



เอกสารวิชาการส่วนบุคคล
(Individual Study)

องค์การตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจอรัฐตามหลักนิติธรรม

จัดทำโดย นายบุญเสริม นาคสาร
รหัส 610621

รายงานนี้เป็นส่วนหนึ่งของการอบรม
หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 6
วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

องค์กรตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม

บุญเสริม นาคสาร¹

บทความนี้นำเสนอแยกได้เป็น 5 ส่วน คือ (1) แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ (2) แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม (3) องค์กรตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (4) ข้อสังเกตเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม และ (5) บทสรุป

1. แนวความคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ

การใช้อำนาจของรัฐจะปรากฏออกมาในรูปของการกระทำในลักษณะต่างๆ โดยผ่านทางองค์กรของรัฐ ถ้าพิจารณาจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้ว แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรนิติบัญญัติ (2) การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรบริหาร และ (3) การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ

1.1 การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรนิติบัญญัติ

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติ แยกได้เป็น 2 ฐานะ คือ การใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในทางนิติบัญญัติหรือการตรากฎหมาย องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติย่อมแตกต่างกันไปตามยุคตามสมัยและตามระบบการปกครองของแต่ละประเทศ สำหรับการปกครองแบบประชาธิปไตยจะมีรัฐสภา (Parliament) เป็นผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลสำคัญ 3 ประการ² คือ ประการแรก เมื่ออำนาจสูงสุดอยู่ที่ประชาชน การออกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่สำคัญต้องเป็นอำนาจของประชาชนโดยตรง (บางประเทศให้ประชาชนมีสิทธิร่วมกันเสนอกฎหมายได้ หรืออย่างน้อยก็ให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติในเรื่องสำคัญๆ) หรือโดยประชาชนมอบให้ผู้แทนที่ประชาชนเลือกตั้งเข้ามาเท่านั้นที่ออกกฎหมายแทนตนได้ จึงถือกันว่ากฎหมาย คือเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาชน ประการที่สอง เพื่อมิให้อำนาจสูงสุดทั้งหมดอยู่ในมือคนหรือกลุ่มคนกลุ่มเดียว จึงต้องแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย โดยให้องค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชนเป็นผู้ใช้อำนาจที่สำคัญที่สุดคืออำนาจออกกฎหมาย ทั้งนี้ ตามทฤษฎีการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย และประการสุดท้าย การออกกฎหมายโดยรัฐสภานี้จะมีผลเป็นการทั่วไป ใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในสังคมอย่างเสมอภาคกัน อันจะเป็นการป้องกันการเลือกปฏิบัติ ตลอดจนมีลักษณะชัดเจน และจำกัดการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ กรณีประเทศไทย มีการแยกอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญออกจากอำนาจออก

¹ ผู้ทรงคุณวุฒิด้านบริหาร สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ผู้เข้ารับการศึกษาอบรมหลักสูตร “นิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย” (นธป.) รุ่นที่ 6

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, หน้า 37.

กฎหมายทั่วไปของรัฐสภา และอำนาจออกกฎหมายแยกออกเป็น 3 ประเภท คือ อำนาจออกกฎหมายเป็นพระราชบัญญัติ อำนาจให้ความเห็นชอบกับสนธิสัญญาบางประการที่มีผลต่อกฎหมายภายใน และอำนาจให้ความเห็นชอบพระราชกำหนด สามอำนาจนี้อยู่ที่พระมหากษัตริย์และรัฐสภา โดยเฉพาะอำนาจออกกฎหมายเป็นพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้ระบุขอบเขตของเรื่องที่จะออกพระราชบัญญัติได้อย่างรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ผลก็คือ รัฐสภาไทยสามารถตรากฎหมายได้ทุกเรื่องเท่าที่ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามรัฐสภาไทยไม่ได้มีอำนาจอธิปไตยอย่างรัฐสภาอังกฤษ เพราะรัฐสภาไทยเป็นเพียงองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ และรับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดเท่านั้น ดังนั้น รัฐสภาไทยจะตรากฎหมายให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญมิได้ สำหรับเนื้อหาของพระราชบัญญัตินั้น ในระบบรัฐธรรมนูญไทยมีหลักเพียงว่า พระราชบัญญัติจะกำหนดเนื้อหาใน “เรื่องใด” ก็ได้ แต่ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปที่เรียกว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย”³

สำหรับการใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองมีความแตกต่างจากการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ การใช้อำนาจนี้ไม่ได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เป็นการใช้อำนาจโดยอาศัยตามกฎหมาย เช่น กรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามมาตรา 63 แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 หรือกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับให้ความเห็นชอบและแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 หรือการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการดำเนินการคัดเลือกคณะกรรมการกิจการวิเทศกระจายเสียงและกิจการวิทยุโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) ตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ พ.ศ. 2543 เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาเข้ามาเป็นองค์กรที่มีส่วนร่วมในการคัดเลือก กสช. ด้วย การใช้อำนาจของวุฒิสภาในการคัดเลือก กสช. ตามกฎหมายในกรณีนี้ จึงไม่ใช่การใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรนิติบัญญัติ และเนื่องจาก กสช. มิใช่องค์กรที่รัฐธรรมนูญฯ จัดตั้งขึ้นโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติภายในกรอบที่ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ การใช้อำนาจของวุฒิสภาจึงไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น วุฒิสภาในฐานะที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ฯ จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แม้วุฒิสภามีการลงมติคัดเลือก กสช. ไปแล้วก็ตาม ข้อพิพาทที่เกิดจากกระบวนการสรรหา กสช. ดังกล่าวจึงเป็นคดีปกครอง ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.271/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 668/2549 เป็นต้น

³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 45 – 47.

1.2 การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรบริหาร

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรบริหาร แยกได้เป็น 2 ฐานะ คือ การใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง หรือกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า องค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร แยกออกเป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาล (Government) และเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Administrative Organs)⁴ การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นรัฐบาล และกรณีใดเป็นกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง อาจพิจารณาจากกฎหมายอันเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการ กล่าวคือ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่นั้น อำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล้วนแต่เป็นอำนาจตามกฎหมายทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม อำนาจกระทำการต่างๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารก็หาได้มีแหล่งที่มา (source) จากกฎหมายลำดับชั้นเดียวกันไม่ ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “รัฐบาล” แต่ในกรณีที่กระทำการโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติให้ถือว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางหลักไว้ตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่า คณะรัฐมนตรีเป็นคณะบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยอำนาจทางบริหารของรัฐที่คณะรัฐมนตรีใช้กระทำการต่างๆ นั้น อาจมีแหล่งที่มาจากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือจากรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่า คณะรัฐมนตรีเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากที่คณะรัฐมนตรีละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการดังกล่าว หรือกระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรยอมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม คณะรัฐมนตรีหาได้กระทำการในฐานะ ที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2547). หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 151.

1.3 การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรตุลาการ แยกได้เป็น 2 ฐานะ คือ การใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรตุลาการในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า การกระทำทางตุลาการ คือการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่มีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุด (res judicata) องค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีพิพาทอาชญากรรมคือ ศาลยุติธรรม ในบางประเทศได้แยกศาลปกครองซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองออกจากศาลยุติธรรม หรือมีศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะในการทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทคดีรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรตุลาการ ในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ เช่น กรณีของศาลรัฐธรรมนูญ ตามพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 มาตรา 6 กำหนดให้ “คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกระเบียบหรือประกาศเกี่ยวกับการบริหารงานทั่วไป การบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การเงินและทรัพย์สิน และการดำเนินการอื่นของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ...” และมาตรา 7 กำหนดว่า “การกำหนดตำแหน่งและการให้ได้รับเงินเดือนและเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการพลเรือนสามัญมาใช้บังคับโดยอนุโลม ทั้งนี้ คำว่า “ก.พ.” ให้หมายถึงคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ...” เป็นต้น

ตามแนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวข้างต้น เป็นการพิจารณาตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งแบ่งเป็น 3 ประเภท คือ การใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ มีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ในกรณีของประเทศไทยตั้งแต่มีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา การใช้อำนาจโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น เป็นการใช้อำนาจรัฐในทางใดตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การพิจารณาประเด็นนี้ต้องเริ่มต้นจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” ดังนั้น การที่จะจัดให้องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอยู่ในอำนาจใดอำนาจหนึ่งในสามอำนาจ อาจจะต้องดูลักษณะของการใช้อำนาจหลักขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเหล่านั้นว่า มีลักษณะของการใช้อำนาจเป็นองค์กรนิติบัญญัติหรือเป็นองค์กรตุลาการหรือเป็นองค์กรที่อยู่ในส่วนของอำนาจบริหาร จากการพิจารณาเบื้องต้น อาจกล่าวได้ว่า องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีใช้องค์กรนิติบัญญัติ ประเด็นที่ต้องพิจารณามีประการเดียวว่า องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรในส่วนขององค์กรตุลาการหรือไม่ การตรวจสอบในเบื้องต้นจากรัฐธรรมนูญในหมวด 8 ที่ว่าด้วย “ศาล” ซึ่งกำหนดไว้เพียงศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหารเท่านั้น จึงถือได้ว่า “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ดังกล่าว ย่อมไม่ใช่องค์กรตุลาการ เมื่อองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติ และไม่ใช่องค์กรศาล องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจึงต้องอยู่ในส่วนของอำนาจบริหารซึ่งการตีความดังกล่าวย่อมสอดคล้องกับเหตุผลในแง่ความเป็นมาขององค์กรดังกล่าว เช่น กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ก่อนที่จะมาเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญก็อยู่ในส่วนของกระทรวงมหาดไทย ส่วนคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ก็อยู่ภายใต้การดูแลของสำนัก

นายกรัฐมนตรี เป็นต้น เมื่อ“องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” เป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร ซึ่งมี “รัฐบาล” เป็นแกนกลางขององค์กรฝ่ายบริหาร ปัญหาว่าองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะมีความสัมพันธ์กับรัฐบาลอย่างไร ในกรณีต้องถือว่า “รัฐบาล” ก็คือ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ก็ดี ต่างมีฐานะเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (Verfassungsgorgan) โดยที่ทั้งสององค์กรต่างมีฐานะในระดับเดียวกัน องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมิได้อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา หรือกำกับดูแลของรัฐบาลแต่อย่างใด นอกจากนี้แล้ว ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยังกำหนดให้มีหน่วยงานธุรการของศาลต่างๆ และหน่วยงานธุรการขององค์กรอิสระทั้งหลาย กล่าวคือ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานศาลปกครอง สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน หน่วยงานธุรการดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นหน่วยงานที่อยู่ในความหมายของ “ฝ่ายปกครอง” แต่เป็น “ฝ่ายปกครอง” ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลยังรวมไปถึงสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภาด้วย⁵

การใช้อำนาจรัฐขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ แยกได้เป็น 2 ฐานะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง สำหรับการใช้อำนาจรัฐขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจภายในขอบเขต หรือบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น จึงจะถือว่าเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่อาจถือได้ว่ากระทำการในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง” ต้องถือว่าการกระทำการในฐานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.250/2549 ที่วินิจฉัยว่า แม้คณะกรรมการการเลือกตั้งจะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญอันเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ก็ตาม แต่การเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่า การใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวจะต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในทุกกรณี เนื่องจากในบางกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็อาจใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และในบางกรณีก็อาจใช้อำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ โดยในกรณีนี้ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ ก็เป็นการกระทำทางปกครองหรือการใช้อำนาจทางปกครองที่อาจอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองได้ และเมื่อพิจารณาการใช้อำนาจหรือการดำเนินกิจกรรมของคณะกรรมการการเลือกตั้ง อาจแบ่งออกได้ 3 ลักษณะ คือ ลักษณะที่หนึ่ง การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลักษณะที่สอง การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติในการออกกฎ คำสั่ง หรือดำเนินกิจกรรมในเชิงบริหารทั่วไป (เช่น การบริหารงานบุคคล การเงิน การคลัง ฯลฯ) และลักษณะที่สาม การดำเนินการโดยมิได้อาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่เป็นการทำนิติกรรมสัญญา สำหรับคำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ให้กรรมการการเลือกตั้งพ้นจากตำแหน่ง เป็นคำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2541 มาตรา 11 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดและผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำจังหวัด พ.ศ. 2541 ข้อ 10 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2543 จึงเป็นเพียงการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติและระเบียบ มิใช่เป็นการใช้อำนาจตาม

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, หน้า 16 -17.

รัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ การที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 (2) ว่า พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่ “องค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ” นั้น ย่อมหมายถึงกรณีที่ “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้บัญญัติว่ามีให้ใช้บังคับแก่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือมิให้ใช้บังคับ กับการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การใช้อำนาจออกคำสั่งดังกล่าวจึงไม่เข้าข่ายยกเว้น ตามมาตรา 4 (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และเมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นคณะบุคคลซึ่งมี กฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมีมติใดๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล คณะกรรมการการ เลือกตั้งจึงเป็น “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว คำสั่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ให้ กรรมการการเลือกตั้งพ้นจากตำแหน่งจึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของ “เจ้าหน้าที่” ที่มี ผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และอาจนำพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้บังคับกับการ ออกคำสั่งดังกล่าวได้

2. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรม

บทความนี้จะขอเสนอแนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมเฉพาะในส่วนที่มีการกล่าวอ้าง หรืออ้างอิงในการยกร่างรัฐธรรมนูญ และตามคำพิพากษาเท่านั้น โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นการ บัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” เป็นครั้งแรกในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในชั้นการยกร่างรัฐธรรมนูญ เลขาธิการคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ คือ ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้เสนอให้ใช้ คำว่า “นิติรัฐ” แต่ที่ประชุมคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่า คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่มีผู้ เข้าใจน้อย จึงขอใช้คำว่า “หลักนิติธรรม” ซึ่งเป็นคำที่คุ้นเคยในหมู่นักกฎหมายไทยแทน⁶ และมีการ บันทึกลงมติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ว่า “เพื่อให้ เป็นไปตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law) การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องอยู่บนพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้และ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีความเป็นธรรม สามารถอธิบายและให้เหตุผลได้ และจะใช้อำนาจรัฐโดย ปราศจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับนั้นไม่ได้ หลักนิติธรรม (The Rule of Law) มาจากหลัก กฎหมายของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง ไม่ให้เกินขอบเขตโดยปกครองภายใต้กฎหมาย หลักนิติรัฐ (Rechtstaat/Legal State) มาจากหลัก กฎหมายของกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) มีความหมายกว้างครอบคลุมมากกว่าหลักนิติธรรม ซึ่ง มีหมายคามรวมถึงหลักดังต่อไปนี้ (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนด ขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ (2) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยบทบัญญัติของ กฎหมาย (3) หลักความชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตุลาการและองค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินการ อย่างหนึ่งอย่างใด หรือมีการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด (4) หลักความชอบด้วยกฎหมาย ในเนื้อหาของ กฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบในเนื้อหาที่มีหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน (5) หลักความเป็น

⁶ สมคิด เลิศไพฑูรย์ (2560). “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย” ในวารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 19 เล่มที่ 55 เดือนมกราคม พ.ศ. 2560, หน้า 159.

