

บทที่ 2

แนวคิดการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 บัญญัติให้มีแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกา¹ (The Criminal Division for Persons Holding Political Positions in the Supreme Court) เพื่อพิจารณาคดีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ ศาลฎีกาจึงจัดตั้งแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองขึ้น ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พุทธศักราช 2542² และมีการพัฒนาแก้ไขปรับปรุงหลักกฎหมายดังกล่าวเรื่อยมา จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติสิทธิของผู้เสียหาย³ (The Right of Victims) ในการนำคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยขอให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาตั้งผู้ไต่สวนอิสระ (Independent Counsel) ดำเนินการไต่สวนแทนคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่ไม่รับดำเนินการหรือดำเนินการล่าช้าเกินสมควร อันจะเห็นได้ว่าการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ผู้เสียหายไม่มีสิทธิในการนำคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยตรง จึงจำเป็นต้องศึกษา หลักการ แนวคิด และทฤษฎีการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

2.1 แนวความคิดหลักการดำเนินคดีอาญา⁴

ในยุคนุภาพกาลมนุษยจัดการลงโทษหรือพยายามที่จะลงโทษบุคคลที่ก่อความเสียหายให้กับเขาด้วยตนเอง จะเป็นในรูปการแก้แค้นเป็นการส่วนตัวหรือถึงขั้นทำสงครามระหว่างกลุ่มชน

¹ มาตรา 272 วรรคสอง ให้มีแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในศาลฎีกา โดยองค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วยผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวนเก้าคน ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ และให้เลือกเป็นรายคดี

² ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง. (ม.ป.ป.). แผ่นพับ.

³ ผู้เสียหาย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6

⁴ อุดม รัฐอมฤต. (2535). การฟ้องคดีอาญา. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 22 (2). หน้า 240–251.

ที่เกี่ยวข้อง การแพ้ชนะย่อมขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจของบุคคลฝ่ายที่ถูกกระทำหรือบุคคลที่เป็นฝ่ายก่อเหตุ ต่อมาเมื่ออำนาจมหาชนมีความเข้มแข็งมากขึ้น รัฐจึงเข้าเป็นผู้รับหน้าที่ชำระความให้แทนเอกชน จากการศึกษาประวัติศาสตร์ทำให้ได้ข้อสรุปว่า วิวัฒนาการของการฟ้องคดีอาญาในแต่ละสังคมดำเนินไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ สังคมนุญย์เริ่มแรกมีการฟ้องคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีระบบกล่าวหา⁵ (procédure accusatoire) และเมื่อสังคมนุญย์มีการพัฒนาในระยะถัดมาจึงมีการฟ้องคดีอาญาตามหลักการดำเนินคดีระบบไต่สวน⁶ (procédure inquisitoire)

2.1.1 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหาย

ระบบกฎหมายในสมัยโบราณกำหนดในเรื่องสิทธิที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาไว้อย่างรวม ๆ โดยมีได้จำแนกระหว่างสิทธิฟ้องคดีอาญาและสิทธิฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญา รวมทั้งไม่มีการแยกความแตกต่างระหว่างความรับผิดชอบทางอาญากับความรับผิดชอบทางแพ่งกฎหมายในยุคนี้ส่วนมากมีขึ้นเพื่อวางระเบียบในการจัดการกับข้อขัดแย้งระหว่างเอกชน 2 ฝ่ายแทนการที่คู่กรณีใช้กำลังแก้แค้นกันเองตามอำเภอใจ โดยอำนาจมหาชนทำหน้าที่เป็นคนกลางตัดสินความผิดผิด รวมถึงการบังคับให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบตามข้อเรียกร้องของผู้เสียหายด้วยเหตุนี้หลักการดำเนินคดีจึงคำนึงถึงเฉพาะส่วนได้เสียส่วนบุคคลเป็นหลัก โดยไม่มีส่วนได้เสียของสังคมเข้าไปเกี่ยวข้อง มีเพียงผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้ที่มีอำนาจฟ้อง บุคคลอื่นนอกจากนี้ไม่มีส่วนได้เสีย จึงไม่มีสิทธิฟ้องร้อง⁷

ในกลุ่มประเทศทางยุโรป แอฟริกา เอเชีย ตลอดจนประเทศไทย การควบคุมอาชญากรรมเป็นเรื่องของผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายหรือเครือญาติเป็นผู้นำเรื่องราวมาฟ้องร้องและนำพยานหลักฐานที่สามารถพิสูจน์ได้มาเสนอต่อศาลด้วยตนเอง เพื่อให้ศาลพิจารณาพิพากษาคดีลงโทษผู้กระทำความผิด รวมทั้งการบังคับให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบตามข้อเรียกร้องของผู้เสียหายหรือเครือญาติของผู้นั้น อันเป็นแนวคิดของระบบปัจเจกชนนิยม (Individualism)⁸

พิจารณาแล้วจึงเห็นได้ว่าหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้เสียหายมาจากแนวคิดในการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยประชาชน เมื่อรัฐไม่สามารถรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม

⁵ วิธีพิจารณาความในระบบกล่าวหา คือ วิธีพิจารณาที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีอยู่ภายใต้การดำเนินการของกลุ่มความเป็นหลัก

⁶ วิธีพิจารณาความในระบบไต่สวน คือ วิธีพิจารณาที่การดำเนินกระบวนการพิจารณาและการแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดีอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลเป็นหลัก

⁷ อุดม รัฐอมฤต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 241.

⁸ คณิต ฌ นคร. (2528). วิธีพิจารณาความอาญาไทย หลักกฎหมายกับทางปฏิบัติที่ไม่ตรงกัน. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 15 (3). หน้า 3-4.

ได้ครบถ้วนและเอกชนเป็นผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดอาญาก็ควรจะได้รับ ความคุ้มครอง ผู้เสียหายจึงต้องมีอำนาจในการดำเนินคดีอาญาได้ด้วยตนเองเพื่อเรียกร้องสิทธิที่ตน มีอยู่

2.1.2 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน

ในยุคที่สังคมพัฒนาขึ้น แนวความคิดที่เกี่ยวกับผลกระทบของการกระทำความผิดอาญา ได้เปลี่ยนไปจากยุคที่ผ่านมา การกระทำความผิดบางกรณี ในยุคนี้ไม่เพียงแต่ก่อความเสียหายให้กับ บุคคลที่ได้รับผลร้ายจากการกระทำโดยตรงเท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อย ของสังคมด้วย ซึ่งเป็นแนวคิดตามแบบปัจเจกชนนิยม ที่ยึดมั่นในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนว่ารัฐจะล่วงละเมิดมิได้⁹ แนวความคิดเช่นนี้ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในระบบกฎหมาย โรมัน ซึ่งได้จำแนกลักษณะการกระทำความผิด ระหว่างการกระทำความผิดต่อส่วนตัว (delet prive) กับการกระทำความผิดอาญาแผ่นดิน (delet public) และจากการจำแนกลักษณะการกระทำความผิด เช่นนี้เองที่ทำให้มีการฟ้องคดีตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน กล่าวคือ ในกรณีที่เป็น คดีความผิดต่อส่วนตัว อำนาจฟ้องยังคงเป็นของบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิด นั้น แต่สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดอาญาแผ่นดิน ซึ่งกฎหมายโรมันถือว่ามีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและก่อความเสียหายต่อประโยชน์มหาชน การฟ้องร้องเพื่อให้มีการลงโทษ ผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นของราษฎรทุกคน ไม่ว่าบุคคลเหล่านี้จะเป็นผู้ได้รับผลร้ายโดยตรง จากการกระทำความผิดนั้นหรือไม่ก็ตาม เขามีอำนาจฟ้องในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคมและ มีส่วนได้เสียในคดีเช่นนี้¹⁰

2.1.3 หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ

เมื่อรัฐกว้างใหญ่ไพศาลขึ้น มีการสร้างระบบการปกครองประเทศ มีกำหนดกฎเกณฑ์ (Regulation) และระเบียบ (Rule) ต่าง ๆ ความผิดจึงมิได้เกิดเฉพาะตัวบุคคล (Individual) แต่ได้เกิด แก่รัฐ เมื่อรัฐต่าง ๆ เริ่มมีความเจริญ ความผิดที่เกิดแก่รัฐก็เริ่มมีมากขึ้น เมื่อเกิดความคิดว่าบุคคล ย่อมมีความเจริญเท่าเทียมกัน มีความคิดเสมอเหมือนกัน จึงมีความพยายามตัดอำนาจตัดสินของ หัวหน้าผู้ปกครองรัฐออก โดยให้มีการกระจายอำนาจออกไปสู่ประชาชนเสีย โดยจัดตั้งอำนาจศาล ขึ้นต่างหาก มีคู่ความ¹¹ในคดี ความผิดที่เกิดแก่รัฐก็ไม่มีผู้ฟ้องและผู้ตัดสิน จึงเกิดความคิดว่าต้องหา

⁹ จิตรลดา จุงวงศ์. (2541). *แนวทางในการตรวจสอบควบคุมการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐในความผิดต่อตำแหน่ง หน้าที่ราชการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14.

¹⁰ อุดม รัฐอมฤต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 243.

¹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (15) ให้นิยามคำว่า “คู่ความ” หมายความว่าฝ่ายหนึ่ง และจำเลยอีกฝ่ายหนึ่ง

ผู้กระทำการแทนรัฐในการเป็นโจทก์ฟ้องผู้กระทำความผิด ในที่สนะนี้จึงได้เกิดระบบอัยการขึ้นเป็นโจทก์¹² ซึ่งในระหว่างศตวรรษที่ 14 อันเป็นช่วงเวลาหลักการดำเนินคดีอาญาโดยผู้พิพากษาเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป อัยการซึ่งก่อตั้งขึ้นในฝรั่งเศสได้มีส่วนใช้อำนาจฟ้องคดีอยู่แล้ว ในระยะเริ่มแรกอัยการทำหน้าที่เป็นทนายความในศาลเพื่อรักษาผลประโยชน์ให้กับกษัตริย์และบรรดาเจ้าศักดินา ความสำคัญของอัยการเพิ่มมากขึ้นตามบทบาทของกษัตริย์ที่มีต่อสังคม โดยเฉพาะเมื่อกษัตริย์เปลี่ยนฐานะจากเดิมที่เป็นเพียงหัวหน้าของบรรดาเจ้าศักดินามาสู่ฐานะที่เป็นตัวแทนของสมาชิกทั้งหมด ทำหน้าที่ปราบปรามการกระทำผิดทั้งหลายที่ทำลายความสงบเรียบร้อยของสังคม อัยการก็ได้กลายมาเป็นเจ้าพนักงานของรัฐที่รับหน้าที่ฟ้องคดีแทนรัฐ ฐานะของอัยการที่เคยเป็นเพียงทนายดูแลผลประโยชน์ของกษัตริย์ได้เปลี่ยนมาเป็นตัวแทนของสังคมอย่างถาวร เป็นองค์กรที่สนับสนุนรูปแบบการปกครองที่รวมศูนย์อำนาจของกษัตริย์และสอดคล้องกับแนวความคิดที่วางประโยชน์ของสังคมหรือของรัฐไว้เหนือกว่าประโยชน์ของเอกชน¹³

2.2 แนวความคิดทั่วไปเกี่ยวกับการปราบปรามการทุจริตทางการเมือง

จวบจนถึงปัจจุบันคงจะต้องกล่าวว่ายังไม่มีคำนิยาม หรือคำอธิบายเกี่ยวกับการทุจริตหรือการทุจริต (Corruption) อันเป็นที่ยุติและยอมรับกันได้อย่างเป็นการทั่วไป อันมีผลมาจากเหตุที่การทุจริตมีความเกี่ยวข้องกับสภาพแห่งพลวัต¹⁴ ทางสังคม (Social) เศรษฐกิจ (Economic) การเมือง (Political) และวัฒนธรรม (Cultural) เป็นอย่างมาก ไม่เฉพาะเพียงความแตกต่างหลากหลายดังกล่าวของแต่ละประเทศที่ต่างกันจะมีผลต่อการให้ความหมายที่ต่างกันไปเท่านั้น แม้แต่ในสังคมเดียวกัน หรือประเทศเดียวกัน เมื่อกาลเวลาผ่านไป สภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนไปก็ส่งผลต่อแนวคิดในการนิยามความหมายของคำว่า “การทุจริต” ให้เปลี่ยนแปลงไปอีกด้วย จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะหาคำนิยามหรือจำกัดความให้เป็นที่ยุติยอมรับกันได้อย่างเป็นการทั่วไปหรือที่เป็นสากล

¹² อรรถพล ใหญ่สว่าง. (2524). *ผู้เสียหายในคดีอาญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 28.

