

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

การศึกษาวิเคราะห์ถึงปัญหาการลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่พ้นจากตำแหน่งไปแล้วก่อนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะมีความผิด มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ หลักกฎหมายห้ามมิผลย้อนหลัง และการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ อันได้แก่ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หลักการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de l'égalité) ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบวิเคราะห์ต่อไป

2.1 หลักนิติรัฐที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักนิติรัฐ¹ (Rechtsstaat) ในภาษาเยอรมันนั้นเป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐออสเตรีย และบางส่วนของสมาพันธรัฐสวิส) เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า État de Droit และหลักนิติรัฐซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า Legal State

2.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

นับแต่อดีตมีการให้คำนิยามและความหมายของคำว่า นิติรัฐอย่างมากตามแนวความคิดของผู้เชี่ยวชาญแต่ละท่านซึ่งมีความหลากหลายและสอดคล้องกัน ดังต่อไปนี้

Robert Von Molh กล่าวว่า นิติรัฐ คือ รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 21.

จากการให้ความหมายดังกล่าวสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองโดยหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปได้ด้วยความสงบสุข²

หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่า นิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบาทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีเดียวก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย โดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราใบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผู้กษัตริย์อยู่เสมอ³

มานิตย์ จุมปา กล่าวสรุปว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Freedoms) ขึ้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิ เช่นว่านั้นเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตน ได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเทสนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัด โดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด รัฐที่กำหนดเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าวนี้การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น⁴

กมลชัย รัตนสกวาวงศ์ กล่าวสรุปว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม (Justice) หมายถึง วิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรม มันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย⁵

จากนิยามของนิติรัฐข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐอาจแยกได้เป็นสองความหมาย คือ ความหมายของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบและนิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง

นิติรัฐในความหมายอย่างแคบ คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย การกระทำของเจ้าหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยไม่จำกัดว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ถูกต้องออกมาโดยตัวแทนของประชาชนหรือไม่ ขอเพียงมีความสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงของกฎหมายนั้น ๆ ประชาชน

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

³ หยุด แสงอุทัย. (2538). **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 127.

⁴ มานิตย์ จุมปา. (2548). **คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 62 - 63.

⁵ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์. (2537). **พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม. หน้า 92.

หรือบุคคลทั่วไปต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกมา แม้รัฐธรรมนูญจะได้มาจากการใช้กำลังบังคับหรือการกระทำการปฏิวัติรัฐประหารก็เป็นกฎหมายสามารถอ้างได้ว่าอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ

กล่าวโดยสรุปว่า นิติรัฐในความหมายอย่างแคบจะพบว่าการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Freedoms) ของประชาชนหรือไม่ก็ตาม หากกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้นั้นย่อมเท่ากับว่าไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐโดยไม่คำนึงว่ากฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นจะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยกระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่ โดยมองแค่กฎหมายมีสภาพบังคับใช้โดยไม่มองถึงกระบวนการและเหตุผลในการตรากฎหมาย

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง คือ รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายและกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบด้วยกฎหมาย ความชอบธรรมของกฎหมายในกรณีนี้ก็คือ กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน กฎหมายต้องคำนึงถึงความมีเหตุมีผลประกอบด้วยศีลธรรมและชอบธรรมด้วยในกระบวนการตรากฎหมายนั้น โดยเน้นไปในการรับรองและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนประชาชนเท่านั้น

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้อาจอธิบายได้โดยหลักศีลธรรม (Moral) และหลักแห่งความเป็นเหตุเป็นผลและได้สัดส่วน กล่าวคือ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับประชาชนจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใด มีอำนาจล่วงล้ำ (Intrusive) เข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้รัฐธรรมนูญขัดกับกฎหมายจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็น

อิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรรัฐฝ่ายตุลาการจึงทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้น นิติรัฐ ในความหมายอย่างกว้างนี้จึงหมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย การกระทำที่ก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ กล่าวโดยสรุปว่า นิติรัฐ คือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือองค์กรรัฐ หรือประชาชนทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของฝ่ายปกครองเพื่อเป็นประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นเป็นการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ⁶

2.1.2 ความเป็นมาของหลักนิติรัฐ

คำว่า Rechtsstaat ได้รับการกล่าวถึงครั้งแรกใน ค.ศ. 1798 โดยนักปรัชญาชาวเยอรมันชื่อว่า John Wilhelm Placidus ที่ใช้คำนี้เพื่อโต้แย้งแนวคิดเรื่องรัฐตำรวจหรือรัฐที่ปกครองตามอำเภอใจของผู้ปกครองโดยไม่คำนึงถึงหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ในเวลาต่อมาแนวคิดเรื่องนิติรัฐก็ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของเยอรมันหลังจากนั้นช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ต่อต้นศตวรรษที่ 20 ฝรั่งเศสได้รับเอาแนวคิดเรื่องนิติรัฐของเยอรมันเป็นของตน โดยสร้างคำว่า État de droit ขึ้นมาเป็นคำแปลของ Rechtsstaat ในภาษาฝรั่งเศสแปลว่ารัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย (State Governed by Law) และเชื่อมโยงกับแนวคิดดั้งเดิมของตนเรื่องการพิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส (Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789) ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ที่รับรองว่าสิทธิของบุคคลเป็นสิ่งที่ผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ เว้นแต่ จะจำกัดเพื่อให้ผู้อื่นได้ใช้เสรีภาพเหล่านี้ได้เช่นกันและข้อจำกัดเสรีภาพนี้มีได้ก็แต่ที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งหลักการในคำประกาศนี้ได้รับการกล่าวถึงอยู่เสมอว่าเป็นรากฐานของหลักนิติรัฐ

ต่อมาหลักนิติรัฐได้รับการยอมรับจากประเทศอื่น ๆ แล้วยังเป็นระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปด้วย นอกเหนือจากคำว่า Rechtsstaat ยังปรากฏใช้คำว่า Gesetzesstaat (รัฐแห่งกฎหมาย) คำว่า Verfassungsstaat (รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ) หรือศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็เคยใช้คำว่า Gerechtigkeitsstaat (รัฐแห่งความเป็นธรรม) ซึ่งคำว่า รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ หมายถึง หลักที่รัฐต้องเคารพรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้นในการเน้นเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายที่ดี

⁶ วิสิฐ ญาณภักดิ์. (2557). บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ. สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม. รายงานวิจัย. หน้า 33 – 34.

กฎหมายเยอรมันจึงเรียกว่าเป็น รัฐแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizestaat) ในส่วนของความแตกต่างของประเทศในภูมิภาคนี้คือรายละเอียดในเรื่องขององค์ประกอบในทางรูปแบบและทางเนื้อหาของแต่ละประเทศกล่าวคือ ในทางรูปแบบมีการพัฒนาหลักการแบ่งแยกอำนาจรวมทั้งเพิ่มเรื่องการตรวจสอบการละเมิดหลักนิติรัฐโดยศาลซึ่งแต่เดิมเห็นว่าการศาลแพ่งและศาลอาญาในระบบเดิมสามารถตรวจสอบเรื่องนี้ได้ แต่ในปัจจุบันในยุโรปเริ่มมีศาลพิเศษที่ดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิของประชาชนเพิ่มขึ้น เช่น ศาลปกครอง (Conseil d'État) ของฝรั่งเศสหรือศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน อย่างไรก็ตาม ที่อาจจะแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน คือ รัฐธรรมนูญออสเตรียมิได้บัญญัติในเรื่อง นิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน หากแต่ถือว่าเป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁷

2.1.3 หลักนิติรัฐกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครองที่ในสังคมรัฐต่างเรียกขานให้มี ให้ปรากฏและบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ เพราะหลักนิติรัฐเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐหรือฝ่ายปกครอง และการจำกัดการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวกระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้นโดยประชาชน การจำกัดอำนาจดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ ดังนั้น กฎหมายของประชาชนจึงเป็นสิ่งกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ หลักนิติรัฐจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในอีกมุมหนึ่งก็ปกป้องฝ่ายรัฐด้วยเช่นกัน

R. Carré de Malberg นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า⁸

นิติรัฐ เป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกการกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และทำให้ปัจเจกชนเสียหาย

ดังนั้น ในรัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) จึงหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายเป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐมิให้ดำเนินไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้าบนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยสามารถปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ดำรงได้อย่างมั่นคง

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 297 – 280.

จึงกล่าวได้ว่า องค์การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงคณะกรรมการกึ่งตุลาการ (Quasi judicial Committee) ได้แก่ คณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ จึงมีขึ้นเพื่อควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ให้เคารพต่อหลักนิติรัฐและเท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁹

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โดยที่รัฐ (State) เป็นนิติบุคคล (Juristic Person) รัฐจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ด้วยตนเอง ได้การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องกระทำการ โดยผ่านบุคคลธรรมดาทั้งหลายที่ดำรงตำแหน่งเป็น บุคคลของรัฐทั้งสิ้น เพียงแต่กฎหมายให้ถือว่าการกระทำของบุคคลธรรมดาเหล่านั้น หากได้กระทำ ภายในขอบเขตและเงื่อนไข หรือวิธีที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธิดังกล่าวนั้นย่อมตกได้แก่รัฐและใน ขณะเดียวกันหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่บางประการ หน้าที่ดังกล่าวนั้นก็ตกเป็นหน้าที่ของรัฐ มิใช่หน้าที่เป็นการส่วนตัวของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรง ตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ

(2) ต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐ อันได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ ที่ตนดำรงอยู่

(3) การกระทำที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชนโดยผ่านบุคคล ธรรมดา ด้วยเหตุนี้เองการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงอาจมิได้กระทำการอยู่ภายในขอบเขต เงื่อนไข หรือวิธีการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดานั้น อาจจะทำ โดยมิเจตนาที่จะทุจริตต่อหน้าที่ หรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของ กฎหมาย หรือพยายามบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐเพื่อตนเองหรือกลุ่มของตนเอง การใช้อำนาจรัฐ

⁹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ วิญญูชน. หน้า 114 – 115.

ในลักษณะดังกล่าว ล้วนแต่เป็นการกระทำที่มีความบกพร่องทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลาย ในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน การใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว¹⁰

2.2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หากพิจารณาถึงบรรดาระบุระชาธิปไตยทั้งหลายจะพบว่า มีหลักการที่สำคัญ 2 หลักการ กล่าวคือ¹¹ หลักประชาธิปไตย (Das Demokratische Prinzip) และหลักนิติรัฐ (Das Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้หลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย แต่หากจะกล่าวถึงประเด็นเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น หลักการที่เป็นบทบาทสำคัญคือหลักนิติรัฐ โดยที่หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ที่เป็นหลักการพื้นฐาน ในที่นี้จึงสามารถแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ 3 หลักย่อย ดังนี้

1. หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Das Prinzip Der Gewaltentrennung)

การปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ที่รัฐใช้อำนาจอธิปไตยได้อย่างอิสระ ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะใช้อำนาจตามใจชอบอย่างไรก็ได้ ต้องมีกรอบจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตย¹² เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกล่วงละเมิด หลักสำคัญหลักหนึ่งที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Deconcentration)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถที่จะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มี การแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ (Puisseance Legislative) อำนาจฝ่ายบริหาร (Puisseance Exécutive) และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุม

¹⁰ สัจชัย ศิริเดช. (2556). ปัญหาการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการพลเรือน : กรณีศึกษาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัย. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 41 – 42.

¹¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). การควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-net/publaw/view.aspx?id=241>. [2560, 10 พฤษภาคม]

¹² สมภพ โหตระกิตย์. (2512). กฎหมายรัฐธรรมนูญ (ภาค 2). กรุงเทพฯ: นำเชิยการพิมพ์. หน้า 131. อ้างถึงใน นุกูล สัจญัติเสรี. (2546). การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตยและเสรีภาพของรัฐบาล. รัฐสภาสาร. 51 (6), หน้า 15.

ตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลซึ่งและกัน (Checks and Balances) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ¹³

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (Funktionelle Gewaltenteilung) และการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล (Personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกร้องให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วยโดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจใดอำนาจหนึ่ง หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่นหรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคลแล้วกรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จในขณะเดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่น โดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ

2. หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตย โดยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดี จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผล

¹³ มานิตย์ จุมปา. (2554). คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 55.

มาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ ดังนี้

(1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าวมี 3 รูปแบบ ดังนี้

ก. ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

ข. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้อุบายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกัน (Equality) ในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน

ค. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้อุบายโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

(2) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง (Gesetzmaessigkeit der Verwaltung) ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลัก คือ หลักความมาก่อนของกฎหมายและหลักเงื่อนไขของกฎหมาย

ก. หลักความมาก่อนของกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำของรัฐที่ออกมาในรูปบทบัญญัติของกฎหมายย่อมอยู่ในลำดับที่มาก่อนการกระทำต่าง ๆ ของรัฐทั้งหลายรวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครองด้วย ดังนั้น การกระทำของรัฐ (รวมทั้งการกระทำของฝ่ายปกครอง) ทั้งหลายจึงไม่อาจขัดแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมายได้ หลักนี้เรียกร้องในทางปฏิเสธว่าการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดอันหนึ่งของฝ่ายปกครองจะขัดหรือแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่มีอยู่ไม่ได้ ดังนั้น หากการกระทำของฝ่ายปกครองหรือมาตรการอันใดของฝ่ายปกครองขัดหรือแย้งกับกฎหมาย การกระทำหรือมาตรการนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข. หลักเงื่อนไขของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร้องในทางปฏิเสธมิให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อนไขของกฎหมายกลับเรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมาย

ให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคล หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว

3. หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกับสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrechte) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrechte) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นรัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltgarantie) และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมาย หากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลางเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล¹⁴

¹⁴ สัตยชัย สิริเดช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 43 – 45.

2.2.2 การควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายในของรัฐ

การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรมี 2 ลักษณะ¹⁵ กล่าวคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติ หรือองค์กรตุลาการ การควบคุมภายในองค์กรนั้นจะมีการควบคุมเฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริต (Corruption) หรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ การควบคุมลักษณะนี้ คือ การควบคุมด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองอันเป็นวิธีการกึ่งข้อพิพาท กล่าวคือ เป็นการควบคุมที่ดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยกันเองผ่านสายงานบังคับบัญชาที่เหนือกว่า ถือได้ว่าเป็นรูปแบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบดั้งเดิม ถึงแม้ว่าในปัจจุบันการควบคุมภายนอกจะเป็นที่ยอมรับในวงกว้างมากกว่าแต่การควบคุมภายในก็ยังคงมีความจำเป็นเช่นกัน ซึ่งต้องทำควบคู่ไปกับการควบคุมภายนอก การควบคุมลักษณะนี้มีผลดี คือ ประชาชนเข้าถึงกระบวนการได้ง่ายกว่าการเสนอข้อพิพาท (Disputes) ให้ศาลที่เป็นองค์กรภายนอกวินิจฉัยอีกทั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจบังคับบัญชาก็สามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาได้อย่างสมบูรณ์

เนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารและการปกครองในระดับต่าง ๆ เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะซึ่งการบริการสาธารณะนี้เป็นการใช้อำนาจทางการปกครองในรูปแบบของการกระจายอำนาจ และการบริหารเป็นสำคัญ อาทิ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้อำนาจและหน้าที่แก่หน่วยงานของรัฐและแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งมีการกำหนดระดับขั้นตอนต่าง ๆ ของการบริหารราชการแผ่นดินและการปกครอง การกำหนดเรื่องการปฏิบัติราชการแทนในการใช้อำนาจและเรื่องการรักษาราชการแทนว่ามีขั้นตอนและการปฏิบัติอย่างไร โดยบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ทั้งสิ้น การกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ มีสถานภาพเป็นนิติบุคคล (Juristic Person) การกำหนดถึงอำนาจและหน้าที่ การกำหนดขอบเขตของการกระทำการตามอำนาจและหน้าที่นั้น ๆ รวมทั้งบัญญัติถึงขั้นตอนการกำกับดูแลในองค์กรด้วย ฉะนั้น การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอนุมัติ การอนุญาต การออกคำสั่งหรือการออกกฎหมายระเบียบ ฯลฯ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เมื่อกฎหมายมอบหมายและให้อำนาจไว้แก่ฝ่ายปกครองตลอดถึงการกำหนดวิธีการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจและหน้าที่โดยมิชอบหรือขาดความยุติธรรมที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนหรือแม้กระทั่ง

¹⁵ ขวัญชนก ต้นกันยา. (2559). ปัญหาการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ: ศึกษากรณีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งมูลความผิดทางวินัย. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 33 – 34.