อิสระของผู้พิพากษา (6) หลักการไม่มีกฎหมาย ไม่มีความผิด ซึ่งเป็นหลักในทางกฎหมายอาญา (Nullum crimen nulla poena sine lege) (7) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ หลักนิติธรรมกับหลักนิติรัฐมีความคล้ายคลึงกัน 2 ประการ คือ (1) ถ้าไม่มีกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจ กระทำการใดๆ ทั้งสิ้น เพราะถ้าดำเนินการไปแล้วอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชน (2) หลักที่ว่าเมื่อกฎหมายกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด ฝ่ายปกครองก็ใช้กฎหมายไปตามขอบเขตนั้น จะใช้อำนาจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ไม่ได้”⁷

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ... ฉบับที่ร่างโดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ตามประกาศสภาปฏิรูปแห่งชาติ ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 2557 ที่มีศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นประธานกรรมการ ซึ่งเป็นฉบับที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติ ได้บัญญัติหลักการสำคัญของหลักนิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญว่า⁸

“มาตรา 217 หลักนิติธรรมอันเป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย อย่างน้อยมีหลักการพื้นฐานสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) ความสูงสุดของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเหนืออำนาจอธิปไตยของบุคคล และการเคารพรัฐธรรมนูญและกฎหมายทั้งโดยรัฐและประชาชน

(2) การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค

(3) การแบ่งแยกการใช้อำนาจ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการป้องกันการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม

(4) นิติกระบวนการ ซึ่งอย่างน้อยต้องไม่บังคับใช้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายย้อนหลังเป็นโทษทางอาญาแก่บุคคล ให้บุคคลมีสิทธิในการปกป้องตนเองเมื่อสิทธิหรือเสรีภาพถูกกระทบ ไม่บังคับให้บุคคลต้องให้ถ้อยคำซึ่งทำให้ต้องรับผิดทางอาญา ไม่ทำให้บุคคลต้องถูกดำเนินคดีอาญาในการกระทำ ความผิดเดียวกันมากกว่าหนึ่งครั้ง และมีข้อกำหนดให้สันนิษฐานว่าบุคคลเป็นผู้บริสุทธิ์อยู่จนกว่าจะมีคำพิพากษาว่ากระทำผิด

(5) ความเป็นอิสระของศาล และความสุจริตเที่ยงธรรมของกระบวนการยุติธรรม”

เมื่อได้พิจารณาความหมายของ “หลักนิติรัฐ” กับ “หลักนิติธรรม” ในการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น ทำให้เข้าใจได้ว่า “หลักนิติรัฐ” กับ “หลักนิติธรรม” มีความหมายไปในทำนองเดียวกัน

นอกจากนี้แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15 – 18/2556 ซึ่งนำ “หลักนิติธรรม” มาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยรับคำร้องของคณะบุคคลไว้พิจารณาในคดีที่ขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่มีได้นำเอาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอต่อสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภามาใช้ในการพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ปัญหาเรื่องระยะเวลาในการยื่นขอแปรญัตติ และมีการมอบให้สมาชิกวุฒิสภาใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนกัน และขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญซึ่งขอแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำร้องดังกล่าวอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ

⁷ คณะกรรมการการวิสามัญบัญญัติกฤษฎีกาฯ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, หน้า 2 - 3.

⁸ http://library2.parliament.go.th/giventake/content_cons57/cdc2557-doc012.pdf สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2561

มาตรา 68 ที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า ประเทศที่นำเอาระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยมาใช้ในการปกครองประเทศ ล้วนมีวัตถุประสงค์และมุ่งหมายที่จะออกแบบหรือสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในอันที่จะทำให้ประชาชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งสร้างระบบตรวจสอบและถ่วงดุลระหว่างองค์กรหรือสถาบันทางการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดดุลยภาพในการใช้อำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นของประชาชนตามหลักการแบ่งแยกอำนาจที่แบ่งช่องทางการใช้อำนาจออกเป็น 3 ทาง คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติทางรัฐสภา การใช้อำนาจบริหารทางคณะรัฐมนตรี และการใช้อำนาจตุลาการทางศาล ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ซึ่งเป็นเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่ว่า “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับที่จัดทำใหม่นี้มีสาระสำคัญเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาชนชาวไทย ในการธำรงรักษาไว้ซึ่งเอกราชและความมั่นคงของชาติ การทำนุบำรุงรักษาศาสนาทุกศาสนาให้สถิตสถาพร การเทิดทูนพระมหากษัตริย์เป็นประมุขและเป็นมิ่งขวัญของชาติ การยึดถือระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นวิถีทางในการปกครองประเทศ การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีบทบาทและมีส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นรูปธรรม การกำหนดกลไกสถาบันทางการเมืองทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ให้มีดุลยภาพและประสิทธิภาพตามวิถีการปกครองแบบรัฐสภา รวมทั้งให้สถาบันศาลและองค์กรอิสระอื่นสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยสุจริตเที่ยงธรรม” จากหลักการดังกล่าว ย่อมแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความถูกต้องชอบธรรม มีความเป็นอิสระและซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองใดบิดเบือนการใช้อำนาจโดยเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ปราศจากความชอบธรรมทุกรูปแบบ อีกทั้งไม่ประสงค์ที่จะให้องค์กรหรือสถาบันการเมืองหยิบยกบทกฎหมายใดมาเป็นข้ออ้างเพื่อใช้เป็นฐานสนับสนุน คำจูน ในอันที่จะแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตนหรือพวกพ้องจากการใช้อำนาจนั้น ๆ ถึงแม้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะให้ถือเอามติฝ่ายเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ก็ตาม แต่หากทะเลาะหรือใช้อำนาจอำเภอใจกดขี่ข่มเหงฝ่ายเสียงข้างน้อย โดยไม่ฟังเหตุผลและขาดหลักประกัน จนทำให้ฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่มีที่อยู่ที่ยืนตามสมควรแล้วไซ้ จะถือว่าการปกครองในระบอบประชาธิปไตยได้อย่างไร หากแต่จะกลับกลายเป็นระบอบเผด็จการฝ่ายข้างมาก ขัดแย้งต่อระบอบการปกครองของประเทศไปอย่างชัดแจ้ง ซึ่งหลักการพื้นฐานสำคัญนี้ได้รับการยืนยันมาโดยตลอดว่า จำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันการใช้อำนาจอบตง หรืออำนาจอำเภอใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชน โดยให้ตั้งมั่นอยู่บนหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอันเป็นอำนาจของปวงชนชาวไทย เพื่อให้แต่ละองค์กรหรือสถาบันการเมืองที่ใช้อำนาจดังกล่าวอยู่ในสถานะที่จะตรวจสอบและถ่วงดุลเพื่อทันทานและคานอำนาจซึ่งกันและกันได้อย่างเหมาะสม มิใช่แบ่งแยกให้เป็นพื้นที่อิสระของแต่ละฝ่ายที่จะใช้อำนาจตามอำเภอใจอย่างไรก็ได้ เพราะหากปล่อยให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยปราศจากการตรวจสอบและถ่วงดุลแล้ว ย่อมเป็นความเสียหายอย่างยิ่งที่จะทำให้เกิดความเสียหายและนำพาประเทศชาติให้เกิดเสื่อมโทรมลง เพราะความผิดหลงและมั่วเมา ในอำนาจของผู้ถืออำนาจรัฐ ในการนี้อาจกล่าวได้ว่า องค์กรที่ทำหน้าที่แทนผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ไม่ว่าจะ

