของการตรากฎ ซึ่งในทางวิชาการมีความเห็นว่า การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะทำนองเดียวกับฝ่ายบริหาร การกระทำขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งรวมถึงการตรากฎจึงอาจถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ

---

[1] ดู รัฐธรรมนูญมาตรา 144 ประกอบมาตรา 145 (1)

อย่างไรก็ตาม การปรับผลทางข้อกฎหมายสำหรับกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญขององค์กรที่เกี่ยวข้อง กลับปรากฏผลในทางตรงกันข้าม ซึ่งอาจแยกพิจารณาปัญหาแต่ละประการได้ดังนี้

5.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของกฎกับเขตอำนาจศาล

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมาจะเห็นได้ว่า แหล่งที่มาของอำนาจในการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมาจากกฎหมายแม่บทในรูปของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติแล้วแต่กรณี การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะทางกฎหมายเช่นเดียวกับการตรากฎขององค์กรฝ่ายปกครองโดยทั่วไป กล่าวคือ เป็นการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใด และมีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองเท่านั้น เพราะการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นไปเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท นอกจากนี้ กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญยังมีสถานะที่ต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แม้ว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยก็ตาม เพราะการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมิใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติเช่นเดียวกับรัฐสภา ซึ่งในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการตรากฎซึ่งจัดเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 276 และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2540 มาตรา 9 (1) ได้บัญญัติถึงลักษณะของคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองไว้ซึ่งหมายความรวมถึงการกระทำทางปกครองประเภทการตรากฎของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม จากสถานะทางกฎหมายของตัวองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเองบางประการอันมีลักษณะที่แตกต่างจากฝ่ายปกครองโดยทั่วไป กล่าวคือ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสถานะที่เป็นอิสระ ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลขององค์กรรัฐอื่น ๆ และมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ สิ่งเหล่านี้ส่งผลให้กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถูกตีความไปในลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับสถานะทางกฎหมายที่แท้จริงของกฎ โดยจะเห็นได้จากการตีความของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ดังนี้

5.1.1 สรุปข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ตามลำดับ[2]

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้รับหนังสือร้องเรียนจากผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาจังหวัดอุดรธานีว่า การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 2543 ข้อ 3 เพิ่มความเป็นข้อ 6 ทวิ ของระเบียบดังกล่าวความว่า "ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งใหม่อีก" และ กกต.ได้อาศัยระเบียบดังกล่าวสั่งให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าวไม่เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาใหม่ ซึ่งผู้สมัครรับเลือกตั้งดังกล่าว เห็นว่า ระเบียบดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 โดยชัดแจ้ง จึงมีหนังสือร้องเรียนมายังผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เพื่อขอให้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่ปรากฏว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่นใดให้อำนาจ กกต. ตัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ดังนั้น การที่ กกต.อาศัยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 (7) ออกระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงน่าจะมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในเบื้องต้นว่า การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเป็นไปตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่งหรือไม่ ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ระเบียบ กกต. ฉบับดังกล่าวเป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 10 (7) และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 ได้นิยามคำว่า "กฎ" หมายความว่า "พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เมื่อระเบียบ กกต. ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึง

---

[2] บรรเจิด สิงคะเนติ, รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาลปกครองกลาง (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน , 2547) น. 12 - 15.

ย่อมถือได้ว่าเป็น "กฎ" หรือ "ข้อบังคับ" ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 ที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจเสนอเรื่องให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 198 วรรคหนึ่งมิได้บัญญัติโดยชัดแจ้งว่า ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครององค์กรใดเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอให้พิจารณาวินิจฉัย แต่รัฐธรรมนูญมาตรา 276 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทบัญญัติทั่วไปในเรื่องอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง บัญญัติว่า " ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัย "ความชอบด้วยกฎหมาย" ของการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่ง จึงต้องหมายความถึงเรื่องของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า กกต. เป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 4 มิใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาล ดังนั้น ระเบียบ กกต. ซึ่งออกโดย กกต. จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณา "ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" ของระเบียบ กกต. ที่ออกโดย กกต. จึงเป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบ กกต. ดังกล่าวนั้น เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 วรรคหนึ่งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอมาได้

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับเนื้อหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎนั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง มาตรา 126 และต้องด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 6

การตีความเกี่ยวกับปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อแยกความแตกต่างระหว่างการใช้อำนาจหน้าที่ทั้งสองลักษณะดังกล่าวออกจากกันนั้น ในทางปฏิบัติยังเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนเท่าใดนัก โดยเฉพาะการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการตรากฎ เนื่องจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 198 ได้กล่าวถึงอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาในการส่งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎไปให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองวินิจฉัย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความว่า"ระเบียบ".ของคณะกรรมการการเลือกตั้งอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

5.1.2 <u>วิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ</u>

5.1.2.1 <u>ความหมายของคำว่า "กฎ"ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 198</u>

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า "กฎ" ที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยความหมายของกฎที่อยู่ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำว่า "กฎ" ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญเป็นสิ่งเดียวกับกฎในความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ทำนองเดียวกับ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่น บทบัญญัติอื่นที่มีลักษณะดังกล่าว ซึ่งเป็นไปในทำนองเดียวกับบทนิยามของกฎในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายความหมายของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยอาศัยความหมายของคำว่า "กฎ" ที่อยู่ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาเป็นหลักเกณฑ์ในการตีความระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง แสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การออกระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีลักษณะทำนองเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการ

กระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง เพราะกฎในความหมายของมาตรา 3 ก็คือการกระทำทางปกครองอันเป็นวัตถุแห่งคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อน่าสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็น"บทบัญญัติอื่น" ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ทั้งที่ในบทนิยามของกฎในมาตรา 3 ก็กล่าวรวมถึงระเบียบไว้โดยตรงแล้ว ส่วนคำว่า "บทบัญญัติอื่น" น่าจะหมายถึงบทบัญญัติใด ๆ ก็ตามแม้จะมีชื่อเรียกต่างจากตัวอย่างของคำนิยามตอนต้น แต่หากเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมมีลักษณะเป็นกฎตามความหมายของมาตรานี้ ทำให้เข้าใจได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญพยายามที่จะแยกความแตกต่างระหว่างระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งกับระเบียบของฝ่ายปกครองออกจากกัน

โดยทั่วไปแล้วเนื้อหาของระเบียบของฝ่ายปกครองจะเป็นเรื่องที่ไม่มีความสำคัญมากนักและไม่ต้องมีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เพียงแต่ผู้มีอำนาจลงนามในระเบียบก็มีผลใช้บังคับได้ แตกต่างจากระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในหลายกรณีที่ค่อนข้างสำคัญ เพราะระเบียบบางเรื่องก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามที่ได้เคยศึกษามาแล้ว สำหรับระเบียบที่เป็นประเด็นในคดีนี้ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้งของบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งทางการเมือง และเป็นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปจึงต้องมีการประกาศใช้ก่อนจึงจะมีผลบังคับได้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มิได้วินิจฉัยรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้เพียงแต่สรุปในท้ายที่สุดว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งมิใช่หน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาคดีของศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญ

5.1.2.2 <u>เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองตามมาตรา 198</u>

โดยหลักแล้วนั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา ซึ่งอาจเป็นการควบคุมก่อนที่จะมีผลใช้บังคับตามมาตรา 262 หรือหลังจากมีผลใช้บังคับแล้ว ตามมาตรา 264 ส่วนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใดอันมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองนั้น ย่อมอยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ทั้งนี้ตามมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 3 และมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ ไม่ว่ากฎดังกล่าวจะถูกตราขึ้นโดยองค์กรใดก็

ตาม หากมีลักษณะเป็นกฎในความหมายของการกระทำทางปกครองแล้วย่อมอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองมิใช่ศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วจะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรที่มีขึ้นตามรัฐธรรมนูญในหมวด 6 ส่วนที่ 4 จึงไม่ใช่หน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายรัฐบาล การพิจารณา"ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ" ของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง ซึ่งในประเด็นนี้อาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญนำเอาสถานะแห่งความเป็นอิสระจากฝ่ายบริหารของคณะกรรมการการเลือกตั้งมาเป็นข้อพิจารณาถึงเขตอำนาจศาลเหนือการกระทำของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ เมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ใช่หน่วยงานที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายรัฐบาล จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามนัยมาตรา 276 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการให้เหตุผลโดยดูจากรูปแบบขององค์กรเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับท่านดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ที่ว่า องค์กรใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะอยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือไม่ก็ตามก็อาจใช้อำนาจทางปกครอง และศาลปกครองก็อาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในเรื่องนั้นได้ ไม่จำกัดเฉพาะศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

แม้คณะกรรมการการเลือกตั้งจะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็อาศัยอำนาจในการตรากฎตามกฎหมายแม่บทหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติธรรมดาซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ซึ่งจากการศึกษาในบทที่ผ่านมาอาจกล่าวได้ว่า การที่คณะกรรมการการเลือกตั้งอาศัยอำนาจในการตรากฎตามกฎหมายเหล่านั้น มีลักษณะทำนองเดียวกับการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติตรากฎเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทนั่นเอง แม้ว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 145 (1) จะบัญญัติรับรองอำนาจในการออกประกาศกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บท ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้รักษาการก็ตาม แต่เนื่องจากการตรากฎของคณะกรรมการการเลือกตั้งยังต้องพิจารณาลงไปในเนื้อหาของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายธรรมดาว่าได้บัญญัติให้อำนาจแก่คณะกรรมการการเลือกตั้งตรากฎในกรณีใดบ้าง คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงไม่อาจอาศัยอำนาจในการตรากฎตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 145 (1) เพียงลำพังเท่านั้น ดังนั้น โดยลักษณะของอำนาจในการตรากฎดังกล่าวจึงอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายปกครอง

เช่นเดียวกันกับอำนาจตรากฎของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า การตรากฎของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองรูปแบบหนึ่ง แม้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งจะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็ตาม ดังนั้น การตรากฎของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการตรากฎของฝ่ายปกครอง การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการตรากฎของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือองค์กรอื่นใดก็ตามที่เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ จึงน่าที่จะอยู่ภายใต้เขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญรูปแบบหนึ่ง และมีอำนาจหน้าที่หลักตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงอาจกระทำการในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรืออาจกระทำการโดยอาศัยอำนาจทางปกครองเช่นเดียวกับฝ่ายปกครองก็ได้ดังที่เคยศึกษาไว้แล้ว การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงอาจเป็นการควบคุมการกระทำในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือการใช้อำนาจทางปกครองก็ได้ หากเป็นการควบคุมการใช้อำนาจหน้าที่ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว ย่อมต้องพิจารณาโดยอาศัยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญและอยู่ภายใต้เขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมิใช่ศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์มาตรา 266 แต่หากเป็นการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้งแล้ว ย่อมอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง การที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกเฉพาะประเด็นเรื่องสถานะของคณะกรรมการการเลือกตั้งมาเป็นข้อสรุปเรื่องเขตอำนาจศาลเพียงประเด็นเดียว ย่อมส่งผลให้ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎซึ่งเป็นข้อพิพาททางปกครองประเภทหนึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลสองศาล[3]

แม้ในมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญจะให้อำนาจแก่ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาสามารถส่งปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับโดยเสนอเรื่องพร้อมความเห็นไปยังศาลปกครองได้ และการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถือเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งซึ่งน่าที่จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองดังกล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม แต่สำหรับการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ หรือข้อบังคับไปยังศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา มีข้อสังเกตว่าเกี่ยวกับเงื่อนไขของอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

---

[3] บรรเจิด สิงคะเนติ, *อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 1*, น.30.

ซึ่งแบ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีออกเป็นสองกลุ่ม คือ ผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยผลของกฎหมายและผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามข้อเท็จจริง การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาส่งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎ หรือข้อบังคับไปยังศาลปกครองตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นกรณีสำหรับผู้มีสิทธิฟ้องคดีโดยผลของกฎหมายตามมาตรา 43 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาเห็นว่า กฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญให้มีสิทธิเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครองได้ ในการเสนอความเห็นดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภามีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 " และต่อมามีระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ฯ กำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวว่า "การเสนอเรื่องพร้อมความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาต่อศาล ในกรณีผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาเห็นว่ากฎหรือการกระทำใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ให้ทำเป็นคำฟ้องที่มีรายการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 " และวรรคสองกำหนดว่า "ในการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเป็นผู้ฟ้องคดีปกครองและดำเนินคดีปกครองแทนก็ได้"[4]

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามิได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยแท้จริง แต่กฎหมายให้ถือเสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา 42 ในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหรือข้อบังคับของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามายังศาลปกครองจึงอาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะต้องกระทำโดยวิธีการยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาอยู่ในฐานะผู้ฟ้องคดีหรือเป็นคู่ความในคดีปกครองโดยตรงเท่านั้น ทั้งที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามิใช่บุคคลตามมาตรา 42 โดยแท้จริง นอกจากนี้ เงื่อนไขเกี่ยวกับคำฟ้องในคดีปกครองตามมาตรา 45 ซึ่งกำหนดให้ผู้ฟ้องคดีต้องระบุคำขอให้ชัดเจนว่าต้องการให้ศาลสั่งอะไร และคำขอนั้นต้องเป็นเรื่องที่กฎหมายให้อำนาจศาลที่จะสั่งได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ[5] ปัญหาคือ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถที่จะระบุคำขอในคำฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิก

---

[4]บรรเจิด สิงคะเนติ,หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง,(กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547) น. 240.

[5]ฤทัย หงส์สิริ, ศาลปกครองและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ,2546) น. 135-136.

ถอนกฎโดยกำหนดผลบังคับอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 72 ได้หรือไม่ เพียงใด เพราะอำนาจที่แท้จริงของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตามมาตรา 198 เป็นเพียงการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเท่านั้น กรณีจึงแตกต่างจากวิธีการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยซึ่งเป็นการเสนอไปในรูปของคำร้องพร้อมเอกสารประกอบ ศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจากคำร้องแล้ววินิจฉัยว่ากฎหรือข้อบังคับต้องด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 6 หรือไม่

5.1.2.3 <u>ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎที่ตราโดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง</u>

ในประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 10 (7) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 ในข้อ 6 ทวิ ซึ่งกำหนดไว้ว่า "ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ให้ถือว่า ผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งอีก" ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาดังต่อไปนี้

- บทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 125 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ตาม มาตรา 125 (1) ถึง (5) และมาตรา 126 ซึ่งกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ตามมาตรา 126 (1) ถึง (4) ประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า " ..เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญมาตรา 125 ประกอบมาตรา 126 แล้ว เห็นว่า สิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 125 เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะถูกจำกัดได้แต่เฉพาะกรณีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 126 เท่านั้น

- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 มาตรา 10 (7) บัญญัติว่า "....(7) สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือออกเสียงแสดงประชามติในหน่วยเลือกตั้งใดหน่วยเลือกตั้งหนึ่ง หรือทุกหน่วยเลือกตั้ง หรือสั่งให้มีการนับคะแนนใหม่ เมื่อมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า การเลือกตั้งหรือการออกเสียงประชามติในหน่วยเลือกตั้งนั้น ๆ มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด" ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2543 ดังกล่าวเป็นการ

ออกหลักเกณฑ์ที่มีสาระเกินมาตรา 10 (7) ให้อำนาจไว้ แม้คณะกรรมการการเลือกตั้งจะอ้างว่าระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ฯ เป็นการออกตามความในมาตรา 10 (7) ตอนท้ายที่บัญญัติว่า "ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด ก็เป็นข้ออ้างที่รับฟังไม่ได้ เพราะมาตรา 10 (7) บัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งไว้เพียงให้สั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ หรือออกเสียงประชามติใหม่ หรือสั่งให้มีการนับคะแนนใหม่เท่านั้น

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังวินิจฉัยต่อไปว่า "ระเบียบดังกล่าวมีสาระเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลไม่เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งเป็นการบัญญัติเพิ่มลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่ต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 126 บัญญัติไว้ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 มิอาจกระทำได้ อีกทั้งรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า "การจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพมิได้ " เมื่อสิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เมื่อมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 125 การจำกัดสิทธิดังกล่าวจึงกระทำมิได้ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 ซึ่งบัญญัติลักษณะต้องห้ามของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ ก็มิได้บัญญัติให้อำนาจตรากฎหมายเพิ่มเติมลักษณะดังกล่าว อันเป็นการจำกัดสิทธิบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้ง ว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้ง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ลงวันที่ 1 พฤษภาคม 2543 แม้จะเป็นระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 มาตรา 10 (7) แต่ก็เป็นระเบียบที่มีข้อความอันเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้ง และเป็นการเพิ่มเติมลักษณะต้องห้ามของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 126 มิได้ให้อำนาจไว้

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว จะเห็นว่า บทกฎหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกขึ้นมาพิเคราะห์นั้น มิได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่รัฐธรรมนูญเท่านั้น แต่ได้นำเอากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจคณะกรรมการการเลือกตั้งออกระเบียบมาพิจารณาประกอบกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งมีสาระเกินเลยจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ เท่ากับเป็นการวินิจฉัยด้วยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งมีเนื้อหาที่ขัดต่อกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจด้วยเช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระเบียบคณะกรรมการการ

เลือกตั้ง ข้อ 6 ทวิ ดังกล่าวเป็นเรื่องการจำกัดสิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้ง ซึ่งไม่เกี่ยวข้องกับอำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ ออกเสียงแสดงประชามติใหม่ หรือนับคะแนนใหม่ เมื่อมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งหรือการออกเสียงแสดงประชามติในหน่วยเลือกตั้งนั้น มิได้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มิได้เป็นไปเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่บทนั่นเอง การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวเป็นไปในทำนองเดียวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรฝ่ายปกครอง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงมีอยู่ด้วยกันทั้ง 2 ระดับ กล่าวคือ ไม่ชอบด้วยกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมส่งผลทางกฎหมายให้ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมิอาจใช้บังคับได้ ตามนัยมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ โดยไม่จำต้องมีการเพิกถอนระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งอีกครั้ง แตกต่างจากกรณีที่การตรากฎที่ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บท ซึ่งอาจต้องมีการเพิกถอนกฎในภายหลัง

5.2 ปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎ

เนื่องจากกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นเพียงการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งเช่นเดียวกับกฎที่ตราโดยฝ่ายบริหารทั่วไป แม้กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปด้วยก็ตาม แต่ก็มีสถานะที่ต่างจากกฎหมายของรัฐสภา เพราะกฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรองที่ออกเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแม่เท่านั้น การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการตรากฎของฝ่ายปกครอง ซึ่งกำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องตรากฎภายใต้ขอบเขตของกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและต้องไม่ขัดต่อหลักการต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ ตลอดจนหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ดังนั้น ในการตรวจสอบถึงความชอบด้วยเนื้อหาของกฎของฝ่ายปกครองจึงต้องพิจารณาว่า มีกฎหมายแม่บทที่เป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของพระราชบัญญัติ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติหรือสูงกว่าให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองตรากฎไว้หรือไม่ และในเรื่องใด ฝ่ายปกครองก็ต้องตรากฎภายใต้ขอบเขตแห่งเนื้อหาที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้เป็นสำคัญ ฝ่ายปกครองจะตรากฎให้มี

เนื้อหานอกเหนือจากที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ หรือใช้อำนาจทำนองเดียวกับฝ่ายนิติบัญญัติเลยทีเดียวมิได้ นอกจากนี้ เนื้อหาของกฎยังต้องสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญ อาทิ เช่น หลักความเสมอภาค รวมไปถึงหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่บทขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญบางมาตรายังมีความไม่ชัดเจนว่าให้อำนาจแก่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตรากฎภายใต้ขอบเขตทางเนื้อหาอย่างไรบ้าง ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความถึงขอบอำนาจในการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามบทมาตราดังกล่าวตามมา ดังจะเห็นได้จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการออกระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 นำไปสู่ปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินว่าเป็นอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินหรือเป็นอำนาจของวุฒิสภา ซึ่งปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริงข้อเท็จจริงจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 เรื่อง ประธานรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา ในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแต่ละประเด็นปัญหาสรุปได้ดังนี้[6]

ในเบื้องต้นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 266 แล้วเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาต่างก็เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ จึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญมาตรา 312 บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา โดยให้การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน และมาตรา 333 (1) บัญญัติให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องบัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินด้วยการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินด้วย การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ

---

[6] สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 , วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, เล่มที่ 17 ,ปีที่ 6 , 2547 , น.169 - 172.

บุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอ ก็เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เมื่อประธานรัฐสภาเห็นว่า การดำเนินการสรรหาผู้สมควรเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 จึงเป็นการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 และเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยต่อไปได้

สำหรับประเด็นการสรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า "....พิจารณาแล้วเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการสรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ได้ผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ คือ นายประธาน ดาบเพชร เป็นการดำเนินการที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ฯ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ข้อ 6 (5) แล้ว ส่วนการที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือในนามคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอรายชื่อบุคคลจำนวน 3 คน ให้วุฒิสภาพิจารณาเลือก และวุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คนจากจำนวน 3 คน นั้น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และให้วุฒิสภาเป็นองค์กรถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และมาตรา 31 บัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรสรรหาและเลือกแล้วเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ การให้ความเห็นชอบของวุฒิสภาจึงย่อมต้องมีความหมายเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบเฉพาะบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเลือกด้วยคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มาแล้วเท่านั้น การที่วุฒิสภาดำเนินการเลือกบุคคลในบัญชีรายชื่อที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอในนามของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมาพร้อมกับหนังสือนำส่งผลการเลือกของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน โดยเลือกนางจารุวรรณ เมณฑกา ซึ่งได้คะแนนในอันดับที่สอง และไม่ได้จำนวนคะแนนที่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการ

ตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มา จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) พระราชบัญญัติว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า กรณีตามคำร้องของประธานรัฐสภาเกี่ยวกับปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น มีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 นี้มีประเด็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ อำนาจในการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่แท้จริงเป็นอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินหรือวุฒิสภา นั่นก็คือการตรวจสอบว่าระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากระเบียบดังกล่าวตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การที่ประธานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมิได้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ที่คณะกรรมการแผ่นดินอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 (6) มาตรา 30 ตราขึ้นใช้บังคับ กล่าวคือ ไม่ได้เสนอชื่อบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 โดยข้อ 6 (5) แต่กลับเสนอชื่อทุกคนที่อยู่ในบัญชีรายชื่อการสรรหาของอนุกรรมการไปให้วุฒิสภาทั้งหมดนั้น ย่อมขัดต่อหลักการที่สำคัญของกฎหมายปกครองประการหนึ่งคือการที่ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหรือคำวินิจฉัยที่ตนได้ตราขึ้นหรือสั่งการไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะการตรากฎนั้น แม้ว่าฝ่ายปกครองมี

อำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎที่ตนออกมาใช้บังคับเมื่อใดก็ได้ แต่ตราบใดที่กฎยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ ก็จะกระทำการใดให้ขัดหรือแย้งต่อกฎ หรือยกเว้นไม่ใช้กฎบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งในกรณีเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งมิได้[7] ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักกฎหมายปกครองดังกล่าวย่อมนำมาใช้บังคับกับการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน แม้ว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะมิใช่ฝ่ายปกครองโดยแท้เหมือนองค์กรฝ่ายปกครองโดยทั่วไปก็ตาม แต่เมื่อการตรากฎเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงต้องผูกพันต่อหลักการนี้ กล่าวคือ ในกรณีที่กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎที่ตนเองได้ตราขึ้น

อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตตามหลักกฎหมายปกครองดังกล่าวเป็นกรณีที่ตั้งสมติฐานสำหรับระเบียบที่ตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่จะตรวจสอบว่าระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ว่าการตรวจเงิน พ.ศ.2543 ตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่จำต้องตีความจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

แม้ว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไว้โดยตรง อันส่งผลให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระที่อยู่นอกโครงสร้างของระบบบริหารราชการภายใต้การบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาล แตกต่างจากองค์กรรัฐอื่น ๆ ที่เป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร หรือที่เรียกว่าฝ่ายปกครองก็ตาม แต่โดยสถานะของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐ และยังมีอำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้ ย่อมส่งผลให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีสถานะและอำนาจที่เหนือกว่าเอกชนทั่วไป ทำนองเดียวกับองค์กรรัฐฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางมหาชน ซึ่งโดยหลักนิติรัฐหรือหลักการปกครองภายใต้กฎหมาย อันเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่แฝงอยู่ในระบบกฎหมายของรัฐที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยนั้น กำหนดให้การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายหรือมีฐานของกฎหมายรองรับอำนาจกระทำการนั้น และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารส่วนหนึ่ง แม้จะไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา

---

[7] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, "หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง,"ใน คู่มือศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. (กรุงเทพ ฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547) น. 221.

หรือกำกับดูแลของรัฐบาลก็ตาม ก็ยังคงผูกพันต่อหลักนิติรัฐดังกล่าว การใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่ว่ากรณีใด รวมทั้งการตรากฎจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวข้างต้น ทำนองเดียวกับฝ่ายปกครองซึ่งต้องผูกพันตนภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักกฎหมายมหาชนที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐนั้นเอง [8] ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นลำดับไป โดยเริ่มพิจารณาจาก

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 312 วรรคสี่ วรรคห้า วรรคเจ็ดและมาตรา 333 (1) ซึ่งบัญญัติว่า

- มาตรา 312 วรรคสี่ "พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการตรวจเงินแผ่นดิน การบัญชี การตรวจสอบภายใน การเงินการคลัง และด้านอื่น ๆ"

วรรคห้า "ให้ประธานวุฒิสภาลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน"

วรรคเจ็ด "คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหาและการเลือก และการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน

วรรคท้าย "การกำหนดคุณสมบัติและวิธีการเลือกบุคคลซึ่งจะได้รับการแต่ตั้งเป็นกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน จะต้องเป็นไปเพื่อให้ได้บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและมีความซื่อสัตย์สุจริต และเพื่อให้ได้หลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าว"

- มาตรา 333 "นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน อันได้แก่ การวางนโยบาย การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธี

---

[8] สมยศ เชื้อไทย, <u>คำอธิบายหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป</u>, (กรุงเทพ ฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2535) น.129.

พิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางวินัยและงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด และการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน"

(2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 มาตรา 15 (6) และมาตรา 30 ซึ่งบัญญัติว่า

- มาตรา 15 "ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่.....และดำเนินการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ในเรื่องดังต่อไปนี้

ฯ ล ฯ

(6) เสนอชื่อผู้ที่สมควรได้รับการพิจารณาแต่งตั้งเป็นผู้ว่าการต่อวุฒิสภา โดยผ่านประธานวุฒิสภาตามมาตรา 30 ....."

โดยมาตรา 30 บัญญัติว่า "ให้คณะกรรมการมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 28 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 เพื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา

เมื่อคณะกรรมการได้สรรหาบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้ว ต้องได้รับความยินยอมของบุคคลนั้นก่อนเสนอรายชื่อไปยังประธานวุฒิสภา

หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด"

จากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าว จะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เป็นหลักการสำคัญว่าในการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา เช่นเดียวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ส่วนรายละเอียดในเรื่องคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหาและการเลือก การพ้นจากตำแหน่งของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปเพื่อให้ได้บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและมีความซื่อสัตย์สุจริต และหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ แต่ในบทเฉพาะกาลตามมาตรา 333 ได้กำหนดให้เนื้อหาของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินจะต้องมีรายละเอียดที่สำคัญในเรื่องใดบ้าง ซึ่งใน (1) ตอนท้ายกล่าวถึงอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ ปัญหาคือ อำนาจในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นของวุฒิสภาหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ต่อปัญหาดังกล่าวนี้ อาจพิจารณาโดยเทียบเคียงกับกระบวนการเข้าสู่ตำแหน่งขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น ซึ่งจะเห็นว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงวิธีการแต่งตั้งบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแต่ละองค์กรในทำนองเดียวกัน เช่น มาตรา 136 ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง มาตรา 297 ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ต่างก็กำหนดให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งโดยคำแนะนำของวุฒิสภา เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสรรหาคณะกรรมการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหล่านี้ไว้โดยตรง ขณะที่รายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ แต่โดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ไม่น่าจะแตกต่างกันมากนัก แม้มาตรา 333 ซึ่งอยู่ในบทเฉพาะกาลจะกล่าวถึงเนื้อหาที่ต้องมีในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน โดยในอนุมาตรา 1 ให้กำหนดเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายลักษณะ รวมถึงการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ด้วยก็ตาม แต่ก็น่าจะตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 312 วรรคสี่ โดยเทียบเคียงกับกระบวนการสรรหาขององค์กรอิสระอื่น ๆ กล่าวคือ น่าจะถือว่ารัฐธรรมนูญให้อำนาจแก่วุฒิสภาในการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นหลัก เพียงแต่รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสรรหาผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดให้เป็นอำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการสรรหารายชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งเท่านั้น แล้วเสนอให้วุฒิสภาคัดเลือกต่อไป ดังนั้น อำนาจในการให้ความเห็นชอบน่าจะอยู่ที่วุฒิสภาเป็นหลัก ดังนัยมาตรา 312 วรรคสี่ของรัฐธรรมนูญ เช่นเดียวกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542มาตรา 15 (6) ประกอบกับมาตรา 30 ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 โดยละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้ให้อำนาจโดยเด็ดขาดแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในอันที่จะเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตรงกันข้าม กลับกำหนดให้คณะกรรมการมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย เพื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา มาตรา 31 ยังกำหนดต่อไปด้วยว่าเมื่อประธานวุฒิสภาได้รับรายชื่อบุคคลตามมาตรา 30 แล้ว ให้เสนอต่อวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้