ผลของการใช้อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย¹⁶ (The Spirit of Laws) ซึ่งการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง โดยอาจเป็นการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือหรือเป็นการควบคุม โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ได้

1. การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือ เป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลก็ได้ ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกันย่อมถูกควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้ทุกเรื่อง โดยสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำนั้น และโดยเหตุที่อำนาจของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาจึงสามารถควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปย่อมถูกควบคุมโดยผู้กำกับดูแล ซึ่งผู้กำกับดูแลมีอำนาจควบคุมผู้ใต้กำกับดูแลได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยสามารถควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา¹⁷ เกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครองแต่ละองค์กรเอง ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชา โดยปกติแล้วผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ในลักษณะ 4 ประการ ได้แก่

- (1) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งการหรือนำผู้ใต้บังคับบัญชาให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้โดยอาจเป็นคำสั่งเฉพาะรายหรือเป็นคำสั่งที่มีผลทั่วไปก็ได้
- (2) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจเพิกถอนการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้
- (3) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชา
- (4) ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนหรือในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ยอมใช้อำนาจตามกฎหมาย

นอกจากนั้น คำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาโดยทั่วไปแล้ว ถือเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ เป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักราชการ (To order a suspension from government service)

¹⁶ สุริยา ปานแป้น. (2556). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 33.

¹⁷ วิษณุ วรรณ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดวารศิริพร. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ดอกเบี๋ย. หน้า 253 - 254.

การให้พ้นจากตำแหน่ง หรือการให้ออกจากราชการ (Provisional discharge from government service pending the result of the inquiry) ตามที่กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการกำหนดไว้ คำสั่งนอกจากนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเห็นได้ว่า อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจที่อาจให้คุณและโทษต่อผู้ได้บังคับบัญชาได้เสมอ ส่วนการขอให้พิจารณาใหม่อันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่พิจารณาคำร้องขอเรื่องนั้นใหม่ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้ว ในคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้อีกต่อไป โดยทั่วไปหากการสั่งการใด ๆ ของฝ่ายปกครองมีข้อผิดพลาด คู่กรณีย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองเพิกถอน หรือแก้ไขคำสั่งที่ผิดพลาด หากปล่อยให้ล่วงเลยระยะเวลาไปอาจไม่มีสิทธิที่จะขอเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้อีก

สำหรับการควบคุมแบบกำกับดูแล¹⁸ มีที่มาจากหลักความเป็นอิสระขององค์กร ฝ่ายปกครองท้องถิ่นและองค์การมหาชน อันเป็นหลักการที่เกิดจากการที่รัฐดำเนินนโยบายกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นและกระจายอำนาจตามกิจการ กล่าวคือ รัฐโอนกิจการบริการสาธารณะบางอย่าง ซึ่งแต่เดิมอยู่ในความรับผิดชอบของส่วนกลางไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล หรือให้องค์การมหาชน เช่น การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นต้น โดยจะต้องจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลางมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่การควบคุมแบบกำกับดูแล (Controle de Tutelle) ของส่วนกลางก็มีขอบเขตจำกัด ทั้งนี้ เพื่อดำรงความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านั้นไว้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง อย่างไรก็ตาม หากผู้มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเหนือการกระทำขององค์กรภายใต้กำกับได้ตรวจสอบแล้ว พบว่ามีการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบกับการกระทำ หรือสั่งเพิกถอนการกระทำนั้นเท่านั้น คำสั่งการในการกำกับดูแลดังกล่าว จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และเพื่อเป็นการคุ้มครององค์กรภายใต้กำกับจากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจกำกับดูแล องค์กรภายใต้กำกับจึงมีอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจกำกับดูแลได้ ทั้งนี้ เพื่อให้องค์กรตุลาการได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่เดียวกันศาลก็สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในการกำกับดูแลองค์กรผู้มีอำนาจกำกับดูแลว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เช่นเดียวกัน

2. การควบคุมโดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ (Appeal) ในกรณีนี้ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งและคำวินิจฉัยทางปกครอง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่ง

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 255.

ที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไปความมุ่งหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นมีความมุ่งหมาย 3 ประการ ดังนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพื่อควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และเพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล¹⁹

การอุทธรณ์และการร้องทุกข์ (Complaint) นั้นจะมีลักษณะใกล้เคียงกันมากแต่การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยโดยทั่วไปนั้นจะมีระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วย วิธีการร้องทุกข์และวิธีการอุทธรณ์ต่างก็เป็นวิธีการในการควบคุม (Control) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วยองค์ภายในของฝ่ายบริหารเอง กล่าวคือ การร้องทุกข์เป็นวิธีการให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่าทำการพิจารณาและทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารอีกชั้นหนึ่ง ส่วนการอุทธรณ์นั้นเป็นวิธีการในการขอให้มีการทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครอง แต่ต่างกันที่ว่าการอุทธรณ์นั้นจะต้องทำในระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นสำคัญ

การพิจารณาเรื่องการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายไทยอาจแยกพิจารณาออกเป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะและการอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง

(1) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ หมายถึง ระบบการอุทธรณ์ตามที่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับได้กำหนดเงื่อนไข (Condition) ในการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ เรื่องการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะเป็นเรื่องที่ไม่นำหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3²⁰ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น เรื่องการอุทธรณ์ต่าง ๆ จึงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ²¹

(2) การอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง เป็นการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ หลักการเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก่อนที่จะได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น มีปรากฏอยู่บ้างแล้วในกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีการและระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเพียงพอที่จะช่วยให้การพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยุติธรรม ในทางวิชาการจึงได้เสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติ

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). **หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง** (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 106.

²⁰ มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 19. หน้า 108.

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองขึ้นมาเพื่อใช้เป็น²² “กฎหมายกลาง” หรือ “กฎหมายทั่วไป” สำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง การที่กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายทั่วไปย่อมหมายความว่า หากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างไร เจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะนั้น เว้นแต่ กรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานไว้ หรือมีกฎหมายเฉพาะแต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่ประกันความเป็นธรรมหรือกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไว้ต่ำกว่าหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้กฎหมายเฉพาะฉบับนั้นไม่ได้ แต่จะต้องใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบังคับแก่กรณีดังกล่าวอย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีของขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ เจ้าหน้าที่จะต้องใช้กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ บังคับแก่ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์เสมอ ทั้งนี้ โดยมิพักต้องคำนึงว่าขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์นั้นจะมีหลักประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่ ดังนั้น การอุทธรณ์ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือกฎหมายกลางจึงเป็นการอุทธรณ์ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ

กล่าวโดยสรุป ภายหลังจากมีการกระทำทางปกครอง (Administrative acts) อย่างใดอย่างหนึ่งออกไปแล้ว จะมีการควบคุมแบบลำดับขั้น อันเป็นการควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ จะมีการควบคุมตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ทั้งนี้ หากมีการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครอง เพื่อให้มีการทบทวนการตัดสินใจของตนอีกครั้งและต้องยื่นต่อฝ่ายปกครอง (Administration) ผู้ออกคำสั่งนั้น โดยตรง อาจยื่นภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับแต่วันมีคำสั่งไม่ว่าจะเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ถ้าหากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใด ๆ ในเวลา 2 เดือน นับแต่มีคำขอฝ่ายผู้ร้องก็อาจนำคดีไปฟ้องที่ศาลปกครองได้²³

2.2.3 การควบคุมการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรภายนอก

1. การควบคุมตรวจสอบโดยทางการเมือง

ในรัฐที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยเสรีนิยมทางผู้แทน (Representative Democracy) ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามระบบรัฐสภา (Parliamentary System) จะมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการทำหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ

²² วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*.

กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 5-6.

²³ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สดวารศีลพร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 17*. หน้า 18-20.

หน้าที่ในทางนิติบัญญัติได้แก่การออกกฎหมาย และหน้าที่ในการควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภา โดยการสอดส่องดูแลการปฏิบัติตามนโยบายของฝ่ายปกครอง ด้วยการตั้งกระทู้ถาม (The Topic) การขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ หรือการตั้งคณะกรรมการสอบสวน เป็นต้น การควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองจึงเป็นการเยียวยาความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง

2. การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ

องค์กรอิสระ²⁴ เป็นหน่วยงานของรัฐไม่สังกัดกระทรวง ทบวง กรมใด ๆ ในระบบราชการ หากแต่เป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล งบประมาณ และการดำเนินการต่าง ๆ องค์กรอิสระจะทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารงานแผ่นดิน เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้น ๆ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (The Nation Counter Corruption Commission) มีอำนาจหน้าที่ไต่สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระผู้ใด มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงเพื่อดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะรวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว²⁵ เป็นต้น

3. การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนมากที่สุด ด้วยเหตุนี้จึงมีการกล่าวกันว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐหากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและ

²⁴ วรากร แก้วหวาน. (2545). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์ดุลพินิจคำสั่งทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.). วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 56.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 234.

ตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (Judiciary) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีด้วย²⁶

การควบคุมและตรวจสอบ โดยองค์กรตุลาการหรือศาลต่อฝ่ายปกครองของไทยนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ใช้ระบบศาลคู่ (Dual Court System) เป็นระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อันเป็นวิธีการที่กฎหมายให้ออกชนผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครอง มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลพิจารณาและพิพากษาว่า การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชน (Private) เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรืออาจขอให้บังคับฝ่ายปกครองชดใช้ค่าสินไหมทด (Damages) แทนให้แก่ตนด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะ เช่น การพิจารณาว่า มีสารพิษอยู่ในสินค้าหรือไม่ สินค้ามีคุณค่าเพียงไร หรือการคิดค่าธรรมเนียม (Fee) เพราะไม่ได้อาศัยแต่เพียงการคำนวณต้นทุนและกำไร (Benefit) เท่านั้น แต่อาจมีการคำนวณความเสี่ยงรวมอยู่ด้วย ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรภายนอกที่เข้ามาควบคุมและตรวจสอบในเชิงการแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง รวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบ ยับยั้งถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันจะทำให้การปฏิบัติงาน หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุม และอยู่บนพื้นฐานของการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

แต่เดิมฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างจำกัด โดยมุ่งไปในทางรักษาความสงบเรียบร้อยการรักษาความปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินให้กับประชาชนเป็นหลัก แต่ปัจจุบันอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองขยายออกไปมากขึ้น มีการจัดตั้งฝ่ายปกครองออกเป็นรูปแบบต่าง ๆ เป็นจำนวนมากเพื่อให้เพียงพอและครอบคลุมตอบสนองต่อการรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยใน

²⁶ โขต อัสวลาภสกุล. (2557). การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก <http://www.pub-law.net/>. [2560, 15 พฤษภาคม]

การดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือ (Tool) เพื่อให้การดำเนินการกิจกรรมทางปกครองบรรลุผล ซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมนั้นปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากภารกิจในการปกครองมีความหลากหลายมากรูปแบบและประเภทขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย²⁷ กรณีจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมาย ที่มา และรูปแบบของการกระทำทางปกครอง (Administrative acts) ในแต่ละรูปแบบเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

2.3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง การกระทำของรัฐแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แทนของตนซึ่งเรียกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Official) การแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้มีผลผูกพันบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด

การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมากรวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการสิ่งกีดขวางจราจร การยิงปืนของพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการกระทำทั่ว ๆ ไปทางปกครองจะมีบทบาทมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา²⁸ ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายแต่อาจมีผลในทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้²⁹

การนิยามคำว่า การกระทำทางปกครองนั้นอาจทำได้ 2 วิธี คือ โดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ วิธีหนึ่ง และโดยการพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ มาจากองค์กรฝ่ายปกครองอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวก็คือการนิยามในเชิงปฏิเสธประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึงการกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายการเมือง ประการที่สองการนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง ซึ่งก็คือ การกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของประชาชนซึ่งรวมถึงการกระทำให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนและ

²⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 67.

²⁸ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2544). องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 141.

²⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2539). กฎหมายปกครอง คำบรรยายบทความ รายงานการศึกษา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 13.

การวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย³⁰ การกระทำทางปกครองเหล่านี้จะไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองในทางแพ่งรวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทางปกครองก็คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองได้³¹

2.3.2 หลักการพื้นฐานสำคัญของการกระทำทางปกครอง

การดำเนินกิจการทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐาน (Foundation) ของกฎหมายปกครอง ดังต่อไปนี้

1. หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร และถือเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ³²

2. หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครองในการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน และเป็นที่ยอมรับได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนการคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29³³

3. หลักสุจริต (Good faith)

หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5³⁴ ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421³⁵ ด้วยเหตุนี้ ในการใช้อำนาจทางปกครองหรืออำนาจมหาชนในลักษณะอื่นใด เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องใช้อำนาจโดยสุจริต การบิดเบือน (Distortion)

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

³¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระการพิมพ์. หน้า 99.

³² กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2551). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 28-29.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

³⁴ มาตรา 5 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

³⁵ มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

การใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

4. หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (The protection of the public interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตามการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้น อาจจะเป็นการกระทำที่ทำให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษาหรือให้เงินอุดหนุนเกษตรกรกรณีดังกล่าวย่อมถือว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เงื่อนไขในการดำเนินการดังกล่าวก็คือ ฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลตามสมควรว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะประโยชน์อย่างไร³⁶

5. หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ (The coverage, reliability and trust)

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ คือ การใช้อำนาจในรูปแบบต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐจะต้องไม่ล่วงละเมิดความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อกฎเกณฑ์หรือการใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐ หากประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะได้รับจากการใช้อำนาจหนึ่ง ๆ ไม่ได้มีน้ำหนักเหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน (Individual Interest) ที่จะต้องเสียหายจากการใช้อำนาจนั้น ทั้งนี้ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดหลักการตีความกฎหมายตลอดจนหลักกฎหมายที่จะต้องนำมาใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจยกเลิกหรือเพิกถอนกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือคำสั่งต่าง ๆ ของรัฐ และบ่อยครั้งก็ถูกนำไปปรับใช้เป็นเหตุผลพื้นฐานในการชดเชยค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ ก็คือหลักกฎหมายที่คุ้มครองสถานะในทางกฎหมายของบุคคลจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐนั่นเอง³⁷

³⁶ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2550). หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน. วารสารวิชาการศาลปกครอง. หน้า 40 – 41.

³⁷ วรณรี สิงห์โต. (2553). การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (Der Vertrauensschutz bei der Aufhebung eines Verwaltungsaktes). วารสารกฎหมายปกครอง, 27 (2). หน้า 88.

6. หลักความเสมอภาค (Equality)

หลักความเสมอภาคจะกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครอง ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค³⁸ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักที่ใช้ควบคุมไม่ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ และใช้ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายปกครอง หรือการพิจารณาคดีของศาล

2.3.3 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งโดยปกติแล้วย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการกระทำอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งการกระทำทางปกครองแบ่งประเภทได้ ดังนี้

1. ปฏิบัติการในทางปกครอง

การปฏิบัติการทั่วไปของฝ่ายปกครองไม่มีผลในทางปกครองเท่าใดนักแต่หากมีการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชนก็จะมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่า ปฏิบัติการทางปกครองหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการในทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีผลกระทบต่อสิทธิของประชาชน เพราะฉะนั้น การปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาทแต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชา (Commander) ได้³⁹

2. นิติกรรมทางปกครอง หรืออาจเรียกว่าคำสั่งในทางปกครอง (Verwaltungsakt)

ในปัจจุบันกฎหมายปกครองของประเทศไทยยังไม่ปรากฏการบัญญัติคำนิยามของคำว่า นิติกรรมทางปกครองเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร จึงยังมีความเห็นสับสนในทางวิชาการอยู่ว่า หากกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองแล้วจะมีความหมายกว้างหรือแคบประการใด นักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายเท่ากับคำว่าคำสั่งทางปกครอง ซึ่งน่าจะเป็นอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ส่วนนักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายครอบคลุมถึงคำสั่งทางปกครองและกฎ แต่ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง เพราะนิติกรรม

³⁸ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 38.

³⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 36.

ทางปกครองต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเสมอ นอกจากนั้นยังมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองนั้น ควรพิจารณาจากคำนิยามของนิติกรรมในทางแพ่งเป็นสำคัญ ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงอาจมีได้ทั้งที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ กฎและคำสั่งทางปกครองและเป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือ สัญญาทางปกครอง⁴⁰

คำสั่งในทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539⁴¹ หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต (Allow) การอนุมัติ (Approval) การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ ซึ่งกฎในที่นี้หมายความว่าถึงกฎทั่ว ๆ ไป เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายมักจะไม่ว่กระทบสิทธิของประชาชนโดยตรงจนกว่าจะมีการอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น ๆ สั่งการให้ประชาชนปฏิบัติ (act) กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ประชาชนจะถูกกระทบสิทธิในกรณีที่มีคำสั่งให้ปฏิบัติ

3. สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴² หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน (Concession Contract) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

การแบ่งแยกสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ และเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น หากเป็นสัญญาทางแพ่งจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยหลักเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณา 2 ประการ คือ สัญญาทางปกครองคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องที่

⁴⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2530). การกระทำทางปกครอง. วารสารนิติศาสตร์, 17(3). หน้า 62.

⁴¹ ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 113 (ตอนที่ 60 ก), วันที่ 14 พฤศจิกายน 2539. หน้า 1.

⁴² ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 (ตอนที่ 94 ก), วันที่ 10 ตุลาคม 2542. หน้า 1.