เป็นรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือศาล ล้วนถูกจัดตั้งขึ้นหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านี้จึงต้องถูกจำกัดขอบเขตทั้งในด้านกระบวนการและเนื้อหา กรณีจึงมีผลให้การใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหลายเหล่านี้ไม่สามารถที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จึงได้นำหลักนิติธรรมมากำกับกับการใช้อำนาจหน้าที่ของทุกฝ่าย ทุกองค์กร และทุกหน่วยงานของรัฐภายใต้หลักการที่ว่า นอกจากจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ให้ถูกต้องตามกฎหมายที่มีอยู่ทั่วไปแล้ว ยังจะต้องใช้อำนาจและปฏิบัติหน้าที่ให้ถูกต้องตามหลักนิติธรรมด้วย กรณีจึงไม่อาจปฏิบัติตามบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือหลักเสียงข้างมากเพียงด้านเดียวเท่านั้น หากแต่ยังจะต้องคำนึงถึงหลักนิติธรรมควบคู่กันไปด้วย การอ้างหลักเสียงข้างมากโดยที่ไม่ได้คำนึงถึงเสียงข้างน้อย เพื่อหยาบยบมาสนับสนุนการใช้อำนาจตามอำเภอใจเพื่อให้บรรลุเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ของผู้ใช้อำนาจ ท่ามกลางความทับซ้อนระหว่างผลประโยชน์ส่วนตนหรือกลุ่มบุคคลกับผลประโยชน์ของประเทศชาติและความสงบสุขของประชาชนโดยรวม ย่อมจะนำไปสู่ความเสียหายและความเสื่อมโทรมของประเทศชาติหรือการวิวาทบาทหมางและแตกสามัคคีกันอย่างรุนแรงระหว่างประชาชน และย่อมขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งหมายถึง “รัฐธรรมนูญนี้” ตามนัยมาตรา 68 นั้นเอง การใช้กฎหมายและการใช้อำนาจทุกกรณีจึงต้องเป็นไปโดยสุจริต จะใช้โดยทุจริตฉ้อฉลมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือวาระซ่อนเร้นมิได้ เพราะมีเช่นนั้น จะทำให้บรรดาสุจริตชนคนส่วนใหญ่ของประเทศอาจสูญเสียประโยชน์อันพึงมีพึงได้ ให้ไปตกอยู่แก่บุคคลหรือคณะบุคคลผู้ใช้อำนาจโดยปราศจากความชอบธรรม หลักนิติธรรมถือเป็นแนวทางในการปกครองที่มาจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ อันเป็นความเป็นธรรมที่บริสุทธิ์ ปราศจากอคติ โดยไม่มีผลประโยชน์ส่วนตนเข้ามาเกี่ยวข้องและแอบแฝง หลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของกฎหมายที่อยู่เหนือบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งรัฐสภาก็ดี คณะรัฐมนตรีก็ดี ศาลก็ดี รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐก็ดี จะต้องยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติ ส่วนหลักการปกครองแบบประชาธิปไตย หมายถึง การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน มิใช่การปกครองตามแนวคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง และมีใช้การปกครองที่อ้างอิงแต่เพียงฐานอำนาจที่มาจาก การชนะเลิศตั้งเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ยังมีองค์ประกอบสำคัญอีกหลายประการ การที่องค์กรหรือสถาบันการเมืองในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐมักจะอ้างอยู่เสมอว่า ตนมาจากการเลือกตั้งของประชาชน แต่กลับนำแนวความคิดของบุคคลใดบุคคลหนึ่งมาปฏิบัติหาใช้วิธีการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่มีความมุ่งหมายเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนโดยส่วนรวมภายใต้หลักนิติธรรมไม่ เนื่องจากประชาธิปไตยมิได้หมายถึงเพียงการได้รับเลือกตั้งหรือชนะการเลือกตั้งของฝ่ายการเมืองเท่านั้น เพราะเสียงส่วนใหญ่จากการเลือกตั้งมีความหมายเพียงสะท้อนถึงความต้องการของประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งในแต่ละครั้งเท่านั้น หาใช่เป็นเหตุให้ตัวแทนใช้อำนาจได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องและชอบธรรมตามหลักนิติธรรม แต่อย่างใด ในขณะเดียวกัน รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็กำหนดให้มีศาลรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจเพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย อันเป็นปรัชญาของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยในอันที่จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้รับการคุ้มครองอย่างเป็นรูปธรรม ควบคู่ไปกับการธำรงและรักษาไว้ซึ่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคห้า ที่ว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ ประกอบมาตรา 27 ที่ว่า สิทธิ

และเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง เมื่อพิจารณาโดยตลอดแล้ว เห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องทั้งสี่ใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง ด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างว่าผู้ถูกร้องทั้งหมดได้กระทำการเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยได้

3. องค์กรตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

3.1 องค์กรตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยหลักการแล้วจะต้องถูกตรวจสอบ การใช้อำนาจตามหลักนิติธรรม กล่าวเฉพาะการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรศาลแล้ว การใช้ อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรของรัฐอาจถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ และมีกรณีที่ไม่อยู่ภายใต้ การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ

การใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารซึ่งรวมถึงการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการนี้ ในประเทศที่ใช้ระบบศาล เดียว โดยหลักการแล้วศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าว ส่วนประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ โดยหลักการแล้วจะมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรที่ใช้อำนาจ ตุลาการในลักษณะเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าว

ก. กรณีองค์กรตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ อาจแยกได้เป็นสองกรณี คือ

กรณีแรก เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดโดยชัดแจ้งให้องค์กรตุลาการมี อำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวได้ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มี บทบัญญัติให้อำนาจกับศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย หรือกฎหมายที่ใช้บังคับแล้วที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา หรือให้อำนาจกับศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรี หรือให้ศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจสอบว่าหนังสือสัญญาใดที่ฝ่ายบริหารต้องทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศต้อง ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่⁹ เป็นต้น

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบว่าหนังสือสัญญาใดที่ฝ่ายบริหารต้องทำกับนานาประเทศหรือกับองค์การ ระหว่างประเทศต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่มีบทบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจกับองค์กรตุลาการในการตรวจสอบการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจน แต่องค์กรตุลาการวินิจฉัยว่าตนเองมีอำนาจในการตรวจสอบ เช่น กรณีรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาไม่ได้บัญญัติให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาไว้โดยตรง แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาก็เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความไม่ชอบของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดในคดี *Marbury V. Madison* โดยศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลว่า เมื่อกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารแล้วจะส่งเรื่องกลับไปให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารได้อย่างไร จึงต้องให้ฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นกลางเป็นผู้วินิจฉัย และศาลมีหน้าที่ใช้กฎหมายจึงอยู่ในฐานะที่จะรู้ว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายหรือไม่เป็นกฎหมาย เมื่อกฎหมายหรือการกระทำขัดต่อรัฐธรรมนูญสิ่งนั้นก็ไม่ใช่กฎหมาย จอห์น มาร์แชล ประธานศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกา ในสมัยนั้นได้ยืนยันอำนาจผู้พิพากษาศาลสูงสุดไว้ในคำพิพากษานี้ว่า ศาลมีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายซึ่งมีข้อความขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญของสหรัฐเป็นโมฆะ ซึ่งคำพิพากษานี้ได้สร้างลักษณะพิเศษของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้น 2 ประการ คือรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศซึ่งกฎหมายธรรมดาจะมีข้อความขัดหรือแย้งไม่ได้ และในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้ให้องค์กรใดมีอำนาจวินิจฉัย ศาลย่อมอ้างอำนาจนั้นได้¹⁰ กรณีสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้กำหนดเขตอำนาจอย่างชัดเจนให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เคยมีคำวินิจฉัยในหลายคดีอันเกี่ยวกับประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าไม่ขัดต่อกฎหมายพื้นฐานของสหพันธรัฐสาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 79 (3) อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยตรวจสอบการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่เสนอโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ สมาชิกวุฒิสภาแห่งสหพันธ์ หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดี *Klass* ลงวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ.1970 คดี *Asylum* ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ.1966 คดี *Acoustic Surveillance of Home* ลงวันที่ 3 มีนาคม 2004¹¹ กรณีสาธารณรัฐออสเตรีย รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียไม่มีบทบัญญัติเรื่องข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และไม่ได้กำหนดด้วยว่าองค์กรใดเป็นผู้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรียก็ยืนยันว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบหรือกระบวนการให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดซึ่งภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 44 กำหนดว่า หากการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับจะต้องผ่านการออกเสียงประชามติ ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการดังกล่าวได้ว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญคดี *Lander Citizenship* ลงวันที่ 12 ธันวาคม ค.ศ. 1952 คดี *Taxi Licenses* ลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1988 คดี *Owner of motor vehicle* ลงวันที่ 29 กันยายน ค.ศ. 1988 คดี *Public Procurement Law* ลงวันที่ 10 มีนาคม ค.ศ. 2001¹² กรณีสาธารณรัฐตุรกี ก่อนการบังคับใช้

¹⁰ วิษณุ เครืองาม. (2517). ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงตนเป็นอิสระได้อย่างไร. *บทสันติคดี*, ตอนที่ 2 ปีที่ 31, หน้า 355-356.

¹¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2557) *สถานะและบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญไทยภายใต้กรอบทิศทาง การแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี.เพรส จำกัด, หน้า 162 -165.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 167 -171.