ความเห็นชอบ แสดงให้เห็นว่า กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจเฉพาะการสรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ที่สมควรได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการเท่านั้น เพียงแต่หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ออกระเบียบเท่านั้น

การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 โดยข้อ 6 (5) กำหนดว่า "การเลือกผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม ถือตามมติคณะกรรมการโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ผู้ซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดและคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดไม่ถึงกึ่งหนึ่งให้ลงมติอีกครั้งหนึ่งต่อเนื่องกันไป และในกรณีนี้ให้ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดเป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ" ซึ่งเท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยปริยาย เพราะวุฒิสภาไม่อาจที่จะเลือกบุคคลอื่นนอกจากผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อมาตามกระบวนการสรรหาโดยอาศัยระเบียบดังกล่าวของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตราระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 จึงน่าจะไม่สอดคล้องกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้การเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นอำนาจของวุฒิสภา การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า วุฒิสภามีอำนาจแต่เพียงให้ความเห็นชอบแก่บุคคลตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอรายชื่อมานั้น น่าจะเป็นการตีความบทกฎหมายในเรื่องนี้โดยไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม สำหรับแนวทางการตีความของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ในเบื้องต้น ศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 312 เกี่ยวกับอำนาจในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินของวุฒิสภา ในวรรคสี่ ซึ่งบัญญัติว่า "พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการตรวจเงินแผ่นดิน การบัญชี การตรวจสอบภายใน การเงินการคลัง หรือด้านอื่น" และวรรคเจ็ดของมาตราเดียวกัน กำหนดให้การสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งมาตรา 333 (1) กำหนดให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องมีเนื้อหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในเรื่องการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน แล้วเห็นว่าอำนาจในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินของวุฒิสภาเป็นเพียงให้ความ

เห็นชอบตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอมาเท่านั้น เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญต้องการให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้สรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีวุฒิสภาเป็นองค์กรกลั่นกรองอีกชั้นหนึ่ง ข้อเท็จจริงจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนี้แสดงให้เห็นว่า รายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 312 บัญญัติไว้นั้น จะปรากฏอยู่ในระเบียบซึ่งเป็นเพียงกฎหรือกฎหมายลำดับรองเกือบทั้งหมด และศาลรัฐธรรมนูญได้นำหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบดังกล่าวมาเป็นข้อพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ไม่ชอบด้วยระเบียบนี้ ถือเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามไปด้วย ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นอย่างสูง ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวทางการตีความดังกล่าวด้วยเหตุผลที่นำเสนอไปข้างต้น

5.3 ปัญหาเกี่ยวกับรูปแบบการตรากฎ

เนื่องจากกฎมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่งหรือเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งที่จะได้รับผลกระทบ กล่าวคือ บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎจะต้องถูกนิยามไว้เป็นประเภทและไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนได้ และกรณีที่จะบังคับให้บุคคลที่อยู่ภายใต้กฎดังกล่าวต้องปฏิบัติตามกฎนั้น ต้องถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม ดังนั้นกฎจึงเป็นสิ่งที่ใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคต หากไม่มีเหตุการณ์หรือข้อเท็จจริงที่กฎนิยามไว้เกิดขึ้น กฎก็ไม่อาจสร้างผลทางกฎหมายใด ๆ[9] ลักษณะเฉพาะของกฎดังกล่าวจึงทำให้หลักเกณฑ์ในการควบคุมกฎแตกต่างจากการกระทำทางปกครองรูปแบบอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นวิธีการออกกฎ การโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎ หรือการเพิกถอนกฎ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่กฎเป็นสิ่งที่ใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอนาคต ทำนองเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา แม้ว่ากฎจะมีสถานะทางกฎหมายที่ต่ำกว่าและถือเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่งก็ตาม ในทางทฤษฎีถือว่ากฎจัดเป็นกฎหมายรูปแบบหนึ่ง ซึ่งกฎหมายไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใดก็ตามเมื่อมีลักษณะเป็นการบังคับเป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะกรณีใดหรือบุคคลใดแล้ว ก่อนที่จะมีผลบังคับใช้จึงต้องมีการประกาศให้ทราบเป็นการล่วงหน้า โดยถือเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปในสังคมที่ปกครองโดยกฎหมายว่าบุคคลควรได้รู้ถึงกฎโดยอิสระ และเป็นไปตามหลักความเป็นธรรมในการได้รู้ล่วงหน้า

---

[9] ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง,(กรุงเทพฯ : หจก.จิรรัชการพิมพ์, 2540) น.120.

(fair warning) การประกาศให้ทราบเป็นการล่วงหน้าจึงเป็นรูปแบบสำคัญที่ทำให้กฎมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายโดยสมบูรณ์ ดังนั้น รูปแบบของกฎจึงต้องมีการประกาศเสมอ กฎใดหากไม่มีการประกาศก็ไม่อาจนำมาใช้บังคับในทางที่เป็นโทษแก่บุคคลได้ กฎจึงต่างจากคำสั่งทางปกครองเพราะอาจแจ้งให้บุคคลภายใต้บังคับของคำสั่งทราบโดยวิธีการแจ้งเป็นหนังสือแทนการประกาศก็ได้[10]

หลักที่ว่ากฎต้องมีการประกาศให้ทราบเป็นการล่วงหน้านี้เป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งปรากฏอยู่ในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสตามที่ได้ศึกษาไปแล้วในบทที่ว่าด้วยข้อความคิดทั่วไปว่าด้วยกฎ หลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ย่อมนำมาใช้บังคับกับการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีลักษณะของการใช้อำนาจทางปกครองเช่นเดียวกับการตรากฎขององค์กรฝ่ายปกครองตามที่ได้ศึกษาไปแล้วด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎแก่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะกำหนดเป็นหลักการทั่วไปไว้ว่า ประกาศหรือระเบียบที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป ให้มีผลใช้บังคับเมื่อได้ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้ว [11] ในทางตรงกันข้ามประกาศหรือระเบียบที่ไม่มีลักษณะดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันที่จะต้องมีการประกาศให้ทราบล่วงหน้าก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับ ประกาศหรือระเบียบประเภทนี้แม้จะมีชื่อเรียกอย่างเดียวกันแต่ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกฎ อย่างไรก็ตาม การตีความเกี่ยวกับลักษณะของประกาศหรือระเบียบที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนี้ยังเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เพราะนอกจากกฎหมายแม่บทจะกำหนดเป็นหลักทั่วไปไว้แล้วยังกำหนดลงไปในบทมาตราที่ให้อำนาจตรากฎในแต่ละเรื่องว่าให้มีผลใช้บังคับเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ปัญหาคือในบางมาตรากฎหมายแม่บทก็ไม่ได้ระบุไว้ให้ต้องมีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาโดยตรง ทั้งที่ประกาศหรือระเบียบดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นการบังคับโดยทั่วไปเช่นเดียวกัน จึงเป็นอำนาจในการตีความขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญว่าประกาศหรือระเบียบดังกล่าวมีลักษณะเป็นการบังคับโดยทั่วไปตามที่กำหนดไว้เป็นหลักทั่วไปในกฎหมายแม่บทหรือไม่ หากองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีลักษณะเป็นการบังคับโดยทั่วไปแล้วก็จะไม่มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาให้ทราบเป็นการล่วงหน้า

นอกจากประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตเนื้อหาของกฎแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 ยังแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการบังคับใช้ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 กล่าวคือ ระเบียบฉบับนี้มิได้มีการประกาศลงในราช

---

[10] *เพิ่งอ้าง*, น.148.