¹³ อุดม รัฐอมฤต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4. หน้า 245.

¹⁴ คำว่า พลวัต หมายความว่า ซึ่งเกี่ยวข้องกับแรง ซึ่งเกี่ยวข้องกับผลของแรง เช่น สันติภาพเป็นสิ่งที่มีความพลวัตอย่างยิ่งและน่าสนใจไม่น้อยกว่าความรุนแรง

2.2.1 ความหมายของทุจริต (Corruption)

“ทุจริต” ไม่ใช่คำไทยแท้มีรากศัพท์มาจากภาษาบาลี¹⁵ หมายความว่า ประพฤติชั่ว คดโกง ไม่ซื่อตรง¹⁶

“โดยทุจริต” (Ill-gotten) หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น¹⁷

“การทุจริต” (Corruption) หมายความว่า การทำลาย การละเมิดกฎหมายและจริยธรรม รวมถึงการละเว้น การปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องกระทำ¹⁸

“ทุจริตต่อหน้าที่” (Malfeasance) หมายความว่า ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น¹⁹

การทุจริต ในความหมายทั่วไปหมายถึง “พฤติกรรมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยมิชอบเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ส่วนตัว” กล่าวคือ ในรัฐเสรีประชาธิปไตย เจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในฐานะเป็นกลไกของรัฐในการดำเนินการปกครองตามแนวนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของราษฎร จึงต้องมีสำนึกต่อการปฏิบัติงานเพื่อส่วนรวมเสมอ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนไปจากกรอบที่สังคมมอบหมายเพื่อวัตถุประสงค์ส่วนตัว จึงต้องถือว่าเป็นการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่²⁰

โดยการทุจริตในขอบเขตของกฎหมายไทย หมายถึง พฤติการณ์การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะในกรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะมีตำแหน่งหรือ

¹⁵ กมล สกลเดชา. (2552). *ศาลปกครองกับการควบคุมตรวจสอบข้อพิพาทเกี่ยวกับการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ*. หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 13, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 13.

¹⁶ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1).

¹⁸ แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2544). *การบังคับใช้กฎหมายเพื่อปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในประเทศไทย*. เอกสารวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 3.

¹⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

²⁰ นิติธร สิริธนาชัยกุล. (2556). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจการควบคุมตรวจสอบการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐในระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 39-59.

หน้าที่ในเรื่องนั้นหรือไม่ หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบ ไม่ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะมุ่งที่ผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ทรัพย์สิน เป็นต้นว่า ใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ กลั่นแกล้งราษฎร หรือเจตนาก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราษฎรหรือราชการ เช่นนี้ก็คือว่าเป็นการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเช่นกัน²¹

2.2.2 ลักษณะและรูปแบบของการทุจริต²²

องค์การสหประชาชาติ (United Nations) ได้อธิบายว่ารูปแบบ (forms) ของการทุจริต มีตั้งแต่การรับเงินหรือได้รับสิ่งตอบแทน ซึ่งเป็นเสมือนรางวัลจากข้อตกลง การละเมิดระเบียบราชการเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวที่ครอบคลุมถึงเงินส่วนแบ่งที่ได้มาจากโครงการหรือจากบริษัทข้ามชาติ การจ่ายเงินสนับสนุนให้แก่ผู้ที่มีหน้าที่ออกกฎหมาย การเบี่ยงเบนทรัพยากรของรัฐให้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว การเพิกเฉยต่อกิจกรรมที่ผิดกฎหมายหรือเข้าแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมการเล่นพรรคเล่นพวก (Nepotism) การฉ้อราษฎร์บังหลวง การกำหนดราคาและการจัดซื้อจัดจ้าง (Procurement) ให้สูงกว่าความเป็นจริง การจัดสร้างโครงการหลอกลวง การสร้างตัวเลขค่าใช้จ่ายที่เป็นเท็จ และการทุจริตในการเก็บภาษีและการประเมินภาษี เป็นต้น

จากการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับลักษณะ รูปแบบ และประเภทของการทุจริตพบว่า มีการแบ่งได้ออกเป็นหลากหลายประเภทขึ้นอยู่กับว่าจะใช้เกณฑ์ใดเป็นเครื่องแบ่ง เช่น การแบ่งตามขนาด สามารถแบ่งได้ 2 ประเภท คือ การทุจริตขนาดเล็ก (Petty Corruption) และการทุจริตขนาดใหญ่ (Grand Corruption) การแบ่งตามระดับ สามารถแบ่งได้ 3 ระดับ คือ ทุจริตเชิงบุคคล (Incidental) การทุจริตเชิงสถาบัน (Institutional) และการทุจริตเชิงระบบ (Systematic) เป็นต้น โดยจะขอกล่าวถึงเฉพาะที่สำคัญ ดังนี้

Heidenheimer แบ่งลักษณะการทุจริตออกเป็น 3 ลักษณะ คือ

1) การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานราชการสมัยใหม่ (Public Office) เป็นแนวคิดที่เห็นว่า การทุจริตเป็นการแสดงออกของการใช้อำนาจรัฐในทางที่ผิดเพื่อหวังผลประโยชน์ส่วนตัว โดยเกี่ยวข้องกับการให้สินบนซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นเงินทองเสมอไป การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานราชการสมัยใหม่ (Public Office) หรือการทุจริตจากการบริหารราชการแผ่นดิน จึงเป็นการใช้อิทธิพลที่เกินกว่าอำนาจของกฎหมาย (Extra-legal influence) เพื่อไปกำหนดนโยบายและ

²¹ อุดม รัฐอมฤต. (2546) . *การแก้ไขปัญหาการทุจริตในระบบการเมืองและวงราชการไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 14.

²² อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2559). *รายงานโครงการฉบับสมบูรณ์โครงการเรื่อง การทุจริตเชิงนโยบาย : มาตรการในทางกฎหมายเพื่อควบคุมและป้องกันปัญหาการทุจริตเชิงนโยบายในประเทศไทย*. หน้า 13.

ทำให้เกิดผล เช่น การทำโครงการการจัดซื้อจัดจ้างให้แก่สมัครพรรคพวกของตน การซื้อขายตำแหน่ง การโยกย้ายตำแหน่ง โดยไม่คำนึงถึงหลักการเรื่องความสามารถและคุณธรรมแต่กลับอาศัยความเป็นเครือญาติหรือสมัครพรรคพวกเป็นที่ตั้ง

2) การทุจริตเกี่ยวข้องกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ ที่เห็นว่าการทุจริตจะเป็นเรื่องของข้าราชการที่ฉ้อฉล ที่เห็นหน่วยราชการของตนเองเป็นดังเช่นแหล่งทำธุรกิจที่จะแสวงหารายได้ให้มากที่สุด หน่วยราชการจึงกลายเป็นสถานที่มุ่งแสวงหากำไรให้ได้มากที่สุด รายได้ของข้าราชการเหล่านั้นขึ้นอยู่กับสถานะการณ์ของตลาด และความสามารถส่วนตัวที่จะหาจุดที่จะทำให้ได้ผลประโยชน์สูงสุดจากความต้องการของประชาชน การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ หรือการทุจริตจากการสร้างส่วนเกินทางเศรษฐกิจ เป็นการแสวงหากำไรส่วนเกินหรือที่นักเศรษฐศาสตร์เรียกว่า “ค่าเช่าทางเศรษฐกิจ” (Economic rent) หรือ “ค่าเช่า” ถูกสร้างขึ้นเมื่อรัฐเข้าไปจำกัดการทำงานของตลาด ค่าเช่า จึงหมายถึง รายได้ หรือค่าตอบแทนที่สูงกว่าปกติ โดยถือเอาสภาพของตลาดแข่งขันเป็นเกณฑ์ความปกติ หรืออาจหมายถึง รายได้ซึ่งสูงกว่ารายได้ขั้นต่ำซึ่งบุคคลหรือบริษัทจะได้มาจากทางเลือกอื่น ซึ่งอาจกล่าวโดยสรุปว่า ค่าเช่าอาจแบ่งเป็น 6 ประเภท คือ ค่าเช่าจากการผูกขาด (Monopoly rents) ค่าเช่าจากการโอนย้ายทรัพยากร (Rents based on transfer) ค่าเช่าจากการผูกขาดทรัพยากรธรรมชาติ (Natural resource rents) ค่าเช่าจากนวัตกรรม (Schumpeterian rents) ค่าเช่าจากการเรียนรู้ (Rents for learning) และค่าเช่าจากการกำกับดูแลและจัดการ (Monitoring and management rents) กล่าวคือ โดยที่ค่าเช่า คือ ค่าตอบแทนที่สูงเป็นพิเศษ จึงก่อให้เกิดแรงจูงใจที่จะสร้างและคงไว้ซึ่งค่าเช่าเหล่านั้น ตั้งแต่การให้สินบน การบังคับขู่เข็ญ ไปจนถึงกิจกรรมการเมือง ที่ถูกกฎหมาย ทรัพยากรที่ใช้ไปในการแสวงหาค่าเช่า ผู้แสวงหาค่าเช่า จึงแสวงหานักการเมืองหรือข้าราชการระดับสูงให้เป็นผู้อุปถัมภ์และช่วยเหลือให้ได้ค่าเช่าตอบแทนกับเงินสินบนหรือของกำนัล การแสวงหาค่าเช่า การทุจริตและการแลกเปลี่ยนเชิงอุปถัมภ์ (Patron – client exchanges) จึงโยงใยและคาบเกี่ยวกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้²³

Khan และ Jomo เห็นว่า ผู้ซึ่งมีตำแหน่งทางการเมือง หรือตำแหน่งข้าราชการระดับสูง มีอำนาจสร้างและควบคุมค่าเช่า (Rent) ที่จะทำให้ธุรกิจหรือปัจเจกได้กำไรในอัตราสูงกว่าระบบตลาดปกติที่จะให้ได้ ซึ่งอาจจะทำได้ด้วยวิธีต่าง ๆ เช่น อนุญาตให้ตั้งธุรกิจผูกขาด (Monopolies) ในอุตสาหกรรมหรือบริการกิจการหนึ่ง ให้ได้ใบอนุญาตเข้าถึงทรัพยากรหายากเพื่อประกอบกิจการ ให้การคุ้มครองจากเงื้อมมือของกฎหมายในกรณีทำธุรกิจผิดกฎหมาย เป็นต้น ส่วนผลกระทบของการแสวงหาค่าเช่าต่อระบบเศรษฐกิจนั้นขึ้นอยู่กับต้นทุนในการแสวงหามีสูงมากเพียงใด และ

²³ อุดม รัฐอมฤต. อังแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 15.