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1982 (ฉบับปัจจุบัน) รัฐธรรมนูญฉบับก่อนไม่ได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งว่าให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็มีคำวินิจฉัยยืนยันว่าตนมีอำนาจดังกล่าวเรื่อยมาว่ามีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งในเนื้อหาและรูปแบบ เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1965/40 ลงวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1965 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1971/37 ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1971 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1975/87 ลงวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 1975 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1976/19 ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 1976 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1976/46 ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1976 โดยศาลรัฐธรรมนูญได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐตุรกี ค.ศ. 1965 โดยให้เหตุผลในเรื่องลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐตุรกี (Characteristic of the Turkish Republic) มาเป็นฐานในการวินิจฉัยว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งต่อลักษณะดังกล่าวไม่ได้¹³ กรณีประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็รับคำร้องของคณะบุคคลที่ยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญไว้พิจารณา ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 18 – 22/2555 ที่ขอให้วินิจฉัยว่า การที่คณะรัฐมนตรี พรรคเพื่อไทย พรรคชาติไทยพัฒนา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ยื่นญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญสำหรับการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับอันมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ทั้งฉบับ ถือเป็นกรณีก่อการล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่ หรือตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 15 – 18/2556 ที่รับคำร้องของคณะบุคคลไว้พิจารณา ซึ่งขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญที่มีได้นำเอาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอต่อสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภามาใช้ในการพิจารณาในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ ปัญหาเรื่องระยะเวลาในการยื่นขอแปรญัตติ และมีการมอบให้สมาชิกวุฒิสภาใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนกัน และขอให้วินิจฉัยเกี่ยวกับเนื้อหาของร่างรัฐธรรมนูญซึ่งขอแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาให้มาจากการเลือกตั้งเพียงทางเดียว โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำร้องอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ที่จะพิจารณาวินิจฉัยว่า เป็นการกระทำล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ข. กรณีองค์กรตุลาการไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ อาจแยกได้เป็นสามกรณี คือ

กรณีแรก เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดว่า การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ หรือการใช้อำนาจขององค์กรดังกล่าวให้เป็นที่สุด เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคสอง¹⁴

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 172 -177.

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือ

มีบทบัญญัติให้การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 239 วรรคหนึ่ง¹⁵ มีบทบัญญัติว่า ในกรณีที่มีการวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีดังกล่าวให้เป็นที่สุด ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2551 ที่วินิจฉัยว่า ประเด็นปัญหาการกระทำความผิดของนายมนเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคชาติไทยนั้น ผ่านกระบวนการสืบสวนสอบสวนของคณะกรรมการการเลือกตั้งมาแล้ว โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 239 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งในกรณีดังกล่าวได้ ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้งได้มีคำวินิจฉัยไว้แล้วว่า นายมนเฑียร สงฆ์ประชา รองเลขาธิการพรรคและกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้อง ก่อให้ผู้อื่นกระทำ สันนิษฐาน หรือรู้เห็นเป็นใจให้บุคคลอื่นกระทำการดังกล่าวอันเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 53 หรือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 203 วรรคห้า¹⁶ บัญญัติให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับปัญหาคุณสมบัติของผู้สมัคร ผู้ได้รับการคัดเลือกหรือได้รับการสรรหาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นที่สุด

กรณีที่สอง เป็นกรณีที่ศาลนำแนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล มาจำกัดอำนาจของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล หรือที่เรียกว่า “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งการกระทำดังกล่าวตกอยู่ภายใต้การควบคุมทางการเมืองโดยองค์กรทางการเมืองและกระบวนการทางการเมือง

แนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล อาจแบ่งประเภทของการกระทำของรัฐบาลได้ดังนี้ (1) การกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภา (ความสัมพันธ์ทางอำนาจมหาชนในทางรัฐธรรมนูญ) เช่น การที่ฝ่ายบริหารปฏิเสธที่จะยื่นกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้แก่รัฐสภา

องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” และวรรคสอง บัญญัติว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น”

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 239 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด”

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 203 วรรคห้า บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สมัคร ผู้ได้รับการคัดเลือกหรือได้รับการสรรหา ให้เป็นหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการสรรหาเป็นผู้วินิจฉัย คำวินิจฉัยของคณะกรรมการสรรหาให้เป็นที่สุด”

การตัดสินใจของรัฐบาลที่จะเสนอร่างกฎหมาย ความล่าช้าในการประกาศร่างกฎหมายและการกล่าวหาว่าพระราชกฤษฎีกานั้นมีเนื้อหาไม่ถูกต้องตรงกันกับพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บทในการให้อำนาจในการตรา การเรียกประชุมรัฐสภา การออกรัฐฎีกากำหนดวันเลือกตั้ง การออกเกณฑ์กำหนดเกี่ยวกับระบบการเลือกตั้ง การตัดสินใจให้อำนาจพิเศษของฝ่ายบริหารในการใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ การที่ประธานาธิบดีตัดสินใจออกพระราชกฤษฎีกาเพื่อที่จะนำร่างกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งให้ประชาชนลงประชามติ เป็นต้น (2) การกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การปกป้องคุ้มครองบุคคลหรือทรัพย์สินของชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ การกระทำของผู้แทนทางการทูตหรือกงสุลฝรั่งเศสในต่างประเทศ การทำหรือการยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น (3) การกระทำเกี่ยวกับสงคราม และ (4) การให้อภัยโทษของประธานาธิบดี¹⁷

แนวคิดหรือทฤษฎีที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า “ทฤษฎีปัญหาในทางการเมือง” (Theory of Political Questions) หรือ “หลักการว่าด้วยปัญหาทางการเมือง” (The Political Questions doctrine) เป็นการจำกัดอำนาจในการตรวจสอบขององค์กรตุลาการที่จะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นทางรัฐประศาสนโยบาย ซึ่งศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เห็นว่าเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องทางการเมือง และควรได้รับการแก้ไขด้วยวิถีทางการเมืองเท่านั้น เช่น การกำหนดระยะเวลาในการให้สัตยาบันร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของสภาคองเกรสนั้น แม้สภาคองเกรสได้กำหนดระยะเวลาอันสมควรไว้ ศาลก็ไม่มีอำนาจไปกำหนดระยะเวลาอันสมควรในการให้สัตยาบันได้ เป็นปัญหาในทางการเมือง การใช้อำนาจของประธานาธิบดีแต่เพียงฝ่ายเดียวในการยกเลิกสนธิสัญญาจะต้องขอคำแนะนำและเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลและเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง กระบวนการในการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ (Impeachment) วุฒิสภาสามารถแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำหน้าที่ในการรับฟังพยานหลักฐานต่างๆ เพื่อเสนอต่อที่ประชุมวุฒิสภาได้หรือไม่นั้น ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง การแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลที่จะพิจารณา เพราะเป็นประเด็นปัญหาในทางการเมือง เป็นต้น¹⁸

แนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลของไทยที่ศาลจำกัดอำนาจของตนเองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาล เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2549 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภา

¹⁷ เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์. (2554). การกระทำทางรัฐบาล ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี. เพรส จำกัด, หน้า 84 – 92.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 119 – 129.

ผู้แทนราษฎรนั้นเป็น “การกระทำของรัฐบาล” เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ ส่วนบทบัญญัติในส่วนที่สอง ซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดวันเลือกตั้งนั้น แม้เป็นการกำหนดโดยรัฐบาลเนื่องจากเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว แต่การกำหนดวันเลือกตั้งมีความสัมพันธ์กับการจัดการเลือกตั้งซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งและเนื่องจากการจัดการเลือกตั้งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อจัดให้มีการเลือกตั้งผู้แทนของปวงชนเข้าไปปกครองประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา ดังนั้น หากมีปัญหาเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจในการดำเนินการเกี่ยวกับการเลือกตั้งของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ รวมทั้งกรณีที่มีการกล่าวอ้างว่าการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่ยุติ ซึ่งมีความหมายเพียงเป็นการยุติโดยองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยเท่านั้น ไม่ได้หมายความว่า เป็นที่ยุติโดยไม่ต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ เพราะคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ได้เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจตุลาการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หรือ คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่ อม. 211/2560 ระหว่าง อัยการสูงสุด โจทก์ กับ นางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร จำเลย ซึ่งในคดีนี้จำเลยต่อสู้ว่า โครงการรับจำนำข้าวเปลือกเป็นนโยบายของรัฐบาล คณะกรรมการป.ป.ช. ไม่มีอำนาจไต่สวนจำเลยในฐานะนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจบริหารราชการแผ่นดิน ทั้งเป็นการดำเนินการตามมติคณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการนโยบายข้าวแห่งชาติ จึงไม่อาจดำเนินคดีแก่จำเลยโดยลำพังได้ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในขณะเกิดเหตุบัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” แสดงว่าองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยแบ่งแยกออกเป็น 3 ฝ่าย คือ บริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการ ที่รัฐธรรมนูญแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นแต่ละฝ่ายโดยให้มีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันไปนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อให้เป็นกลไกตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และเมื่อพิจารณาวรรคสองของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวที่ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล...ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” แสดงว่าการใช้อำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยแต่ละฝ่ายย่อมต้องเป็นไปตามบทกฎหมายและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ และย่อมถูกตรวจสอบการใช้อำนาจที่ทำได้ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบทางการเมืองโดยองค์กรทางการเมืองด้วยตนเองหรือการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาล ตามแต่รัฐธรรมนูญจะบัญญัติกลไกในการตรวจสอบไว้ โดยฝ่ายบริหารซึ่งจำเลยเป็นหัวหน้านั้นจะมีทั้งคณะรัฐบาลที่ต้องรับผิดชอบร่วมกันต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไป และองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งนายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดกับรัฐมนตรีแต่ละคนจะเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารงานของกระทรวงหรือทบวงหรือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ตนปกครองบังคับบัญชา เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 178 ได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะว่า “ในการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐมนตรีต้องดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ตามมาตรา 176 และต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี” ยิ่งแสดงให้เห็นชัดว่า การกระทำของฝ่ายบริหารทั้งสองส่วนย่อมต้องถูก