เชื่อมโยงกฎหมายปกครอง หรือก่อนนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องทางปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)

4. คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfuegung)

คำสั่งทั่วไปทางปกครองมีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า เช่น ป้ายจราจร ป้ายเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมาย เพราะสิ่งที่เป็นกฎหมายอยู่ในตัวพระราชบัญญัติ แต่ป้ายนี้ออกมาจากพระราชบัญญัติแล้ว และเพราะไม่ได้บอกว่าจะบังคับเฉพาะกับนายดำ นายแดง แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไป สำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย เพราะฉะนั้น ป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไปเพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคลเมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตาม ในทางกฎหมายปกครองคำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นนิติกรรมทางปกครองในตัวเอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง

2.3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมาย⁴³ (Principle of Legality) เป็นหลักที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากหรือภายใต้หลักนิติรัฐที่กล่าวว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นใช้บังคับเฉพาะผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ โดยไม่ถือว่าผู้ปกครองรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเองตราขึ้นมา เพราะถือว่ารัฐและผู้ปกครองรัฐซึ่งได้แก่พระเจ้าแผ่นดินนั้นมีอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่เรียกว่า สมบูรณาญาสิทธิราชย์ และอำนาจสูงสุดดังกล่าวนี้ได้แผ่ขยายไปถึงข้าราชการและข้าราชการบริพารของพระเจ้าแผ่นดินไปด้วย ดังที่มีการเปรียบเทียบกันว่า “ทำงานต่างประเนตรพระกรรณ” ซึ่งหมายความว่าข้าราชการและข้าราชการบริพารเหล่านั้นกระทำการแทนพระเจ้าแผ่นดิน โดยเปรียบเป็นแขนเป็นขาของพระองค์ท่าน ดังนั้น บุคคลเหล่านี้กระทำการใดไปและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง บุคคลเหล่านี้ถูกฟ้องร้องหาได้ไม่ เพราะถ้าฟ้องบุคคลเหล่านี้และเอาผิดได้แล้วก็เท่ากับว่าฟ้องและเอาผิดกับพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งขัดกับหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแต่เดิมฝ่ายปกครองนั้นไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาเมื่อการเมืองการปกครองเปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรงนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้น ซึ่งก็หมายความว่าฝ่ายปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ซึ่งก็หมายความว่า

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 128 – 129.

ถ้าฝ่ายปกครองไปกระทำการใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้การปกครองแล้ว ผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก็สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อองค์กรยุติธรรมได้เพื่อให้เยียวยาแก้ไข การกระทำของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การกระทำขององค์กรของรัฐจึงต้องมีกฎหมายเป็นหลัก ในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายจึงเป็นทั้ง แหล่งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติด้วยระบบกฎหมาย กำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครอง (The Administrative Court) เป็นองค์กรหลักในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดหลัก ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ⁴⁴ ได้แก่

1. หลักการว่าด้วยกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้อง ผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้อง ปฏิบัติต่อองค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่หากกฎหมายไม่ได้ กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีองค์กรที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจ ดำเนินการตามแผนการปกครอง เพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้าง สวนสาธารณะและการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของ การกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากหลักความเป็นเอกภาพของ อำนาจอรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลเสียใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐ ก็จะไม่มีความหมายมิได้ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทาง กฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

⁴⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 21 – 28.

2. หลักการว่าด้วยไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจกำหนดว่า องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำนั้น ๆ ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำที่อยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายมีกฎหมายรองรับเท่านั้น ตามหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ หลักนิติธรรม (Rule of Law) และหลักการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นการคุ้มครองประชาชนจากการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของตนเป็นสำคัญ โดยหลักแล้วกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นต้องเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น องค์กรฝ่ายปกครองจะอ้างกฎหมายประเพณีมาเป็นฐานรองรับในการใช้อำนาจปกครองหาได้ไม่ หากกฎหมายประเพณีดังกล่าวมีอยู่จริง ย่อมเป็นหน้าที่ขององค์กรนิติบัญญัติที่จะตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อรองรับกฎหมายประเพณีนั้น หรือยกเลิกกฎหมายประเพณีนั้นเสียเพื่อความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย (Legal System)

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนั้น ย่อมมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคลไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหสถาน และการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ส่วนมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นคุณกับประชาชน และไม่มีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำการได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน แต่ต้องมีความชอบธรรมในทางกฎหมายอันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดคถุเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกรและการอนุญาตให้กู้ยืมเงินไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรมซึ่งจะต้องกำหนดวงเงินงบประมาณเพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นกรอบในการใช้อำนาจและจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำการทางปกครอง⁴⁵

2.4 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การปกครองในระบบนิติรัฐนั้น เป็นที่ยึดถือกันว่ากฎหมายเป็นทั้งที่มาของอำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐ กฎหมายจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการปกครองและต่อการใช้อำนาจรัฐ

⁴⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 9. หน้า 488.

เพื่อให้หลักการที่กล่าวมาบรรลุผล กฎหมายจึงควรต้องมีความชัดเจนแน่นอนตามสมควร โดยกำหนดกรณีต่าง ๆ เกี่ยวกับการใช้อำนาจและเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนโดยไม่เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติองค์กรที่ทำหน้าที่ตรากฎหมายหรือองค์กรนิติบัญญัติไม่สามารถระบุกรณีต่าง ๆ อันเป็นเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจรวมทั้งผลตามกฎหมายอันเกิดจากการปรับใช้กฎหมายได้อย่างละเอียดสำหรับทุก ๆ กรณีไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในรัฐสมัยใหม่ที่ภารกิจของรัฐและภารกิจหน้าที่ในการบริหารมีปริมาณมากและสลับซับซ้อน ความจำเป็นที่องค์กรนิติบัญญัติจะต้องเปิดช่องทางให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจเพื่อปรับใช้กฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์แต่ละสถานการณ์ก็มีมากยิ่งขึ้น⁴⁶ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ภารกิจของรัฐนั้นบรรลุวัตถุประสงค์

อำนาจที่กฎหมายให้แก่ฝ่ายปกครองเพื่อใช้ในการจัดทำภารกิจทางปกครองที่เรียกโดยทั่วไปว่าอำนาจปกครอง (Administrative Power) อาจจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) ซึ่งอำนาจทั้งสองมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)

อำนาจผูกพัน เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้เกิดขึ้นแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจกระทำการ และต้องกระทำการโดยมีเนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนด เช่น เมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้ว คือ หน้าที่ (Duty) นั่นเอง แต่เหตุที่ยังคงเรียกได้ว่าเป็นอำนาจก็เนื่องจากการกระทำที่เกินจากการปฏิบัติหน้าที่ กฎหมายรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันเนื่องจากความคิดในเรื่องความยุติธรรมทั่วไป คือ ความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อข้อเท็จจริงเฉพาะราย

2. อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)

อำนาจดุลพินิจ เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ฝ่ายปกครองโดยบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกปฏิบัติและตัดสินใจด้วยตนเองในความรับผิดชอบของตนเองและภายในขอบเขตแห่งกฎหมายนี้ อาจมีการปฏิบัติและการตัดสินใจได้หลายอย่างแต่ละอย่างก็ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจเนื่องจากความคิดในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมาย โดยคำนึงถึงสภาพแวดล้อมของข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ หรือเป็นกรณี ๆ ไป ทำให้

⁴⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2551). ตำรากฎหมายปกครอง ว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดอกเบี๋ย. หน้า 65 – 66.

การใช้กฎหมายไม่แข็งกระด้างแต่สามารถยืดหยุ่นปรับให้สอดคล้องและเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเฉพาะรายได้ เป็นกรณีที่น่าถึงความยุติธรรมเฉพาะคดี⁴⁷

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มจากการพิจารณาคำร้องหรือคำขอว่าได้ยื่นถูกต้องตามแบบขั้นตอน และระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ก่อนมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องหรือคำขอ เมื่อได้รับคำร้องไว้พิจารณาแล้วต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างอิสระ เป็นกลาง โปร่งใส ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช่อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขณะเดียวกันจะต้องสงวนและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วย นอกจากนี้ การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติ ต้องใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุมีผลและไม่ขัดกับหลักกฎหมาย ส่วนการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ไม่สอดคล้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แต่ละกรณี รวมถึงการใช้ดุลพินิจไม่เป็นไปตามสัดส่วนของการกระทำ (Principle of Proportionality) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดความสัมพันธ์ของผู้ใช้อำนาจปกครองกับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองให้เกิดความสมดุลสมเหตุสมผลพอเหมาะพอควรแก่กรณี ได้แก่ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) คือการใช้อำนาจให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ตามกฎหมาย หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) ต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดหรือทำให้รัฐเสียหายน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) หากผลของคำสั่งทางปกครองเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมน้อยมากเมื่อเทียบกับความเสียหายที่ประชาชนได้รับ⁴⁸

2.4.1 ขั้นตอนการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การใช้ดุลพินิจ (Discretion) ของฝ่ายปกครองประกอบ 3 ขั้นตอน คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง การปรับบทกฎหมาย และการตัดสินใจ โดยมีรายละเอียดดังนี้⁴⁹

⁴⁷ สัตยชัย สิริเดช. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 17 – 18.

⁴⁸ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2540). ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน รวมบทความเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ (พิมพ์ครั้งแรก). กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 102-107.

⁴⁹ เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์. ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง. (ออนไลน์) เข้าถึงได้จาก www.stabundamrong.go.th. [2560, 14 พฤษภาคม]

1. ขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ก่อนที่ฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการใด จะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบนี้ฝ่ายปกครองต้องอาศัยพยานหลักฐาน และวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ โดยที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงไปตามพยานหลักฐานไม่ใช่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร

2. ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย คือ ขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือมีอยู่นั้นตรงกับหลักที่กฎหมายบัญญัติในมาตราใดโดยมีวิธีการ ดังนี้

(1) การตีความข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในตัวบทกฎหมาย

(2) แยกแยะข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องออกจากข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด

(3) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องว่าเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามที่บัญญัติในบทกฎหมายหรือไม่

โดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริงเป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร ซึ่งเห็นได้ชัดเจนในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น แต่ในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายไม่แน่นอนชัดเจน คือ ถ้อยคำที่กฎหมายไม่ได้ให้คำจำกัดความและวิญญูชนอาจเข้าใจความหมายแตกต่างกันได้ เช่น การกระทำที่เป็นภัยต่อความมั่นคงของรัฐ (State Security) การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อาคารหรือโรงเรือนที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรมน่ารังเกียจ ผลึกภัณฑ์ทางเภสัชกรรมที่น่าจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน สิ่งตีพิมพ์ที่น่าจะเป็นอันตรายต่อจิตใจของประชาชน เป็นต้น ซึ่งยังมีข้อถกเถียงกันว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายหรือดุลพินิจ (Discretion) ความเห็นหนึ่งว่าไม่ว่ากฎหมายจะให้ถ้อยคำพรรณนาข้อเท็จจริงโดยมีความหมายแน่นอนชัดเจนหรือไม่มีความหมายแน่นอนชัดเจนก็ตาม ย่อมมีคำตอบที่ถูกต้องตามกฎหมายเพียงคำตอบเดียว ซึ่งเป็นหน้าที่ (Duty) ของฝ่ายปกครองต้องใช้วิจารณญาณแสวงหาคำตอบที่ถูกต้องภายใต้ความควบคุมของศาล อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่า การใช้ถ้อยคำที่ไม่กำหนดความหมายแน่นอนชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้อยคำที่แสดงออกถึงความคิดเกี่ยวกับคุณค่าของบุคคลและสรรพสิ่ง เป็นเครื่องแสดงโดยปริยายว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ปล่อยให้การวินิจฉัยอยู่ในดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

3. ขั้นตอนการตัดสินใจ เมื่อฝ่ายปกครองวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายเสร็จแล้วข้อพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายกำหนดการใช้อำนาจ (Power) กระทำการของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร กฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียวหรือกฎหมายกำหนดให้

ฝ่ายปกครองเลือกกระทำกรทำได้หลายประการเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ซึ่งอาจอยู่ในรูปกระทำกรหรือดเว้นไม่กระทำกรก็ได้ หรืออาจกำหนดทางเลือกไว้มากกว่าสองทางเลือกหรือเลือกกระทำกรภายในขอบเขตที่กำหนดก็ได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ (Discretion) ในการตัดสินใจ (Decision making) ตามความคิดเห็นของตน ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ 2 ประการ คือ

(1) ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองโดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ...ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 8⁵⁰ ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินที่อยู่ภายในเขตที่ดินตามแผนที่เพื่อกระทำกรที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อทำการสำรวจและเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนที่แน่นอน

(2) ดุลพินิจเลือกกระทำกร ฝ่ายนิติบัญญัติอาจบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจว่าจะเลือกการกระทำประการใดประการหนึ่งในหลายประการเพื่อความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริง หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดแบ่งออกเป็น

ก. ดุลพินิจเลือกกระทำกรอย่างหนึ่งในหลาย ๆ ประการที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เช่น กรณีที่ผู้รับใบอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 21⁵¹ ได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่สามารถเลือกเมื่อความว่าสมควรจะออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

ข. ดุลพินิจเลือกกระทำได้เองภายในที่กฎหมายกำหนด ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดเจาะจงลักษณะของการกระทำให้แก่ฝ่ายปกครอง แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกลักษณะของ

⁵⁰ มาตรา 8 ภายในกำหนดอายุแห่งพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 6 เจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่มีสิทธิเข้าไปในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นที่อยู่ภายในเขตที่ดินตามแผนที่เพื่อกระทำกรที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อทำการสำรวจและเพื่อทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนที่แน่นอน แต่ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวทราบถึงกิจการที่จะต้องกระทำล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสิบห้าวันก่อนเริ่มกระทำกรนั้น และผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครอง โดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวขอที่จะได้รับค่าทดแทนสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจการที่ต้องกระทำนั้น

⁵¹ มาตรา 21 ผู้รับใบอนุญาตตั้งสถานบริการขาดคุณสมบัติที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมที่ดี ดำเนินกิจการสถานบริการโดยไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ก็ดี พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือสั่งพักใช้ใบอนุญาต หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตก็ได้

การสั่งพักใช้ใบอนุญาต ให้สั่งพักได้ครั้งละไม่เกินสามสิบวัน

การกระทำเองตามความจำเป็น เช่น กรณีที่สาธารณภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น พระราชบัญญัติป้องกันภัยฝ่ายพลเรือน พ.ศ. 2522 มาตรา 32⁵² กำหนดให้ผู้อำนาจการป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนในเขตท้องที่รับผิดชอบหรือเจ้าหน้าที่ป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจตามความจำเป็นในอันที่จะสั่งให้บุคคลใด ๆ ในเขตท้องที่ให้ปฏิบัติตามการอย่างใดอย่างหนึ่งในการป้องกันและบรรเทาอันตรายหรือความเสียหาย เป็นต้น

2.4.2 ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง มิได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจของตนเองกระทำการใดก็ได้ตามอำเภอใจโดยปราศจากขอบเขต เนื่องจากระบบกฎหมายปกครองไม่ยอมรับอำนาจดุลพินิจอย่างเสรี ฝ่ายปกครองจึงต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตนภายในขอบเขตของกฎหมาย มิฉะนั้นแล้วจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion) ทั้งนี้ อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะมีขอบเขตกว้างแคบเพียงใดขึ้นอยู่กับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจ (Discretion power) แก่ฝ่ายปกครองประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

1. พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย⁵³

หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีผลโดยตรงต่อขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยถ้อยคำที่มีผลต่อขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมีอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ ถ้อยคำที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ และถ้อยคำที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจดุลพินิจ โดยมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้

⁵² มาตรา 32 ในกรณีที่สาธารณภัย ภัยทางอากาศ หรือการก่อวินาศกรรมเกิดขึ้นหรือใกล้จะเกิดขึ้น ให้ผู้อำนาจการป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนในเขตท้องที่ที่รับผิดชอบ หรือเจ้าหน้าที่ป้องกันภัยฝ่ายพลเรือนที่ได้รับมอบหมายมีอำนาจหน้าที่ตามความจำเป็น ดังต่อไปนี้

(1) สั่งข้าราชการฝ่ายพลเรือน สมาชิกหน่วยอาสาสมัคร และบุคคลใด ๆ ในเขตท้องที่ให้ปฏิบัติตามการอย่างใดอย่างหนึ่งในการป้องกันและบรรเทาอันตรายและความเสียหาย ทั้งนี้ นอกจากบุคคลที่รัฐมนตรีประกาศยกเว้น

(2) สั่งใช้สถานที่ วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือและเครื่องใช้ของทางราชการฝ่ายพลเรือน หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจและเอกชนที่อยู่ในเขตท้องที่นั้น

(3) สั่งใช้ยานพาหนะของทางราชการฝ่ายพลเรือน หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจและเอกชน ที่อยู่หรือเข้าไปในเขตท้องที่นั้น

⁵³ อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายไทย. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49 - 50.