ที่สำคัญ คือ ผลลัพธ์สุทธิของสังคมต่อค่าเช่าโดยรวมหลังจากต้นทุนในการแสวงหาแล้ว เป็นบวก หรือเป็นลบต่อเศรษฐกิจโดยรวม ทั้งนี้ หัวใจของการวิเคราะห์ คือ²⁴

ประการแรก ค่าเช่าที่แสวงหาและบังเกิดขึ้นเป็นค่าเช่าชนิดใด เป็นค่าเช่าที่มีแนวโน้มส่งผลดีกับการพัฒนาเศรษฐกิจ หรือเป็นค่าเช่าที่ส่งผลเสีย ประการที่สอง กระบวนการแสวงหา ค่าเช่าที่อาจเปลี่ยนแปลงไปตามลำดับขั้นตอนของกระบวนการสะสมทุนของเศรษฐกิจ มีนัยต่อประเภทของค่าเช่าให้เกิดการลงทุนที่เป็นผลดีต่อระบบเศรษฐกิจในระยะยาวหรือไม่ เพียงใด และ ประการที่สาม ความพยายามเปลี่ยน โครงสร้างค่าเช่าอาจนำไปสู่ความขัดแย้งด้านการจัดสรรผลประโยชน์ การแบ่งสรรอำนาจหรือโครงสร้างอำนาจ อาจกำหนดว่าปัจเจกชนใด หรือกลุ่มใด จะได้รับการจัดสรรค่าเช่า ใครจะได้ค่าเช่ามากน้อยอย่างไร ต้องแบ่งกับใครบ้างภายในระบบอุปถัมภ์ มีนัยต่อผลลัพธ์ค่าเช่าในท้ายที่สุด ดังนั้น จึงต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของผู้แสวงหา ค่าเช่า ทั้งที่เป็นกลุ่มผู้ประกอบการและผู้แสวงหาค่าเช่าที่ไม่ใช่ผู้ประกอบการ และพรรคพวก กับนักการเมือง ข้าราชการ วิธีการแสวงหาค่าเช่า และการจัดสรรทรัพยากรระหว่างกลุ่มต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกัน

3) การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดเรื่องผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) การทุจริตเป็นการใช้อำนาจเพื่อผลประโยชน์ ความพึงพอใจหรือชื่อเสียง หรือเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มหรือชนชั้นในลักษณะที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือมาตรฐานด้านพฤติกรรมในเชิงศีลธรรม (Moral) การทุจริตที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดเรื่องผลประโยชน์สาธารณะในระดับนโยบายมักเกี่ยวข้องกับฝ่ายการเมืองหรือพรรคการเมือง เนื่องจากการเข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองนักการเมืองจะได้รับมอบหมายอำนาจเพื่อบริหารประเทศ อำนาจดังกล่าว ได้แก่ อำนาจในการกำหนดนโยบายทางด้านเศรษฐกิจและสังคม อำนาจในการกำหนดงบประมาณแผ่นดิน ตลอดจนอำนาจในการแต่งตั้งบุคลากรระดับสูงให้ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจต่าง ๆ ดังนั้น การใช้อำนาจในการบริหารประเทศดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลต่าง ๆ ในสังคมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้ว่าการใช้อำนาจทางบริหารเพื่อเอื้อผลประโยชน์ให้แก่ธุรกิจของตนเองหรือผู้บริหารประเทศอาจมีลักษณะเจาะจง หรือไม่เจาะจงกับธุรกิจของรัฐมนตรีหรือพวกพ้อง จึงทำให้มีผู้กล่าวว่า การทุจริตในลักษณะนี้เป็นการทุจริตจากกระบวนการทางการเมือง คือ เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาล โดยขาดคุณธรรม (Merit) หรืออย่างผิดกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของตนเอง หรือเพื่อผลประโยชน์ทางการเมือง และผลประโยชน์ดังกล่าวซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นวัตถุหรือเงินทองเสมอไป การทุจริตจากกระบวนการทางการเมือง จึงเป็นการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่รัฐในทางที่ผิด

²⁴ อุดม รัฐอมฤต. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 16

เพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว โดยการทุจริตลักษณะนี้ เกิดขึ้นได้ไม่ว่าในรัฐบาลรูปแบบใดและมีรูปแบบแตกต่างกันไป แต่ส่วนใหญ่อยู่ในรูปแบบของระบบอุปถัมภ์ (Patronage system) การติดสินบน (Bribery) การรโงก (Extort) ใช้อำนาจบาตรใหญ่ คดโกง ยักยอก และใช้ระบบเส้นสายเพื่อประโยชน์ส่วนตัว และในบางกรณียังพบว่ามีความเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมที่มีการจัดตั้งในลักษณะองค์กร (Organized crime) ประเภทต่าง ๆ เช่น การค้ายาเสพติด (Drug traffic) การฟอกเงิน (Money laundering) และธุรกิจค้าประเวณี (Prostitution) เป็นต้น นอกจากนี้การทุจริตทางนโยบาย ยังมีความหมายรวมถึง การทำสัญญาข้อผูกพันใด ๆ ที่ทำให้รัฐเสียเปรียบคู่สัญญาเอกชนที่นักการเมืองมีส่วนได้เสียหรือที่เป็นญาติหรือพวกพ้องด้วยทั้งทางตรงและทางอ้อม อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการกำหนดนโยบายเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่ธุรกิจใด ๆ ในลักษณะที่ไม่เจาะจงอาจทำให้นโยบายของรัฐบาลไม่ตกเป็นเป้าของการวิพากษ์วิจารณ์ของสาธารณชนและสื่อมวลชน และอาจทำให้มีผู้ประกอบการรายอื่นได้รับ “ผลประโยชน์” ให้การสนับสนุนด้วย ทั้งนี้การกำหนดนโยบายที่เอื้อต่อภาคธุรกิจดังกล่าว ไม่จำเป็นต้องเป็นการทุจริตเสมอไปเพราะนโยบายส่งเสริมหรือให้การคุ้มครองอุตสาหกรรมที่มีมิติของสาธารณะนั้นไม่ใช่นโยบายที่จะเอื้อประโยชน์ทางธุรกิจให้แก่ผู้ประกอบการไม่กี่รายเท่านั้น

Hridenheimer แบ่งรูปแบบการทุจริตตามหลักเกณฑ์ของสี่ที่สะท้อนตามความอดทนของชุมชน (Community's tolerance) ที่มีต่อการทุจริต ดังนี้²⁵

1) การทุจริตสีดำ (Black Corruption) หมายถึงความเห็นพ้องต้องกันเป็นส่วนใหญ่ของชนชั้นนำและของมวลชน ที่เห็นว่าการกระทำหนึ่งสมควรถูกดำเนิน และเห็นว่าควรจะถูกลงโทษ

2) การทุจริตสีเทา (Gray Corruption) เป็นการกระทำที่ชนชั้นนำส่วนหนึ่งเห็นว่าสมควรถูกลงโทษ แต่ชนชั้นนำอีกส่วนหนึ่งเห็นแตกต่างออกไป ในขณะที่เสียงส่วนใหญ่มองเห็นความเห็นคลุมเครือ

3) การทุจริตสีขาว (White Corruption) เป็นเรื่องที่ชนชั้นนำยอมรับและเห็นว่าพอจะรับได้ คือไม่เลวร้ายนัก การทุจริตในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่ชนชั้นนำและมวลชนส่วนใหญ่ไม่ได้มีการกระตือรือร้นที่จะให้มีการลงโทษ พูดอีกอย่างหนึ่งคือ การทุจริตเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมที่คนในสังคมอาจจะยังไม่ตระหนักถึง เพราะฉะนั้นการทำทุจริตที่เกิดขึ้นในสังคมหนึ่งแต่ในสังคมหนึ่งอาจจะยังไม่ถือว่าเป็นการทุจริตก็ได้

Tanzi และ Rose-Ackerman แบ่งการทุจริตออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ²⁶

²⁵ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 15.

1) การทุจริตโดยข้าราชการ (Administrative or bureaucratic corruption) ซึ่งหมายถึง การกระทำที่มีการใช้หน่วยงานราชการเพื่อมุ่งแสวงหาผลประโยชน์ในทางการเงินที่เป็นไปตาม วัตถุประสงค์และเป้าหมายการปฏิบัติงานของหน่วยงานนั้น ๆ มากกว่าประโยชน์สาธารณะ

2) การทุจริตโดยนักการเมือง (Political corruption) เป็นการใช้นักการเมืองของ ทางการโดยบรรดานักการเมืองเพื่อมุ่งแสวงหาผลประโยชน์ในทางการเงินมากกว่าประโยชน์ สาธารณะ กล่าวคือ เป็นการกระทำการทุจริตโดยประมุขของรัฐ ประมุขของรัฐบาลหรือ นักการเมืองระดับสูง โดยมีเป้าหมายเพื่อรักษาอำนาจหรือคงอิทธิพลทางการเมืองของตนไว้ โดยรูปแบบหนึ่งของการทุจริตก็คือการสะสมทรัพย์สิน โดยการเบียดบังหรือยักยอกหรือแบ่ง เปรอ์เช่นต์จากการใช้งบประมาณของรัฐโดยผ่านโครงการการประมูล หรือการจัดซื้อจัดจ้างต่าง ๆ ซึ่งมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปว่า Extraction การยักยอก (Embezzlement) หรือ Kleptocracy และเมื่อ ผู้นำประเทศที่กระทำการทุจริตได้เงินมาจะนำเงินดังกล่าวมาสร้างอิทธิพลทางการเมืองต่ออีกทีหนึ่ง เพื่อเป็นการสร้างรักษาและขยายฐานอำนาจทางการเมือง โดยผ่านทางทำให้ผลประโยชน์แก่ พวกพ้องซึ่งมีลักษณะที่เรียกว่าเป็นการสร้างระบบอุปถัมภ์ทางการเมือง (Patronage politic) หรือให้ ผลประโยชน์ในหมู่ครอบครัวและญาติมิตรที่เรียกว่า การเล่นพรรคเล่นพวก (Nepotism)

Shleifer และ Vishney แบ่งลักษณะของการทุจริตโดยข้าราชการออกเป็น 2 ประเภทย่อย คือ

1) การทุจริตตามน้ำ (Corruption without theft) ซึ่งจะปรากฏขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องการสินบนโดยให้มีการจ่ายตามช่องทางปกติของทางราชการ แต่ให้เพิ่มสินบนรวมเข้าไว้กับ การจ่ายค่าบริการของหน่วยงานนั้น ๆ

2) การทุจริตทวนน้ำ (Corruption with theft) เป็นการทุจริตในลักษณะที่เจ้าหน้าที่ ของรัฐจะเรียกหรือสินบนจากผู้ขอรับบริการโดยตรง โดยที่หน่วยงานนั้นไม่ได้มีการเรียกเก็บเงิน ค่าบริการแต่อย่างใด

Susan Rose Ackerman กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของภาครัฐที่เป็นเหตุแห่งการทุจริต 4 แบบ ดังนี้

1) การอนุญาตให้ละเว้นจากการปฏิบัติตามกฎระเบียบของรัฐเพื่อลดต้นทุนการทำ ธุรกิจ เช่น การหลบเลี่ยงภาษี เป็นต้น

2) การจัดสรรผลประโยชน์หรือทรัพยากรที่มีจำกัดในรูปแบบของสิ่งของบริการหรือ สิทธิให้แก่เอกชน เช่น การออกใบอนุญาตการประกอบธุรกิจ การให้สัมปทาน (Enfranchisement) และการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

²⁶ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. อังแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 15.