[11] ดูใน น. 69 ข้อ 4.1.2.1

กิจจานุเบกษาก่อนใช้บังคับ จึงมีข้อที่จะต้องพิจารณาว่าระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่ต้องมีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาก่อนมีผลใช้บังคับหรือไม่

กฎในรูปของระเบียบขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น โดยหลักแล้วกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจก็จะไม่ได้กำหนดให้ต้องนำระเบียบไปประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เพราะเนื้อหาส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของวิธีการปฏิบัติงานภายในองค์กร อย่างไรก็ตาม ระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 5 ได้บัญญัติไว้ว่า

"ให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินรักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ และให้มีอำนาจออกประกาศหรือระเบียบโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

ประกาศและระเบียบตามวรรคหนึ่งที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้"

คำว่า "ประกาศและระเบียบ"ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปตามความในวรรคสองนั้น มีนัยทำนองเดียวกับกฎตามที่นิยามไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 การกำหนดให้ประกาศและระเบียบที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฉบับนี้ ซึ่งมีผลบังคับเป็นการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะบุคคลหรือกรณีใดต้องมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญในการมีผลใช้บังคับของประกาศและระเบียบฉบับนั้น ๆ ตราบใดที่ยังไม่ได้มีการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ประกาศและระเบียบฉบับนั้นก็ไม่อาจมีผลใช้บังคับได้

สำหรับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 15 (6) และมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวกลับมิได้มีการนำประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา ตามความในมาตรา 5 อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ได้นำประเด็นในเรื่องนี้มาวินิจฉัยด้วยว่าระเบียบฉบับดังกล่าวมีผลสมบูรณ์และสามารถใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งหากพิจารณาถึงเนื้อหาของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฉบับนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า ประกอบไปด้วยสาระสำคัญเกี่ยวกับคุณสมบัติ ลักษณะ

ต้องห้าม กระบวนการและวิธีการสรรหาบุคคลผู้สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งบุคคลใดก็ตามที่มีคุณสมบัติตามที่ปรากฏในระเบียบข้อ 4 ตั้งแต่ (1) ถึง (6) และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ปรากฏในระเบียบข้อ 5 ตั้งแต่ (1) ถึง (13) แล้ว ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินทั้งสิ้น อันมีลักษณะเป็นการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่มีผลบังคับกับบุคคลผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ระเบียบกำหนดไว้เป็นการทั่วไป ไม่จำกัดเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 จึงมีลักษณะเป็นการวางมาตรการที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ เช่นเดียวกับกฎตามที่มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ฯ และมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ กล่าวถึงไว้ แม้ว่าในมาตรา 30 จะไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงก็ตาม แต่ก็มีบททั่วไปในมาตรา 5 กำหนดไว้ ทั้งนี้ อาจเปรียบเทียบกับการตรากฎของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ.2541 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาและแต่งตั้งผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้ง และคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำเขตเลือกตั้ง เมื่อมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแต่ละครั้ง

ขั้นตอนการประกาศลงในราชกิจจานุเบกษานี้ น่าจะถือเป็นเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของรูปแบบและการมีผลใช้บังคับได้ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทุกกรณีที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปทั้งสิ้น รวมทั้งระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ด้วยเช่นกัน เมื่อไม่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว จึงยังไม่อาจนำมาใช้บังคับได้

5.4 ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของกฎที่ตราโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักแล้ว ในทางกฎหมายปกครองถือว่าการตรากฎเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น การตรากฎจึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายปกครองอันว่าด้วยหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่ายปกครองตรากฎโดยมิได้เคารพต่อหลักดังกล่าวย่อมส่งผลให้กฎในเรื่องนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งนำไปสู่การยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป ส่วนเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ตรากฎฉบับนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้ความรับผิดทั้งในทางแพ่งและในทางอาญา กล่าวคือ หากเป็นความรับผิดทางแพ่งก็เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ส่วนในทางอาญาก็อาจต้องรับผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นบทความผิดต่อเจ้าพนักงาน โดยพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำไปโดยมีเจตนาหรือไม่เพียงใด หลักเกณฑ์ว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายซึ่งใช้บังคับกับการตรากฎของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมนำมาใช้กับการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน เพราะการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้นถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครองอย่างหนึ่ง หากองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรากฎโดยมิชอบด้วยกฎหมายแล้ว ก็ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดียวกันนี้

สำหรับผลเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของตัวเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นผู้ออกกฎฉบับนั้น อาจพิจารณาจากเจตนาของผู้ออกกฎเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากองค์กรผู้ใช้อำนาจกระทำไปโดยเข้าใจเจตนารมณ์ของกฎหมายคลาดเคลื่อนโดยสุจริตแล้ว ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดในส่วนของเจตนา และไม่ต้องมีความรับผิดทางอาญาใด ๆ เพราะในมาตรา 157 นี้ กำหนดองค์ประกอบภายในที่สำคัญประการหนึ่ง ได้แก่ เจตนาพิเศษ กล่าวคือ เจตนาโดยทุจริต หรือ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ส่วนกรณีผู้ออกกฎใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ไปเพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายซึ่งประโยชน์ส่วนตัว หรือประโยชน์ของกลุ่มพวกพ้อง ซึ่งเป็นลักษณะของการใช้อำนาจโดยทุจริต และเข้าลักษณะองค์ประกอบความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157[12] ตัวอย่างในเรื่องนี้ อาจพิจาณาได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ 1/2548 เกี่ยวกับการออกระเบียบคณะกรรมการป้องกันและ

---

[12] ธีระ สุธีวรางกูร," นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมาย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541) น.133 - 138.

ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติว่าด้วยการจ่ายเงินค่าตอบแทนของประธานกรรมการและกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองพิพากษาว่า การใช้อำนาจออกระเบียบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวถือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ดังนี้

" ....ปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยประการต่อไปมีว่า จำเลยทั้งเก้าได้กระทำความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายหรือปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 หรือไม่ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 แยกความผิดเป็นสองลักษณะ ลักษณะที่หนึ่ง เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น และลักษณะที่สอง เป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต แต่ความผิดทั้งสองลักษณะนี้เริ่มต้นจากการที่ผู้กระทำเป็นเจ้าพนักงาน ซึ่งจะวินิจฉัยในเบื้องต้นว่า จำเลยทั้งเก้าเป็นเจ้าพนักงานหรือไม่ ปัญหานี้จำเลยทั้งเก้าให้การต่อสู้ว่า จำเลยทั้งเก้าจะมีฐานะเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมายต่อเมื่อได้ปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตามมาตรา 19 ถึงมาตรา 103 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 301 เท่านั้น ทั้งการออกระเบียบที่เป็นปัญหาในคดีนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 5 และมาตรา 107 บัญญัติให้เป็นอำนาจของจำเลยทั้งเก้า ไม่ใช่บัญญัติให้เป็นหน้าที่ การออกระเบียบคดีนี้ จึงไม่ใช่เป็นการปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำของจำเลยทั้งเก้าจึงไม่ครบองค์ประกอบของความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานตามที่โจทก์ฟ้องนั้น เห็นว่า การเป็นเจ้าพนักงานเป็นองค์ประกอบอย่างหนึ่งของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บุคคลที่เป็นเจ้าพนักงานจะต้องมีอำนาจหน้าที่ ซึ่งกฎหมายต้องคุ้มครองและควบคุมเจ้าพนักงานมิให้ใช้อำนาจหน้าที่นั้นเกินขอบเขต จึงต้องตีความอย่างเคร่งครัดว่า เจ้าพนักงาน หมายถึง ผู้ที่ได้รับแต่งตั้งโดยกฎหมาย ซึ่งอาจจะเป็นกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายทั่วไปให้เป็นเจ้าพนักงาน และการแต่งตั้งดังกล่าวต้องเป็นการแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ ซึ่งการปฏิบัติราชการก็ต้องมีกฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน คดีนี้จำเลยทั้งเก้าได้รับแต่งตั้งให้เป็นเจ้าพนักงาน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 31 ที่บัญญัติว่า ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ให้ประธานกรรมการ กรรมการ อนุกรรมการ และพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งก็มิระบุว่าเป็นเจ้าพนักงานเฉพาะการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 301 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 19 ถึงมาตรา 103 เท่านั้น การใช้อำนาจควบคุมดูแลสำนักงาน ป.ป.ช. ตามมาตรา 104 ถึงมาตรา 110 เป็นกิจการที่เกี่ยวเนื่องกันไป โดยมีสำนักงาน ป.ป.ช. เป็นหน่วยงานธุรการสนับสนุนงานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และเมื่อจำเลยทั้งเก้าได้รับแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 301 บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ตาม (6) คือดำเนินการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 19 (13) บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการอื่นตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้บัญญัติ หรือกฎหมายอื่นกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และมาตรา 25 บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (4) วางระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายค่าเบี้ยเลี้ยง ค่าเดินทาง และค่าตอบแทนของพยานบุคคล และเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่หรือเรื่องอื่นใด เพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ (5) วางระเบียบเกี่ยวกับการจ่ายเงินสินบนตามมาตรา 30 ซึ่งจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ได้บัญญัติถึงเรื่องอำนาจหน้าที่ของจำเลยทั้งเก้าซึ่งเป็นคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้ด้วยกัน โดยเฉพาะในมาตรา 25 ได้บัญญัติให้การปฏิบัติหน้าที่ของจำเลยทั้งเก้าซึ่งเป็นคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ ดังนั้น การที่จำเลยทั้งเก้าจะใช้อำนาจต่าง ๆ ได้ จำเลยทั้งเก้าจะต้องมีหน้าที่ที่จะปฏิบัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ควบคู่ไปด้วย หาใช่มีแต่เพียงอำนาจ แต่ไม่มีหน้าที่แต่อย่างใด แม้มาตรา 5 และมาตรา 107 จะบัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจออกระเบียบหรือประกาศเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่นของสำนักงาน ป.ป.ช. ก็ตาม แต่การใช้อำนาจของจำเลยทั้งเก้าดังกล่าวก็เพื่อปฏิบัติราชการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของจำเลยทั้งเก้า ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 (13) การออกระเบียบที่เป็นปัญหานี้ของจำเลยทั้งเก้า จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ตามที่โจทก์ฟ้องแล้ว หาใช่เป็นเรื่องการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเกี่ยวกับการบริหาร ดังที่จำเลยทั้งเก้าต่อสู้ไม่ ดังนั้น การที่จำเลยทั้งเก้าร่วมกันออกระเบียบที่เป็นปัญหานี้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 5 และมาตรา 107

เพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 31 แล้ว ข้อต่อสู้ของจำเลยทั้งเก้าฟังไม่ขึ้น