ตรวจสอบการใช้อำนาจเช่นเดียวกันกับองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐโดยทั่วไป หากใช้ว่าจะอยู่นอกเหนือการตรวจสอบจากองค์กรใดไม่ แต่กลไกในการตรวจสอบจะด้วยวิธีไหน อย่างไร ย่อมเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยรัฐธรรมนูญได้บัญญัติการตรวจสอบต่อการกระทำในฐานะรัฐบาลหรือ “การกระทำทางรัฐบาล” ไว้ให้รัฐมนตรีต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรในหน้าที่ของตน รวมทั้งต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี และวางบทบาทของรัฐสภาให้เป็นผู้ตรวจสอบการดำเนินการของรัฐมนตรีนี้ เป็นไปตามบทบัญญัติหมวด 6 รัฐสภา ส่วนที่ 9 การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน มาตรา 156 ถึงมาตรา 162 เช่น การตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ สภาผู้แทนราษฎรลงมติไม่ไว้วางใจ อันเป็นผลให้รัฐมนตรีทั้งคณะพ้นจากตำแหน่งหรือความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามมาตรา 180 หรือมาตรา 182 แล้วแต่กรณี เป็นต้น หรือในหมวด 12 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ส่วนที่ 3 การถอดถอนจากตำแหน่ง มาตรา 270 ถึงมาตรา 274 นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีอาจถูกสมาชิกวุฒิสภาลงมติให้ถอดถอนจากตำแหน่งได้ ซึ่งที่กล่าวมาเป็นความรับผิดชอบทางการเมืองที่ถูกตรวจสอบโดยรัฐสภา อันเป็นหลักการตรวจสอบถ่วงดุลโดยองค์กรทางการเมืองด้วยกันเอง การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้เช่นนี้แสดงว่ากฎหมายสูงสุดประสงค์ให้รัฐสภาเท่านั้นที่สามารถตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล ไม่ใช่ให้องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการเช่นศาลเข้าไปตรวจสอบ ดังนั้น ศาลจึงไม่มีอำนาจที่จะวินิจฉัยว่านโยบายของรัฐบาลใดชอบด้วยกฎหมายหรือมีความเหมาะสมหรือไม่ แต่ในส่วนการกระทำในฐานะฝ่ายปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองโดยเฉพาะจำเลยในฐานะนายกรัฐมนตรีหรือหัวหน้าฝ่ายปกครอง ซึ่งมีหน้าที่กำกับโดยทั่วไปซึ่งการบริหารราชการแผ่นดินและบังคับบัญชาข้าราชการฝ่ายบริหารทุกตำแหน่งตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 (1) และ (3) ย่อมจะต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลได้ตามบทบัญญัติหมวด 10 ศาล โดยหากการดำเนินการทางปกครองดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรือมีลักษณะเป็นการกระทำความผิดซึ่งอาจมีความรับผิดชอบทั้งทางปกครอง หรือทางแพ่ง หรือทางอาญา แล้วแต่กรณี รัฐมนตรีนั้น ๆ ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยศาลที่มีอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย หากว่าคดีมีเพียงความรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎร หรือรัฐสภาเท่านั้นไม่ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ดังนั้น แม้โครงการรับจำนำข้าวเปลือกจะเป็นการดำเนินการตามนโยบายที่รัฐบาลแถลงต่อรัฐสภา แต่หากปรากฏว่าในขั้นตอนปฏิบัติตามโครงการมีการดำเนินการที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายก็ย่อมถูกตรวจสอบโดยกระบวนการยุติธรรมได้ โดยเฉพาะคดีนี้เป็นการกล่าวหาจำเลยซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองว่ากระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มิใช่เป็นการดำเนินข้อบกพร่องหรือการดำเนินนโยบายผิดพลาดที่จำเลยและคณะรัฐมนตรีจะต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา จึงอยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่จะไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อดำเนินคดีอาญาแก่จำเลยได้ตามบทบัญญัติมาตรา 250 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 19

กรณีสาม เป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดว่า “การกระทำของรัฐบาล” ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล ซึ่งเป็นการนำแนวคิดหรือทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาลไปบัญญัติให้เป็นกฎหมายลายลักษณ์เป็นครั้งแรกในระบบกฎหมายไทย กล่าวคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 ได้กำหนดว่า “การกระทำ

ของรัฐบาล” เป็นเรื่องทีบุคคลไม่อาจยื่นคำร้องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพหรือไม่¹⁹

3.2 องค์การตุลาการกับการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การใช้อำนาจรัฐขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร องค์กรตุลาการ และองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งแยกได้เป็น 2 ฐานะ กล่าวคือ การใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญกับการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ซึ่งการใช้อำนาจรัฐในฐานะที่เป็นองค์กรฝ่ายปกครองหรือการใช้อำนาจทางปกครองนี้ ย่อมถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยองค์กรตุลาการ สำหรับประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยว ศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรดังกล่าว ส่วนประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่ โดยหลักการแล้วศาลปกครองจะเป็นผู้ตรวจสอบการใช้อำนาจตามทางปกครองขององค์กรดังกล่าว เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นที่การใช้อำนาจทางปกครองในบางเรื่องที่มีกฎหมายบัญญัติไม่ให้อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง เช่น ตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้แก่ (1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร (2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ และ(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชั้นอุทธรณ์ หรือมีกรณีกฎหมายบัญญัติให้การกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เช่น การใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 เป็นข้อยกเว้นตามมาตรา 23 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ที่บัญญัติให้การดำเนินคดีใดๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ปรากฏตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.32/2552 ที่วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรได้ออกข้อกำหนดโดยความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ตามความในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มาตรา 23 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติให้การดำเนินคดีใดๆ อันเนื่องมาจากข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม ดังนั้น ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาพิพากษาได้

¹⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 มาตรา 47 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 46 ต้องเป็นการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพอันเกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานซึ่งใช้อำนาจรัฐ และต้องมีใช่เป็นกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (1) การกระทำของรัฐบาล (2) รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดกระบวนการร้องหรือผู้มีสิทธิขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยไว้เป็นการเฉพาะแล้ว (3) กฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการไว้เป็นการเฉพาะ และยังมีได้ดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นครบถ้วน (4) เรื่องที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอื่น หรือเรื่องที่ศาลอื่นมีคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุดแล้ว (5) การกระทำของคณะกรรมการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 192 (6) การกระทำที่เกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง คณะกรรมการตุลาการทหาร รวมถึงการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร”

4. ข้อสังเกตเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักนิติธรรม

4.1 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.)