3) ข้าราชการสร้างอุปสรรคในการให้บริการแก่ประชาชนและภาคธุรกิจ เนื่องจากเงินเดือนและผลตอบแทนต่ำเกินไปจนขาดแรงจูงใจในการทำงาน เช่น ความล่าช้าในการให้บริการ ทำบัตรประชาชน หนังสือเดินทาง เป็นต้น

4) ธุรกิจหลายประเภทผิดกฎหมาย เอกชนจึงย้ายสินบนแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ตนสามารถประกอบอาชญากรรมได้โดยไม่ถูกจับกุม เช่น การค้ายาเสพติด โสเภณี การพนัน (Gamble) เป็นต้น

ส่วนองค์กรเพื่อความโปร่งใสนานาชาติ (Transparency International : TI) ได้กำหนดนิยามและรูปแบบของการทุจริตเป็น 7 ประเภท ได้แก่²⁷

1) การทุจริตขนาดใหญ่ (Grand corruption) เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐระดับสูง เพื่อบิดเบือนนโยบายหรือใช้อำนาจรัฐในทางมิชอบ เพื่อให้ผู้นำหรือผู้บริหารประเทศได้รับผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชาติ

2) การทุจริตขนาดเล็ก (Petty corruption) เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐระดับกลาง และระดับล่างต่อประชาชนทั่วไป โดยใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายในทางที่มิชอบ

3) การติดสินบน (Bribery) เป็นการเสนอ การให้ หรือสัญญาว่าจะให้ผลประโยชน์ทั้งในรูปของเงิน สิ่งของ และสิ่งตอบแทนต่าง ๆ เพื่อเป็นแรงจูงใจให้เกิดการกระทำผิดกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี

4) การยักยอก (Embezzlement) คือการที่พนักงานหรือเจ้าหน้าที่องค์กรของรัฐนำเงินหรือสิ่งของที่ได้รับมอบหมายให้ไปใช้ในหน้าที่ราชการ มาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือเพื่อกิจกรรมอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง

5) การอุปถัมภ์ (Patronage) เป็นรูปแบบหนึ่งของการเล่นพรรคเล่นพวก ด้วยการคัดเลือกบุคคลจากสายสัมพันธ์ทางการเมืองหรือเครือข่าย (Connection) เพื่อเข้ามาทำงานหรือเพื่อได้รับผลประโยชน์ โดยไม่คำนึงถึงคุณสมบัติและความเหมาะสม

6) การเลือกที่รักมักที่ชัง (Nepotism) เป็นรูปแบบหนึ่งของการเล่นพรรคเล่นพวก โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะใช้อำนาจที่มีในการให้ผลประโยชน์หรือให้หน้าที่การงานแก่เพื่อนครอบครัว หรือบุคคลใกล้ชิด โดยไม่คำนึงถึงคุณสมบัติและความเหมาะสม

7) ผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) คือการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวและประโยชน์ส่วนรวม อันเกิดจากบุคคลต้องทำหน้าที่หรือสถานะมากกว่าหนึ่งสถานะ

²⁷ คณะอนุกรรมการเฉพาะกิจเพื่อการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ระยะที่ 3 (2560). *ยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ระยะที่ 3 (พ.ศ. 2560 - 2564)*. หน้า 7.

2.2.3 รูปแบบของการทุจริตในประเทศไทย

การทุจริตในประเทศไทยอาจจำแนกออกเป็น 2 ระดับ ได้แก่ การทุจริตในระดับชาติ และการทุจริตในระดับท้องถิ่น²⁸

1) การทุจริตในระดับชาติ การทุจริตเชิงนโยบาย²⁹ (Policy corruption) เป็นรูปแบบการทุจริตที่นักการเมืองใช้อำนาจทางด้านการบริหารราชการแผ่นดิน รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติที่ได้มาจากความไว้วางใจของประชาชนเป็นเครื่องมือในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย การแก้ไขระเบียบ ข้อบังคับและนโยบาย โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมาย กฎระเบียบ และตีความกฎหมาย กฎ ระเบียบ ให้เอื้อประโยชน์ต่อตนเองและพวกพ้อง เพื่อให้การกระทำทุจริตกลายเป็นสิ่งที่ชอบธรรม เนื่องจากมีกฎหมาย กฎระเบียบ และนโยบายรองรับ การทุจริตเชิงนโยบาย (Policy corruption) ยังปรากฏในรูปแบบอื่น ๆ เช่น การซื้อขายตำแหน่งในระดับสูงทางราชการ ได้แก่ ตำแหน่งอธิบดี (Director-general) ตำแหน่งผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจ ในตำแหน่งที่มีอำนาจอนุมัติเห็นชอบโครงการต่าง ๆ ได้นำไปสู่การตรวจสอบที่หละหลวมในโครงการก่อสร้าง การจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และการใช้วิธีพิเศษในการดำเนินการหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ มาตรการป้องกันการทุจริตต่าง ๆ ในแต่ละกระบวนการขั้นตอนมีการแบ่งผลประโยชน์กันในกลุ่มพวกพ้อง เช่น การทำแบบก่อสร้างที่ไม่มีความชัดเจน การใช้เงินกู้จากต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ รวมทั้งเสนอโครงการเร่งด่วนเพื่อจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีรูปแบบของการว่าจ้างแบบเหมารวมซึ่งผู้รับเหมาสามารถดำเนินการออกแบบและก่อสร้างโครงการให้แล้วเสร็จได้ด้วยตนเอง ซึ่งเอื้อต่อการทุจริตเนื่องจากผู้รับเหมาโครงการสามารถปรับเปลี่ยนแผนงานต่าง ๆ ได้ตลอดเวลา สามารถปรับเพิ่มค่าใช้จ่ายและขออนุมัติงบประมาณเพิ่มเติมได้ง่าย อีกทั้งยังเปิดช่องให้บริษัทเอกชนเรียกร้อยค่าชดเชยจากรัฐได้ซึ่งมักเกิดจากการทำสัญญาที่หละหลวมมีช่องว่างให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ

2) การทุจริตในระดับท้องถิ่น การกระจายอำนาจ (Decentralization) ลงสู่ท้องถิ่นที่มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้บริการต่าง ๆ ของรัฐสามารถตอบสนองต่อความต้องการของชุมชน และมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่ในทางปฏิบัติเกิดการทุจริตในระดับท้องถิ่นเพิ่มมากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกัน ลักษณะการทุจริตในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local administration) จำแนกเป็น 7 ประเภท ดังนี้

²⁸ คณะอนุกรรมการเฉพาะกิจเพื่อการจัดทำยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ระยะที่ 3. เฟิงอั้งเชิงอรรดที่ 20. หน้า 7-9.

²⁹ รศ.ดร.สุชุม นवलสกุล ได้ให้ความหมายของคำว่าทุจริตเชิงนโยบาย หมายถึง เป็นการใช้นโยบายเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยวิธีที่แยบยล หากคู่มือเงินจะเสมือนการสนองประโยชน์เพื่อส่วนรวม แต่เบื้องลึกที่แท้จริงแฝงไปด้วยประโยชน์เพื่อพวกพ้องและตัวเองอยู่ด้วย

(1) การทุจริตด้านงบประมาณการทำบัญชี การจัดซื้อจัดจ้าง และการเงินการคลัง ส่วนใหญ่เกิดจากการละเลยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

(2) สภาพหรือปัญหาการทุจริตที่เกิดจากตัวบุคคล

(3) สภาพการทุจริตอันเกิดจากช่องว่างของกฎระเบียบและกฎหมาย

(4) สภาพหรือลักษณะปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากการขาดความรู้ความเข้าใจ และขาดคุณธรรมจริยธรรม

(5) สภาพหรือลักษณะปัญหาการทุจริตที่เกิดจากการขาดการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบ

(6) สภาพหรือลักษณะปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากการตรวจสอบขาดความหลากหลายในการตรวจสอบจากภาคส่วนต่าง ๆ

(7) สภาพหรือปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากอำนาจบารมีและอิทธิพล (Influence) ท้องถิ่น

รูปแบบของการทุจริตที่พบในสังคมไทยมากที่สุด³⁰ ได้แก่

(1) การรับสินบน ของกำนัล หรือรางวัลต่าง ๆ

(2) การซื้อขายหรือวิ่งเต้นขอตำแหน่งในวงราชการ

(3) การรับส่วยและการรีดไถประชาชน

(4) การทุจริตเชิงนโยบาย เช่น การทุจริตงบประมาณแผ่นดิน การก่อสร้างโครงการต่าง ๆ

ของภาครัฐ

(5) การแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการ

(6) การทุจริตในเรื่องของเวลา เช่น การทำงานแบบเช้าชามเย็นชาม

รูปแบบที่พบในสังคมไทยใหม่ซึ่งมีผลกระทบต่อสังคมไทยในวงกว้างและเป็นรูปแบบที่น่าสนใจในขณะนี้ของนักการเมือง คือ การทุจริตเชิงนโยบาย ซึ่งเป็นรูปแบบที่คัดกร่อนความเจริญในสังคมไทยมาก เพราะเป็นการทุจริตในวงเงินงบประมาณที่มีจำนวนค่อนข้างสูง

³⁰ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. (2547). รายงานการสำรวจความคิดเห็นของเครือข่ายภาคประชาชน เรื่อง การทุจริตและประพฤติมิชอบของสังคมไทย. (ม.ป.ท.). หน้า 2 - 3.

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการกำหนดความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่

รัฐในยุคเริ่มต้นเป็นรัฐที่มีอำนาจรวมศูนย์และไม่มีมาตรการในการจัดการต่อการฝ่าฝืนกฎระเบียบในการปฏิบัติราชการมากกว่าการลงโทษเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายโดยไม่ต้องอาศัยกฎหมายที่ซับซ้อนมากนัก เนื่องจากอำนาจทั้งหลายอยู่กับกษัตริย์ ระบบการกำหนดความผิดและโทษจึงขึ้นอยู่กับความหนักเบาไปตามจารีต (Tradition) ซึ่งอาจเป็นความรับผิดชอบทางแพ่งหรือทางอาญาโดยไม่แยกกันชัดเจนจนเมื่ออำนาจได้ค่อย ๆ เปลี่ยนมือจากกษัตริย์ไปสู่กระบวนการทางศาล การแยกความรับผิดชอบทางอาญาที่ขึ้นกับศาลและความรับผิดชอบทางวินัย (Discipline) ที่ขึ้นกับผู้บังคับบัญชาจึงเริ่มชัดเจนขึ้น และในที่สุดการควบคุมเจ้าพนักงานทางอาญาก็ต้องคำนึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยให้การใช้มาตรการทางอาญาต่อเจ้าพนักงานเท่านั้นที่ขึ้นกับศาลยุติธรรม (Court of justice) ส่วนการควบคุมการกระทำทางปกครองก็เข้าสู่ระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นไปตามหลักการที่เกิดขึ้นใหม่³¹

2.3.1 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ในประเทศที่ใช้ระบอบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย ได้กำหนดให้การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ซึ่งโดยทั่วไปเมื่อคำนึงถึงหลักการปกครองโดยยึดเอากฎหมายเป็นหลัก ประเทศต่าง ๆ จึงแยกการใช้อำนาจอธิปไตยออกเป็นภารกิจหน้าที่ 3 ประเภท คือ ภารกิจทางนิติบัญญัติ (Legislative function) ภารกิจทางบริหาร (Executive function) และภารกิจทางตุลาการ (Judicial function) หลักการแบ่งแยกอำนาจ จึงหมายถึง การกระจายการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ กระทำการทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร และทางตุลาการ ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน โดยแต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระ ไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาการขององค์กรอื่น ป้องกันไม่ให้เกิดการใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ไว้ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่เพียงองค์กรเดียว และดูแลให้เกิดการคานและดุลกัน (Checks and balances) เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจโดยมิชอบ ดังนั้น จึงเป็นมาตรการป้องกันมิให้เกิดอำนาจเด็ดขาดหรืออำนาจเบ็ดเสร็จ ซึ่งเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร³²

³¹ เคนเดือน เชนฐสมน. (2539). *การดำเนินคดีกับเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 6-13.

³² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2537). ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 24 (3). หน้า 568-582.

การใช้อำนาจของทั้งสามฝ่ายได้แสดงออกมาในรูปของการกระทำลักษณะต่าง ๆ ผ่านองค์กรของรัฐ แบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) การกระทำทางนิติบัญญัติ (2) การกระทำทางตุลาการ และ (3) การกระทำทางบริหาร

2.3.1.1 การกระทำทางนิติบัญญัติ³³

การกระทำทางนิติบัญญัติ (Legislative act) คือ การใช้อำนาจในการตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไปแก่ประชาชน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติเป็นหลัก โดยสองหน้าที่หลักที่เหมือนกัน คือ พิจารณาตรากฎหมายออกใช้บังคับ นอกจากนี้ยังมีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน เช่น วุฒิสภา (Senate) มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาแต่งตั้งองค์กรอิสระ (Independent entity) ต่าง ๆ การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม แม้โดยหลักองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจนิติบัญญัตินั้น ได้แก่ สภานิติบัญญัติ แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่รัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารอาจตรากฎหมายเป็นพระราชกำหนด³⁴ ออกใช้บังคับได้แต่อยู่ในลักษณะที่จำกัดและเป็นข้อยกเว้นต้องเข้าเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับได้เพียงชั่วคราวเท่านั้น

ในการควบคุมการกระทำทางนิติบัญญัติ มีกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติของสภานิติบัญญัติ ทั้งที่เป็นการควบคุมเหนือการกระทำ และการควบคุมเหนือตัวบุคคล สำหรับกรณีที่เป็นควบคุมเหนือการกระทำ ได้แก่ การกำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการยุบสภา ส่วนการควบคุมเหนือตัวบุคคล ได้แก่ การกำหนดให้ต้องแสดงบัญชีทรัพย์สินเพื่อตรวจสอบการควบคุมการกระทำที่ขัดกันแห่งผลประโยชน์ และการเข้าชื่อถอดถอนโดยประชาชน

2.3.1.2 การกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการ (Judicial act) คือ การพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งมีลักษณะเป็นการนำกฎหมายมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีแต่ละคดี ทั้งนี้ ลักษณะของการกระทำทางตุลาการนั้นมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำทางปกครอง (Administrative act) ในแง่ที่ว่า มีลักษณะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือนัยหนึ่งนำกฎหมายซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปมาปรับ

³³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 575.