จากคำพิพากษาในประเด็นนี้ แสดงให้เห็นว่า ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เห็นว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีสถานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และการใช้อำนาจออกระเบียบวางหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ.2542 ของคณะกรรมการ ป.ป.ช.นั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตามความหมายของมาตราดังกล่าวด้วย ไม่จำกัดเฉพาะการตรวจสอบอำนาจรัฐซึ่งเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้เท่านั้น ดังนั้น หากยึดตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องนี้ เป็นแนวทางการตีความอำนาจตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่นด้วยแล้ว ย่อมถือได้ว่า การใช้อำนาจในการตรากฎของ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของการดำเนินคดีความผิดทางอาญาต่อตำแหน่งหน้าที่ ตามมาตรา 157 เช่นเดียวกัน กล่าวคือ หากองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจตรากฎโดยมิชอบด้วยกฎหมายก็อาจถูกฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเพื่อให้รับผิดในทางอาญาได้

ส่วนการพิจารณาถึงเจตนาของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ดังนี้

"...คณะอนุกรรมการพัฒนาระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามแผนยุทธศาสตร์ได้ศึกษาและพิจารณาเทียบเคียงกันระหว่างร่างระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการจ่ายเงินเพิ่มพิเศษตามลักษณะงานของประธานกรรมการและกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.... กับระเบียบศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการการจ่ายเบี้ยประชุมกรรมการและอนุกรรมการและค่าตอบแทนบุคคลหรือคณะบุคคล พ.ศ. 2547 แล้ว มีความเห็นว่า การกำหนดเงินเพิ่มพิเศษในลักษณะการจ่ายเงินเพิ่มพิเศษตามลักษณะงานของประธานกรรมการและกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ....ซึ่งกำหนดให้ประธานกรรมการและกรรมการได้รับเงินเพิ่มพิเศษตามลักษณะงานควบกับเงินเดือน ในอัตราเท่ากับเงินประจำตำแหน่งที่ได้รับอยู่แต่เดิม น่าจะถูกกำหนดโดยกฎหมายว่าด้วยเงินเดือน เงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอื่น ของประธานศาล

รัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ฯลฯ ซึ่งจะต้องผ่านกระบวนการจากคณะรัฐมนตรี เข้าสู่รัฐสภาเพื่อพิจารณาออกเป็นกฎหมายใช้บังคับ การกำหนดเงินเพิ่มพิเศษในลักษณะดังกล่าว จึงไม่น่าอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช . ที่จะพิจารณากำหนดเป็นระเบียบได้ ตามเอกสารหมาย จ. 1 แผ่นที่ 162 ถึง 167 แสดงว่าคณะอนุกรรมการดังกล่าวข้างต้นทั้งสองคณะเห็นตรงกันว่าไม่สามารถออกระเบียบเพื่อจ่ายเงินเพิ่มพิเศษตามลักษณะงานควบกับเงินเดือนเท่ากับเงินประจำตำแหน่งที่มีอยู่เดิม และได้ความจากนายศราวุธว่าได้เสนอบันทึกรายละเอียดความเห็นของคณะอนุกรรมการทั้งสองคณะดังกล่าวต่อจำเลยทั้งเก้าประกอบการพิจารณาออกระเบียบที่เป็นปัญหาแล้ว จำเลยที่ 1 ก็ยอมรับต่อคณะกรรมการไต่สวนข้อเท็จจริง ว่า มีการเสนอบันทึกข้อความของจำเลยที่ 8 ต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่อ้างว่าไม่ได้หยิบยกขึ้นขณะประชุม ตามเอกสารหมาย จ . 5 แผ่นที่ 59 แสดงว่าจำเลยทั้งเก้าทราบเรื่องที่คณะอนุกรรมการทั้งสองคณะมีความเห็นว่าไม่สามารถออกระเบียบเพื่อจ่ายเงินเพิ่มพิเศษตามลักษณะงานควบกับเงินเดือนเท่ากับเงินประจำตำแหน่งที่มีอยู่เดิม แต่จำเลยทั้งเก้ายังคงเห็นชอบกับร่างระเบียบที่เป็นปัญหา และจำเลยที่ 1 ได้ลงนามประกาศใช้ในวันที่ 29 กรกฎาคม 2547 เมื่อจำเลยทั้งเก้าเป็นเจ้าพนักงานมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาดูแลผลประโยชน์ของประเทศชาติให้เป็นไปตามกฎหมาย มีประสบการณ์จากการปฏิบัติหน้าที่อย่างดี จำเลยทั้งเก้าย่อมต้องใช้ความระมัดระวังในการออกระเบียบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ อย่างรอบคอบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระเบียบที่มีผลประโยชน์เกี่ยวพันถึงจำเลยทั้งเก้าโดยตรง ย่อมต้องระมัดระวังเป็นพิเศษ โดยศึกษาอำนาจในการออกระเบียบที่เป็นปัญหาให้ถ่องแท้เสียก่อน เมื่อมีข้อน่าสงสัย สมควรสอบถามเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับเงินงบประมาณจากกระทรวงการคลังให้แน่ชัด แต่จำเลยทั้งเก้ามิได้ ดำเนินการกลับออกระเบียบที่เป็นปัญหาโดยประชุมพิจารณาเพียงครั้งเดียวก็มีมติให้ออกระเบียบดังกล่าว จึงเชื่อได้ว่าจำเลยทั้งเก้าทราบว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจออกระเบียบที่เป็นปัญหา และจำนวนเงินค่าตอบแทนที่ประธานกรรมการ ป.ป.ช.ได้รับ เดือนละ 45,500 บาท ส่วนกรรมการ ป.ป.ช. ได้รับ เดือนละ 42,500 บาท จำเลยทั้งเก้าได้ถือโอกาสกำหนดใช้อัตราสูงสุดเท่ากับเงินประจำตำแหน่งตามที่ร่างระเบียบดังกล่าวเสนอเปรียบเทียบเข้ามาโดยไม่มีเหตุสมควร ไม่สอดคล้องกับการทำหน้าที่บริหารงานองค์กรที่เป็นงานนอกเหนือจากงานตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นหน้าที่หลัก ส่วนงานตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและตรวจสอบทรัพย์สินที่จำเลยทั้งเก้าอ้างว่ามีจำนวนมากนั้น เป็นงานในหน้าที่ของจำเลยทั้งเก้าที่ได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่ง เป็นคนละส่วนกับเงินค่าตอบแทนตามระเบียบที่เป็นปัญหา พฤติการณ์ดังกล่าวบ่งชี้ว่า จำเลยทั้งเก้าแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนเองตามอำเภอใจโดยมิได้

ยึดถือหลักเกณฑ์ใด ๆ แม้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 110 บัญญัติให้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำหน้าที่เช่นเดียวกับ ก.พ. ก็เพียงให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการและพนักงานของสำนักงาน ป.ป.ช. เช่นเดียวกับ ก.พ.ไม่อาจถือว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีภาระหน้าที่ในส่วนนี้เทียบเท่ากับ ก.พ. ซึ่งดูแลข้าราชการพลเรือนจำนวนมาก จากข้อเท็จจริงที่จำเลยทั้งเก้าทราบว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่มีอำนาจออกระเบียบที่เป็นปัญหา แล้วยังเข้าร่วมประชุมคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในฐานะองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสำนักงาน ป.ป.ช. และมีมติเห็นชอบกับร่างระเบียบดังกล่าวทุกคนโดยไม่มีการโต้แย้งคัดค้าน ทั้งได้รับเงินตามระเบียบดังกล่าวจากสำนักงาน ป.ป.ช. แล้ว แม้ภายหลังจำเลยทั้งเก้าได้นำเงินที่ได้รับมาคืนสำนักงาน ป.ป.ช. แล้วก็ตาม ก็ไม่ทำให้การกระทำความผิดของจำเลยทั้งเก้าที่สำเร็จไปแล้วจะกลับไม่เป็นความผิด พฤติการณ์ดังกล่าวรับฟังได้ว่า จำเลยทั้งเก้าเป็นเจ้าพนักงานร่วมกันปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่สำนักงาน ป.ป.ช. และเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากผลทางด้านตัวผู้ออกกฎดังกล่าวแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงผลทางกฎหมายเกี่ยวกับตัวกฎฉบับที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้เคยกล่าวมาแล้วในเบื้องต้นว่า กฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะคือ กฎที่ตราโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ กฎที่มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กรณีดังกล่าวนี้ มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีผลเป็นอันใช้บังคับมิได้ อีกลักษณะหนึ่งได้แก่ กฎที่ตราโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามนัยของมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 กรณีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองอาจเพิกถอนกฎได้ โดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ตามความในมาตรา 72 วรรคสอง

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของกฎที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตราโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั้น เราอาจนำข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 มาเป็นข้อพิจารณา ซึ่งได้วิเคราะห์ไปในตอนต้นแล้วว่า ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฉบับดังกล่าวนี้ น่าจะมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 ทั้งนี้โดยการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 312 มาตรา 333 (1) ประกอบกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเทียบกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่นแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะให้วุฒิสภาเป็นองค์กรผู้มีอำนาจในการเลือกบุคคลที่สมควร

ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพียงแต่กระบวนการสรรหาบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งนั้นให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 โดยมาตรา 15 (6) และมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็ไม่ได้ให้อำนาจแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ นอกจากนี้ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าวก็มิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ฯ การที่ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ตราขึ้นโดยขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง และขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 5 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจอีกประการหนึ่ง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทั้งสองลักษณะดังกล่าวจะส่งผลทางกฎหมายดังนัย มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ ย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้ หรือเป็นไปตามนัยมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กล่าวคือ ศาลปกครองอาจเพิกถอนกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตนับแต่ขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ซึ่งนอกจากกรณีการออกระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าวแล้ว ยังพบว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่น ๆ จะอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่ และโดยเหตุที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจึงมีเนื้อหาที่เกี่ยวพันกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญตามไปด้วย ดังนั้น ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวนอกจากการตีความกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจแล้ว ยังต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ ทำนองเดียวกับการตีความระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543

ปัญหาที่จะต้องพิจารณาเป็นประการแรกก็คือ ความแตกต่างระหว่างบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ และมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ สำหรับมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญกำหนดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้นี้ มีนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งตีความว่ากฎที่มีข้อความขัดหรือ