(1) ถ้อยคำที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจ

ก. ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ

โดยเหตุที่ฝ่ายปกครองสามารถมีอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ หากข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง แต่หาถ้อยคำดังกล่าวมิได้แสดงออกว่าฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในขอบเขตที่กว้างหรือแคบ เนื่องจากถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง เพียงแต่แสดงออกซึ่งคุณค่าบางประการ โดยฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องนำถ้อยคำดังกล่าวมาตีความให้ความหมายพิเศษทางวิชาการหรือทางความเชี่ยวชาญ (Expertise) เฉพาะด้านเท่านั้น เพราะฉะนั้นขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจึงไม่สามารถพิจารณาจากถ้อยคำดังกล่าวได้

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่าอำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงจะไม่มีขอบเขตเลย เพราะหากพิจารณาจากเหตุผลที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจดุลพินิจให้แก่ฝ่ายปกครอง ก็เนื่องจากฝ่ายปกครองมีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านนั่นเอง ฝ่ายปกครองจึงจำเป็นต้องวางกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัย ดังนั้นขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองจึงพิจารณาได้จากกฎเกณฑ์ในการประเมินความหมายหรือมาตรฐานทั่วไปในการวินิจฉัยที่ฝ่ายปกครองได้วางไว้

ข. ถ้อยคำที่บัญญัติเป็นองค์ประกอบส่วนผล

ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจดุลพินิจตัดสินใจกว้างหรือแคบเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับถ้อยคำที่บัญญัติในองค์ประกอบส่วนผล โดยถ้อยคำดังกล่าวอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ (Discretion) ที่จะเลือกดำเนินการหรือไม่ดำเนินการเท่านั้น หากฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการแล้วก็ย่อมไม่มีสิทธิเลือกมาตรการดำเนินการ หรืออาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจที่จะเลือกดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ โดยฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการเท่านั้น แต่มีดุลพินิจเลือกมาตรการดำเนินการ หรืออาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ หากฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการแล้วยังมีดุลพินิจเลือกมาตรการดำเนินการได้อีก ซึ่งถ้อยคำในแต่ละกรณีย่อมมีผลให้ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองแตกต่างกันออกไป โดยในกรณีสุดท้ายฝ่ายปกครองย่อมมีขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจกว้างที่สุดเพราะฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการเลือกผลทางกฎหมายทั้งในขั้นตอนการตัดสินใจ (Decided) เลือกดำเนินการหรือไม่ดำเนินการ และขั้นตอนการตัดสินใจเลือกมาตรการดำเนินการ⁵⁴

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

ในส่วนของอำนาจดุลพินิจเลือกมาตรการดำเนินการนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติมักจะกำหนด มาตรการดำเนินการไว้ให้ฝ่ายปกครองเลือกใน 2 ลักษณะ ได้แก่ กรณีที่ระบุมมาตรการดำเนินการไว้ อย่างชัดเจน เช่น ในกรณีที่ข้าราชการพลเรือนผู้ใดกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชา⁵⁵ สั่งลงโทษภาคทัณฑ์ (To put on Probation) หรือตัดเงินเดือน (Salary Cut) หรือลดเงินเดือน (Reduction in Salary) และกรณีที่มิได้ระบุมมาตรการดำเนินการไว้อย่างชัดเจน เช่น เมื่อมีเหตุฉุกเฉินหรือเหตุ ภัยอันตรายต่อสาธารณชนอันเนื่องมาจากภัยธรรมชาติหรือภาวะมลพิษที่เกิดจากการแพร่กระจาย ของมลพิษ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย ของประชาชน หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐเป็นอันมาก ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งการตามที่เห็นสมควร⁵⁶ จะเห็นได้ว่ากรณีหลังนี้ฝ่ายปกครองมีขอบเขต การใช้ดุลพินิจกว้างกว่ากรณีแรกอย่างมาก เนื่องจากฝ่ายปกครองสามารถเลือกมาตรการดำเนินการ ได้โดยอิสระโดยไม่ถูกจำกัดคั้งเช่นกรณีแรก แต่จะต้องเลือกมาตรการดำเนินการที่สามารถบรรลุ วัตถุประสงค์ของกฎหมายได้เสมอ

(2) ถ้อยคำที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงในการใช้อำนาจดุลพินิจ

นอกจากถ้อยคำที่บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองแล้วยังมีกรณีที่บทบัญญัติแห่ง กฎหมายกำหนดขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยการกำหนดถ้อยคำที่เป็นหลักเกณฑ์ หรือปัจจัยที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจดุลพินิจ เช่น การกำหนด ให้ผู้บังคับบัญชา (Commander) ลงโทษทางวินัยข้าราชการโดยใช้ดุลพินิจเลือกโทษทางวินัยให้

⁵⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 96 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจบรรจุ แต่งตั้งตามมาตรา 57 สั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดเงินเดือนตามควรแก่กรณีให้เหมาะสมกับความผิด

๑๗๑

๑๗๑

⁵⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

มาตรา 9 เมื่อมีเหตุฉุกเฉินหรือเหตุภัยอันตรายต่อสาธารณชน อันเนื่องมาจากภัยธรรมชาติหรือภาวะมลพิษ ที่เกิดจากการแพร่กระจายของมลพิษ ซึ่งหากปล่อยไว้เช่นนั้นจะเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อชีวิต ร่างกายหรือ สุขภาพอนามัยของประชาชน หรือก่อความเสียหายต่อทรัพย์สินของประชาชนหรือของรัฐเป็นอันมาก ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งตามที่เห็นสมควรให้ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือบุคคลใด ๆ รวมทั้งบุคคลซึ่งได้รับ หรืออาจได้รับอันตรายหรือความเสียหายดังกล่าว กระทำหรือร่วมกันกระทำการใด ๆ อันจะมีผลเป็นการควบคุม ระวังหรือบรรเทาผลร้ายจากอันตรายและความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น ได้อย่างทันที่ทั้งนี้ ในกรณีที่ทราบว่ามีบุคคลใด เป็นผู้ก่อให้เกิดภาวะมลพิษดังกล่าว ให้นายกรัฐมนตรีมีอำนาจสั่งบุคคลนั้นไม่ให้กระทำการใดอันจะมีผลเป็น การเพิ่มความรุนแรงแก่ภาวะมลพิษในระหว่างที่มีเหตุภัยอันตรายดังกล่าวด้วย

๑๗๑

๑๗๑

เหมาะสมกับความผิดหรือตามความร้ายแรงแห่งกรณี เป็นต้น ถ้อยคำดังกล่าวส่งผลให้ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองถูกจำกัดลงโดยปริยาย ซึ่งมีผลต่างจากกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดถ้อยคำที่เป็นหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ฝ่ายปกครองต้องนำมาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจดุลพินิจ เพราะกรณีหลังนี้ขอบเขตการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะกว้างกว่ากรณีที่กฎหมายกำหนดถ้อยคำดังกล่าวไว้ ในทางตรงกันข้ามบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดถ้อยคำที่เป็นหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ฝ่ายปกครองต้องละเว้น ไม่นำมาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจดุลพินิจ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองนำหลักเกณฑ์หรือปัจจัยที่ถ้อยคำดังกล่าวได้ห้ามไว้มาประกอบการพิจารณาในการใช้อำนาจดุลพินิจ ย่อมมีผลเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ (Abuse of Discretion)

2. พิจารณาจากแนวคำพิพากษาของศาล

นอกจากบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองจะเป็นตัวกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองแล้ว แนวคำพิพากษาของศาลก็มีส่วนในการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วยเช่นกัน โดยแสดงออกผ่านขอบเขตการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ยิ่งศาลขยายขอบเขตการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองมากเท่าไร ขอบเขตการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองก็ยิ่งแคบลงเรื่อย ๆ ซึ่งในประเทศไทยศาลปกครองจะทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จากการศึกษาพบว่าศาลปกครองได้ควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้⁵⁷

(1) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตของกฎหมาย หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจด้วยตนเอง ใช้ดุลพินิจเมื่อมีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นแล้ว ใช้ดุลพินิจโดยมีเนื้อความที่กฎหมายกำหนด และใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (The Spirit of Laws)

(2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริง หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ละเลยการใช้ดุลพินิจของตนเอง ใช้ดุลพินิจอย่างอิสระโดยไม่ผูกพันตนเองอย่างเคร่งครัดกับแนวปฏิบัติที่ผู้บังคับบัญชาได้กำหนดไว้หรือการกระทำที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน และใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีอย่างรอบด้าน โดยต้องนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณาและต้องไม่นำข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณา

(3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผล หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจกระทำการต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค (Equality) และหลักความสมเหตุสมผล

⁵⁷ อนุวัฒน์ บุญนันท์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 52.

2.5 แนวคิดหลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังถือได้ว่าเป็นกฎเกณฑ์ของบ้านเมือง ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาเป็นส่วนใหญ่ ดังที่ได้บัญญัติในมาตรา 8 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 “กฎหมายอาจกำหนดโทษทางอาญาได้ก็แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็นอย่างยิ่งโดยชัดเจนเท่านั้น และบุคคลหาอาจต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ ได้กระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย”⁵⁸ แต่มิใช่ว่ากฎหมายอื่นจะมีได้ใช้หลักดังกล่าวนี้เลย เช่น ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 2 บัญญัติรับหลักการดังกล่าวไว้ว่า กฎหมายบัญญัติไว้สำหรับอนาคตเท่านั้น กฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง หลักห้ามมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังเป็นการเรียกร้องไม่ให้กฎหมายมีผลบังคับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตที่ผ่านมาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการย้อนหลังไปเป็นโทษต่อเหตุการณ์ที่ได้สิ้นสุดไปแล้ว⁵⁹ กฎหมายย่อมใช้บังคับในกาลภายหน้าเท่านั้น เหตุผลก็คือ ในขณะที่ผู้กระทำความผิดกันเพื่อกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี หรือในเรื่องทางอาญาก็ดี ย่อมจะต้องพิจารณาว่าสิทธิและหน้าที่ของคนนั้นขัดหรือแย้งต่อกฎหมายที่เป็นอยู่ขณะนั้นหรือไม่ บุคคลสามารถตัดสินใจอย่างอิสระเท่านั้น ตราบเท่าที่บุคคลนั้นสามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีผลทางกฎหมายเกิดขึ้นแก่เขาอย่างไร อยากรู้ก็ตาม มีกฎหมายหลายเรื่องซึ่งมีผลบังคับย้อนหลังได้ ทั้งในทางแพ่ง ในทางอาญา และในกฎหมายวิธีสบัญญัติ ทั้งนี้ ย่อมแล้วแต่แนวนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารว่าสมควรที่จะให้กฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ แต่โดยหลักทั่วไปแล้ว ในทางอาญานั้นย่อมไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งที่จะให้กฎหมายมีผลย้อนหลัง ด้วยเหตุนี้เองจึงมีสุภาษิต (proverb) กฎหมายสำคัญยิ่งบทหนึ่งว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ ถ้าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ก่อนแล้วว่าเป็น ความผิด” (nullum crimen nulla poena, sine lege: There should be no crime without previous law making the deed a crime.)⁶⁰

หลักกฎหมายไม่มีผลย้อนหลัง มีหลักว่า กฎหมายย่อมไม่มีผลย้อนหลังไปใช้บังคับกับเหตุการณ์ในอดีต แต่หากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนแล้ว กฎหมายก็สามารถมีผลย้อนหลังได้ โดยหลักกฎหมายนี้คือ หลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งต้องนำไปใช้ในทุกระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายอาญา (Criminal Law) กฎหมายเอกชน (Private Law) กฎหมายมหาชน (Public Law) หรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม โดยมีหลักการเดียวกันและมีข้อยกเว้นเดียวกันในทุกระบบกฎหมาย

⁵⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 155.

⁵⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 1*. หน้า 27.

⁶⁰ ธานินทร์ ทรัพย์เชียร และวิชา มหาคุณ. (2548). *การตีความกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ชวนพิมพ์. หน้า 279.

ความจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชนนั้น⁶¹ มิใช่เพียงถ้อยคำที่อ้างขึ้นลอย ๆ หากแต่มีหลักเกณฑ์ในการค้นหาคำจำเป็นเพื่อประโยชน์ของมหาชน กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรผู้มีหน้าที่ใช้หรือตีความกฎหมาย จะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่มหาชนพึงจะได้รับ หากกฎหมายนั้นมีผลย้อนหลัง เปรียบเทียบกับ ประโยชน์บางประการที่ปัจเจกชนต้องเสียไป อันเนื่องมาจากการย้อนหลังของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อกฎหมายมีผลย้อนหลังแล้วมหาชนได้รับอะไรบ้าง และปัจเจกชนต้องสูญเสียอะไรบ้าง ฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรผู้มีหน้าที่ใช้หรือตีความกฎหมายจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกันหากพิจารณาเปรียบเทียบกันแล้วพบว่าประโยชน์ที่มหาชนพึงจะได้รับนั้นมีคุณค่ามากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องเสียไปเพราะการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย กฎหมายนั้นก็จะมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะสามารถมีผลย้อนหลังได้แต่หากประโยชน์ที่มหาชนพึงจะได้รับจากการมีผลย้อนหลังมีค่าน้อยกว่าหรือเท่ากันกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องเสียไปเพราะการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย แสดงว่ายังไม่มีความจำเป็นพอที่กฎหมายจะมีผลย้อนหลังได้

การกำหนดมาตรฐานการเปรียบเทียบคุณค่าทางกฎหมาย โดยให้ประโยชน์ที่มหาชน (Public Interest) จะได้รับจากการมีผลย้อนหลังมีคุณค่ามากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนจะต้องสูญเสียไปเพราะการมีผลย้อนหลังของกฎหมาย เนื่องจากการมีผลย้อนหลังของกฎหมายเป็นข้อบกพร่องอย่างหนึ่งของกฎหมาย ดังนั้น การย้อนหลังของกฎหมายจึงต้องมีประโยชน์มหาชนมากกว่าประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไป ซึ่งในอีกมุมหนึ่งก็คือ ภาระที่ปัจเจกชนนั้นต้องแบกรับเพื่อให้มหาชนได้รับประโยชน์นั่นเอง

เมื่อชั่งน้ำหนักประโยชน์ของคุณค่าทางกฎหมายแล้ว พบว่ากฎหมายมีเหตุผลและความจำเป็นที่จะมีผลย้อนหลังได้ สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ กฎหมายย้อนหลังนั้นจะมีผลบังคับย้อนหลังเพียงใด หลักในการพิจารณาก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติธรรม (The Rule of Law) กล่าวคือ การมีผลย้อนหลังนั้นจะต้องอยู่บนเหตุผลที่ว่า การย้อนหลังนั้นเพื่อวัตถุประสงค์ใดก็ต้องย้อนหลังไปเพื่อวัตถุประสงค์นั้น และต้องตรวจสอบบรรดาวิธีการที่จะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์นั้นว่าวิธีการใดที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนสูงสุดและสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชนน้อยที่สุดนั่นเอง ซึ่งหลักดังกล่าว ก็คือหลักพอสมควรแก่กรณีอันเป็นหลักการที่สืบเนื่องมาจากหลักนิติธรรมอีกนั่นเอง

⁶¹ ฉันทพงษ์ บุญผะ. (2553). ปัญหากฎหมายย้อนหลัง. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 93 – 95.

หลักพอสมควรแก่เหตุนี้มีหลักเกณฑ์พิจารณา 3 ขั้นตอน ดังนี้⁶²

(1) คำนวณวัตถุประสงค์ที่ต้องการสำหรับการออกกฎหมายย้อนหลังนั้น ๆ

(2) ต้องพิจารณาว่ากฎหมายจะย้อนหลังในวิธีการต่าง ๆ ที่สามารถทำให้วัตถุประสงค์ข้างต้นบรรลุผลได้

(3) ในบรรดาวิธีการที่จะทำให้วัตถุประสงค์ข้างต้นบรรลุผลนั้น ต้องเลือกใช้วิธีการที่จำเป็นที่สุด เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายย้อนหลังนั้นน้อยที่สุด

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือองค์กรผู้มีอำนาจในการใช้หรือการตีความกฎหมายยึดมั่นในหลักการดังกล่าวเบื้องต้น ย่อมเป็นหลักประกันได้ว่ากฎหมายย้อนหลังนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์กับมหาชนสูงสุดและในขณะเดียวกันก็จะสร้างภาระหรือผลร้ายให้แก่ปัจเจกชนน้อยที่สุด ซึ่งเท่ากับว่ากฎหมายย้อนหลังก็สร้างหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้กับประชาชน เพื่อเยียวยาลักษณะสำคัญของกฎหมายย้อนหลังที่ไม่อาจแจ้งเตือนให้ประชาชนสามารถรู้ตัวได้ล่วงหน้านั่นเอง

2.5.1 คำนียามของกฎหมายย้อนหลัง

กฎหมายย้อนหลังนั้น มีที่มาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งปรากฏอยู่ใน Institute ที่บัญญัติไว้ดังต่อไปนี้⁶³

(1) *Leges posteriores priores abrogant* ซึ่งมีความหมายว่า กฎหมายใหม่ย่อมยกเลิกกฎหมายเก่า

(2) *Nova constitutio futuris formam imponere debet non praeteritis* ซึ่งมีความหมายว่า กฎหมายใหม่ต้องบังคับแต่การที่ได้กระทำลงในอนาคต ห้ามใช้แก่การที่ได้กระทำมาในอดีตไม่

หากเราพิจารณาหลักกฎหมายโรมันที่ปรากฏข้างต้น เราก็สามารถตีความค่านียามของกฎหมายย้อนหลังได้ว่า กฎหมายใหม่ที่นำไปบังคับแก่การกระทำที่ได้กระทำลงในอดีตนั่นเอง ซึ่งค่านียามดังกล่าว ก็เป็นเพียงการนิยามที่ให้ความหมายตามตัวอักษร ไม่ได้ให้หลักการใด ๆ เพิ่มเติมขึ้นเลย

⁶² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 35 – 40.