³⁴ พระราชกำหนด หมายถึง กฎหมายรูปแบบหนึ่งซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตราขึ้น โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรี โดยอาศัยอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญวางไว้ว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ หรือในกรณีที่มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยการภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับ เพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับได้ตั้งพระราชบัญญัติ ดังนั้นพระราชกำหนดจึงแก้ไขเพิ่มเติม หรือยกเลิกพระราชบัญญัติได้

ใช้กับกรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะราย แต่แตกต่างกันเพราะการกระทำทางปกครองมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางปฏิบัติ เพื่อให้เกิดความผาสุกแก่ประชาชนโดยส่วนรวม การกระทำทางปกครองจึงมิได้มีความมุ่งหมายที่จะรักษากฎหมายโดยตรง ส่วนการกระทำทางตุลาการนั้นมีความมุ่งหมายที่จะรักษากฎหมายโดยตรงเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่กรณี³⁵

องค์กรตุลาการ มีลักษณะสำคัญดังต่อไปนี้

- (1) เป็นองค์กรวินัยซึ่งขาดข้อพิพาท
- (2) กระบวนวิธีพิจารณาวินัยซึ่งขาดต้องมีแบบแผนรัดกุมเป็นธรรมกับคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและต้องเปิดเผย
- (3) คำวินิจฉัยซึ่งขาดต้องมีลักษณะเด็ดขาดถึงที่สุดที่เรียกว่า คำพิพากษา
- (4) ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยซึ่งขาดในองค์กรตุลาการหรือศาล คือ ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ต้องมีอิสระในการทำคำวินิจฉัยหรือทำคำพิพากษา

เนื้อหาของหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษา แยกออกได้เป็น 2 ประการ คือ ความเป็นอิสระในเนื้อหา และความเป็นอิสระในทางส่วนตัว ในกรณีความเป็นอิสระในเนื้อหา หมายความว่า ผู้พิพากษามีอิสระที่จะพิจารณาพิพากษาคดี โดยไม่ตกอยู่ภายใต้อำนาจ (Mandate) หรือคำสั่งของบุคคลหรือองค์กรใด ๆ ไม่ว่าจะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ จากหลักความเป็นอิสระในแง่นี้ทำให้ไม่อาจนำระบบบังคับบัญชาตามลำดับชั้นมาใช้กับผู้พิพากษาได้ ส่วนความเป็นอิสระในทางส่วนตัว หมายความว่า ผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยปราศจากความกลัวว่าจะได้รับผลร้ายต่อสถานะส่วนตัว หากตัดสินใจคดีไปในทางใดทางหนึ่ง³⁶

หลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาดังกล่าวข้างต้นนั้น ได้รับการรับรองในฐานะหลักการพื้นฐานขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยความเป็นอิสระของศาล (United Nation's Basic Principles on the Independence of the Judiciary)³⁷ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่นานาประเทศรับรองไว้ในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญ ได้แก่

- (1) กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นอำนาจของศาลโดยเฉพาะ
- (2) กำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปตามกฎหมาย

³⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2554). *กฎหมายมหาชนเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 227-231.

³⁶ คณิต ณ นคร. (2549). *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 86-90.

³⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 792-795.

(3) กำหนดห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารตั้งคณะกรรมการเพื่อสอบสวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

(4) กำหนดห้ามมิให้สภานิติบัญญัติออกกฎหมายใช้บังคับแต่เฉพาะกรณีใดกรณีหนึ่ง

(5) กำหนดให้ต้องมีกฎเกณฑ์ที่เป็นหลักประกันในการโยกย้าย ถอดถอนเลื่อนตำแหน่ง และเลื่อนขึ้นเงินเดือนของผู้พิพากษาและตุลาการ

ในส่วนที่เกี่ยวกับวิธีการในการควบคุมการกระทำทางตุลาการนั้น นับว่ามีความสำคัญมากเนื่องจากเป็นกระบวนการที่ป้องกันไม่ให้อำนาจหนึ่งอำนาจใดมีอำนาจควบคุมตรวจสอบอีกอำนาจหนึ่งเกินความพอดี ลักษณะของการควบคุมอาจแยกเป็น 2 ลักษณะ คือ การควบคุมภายในองค์กรตุลาการด้วยตนเอง และการควบคุมภายนอกองค์กรตุลาการ

(1) การควบคุมภายในองค์กรตุลาการด้วยตนเอง

การควบคุมภายในองค์กรตุลาการด้วยตนเองนั้นเป็นการควบคุมเหนือการกระทำ ซึ่งจะปรากฏในวิธีพิจารณาความที่เปิดโอกาสให้คู่ความในคดีได้อ้างและนำสืบพยานหลักฐานของตนต่อศาล อีกทั้งเมื่อศาลมีคำพิพากษาแล้วก็ยังสามารถยื่นอุทธรณ์หรือยื่นฎีกาต่อศาลสูงขึ้นไปตามลำดับชั้นได้ นอกจากนี้ในกรณีของศาลปกครอง (Administrative court) ยังได้กำหนดวิธีพิจารณาความให้มีการให้ความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี³⁸ โดยตุลาการผู้แถลงคดีมีส่วนร่วมอยู่ในองค์คณะในคดีนั้นด้วย ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ตุลาการที่เป็นองค์คณะได้รับฟังความเห็นอีกด้านหนึ่งจากตุลาการที่มีส่วนร่วมอยู่ในองค์คณะ นอกจากนี้ในส่วนการควบคุมเหนือตัวบุคคลยังได้มีการกำหนดให้มีระบบวินัยและจรรยาบรรณของผู้พิพากษา หรือตุลาการที่เข้มงวดเคร่งครัดกว่าข้าราชการประเภทอื่น ๆ

(2) การควบคุมภายนอกองค์กรตุลาการ

การควบคุมภายนอกองค์กรตุลาการ เป็นการควบคุมเหนือตัวบุคคล ดังจะเห็นได้จากกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้มีมาตรการไต่สวนเพื่อถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายตุลาการ ตั้งแต่ระดับประธานศาลฎีกา (Chief Justice) ประธานศาลรัฐธรรมนูญ (President of the Constitutional Court) ประธานศาลปกครองสูงสุด (President of the Supreme Administrative Court) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไปจนถึงผู้พิพากษาหรือตุลาการได้ โดยกระบวนการที่มีการเข้าชื่อ

³⁸ ตุลาการผู้แถลงคดี คือ ตุลาการศาลปกครองที่ได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้จัดทำและเสนอคำแถลงการณ์ต่อองค์คณะตุลาการผู้แถลงคดีปกครองต้องมีชื่อตุลาการในองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น ๆ

กันของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือโดยการเข้าซื้อกันของประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด³⁹

นอกจากนั้นในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงจากการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ว่า ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาหรือตุลาการคนใด มีพฤติการณ์ร้ายชัดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ กระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม หรือจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ก็ต้องมีการส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลอาญาได้⁴⁰

2.3.1.3 การกระทำทางบริหาร

การกระทำทางบริหารนั้นมีความหมายกว้างขวางมากยากที่จะจำกัดความ เนื่องจากการกระทำของรัฐที่มีใช้การใช้อำนาจทางนิติบัญญัติและอำนาจทางตุลาการ แต่เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายทั้งในระดับสูงสุดในฐานะที่เป็นรัฐบาลทำหน้าที่รับผิดชอบการดำเนินนโยบายในการบริหารประเทศ ซึ่งต้องเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังมีใช้อำนาจในอีกระดับหนึ่งในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นด้วย⁴¹

การกระทำทางบริหารเป็นการกระทำของรัฐบาลที่มี 2 ลักษณะคือ (1) การกระทำทางรัฐบาล (act of state หรือ acte de gouvernement) หรือการกระทำทางการเมือง และ (2) การกระทำทางปกครอง (administrative act หรือ acte administratif) การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางการเมือง เป็นการใช้อำนาจของรัฐบาลในการใช้อำนาจทางการเมืองกำหนดนโยบายในการบริหารประเทศ และคอยควบคุมกำกับและชี้แนะให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์และนโยบายของรัฐบาล ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลที่มีอาจมอบหมายให้องค์กรอื่นมาทำแทนได้⁴²

ส่วนการกระทำทางปกครองนั้นเป็นการดำเนินงานเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ (Public service) ซึ่งเป็นภารกิจของรัฐ การกระทำในลักษณะนี้เป็นการกระทำโดยองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น รวมไปถึงจนถึงองค์กรที่ได้รับมอบหมายอำนาจในทางบริหารจากราชการส่วนกลาง

³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 270.

⁴⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 272.

⁴¹ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (ม.ป.ป.). *การกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบอบกฎหมายมหาชนไทย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 184-237.

⁴² เรื่องเดียวกัน. หน้า 154-162.

โดยกฎหมายกระจายอำนาจในทางบริการ และหน่วยงานพิเศษต่าง ๆ ที่มีกฎหมายให้ทำหน้าที่ในทางปกครองด้วย

เกี่ยวกับวิธีการในการควบคุมการกระทำทางบริหารนั้น แยกตามลักษณะของการกระทำในฝ่ายบริหารเป็นสองประเภท คือ การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางการเมือง และการควบคุมการกระทำทางปกครอง

1) การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลหรือการกระทำทางการเมือง⁴³

การควบคุมการกระทำทางรัฐบาลหรือทางการเมืองนั้น เป็นการควบคุมโดยฝ่ายการเมือง คือ สภานิติบัญญัติที่อาจกระทำได้หลายประการ เช่น การตั้งกระทู้ถาม (Interrogate) การเปิดอภิปรายทั่วไป (General debate) หรือการอภิปรายไม่ไว้วางใจ (Debate of no-confidence) และการควบคุมโดยประชาชนด้วยการลงคะแนนเสียงเลือกหรือไม่เลือกผู้สมัครของกลุ่มการเมืองที่ทำหน้าที่เป็นรัฐบาล รวมไปถึงจนถึงกระบวนการสร้างมติสาธารณะเพื่อสนับสนุนหรือคัดค้านรัฐบาล ไม่ว่าจะโดยผ่านทางสื่อสารมวลชนต่าง ๆ ไปจนถึงการรวมตัวกันเป็นกลุ่มเพื่อรวบรวมความคิดเห็นในประเด็นสาธารณะที่ต้องการให้รัฐบาลดำเนินการ หรือคัดค้านนโยบายในการบริหารประเทศของรัฐบาล ทั้งนี้ อาจแสดงออกด้วยการชุมนุมประท้วงการดำเนินงานของรัฐบาลอีกด้วย

2) การควบคุมการกระทำทางปกครอง

ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง และการควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง⁴⁴

2.1) การควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง

ลักษณะของการควบคุมเช่นนี้ ได้แก่ การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองภายหลังจากที่มีกรกระทำทางปกครองไปแล้ว ซึ่งอาจมีได้ดังนี้

ก) การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือขึ้นไป อาจแยกเป็นการควบคุมโดยอำนาจบังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งการใด ๆ ตามที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าเหมาะสม ซึ่งอาจสั่งกลับ แก้ไข หรือยกเลิกเพิกถอนคำสั่งหรือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา อาศัยเรื่องวินัยเป็นเครื่องมือสำคัญ ส่วนการควบคุมโดยอำนาจกำกับดูแล ซึ่งเป็นอำนาจที่มีอยู่อย่างจำกัดเท่าที่มีกฎหมายกำหนด ทั้งนี้ โดยมีเป้าหมายอยู่ที่การป้องกันผลประโยชน์ทั่วไปและใช้กับกรณีขององค์กรกระจายอำนาจตามกฎหมาย

⁴³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 67.