แย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น นับย้อนหลังไปจนถึงวันเริ่มมีการใช้บังคับกฎ การตีความดังกล่าวนี้เป็นไปในทำนองเดียวกับทฤษฎีหลักความเป็นโมฆะของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่ากฎหมายที่เป็นโมฆะย่อมเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ส่วนที่มาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจที่จะเพิกถอนกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังไปเมื่อใดก็ได้นั้น นักกฎหมายฝ่ายนี้เห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 72 น่าจะเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ โดยถือว่ากฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลทำนองเดียวกับกฎหมายที่ตราโดยมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น [13] กล่าวคือ กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ตามย่อมมีผลเสียเปล่ามาตั้งแต่เริ่มต้น

สำหรับผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติให้กฎที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะโดยตรงเหมือนกับรัฐธรรมนูญไทยบางฉบับในอดีต นอกจากนี้ ในวรรคท้ายของมาตรา 264 ของรัฐธรรมนูญ ก็บัญญัติแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6) ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดไปแล้ว ซึ่งก็ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงเช่นกันว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ดังนั้นกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ในระบบกฎหมายของไทยจึงยังเป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจนนัก และไม่อาจที่จะตีความบทบัญญัติตอนท้ายของมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญว่ามีนัยดังกล่าวได้ กฎหรือกฎหมายจะตกเป็นโมฆะหรือไม่ควรจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งผลทางกฎหมายของกฎที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติมาตรา 6 จึงน่าที่มีผลตั้งแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยเป็นต้นไป

ส่วนบทบัญญัติมาตรา 72 ซึ่งให้อำนาจแก่ศาลปกครองกำหนดผลทางกฎหมายของกฎที่ถูกเพิกถอนเพราะตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลัง หรือมีผลในอนาคตนับแต่ขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ น่าจะเทียบได้กับทฤษฎีหลักความลบล้างได้ของกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าการที่ศาลปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดให้กฎที่ถูกเพิกถอนมีผลย้อนหลังหรือมีในอนาคตผลนับแต่ขณะใดขณะหนึ่งได้นี้เองจึงเป็นข้อที่แตกต่างจากบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น แต่ก็มิได้หมายความว่าบทบัญญัติมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญนี้ไม่

---

[13] นรินทร์ อิธิสาร," การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกฎโดยศาลปกครองและผลในทางกฎหมายของกฎที่ถูกศาลปกครองเพิกถอน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546) น. 200.

สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไปเสียทีเดียว เพราะความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎย่อมมีอยู่ด้วยกันหลายระดับ ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มิได้มีเพียงเฉพาะกรณีที่กฎขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเพียงกรณีเดียวเท่านั้น กฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีอื่นศาลปกครองก็อาจเพิกถอนกฎเหล่านั้นโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ขึ้นอยู่กับเหตุที่ทำให้กฎนั้นตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าเป็นสาระสำคัญหรือไม่เพียงใด ทำนองเดียวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่มาตรา 72 กำหนดให้อำนาจแก่ศาลปกครองไว้อย่างกว้างขวางนี้เท่ากับให้ศาลปกครองใช้ดุลพินิจกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นของผลทางกฎหมายของกฎที่ถูกเพิกถอนไว้อย่างกว้างขวางเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวให้เกิดความเป็นธรรมตามแต่กรณี

เนื่องจากการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองรูปแบบหนึ่ง เพราะเป็นการอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติดังที่ได้ศึกษาไปแล้ว ปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงเข้าลักษณะของคดีปกครองตามมาตรา 9 (1) ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยนัยดังกล่าวนี้ กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงน่าจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครอง อย่างไรก็ตาม กฎหมายแม่บทขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอยู่ในรูปของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นส่วนใหญ่ และโดยเหตุที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายซึ่งขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ กฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงมีเนื้อหาที่เกี่ยวพันกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญตามไปด้วย ดังนั้น การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎดังกล่าวจึงต้องอาศัยการตีความจากกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องเป็นสำคัญ

ตามมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ฯ เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลปกครองที่จะเพิกถอนกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างกว้างขวางโดยไม่ได้แยกแยะว่ากฎดังกล่าวเป็นกฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญโดยส่วนใหญ่แล้วมีแนวโน้มที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญไปด้วย ซึ่งกฎที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมเป็นอันใช้บังคับมิได้นับแต่วันที่ศาลมีคำวินิจฉัยเป็นต้นไป ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นก็คือ หากศาลปกครองเห็นว่ากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ศาลปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดให้กฎที่ถูกเพิกถอนเพราะขัดต่อรัฐธรรมนูญมีผลทางกฎหมายนับแต่

ขณะใดขณะหนึ่งในอนาคตตามมาตรา 72 ซึ่งแตกต่างไปจากผลทางกฎหมายตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญได้หรือไม่เพียงใด สำหรับปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่ากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองไม่น่าที่จะอาศัยอำนาจตามมาตรา 72 กำหนดผลทางกฎหมายเป็นอย่างอื่นได้ แม้ในมาตรา 72 จะไม่ได้กล่าวถึงผลทางกฎหมายของกฎที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญไว้โดยตรง แต่เมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดกำหนดผลทางกฎหมายไว้เช่นนี้แล้ว จึงย่อมผูกพันศาลปกครองที่จะต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์กรตุลาการ โดยวินิจฉัยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 ยังมีข้อถกเถียงในทางวิชาการเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ได้กระทำไปแล้ว แต่ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะได้รับผลกระทบเพียงใด โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดผลของคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ แต่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีค่าบังคับอยู่ในตัว เพราะหากไม่ตีความเช่นนี้แล้วก็จะทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญขาดสภาพบังคับทางกฎหมายไป แม้รัฐธรรมนูญก็ไม่ได้กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกคำบังคับไว้ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญจะกำหนดผลทางกฎหมายรองรับคำวินิจฉัยของศาลเอาไว้ตามแต่สภาพของเรื่อง ดังจะเห็นได้ว่าเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ก็กำหนดผลทางกฎหมายเอาไว้ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้[14]

นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการพิจารณาถึงผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะต้องอาศัยจากตัวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ปรากฏออกมาเท่านั้น ไม่อาจตีความโดยอาศัยจากสามัญสำนึกหรือคำแถลงการณ์ของศาลรัฐธรรมนูญ หรือคาดเดาเอาจากเจตนาของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากระบวนการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะทำให้การดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่มาจากกระบวนการสรรหาที่ไม่ชอบดังกล่าวต้องสิ้นสุดตามไปด้วย กล่าวคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจลบล้างการกระทำขององค์กรที่ได้ใช้อำนาจไปแล้ว ซึ่งกรณีนี้คือวุฒิสภาและพระมหากษัตริย์ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญทำเช่นนั้น ต่างจากกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งส่งผลให้บทกฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ แม้ว่าบทกฎหมายดังกล่าวจะผ่านรัฐสภา

---

[14] ธีระ สุธีวรางกูร, ใน www.pub-law. net วันที่ 12 พฤศจิกายน 2548

และพระมหากษัตริย์ได้ลงพระปรมาภิไธยแล้ว เพราะกรณีเช่นนี้มีกฎหมายรองรับผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจน ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินดังกล่าวมีผลผูกพันแต่เพียงว่า ในการสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งคนต่อไป หากสภาพการณ์ของข้อกฎหมายเป็นอยู่อย่างในขณะที่มีการวินิจฉัย องค์กรที่เกี่ยวข้องย่อมต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยดังกล่าวเท่านั้น [15]

แม้ปัญหาดังกล่าวข้างต้นจะไม่ใช่ปัญหาเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของกฎที่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยตรงก็ตาม แต่ก็อาจตั้งคำถามต่อไปได้ว่าหากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ต้องด้วยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 6 แล้ว ผลแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะกระทบต่อกระบวนการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ได้กระทำไปแล้วหรือไม่เพียงใด สำหรับปัญหานี้ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าการตรากฎจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายแม่บทก็ตาม การนำกฎฉบับนั้นมาใช้บังคับดังเช่นกฎหมายก็ย่อมส่งผลกระทบไปสู่บุคคลภายนอกที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎด้วยเช่นกัน ซึ่งข้อเท็จจริงตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ ก็ได้มีการนำไปใช้บังคับและดำเนินกระบวนการสรรหาไปตามขั้นตอนของระเบียบแล้ว แม้กฎที่ตราโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญจะเป็นอันใช้บังคับมิได้เพราะเหตุที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐก็ตาม แต่ความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ก็ไม่น่าที่จะส่งผลต่อกระบวนการที่ได้ดำเนินไปตามกฎแล้ว ทำนองเดียวกับมาตรา 264 วรรคท้ายที่กำหนดไว้ว่า คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับไปแล้วตราโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญย่อมไม่ส่งผลต่อคำพิพากษาของศาลอันถึงที่สุดไปแล้ว ทั้งนี้ เพื่อต้องการคุ้มครองกระบวนการที่ได้ดำเนินการไปตามกฎหมายเรื่องนั้น ๆ ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยออกไป และในกรณีของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 ก็เช่นเดียวกัน หากได้มีการดำเนินการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไปตามขั้นตอนของระเบียบจนเสร็จสิ้นเรียบร้อยแล้ว แม้จะเพิ่งปรากฏภายหลังว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ไม่น่าที่จะมีผลกระทบต่อกระบวนการสรรหาที่ได้ดำเนินการไปแล้ว

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547 นี้ยังมีประเด็นที่สมควรตั้งข้อสังเกตไว้ด้วยว่าวุฒิสภามิได้เสนอชื่อบุคคลที่ได้รับคะแนนสูงสุดไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งตามระเบียบเพื่อแต่งตั้งให้

---

[15] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ในwww.pub-law. net วันที่ 12 พฤศจิกายน 2548

ดำรงตำแหน่งเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน แต่กลับเสนอชื่อบุคคลอื่นที่มิใช่ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุด โดยวุฒิสภาเห็นว่าเป็นอำนาจของวุฒิสภาที่จะเลือกบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมิใช่อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จึงไม่ถือปฏิบัติให้เป็นไปตามระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ปัญหาคือ หากระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตราโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากองค์กรตุลาการแล้วองค์กรใดจะเป็นผู้มีอำนาจชี้ขาดในเรื่องนี้บ้าง

การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 15 (6) ประกอบมาตรา 30 ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 โดยข้อ 5 (6) กำหนดให้บุคคลที่มีคะแนนเสียงสูงสุดไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งเป็นผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งไม่เป็นไปตามกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจและขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 312 ของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้เป็นอำนาจของวุฒิสภานั้น นัยหนึ่งก็เท่ากับเป็นการก้าวล่วงอำนาจตามรัฐธรรมนูญของวุฒิสภา ถือเป็นกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ดังที่มาตรา 266 กำหนดไว้ ผู้เขียนเห็นว่า หากวุฒิสภาเห็นว่าระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นการก้าวล่วงเข้ามาใช้อำนาจของวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ วุฒิสภาอาจส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 266 แม้ว่าระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะตราโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ฯ เป็นหลักก็ตาม แต่เมื่อเป็นการก้าวล่วงต่ออำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้วย่อมเกิดเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งอาจส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป

5.5 ปัญหาการขาดกระบวนการในการควบคุมการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้

หากเปรียบเทียบกระบวนการตรากฎของฝ่ายบริหารกับกระบวนการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า กฎของฝ่ายบริหารแต่ละประเภทต่างมีกระบวนการตราที่แตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับความสำคัญทางเนื้อหาของกฎแต่ละประเภท กล่าวคือ หากเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกโดยคณะรัฐมนตรี จะต้องมีการเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยก่อนประกาศใช้ ซึ่งหากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยแล้วก็อาจทรงไม่ลงพระปรมาภิไธยได้ หรือหากเป็นกฎประเภทกฎกระทรวง หรือประกาศของคณะกรรมการตามกฎหมายหรือส่วนราชการบางเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดไว้ ก็ต้องมีการนำไปขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีก่อนจึงจะมีผลใช้บังคับ แต่สำหรับกฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎแก่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายแล้ว กลับปรากฏว่าไม่ได้กำหนดขั้นตอนหรือแบบพิธีของการตรากฎแต่ละประเภทไว้ดังเช่นการตรากฎของฝ่ายบริหาร และไม่ได้มีการจัดลำดับความสำคัญทางเนื้อหาของกฎแต่ละประเภทไว้ ซึ่งกฎบางเรื่องมีเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น การออกระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การสืบสวนสอบสวนและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดจากการปฏิบัติตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 19 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ.2541 ซึ่งเกี่ยวพันกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 (3) เป็นต้น

ปัญหาการขาดกระบวนการควบคุมการออกกฎที่ไม่มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนมีการประกาศใช้ ส่งผลให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญตีความกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจตรากฎแก่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นการเกินเลยขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ ซึ่งปัจจุบัน การตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะได้รับการตรวจสอบเมื่อเกิดเป็นปัญหาทางคดีในชั้นศาล ปัญหาการขาดกระบวนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎก่อนประกาศใช้ เห็นได้จากตัวอย่างการตรากฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่ผู้เขียนนำมาศึกษา ซึ่งบางกรณีก็เป็นเรื่องที่เห็นได้ชัดเจน เช่น ปัญหาการออกระเบียบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ 1/2548 แต่บางกรณียังต้องอาศัยการตีความบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างละเอียด เช่น การออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหา

บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2543 โดยเฉพาะในคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการขาดกระบวนการควบคุมตรวจสอบถึงความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับ ระเบียบ แม้จะได้ความว่าในขั้นตอนการออกระเบียบของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่า มีการมอบหมายให้ผู้ใต้บังคับบัญชาไปตรวจสอบถึงปัญหาข้อกฎหมายและมีการให้ความเห็นว่าน่าจะเป็นการออกระเบียบที่ขัดต่อกฎหมายก็ตาม แต่ก็เป็นเพียงความเห็นของผู้ใต้บังคับบัญชาและเป็นการหารือภายในองค์กรเท่านั้น ซึ่งไม่มีผลเป็นการควบคุมตรวจสอบที่เป็นรูปธรรม เพราะท้ายที่สุดคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ได้ออกระเบียบดังกล่าวกระทั่งมีการรับเงินค่าตอบแทนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ในระเบียบไปแล้ว ทั้งที่การออกระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่นของสำนักงาน ป.ป.ช.ตามมาตรา 107 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ.2542 ต้องเป็นเรื่องของการบริหารงานธุรการของสำนักงาน ป.ป.ช. ซึ่งเป็นหน่วยงานสนับสนุนงานธุรการของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้สำเร็จลุล่วงไปเท่านั้น ไม่อาจนำมาใช้เพื่อออกระเบียบในลักษณะเป็นการกำหนดค่าตอบแทนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ เนื่องจากค่าตอบแทนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่นของประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประธานกรรมการและกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ประธานกรรมการและกรรมการ ป.ป.ช. และประธานกรรมการและกรรมการการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2541 ทั้งไม่อาจอาศัยอำนาจตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฯ ซึ่งให้อำนาจแก่ประธานกรรมการ ป.ป.ช. โดยความเห็นชอบของกรรมการ ป.ป.ช. ออกประกาศหรือระเบียบเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญได้ เพราะระเบียบที่เป็นปัญหาดังกล่าวเป็น การกำหนดค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่เป็นรายเดือนในลักษณะเหมาจ่าย มีเนื้อหาขัดต่อพระราชบัญญัติเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายในลำดับสูงกว่า

เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเพื่อให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระโดยแท้ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงกำหนดให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระเพื่อบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ ในมาตรา 75 ของรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้รัฐต้องจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอกับการบริหารงานโดยอิสระขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งในกฎหมายแม่บทขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเกือบทุกฉบับได้ให้อำนาจแก่องค์กรอิสระตาม

รัฐธรรมนูญตรากฎที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการบริหารงานธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไว้ ทำนองเดียวกับนอกจากกรณีของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ฯ มาตรา 5 แล้ว กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้งหลายยังให้อำนาจแก่องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญออกประกาศหรือระเบียบโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการของแต่ละองค์กร เช่น มาตรา 5 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ.2542 มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภา พ.ศ.2542 เป็นต้น รวมทั้งอำนาจในการออกประกาศหรือระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานธุรการในหน่วยธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีบทบัญญัติทำนองเดียวกับมาตรา 107 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ.2542 ดังนั้นการตีความบทบัญญัติมาตราเหล่านั้นเพื่อออกกฎหรือระเบียบใดก็ตาม ที่มีผลเป็นการเพิ่มค่าตอบแทนเป็นรายเดือนแก่ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทำนองเดียวกับคณะกรรมการ ป.ป.ช. ผู้เขียนเห็นว่าไม่อาจกระทำได้เช่นเดียวกัน เพราะเป็นกฎที่มีเนื้อหาเกินเลยกว่ากฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจ และขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติในลำดับสูงกว่า

ในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การออกระเบียบคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อบังคับใช้ในระหว่างที่ยังไม่มีการร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ต้องส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนใช้บังคับ ระเบียบดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีสถานะทางกฎหมายทำนองเดียวกับข้อกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ระหว่างที่ยังไม่มีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ระเบียบดังกล่าวย่อมมีค่าบังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติที่ตราโดยรัฐสภา แต่ปัจจุบันเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญครบทุกฉบับแล้ว การตรวจสอบโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการย่อมมีข้อจำกัดเฉพาะเมื่อเป็นปัญหาข้อพิพาททางคดีเท่านั้น ซึ่งเป็นการตรวจสอบภายหลังจากที่มีการบังคับใช้กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไปแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า สมควรที่จะมีการกำหนดขั้นตอนการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่มีเนื้อหาสำคัญและเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยอาจกำหนดให้มีกระบวนการปรึกษาหารือก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับอย่างเป็นรูปธรรม

อย่างไรก็ตาม องค์กรที่ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาทางกฎหมายที่สำคัญปัจจุบัน ได้แก่ คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ให้คำปรึกษาทางด้านกฎหมายแก่หน่วยงานของ

รัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือตามคำสั่งของนากยกรัฐมนตรี หรือมติของคณะรัฐมนตรีตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ.2522 มาตรา 7 (ข) เพื่อทำการตรวจสอบในหลักการซึ่งเป็นสาระสำคัญของร่างกฎกระทรวง หรือกฎรูปแบบอื่นที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ต่าง ๆ ว่าขัดกับรัฐธรรมนูญหรือหลักกฎหมาย หรือมีผลกระทบกระเทือนถึงกฎหมายอื่นในสาระสำคัญหรือไม่ เพียงใด ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ยังไม่มีบทบังคับที่เป็นการผูกมัดให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญต้องส่งร่างกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายแม่บทต่าง ๆ ไปทำการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก่อนมีการประกาศใช้ เพราะองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร กฎขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงไม่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี แม้ในอีกสถานะหนึ่งอาจถือว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยงานของรัฐก็ตาม แต่ก็ไม่มีบทบังคับทางกฎหมายกำหนดให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญต้องส่งร่างกฎไปขอความเห็นจากคณะกรรมการกฤษฎีกาปัจจุบันจึงยังไม่มีองค์กรใดที่ทำหน้าที่ตรวจสอบหรือให้คำปรึกษาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎที่ตราโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เป็นรูปธรรมแต่อย่างใด