ข้อยกเว้นประการหนึ่งของการใช้อำนาจทางปกครองที่มีกฎหมายบัญญัติไม่ให้อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คือ การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 ซึ่งตามพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดว่า กรณีข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมถูกลงโทษทางวินัย กฎหมายกำหนดให้ผู้นั้นมีสิทธิขอให้ ก.ต. พิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ และให้คำวินิจฉัยของ ก.ต. ให้เป็นที่สุด หรือกรณีที่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากมติของ ก.ต. จากการพิจารณาเลื่อนตำแหน่งข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม กฎหมายบัญญัติให้ผู้นั้นมีสิทธิร้องทุกข์ต่อ ก.ต. ภายในสองปีนับแต่วันที่ได้รับความสั่ง หรือได้รับทราบมติของ ก.ต. และกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยร้องทุกข์ของ ก.ต. ให้เป็นที่สุด²⁰ เมื่อการดำเนินการของ ก.ต. ดังกล่าว ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองแล้ว จะอยู่ในอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลยุติธรรมหรือไม่ นั้น ผู้เขียนบทความยังไม่พบว่ามีกรณีที่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อขอให้มีการพิพากษาให้เพิกถอนมติของ ก.ต. หรือขอให้เยียวยาความเสียหาย อย่างไรก็ตามก็ตีพบว่า มีบุคคลภายนอกผู้สมัครเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษานำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมรับคำฟ้องไว้พิจารณาซึ่งแสดงให้เห็นว่าการดำเนินการของ ก.ต. อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม คือคดีที่ นายศิริมิตร บุญมูล เป็นโจทก์ และกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมเป็นจำเลย ในคดีนี้ศาลฎีกาเห็นว่า จำเลยทั้งสิบห้าเป็นคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 274 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 บัญญัติให้มีขึ้น และการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 45 วรรคท้าย บัญญัติว่า “การประชุม การลงมติ และการเผยแพร่รายงานการประชุมของ ก.ต. ให้เป็นไปตามข้อบังคับการประชุมที่ ก.ต. กำหนดเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้” และคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมได้ออกระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ.2545 ซึ่งมีความในข้อ 4 ว่า “เมื่อสมควรจะมีการสอบคัดเลือกเมื่อใดให้เลขาธิการ ก.ต. เสนอขอความเห็นชอบจาก ก.ต. เพื่อจัดให้มีการสอบคัดเลือก ให้ ก.ต. ประกาศเกี่ยวกับการรับสมัคร และแต่งตั้งคณะกรรมการสอบคัดเลือกขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยประธานกรรมการ รองประธานกรรมการ 4 คน และกรรมการตามจำนวนที่จำเป็น...” การดำเนินงานของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมดังกล่าวจึงเป็นการใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคล และเป็นกรกระทำทางปกครองประเภทหนึ่ง ซึ่งหากปราศจากการตรวจสอบทางตุลาการแล้ว ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวย่อมขาดหลักประกัน เมื่อการดำเนินงานของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีสิทธิเสนอคดีย่อมนำคดีขึ้นสู่การวินิจฉัยของศาลได้ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคสอง (2) บัญญัติว่า การดำเนินการของคณะกรรมการ

²⁰ โปรดดู พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 83 และมาตรา 84

ตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 271 บัญญัติว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น” ดังนั้น คดีนี้จึงอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แต่การที่บุคคลใดจะเป็นโจทก์ฟ้องคดีแพ่งต่อศาลยุติธรรมได้ จะต้องปรากฏว่าบุคคลนั้นถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 เพื่อยังให้ได้รับความรับรอง ค้ำครองหรือบังคับตามสิทธิที่ผู้นั้นมีอยู่ตามกฎหมาย โจทก์บรรยายฟ้องสรุปได้ว่า จำเลยทั้งสิบห้าในฐานะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมได้ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาประจำปี 2546 รวมทั้งกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ไว้ และโจทก์ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนจึงสมัครสอบ แต่เมื่อประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบกลับไม่ปรากฏชื่อโจทก์ โจทก์มีหนังสือสอบถามเหตุผลของการตัดสิทธิสอบ แต่ไม่ได้รับคำชี้แจง การกระทำของจำเลยทั้งสิบห้าเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายไม่ได้รับสิทธิสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาประจำปี 2546 รุ่ง 48 คำสั่งในการตัดสิทธิสอบดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ข้ออ้างอันเป็นหลักแห่งข้อหาตามที่โจทก์กล่าวอ้างก็คือ จำเลยทั้งสิบห้าในฐานะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมได้ประกาศรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาประจำปี 2546 รวมทั้งกำหนดคุณสมบัติต่าง ๆ ไว้ แต่โจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่า คุณสมบัติต่าง ๆ ดังกล่าว คือ คุณสมบัติประการใดบ้างและที่โจทก์กล่าวอ้างว่าโจทก์ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนจึงสมัครสอบ โจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าโจทก์มีคุณสมบัติครบถ้วนทุกประการอย่างไร ที่ทำให้โจทก์มีสิทธิสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ทั้งสิทธิเช่นว่านั้นต้องเป็นสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติโดยจำเลยทั้งสิบห้าไม่อาจมีคำสั่งตัดสิทธิดังกล่าวของโจทก์ได้ ส่วนที่โจทก์กล่าวอ้างว่าจำเลยทั้งสิบห้าในฐานะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบแต่ไม่ปรากฏรายชื่อโจทก์เป็นผู้มีสิทธิสอบ โจทก์จึงมีหนังสือสอบถามเหตุผลไปยังเลขาธิการคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ตามเอกสารท้ายฟ้องหมายเลข 3 แต่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมไม่ชี้แจงโดยไม่มีเหตุผล โจทก์มิได้บรรยายฟ้องว่าโจทก์อาศัยสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเพื่อให้จำเลยทั้งสิบห้าต้องตอบหนังสือสอบถามของโจทก์ หากไม่ตอบเป็นการผิดต่อกฎหมายฉบับใด เพราะเหตุใด นอกจากนี้ที่โจทก์กล่าวในคำฟ้องว่าการกระทำของจำเลยทั้งสิบห้าในฐานะคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในการมีคำสั่งตัดสิทธิสอบของโจทก์เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โจทก์มิได้ระบุว่าไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด มาตราใด เพราะเหตุใด รวมทั้งในส่วนของข้อหาหรือฐานความผิด โจทก์ระบุแต่เพียงว่าละเมิด ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และอื่น ๆ แต่ในคำฟ้องไม่มีข้อความตอนใดที่บรรยายถึงการกระทำของจำเลยทั้งสิบห้าว่ากระทำการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เรื่องใด มาตราใด คำฟ้องของโจทก์จึงไม่มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะให้รับฟังได้ว่า มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของโจทก์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55 ที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องโจทก์นั้นชอบแล้ว อุทธรณ์ของโจทก์ฟังไม่ขึ้น²¹

ผู้เขียนบทความเห็นว่า แม้ว่าพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 จะบัญญัติให้คำวินิจฉัยของ ก.ต. ในการพิจารณาโทษทางวินัย หรือพิจารณาร้องทุกข์ ให้เป็นที่สุดท้ายก็ตาม แต่โดยที่การกระทำของ ก.ต. หรือการดำเนินการของ ก.ต. ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบ

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7696/2548

ข้าราชการฝ่ายตุลาการ เป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และเป็นการกระทำที่มีกฎหมายบัญญัติว่าไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 47 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561 อย่างไรก็ตาม การกระทำของ ก.ต. ดังกล่าว เป็นการกระทำที่ ก.ต. ใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงต้องถูกตรวจสอบการใช้ อำนาจโดยองค์กรศาล กล่าวคือ จะถูกตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจ พิจารณาพิพากษาคดีทั่วไป หากไม่มีการเปิดโอกาสให้มีการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยองค์กรศาล แล้ว จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักนิติธรรม” ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและ การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือ เสรีภาพ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้²²

4.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช 2550 และฉบับพุทธศักราช 2560 บัญญัติโดยชัดแจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญ ทั้งสองฉบับบัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไว้เหมือนกันประการหนึ่งว่า มีอำนาจหน้าที่ ในการไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการ ต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต²³ นอกจากนี้แล้ว รัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ปกครองไว้เหมือนกันประการหนึ่งว่า อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองไม่รวมถึงการวินิจฉัย ชี้ขาดขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระ ตามรัฐธรรมนูญนั้นๆ²⁴ ซึ่งการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นี้ มีข้อเท็จจริงว่า ศาลปกครอง สูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ ที่อธิบดีกรมที่ดินมีคำสั่งไล่ข้าราชการ ออกจากราชการตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ชี้มูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง โดยศาลปกครองสูงสุด วินิจฉัยว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการไต่สวนข้อเท็จจริงและชี้มูลความผิดทางวินัยใน ความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการเท่านั้น เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า รายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงของ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ปรากฏหลักฐานที่ทำให้เชื่อว่าข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาจงใจหรือมีเจตนา กระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการใดๆ หรือร่วมกับผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอันเป็น องค์ประกอบของความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคสอง บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือ เสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดี ในศาลได้” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคสาม บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทาง ศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้”

²³ โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 250 (3) และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 (2)

²⁴ โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 223 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 197

การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัยในความผิดฐานอื่น จึงเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมายและไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาที่จะถือเอารายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาพิจารณาโทษ ดังนั้น คำสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการตามความผิดฐานอื่น (ซึ่งไม่ใช่ความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ) ดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และศาลปกครองสูงสุดยังเห็นว่า การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัยดังกล่าวมิได้เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลผูกพันศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ²⁵ จึงมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ว่าในการวินิจฉัยชี้มูลความผิดเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือไม่ ในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เห็นว่า ในกรณีที่รัฐธรรมนูญประสงค์จะให้การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระใดเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น รัฐธรรมนูญต้องกำหนดบทบัญญัติให้อำนาจดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจในการไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายวียดผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมเพื่อดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และมาตรา 234 วรรคหนึ่ง (4) ของรัฐธรรมนูญ ที่บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจอื่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและการปราบปรามการทุจริต มิใช่การใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ดังนั้น การใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) หรือ (4) ของรัฐธรรมนูญ แล้วมีมูลหรือไม่มีมูลความผิดฐานร้ายวียดผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม และมีการชี้มูลความผิดทางวินัย จึงถือไม่ได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ²⁶ ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวนี้นี้เป็นความเห็นที่สอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวข้างต้นที่ว่า การชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มิได้เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลผูกพันศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

สำหรับเรื่องการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดังกล่าว ผู้เขียนบทความความเห็นวาทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีหน้าที่และอำนาจในการไต่สวน แยกได้เป็น 2 ประการ²⁷ คือ ประการแรก การไต่สวน “ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจ

²⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 1037/2558

²⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญให้จัดทำความเห็นในประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ตามมาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) หรือ (4) ของรัฐธรรมนูญในการชี้มูลความผิดวินัย (เรื่องเสร็จที่ 1526/2560)

²⁷ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234

เงินแผ่นดิน” มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง และ**ประการที่สอง** การไต่สวน **“เจ้าหน้าที่ของรัฐ”** มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม

เมื่อพิจารณาหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการไต่สวน **“ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ หรือผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน”** ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 แล้ว กฎหมายกำหนดลักษณะการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และกำหนดขั้นตอนเพื่อกำหนดสภาพบังคับกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย แยกได้เป็น 3 กรณี คือ **กรณีแรก** คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวนกรณีมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีกรกล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรง แล้วเสนอเรื่องต่อ **“ศาลฎีกา”** เพื่อวินิจฉัยการให้พ้นจากตำแหน่ง²⁸ **กรณีที่สอง** คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวนกรณีมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระมีพฤติการณ์ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย แล้วเสนอความเห็นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินการฟ้องคดีต่อ **“ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง”**²⁹ เพื่อขอให้ศาลพิพากษาลงโทษทางอาญา และ**กรณีที่สาม** คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวนกรณีมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีกรกล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระร่ำรวยผิดปกติ เพื่อส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อ **“ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง”** เพื่อขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน³⁰

นอกจากนี้แล้ว เมื่อพิจารณาหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการไต่สวน **“เจ้าหน้าที่ของรัฐ”** ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 แล้ว กฎหมายกำหนดลักษณะการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และกำหนดขั้นตอนเพื่อกำหนดสภาพบังคับกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย แยกได้เป็น 2 กรณี คือ **กรณีแรก** คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวนกรณีมีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือทุจริตต่อหน้าที่ในการยุติธรรม³¹ ถ้ามีมูลความผิดทางอาญา คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะส่งสำนวนการไต่สวนและคำวินิจฉัยไปยังอัยการสูงสุดเพื่อยื่นฟ้อง

²⁸ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 235 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 87

²⁹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 235 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 76

³⁰ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (1) มาตรา 235 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 118

³¹ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2)

คดีต่อ “ศาลที่มีเขตอำนาจ”³² ถ้ามีมูลความผิดทางวินัย คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะส่งสำนวนการไต่สวน และคำวินิจฉัยไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนเพื่อให้ดำเนินการทางวินัย และกฎหมายบัญญัติให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิฟ้องคดีต่อ “ศาลปกครอง”³³ และกรณีที่สอง คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวนกรณีเหตุอันควรสงสัยหรือมีผู้กล่าวหาว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายวยผิดปกติ คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะส่งสำนวนการไต่สวนและความเห็นไปยังอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินการยื่นคำร้องต่อ “ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ” เพื่อขอให้ศาลสั่งให้ทรัพย์สินที่ร้ายวยผิดปกติ ตกเป็นของแผ่นดิน และให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. แจ้งคำวินิจฉัยพร้อมด้วยข้อเท็จจริงโดยสรุปไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ถูกกล่าวหาเพื่อสั่งลงโทษไล่ออก โดยให้ถือว่ากระทำการทุจริตต่อหน้าที่³⁴

เห็นได้ว่า การใช้อำนาจในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ดังกล่าวข้างต้น เป็นกระบวนการพิจารณาในขั้นต้น ผู้มีอำนาจในการกำหนดสภาพบังคับหรือโทษกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายคือ “องค์กรศาล” เท่านั้น เว้นแต่กรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการไต่สวน “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” กระทำ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือทุจริตต่อหน้าที่ในการยุติธรรม และเป็นกรณีที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่า มีมูลความผิดทางวินัย จะมีผลให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนต้องพิจารณาสั่งลงโทษตามมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นไปตามผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนและวินิจฉัยว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดทุจริตต่อหน้าที่ซึ่งเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถือได้ว่า การวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการมีมติของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานทุจริตต่อหน้าที่และ ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงจึงต้องพึงเป็นที่ยุติ ผู้ถูกสั่งลงโทษทางวินัยมีสิทธิอุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษ ของผู้บังคับบัญชาเท่านั้น กล่าวคือ อุทธรณ์ได้เฉพาะระดับโทษตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติเท่านั้น การวินิจฉัยในปัญหาข้อเท็จจริงใหม่ แล้วเปลี่ยนฐานความผิดเพื่อกำหนดโทษใหม่ จึงไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2542³⁵ กรณีนี้เป็นเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมี อำนาจออกสั่งทางปกครองได้เองโดยไม่ต้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่ง แต่ก็ไม่ตัดสิทธิของผู้ถูกสั่ง ลงโทษทางวินัยที่จะใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องร้องเพื่อขอให้ศาลพิพากษาพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิก ถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐของ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หากปล่อยให้การชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นที่สุด โดยไม่ถูกตรวจสอบการกระทำดังกล่าวโดยองค์กรศาลแล้ว จะเป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักนิติธรรม” ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และขัดหรือแย้งต่อ

³² โปรดดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 91 และมาตรา 93

³³ โปรดดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 98 และมาตรา 101 (ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ไม่ได้ บัญญัติว่า ผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง)

³⁴ โปรดดู รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 234 วรรคหนึ่ง (2) และพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 122

³⁵ โปรดดู คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2546

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 25 วรรคสาม ที่กำหนดให้บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

(5) บทสรุป

หลักสำคัญประการหนึ่งของการใช้อำนาจอรรถของทุกองค์กรจะต้องถูกตรวจสอบโดยองค์กรศาล มิฉะนั้นแล้วจะขัดต่อ “หลักนิติธรรม” เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่าการใช้อำนาจอรรถขององค์กรใดให้ “เป็นที่สุด” หรือการใช้อำนาจอรรถขององค์กรใดเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งองค์กรศาลจะไม่ตรวจสอบการใช้อำนาจ