⁴⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2551). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 23.

ข) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง มี 2 ระบบ คือ ระบบอุทธรณ์บังคับ เป็นระบบที่กำหนดให้ต้องมีการอุทธรณ์คำสั่งของฝ่ายปกครองต่อผู้พิจารณาอุทธรณ์ก่อนที่จะไปฟ้องศาล และระบบอุทธรณ์แบบไม่บังคับ ซึ่งมีได้กำหนดบังคับให้ต้องอุทธรณ์ก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้

ค) การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท การที่ถือว่าการควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองนั้น เพราะถือกันว่าคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรตามโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่กำหนดให้มีความอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาท

2.2) การควบคุมโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

การควบคุมในลักษณะนี้ หมายถึง การควบคุมโดยองค์กรต่าง ๆ ซึ่งอยู่นอกโครงสร้างของฝ่ายบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมโดยองค์กรทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดภารกิจให้มีอำนาจในการควบคุมไว้เป็นพิเศษ ไปจนถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ

ก) การควบคุมโดยองค์กรทางการเมือง การควบคุมองค์กรฝ่ายบริหารในทางการเมือง โดยมีวิธีการที่สำคัญ คือ การตั้งกระทู้ถาม การใช้กลไกคณะกรรมการธิการของรัฐสภา (Commission of the Parliament) และการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล หรือรัฐมนตรีทั้งคณะ

ข) การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตรวจสอบที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (National Human Rights Commission) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (The National Counter Corruption Commission) และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (The State Audit Commission) เป็นต้น ซึ่งแต่ละองค์กรต่างทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ที่ใช้อำนาจมหาชนที่มีขอบเขตในการใช้อำนาจตรวจสอบในรูปแบบแตกต่างกันไป⁴⁵

ค) การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ในประเทศไทยซึ่งเป็นระบบศาลคู่ (Dual court system) การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แต่ก็ยังมีคดีบางประเภทที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง ได้แก่ คดีที่อยู่ในเขตอำนาจของศาล

⁴⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2546). *ภาพรวมของรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 19-23.

เยาวชนและครอบครัว (Juvenile and Family Court) ศาลแรงงาน (Labour Court) ศาลภาษีอากร (Tax Court) ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ (Intellectual Property and International Trade Court) ศาลล้มละลาย (Bankruptcy court) หรือศาลชำนาญการพิเศษอื่น ๆ

นอกจากนั้นในส่วนที่เป็นเรื่องของการควบคุมและตรวจสอบเจ้าหน้าที่ในความรับผิดชอบเฉพาะบุคคล ยังมีการกำหนดความผิดที่ต้องลงโทษทางอาญาไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม หรือศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

โดยสรุปอาจกล่าวได้ว่า การควบคุมฝ่ายปกครองนั้นมีทั้งในส่วนที่เป็น การควบคุมเหนือการกระทำ และควบคุมเหนือตัวบุคคล

ในการควบคุมเหนือการกระทำนั้น เป็นการควบคุมตรวจสอบเพื่อให้การกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีทั้งในการควบคุมแบบป้องกัน โดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครองให้มีความถูกต้องชอบด้วยกฎหมาย หรือมีการดำเนินการใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องและเหมาะสม ทั้งนี้ หากผู้บังคับบัญชาเห็นว่า การดำเนินการนั้นอาจไม่ถูกต้องหรือการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เหมาะสม ผู้บังคับบัญชาก็สามารถที่จะยกเลิกการสั่งการตามที่เห็นสมควรได้ หรือหากเป็นกรณีของการกำกับดูแลหากผู้มีอำนาจกำกับดูแลพิจารณาแล้วเห็นว่า การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมสามารถใช้อำนาจตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ในการระงับยับยั้งการกระทำทางปกครองนั้นได้ โดยในส่วนที่เป็นการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายในฝ่ายปกครอง อันได้แก่ การใช้อำนาจบังคับบัญชาจากผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น หรือการใช้อำนาจกำกับดูแลตามกฎหมาย ส่วนการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองที่สำคัญ ได้แก่ศาลปกครอง ที่มีอำนาจพิพากษาให้เพิกถอนเปลี่ยนแปลงคำสั่งหรือกระทำการของฝ่ายปกครองภายใต้เขตอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง⁴⁶

ในกรณีที่การกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนที่เกี่ยวข้องหรือแก่หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่กระทำการนั้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นกระทำความผิด จะต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง คือ อาจถูกเรียกให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน⁴⁷ ความเสียหายที่

⁴⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

⁴⁷ ค่าสินไหมทดแทน หมายถึง สิ่งที่ให้หรือการกระทำที่ทำ เพื่อชดใช้หรือทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์สินหรือแก่บุคคลอันเนื่องมาจากการละเมิดหรือการผิดสัญญา รวมทั้งการคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้เสียหายด้วย

เกิดขึ้นให้แก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหาย หรือถูกบังคับให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหาย หรือถูกไล่เบียดจากหน่วยงานต้นสังกัดเมื่อหน่วยงานได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ประชาชนที่ได้รับความเสียหายไปแล้ว⁴⁸

ส่วนการควบคุมเหนือตัวบุคคลนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งที่เป็นข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ มีระบบควบคุมการปฏิบัติหน้าที่และความประพฤติ ที่เรียกว่า ระบบวินัยและการดำเนินการทางวินัย (Disciplinary action) ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตประมาทเลินเล่อ (Negligence) หรือไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือประพฤติดนไม่ถูกต้องเหมาะสมผิดไปจากที่บทวินัยกำหนดไว้ ย่อมต้องมีโทษทางวินัยตามระดับความร้ายแรง⁴⁹

นอกจากนั้น ในการควบคุมโดยกฎหมายอาญายังมีการกำหนดฐานความผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายอื่น หากเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการที่เข้าข่ายเป็นการกระทำความผิดตามที่กฎหมายอาญาบัญญัติไว้ ก็ต้องถูกดำเนินคดีเพื่อได้รับผิดในทางอาญาก็ด้วย

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่

2.3.2.1 การกำหนดความผิดเกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ (Offenses against duty)

เนื่องด้วยรัฐไม่ได้มีสภาพบุคคลตามความเป็นจริง ดังนั้น ในการปกครองและบริหารราชการแผ่นดินอันจะทำให้ภารกิจของรัฐสำเร็จลุล่วงไปได้ จำเป็นต้องมีเจ้าพนักงานของรัฐเป็นผู้กระทำการแทนและในนามของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ ในการนี้ รัฐจึงแต่งตั้งให้บุคคลดังกล่าวมีตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ราชการ ซึ่งการที่จะปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วงได้นั้น รัฐได้มอบเครื่องมือสำคัญ คือ “อำนาจ” ให้แก่เจ้าพนักงานเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย⁵⁰

โดยที่เจ้าพนักงานของรัฐมีฐานะพิเศษและเหนือกว่าบุคคลธรรมดาอื่นเอง ทำให้เกิดผลทั้งในการคุ้มครองและการควบคุมเจ้าพนักงาน⁵¹ กล่าวคือ เมื่อเจ้าพนักงานใช้อำนาจหน้าที่เพื่อประโยชน์ของมหาชนจึงควรได้รับการคุ้มครองมากกว่าบุคคลทั่วไป ในทางกลับกันการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานอาจเกิดความเสียหายแก่รัฐและเอกชนได้ จึงต้องมีการควบคุมการใช้

⁴⁸ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 8 และมาตรา 10.

⁴⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 44, หน้า 32-33.

⁵⁰ มีชัย ฤชุพันธุ์, (2548), *มือปั้นร่างรัฐธรรมนูญ, สิ่งพิมพ์เผยแพร่ของสำนักงานปฏิรูปสภาพแห่งชาติ (สปรช.)*, 5 (41), หน้า 3.

⁵¹ จิตติ ดิงศักดิ์, (2548), *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1* (พิมพ์ครั้งที่ 8), กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, หน้า 59.

อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานด้วย ทั้งนี้ การคุ้มครองและการควบคุมเจ้าพนักงานจะเกิดขึ้นในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่เท่านั้น⁵²

อนึ่ง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีฐานะเป็นเจ้าพนักงาน การกระทำความผิดอาญาของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในหน้าที่ ก็อาจเป็นฐานความผิดที่เกี่ยวกับตำแหน่งหน้าที่ราชการได้ โดยทั่วไปแล้วการดำเนินคดีอาญากับบุคคลจะต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Code) แต่โดยเหตุที่การดำเนินคดีอาญากับบุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในระบบการเมืองการปกครองของไทยเป็นไปได้อย่างยากยิ่ง ทั้งนี้ เพราะบุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมักเป็นผู้มีอิทธิพล และโดยสภาพสังคมการเมืองของประเทศไทยนั้น บุคคลดังกล่าวอาจแพร่ขยายอิทธิพลเข้าไปในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้ การที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมอบอำนาจในการดำเนินการทางอาญาแก่บุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมืองให้แก่คณะกรรมการ ป.ป.ช. และศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ก็โดยมุ่งหวังที่จะให้ปราบปรามผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ทุจริตต่อหน้าที่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่แม้ว่ากระบวนการในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะเป็นกระบวนการที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ก็ตาม ก็หาได้หมายความว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวสมบูรณ์อยู่ในตัวเองไม่ การดำเนินการในทางอาญากับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจำเป็นที่จะต้องนำเอาประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้ด้วย⁵³

ถึงแม้ว่ากระบวนการในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จะได้รับการบัญญัติไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกระบวนการดำเนินคดีอาญาทั่วไปก็ตาม แต่หลักการพื้นฐานในกฎหมายอาญาที่ว่า “ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย” (Nullum crimen, nulla poena sine lege) อันเป็นหลักการที่ได้การบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็จะต้องนำมาใช้บังคับการดำเนินการดังกล่าวด้วย ซึ่งหมายความว่า นอกจากรัฐจะกำหนดโทษทางอาญาย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ได้แล้ว ศาลย่อมไม่อาจนำกฎหมายประเพณีมาใช้ในการลงโทษบุคคลดังกล่าว และไม่อาจใช้กฎหมายอาญาโดยเทียบเคียงในทางที่เป็นผลร้ายกับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาได้ ยิ่งไปกว่านั้นกฎเกณฑ์

⁵² พัสสน ดันดิเตมิท. (2555). *ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 157*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 9-13.

⁵³ สุรพล นิตไกรพจน์ และคณะ. (2547). *คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 215-223.