⁶³ “ผลแห่งการประกาศใช้กฎหมายใหม่ในกรุงสยาม”, *ท้ายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พุทธศักราช 2468 บรรพ 1 และ 2 กับอุทธรณ์ ฉบับกรมร่างกฎหมาย*. จัดพิมพ์โดยสำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา. พระนคร: โรงพิมพ์ไทยพิทยา. หน้า 14.

ต่อมา Savigny ได้เสนอสมมติฐานเกี่ยวกับกฎหมายย้อนหลังออกเป็น 2 ส่วน คือ⁶⁴ กฎหมายใหม่จะต้องไม่มีผลกระทบในลักษณะย้อนหลัง และกฎหมายใหม่จะต้องไม่ไปกระทบกระเทือนสิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยชอบตามกฎหมายเดิม โดยสมมติฐานข้อแรกของ Savigny ได้อธิบายว่าเราไม่สมควรที่จะอธิบายความหมายของกฎหมายย้อนหลังตามตัวอักษร เนื่องจากมันจะทำให้กฎหมายย้อนหลัง หมายถึง เหตุการณ์ใดที่เกิดขึ้นแล้วจะต้องไม่มีเหตุการณ์นั้นเกิดขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การลบล้างเหตุการณ์ในอดีต ซึ่งมันไม่สามารถเป็นไปได้อย่างแน่นอน แต่เราต้องอธิบายความหมายของกฎหมายย้อนหลังตามความสำคัญทางกฎหมาย ซึ่งจะหมายความว่า กฎหมายย้อนหลังมุ่งหมายจะมีผลต่อนิติสัมพันธ์ของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีต⁶⁵ ส่วนในสมมติฐานข้อที่สอง Savigny ได้อธิบายว่า นิติสัมพันธ์ควรจะถูกสงวนรักษาไว้ในลักษณะดั้งเดิมและมีผลบังคับได้⁶⁶ และ Savigny ยังมีความเห็นว่าสมมติฐานทั้งสองส่วนนี้ไม่ได้แบ่งแยกออกจากกัน โดยชัดเจน แต่กลับมีความเกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกันอย่างใกล้ชิด⁶⁷ โดย Savigny ยืนยันว่า กฎหมายย้อนหลังไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงในอดีตจากมีหรือไม่มีหรือจากไม่มีเป็นมีไปได้ แต่ในทางตรงกันข้ามกฎหมายย้อนหลังมีความมุ่งประสงค์ที่จะไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตนั้นต่างหาก กล่าวคือ ให้เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตนั้นมีนิติสัมพันธ์เปลี่ยนแปลงไปจากที่เป็นอยู่เดิม

ต่อมา Driedger ได้พยายามศึกษาความเป็นไปได้ของกฎหมายย้อนหลังว่าจะออกมารูปแบบใดได้บ้าง และได้สังเคราะห์ขึ้นเป็นนิยามของกฎหมายย้อนหลัง โดย Driedger เห็นว่า กฎหมายย้อนหลังสามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะใหญ่ คือ

(1) กฎหมายย้อนหลัง (Retroactive Laws) ซึ่งมีผลบังคับใช้ในเวลาก่อนที่กฎหมายฉบับนั้นจะประกาศใช้

(2) กฎหมายย้อนหลัง (Retrospective Laws) ซึ่งมีผลบังคับใช้ไปในอนาคตเท่านั้น แต่ไปกำหนดนิติสัมพันธ์ขึ้นใหม่ โดยอาศัยเหตุการณ์ในอดีตที่เกิดขึ้นแล้วเป็นองค์ประกอบของกฎหมายในกฎหมายฉบับนั้น ๆ

⁶⁴ Von Savigny, F. C., Private International Law and the Retrospective Operation of : Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time, 2nd ed. (T&T Clark: Edinburgh, 1880), page 334. Cited in Juratowitch, Ben, Retroactivity and the Common Law, (Hart Publishing: Portland, 2008), page 10.

⁶⁵ Von Savigny, F. C., *Ibid*, page 340. Cited in Juratowitch, Ben, *Ibid*, page 11.

⁶⁶ Von Savigny, F. C., *Ibid*, page 341. Cited in Juratowitch, Ben, *Ibid*, page 11.

⁶⁷ Von Savigny, F. C., *Ibid*, page 339. Cited in Juratowitch, Ben, *Ibid*, page 11.

แต่อย่างไรก็ดี การให้นิยามกฎหมายย้อนหลังโดยแยกออกเป็น Retroactive Laws กับ Retrospective Laws ของ Driedger นั้น ไม่ได้ทำให้เห็นความแตกต่างในผลทางกฎหมายระหว่าง Retroactive Laws กับ Retrospective Laws แต่อย่างใด ในทางตรงข้าม Driedger ยังเห็นว่ากฎหมายย้อนหลังทั้งสองกรณีนั้น มีลักษณะร่วมกันอยู่ประการหนึ่ง คือ กฎหมายเหล่านี้ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ใหม่กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้าที่กฎหมายเหล่านั้นจะประกาศใช้

Sampford จึงได้เสนอนิยามกฎหมายย้อนหลังโดยอาศัยลักษณะร่วมกันดังกล่าวข้างต้นที่ Driedger ได้สรุปไว้ เพื่อใช้เป็นนิยามของกฎหมายย้อนหลังที่สามารถนำไปใช้ได้กับกฎหมายย้อนหลังทุกชนิด กล่าวคือ กฎหมายย้อนหลัง หมายถึง กฎหมายซึ่งเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต

จะเห็นว่า นิยามกฎหมายย้อนหลังของ Sampford นั้นนอกจากจะเน้นหลักการสำคัญของกฎหมายย้อนหลังที่ว่า กฎหมายย้อนหลังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงในอดีตแต่สามารถเปลี่ยนนิติสัมพันธ์ในอดีตได้แล้ว ยังแยกปัญหาระหว่างกฎหมายย้อนหลังกับกฎหมายใหม่ออกจากกันได้โดยเด็ดขาด กล่าวคือ กฎหมายใหม่นั้น คือ กฎหมายซึ่งเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นในอนาคตเท่านั้น ส่วนการที่กฎหมายไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นในอดีตนั้น นับว่าเป็นกฎหมายย้อนหลังทั้งหมด⁶⁸

2.5.2 กฎหมายย้อนหลังในลักษณะต่าง ๆ

1. กฎหมายใหม่ที่บัญญัติโดยแจ้งชัดให้มีผลย้อนหลังไปใช้กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและจบสิ้นไปแล้วในอดีต

กฎหมายย้อนหลังลักษณะนี้ คือ การที่กฎหมายได้บัญญัติโดยแจ้งชัดให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังกับเหตุการณ์หรือการกระทำที่เกิดขึ้นและจบสิ้นไปแล้วก่อนวันที่กฎหมายนั้นจะประกาศใช้ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 37 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515⁶⁹ ข้อ 1 ซึ่งบัญญัติว่าให้ถอนสัญชาติไทยของบรรดาบุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทยโดยบิดาเป็นคนต่างด้าว หรือมารดาเป็นคนต่างด้าวแต่ไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย และในขณะที่เกิดบิดาหรือมารดานั้นเป็น

- (1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยเป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย
- (2) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราว หรือ
- (3) ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

⁶⁸ ฉันทพงษ์ นุปผเวช. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61. หน้า 40-44.

⁶⁹ ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 89 (ตอนที่ 190), ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515, หน้า 206.

ทั้งนี้ เว้นแต่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (Minister of Interior) พิจารณาเห็นสมควร และสั่งเฉพาะรายเป็นประการอื่น

เมื่อพิจารณาประกาศฉบับดังกล่าวก็จะพบว่า ก่อนวันที่ 13 ธันวาคม 2515 บุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทยย่อมได้รับสัญชาติไทยตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508⁷⁰ มาตรา 7 (3) ทั้งนี้ ไม่ว่าบิดาหรือมารดาของบุคคลนั้นจะเป็นคนต่างด้าว (alien) หรือไม่ แต่เมื่อถึงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 เมื่อประกาศฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ประกาศฉบับนี้ทำให้บุคคลที่เกิดในราชอาณาจักรไทย ซึ่งเคยได้รับสัญชาติตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 7 (3) แต่บิดาเป็นคนต่างด้าวหรือมารดาเป็นคนต่างด้าวในกรณีที่ไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องถูกถอนสัญชาติไทยไป ประกาศฉบับนี้จึงมีผลไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต จึงถือเป็นกฎหมายย้อนหลังตามคำนิยามของ Sampford

2. กฎหมายใหม่ที่ใช้บังคับกับเหตุการณ์ในปัจจุบัน ที่เป็นผลต่อเนื่องมาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีต

กฎหมายย้อนหลังกรณีนี้ คือ กฎหมายที่บัญญัติใช้กับเหตุการณ์ในปัจจุบัน แต่เหตุการณ์ในปัจจุบันนั้น มิได้เพิ่งเกิดขึ้นหลังจากกฎหมายใหม่ประกาศใช้ หากแต่เหตุการณ์เช่นว่านั้นได้เกิดขึ้นมาก่อนที่กฎหมายใหม่จะประกาศใช้และยังไม่จบสิ้นลง แต่คงดำเนินต่อเนื่องมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งกฎหมายใหม่นั้น ได้ประกาศใช้ให้มีผลบังคับใช้ เช่น กรณีสัญญากู้ยืมเงินที่มีการคิดดอกเบี้ยกัน หากแต่เดิมก่อนการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ได้มีการทำสัญญากู้ยืมเงินกันไว้และคิดดอกเบี้ยกันไว้ในอัตราร้อยละ 20 ต่อปี ในระหว่างที่สัญญายังมีผลบังคับใช้กันอยู่นั้น ปรากฏว่าได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 โดยมาตรา 654⁷¹ กำหนดห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี ปัญหาก็คือ อัตราดอกเบี้ยนับแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บังคับใช้นั้น ต้องคิดกันในอัตราเดิม คือ ร้อยละ 20 ต่อปี หรือต้องคิดในอัตราใหม่โดยลดลงมาเหลือร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้มีการถกเถียงกันมาตั้งแต่เมื่อครั้งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว และได้มีนักกฎหมายแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าต้องคิดดอกเบี้ยตามกฎหมายเดิมนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าต้องคิดดอกเบี้ยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (Civil and Commercial Code)

⁷⁰ ราชกิจจานุเบกษา. เล่มที่ 82 (ตอนที่ 62), ลงวันที่ 4 สิงหาคม 2508, หน้า 1.

⁷¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 654 ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี

ปัญหาว่ากรณีดังกล่าวเป็นกฎหมายย้อนหลังหรือไม่ เห็นว่าการตกลงทำสัญญากู้ยืมเงินนั้น เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอดีตก่อนที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 จะมีผลบังคับใช้ ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวก็ยังไม่ได้สิ้นสุดลงทันที แต่ได้ดำเนินต่อเนื่องมาจนเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งทำให้มีผลไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์เกี่ยวกับดอกเบี้ยให้มีผลเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่มีผลไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีต จึงเป็นกฎหมายย้อนหลังตามคำนิยามของ Sampford⁷²

3. การใช้และการตีความกฎหมายเรื่องเดียวกันกับเหตุการณ์เดียวกันที่เกิดขึ้นและจบลงไปแล้วในอดีตให้มิตินิติสัมพันธ์แตกต่างกัน

กฎหมายย้อนหลังกรณีนี้ มีกฎหมายเพียงฉบับเดียวเท่านั้น แต่ได้มีการตีความ 2 ช่วงเวลาไม่เหมือนกัน ทำให้ผลในทางกฎหมายของเหตุการณ์เดียวกันนั้นแตกต่างกันไป ซึ่งการใช้การตีความกฎหมายฉบับเดียวกันทำให้มีผลไปเปลี่ยนแปลงนิติสัมพันธ์ในอนาคตของเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นแล้วในอดีตตามการใช้การตีความเช่นว่านั้น จึงเป็นกฎหมายย้อนหลังตามคำนิยามของ Sampford⁷³

2.6 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย

การดำเนินการทางวินัยข้าราชการถือเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบการบริหารงานบุคคลที่กำหนดขึ้น เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ให้บุคลากรในองค์กรประพฤติปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันภายใต้กรอบระเบียบปฏิบัติของทางราชการอันเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร และในส่วนของ การลงโทษทางวินัยข้าราชการก็เป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ ดังนั้น กระบวนการในการดำเนินการทางวินัยขององค์กรของรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดและให้อำนาจไว้โดยคำนึงถึงหลักการดำเนินการทางวินัย ซึ่งประกอบด้วย หลักความยุติธรรม หลักความเป็นธรรม และหลักความรวดเร็ว⁷⁴

⁷² ฉัฐพงษ์ นุปผเวช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61, หน้า 47 – 48.

⁷³ ฉัฐพงษ์ นุปผเวช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 61, หน้า 49 – 50.

⁷⁴ นวนัฐ แก้วขวัญ, (2554). *ปัญหาการพิจารณาและการสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลฐานความผิด*. การศึกษาอิสระหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, หน้า 97.

2.6.1 ความหมายและลักษณะเฉพาะของวินัยข้าราชการ

คำว่า วินัย⁷⁵ (Discipline) ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายตลอดจนแสดงความคิดเห็น และพรรณนาแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายแล้ว ความคิดเห็นของแต่ละท่านนั้นต่างก็ขึ้นอยู่กับจุดเดียวกัน คือ เพื่อมุ่งไปสู่ความสงบเรียบร้อย

1. ความหมายของวินัย

วินัย ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542⁷⁶ หมายถึง ระเบียบแบบแผน และข้อบังคับ ข้อปฏิบัติ เช่น วินัยทหาร ทหารต้องยึดมั่นในวินัย ลึกซึ้งของพระสงฆ์

วินัย ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Discipline ซึ่ง Webster's New World Dictionary of American Language ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

(1) การฝึกอบรมซึ่งจะพัฒนาการควบคุมตนเอง อุปนิสัยหรือความเป็นระเบียบและประสิทธิภาพ (Training that Develops Self-Control, Character, or Orderliness and Efficiency)

(2) ผลของการฝึกอบรม คือ การควบคุมตนเอง ความประพฤติที่เป็นระเบียบ (The Result of Such Training: Self-Control; Orderly Conduct)

(3) การยอมรับหรือการปฏิบัติตามการบังคับบัญชาและการควบคุม (Acceptance of or Submission to, Authority and Control)

(4) การปฏิบัติการเพื่อแก้ไขความประพฤติหรือลงโทษ (Treatment that Corrects or Punishes)⁷⁷

Joseph Kingsbury ให้ความหมายว่า วินัย หมายถึง การควบคุมพฤติกรรมของบุคคลอาจทำโดยทางกฎ ข้อบังคับ คำสั่ง และบังคับโดยการลงโทษ หรือโดยทางการสั่งสอน การฝึกอบรมให้มีความรับผิดชอบ⁷⁸

Michael J. Jucius กล่าวว่า วินัย หมายถึง ทศนคติของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีต่อระเบียบข้อบังคับขององค์การหรือของผู้บังคับบัญชาด้วยความสมัครใจ บุคคลใดที่ยึดถือต่อระเบียบ

⁷⁵ ปิยพร วุฒิชัยภูมิ. (2556). ความผิดวินัยอย่างร้ายแรงในกรณีกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 10.

⁷⁶ ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542. กรุงเทพมหานคร: นานมีบุ๊คส์พับลิเคชั่นส์.

⁷⁷ ฉันทนา ภาคบงกชและคณะ. (2539). การปลูกฝังวินัยของคนในชาติ: การสำรวจลักษณะทางวินัยที่พึงประสงค์ในสังคมไทย. รายงานการวิจัย ฉบับที่ 56. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒประสานมิตร. หน้า 33.

⁷⁸ Joseph B. Kingsbury. (1975). **Personnel Administration for Thai Students**. Bangkok: Institute of Public Administration. Thammasat University. page 52.

ข้อบังคับ บุคคลนั้นถือว่าเป็นระเบียบวินัยดี ในทางตรงกันข้าม บุคคลใดมีความรู้สึกที่จะฝืนใจที่จะปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับ หรือกระทำการฝ่าฝืนละเมิดต่อวินัยแล้ว ย่อมจะเรียกได้ว่าบุคคลนั้นขาดระเบียบวินัย⁷⁹

พันเอกปิ่น มุกกันต์ อธิบายว่า วินัย เป็นแบบของคน คนทุกคนที่ปรับตัวอยู่ในวินัยแล้ว ถือเป็นคนดี ยกตัวอย่าง ดิน หิน ปูน หรือเศษโลหะที่ถูกเหยียบย่ำหรือโยนทิ้งแล้ว ถ้านำมาปั้นหรือหลอมเข้าแบบเป็นพระพุทธรูปแล้วก็กลายเป็นของคนดีที่บุคคลเคารพกราบไหว้ มนุษย์ก็มีแบบอย่างของการประพฤติตนที่เรียกว่า วินัย วินัยจึงเป็นแบบที่ปั้นหลอมคนให้เป็นคนดี⁸⁰

ฉะนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า วินัย คือ ระเบียบ หรือข้อบังคับ ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้ในการควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของราชการให้ยึดถือปฏิบัติตาม โดยเคร่งครัดและให้ข้าราชการทุกคนสามารถปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันได้โดยสามัคคี อันจะทำให้การบริหารราชการดำเนินไปสู่วัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะยังให้บังเกิดผลดีแก่ประเทศชาติและประชาชนโดยทั่วไป ข้าราชการ (Government Officer) ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยและต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้⁸¹

สำหรับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการ⁸² หมายถึง กระบวนการทั้งหลายที่กระทำเป็นพิธีการตามกฎหมาย เมื่อข้าราชการมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย รวมทั้งการดำเนินการต่าง ๆ ระหว่างการสอบสวนซึ่งได้แก่ การสืบสวน การตั้งเรื่องกล่าวหา การสอบสวน การสั่งให้พักราชการ (To order a suspension from government service) การให้ออกจากราชการไว้ก่อน การพิจารณาความผิดและกำหนดโทษ ตลอดจนการลงโทษ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้ความจริงว่าข้าราชการที่ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดในกรณีใดหรือไม่ เพื่อให้เป็นไปโดยยุติธรรมและให้การลงโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดเป็นไปโดยสุจริต

การดำเนินการทางวินัยข้าราชการนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่ต้องดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาซึ่งมีมูลกรณีว่ากระทำผิดวินัย เมื่อปรากฏว่ามีกรณีกกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการผู้ใดกระทำผิดวินัยแม้จะยังไม่มีพยานหลักฐาน ผู้บังคับบัญชาก็จะต้องรีบดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรณีมีมูล

⁷⁹ Michael J. Jucius. (1968). **Personnel Management**. Homewood, III: Richard D. Irwin, Inc. page 514.

⁸⁰ ปิ่น มุกกันต์. (2502). **มงคลชีวิต ภาคที่ 1 อนุสรณ์นายปรีชญา เอกครพานิช**. พระนคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม. หน้า 379-395.

⁸¹ เมตต์ เมตต์การุณจิต. (2525). **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับวินัยข้าราชการพลเรือน (สามัญ)** (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช จำกัด. หน้า 4.

⁸² ประวิณ วัฒน. (2528). **คู่มือการรักษาวินัยข้าราชการสำหรับผู้บังคับบัญชา**. กรุงเทพฯ: สำนักงาน ก.พ. หน้า 102.

ที่ควรกล่าวหาผู้กระทำความผิดวินัยหรือไม่ ถ้าเห็นว่ากรณีไม่มีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยก็ให้ยุติเรื่อง แต่ถ้าเห็นกรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัย ก็ให้ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อยู่ได้บังคับบัญชาทันที ซึ่งมูลกรณีความผิดวินัยพอสรุปได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) การกล่าวโทษ หมายถึง กรณีที่มีผู้กล่าวโทษว่าข้าราชการได้กระทำความผิดวินัยโดยผู้กล่าวโทษอาจจะมิใช่ผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งอาจเป็นข้าราชการด้วยกันเองหรือราษฎรก็ได้และการกล่าวโทษสามารถกล่าวโทษได้ด้วยวาจา หรือกล่าวโทษเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติเกี่ยวกับกรณีร้องเรียนกล่าวโทษเป็นบัตรสนเท่ห์ที่กำหนดระเบียบให้ถือปฏิบัติว่าไม่ให้รับพิจารณาบัตรสนเท่ห์ (Anonymous Letter) เว้นแต่ บัตรสนเท่ห์นั้นจะได้ระบุหลักฐานกรณีแวดล้อมที่ปรากฏชัดแจ้งตลอดจนชี้แจงพยานบุคคลที่แน่นอนจึงจะรับไว้พิจารณาเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะรายเท่านั้น

(2) การกล่าวหา หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดวินัยของข้าราชการเป็นผู้ร้องเรียนกล่าวหาให้ดำเนินการทางวินัย ซึ่งการที่ผู้บังคับบัญชาจะรับพิจารณาให้ในกรณีที่ระบุพฤติการณ์และรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดวินัย พร้อมทั้งอ้างอิงพยานหลักฐานเพียงพอแก่การที่จะสืบเสาะแสวงหาข้อเท็จจริงได้

(3) ผู้บังคับบัญชาพบเห็นหรือตรวจพบในการปฏิบัติงาน หมายถึง กรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้พบเห็นข้าราชการผู้อยู่ได้บังคับบัญชากระทำความผิดด้วยตนเอง หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ตรวจพบว่ามีข้าราชการกระทำความผิดวินัย

(4) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ชี้มูลว่าเป็นความผิดวินัย โดยได้ดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริงในกรณีที่ได้มีการร้องเรียนกล่าวหาว่าข้าราชการได้มีการกระทำความผิดวินัยที่เกี่ยวกับการทุจริต หรือประพฤติมิชอบ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินของทางราชการ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการเสร็จแล้วจะชี้มูลว่าการกระทำความผิดวินัยของข้าราชการที่ถูกกล่าวหาหรือเรียนมีมูลเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง (A non-gross disciplinary breach) หรือมีมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง (Gross breaches of disciplines) โดยแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาหรือเรียนทราบเพื่อพิจารณาดำเนินการทางวินัยต่อไป

2. ลักษณะเฉพาะของวินัยข้าราชการ

ข้อกำหนดทางวินัยมีความพิเศษแตกต่างจากเรื่องทั่วไป เช่น การดำเนินคดีแพ่ง (Civil Case) หรือการดำเนินคดีอาญา (Criminal Proceedings) กล่าวคือ การกระทำความผิดวินัยไม่มีอายุความซึ่งหากข้าราชการผู้ใดได้กระทำความผิดวินัยครบองค์ประกอบของข้อกำหนดวินัยแล้ว ตราบใดที่ผู้นั้นยังมีสถานภาพเป็นข้าราชการ ผู้บังคับบัญชามีอำนาจดำเนินการทางวินัยได้ หรือแม้ภายหลังจะออกจากราชการไปแล้ว หากก่อนออกจากราชการถูกกล่าวหาเป็นหนังสือว่ากระทำความผิดวินัยร้ายแรง

หรือถูกฟ้องคดีอาญา ผู้บังคับบัญชาที่ยังมีอำนาจดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้นได้⁸³ ซึ่งต่างจากการดำเนินคดีอาญาหรือการดำเนินคดีแพ่งเพราะหากไม่ได้ดำเนินการภายในอายุความก็ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาหรือดำเนินคดีแพ่งได้ ซึ่งในประเด็นนี้ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย (Gap in Law) กล่าวคือ หากข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดได้กระทำความผิดวินัยและเกรงว่าจะถูกลงโทษทางวินัย จึงได้ยื่นใบลาออกจากราชการโดยผู้บังคับบัญชาก็ไม่ทราบเรื่องในมูลเหตุที่ผู้นั้นลาออกจากราชการ จึงได้อนุญาตให้ลาออกจากราชการ รวมทั้งไม่มีการกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงก่อนที่จะอนุญาตให้ผู้นั้นลาออกจากราชการ ผู้บังคับบัญชา (Commander) จึงไม่สามารถดำเนินการทางวินัยได้ รวมทั้งแม้ต่อมาในภายหลังผู้นั้นจะได้ขอกลับเข้ารับราชการอีกก็ไม่สามารถดำเนินการทางวินัยได้ เพราะถือว่าได้มีการกระทำความผิดวินัยก่อนที่จะขอกลับเข้ารับราชการ

2.6.2 ความมุ่งหมายของวินัยข้าราชการ

วินัย ในราชการตามกฎหมายไทยเป็นระเบียบวินัยที่ใช้กับข้าราชการไทยมีความมุ่งหมายสำคัญก็เพื่อประโยชน์ของทางราชการ เพื่อความเจริญ ความเรียบร้อย และเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ไม่ว่าจะเป็นวินัยที่กำหนดให้ข้าราชการพึงปฏิบัติต่อผู้บังคับบัญชา ต่อผู้ร่วมงาน ต่อประชาชนหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว ก็จะเห็นได้ว่าวินัยนั้นล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่ดีเพื่อประโยชน์ของทางราชการทั้งสิ้น⁸⁴

มนุษย์แต่ละคนมีความคิดที่แตกต่างกัน มีความสามารถไม่เท่าเทียมกัน เมื่อต้องมาอยู่ร่วมกันเพื่อการปฏิบัติราชการ หากไม่มีกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ กำหนดไว้ก็อาจทำให้ต่างคนต่างปฏิบัติหน้าที่ตามความนึกคิดของตน การปฏิบัติราชการย่อมประสบความยุ่งยาก ไม่อาจปฏิบัติงาน

⁸³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 100 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาเป็นหนังสือว่ากระทำความผิดหรือละเว้นกระทำการใดที่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถ้าเป็นการกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาโดยเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาอันมิใช่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้ว โดยมีเหตุโดยผู้ที่มีอำนาจดำเนินการทางวินัยมีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาและดำเนินการทางวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจบรรจตามมาตรา 57 ต้องดำเนินการสอบสวนตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงก็ให้งดโทษ

⁸⁴ ชูชัย งามวสุตถกษณ์. (2543). วินัยที่ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยควรทราบ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8.

ให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เปรียบประจักษ์การพายเรือแข่ง หากปล่อยให้ต่างคนต่างพาย ก็ย่อมจะไม่สามารถนำเรือสู่หลักชัยได้ อาจจะล่มเสียกลางทาง⁸⁵ ระบบข้าราชการพลเรือนเป็นระบบที่เป็นองค์กรขนาดใหญ่ ข้าราชการเป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องช่วยกันปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายที่กำหนดไว้ จึงจำเป็นต้องมีกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อเป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติ (Control the Conduct) ของข้าราชการให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการดำเนินไปด้วยความราบรื่น⁸⁶ วินัยของข้าราชการเปรียบเสมือนกรอบเป็นขอบข่ายในการปฏิบัติงานราชการเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของข้าราชการให้ปฏิบัติงานร่วมกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ (Achieve objectives) ตามที่กำหนดไว้

วินัยข้าราชการ มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของทางราชการ คือ เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลของราชการ เพื่อความเจริญของประเทศ เพื่อความมั่นคงของชาติ และเพื่อความผาสุกของประชาชน การกระทำใดที่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการดังกล่าว ก็ควรกำหนดเป็นข้อห้ามหรือข้อพึงปฏิบัติสำหรับข้าราชการ การกระทำใดที่ไม่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการดังกล่าวก็ไม่ควรกำหนดเป็นวินัยข้าราชการ⁸⁷ และในกรณีที่ข้อกำหนดวินัยเขียนไว้กว้าง ๆ ไม่ชัดเจน เช่น กำหนดไว้ว่า ไม่กระทำการอันใดซึ่งถือว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว เมื่อพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดเป็นการประพฤติชั่วที่ต้องห้ามตามนั้นหรือไม่ก็ต้องวิเคราะห์ดูว่าการกระทำนั้นกระทบถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของราชการ ความเจริญของประเทศ ความมั่นคงของชาติ หรือความผาสุกของประชาชนหรือไม่ ถ้ากระทบก็ต้องห้าม ถ้าไม่กระทบก็ไม่ห้าม เช่น การพิจารณาว่าเสพสุราเป็นการประพฤติชั่วหรือไม่ ก็พิจารณาว่าการเสพสุรานั้นมีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการหรือไม่ ถ้าเสพแล้วไม่มีเรื่องเสียหายไม่กระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ไม่ถือว่าเป็นการประพฤติชั่ว แต่ถ้าเสพแล้วมีเรื่องเสียหายถึงทางราชการ กระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ถือเป็นการประพฤติชั่ว อนึ่ง ที่ว่ากระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการนั้น หมายถึง ทั้งกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อม กระทบโดยตรง เช่น เสพสุราจนมีเมมาทำงานไม่ได้หรือทำให้ผลเสียต่องาน เช่นนี้ย่อมกระทบถึงผลงานในหน้าที่หรือประสิทธิภาพและประสิทธิผลของทางราชการ ซึ่งจะส่งผลไปถึงความเจริญของประเทศหรือความมั่นคงของชาติ หรือความผาสุกของประชาชนโดยตรง บางกรณี

⁸⁵ มนูญ สะมาลา. (2539). ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาวินัยข้าราชการ. วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 21.

⁸⁶ สำนักงานปฏิรูปการศึกษา. (2545). ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับการจัดระบบองค์กรกลางบริหารงานบุคคลในหน่วยงานทางการศึกษา. กรุงเทพมหานคร: กลุ่มงานกฎหมายสำนักงานปฏิรูปกฎหมาย. หน้า 5.

⁸⁷ ประวิณ ณ นคร. (2530). วินัยและคุณธรรมข้าราชการ. กรุงเทพมหานคร: บริษัทวิคตอรี เพาเวอร์พอยท์ จำกัด. หน้า 8.

ไม่กระทบถึงผลงานในหน้าที่แต่อาจทำให้เสียชื่อเสียงได้ เช่น เมาสุราแล้วไปชกต่อยกันในที่ชุมนุมสาธารณชน อาจทำให้ประชาชนที่พบเห็นเสื่อมศรัทธาในข้าราชการผู้นั้นได้ส่งผลต่อให้ประชาชนจะไม่มีควมศรัทธาต่อการบริหารงานแผ่นดินด้วย ซึ่งมีผลทำให้ประชาชนปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือกับทางราชการ จึงมีผลตามมาที่กระทบถึงความมั่นคงของชาติและความเจริญของประเทศโดยทางอ้อม การเสพสุราดังกล่าวจึงเข้าข่ายผิดวินัยได้ นอกจากนี้สำหรับวินัยข้าราชการยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อธำรงศักดิ์ศรีของข้าราชการด้วย การกระทำใดที่เสื่อมเสียศักดิ์ศรีของตำแหน่งหน้าที่ราชการจึงอยู่ในขอบข่ายที่อาจผิดวินัยข้าราชการได้⁸⁸

2.6.3 ความผิดและประเภทความผิดทางวินัย

1. ความผิดทางวินัย (Disciplinary Offense)

ความผิดในความหมายของวินัย หมายถึง การกระทำ หรือการละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดห้ามไว้ว่าเป็นความผิด

การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดวินัยนั้น จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ⁸⁹

(1) ต้องมีการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ

(2) มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดไว้ว่าเป็นความผิด

คำว่า “ต้องมีการกระทำ”⁹⁰ นั้น ในทางราชการเรียกว่า การปฏิบัติหน้าที่ราชการ ซึ่งหมายถึงการกระทำโดยที่ร่างกายมีการเคลื่อนไหว สำหรับคำว่า “ละเว้นการกระทำ” หมายความว่า มีหน้าที่ราชการซึ่งข้าราชการ (Government Officer) ผู้นั้นได้รับมอบหมายได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา (Commander) หรือกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นหน้าที่โดยตรง แต่ผู้นั้นไม่ปฏิบัติหรืองดเว้นเสียที่จะไม่ปฏิบัติ โดยผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือการกระทำโดยละเว้น⁹¹ หรือการกระทำโดยงดเว้น

⁸⁸ ประวิณ ณ นคร. (2528). *การรักษาวินัยข้าราชการสำหรับผู้บังคับบัญชา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ. หน้า 26-28.

⁸⁹ ประวิณ ณ นคร. อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 87*. หน้า 8.

⁹⁰ การกระทำ หมายความว่ารวมถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ. *โปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์*. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม ฟรินติ้ง. หน้า 96.

⁹¹ การกระทำโดยละเว้น หมายความว่า ผู้กระทำไม่กระทำในสิ่งซึ่งกฎหมายบังคับให้กระทำซึ่งเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปมิใช่กรณีโดยเฉพาะที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น

การกระทำโดย “ละเว้น” มีหลักเกณฑ์ คือ 1) เป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย 2) ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำ และ 3) หน้าที่ตามข้อ 2 เป็นหน้าที่โดยทั่ว ๆ ไป. *โปรดดู เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์*. อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 90*. หน้า 120.

กระทำการใด ๆ นั้น กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัย⁹²

2. ประเภทของความผิดทางวินัย

ถ้าหากจะพิจารณาลักษณะวินัยข้าราชการพลเรือน อาจจำแนกลักษณะความผิดออกเป็นประเภทใหญ่ ได้ 2 ประเภท คือ ความผิดวินัยไม่ร้ายแรง และความผิดวินัยอย่างร้ายแรง สำหรับการที่จะทราบว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษตามความผิดประเภทใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับผลสอบสวนโดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

(1) ความผิดวินัยไม่ร้ายแรง (A serious breach of discipline) ได้แก่ การกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ ซึ่งอาจเกิดขึ้นเพราะความผิดพลาด ประมาทเลินเล่อ รู้เท่าไม่ถึงการณ์ หรือเป็นความผิดครั้งแรก และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อทางราชการที่ร้ายแรงนัก เช่น การมาทำงานสาย ใช้วาจาไม่สุภาพต่อผู้บังคับบัญชา ดื่มสุราในเวลาปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น โทษที่จะลงแก่ผู้ที่กระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงนี้ไม่ถึงกับให้ออกจากราชการ แต่ลงโทษเพียง ภาคทัณฑ์ (To put on probation) ตัดเงินเดือน (Salary cut) หรือลดเงินเดือน (Reduction in salary) ตามแต่กรณีแห่งความผิดเท่านั้น ซึ่งการกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ นี้ หรือแม้จะเป็นครั้งแรกก็ตาม ถ้าหากไม่มีการลงโทษเลย ก็อาจทำให้บุคคลอื่นประพฤติปฏิบัติตามหรืออาจเป็นสาเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการขึ้นได้ ไม่วันใดก็วันหนึ่งในภายหน้า สำหรับวิธีการพิจารณาโทษในกรณีนี้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มิได้บัญญัติไว้ว่าจะต้องตั้งกรรมการสอบสวนขึ้นสอบสวนความผิด ดังนั้น ในทางปฏิบัติผู้บังคับบัญชามีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจว่า ควรจะตั้งกรรมการขึ้นทำการสอบสวนเรื่องที่มีการกล่าวหาขึ้นหรือไม่ก็ได้

(2) ความผิดวินัยอย่างร้ายแรง (Guilty of serious discipline) ได้แก่ การกระทำในลักษณะต่อไปนี้

ก. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยมีขอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยทุจริต

ข. ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

⁹² การกระทำโดยจงใจ หมายความว่า การให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งขึ้นด้วยการจงใจไม่กระทำในสิ่งที่ตนมีหน้าที่ต้องกระทำ ซึ่งเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้น

การกระทำโดย “จงใจ” มีหลักเกณฑ์ คือ 1) เป็นการไม่กระทำ กล่าวคือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก 2) ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำ และ 3) หน้าที่ต้องกระทำตามข้อ 2 เป็นหน้าที่ซึ่งต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น. โปรดดู เกียรติจร วัจนะสวัสดิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 90. หน้า 104.

ค. ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันเป็นเวลายาวเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือ โดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

ง. กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

จ. คูหมิ่น เหยียดหยาม กดขี่ ข่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อกับราชการอย่างร้ายแรง

ฉ. กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ช. ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

ซ. ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 80 วรรคสอง และมาตรา 82 (11) หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (10) ที่มีกฎ ก.พ. กำหนดให้เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง⁹³

ผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจะต้องได้รับโทษปลดออก (Dismiss) หรือไล่ออก (Fire) ตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันสมควรลดหย่อน จะนำมาประกอบการพิจารณาโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก⁹⁴ โดยข้าราชการที่ถูกไล่ออกจากราชการจะไม่มีสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จ บำนาญใด ๆ ทั้งสิ้น ส่วนข้าราชการพลเรือนที่ได้รับโทษปลดออกยังคงมีสิทธิได้รับบำเหน็จ บำนาญ ตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

2.6.4 จุดมุ่งหมายของการลงโทษทางวินัย

การลงโทษวินัย เป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ใช้ในการรักษาวินัยอันเป็นมาตรการในทางลบ (Negative) เพื่อปราบปรามผู้กระทำความผิดทางวินัย ในปัจจุบันทางราชการจะใช้การลงโทษเป็นมาตรการสุดท้ายหลังจากที่การส่งเสริมให้ข้าราชการมีวินัย และการป้องกันมิให้ข้าราชการกระทำความผิดวินัย ไม่อาจใช้ได้ผลในกรณีนั้น

จุดมุ่งหมายการลงโทษทางวินัย⁹⁵ คือ การที่กฎหมายได้บัญญัติข้อกำหนดทางวินัยให้ข้าราชการรักษาหรือยึดถือ ซึ่งมีทั้งข้อบัญญัติให้ถือปฏิบัติและข้อห้ามมิให้กระทำ เมื่อข้าราชการ

⁹³ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, มาตรา 85.

⁹⁴ มาตรา 97 ภายใต้อัตถุบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันสมควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก

⁹⁵ สำนักงาน ก.พ. (2530). คู่มือการดำเนินการทางวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518. หน้า 252.

ผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามหรือข้อที่ต้องปฏิบัติก็ถือว่า เป็นผู้กระทำความผิดวินัยและจะต้องถูกลงโทษ โดยมีจุดมุ่งหมาย ดังนี้⁹⁶

1. เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนโดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดว่าข้าราชการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือฝ่าฝืนข้อห้ามผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดวินัย และเมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการผู้ใดกระทำความผิดวินัยให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าผู้บังคับบัญชาผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัย⁹⁷ ดังนั้น ผู้บังคับบัญชา (Commander) จึงมีบทบาทหน้าที่รักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายโดยการปราบผู้กระทำความผิด และปรามมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่างผู้กระทำความผิด

2. เพื่อรักษามาตรฐานและควบคุมความประพฤติ ปฏิบัติ และสมรรถภาพของข้าราชการโดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดว่า การลงโทษข้าราชการให้ทำเป็นคำสั่งผู้ส่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด และต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและปราศจากอคติ โดยในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำความผิดวินัยในกรณีใดและมาตราใด⁹⁸ ซึ่งการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้กระทำความผิดต้องกระทำโดยฉับพลัน เป็นธรรม เสมอหน้า และเหมาะสม กล่าวคือ การลงโทษทางวินัยจะต้องกระทำในเวลาใกล้เคียงกับที่พบการกระทำความผิด และได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วว่า ผู้นั้นกระทำความผิดจริง รวมทั้งการลงโทษจะต้องเสมอหน้ากัน ไม่เลือกที่รักมักที่ชัง คือ ผู้กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันย่อมได้รับโทษในลักษณะเดียวกันและจะต้องลงโทษในระดับที่เหมาะสม (Appropriately) กับความผิดด้วย จึงจะทำให้ข้าราชการรู้สึกว่ามีความเป็นธรรมในระบบราชการและจะมีขวัญกำลังใจในการประพฤติปฏิบัติตนให้อยู่ในมาตรฐานที่ดีได้

⁹⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253 – 255.

⁹⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 90 เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทราบโดยเร็ว และให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้โดยเร็วด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ

ผู้บังคับบัญชาหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัย

๑๗๑

๑๗๑

⁹⁸ มาตรา 89 การลงโทษข้าราชการพลเรือนสามัญให้ทำเป็นคำสั่ง ผู้ส่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ โดยในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำความผิดวินัยในกรณีใดและมาตราใด

3. เพื่อจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้น ซึ่งการที่จะลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้กระทำผิดวินัยผู้ใด ผู้บังคับบัญชาควรที่จะได้ชี้แจงให้ผู้ถูกลงโทษผู้นั้นรู้เข้าใจและยอมรับในความผิดที่ตนได้กระทำลงไป ซึ่งกระทำให้เกิดความสำนึกในสิ่งที่ได้กระทำลงไปว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ของส่วนรวมและของทางราชการ และผู้ที่กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษเพื่อเป็นการจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้นและมีให้กระทำผิดอีกต่อไป

4. เพื่อรักษาชื่อเสียงของทางราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อทางราชการ โดยทำให้ข้าราชการมีระเบียบวินัยมีสมรรถภาพในการทำงานอย่างสม่ำเสมอ หากในหน่วยงานใดมีข้าราชการบกพร่องในเรื่องระเบียบวินัย หรือบกพร่องในการปฏิบัติราชการก็มีความจำเป็นที่จะต้องลงโทษข้าราชการที่บกพร่องนั้น ๆ ถ้าเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งแสดงว่าผู้กระทำผิดเป็นบุคคลที่ไม่สมควรให้อยู่ในราชการต่อไป ก็จะต้องลงโทษสถานหนักคือ ปลดออก (Dismiss) หรือไล่ออก (Fire) จากระาชการ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนเชื่อมั่นในระบบราชการว่าจะมีแต่บุคคลผู้มีความประพฤติดีมีระเบียบวินัยดี เป็นข้าราชการที่มีหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชนเท่านั้นอันเป็นการรักษาชื่อเสียงของทางราชการด้วย

2.6.5 สถานะของคำสั่งลงโทษทางวินัย

รูปแบบของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจตามที่กฎหมายซึ่งเป็นที่มาและข้อจำกัดอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ในการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำว่าคำสั่งทางปกครองว่า⁹⁹ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่ก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ (Approval) การวินิจฉัย การอุทธรณ์ (Appeal) การรับรอง การจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

⁹⁹ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

คำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีความสำคัญมากที่สุด เนื่องจากในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อบังคับการตามกฎหมายนั้น เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ที่ตกอยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากในแต่ละวันเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ใช้อำนาจสั่งการในลักษณะที่เป็นคำสั่งทางปกครองมากมาย และคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการก็มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากการสั่งการของเจ้าหน้าที่นั้นซึ่งมีทั้งคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคล เช่น การเลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง การบรรจุแต่งตั้ง เป็นต้น และคำสั่งทางปกครองที่เป็นการสร้างภาระหรือเป็นผลร้ายแก่บุคคล เช่น คำสั่งภาคทัณฑ์ (To put on probation) ตัดเงินเดือน (Salary cut) ลดเงินเดือน (Reduction in salary) ปลดออก (Dismiss) ไล่ออก (Fire) เป็นต้น

2.7 การดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่รัฐในต่างประเทศ

บทนี้จะนำเสนอข้อมูลที่เป็นลักษณะเฉพาะของระบบวินัย อุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่รัฐในประเทศต่าง ๆ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เพื่อนำมาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ ข้อมูลเกี่ยวกับระบบวินัย อุทธรณ์ และการร้องทุกข์กับหลักเกณฑ์ของประเทศไทย

2.7.1 หลักการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสการดำเนินการทางวินัยข้าราชการใช้หลักปราศจากความลำเอียง (impartiality) และหลักสิทธิในอันที่จะปกป้องสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันพึงคาดหมายได้ของตน (les droits de la defense) ข้าราชการที่ไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบหรือภาระหน้าที่ จะได้รับผลจากการกระทำในหลาย ๆ ด้าน เช่น อาจต้องรับผิดชอบทางแพ่งเป็นการส่วนตัว (les fautes personnelles détachables du service) ต่อบุคคลภายนอกโดยตรง หรือต้องรับผิดชอบในค่าเสียหายที่หน่วยงานต้นสังกัดได้ชดใช้ให้กับผู้เสียหายไป ในกรณีที่หน่วยงานต้องรับผิดชอบด้วย ข้าราชการยังอาจถูกดำเนินคดีอาญาเป็นความผิดทั่วไปหรือความผิดลหุโทษที่สืบเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบหรือภาระหน้าที่หรือกระทำนอกอำนาจหน้าที่ นอกจากนี้ ยังอาจถูกดำเนินการทางวินัยควบคู่กันไปอีกด้วย¹⁰⁰ ซึ่งระบบวินัยและการลงโทษของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีรายละเอียด ดังนี้

¹⁰⁰ ขวัญชนก ต้นกันยา. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 15. หน้า 107 – 108.

1. องค์กรกลางบริหารงานบุคคล

องค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แก่ สภาสูงข้าราชการแห่งรัฐ (Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État) ได้ตั้งขึ้นตามกฎหมายในปี ค.ศ. 1946 มีอำนาจให้คำปรึกษาแก่นายกรัฐมนตรีเกี่ยวกับเรื่องข้าราชการของรัฐ หลักการบริหารจัดการข้าราชการนั้นโดยหลักเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร กล่าวคือ นายกรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่าง ๆ โดยมีสำนักงานฝ่ายปกครองและข้าราชการ ซึ่งมีฐานะเป็นกรม ตั้งขึ้นตามพระราชกำหนด ในวันที่ 9 ตุลาคม ค.ศ. 1945 ขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี มีหน้าที่เป็นฝ่ายธุรการของนายกรัฐมนตรีในเรื่องเกี่ยวกับข้าราชการ เช่น รวบรวมเอกสารและสถิติเกี่ยวกับข้าราชการ จัดสอบแข่งขันข้าราชการบางตำแหน่ง เข้าร่วมเจรจาในเรื่องเงินเดือน และค่าตอบแทน เป็นต้น¹⁰¹

2. องค์ประกอบขององค์กรกลางบริหารงานบุคคล

สภาสูงของข้าราชการแห่งรัฐ¹⁰² มีนายกรัฐมนตรีหรือผู้ที่นายกรัฐมนตรีมอบหมายเป็นประธาน และมีสมาชิกจำนวน 38 คน ที่ได้รับแต่งตั้งตามพระราชกฤษฎีกา โดยมีผู้แทนของผู้บริหารส่วนราชการจำนวน 19 คน และมีผู้แทนขององค์กรต่าง ๆ ของข้าราชการอีกจำนวน 19 คน โดยทั้งหมดนี้มีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งใหม่ได้อีก

สภาสูงของข้าราชการแห่งรัฐ แบ่งออกเป็น 2 คณะ กล่าวคือ คณะทางปกครองและคณะขององค์กรข้าราชการ ซึ่งทั้งสองส่วนจะประกอบด้วยสมาชิกทั้งสองประเภทที่ได้กล่าวในข้างต้น การประชุมใหญ่ของสภาจะมีอย่างน้อย 1 ครั้งต่อเดือน โดยการประชุมใหญ่จะเกิดขึ้นในกรณีที่มีความเห็นแตกต่างระหว่าง 2 คณะ หรือกรณีที่มีการเรียกร้องขึ้นมายังสภาสูง

สภาสูงของข้าราชการแห่งรัฐ ประกอบด้วย คณะกรรมการเพื่อการพัฒนาวิชาชีพ และส่งเสริมด้านสังคม (La commission de la formation professionnelle ET de la promotion social) คณะกรรมการว่าด้วยสถานะของข้าราชการ (La commission Ed's statuts) คณะกรรมการว่าด้วยการรับเรื่องร้องเรียน (La commission de recours) คณะกรรมการกลางว่าด้วยสุขภาพพลานามัยและความมั่นคง (La commission d'hygiene ET de la securite) คณะกรรมการเหล่านี้จะมีสมาชิกที่เป็นตัวแทนฝ่ายผู้บริหารและฝ่ายข้าราชการจำนวนเท่า ๆ กัน คณะกรรมการอื่น ๆ อาจได้รับการจัดตั้งขึ้นสำหรับพิจารณาปัญหาใดปัญหาหนึ่งโดยเฉพาะ

¹⁰¹ ขวัญชนก ต้นกันยา. อังแล้วเชิงอรรถที่ 15. หน้า 109.

¹⁰² จันท์เพ็ญ ตระกูลผิว. (2550). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการพลเรือน. การศึกษาอิสระหลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 53.

3. ขอบอำนาจขององค์กรกลางบริหารงานบุคคล

สาธารณรัฐฝรั่งเศสแบ่งข้าราชการ (Le fonctionnaire) ออกเป็น 3 ประเภท คือ ข้าราชการแห่งรัฐ ข้าราชการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และข้าราชการในโรงพยาบาล ซึ่งข้าราชการแต่ละประเภทจะมีองค์กรกลางบริหารงานบุคคลแยกต่างหากจากกัน สถานะของข้าราชการแห่งรัฐจะเป็นผู้ดูแลเรื่องการบริหารงานบุคคลของข้าราชการแห่งรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงข้าราชการส่วนท้องถิ่นและข้าราชการในโรงพยาบาล

4. อำนาจหน้าที่ขององค์กรกลางบริหารงานบุคคล

(1) พิจารณาตัดสินใจในปัญหาทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการของรัฐหรือได้รับการร้องขอจากนายกรัฐมนตรีหรือ 1 ใน 3 ของสมาชิกสภา

(2) ให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติที่จะมีผลเปลี่ยนแปลงกฎหมายข้าราชการของรัฐ โดยให้เสนอความเห็นดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรี

(3) ให้ความเห็นเกี่ยวกับการพัฒนาวิชาชีพข้าราชการ เช่น แนวทางทั่วไปในการกำหนดนโยบายในการพัฒนาวิชาชีพข้าราชการ การกำหนดและการปฏิบัติเพื่อให้เกิดการพัฒนาวิชาชีพ

(4) ทำหน้าที่รับฟังข้อร้องเรียนในปัญหาต่าง ๆ เกี่ยวกับข้าราชการ เช่น เรื่องวินัย การเลื่อนตำแหน่ง การไล่ออกจากงาน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะเป็นอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยการรับเรื่องร้องเรียนเป็นผู้พิจารณา กระบวนการพิจารณาจะต้องเป็นกระบวนการที่ให้คู่กรณีโต้แย้งกันได้

(5) รับฟังรายงานประจำปีที่เกี่ยวข้องกับสภาพการของระบบข้าราชการภาครัฐ โดยมีสิทธิในการอภิปรายให้ข้อเสนอแนะและส่งไปยังสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

โดยทั้ง 5 กรณีดังกล่าว สถานะของข้าราชการแห่งรัฐจะมีบทบาทแต่เพียงในการให้คำปรึกษาเท่านั้น อันมีบทบาทคล้ายคลึงกับสภาสูงของข้าราชการทหาร สภาสูงของข้าราชการตุลาการ และสภาสูงของข้าราชการครู

5. ประเภทของโทษทางวินัย¹⁰³

โทษทางวินัยแบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม คือ

กลุ่มที่ 1 เป็นโทษที่เบาที่สุด ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งลงโทษโดยไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ได้แก่ ตักเตือน (Avertissement) คำหิ (Blame)

กลุ่มที่ 2 ได้แก่ ตัดชื่อออกจากทะเบียนการเลื่อนตำแหน่งหรือระดับ (la radiation du tableau advancement) การลดชั้น (l'abaissement d'echelon) การให้ออกชั่วคราวเป็นเวลาไม่เกิน 15 วัน การย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่น (le de'placement d'office)

¹⁰³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 54.

กลุ่มที่ 3 ประกอบด้วยการลดตำแหน่ง (la retrogradation) การให้ออกราชการชั่วคราว 3 เดือน ถึง 2 ปี (l'exclusion temporaire)

กลุ่มที่ 4 ประกอบด้วยการให้ออกจากราชการ (la wise a la retraite d'office) และการไล่ออกจากราชการ (la revocation)

6. กระบวนการสอบสวนและการลงโทษทางวินัย

การลงโทษทางวินัยเป็นกระบวนการลงโทษทางปกครองซึ่งไม่ใช่กระบวนการทางศาล แต่การลงโทษทางวินัยมีผลกระทบอย่างมากกับข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการไล่ออกจากข้าราชการ ดังนั้น กฎหมายและคำพิพากษาของศาล จึงเป็นบทบัญญัติและรับรองให้กระบวนการทางวินัยมีหลักประกันที่ใกล้เคียงกับกระบวนการของศาลมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ ดังนี้

ประการแรก คือ หลักการพิจารณาแบบมีข้อโต้แย้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ผู้ถูกกล่าวหา มีสิทธิในการต่อสู้ มีสิทธิเสนอข้อเท็จจริง มีสิทธิเสนอข้อกล่าวหา รวมถึงการมีผู้ช่วยหนึ่งคนหรือหลายคนที่ถูกกล่าวหาเลือกมาเอง ดังนั้น ข้อมูลส่วนบุคคลในขณะรับราชการของผู้ถูกกล่าวหา รวมถึงเอกสารที่ใช้ในขั้นตอนการพิจารณาทางวินัยจะต้องเป็นเอกสารที่เปิดเผยได้ ซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 65 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1905

ประการสอง คือ ก่อนที่จะมีการลงโทษทางวินัยต้องมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย (conseil de discipline) คณะกรรมการผสมทางบริหาร (commission administrative) ประกอบด้วย ผู้แทนส่วนราชการ และผู้แทนข้าราชการในระดับเดียวกัน หรือสูงกว่าผู้ถูกกล่าวหา การตั้ง คณะกรรมการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องกระทำในกรณีที่เป็นการลงโทษที่ไม่ร้ายแรง (ตักเตือน ตำหนิ) ผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับเชิญมาให้ความเห็นต่อหน้าคณะกรรมการ โดยคณะกรรมการจะตรวจสอบ รายงานการลงโทษทางวินัยและพยานหลักฐานอื่นด้วย หลังจากนั้นคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะทำความเข้าใจว่าควรลงโทษสถานใด ซึ่งผู้บังคับบัญชาไม่จำเป็นต้องผูกมัดสั่งลงโทษตาม ความเห็นของคณะกรรมการก็ได้¹⁰⁴ อย่างไรก็ตาม มีน้อยมากที่ผู้บังคับบัญชาจะสั่งลงโทษแตกต่าง ไปจากความเห็นของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย แต่ในกรณีที่ความเห็นแตกต่างไป ผู้บังคับบัญชาจะต้องให้เหตุผลกับคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยด้วย กระบวนการสอบสวนดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักประกันให้แก่ข้าราชการที่ถูกสอบสวนว่ากระบวนการทางวินัยจะไม่มี ลักษณะที่เร่งรีบจนเกินไป อย่างไรก็ตาม กรณีที่ข้าราชการผู้นั้นถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัย ที่ร้ายแรง ผู้บังคับบัญชาก็อาจจะสั่งพักราชการข้าราชการผู้นั้นได้ เป็นเวลาไม่เกินกว่า 4 เดือน โดยข้าราชการผู้นั้นยังมีสิทธิรับเงินเดือนต่อไป การสั่งพักราชการในระหว่างถูกสอบสวนไม่ถือว่า

¹⁰⁴ ขวัญชนก ตันกันยา. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 15. หน้า 111.

เป็นโทษทางวินัย แต่เป็นมาตรการที่ทำให้ข้าราชการผู้นั้นพ้นจากการปฏิบัติราชการเพื่อให้การสอบสวนเป็นไปอย่างเต็มที่ การสั่งพักงานระหว่างการสอบสวนทางวินัย ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถฟ้องร้องให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ สำหรับตำแหน่งของผู้ถูกพักงานจะมีผู้เข้ามาดำรงตำแหน่งแทนผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัย ถ้ามีการชี้ขาดว่าไม่ได้กระทำความผิดทางวินัยก็มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น แต่ไม่มีสิทธิกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมที่มีผู้ดำรงตำแหน่งแล้ว

เมื่อคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว จะส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจแต่งตั้งและสั่งลงโทษทางวินัย ผู้บังคับบัญชามีอิสระที่จะลงโทษทางวินัยได้ แต่การสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงและเหตุผลของการลงโทษ โดยศาลปกครองมีอำนาจในการตรวจสอบคำสั่งดังกล่าวได้ ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่าการลงโทษทางวินัยนั้นจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด¹⁰⁵

7. การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

คำสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทันที ซึ่งข้าราชการผู้ถูกลงโทษมีสิทธิในการอุทธรณ์ใน 2 กรณี คือ

การอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษ (le recours gracieux) หรืออุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งลงโทษ (le recours hiérarchique) ก็ได้ ผู้ออกคำสั่งลงโทษหรือผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งลงโทษมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งลงโทษในกรณีที่คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจะยืนยันคำสั่งลงโทษดังกล่าวก็ได้ แต่ไม่มีสิทธิเพิ่มโทษ การอุทธรณ์ในกรณีนี้มีผลค่อนข้างน้อยและไม่ทำให้คำสั่งลงโทษสะดุดหยุดลงแต่ประการใด

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยอาจอุทธรณ์ต่อสภาสูงของข้าราชการแห่งรัฐ (Le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État) ได้ คณะกรรมการชุดนี้จะทำหน้าที่สอบสวนผู้ถูกกล่าวหาและพยานต่าง ๆ และจะทำความเห็นเสนอแนะต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยข้อเสนอแนะอาจจะเป็นการยืนยันคำสั่งลงโทษ หรือให้ความเห็นว่าควรลงโทษหรือยกเลิกโทษทางวินัยก็ได้ แต่ความเห็นดังกล่าวไม่ผูกมัดผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษแต่ประการใด การอุทธรณ์นี้ศาลปกครองไม่ถือว่าเป็นขั้นตอนที่บังคับก่อนที่จะไปฟ้องศาลปกครองได้

¹⁰⁵ ปิยพร วุฒิชัยภูมิ. (2556). ความผิดวินัยอย่างร้ายแรงในกรณีกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง ตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน. สารนิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 31 – 32.

8. การฟ้องศาลปกครอง

คำสั่งลงโทษทางวินัย ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิข้าราชการ ดังนั้นข้าราชการสามารถฟ้องศาลปกครองว่าคำสั่งลงโทษดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้

คำสั่งลงโทษทางวินัยอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่ ผู้ออกคำสั่งไม่มีอำนาจตามกฎหมาย เช่น ผู้ออกคำสั่งไม่ใช่ผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือกระบวนการสอบสวนทางวินัยไม่เป็นไปตามแบบหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ นอกจากนี้ ศาลปกครองยังทำการตรวจสอบว่าผู้บังคับบัญชากระทำการที่บิดเบือนอำนาจหรือไม่ เช่น ผู้บังคับบัญชาส่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชาไปดำรงตำแหน่งอื่น เพื่อให้มีผลเป็นการลงโทษทางวินัย ทั้งที่การส่งย้ายดังกล่าวไม่ได้ดำเนินการตามกระบวนการลงโทษทางวินัยแต่ประการใด นอกจากนี้ศาลปกครองยังทำการตรวจสอบด้วยว่าข้อเท็จจริงที่เป็นหลักฐานของการลงโทษทางวินัยเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ข้อเท็จจริงดังกล่าวถือเป็นความผิดวินัยที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ รวมตลอดถึงการตรวจสอบว่าโทษที่ลงกับความผิดนั้นมีสัดส่วนกันหรือไม่¹⁰⁶

ในกรณีที่ศาลปกครองตัดสินว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองจะสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ซึ่งเท่ากับว่าไม่มีการออกคำสั่งดังกล่าวเลย ข้าราชการดังกล่าวจะต้องกลับไปอยู่ในสถานะเดิมและมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

2.7.2 หลักการดำเนินการทางวินัยของผู้บังคับบัญชาในการกำกับดูแลข้าราชการของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ระบบวินัยของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung - BDO) ซึ่งมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้¹⁰⁷

1. องค์กรกลางบริหารงานบุคคลด้านวินัย

ในกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์นั้นไม่ปรากฏว่ามีองค์กรกลางใดทำหน้าที่บริหารงานบุคคลด้านวินัยของข้าราชการ จะมีก็แต่เพียงศาลวินัยซึ่งเป็นแผนกหนึ่งในศาลปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความผิดวินัยในบางกรณี

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 75 – 76.

¹⁰⁷ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2545). การปฏิรูประบบวินัย อุทธรณ์ และร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. หน้า 34-37.

2. ขอบอำนาจขององค์กรกลางบริหารงานบุคคลด้านวินัย

กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ใช้บังคับสำหรับข้าราชการทุกประเภท ยกเว้น ข้าราชการทหาร ซึ่งมีกฎหมายว่าด้วยวินัยทหารเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้ กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ยังใช้บังคับกับข้าราชการบำนาญด้วย

3. ประเภทความผิดทางวินัย

ตามกฎหมายฉบับดังกล่าวมีการกำหนดการกระทำที่เป็นความผิดทางวินัยไว้สำหรับข้าราชการ 2 กลุ่ม คือ¹⁰⁸

(1) ข้าราชการทั่วไป

ตามมาตรา 77 แห่งกฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ (BBG) ได้กำหนดว่าข้าราชการที่กระทำการอันเป็นการละเมิดหน้าที่ที่ผูกพันความเป็นข้าราชการถือว่าข้าราชการผู้นั้นกระทำความผิดวินัย ในส่วนการกระทำที่อยู่นอกขอบเขตหน้าที่ราชการนั้นจะเป็นความผิดวินัยได้เฉพาะกรณีที่มีการกระทำนั้นอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อความเคารพและความน่าเชื่อถือต่อตำแหน่งหน้าที่หรือเกียรติของข้าราชการ โดยหน้าที่ของข้าราชการอาจแบ่งได้ออกเป็น 9 เรื่อง ดังนี้

- ก. หน้าที่ทั่วไปของข้าราชการ
- ข. หน้าที่ในการปฏิบัติงาน
- ค. ข้อจำกัดในการกระทำในนามของทางราชการ
- ง. หน้าที่ในการรักษาความลับของทางราชการ
- จ. การทำงานอื่นนอกเหนือจากงานราชการและการประกอบอาชีพหลังจากสิ้นสุดความเป็นข้าราชการ

ฉ. ข้อห้ามในการรับสิ่งของต่าง ๆ

ช. เวลาทำงาน

ซ. ที่พัก

ฅ. เครื่องแบบ

(2) ข้าราชการบำนาญ มาตรา 77 แห่งกฎหมายฉบับเดียวกันได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่เป็นความผิดวินัยสำหรับข้าราชการบำนาญไว้ ดังนี้

ก. กระทำการอันเป็นการต่อต้านหลักการพื้นฐานของเสรีประชาธิปไตยในความหมายของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ข. เข้าไปมีส่วนร่วมในความพยายามที่มีความมุ่งหมายเพื่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อการดำรงอยู่หรือต่อความมั่นคงปลอดภัยของสหพันธ์

¹⁰⁸ ขวัญชนก ต้นกันยา. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 15. หน้า 117.

ค. กระทำการละเมิดหน้าที่ในการรักษาความลับของราชการ ละเมิดข้อห้ามที่ห้ามประกอบอาชีพ หรือละเมิดข้อห้ามที่ห้ามมิให้รับสิ่งของ

4. ประเภทของโทษ

ตามมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (BBG) ได้กำหนดโทษทางวินัยไว้สำหรับข้าราชการทั่วไป 5 สถาน และข้าราชการบำนาญ 2 สถาน

โทษทางวินัยสำหรับข้าราชการทั่วไป มีดังนี้

- (1) ภาคทัณฑ์ (To put on Probation)
- (2) ปรับ (Fine)
- (3) ลดเงินเดือน (Reduction in salary)
- (4) ย้ายไปอยู่ในตำแหน่งที่มีสายงานเดียวกัน แต่ มีเงินเดือนลดลง
- (5) ให้ออกจากราชการ

ส่วนโทษทางวินัยสำหรับข้าราชการบำนาญ มีดังนี้

- (1) ลดเบี้ยบำนาญ
- (2) ตัดสิทธิในการรับเบี้ยบำนาญ

5. กระบวนการลงโทษทางวินัย

กระบวนการลงโทษทางวินัยนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 กระบวนการ คือ กระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ และกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ¹⁰⁹

(1) กระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ (มาตรา 26 BDO)

กรณีที่มีข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดความสงสัยว่าจะมีการกระทำความผิดที่เป็นโทษทางวินัยหรือไม่นั้น ให้ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้นดำเนินการสอบสวนเพื่อให้เกิดความชัดเจน รวมถึงพิจารณาพฤติการณ์ที่มีความสำคัญที่จะนำไปสู่การลงโทษทางวินัยด้วย

ในชั้นสอบสวน หากการสอบสวนจะไม่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว จะต้องเปิดโอกาสให้แก่ ข้าราชการผู้นั้น ได้มีโอกาสชี้แจงแสดงเหตุผลด้วย ก่อนการเปิดรับฟังความในครั้งแรกจะต้องให้ข้าราชการผู้นั้นทราบถึงข้อหาของเขาด้วย และต้องแจ้งให้ข้าราชการผู้นั้นทราบว่าตนอาจให้ความเห็นโดยวาจาหรือโดยลายลักษณ์อักษรหรืออาจไม่แสดงความคิดเห็นใด ๆ ก็ได้ อย่างไรก็ตาม ต้องถามข้าราชการผู้นั้นด้วยว่าต้องการที่ปรึกษาหรือไม่

ผลการสอบสวนให้แจ้งให้ข้าราชการผู้นั้นและอัยการสำหรับเรื่องวินัยของสหพันธ์ได้ทราบ ข้าราชการผู้นั้นอาจยื่นคำร้องขอให้ดำเนินการสอบสวนต่อไปได้ ให้หัวหน้าของหน่วยงานนั้นเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าจะให้ดำเนินการสอบสวนต่อไปหรือไม่ หากผู้บังคับบัญชาของ

¹⁰⁹ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 107. หน้า 38.

ข้าราชการผู้นั้นเห็นว่าเป็นเรื่องที่ไม่อาจจะลงโทษทางวินัยได้ก็ให้ยุติการสอบสวนเสีย แต่การให้ยุติการสอบสวนไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาที่สูงขึ้นไปที่มีอำนาจลงโทษได้หรือเจ้าหน้าที่ริเริ่มกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการอาจดำเนินการตามกระบวนการต่อไปได้

หากผู้บังคับบัญชาเห็นว่าผลการสอบสวนเป็นกรณีที่จะสั่งลงโทษทางวินัยได้ให้ผู้บังคับบัญชาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือให้ดำเนินการพิจารณาแบบเป็นทางการได้หรืออาจเสนอเรื่องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาลำดับสูงขึ้นไปพิจารณาวินิจฉัยได้

คำสั่งลงโทษทางวินัยตามกระบวนการนี้ผู้บังคับบัญชาอาจสั่งลงโทษได้ 2 สถานเท่านั้น คือ โทษภาคทัณฑ์ หรือโทษปรับ

(2) กระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ

การเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการเริ่มต้นด้วยการเสนอเรื่องของเจ้าหน้าที่ริเริ่มเรื่องทางวินัย คำร้องในการเสนอเรื่องต่อศาลให้ส่งให้กับข้าราชการผู้นั้นและอัยการทางวินัยของสหพันธ์ด้วย ในกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ แยกออกได้เป็น 2 ส่วนคือ ส่วนที่เป็น การแสวงหาข้อเท็จจริงกับส่วนที่เป็น การพิจารณาในศาล โดยมาตรา 41 BDO กำหนดให้มีศาลวินัยของสหพันธ์ขึ้นสำหรับกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ

6. ระบบอุทธรณ์

ในกระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ หากข้าราชการประสงค์จะโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย ให้โต้แย้งไปยังผู้บังคับบัญชาที่ออกคำสั่งดังกล่าวภายใน 2 สัปดาห์นับจากได้รับคำสั่งดังกล่าว และผู้บังคับบัญชา (Commander) ที่รับเรื่องจะต้องส่งเรื่องไปยังผู้บังคับบัญชาสูงสุด หรือผู้บังคับบัญชาที่มีการกำหนดให้มีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ ภายใน 1 สัปดาห์ เมื่อได้มีการวินิจฉัยอุทธรณ์คำโต้แย้งของข้าราชการแล้ว หากข้าราชการผู้นั้นยังไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็อาจเสนอเรื่องไปยังศาลวินัยแห่งสหพันธ์ได้ภายในระยะเวลา 1 เดือน โดยศาลจะต้องเปิดโอกาสให้อัยการ (Prosecutor) ในเรื่องทางวินัยให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวด้วย

สำหรับกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ กฎหมายได้กำหนดไว้ว่าหากจะมีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลวินัยของสหพันธ์ก็ให้อุทธรณ์ไปยังศาลปกครองของสหพันธ์