ที่มีโทษทางอาญา แม้จะใช้เป็นกฎเกณฑ์ที่ใช้ลงโทษบุคคลที่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ก็จะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความชัดเจนด้วย กฎเกณฑ์ดังกล่าวจะได้รับการประมวลขึ้นในรูปขององค์ประกอบความผิดและผลในทางกฎหมายสำหรับความผิดที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้กระทำขึ้น โดยในการกล่าวหาว่าบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำความผิดอาญา จะต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาอันเป็นฐานความผิดให้บุคคลดังกล่าวได้ทราบ เพื่อที่บุคคลนั้นจะได้ต่อสู้ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาต่อไปได้

2.3.2.2 ฐานความผิดอาญากับการดำเนินคดีอาญาบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง⁵⁴

ในกรณีที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำความผิดอาญาอื่นใดที่ไม่ใช่ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตาย (Homicide) ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย (Mayhem) หรือความผิดฐานหมิ่นประมาท (Defamation) การดำเนินการกับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองย่อมต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม มีความเป็นไปได้ที่การกระทำความผิดอาญาของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอาจเป็นการกระทำความผิดกฎหมายหลายบท คือ เป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น และในขณะเดียวกัน การกระทำความผิดดังกล่าวก็ครอบคลุมความผิดอาญาฐานอื่นด้วย ในกรณีเช่นนี้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 กำหนดให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองรับพิจารณาพิพากษาข้อหาที่เป็นความผิดบทอื่นซึ่งโดยหลักแล้วไม่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลดังกล่าวไว้ด้วย ซึ่งการกำหนดดังกล่าวมีผลต่อความผิดอาญาที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้กระทำลงในสาระสำคัญ คือ หากความผิดอื่นที่บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้กระทำลง มีบทกำหนดโทษหนักกว่าความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะต้องลงโทษบทหนักที่สุด ทั้งนี้ ดังที่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 90 ยิ่งไปกว่านั้น ศาลอื่นที่มีใช้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองย่อมไม่มีอำนาจประทับฟ้องคดีความผิดอื่นที่เป็นกรรมเดียวกับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นด้วย

⁵⁴ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 198-199.

กล่าวโดยสรุป โดยหลักแล้วกระบวนการดำเนินคดีอาญากับบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอันเป็นกรณีเฉพาะตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ จำกัดเฉพาะความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา และความผิดต่อหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นเท่านั้น เว้นแต่กรณีที่เป็นการกระทำความผิดกฎหมายหลายบท พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกำหนดให้ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อหาความผิดอื่นนั้นไปพร้อมกัน

2.3.2.3 ประเภทของความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา⁵⁵

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ถึง มาตรา 166 มี 2 ประเภท คือ

1) ความผิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำโดยทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ ความผิดในลักษณะดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 ถึง มาตรา 156 ซึ่งมีทั้งสิ้น 11 ฐานความผิด

2) ความผิดที่มีลักษณะเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายโดยผู้กระทำไม่ต้องมีมูลเหตุชักจูงใจโดยทุจริต ความผิดในลักษณะดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 158 ถึงมาตรา 166 ซึ่งมีทั้งสิ้น 13 ฐานความผิด

นอกจากความผิดทั้ง 24 ฐานความผิดข้างต้นแล้ว ยังมีความผิดอีกสองฐาน ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 คือ ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต อันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการเช่นกัน บทบัญญัติมาตรา 157 ประมวลกฎหมายอาญาซึ่งได้รับการบัญญัติไว้กึ่งกลางระหว่างความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการที่มีลักษณะเป็นการกระทำโดยทุจริตเพื่อแสวงหาประโยชน์ (มาตรา 157 ถึงมาตรา 156) และความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหาย (มาตรา 158 ถึงมาตรา 166) ถือเป็นบทกฎหมายทั่วไป (lex generalis) สำหรับความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ดังนั้น หากการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการของเจ้าพนักงานต้องด้วยบทกฎหมายเฉพาะ (lex specialis) แล้ว ศาลย่อมต้องใช้บทกฎหมายเฉพาะลงโทษจำเลยและหากบทกฎหมายเฉพาะมีโทษเบากว่ากฎหมายทั่วไป ศาลก็ย่อมจะต้องลงโทษจำเลยตามที่ได้รับบัญญัติไว้ในบทกฎหมายเฉพาะนั้น จะลงโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นบทกฎหมาย

⁵⁵ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 202-203.

ทั่วไปที่มีโทษหนักกว่าไม่ได้ กรณีนี้ต้องถือว่าเป็นข้อยกเว้นของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 90 ที่กำหนดว่าเมื่อมีการกระทำความผิดเดียวผิดกฎหมายหลายบท ให้ใช้กฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดลงโทษแก่ผู้กระทำความผิด เพราะถ้าศาลลงโทษตามบทกฎหมายทั่วไป ซึ่งในที่นี่คือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ซึ่งเป็นบทหนักแล้ว บทเฉพาะซึ่งมีโทษเบาว่าก็จะไม่มีที่ใช้

2.3.2.4 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น

นอกจากความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว อาจมีกฎหมายเฉพาะกำหนดโทษทางอาญากับเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้อีกก็ได้ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงต้องพิจารณาว่ามีกฎหมายใดบ้างที่กำหนดการกระทำอันมีลักษณะเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ที่ “นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น” เป็นผู้กระทำความผิดได้ ในการกำหนดบุคคลผู้กระทำความผิดนั้น กฎหมายเฉพาะอาจจะไม่ได้ใช้คำว่า “เจ้าพนักงาน” แต่อาจใช้คำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ซึ่งคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะมีความหมายกว้างอย่างไรต้องพิเคราะห์จากกฎหมายเฉพาะฉบับนั้น ๆ เอง ในบางกรณีกฎหมายก็อาจจะให้คำนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ไว้ว่า หมายถึง ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และโดยที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองของกฎหมายฉบับเดียวกัน หมายถึง สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Member of the house of representative) หรือสมาชิกวุฒิสภา (Senator) ด้วย ดังนั้น ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ หากเป็นความผิดที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ ย่อมถือว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา เป็นผู้กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือสมาชิกวุฒิสภา จึงต้องถูกดำเนินการตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 ไม่ใช่ถูกดำเนินการคดีอาญาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁵⁶

ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ในความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 308 ก็เช่น ความผิดตามมาตรา 123 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

⁵⁶ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 53. หน้า 205.

ที่บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น เพื่อแสวงประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งถึงสองปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อนึ่ง เป็นที่ประจักษ์ว่าความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น ต้องเป็นกรณีที่กฎหมายอื่นนั้นกำหนดองค์ประกอบความผิดและโทษทางอาญา⁵⁷ไว้ หากการทุจริตต่อหน้าที่ราชการตามกฎหมายเฉพาะฉบับใด ไม่มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้ คงกำหนดแต่โทษทางวินัย การทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวนั้นย่อมไม่ใช่ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่นในความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ส่วนที่ว่าด้วยการดำเนินคดีอาญากับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง จึงจะนำเอากระบวนการและขั้นตอนที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไปใช้บังคับไม่ได้

2.4 แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชน⁵⁸

ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญ (Constitution) มาแล้วถึง 20 ฉบับ ทุกฉบับมีหลักการที่ตรงกันประการหนึ่ง คือ ประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดที่เรียกว่า อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) แม้ว่าในอดีตที่ผ่านมา ประชาชนไทยจะมิได้มีส่วนร่วมในการเมืองการปกครองเท่าที่ควร แต่เมื่อกระแสการเป็นประชาธิปไตยของโลกได้เข้าสู่ประเทศไทยก็ทำให้ประชาชนรู้ถึงการที่ตนควรมีสติ เสรีภาพ และมีส่วนร่วมในทางการเมือง (Political participation) มากขึ้น นำมาสู่การปฏิรูประบบการเมืองไทยที่เห็นได้ชัดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ต่อเนื่องมาจนถึง

⁵⁷ ประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดดังนี้

- (1) ประหารชีวิต
- (2) จำคุก
- (3) กักขัง
- (4) ปรับ
- (5) ริบทรัพย์สิน

⁵⁸ ฉินาปวีร์ ศิริโสดา. (2557). *ความผิดฐานเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 19-25.

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งให้ความสำคัญกับกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะด้านการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

2.4.1 ความหมายของการมีส่วนร่วมของประชาชน

การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารประเทศและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้นมีความสำคัญยิ่งกับประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเพื่อเป็นการถ่วงดุลอำนาจ (Checks and balances) ที่ประชาชนนั้นมีส่วนร่วมในการพัฒนาประเทศ⁵⁹

ตั้งแต่สมัยอดีตรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ ไม่ได้มีการกำหนดการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้อย่างชัดเจนมากนักและเมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ได้กำหนดและให้สิทธิแก่ประชาชนในการมีส่วนร่วมอย่างชัดเจนมากขึ้น ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วมของประชาชน อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้นมีผลบังคับใช้ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในข้อกฎหมายเกี่ยวกับการให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการบริหารกิจการสาธารณะของรัฐรวมถึงการติดตามตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐรวมถึงการทุจริต ต่อมาเมื่อวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (Constitution of The Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017)) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ผ่านการทำประชามติ (Referendum) ของประชาชนแล้ว โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ มีเนื้อหาสาระที่มุ่งเน้นไปที่การป้องกันและปราบปรามการทุจริต (Anti-Corruption) จนมีการขนานนามว่าเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปราบโกง ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ถูกหยิบยกขึ้นเป็นประเด็นหนึ่งในการทำประชามติ เริ่มตั้งแต่คำปรารภในการประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ความตอนหนึ่งว่า “การวางกลไกป้องกัน ตรวจสอบ และจัดการทุจริตและประพฤติมิชอบที่เข้มงวดเด็ดขาด เพื่อมิให้ผู้บริหารที่ปราศจากคุณธรรม⁶⁰ จริยธรรม⁶¹ และธรรมาภิบาล⁶² (Good Governance) เข้ามามีอำนาจในการปกครองบ้านเมือง หรือใช้อำนาจตามอำเภอใจ” และเมื่อพิจารณารายละเอียดในเนื้อหาที่จะพบว่า มีการวางกลไกเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตไว้ในหลายหมวด หลายมาตรา

⁵⁹ เกียรติจิจร วัจนะสวัสดิ์. (2550). *การมีส่วนร่วมของประชาชนต่อการดำเนินนโยบายของรัฐบาลด้านการบริการจัดหางาน*. กรุงเทพฯ : กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน. หน้า 1.

⁶⁰ คุณธรรม หมายถึง หลักของความคิด ความงาม ความถูกต้อง ซึ่งแสดงออกมาโดยการกระทำทางกาย วาจา และจิตใจของแต่ละบุคคล

⁶¹ จริยธรรม หมายถึง ธรรมที่เป็นข้อประพฤติ ศีลธรรมอันดี กฎศีลธรรมตามธรรมเนียม

⁶² ธรรมาภิบาล หมายถึง วิธีการปกครองที่ดี

อย่างไรก็ตาม จากการค้นคว้างานวิจัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดและหลักการในการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น ได้มีนักวิชาการทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศที่ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้

ความหมายของ “การมีส่วนร่วม” (Participation) นั้นได้มีผู้ให้ความหมายไว้ค่อนข้างหลากหลาย ดังต่อไปนี้

ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และ ดร.ถวิลวดี บุรีกุล กล่าวถึง การมีส่วนร่วมในระบบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมว่า หมายถึง การที่อำนาจในการตัดสินใจไม่ควรเป็นของกลุ่มคนจำนวนน้อย แต่อำนาจควรได้รับการจัดสรรในระหว่างประชาชน เพื่อทุก ๆ คนได้มีโอกาสที่จะมีอิทธิพลต่อกิจกรรมส่วนรวม⁶³

ปรัชญา เวสารัชช ใต้ให้นิยามความหมายของการมีส่วนร่วมไว้ว่า การมีส่วนร่วมคือการที่ประชาชนมาเกี่ยวข้องของโดยการมีส่วนร่วมต้องยึดหลักองค์ประกอบดังนี้

(1) ประชาชนเข้ามาเกี่ยวข้องพัฒนา

(2) ผู้เข้าร่วมได้ใช้ความพยายามบางอย่างส่วนตัว เช่น ความคิด ความรู้ ความสามารถ แรงงาน หรือทรัพยากรบางอย่าง เช่น เงินทุน วัสดุในกิจกรรมการพัฒนา

คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ ให้ความหมายการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation) หมายถึง การกระจายโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมทางการเมือง และการบริหารเกี่ยวกับการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้ง การจัดสรรทรัพยากรของชุมชนและของชาติ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชน โดยการให้ข้อมูล แสดงความคิดเห็น ให้คำแนะนำปรึกษา ร่วมวางแผน ร่วมปฏิบัติ รวมตลอดจนการควบคุมโดยตรงจากประชาชน⁶⁴

วาริน วงษ์ชัย ใต้ให้ความหมายการมีส่วนร่วมของประชาชนนั้น หมายถึง การที่ประชาชนมีความรู้สึกเป็นเจ้าของควบคู่ไปกับสิทธิ เสรีภาพและโอกาสในการเข้ามามีส่วนร่วมในการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมหรือโดยตรง ตามกระบวนการพัฒนาในทุกระดับ คือร่วมคิด ร่วมแสดงความคิดเห็น ร่วมตัดสินใจ ร่วมรับผลประโยชน์ และร่วมตรวจสอบควบคุมรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนได้เพิ่มขีดความสามารถในการตัดสินใจกำหนดชีวิตได้ด้วยตนเอง ทั้งในด้านเศรษฐกิจสังคมและการเมืองท้องถิ่นของตน

⁶³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลวดี บุรีกุล. (2548). *ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม (Participatory Democracy)*. กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 15.

⁶⁴ คณิงนิจ ศรีบัวเอี่ยม และคณะ. (2545). *แนวทางการเสริมสร้างประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 : ปัญหา อุปสรรค และทางออก*. กรุงเทพฯ: ธรรมดาเพลส. หน้า 29.

ตามหลักการกระจายอำนาจ (Decentralization) อันนำไปสู่การพึ่งพาตนเองได้ ดังนั้น การมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเป็นทั้งวิธีการและเป้าหมายในเวลาเดียวกัน

ยูวัฒน์ วุฒิเมธิ ได้ให้ความหมายของคำว่า การมีส่วนร่วมของประชาชน หมายถึง การเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการคิด ริเริ่ม การพิจารณาตัดสินใจร่วมปฏิบัติและร่วมรับผิดชอบในเรื่องต่าง ๆ อันมีผลกระทบต่อถึงตัวประชาชน

Caayupan ได้นิยามการมีส่วนร่วมของประชาชน คือ กระบวนการที่ผู้ได้รับผลประโยชน์จากการพัฒนามีโอกาสและใช้โอกาส มีส่วนร่วมในการแสดงความรู้สึกบ่งบอกความต้องการและประสานสิ่งเหล่านี้ทั้งหมด เพื่อวางแผนดำเนินงานให้บรรลุเป้าหมายตามสถานที่และวิธีผู้รับผลประโยชน์คิดไว้ โดยได้รับการช่วยเหลือจากหน่วยงานพัฒนาน้อยที่สุด

Franklyn Lisk ได้ให้ความหมายของการมีส่วนร่วมว่าเป็นการเข้าร่วมอย่างแข็งขันของประชาชนในการตัดสินใจในทุกระดับและทุกรูปแบบของกิจกรรมต่าง ๆ ทั้งด้านเศรษฐกิจสังคมการเมืองและโดยเฉพาะในบริบทของกระบวนการวางแผนที่มีการกำหนดรูปแบบและนอกจากนี้ยังให้ความหมายของการมีส่วนร่วมอีก 3 ประการ คือ

(1) อิทธิพลของประชาชนจะมีผลต่อการตัดสินใจนโยบายที่เกี่ยวกับการจัดสรรและการใช้ประโยชน์ของทรัพยากรเพื่อการผลิต

(2) เกี่ยวข้องกับความจำเป็นที่การเข้าร่วมของประชาชนในการวางแผนและการดำเนินการกิจกรรมต่าง ๆ จะสร้างโอกาสให้แก่สังคมเศรษฐกิจ เพื่อยกระดับรายได้และการจ้างแรงงานและการกินอยู่ที่ดี

(3) การมีส่วนร่วมทางการเมืองนำมาซึ่งการกระจายอำนาจทางการบริหารและทรัพยากรไปสู่ระดับท้องถิ่น เพื่อเป็นข้อยืนยันในการตัดสินใจของประชาชนจะได้มีและรับการปฏิบัติตามความต้องการของประชาชนอย่างแท้จริง

เจิมศักดิ์ ปิ่นทอง มีความเห็นสอดคล้องกันว่า การมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจการใด ๆ โดยหลักการแล้วควรเปิดโอกาสให้มีส่วนร่วมตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จสิ้นโครงการ กล่าวคือประชาชนควรมีส่วนร่วมในขั้นตอนต่าง ๆ ดังนี้

(1) การร่วมคิด และแสวงหาปัญหา

(2) ร่วมวิเคราะห์ปัญหาสาเหตุผลกระทบ รวมตลอดจนจัดเรียงลำดับความสำคัญ

(3) ร่วมในขั้นตอนปฏิบัติหรือดำเนินงาน

(4) ร่วมในการติดตาม ตรวจสอบ และประเมินโครงการ

ถึงแม้ว่าหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมนั้น มีเป้าหมายในการให้ประชาชนในฐานะผู้มีส่วนได้เสียได้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพและ

เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากที่สุด อย่างไรก็ตาม กรณีของประเทศไทยเท่าที่ผ่านมายังถือว่าประชาชนยังมีบทบาทน้อยมาก การดำเนินการต่าง ๆ มักกระทำโดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐเพียงอย่างเดียว ข้อสังเกตที่ชัดเจน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้น ซึ่งให้การรับรองสิทธิแก่ประชาชนมากขึ้นในด้านต่าง ๆ หลายด้านเปิดโอกาสให้ประชาชนเรียนรู้และให้สิทธิ (Right) ของตนเองตามกฎหมายมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตรวจสอบการสาธารณสุขขององค์กรของรัฐ รวมทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Local Administrative Organization) มากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารกิจการสาธารณสุขของประเทศไทย ซึ่งยังจัดว่ามีปัญหาและอุปสรรคและทำให้การดำเนินโครงการหลายประเภทเป็นไปอย่างไม่โปร่งใสอาจกล่าวได้ว่าเกิดขึ้นจากปัจจัยที่สำคัญ 2 ประการ คือ

(1) ประชาชนเองยังขาดความตระหนักซึ่งหมายถึงความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงในสิทธิและบทบาทหน้าที่ของตนเองและจิตสำนึก ซึ่งหมายถึงความรู้สึกรับผิดชอบต่อส่วนรวมและสิ่งแวดล้อม

(2) ระบบราชการแบบเดิมยังเป็นระบบอุปถัมภ์ เป็นอุปสรรคสำคัญที่ขัดขวางการมีส่วนร่วมของประชาชน ทำให้ชาวชนบทต้องหาที่พึ่งพามุคคณภายนอก ไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ ทำให้เกิดเป็นบุญคุณและเกิดระบบผู้มีอิทธิพลในพื้นที่นั้น ๆ รวมถึงระบบราชการที่ยังไม่มีการกระจายอำนาจให้แก่ประชาชนอย่างแท้จริง ทำให้ประชาชนคิดว่าเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น การให้ประชาชนได้เข้ามามีส่วนร่วมอาจทำให้การทำงานล่าช้า ทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพ

การทบทวนแนวความคิดและหลักการเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชน อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า การมีส่วนร่วมของประชาชนคือกระบวนการที่ประชาชนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในทุกขั้นตอนโดยเริ่มตั้งแต่ การรับรู้ร่วม ร่วมคิดริเริ่ม ร่วมตัดสินใจ ร่วมปฏิบัติและร่วมตรวจสอบ โดยใช้ความสามารถและพลังความรู้ของตนเองในด้านต่าง ๆ ร่วมกับวิทยาการอย่างสร้างสรรค์พร้อมกับการได้รับผลประโยชน์และร่วมกันรับผิดชอบในผลกระทบที่ตามมา

2.4.2 รูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชน⁶⁵

การมีส่วนร่วมของประชาชนอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าการมีส่วนร่วมของประชาชนในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและการทุจริตรวมทั้งบริหารจัดการกิจการสาธารณสุขของภาครัฐเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์ต่อสาธารณสุขสามารถกระทำได้ใน 5 รูปแบบ ดังนี้

2.4.2.1 การรับรู้ข่าวสาร (Public Information)

⁶⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และถวิลวดี บุรีกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 63. หน้า 29-30.

การรับรู้ข้อมูลข่าวสารการมีส่วนร่วมในรูปแบบนี้ประชาชนในพื้นที่โครงการและผู้ที่จะได้รับผลกระทบจะต้องได้รับแจ้งให้ทราบถึงรายละเอียดของโครงการที่จะดำเนินการ และผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้น ทั้งนี้ การได้รับข่าวสารดังกล่าวต้องได้รับก่อนการตัดสินใจดำเนินโครงการ

2.4.2.2 การปรึกษาหารือ (Public Consultation)

การปรึกษาหารือเป็นรูปแบบของการมีส่วนร่วมในลักษณะของการปรึกษาหารือระหว่างผู้ดำเนินการโครงการกับประชาชนที่มีส่วนได้เสียโดยตรง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรับฟังความคิดเห็นและตรวจสอบข้อมูลเพิ่มเติมนอกจากนี้ยังเป็นการสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับโครงการให้ประชาชนรับทราบและรับข้อเสนอแนะเพื่อประกอบการตัดสินใจ

2.4.2.3 การประชุมรับฟังความคิดเห็น (Public Meeting)

การประชุมรับฟังความคิดเห็นเป็นรูปแบบการมีส่วนร่วมที่ผู้ดำเนินโครงการกับประชาชน ผู้มีส่วนได้เสีย จะได้ทำความเข้าใจร่วมกันด้วยเหตุผลซึ่งการมีส่วนร่วมของประชาชนรูปแบบนี้ทำได้ใน 2 ลักษณะ คือ

(1) การประชุมในระดับชุมชน (Community Meeting) ซึ่งจัดประชุมในชุมชนที่จะได้รับผลกระทบจากโครงการ โดยผู้ดำเนินการจะส่งผู้แทนเข้าร่วมประชุม

(2) การประชุมรับฟังความคิดเห็นทางวิชาการ (Public Hearing) การประชุมลักษณะนี้จำเป็นสำหรับโครงการขนาดใหญ่ที่มีเรื่องของเทคนิค และวิชาการที่เกี่ยวข้อง การประชุมลักษณะนี้ต้องเปิดกว้างสำหรับสาธารณะ

2.4.2.4 การร่วมในการตัดสินใจ (Decision Making)

การร่วมในการตัดสินใจการมีส่วนร่วมในรูปแบบนี้ ถือเป็นความร่วมมือจากประชาชนที่เป็นเป้าหมายสูงสุดในทางปฏิบัติจริงการดำเนินโครงการ ซึ่งมักดำเนินการในรูปแบบของคณะกรรมการจะต้องมีตัวแทนของประชาชนร่วมเป็นคณะกรรมการด้วย

2.4.2.5 การใช้กลไกทางกฎหมาย⁶⁶

การมีส่วนร่วมโดยการที่ประชาชนใช้กลไกทางกฎหมายนั้น การมีส่วนร่วมรูปแบบนี้จะไม่ใช้รูปแบบการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยตรง แต่เป็นลักษณะของเรียกร้องสิทธิหรือการใช้สิทธิของประชาชน เมื่อเห็นว่าเกิดความไม่โปร่งใสหรือความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นในการดำเนินการ

⁶⁶ ถวิลวดี บุรีกุล. (2552). *พลวัตการมีส่วนร่วมของประชาชน: จากอดีตจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ : เอพิทราฟคิดส์ไชนส์และการพิมพ์. หน้า 37-55.

โครงการและใช้สิทธิของตัวเองที่มีตามกฎหมายมีส่วนร่วมในการตรวจสอบที่กฎหมายได้รับรองสิทธิของประชาชนไว้

การมีส่วนร่วมของประชาชนตามกลไกของกฎหมายในการตรวจสอบการทุจริตในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีความสำคัญต่อการตรวจสอบการทุจริตระดับท้องถิ่น โดยการที่ประชาชนมีส่วนร่วม นั้น ถือว่ามีความสำคัญในหลักการกระจายอำนาจรวมทั้งเปิดโอกาสให้ประชาชนในพื้นที่นั้นได้ร่วมแก้ปัญหาคความไม่โปร่งใสในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นภายใต้การมีส่วนร่วมของประชาชนในกระบวนการตรวจสอบ ซึ่งจะนำไปการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในพื้นที่ที่จะเกิดขึ้นและเป็นไปยังการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน