

บทที่ 2

แนวคิด ความหมายเกี่ยวกับวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

การบริหารงานบุคคลของภาครัฐ ให้มีความเป็นประสิทธิภาพ เพื่อให้บรรลุถึงเป้าหมายได้ การรักษาวินัยถือเป็นส่วนหนึ่งของการบริหารราชการที่เป็นความคาดหวังของสังคมที่จะให้ข้าราชการประพฤติปฏิบัติตนในสิ่งที่ถูกต้อง อันเป็นการส่งผลให้เกิดความเจริญรุ่งเรืองแก่ตนเอง และเป็นที่น่าถือของสังคม โดยเฉพาะข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษานับเป็นทรัพยากรบุคคลที่มีค่าอย่างยิ่ง ซึ่งมีบทบาทและหน้าที่ในการพัฒนาเด็กและเยาวชนให้เป็นกำลังของชาติบ้านเมืองต่อไป นอกจากข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา จะต้องมีความตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ราชการแล้ว ยังต้องมีหน้าที่รักษาวินัยและจรรยาบรรณวิชาชีพครู ซึ่งเป็นวิชาชีพชั้นสูงของสังคม เพื่อเป็นแบบอย่างที่ดีแก่ศิษย์ ซึ่งหากข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้ใดไม่รักษาวินัยและจรรยาบรรณวิชาชีพของตนแล้วก็จะถูกลงโทษทางวินัย โดยมีบทลงโทษหนักกว่าผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ดังนั้นในการศึกษาควรทราบถึงแนวคิด ความหมาย เกี่ยวกับวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ดังนี้

2. ความหมาย ลักษณะทั่วไปของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาและการดำเนินการทางวินัย

ก่อนที่จะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจถึงความหมายของข้าราชการครูวินัย จุดมุ่งหมายของวินัยและลักษณะทั่วไปของวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา อันเป็นพื้นฐานของการดำเนินการวินัย

2.1 ความหมายของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2553 ได้ให้ความหมายของข้าราชการครูไว้ดังนี้¹

“ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุและแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รับราชการ โดยได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณแผ่นดิน

¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547. มาตรา 4.

งบบุคลากรที่จ่ายในลักษณะเงินเดือนในกระทรวงศึกษาธิการ กระทรวงการท่องเที่ยว และกีฬา กระทรวงวัฒนธรรม หรือกระทรวงอื่นที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

“ข้าราชการครู” หมายความว่า ผู้ที่ประกอบวิชาชีพซึ่งทำหน้าที่หลักทางด้านการเรียน การสอนและส่งเสริมการเรียนรู้ของผู้เรียนด้วยวิธีการต่างๆ ในสถานศึกษาของรัฐ

“คณาจารย์” หมายความว่า บุคลากรซึ่งทำหน้าที่หลักทางด้านการสอนและการวิจัย ในสถานศึกษาระดับอุดมศึกษาระดับปริญญาของรัฐ

“บุคลากรทางการศึกษา” หมายความว่า ผู้บริหารสถานศึกษา ผู้บริหารการศึกษา รวมทั้งผู้สนับสนุนการศึกษาซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ให้บริการ หรือปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัด กระบวนการเรียนการสอน การนิเทศ การบริหารการศึกษา และปฏิบัติงานอื่นในหน่วยงาน การศึกษา

2.2 ความหมายของวินัย

คำว่า “วินัย” ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายนั้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและ บุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 มิได้ให้คำจำกัดความเอาไว้ ทั้ง ๆ ที่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา รวมทั้งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2554 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 ก็มีได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่า “วินัย” ไว้ด้วยเช่นกัน

“วินัย” ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ.2556) ได้ให้ความหมายของ “วินัย” หมายถึง ระเบียบแบบแผนและข้อบังคับ ข้อปฏิบัติ เช่น วินัยทหาร ทหารต้องยึดมั่นในวินัย

วินัยตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Discipline” ซึ่ง Webster’s New World Dictionary of American Language ได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้²

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

² จันทนา ภาคบงกช และคณะ. (2539). *การปลูกฝังวินัยของคนในชาติ: การสำรวจลักษณะทางวินัยที่พึงประสงค์ใน สังคมไทย*. รายงานการวิจัย ฉบับที่ 56. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยพฤติกรรมศาสตร์. มหาวิทยาลัยศรีนครินทร วิโรฒประสานมิตร.

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) การปฏิบัติการณ์เพื่อแก้ไขความประพฤติหรือลงโทษ (Treatment that Corrects or Punishes)

คำว่า “วินัย” ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มิได้ให้คำจำกัดความไว้แต่อย่างใดก็ตาม เมื่อได้พิจารณาถึงความมุ่งหมายของวินัยและการรักษาวินัยในหมวดที่ 6 (มาตรา 80-89) แล้ว ก็อาจจะพอลงสรุปและให้ความหมายได้ว่า วินัยข้าราชการพลเรือน หมายถึงระเบียบ หรือข้อบังคับ ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้ในการควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของราชการ ให้ยึดถือปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด และให้ข้าราชการทุกคนสามารถปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันได้โดยสามัคคี อันจะทำให้การบริหารราชการดำเนิน ไปสู่วัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะยังให้บังเกิดผลดีแก่ประเทศชาติและประชาชน โดยทั่วไป ข้าราชการผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยและต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้

ทั้งนี้คำว่า “วินัย” (Discipline) ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมาย ตลอดจนแสดงความคิดเห็นและทรรศนะแตกต่างกันออกไป อย่างไม่รู้จบ หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายแล้ว ความคิดเห็นของแต่ละท่านนั้นต่างก็ขึ้นอยู่กับจุดเดียวกัน คือ เพื่อมุ่งไปสู่ความสงบเรียบร้อย

พันเอกปิ่น มุกกันต์ อธิบายว่า วินัย เป็นแบบของคน คนทุกคนที่ปรับตัวอยู่ในวินัยแล้ว ถือเป็นคนดี ยกตัวอย่าง ดิน หิน ปูน หรือเศษโลหะที่ถูกเหยียบย่ำหรือโยนทิ้งแล้ว ถ้านำมาปั้นหรือหลอมเข้าแบบเป็นพระพุทธรูปแล้วก็กลายเป็นของคนที่บุคคลเคารพกราบไหว้ มนุษย์ก็มีแบบอย่างของการประพฤติตนที่เรียกว่า วินัย วินัยจึงเป็นแบบที่ปั้นหลอมคนให้เป็นคนดี³

นายประวิณ ณ นคร อดีตเลขาธิการ ก.พ. ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “วินัย” ว่ามีความหมายได้ 2 ทาง คือ⁴

(1) ความหมายในทางรูปธรรม ซึ่งในทางรูปธรรม วินัย หมายถึง ข้อปฏิบัติหรือแบบสำหรับคนในองค์กร ในหมู่ ในเหล่า ในวงการแต่ละแห่ง ซึ่งเราเรียกข้อปฏิบัติหรือแบบที่กำหนดไว้หรือมุ่งหวังสำหรับคนในวงการนั้นว่า “วินัย” เช่น ในวงการทหารก็มีวินัยทหาร เป็นข้อปฏิบัติหรือแบบของทหาร ในวงการข้าราชการพลเรือนสามัญก็มีวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญเป็นข้อปฏิบัติหรือ

³ ปิ่น มุกกันต์. (2502). *มงคลชีวิต ภาคที่ 1 อนุสรณ์นายปรัชญา เอกกรพพานิช*. พระนคร: รุ่งเรืองธรรม. หน้า 379-395.

⁴ ประวิณ ณ นคร. (2525). *คู่มือการรักษาวินัยข้าราชการสำหรับผู้บังคับบัญชา*. กรุงเทพฯ: อักษรสารการพิมพ์. หน้า 22.

แบบของข้าราชการพลเรือนสามัญ ในวงการข้าราชการครูก็มีวินัยข้าราชการครูเป็นข้อปฏิบัติหรือแบบของข้าราชการครู จากความหมายของวินัยในรูปธรรมดังกล่าว สามารถนำไปใช้เป็นหลักปฏิบัติได้ว่า

(1.1) วินัยสำหรับคนในวงการต่าง ๆ อาจผิดแผกแตกต่างกันได้ การกระทำอย่างเดียวกันวงการหนึ่งอาจถือว่าเป็นความผิด แต่อีกวงการหนึ่งอาจถือว่าไม่เป็นความผิด เช่น ทหารบังคับบัญชากันตามลำดับชั้นยศ จึงต้องทำความเคารพผู้ที่มียศสูงกว่า ทหารไม่เคารพผู้ที่มียศสูงกว่าถือว่าผิดวินัย ซึ่งเป็นแบบของทหาร ส่วนข้าราชการพลเรือนบังคับบัญชากันตามตำแหน่ง พังคำสั่งกันตามสายการบังคับบัญชาจึงไม่ผิดวินัย แต่ถ้าไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งในหน้าที่ราชการจึงจะผิดวินัย ซึ่งเป็นแบบของข้าราชการพลเรือนสามัญ สำหรับข้าราชการครูถือกันว่าเป็นพ่อพิมพ์แม่พิมพ์ที่ดีของศิษย์จึงมีวินัยที่เคร่งครัดกว่าข้าราชการพลเรือนสามัญ เช่น ข้าราชการครูเล่นการพนันไม่ได้เลย แม้จะเป็นการพนันที่ได้รับอนุญาตแล้วก็เล่นไม่ได้ ถ้าเล่นก็ถือว่าเป็นการผิดวินัย แต่ข้าราชการพลเรือนสามัญเล่นการพนันที่ได้รับอนุญาตแล้วได้ ถ้าไม่เป็นการหมกมุ่นก็ไม่ผิดวินัย แบบของข้าราชการครูจึงแตกต่างกับแบบของข้าราชการพลเรือนสามัญ

(1.2) ในการพิจารณาว่าการกระทำใดผิดวินัยหรือไม่ ก็จะต้องพิจารณาว่า เป็นการกระทำที่ผิดข้อปฏิบัติ หรือผิดแบบของคนในวงการนั้นหรือไม่ ในวงการข้าราชการนิยมการกำหนดข้อปฏิบัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร โดยกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการประเภานั้น ๆ ในกรณีที่กำหนดข้อปฏิบัติไว้ว่า “ต้องปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนหรือคำสั่ง” ก็อาจมีระเบียบมติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งผู้บังคับบัญชากำหนดข้อปฏิบัติเพิ่มเติมไว้อีก ฉะนั้น เมื่อจะพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดผิดวินัยหรือไม่ ก็ต้องดูในเบื้องต้นก่อนว่า มีข้อปฏิบัติกำหนดไว้ในเรื่องนั้นหรือไม่ ถ้าไม่มีข้อปฏิบัติกำหนดไว้ก็ไม่ผิด แต่ถ้ามีข้อปฏิบัติกำหนดไว้และไม่ปฏิบัติตามนั้นก็ถือว่าผิด

(1.3) ในการกำหนดระดับโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำผิดวินัย ก็จะต้องพิจารณากำหนดความหนักเบาแตกต่างกันตามแบบของแต่ละวงการ เช่น ข้าราชการครูที่มีแบบกำหนดให้เป็นพ่อพิมพ์แม่พิมพ์ของศิษย์ ถ้าผิดวินัยคบชู้สาว หรือเล่นการพนันจะถูกลงโทษหนักกว่าข้าราชการพลเรือนสามัญที่กระทำผิดแบบเดียวกัน เป็นต้น

(2) ความหมายในทางนามธรรม ซึ่งในทางนามธรรม วินัย หมายถึง ลักษณะเชิงพฤติกรรม (Behavior) ที่ตนแสดงออกมาเป็นการควบคุมตนเอง แสดงออกถึงการยอมรับหรือปฏิบัติตามการนำหรือการบังคับบัญชา แสดงถึงความมีระเบียบ หรืออยู่ในแบบแผนลักษณะเชิงพฤติกรรมที่แสดงออกเหล่านี้เป็นสิ่งที่มาจากพื้นฐานทางจิตใจ เพราะฉะนั้นการที่จะทำให้นักในวงการใดมีวินัย จึงต้องปรับพฤติกรรม ต้องพัฒนาจิตใจด้วย มิใช่มุ่งจะพัฒนาทางเขียน “ข้อปฏิบัติ” หรือ “ระเบียบ” ให้รัดกุมเพียงอย่างเดียว หรือคอยแต่จะลงโทษเมื่อมีการกระทำผิดเท่านั้น

นายอุทัย หิรัญ โท มีความเห็นว่า “วินัย” คือ ปทัสถานของสังคมอันเป็นเครื่องกำกับความประพฤติของบุคคล บางหมู่ บางคณะ ให้อยู่ในกรอบแห่งความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความถูกต้อง⁵

สุวรรณ ชนะสงคราม ที่ปรึกษาด้านกฎหมายของสำนักงาน ก.พ. มีความเห็นว่า “วินัย” คือ การควบคุมความประพฤติให้เป็นไปในทางที่ดี จุดมุ่งหมายเพื่องาน ไม่ใช่เพื่อตัวข้าราชการ แต่เพื่อให้ราชการเจริญ

Edwin B. Flippo ให้ความหมายของ “วินัย” ว่า หมายถึง การใช้มาตรการลงโทษพนักงานที่ประพฤติในสิ่งที่ไม่พึงปรารถนา การลงโทษเช่นนี้นับว่าเป็นการจงใจในทางลบ (Negative) อย่างไรก็ตาม การลงโทษทางวินัยอาจกระทำได้โดยการกล่าวตักเตือน ตำหนิ ให้พนักงานตัดเงินเดือน เป็นต้น เป็นวิธีที่ตรงกันข้ามกับการสร้างแรงจูงใจในทางบวก (Positive) ที่ใช้วิธีการกล่าวชม เลื่อนตำแหน่ง เลื่อนขึ้นเงินเดือน เป็นต้น แม้ว่าทางองค์กรจะคิดหามาตรการป้องกันและกำหนดโทษในการที่มีผู้ประพฤติละเมิดก็ตาม แต่ก็ยังคงมีผู้กระทำการฝ่าฝืน ดังนั้น การกำหนดระเบียบข้อบังคับและตลอดจนมาตรการการลงโทษไว้⁶ จึงเรียกว่า วินัย⁶

Michael J. Jucius กล่าวว่า วินัย หมายถึง ทศนคติของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีต่อระเบียบข้อบังคับขององค์กรหรือของผู้บังคับบัญชาด้วยความสมัครใจ บุคคลใดที่ยึดถือต่อระเบียบข้อบังคับ บุคคลนั้นถือว่าเป็นระเบียบวินัยดี ในทางตรงกันข้าม บุคคลใดมีความรู้สึกที่จะฝืนใจที่จะปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับ หรือกระทำการฝ่าฝืนละเมิดต่อวินัยแล้ว ย่อมจะเรียกได้ว่าบุคคลนั้นขาดระเบียบวินัย

Michael J. Jucius อธิบายว่า “วินัย” หมายถึง การควบคุมพฤติกรรมของบุคคล ซึ่งอาจดำเนินการได้ 2 วิธี คือ

- (1) โดยทางกฎ ข้อบังคับ คำสั่ง และบังคับโดยใช้การลงโทษเป็นมาตรการบังคับ
- (2) โดยทางการสั่งสอน การฝึกอบรม และประสบการณ์ในการมีความรับผิดชอบ

Josept Kingsbury อธิบายว่า วินัย หมายถึง การควบคุมพฤติกรรมของบุคคลอาจทำได้ 2 วิธี คือ⁷

⁵ อุทัย หิรัญ โท. (2523). *หลักการบริหารงานบุคคล*. กรุงเทพฯ : โอเดียนสโตร์. หน้า 168.

⁶ Edwin B. Flippo. (1966). *Principles of Management*. New York : McGraw-Hill Book. Co. p. 379.

⁷ ประวีณ ฒ นกร. (2542). *ความหมายของวินัย*. ในเอกสารการสอนชุดวิชาสาขาวิทยาการจัดการ. นนทบุรี มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. หน้า 432.

(1) โดยทางกฎข้อบังคับ คำสั่งและบังคับโดยใช้การลงโทษ

(2) โดยทางการสั่งสอน การฝึกอบรม และมีความรับผิดชอบ

Paul Preston และ Thomas W. Zimmerer ให้ทรรศนะไว้ว่า “วินัย” มีความหมายที่อธิบายกันไว้หลายทาง ซึ่งดูเหมือนว่าทุกทางจะเพ่งไปยังพฤติกรรมที่คล้อยตามกฎระเบียบ⁸

Leon C. Megginson อธิบายคำว่า “Discipline” มาจากคำว่า “disciple” แปลว่า “Follower” (ผู้ปฏิบัติตาม) ซึ่งมีความหมายบอกเป็นนัยว่า วินัยดีเป็นผลของภาวะการนำที่ดี (Good leadership) เมื่อพูดถึง “disciple” และมีความหมายตามแต่จะมองในแง่ใด ซึ่งแตกต่างกันเป็น 3 แง่ คือ⁹

(1) ในลักษณะที่เป็น “การควบคุมตนเอง” (Self-control) การมอง discipline ในแง่นี้มุ่งไปที่การพัฒนาตนเอง เพื่อปรับตัวให้สอดคล้องกับความจำเป็นและความต้องการ ซึ่งอาจเรียกว่า อัตวินัย (Self-discipline)

(2) ในลักษณะที่เป็น “เงื่อนไขที่ทำให้มีพฤติกรรมอันเป็นระเบียบ”(Condition for orderly behavior) การมองในแง่นี้มุ่งไปที่การควบคุมในองค์การให้มีความเป็นระเบียบในพฤติกรรม โดยใช้วิธีการสร้างเงื่อนไขชักนำต่าง ๆ เช่น สร้างขวัญและความสามัคคี เป็นต้น

(3) ในลักษณะที่เป็น “กระบวนการทางนิติธรรม” (Judicial due process) การมอง Discipline ในแง่นี้มุ่งไปที่กระบวนการตามกำหนดกฎเกณฑ์ในการพิจารณาความ ผิดทางวินัยซึ่งจะมีการออกกฎ หรือระเบียบกำหนดการอันพึงปฏิบัติ และห้ามไม่ให้ปฏิบัติกำหนดโทษของการฝ่าฝืน และการดำเนินการลงโทษผู้กระทำผิด ทั้งนี้โดยมีแนวคิดตั้งอยู่บนสมมติฐาน 4 ประการ คือ

(1) ข้อปฏิบัติต้องชอบธรรม

(2) ผู้บังคับบัญชาต้องรู้ชัดเจนว่าเขาจะปฏิบัติอย่างไร

(3) ผู้บังคับบัญชามีสิทธิที่จะได้กำลังแรงงานจากคนที่มิวินัยดี

(4) ผู้บริหารมีอำนาจที่จะดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฝ่าฝืนระเบียบ

เมื่อได้นำคำอธิบายความหมายของคำว่า “วินัย” จากหนังสือและความเห็นของนักวิชาการหรือนักกฎหมายต่าง ๆ ทั้งไทยและต่างประเทศดังกล่าวมาวิเคราะห์และสรุปแล้ว เพื่อให้ความหมาย “วินัย” ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา หมายถึง แบบแผนความประพฤติที่กำหนดให้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พึงควบคุมตนเองและควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้ประพฤติและปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ ละเว้นการประพฤติปฏิบัติสิ่งที่เป็นข้อห้ามสิ่งที่ไม่ชอบไม่ควร ซึ่งวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษามีทั้งระเบียบ ข้อปฏิบัติ

⁸ ประวิณ ฒ นคร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 432.

⁹ ประวิณ ฒ นคร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 7. หน้า 432.

ของทางราชการและสิ่งทีุ่จะประพุดิตตามความคาดหวังของสังคมนตรีในฐานะอาชีพครูเป็นอาชีพพิเศษที่ทำหน้าที่ในการอบรมสั่งสอนศิษย์จำเป็นต้องประพุดิตตนเป็นแบบอย่างที่ดีแก่ศิษย์และหากฝ่าฝืนจะต้องถูกลงโทษทางวินัย

2.3 จุดมุ่งหมายของวินัย

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในรัชกาลที่ 9 ทรงพระราชทานพระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานปริญญาบัตรของมหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2520 ว่า “อิสรภาพกับวินัย ซึ่งคู่กัน ๑ เหมือนกับเป็นสิ่งตรงข้ามกัน แท้จริงเป็นของคู่กัน ทั้งจำเป็นจะต้องใช้ควบคู่กัน เพื่อให้ควบคุมกันอยู่เสมอ มิฉะนั้นจะหวังผลที่ดีอันพึงประสงค์ไม่ได้ อย่างท่านทั้งหลายซึ่งมีความรู้ ความคิด สติปัญญา สามารถที่จะสร้างประโยชน์ต่าง ๆ ได้พร้อมมูลอยู่นี้ ถ้าขาดวินัยก็อาจปล่อยตัวปล่อยใจให้เป็นไปตามความสะดวกสบาย ทำให้สูญเสียประโยชน์ที่พึงจะได้เท่ากับได้เบียดเบียนทำลายตนเอง และทำลายผู้อื่นให้เสียหายด้วยอย่างน่าคำหนิที่สุด เพราะฉะนั้นจึงจำเป็นที่ทุกคนจะต้องใช้วินัยบังคับ คือ บังคับให้ทำความดี ความเจริญให้แก่ตน และเพื่อแผ่ความดี ความเจริญนั้นแก่ผู้อื่นพร้อมกันไปด้วย...”

โดยจุดมุ่งหมายของวินัยในราชการตามกฎหมายไทยเป็นระเบียบวินัยที่ใช้กับข้าราชการพลเรือน มีความมุ่งหมายสำคัญก็เพื่อประโยชน์ของทางราชการ เพื่อความเจริญ ความเรียบร้อยและเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ไม่ว่าจะเป็วินัยที่กำหนดให้ข้าราชการพึงปฏิบัติต่อผู้บังคับบัญชา ต่อผู้ร่วมงาน ต่อประชาชนหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้วก็จะเห็นได้ว่าวินัยนั้นล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่ดีเพื่อประโยชน์ของทางราชการทั้งสิ้น¹⁰

จุดมุ่งหมายของวินัยนั้น แบ่งออกเป็ 2 ประเภท คือ¹¹

2.3.1 วินัยส่วนบุคคล

เป็นลักษณะเชิงพฤติกรรมที่แสดงออกมาในแบบที่ดี โดยจุดมุ่งหมายเพื่อความดี ความเจริญของตนเอง และส่งผลความดีมีความเจริญไปถึงส่วนรวมด้วย ขอบเขตของวินัยส่วนบุคคลจึงอยู่ที่ความพอดี พอดควรแก่สภาพการดำเนินชีวิตในสังคมนตรี เช่น การตั้งใจประกอบอาชีพในทางสุจริต การประพุดิตปฏิบัติในสิ่งที่สังคมนตรีถือว่าควรประพุดิต เป็นต้น

¹⁰ ชัย งามวสุลักษณ์. (2543). *วินัยที่ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยควรทราบ*. กรุงเทพฯ:จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8.

¹¹ ประวิณ ฅ นคร. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 4*. หน้า 27-28.

2.3.2 วินัยในวงการต่าง ๆ

เป็นข้อปฏิบัติสำหรับคนส่วนรวมในวงการนั้น ๆ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของวงการนั้น ๆ จุดมุ่งหมายของวินัยในแต่ละวงการเป็นแนวทางในการกำหนดขอบเขตของวินัยสำหรับวงการนั้น ๆ ว่าสิ่งใดจัดว่าเป็นวินัย ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนก็จะถูกลงโทษ นอกจากนี้ยังมีวินัยของวงการวิชาชีพโดยเฉพาะ ซึ่งเป็นข้อปฏิบัติสำหรับคนที่ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ และถือเป็นจรรยาบรรณของผู้ประกอบวิชาชีพนั้น ๆ ด้วย ซึ่งนอกจากจะมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของการประกอบวิชาชีพนั้นแล้ว ยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อธำรงศักดิ์ศรีของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นอีกด้วย การรับราชการก็ถือเป็นการประกอบวิชาชีพอย่างหนึ่ง วินัยข้าราชการจึงเป็นทั้งวินัยและจรรยาบรรณวิชาชีพของข้าราชการด้วย

สำหรับจุดมุ่งหมายสำคัญของวินัยข้าราชการนั้น มีดังต่อไปนี้

(1) เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลของทางราชการ เมื่อข้าราชการมีวินัยก็จะสามารถทำงานได้อย่างเต็มที่ อุทิศทุ่มเทให้กับการทำงาน ผลงานที่ออกมานั้นก็จะมีประสิทธิภาพกว่าบุคคลที่ไม่ตั้งใจปฏิบัติงาน เมื่อผลงานของแต่ละคนออกมามีประสิทธิภาพสูงก็จะส่งผลประโยชน์เพิ่มประสิทธิภาพให้กับราชการ

(2) เพื่อความเจริญมั่นคงของประเทศชาติ เมื่อหน่วยงานราชการแต่ละแห่งมีบุคคลซึ่งเปรียบเสมือนเครื่องจักรในการทำงาน และทำงานอย่างมีประสิทธิภาพย่อมทำให้ราชการเจริญก้าวหน้า ก็จะส่งผลให้เกิดความเจริญรุ่งเรืองแก่ประเทศชาติโดยส่วนรวมไม่มีผู้ใดกล้ามารุกรานได้

(3) เพื่อความผาสุกของประชาชน ถ้าข้าราชการทำงานให้ได้ผลอย่างเต็มที่ ประเทศชาติเจริญรุ่งเรือง และมั่นคง ผู้ที่จะได้รับผลประโยชน์สูงสุดก็คือ ประชาชนผู้รับบริการนั่นเอง

(4) เพื่อภาพพจน์ชื่อเสียงที่ดีของทางราชการ จุดมุ่งหมายในข้อนี้เกี่ยวข้องกับความประพฤติของข้าราชการ โดยตรง แม้ว่าความประพฤตินั้นจะถือเป็นเรื่องส่วนตัวของแต่ละบุคคลไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการก็ตาม แต่โดยที่ข้าราชการเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ราชการเพื่อให้บริหารราชการดำเนินไปด้วยความสำเร็จลุล่วงตามนโยบายของรัฐบาล เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับประชาชน เป็นผู้ที่ประชาชนให้ความนับถือศรัทธาและยกย่อง หากข้าราชการประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ ไม่รักษาชื่อเสียงและเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ ประชาชนก็จะเสื่อมความเชื่อถือในตัวข้าราชการ อันจะส่งผลไปถึงการเสื่อมความเชื่อถือในหน่วยงานราชการและรัฐบาลด้วย ดังที่ได้มีการกล่าวกันว่า “ราชการมิได้ต้องการแต่คนเก่งเพียงอย่างเดียว แต่ต้องการคนดีด้วย” ดังนั้น ถ้าข้าราชการเป็นผู้มีระเบียบวินัยดี มีความประพฤติดีก็จะสร้างภาพพจน์ที่ดีให้บังเกิดแก่ราชการโดยส่วนรวมด้วย

จุดมุ่งหมายของวินัยจึงเป็นเครื่องช่วยในการพิจารณาว่า สิ่งใดสมควรที่จะกำหนดเป็นข้อห้าม หรือข้อพึงปฏิบัติสำหรับข้าราชการบ้าง โดยในการนำจุดมุ่งหมายของวินัยในวงราชการนี้มาพิจารณากำหนดขอบเขต การกระทำใดที่จะเป็นการขัดขวางหรือบั่นทอนการบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของทางราชการ ก็อยู่ในขอบเขตของวินัยที่ควรกำหนดเป็นข้อห้ามของข้าราชการ การกระทำใดที่จะเป็นทางสนับสนุนหรือส่งเสริมให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ควรจัดให้อยู่ในขอบเขตของวินัยที่ควรกำหนดเป็นข้อพึงปฏิบัติในวงราชการ ในทางกลับกันการกระทำใดที่ไม่เป็นทางขัดขวาง หรือสนับสนุนการบรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ไม่อยู่ในขอบเขตของวินัยที่ควรจะกำหนดเป็นข้อห้ามหรือข้อพึงปฏิบัติสำหรับวงราชการนั้น แต่สำหรับในวงการวิชาชีพบางอย่างอาจกำหนดวินัยให้กว้างกว่านั้น เพื่อธำรงศักดิ์ศรีของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นด้วยก็ได้ เช่น อาชีพครู เป็นต้น

นอกจากนี้ในกรณีที่ข้อกำหนดวินัยเขียนไว้กว้าง ๆ ไม่ชัดเจน เช่น เขียนไว้ว่า “ไม่กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว” เมื่อจะพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดเป็นการประพฤติชั่วที่ต้องห้ามตามนั้นหรือไม่ ก็ต้องวิเคราะห์ดูว่าการกระทำนั้นกระทบถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของราชการ ความเจริญของประเทศ ความมั่นคงของชาติ หรือความผาสุกของประชาชนหรือไม่ ถ้ากระทบถึงก็ต้องห้าม ถ้าไม่กระทบถึงก็ไม่ห้าม ตัวอย่างเช่น การมีภรรยาช้อยในหน่วยงานธุรกิจเอกชนบางแห่ง มิได้ให้ความสนใจเท่าใดนัก เพราะถือว่าไม่เกี่ยวข้องกับงานในหน้าที่ ไม่กระทบถึงความเจริญของหน่วยงานนั้นถ้าบุคคลนั้นสามารถปฏิบัติงานได้เต็มที่ ตามที่หน่วยงานนั้นกำหนดไว้ แต่สำหรับหน่วยราชการอาจจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่า การมีภรรยาช้อยนั้นทำให้เสียชื่อเสียง หรือเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือไม่ ถ้ากรณีสามารถอยู่กันได้ อย่างสงบเรียบร้อยไม่เสียชื่อเสียง หรือเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการไม่กระทบกระเทือนถึงความเจริญ ความสงบเรียบร้อยและประสิทธิภาพของทางราชการ และมีผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ที่ทางราชการต้องการให้เป็นแบบอย่างที่ดีเป็นพิเศษ ก็ไม่ควรอยู่ในข่ายเป็นความผิดทางวินัย แต่ถ้าเกิดเรื่องราว เสียชื่อเสียง ภาพพจน์ที่ดีของราชการ เช่น ไปแสดงความหึงหวงหรือทะเลาะวิวาทกันในที่ทำงาน ประชาชนจะมองภาพพจน์ของข้าราชการไปในทางลบและเสื่อมความศรัทธาในตัวข้าราชการ อันจะส่งผลให้ประชาชนขาดความเลื่อมใสศรัทธาในรัฐบาล ซึ่งกระทบกระเทือนถึงประสิทธิภาพของราชการ กรณีนี้ก็ถือเป็นความผิดทางวินัยได้เช่นกัน

ดังนั้น วินัยของข้าราชการเปรียบเสมือนกรอบเป็นขอบข่ายในการปฏิบัติงานราชการ เป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของข้าราชการให้ปฏิบัติงานร่วมกัน เพื่อให้บรรลุ

วัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ ในการรักษาวินัยของข้าราชการอาจแยกพิจารณาออกเป็น 2 ประการ¹² ได้แก่

ประการที่หนึ่ง พิจารณาในทางบวก หมายถึง การเสริมสร้างทัศนคติ ทำที่ และบรรยากาศที่ดีในการปฏิบัติราชการเพื่อให้งานดำเนินตามระเบียบที่กำหนด การรักษาวินัยทางบวกมุ่งสร้างสรรค์ความเข้าใจอันดีระหว่างผู้ปฏิบัติงานกับหัวหน้าหน่วยงาน ให้ตระหนักถึงความสำคัญของวินัย ผู้บังคับบัญชาต้องเสริมสร้างวินัยที่ดีให้เกิดขึ้นภายในองค์กร ซึ่งชี้ให้เห็นว่าวินัยเป็นสิ่งที่ไม่น่ากลัว สำหรับผู้ที่ประพฤติดีและประพฤติชอบ นอกจากนี้จะถือเป็นการนำเกียรติมาสู่คณะและหน่วยงาน หากคนในหน่วยงานมีวินัยจึงจะเป็นผลดีต่อการบริหารงานของหน่วยงานนั้น ๆ

ประการที่สอง พิจารณาในทางลบ ระเบียบวินัยมีไว้เพื่อเป็นกรอบให้ผู้ปฏิบัติงานร่วมกันสามารถปฏิบัติงานร่วมกันอย่างสงบสุขและเรียบร้อยเปรียบเสมือน กติกา เช่น การกีฬามีการกำหนดกติกาขึ้นหากทำผิดฝ่าฝืนกติกาจะต้องถูกลงโทษ วินัยก็เช่นเดียวกันหากกระทำผิดวินัยจะต้องถูกลงโทษทางวินัยตามที่กำหนดไว้ ทั้งนี้เป็นการลงโทษผู้ที่ออกนอกกรอบ กฎ ระเบียบ ข้อบังคับที่กำหนดไว้ ส่วนจะลงโทษเพียงใดขึ้นอยู่กับลักษณะของความผิด

ข้าราชการเป็นบุคคลที่ประกอบอาชีพในการบริหารราชการแผ่นดินหรือให้บริการแก่ประชาชน ในการปฏิบัติราชการ ถ้าข้าราชการมีความประพฤติปฏิบัติที่หน้าที่ด้วยความวิริยะอุตสาหะ ตั้งใจปฏิบัติงานในหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต ยึดมั่นในกรอบกฎหมาย และยึดระเบียบแบบแผนของทางราชการแล้ว ก็จะทำให้สามารถปฏิบัติงานให้เกิดผลดีแก่ประเทศชาติ สามารถให้บริการแก่ประชาชนในการจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ¹³ ยิ่งข้าราชการแต่ละคนมีความยึดมั่นในวินัย ไม่ว่าจะเป็นวินัยต่อตนเอง วินัยต่อเพื่อนร่วมงาน วินัยต่อผู้บังคับบัญชา และวินัยต่อประชาชนด้วยแล้ว ก็จะทำให้ประชาชนที่มาติดต่อกับทางราชการเกิดความเลื่อมใสศรัทธาในตัวข้าราชการ มีความเชื่อมั่นในตัวราชการ ก็จะส่งผลในภาพรวมที่จะทำให้ประชาชน หรือบุคคลภายนอกมีทัศนคติที่ดีต่อระบบราชการ และเกิดการชื่นชม ผลที่ตามมาก็จะทำให้ข้าราชการเกิดความซาบซึ้ง และภาคภูมิใจในการเป็นข้าราชการที่ดีมีประสิทธิภาพ ย่อมส่งผลให้ข้าราชการเหล่านั้นปฏิบัติหน้าที่ได้ดียิ่ง ๆ ขึ้นไป วินัยข้าราชการจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งและเป็นปัจจัยที่จะช่วยให้การปฏิบัติราชการมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

¹² ประเวณี ณ นคร. (2530). *อุดมมุ่งหมายและขอบเขตของวินัย*. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 3-4.

¹³ ไพโรจน์ สิตปรีชา. (2523). *การบริหารงานบุคคลในราชการพลเรือนไทย*. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 11.

2.4 ลักษณะของวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

นอกจาก “วินัย” จะมีขอบเขตเท่าที่กำหนดไว้เป็นข้อห้ามและข้อปฏิบัติทางวินัยกฎหมายบัญญัติแล้ว ยังมีหลักทั่วไปของวินัยที่เราต้องทราบ ดังต่อไปนี้¹⁴

2.4.1 วินัยเป็นเรื่องเฉพาะตัว

วินัยและการรักษาวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ใช้บังคับกับข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงพนักงานราชการ หรือลูกจ้างตามสัญญาจ้าง สำหรับข้าราชการประเภทอื่น เช่น ข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้าราชการตุลาการ หรือข้าราชการอัยการ ก็จะมีกฎหมายเรื่องวินัยและการรักษาวินัยของข้าราชการแต่ละประเภทตามที่กฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ประเภทนั้น ๆ กำหนดและไม่เกี่ยวข้องกับประชาชนทั่วไป เช่น ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาไปทะเลาะวิวาทกับประชาชนทั่วไป ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้นกระทำผิดวินัย และต้องถูกลงโทษทางวินัย แต่ประชาชนทั่วไปซึ่งเป็นคู่กรณีด้วยไม่ต้องถูกดำเนินการทางวินัย

2.4.2 วินัยไม่มีอายุความ

การฝ่าฝืนบทบัญญัติข้อห้ามเรื่องการรักษาวินัยหรือกระทำผิดวินัย แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดอายุความไว้เช่นเดียวกับการกระทำผิดอย่างอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การใช้สิทธิเรียกร้องที่เกิดขึ้นโดยคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุด หรือโดยสัญญาประนีประนอมยอมความให้มีกำหนดอายุความสิบปี¹⁵ และประมวลกฎหมายอาญา ในกรณีความผิดอันยอมความได้ ถ้าผู้เสียหายมิได้ร้องทุกข์ภายในสามเดือนนับแต่วันที่รู้เรื่องความผิดและรู้ตัวผู้กระทำความผิดเป็นอันขาดอายุความ¹⁶ การกระทำผิดวินัยของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาจึงไม่มีอายุความ แม้ว่าผู้นั้นเกษียณอายุราชการหรือลาออกจากราชการไปแล้วก็ตาม ก็ยังคงต้องสอบสวนทางวินัยต่อไป ดังนั้นหากข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ผู้ใดกระทำผิดวินัยไว้แต่ยังไม่มีการไต่สวน หรือบุคคลอื่นรู้แต่ยังไม่มีการร้องเรียนกล่าวหา ต่อมาหากผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งหรือย้ายไปปฏิบัติหน้าที่ ณ ที่อื่นแล้วมีผู้ร้องเรียนทางวินัยขึ้นมา ผู้บังคับบัญชาผู้นั้นจะต้องดำเนินการทางวินัย

¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ. (2554). *คู่มือการดำเนินการทางวินัย การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา*. สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา. (พิมพ์ครั้งที่ 15). กรุงเทพฯ : สกสศ. ลาดพร้าว .หน้า 18.

¹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 193/32.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา. มาตรา 96.

เหตุที่จะพ้นจากความรับผิดชอบทางวินัยอีกกรณีหนึ่ง คือ ออกจากราชการเพราะตาย¹⁷ เนื่องจากการตายของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้ซึ่งกระทำผิดวินัย เป็นเหตุให้บุคคลนั้นพ้นจากราชการไปแล้ว

2.4.3 ผู้ร้องเรียนไม่จำเป็นต้องผู้เสียหาย

นอกจากผู้เสียหายจะร้องเรียนกล่าวหาโดยตรงกับผู้บังคับบัญชาของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้นแล้ว บุคคลอื่นซึ่งรู้ถึงการกระทำผิดวินัยก็สามารถที่จะร้องเรียนกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้นได้ เช่น บิดา มารดา ญาติพี่น้อง และประชาชน เป็นต้น นอกจากนี้ผู้บังคับบัญชาผู้รู้เห็นเหตุการณ์ที่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษากระทำผิดวินัย ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม ก็สามารถที่จะดำเนินการทางวินัยตามอำนาจหน้าที่ได้

2.4.4 ถอนคำร้องเรียนกล่าวหา หรือถอนคำร้องทุกข์กล่าวโทษไม่มีผลเป็นการระงับการดำเนินการทางวินัย และยอมความไม่ได้

เมื่อมีการร้องเรียนกล่าวหาว่าข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้ใดกระทำผิดวินัย จนมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงก็ตาม หากผู้ร้องเรียนกล่าวหาถอนคำร้องเรียนกล่าวหา หรือถอนคำร้องทุกข์กล่าวโทษข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้น ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม ก็ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาให้ยุติเรื่องหรือให้ระงับกระบวนการสอบสวนทางวินัย ทั้งผู้บังคับบัญชาหรือผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และคณะกรรมการสอบสวนมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการทางวินัยให้เสร็จสิ้นกระบวนการความเพื่อหาข้อยุติว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาหรือนั้นเป็นผู้กระทำผิดหรือบริสุทธิ์

นอกจากนั้น การดำเนินการทางวินัยไม่สามารถยอมความกันได้ และไม่อาจชดใช้ด้วยเงิน ซึ่งจากความผิดทางอาญา เช่น ในคดีความผิดต่อส่วนตัว ผู้เสียหายอาจยอมความได้โดยการถอนคำร้องทุกข์ อันเป็นเหตุให้การดำเนินคดีอาญาในเรื่องนั้นต่อไปเป็นอันระงับ เนื่องจากผู้เสียหายไม่ประสงค์จะให้ผู้กระทำผิดได้รับโทษ แต่ในกรณีของวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ผู้เสียหายและผู้กระทำผิดจะยอมความกันไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ ซึ่งการยอมความกันดังกล่าวอาจส่งผลเสียหายแก่สังคมส่วนรวม เช่น การนำเงินจากการกระทำทุจริตมาคืนแก่ทางราชการหรือการจ่ายเงินเยียวยาจากการล่วงละเมิดทางเพศนักเรียนซึ่งเป็นศิษย์ให้แก่ผู้ปกครองจนเป็นที่พอกันแก่กันทั้งสองฝ่าย และถูกแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน ถือได้ว่า

¹⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา. พ.ศ. 2547. มาตรา 102.

การกระทำผิดวินัยได้เกิดขึ้นแล้ว ไม่อาจถือเอาการใช้เงินให้แก่ทางราชการหรือการช่วยเหลือผู้เสียหาย มาลดล้างความผิดทางวินัยและผู้บังคับบัญชาไม่อาจสั่งยุติเรื่องได้

2.4.5 การดำเนินการทางวินัยต้องกระทำในขณะที่ผู้นั้นมีฐานะเป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา¹⁸

ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยออกจากการเป็นราชการเพราะเกษียณอายุราชการหรือลาออก หรือตาย ก่อนตั้งกรรมการสอบสวน หรือในระหว่างที่อยู่ระหว่างการสอบสวนทางวินัย หรือสอบสวนเสร็จแล้ว แต่ยังไม่ได้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ให้งดการดำเนินการทางวินัย หรือให้งดการลงโทษนั้นเสีย

ส่วนในกรณีดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรง ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ที่ออกจากราชการไปแล้วก็ยังสามารถตั้งคณะกรรมการสอบสวนได้ กรณีที่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ถูกกล่าวหากระทำหรือละเว้นการกระทำใด ที่พึงเห็นได้ว่าเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และเป็นการกล่าวหาเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชาผู้นั้น หรือผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาเป็นหนังสือ โดยผู้บังคับบัญชาของผู้นั้นหรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เว้นแต่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทที่ไม่เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกไปจากราชการไปแล้ว เว้นแต่ออกจากราชการเพราะตาย ในกรณีนี้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง มีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นอันมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยหรือไม่ หากเห็นว่ากรณีมีมูลก็สามารถดำเนินการทางวินัยแก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษารายนั้นต่อไปได้ เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ รวมทั้งการออกคำสั่งลงโทษวินัยอย่างร้ายแรงได้ แต่ถ้าผลการสอบสวนหรือพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงซึ่งจะต้องลงโทษภาคทัณฑ์ตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือนก็ให้สั่งคโทษ¹⁹

2.4.6 การรับสารภาพไม่เป็นเหตุให้ลดหย่อนโทษ

ในทางอาญา ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือจำเลยรับสารภาพเป็นคุณประโยชน์แก่การพิจารณาคดี ศาลจะลดโทษลงกึ่งหนึ่งหรือตามที่เห็นสมควรก็ได้ แต่ในการดำเนินการทางวินัยมิได้มีกฎหมายกำหนดให้การรับสารภาพเป็นเหตุให้นำมาลดหย่อนโทษได้ ดังนั้นแม้ว่า

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 14. หน้า 7.

¹⁹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547. มาตรา 102.

ผู้ถูกกล่าวจะรับสารภาพเป็นคุณแก่กระบวนการในการดำเนินการทางวินัยก็ไม่สามารถใช้เป็นเหตุในการลดหย่อนโทษของผู้ถูกกล่าวหาได้

อีกประการหนึ่ง ในคดีอาญาสามารถใช้วิธีกันผู้ร่วมกระทำผิดบางคนไว้เป็นพยานเพื่อการให้ถ้อยคำมีน้ำหนักเพียงพอที่จะนำผู้ถูกกล่าวหามาลงโทษได้ แต่ในการดำเนินการทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาทุกคนที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดวินัย จะต้องถูกดำเนินการทางวินัยโดยคณะกรรมการสอบสวนไม่มีอำนาจที่จะกันผู้ร่วมกระทำผิดคนใดไว้เป็นพยานเพื่อลงโทษผู้กระทำผิดอื่นได้

2.4.7 วินัยไม่อาจกล่าวอ้างเหตุไม่รู้กฎหมายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อไม่ต้องรับผิดทางวินัยได้ และแม้ไม่มีเจตนาก็เป็นความผิดวินัยได้²⁰

ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยไม่อาจใช้ข้ออ้างว่าตนไม่รู้กฎหมายหรือระเบียบว่าสิ่งที่กระทำไปเป็นความผิดทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เพื่อให้ตนไม่ต้องรับผิดหรือได้รับการลดหย่อนโทษลง เนื่องจากผู้ที่เป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาต้องมีวินัยและต้องรู้บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัย รวมทั้งระเบียบหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการปฏิบัติงาน การอ้างเหตุเพราะความไม่รู้ดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังได้ ประกอบกับมีมติคณะรัฐมนตรี

โดยทั่วไปการกระทำทั้งหลายที่ถือว่าเป็นความผิดไม่ว่าเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางวินัย จะต้องมิเจตนาในการกระทำความผิดนั้นเป็นองค์ประกอบของความผิดอยู่ด้วย เรียกว่า “องค์ประกอบภายใน” ดังนั้น ในการพิจารณาว่าผู้ใดกระทำความผิดหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาพฤติการณ์ของการกระทำว่ามีเจตนาที่จะกระทำ นอกจากนี้ในบางกรณียังพิจารณาถึงผลของการกระทำดังกล่าว ก่อให้ความเสียหายอย่างร้ายแรงหรือไม่ เพียงใด เพื่อนำไปประกอบการพิจารณาความผิดวินัยและการกำหนดโทษ

แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดทางวินัยบางประเภทแม้ไม่มีเจตนา เป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้นมิได้ใช้ความระมัดระวัง อันวิญญูชนพึงควรจะทำเพื่อมิให้เกิดความเสียหาย และสามารถป้องกันมิให้เกิดเหตุอันตรายในภาวะการณ์เช่นนั้นได้ อันเป็นเหตุให้ทางราชการได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง ก็เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงได้ เช่น กรณีข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาปฏิบัติหน้าที่ราชการประมาท

²⁰ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 14.

เลินเล่อหรือขาดความเอาใจใส่ไม่ระมัดระวังรักษาผลประโยชน์ของทางราชการ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรง²¹

นอกจากนั้น แม้ไม่มีพยานหลักฐานมัดแน่นหรือชัดเจนเพียงพอที่จะรับฟังว่าผู้ที่ถูกสอบสวนกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจริง แต่จากพยานหลักฐานและพฤติการณ์แห่งการกระทำนั้นน่าเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงแก่ราชการได้ในกรณีเช่นนี้ ผู้อำนวยการสั่งแต่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงมีอำนาจสั่งให้ผู้นั้นออกจากราชการ เพราะมีเหตุมลทินหรือมัวหมองเสียได้ โดยไม่ถือเป็นโทษทางวินัย และข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้นสามารถรับบำเหน็จบำนาญเพราะการถูกให้ออกจากราชการในกรณีนี้ได้ เนื่องจากเหตุผลว่าราชการต้องการคนดี คนที่มีคุณธรรมจริยธรรมไว้เป็นข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งมีหน้าที่จัดการศึกษา และเป็นแบบอย่างที่ดีแก่ศิษย์ การยอมให้บุคคลที่มีมลทินหรือมัวหมองมีพฤติกรรมที่น่าเชื่อว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงจริง ยังคงอยู่ในราชการต่อไปได้จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ

2.4.8 การดำเนินการทางวินัยต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด

กระบวนการดำเนินการทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา เริ่มตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยไปจนถึงการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย เป็นการเตรียมการในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีกฎหมายคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2549 กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ภายในฝ่ายปกครองไว้ ประกอบกับมีกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 กำหนดหลักการและวิธีการในการดำเนินการทางวินัยไว้ กล่าวคือ มาตรา 27²² ของพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว กำหนดให้ดำเนินการโดยความโปร่งใสและเป็นธรรม และมาตรา 98 ของพระราชบัญญัติเดียวกัน กำหนดให้การสอบสวนเป็นไปตามที่กำหนดใน กฎ ก.ค.ศ. ซึ่งได้แก่ กฎ ก.ค.ศ.ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา พ.ศ.2551 กำหนดให้การสอบสวนทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายดังกล่าวข้างต้น กำหนดไว้ หากเจ้าหน้าที่ไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนด อาจทำให้กระบวนการในการสอบสวนและผลของการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยต้องบกพร่องหรือเสียไป จนนำไปสู่การฟ้องคดีอาญาหรือคดีปกครองได้

²¹ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547. มาตรา 85 วรรคสอง.

²² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547. มาตรา 27.

2.4.9 การสอบสวนพบว่าหย่อนความสามารถ บกพร่องต่อหน้าที่ หรือประพฤตินั้น ไม่เหมาะสมกับหน้าที่ราชการก็ให้ได้ ออกจากราชการได้ หรืออาจถูกสั่งพักราชการหรือให้ออกจากราชการไว้ก่อนได้ ในระหว่างถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง หรือถูกฟ้องคดีอาญา หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา²³

ในกรณีสอบสวนวินัยพบว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดวินัย แต่เป็นผู้หย่อนความสามารถ บกพร่องต่อหน้าที่ หรือประพฤตินั้นไม่เหมาะสมกับหน้าที่ราชการกรณีใดกรณีหนึ่ง ตามมาตรา 111²⁴ เนื่องจากกรรมการสอบสวนคณะเดิมได้ตั้งขึ้น เพื่อให้ดำเนินการทางวินัย เมื่อคณะกรรมการสอบสวนพบว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดวินัยด้วยเหตุตามมาตรา 111 ก็จะต้องรายงานผู้สั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน หากผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน เห็นว่าจากรายงานการสอบสวนมีมูลจริงก็ต้องตั้งกรรมการเพื่อดำเนินการตามมาตรา 111 แก่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษารายดังกล่าว และหากผลการสอบสวนปรากฏ ผู้ถูกกล่าวหาไม่ผิดวินัยหรือกระทำการเข้าเหตุตามมาตรา 111 จริง ผู้สั่งแต่งตั้งก็ต้องมีคำสั่งให้ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้นั้น ออกจากราชการตามมาตรา 111 โดยไม่ถือเป็นโทษทางวินัย ซึ่งข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษารายนั้น มีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญ ตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญ

อีกทั้งในกรณีที่ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้ใดถูกตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง ถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญา เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ถ้ามีเหตุที่อาจถูกสั่งพักราชการหรือให้ออกจากราชการไว้ก่อน ตามกฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยการพักราชการและการให้ออกจากราชการไว้ก่อน ดังนี้

1) ผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง หรือถูกฟ้องคดีอาญา หรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาในเรื่องเกี่ยวกับการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ หรือเกี่ยวกับความประพฤติหรือพฤติกรรมอันไม่น่าไว้วางใจ และผู้ที่ถูกฟ้องนั้นพนักงานอัยการมิได้รับเป็นทนายแก้ต่างให้ และผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงหรือผู้บังคับบัญชา พิจารณาเห็นว่า ถ้าให้ผู้นั้นคงอยู่ในหน้าที่ราชการอาจเกิดความเสียหายแก่ราชการ

2) ผู้นั้นมีพฤติกรรมที่แสดงว่าถ้าคงอยู่ในหน้าที่ราชการจะเป็นอุปสรรคต่อการสอบสวน พิจารณาหรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น

²³ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 14. หน้า 12.

²⁴ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547. มาตรา 111.

3) ผู้นั้นอยู่ในระหว่างถูกควบคุมหรือขัง โดยเป็นผู้ถูกจับในคดีอาญา หรือต้องจำคุก โดยคำพิพากษาและได้ถูกควบคุม ขัง หรือต้องจำคุก เป็นเวลาติดต่อกันเกินสิบห้าวันแล้ว

4) ผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงและต่อมามีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาในเรื่องที่สอบสวน หรือผู้นั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง ภายหลังที่มีคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาในเรื่องที่สอบสวนนั้น และผู้มีอำนาจสั่งแต่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงหรือผู้บังคับบัญชา พิจารณาเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาถึงที่สุด ได้ความประจักษ์ชัดอยู่แล้วว่าการกระทำความผิดอาญาของผู้นั้น เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

2.4.10 ในกรณีที่มีการดำเนินการทางวินัยและการดำเนินคดีอาญาไปพร้อมกัน ไม่มีความจำเป็นต้องรอผลคดีอาญา

เนื่องจากการดำเนินการสอบสวนพิจารณาโทษทางวินัย ได้มีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่และวิธีการสอบสวนพิจารณาโทษทางวินัยไว้เป็นส่วนหนึ่งต่างหากจากการดำเนินคดีอาญาอยู่แล้ว การสอบสวนพิจารณาโทษทางวินัยจึงไม่จำเป็นที่จะต้องรอฟังผลทางคดีอาญาแต่อย่างใด เพราะถึงแม้ว่าเรื่องนั้นพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการ หรือศาลจะมีความเห็นแตกต่างกันไป ผู้พิจารณาลงโทษทางวินัยก็หาต้องรับผิดชอบแต่อย่างใดไม่ ถ้าการกระทำนั้นได้ทำไปโดยถูกต้อง ตามกฎหมายและกระทำไปโดยสุจริต มิได้มุ่งให้เกิดผลเสียหาย

2.4.11 ในกรณีเป็นความความผิดปรากฏชัดแจ้ง อาจไม่ต้องตั้งกรรมการสอบสวนได้

ในการดำเนินการทางวินัย กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ถูกกล่าวหาได้มีโอกาสโต้แย้ง พยานหลักฐานในเรื่องที่กล่าวหา แต่ในกรณีเป็นความความผิดปรากฏชัดแจ้ง ตามที่กำหนด กฎ ก.ค.ศ. ว่าด้วยความผิดปรากฏชัดแจ้ง พ.ศ. 2549 เช่น กระทำความผิดอาญาจนต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าผู้นั้นกระทำผิดและผู้บังคับบัญชาเห็นว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษานั้นได้ความประจักษ์ชัดแล้ว หรือกระทำผิดวินัยและได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อผู้บังคับบัญชา หรือต่อผู้มีหน้าที่สอบสวนหรือคณะกรรมการสอบสวนตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา และได้มีการบันทึกถ้อยคำรับสารภาพเป็นหนังสือ เป็นต้น

2.5 ผลของการฝ่าฝืนวินัย

โทษทางวินัย²⁵ (Disciplinary action) แบ่งออกเป็นความผิดวินัยไม่ร้ายแรงและความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

2.5.1 ความผิดวินัยไม่ร้ายแรง

1) ภาคทัณฑ์ เป็นโทษสำหรับกรณีกระทำผิดวินัยเล็กน้อย หรือมีเหตุอันควรลดหย่อน ซึ่งยังไม่ถึงกับจะต้องถูกลงโทษตัดเงินเดือนนอกจากนี้ ในกรณีกระทำผิดวินัยเล็กน้อย และมีเหตุอันควรลดโทษ จะงดโทษให้ โดยให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือหรือว่ากล่าวตักเตือนก็ได้ผู้ถูกลงโทษ ภาคทัณฑ์ ไม่มีข้อห้ามไม่ให้เลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปี ดังนั้น หากผู้นั้นมีคุณสมบัติที่จะเลื่อนขึ้นเงินเดือน ก็อาจได้รับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีได้

2) ตัดเงินเดือน เป็นการลงโทษตัดเงินเดือนเป็นจำนวนเปอร์เซ็นต์ของเงินเดือนและเป็นจำนวนเดือน เช่น ตัดเงินเดือน 5% เป็นเวลา 2 เดือน เมื่อพ้นเวลา 2 เดือน แล้วก็จะได้รับเงินเดือนตามปกติผู้ถูกลงโทษตัดเงินเดือน จะไม่ได้รับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีในปีนั้น

3) ลดขึ้นเงินเดือน เป็นการลดขึ้นเงินเดือนของผู้นั้นลงเป็นจำนวนขึ้นของเงินเดือน เช่น ลดขึ้นเงินเดือน 1 ขั้น จาก 5,560 บาท เป็น 5,260 บาท ผู้ถูกลงโทษลดขึ้นเงินเดือนจะไม่ได้รับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนประจำปีในปีนั้น

2.5.2 ความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

1) ปลดออก เป็นการลงโทษให้พ้นจากราชการ โดยได้รับบำเหน็จบำนาญเสมือนผู้นั้นลาออกจากราชการ

2) ไล่ออก เป็นการลงโทษให้พ้นจากราชการ โดยไม่ได้รับบำเหน็จบำนาญ การลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ จะต้องมีการแต่งตั้งกรรมการสอบสวนว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาเท่าที่มีให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา และคณะกรรมการสอบสวนหรือผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเห็นว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงและสั่งเรื่องให้ อ.ก.พ. จังหวัด อ.ก.พ. กรม หรือ อ.ก.พ. กระทรวง พิจารณามิมีมติให้ลงโทษปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ

²⁵ งานวิจัย โกลพาล. (2540). *คู่มือพิจารณาความประพฤติของข้าราชการและกรรมการกำหนดโทษทางวินัย ศึกษากรณีการกระทำผิดวินัยอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 16.

2.6 หลักการพิจารณาความผิดและการกำหนดทางโทษวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษากระทรวงศึกษาธิการ²⁶ กำหนดไว้ว่า ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้ใด กระทำผิดวินัยกรณีใดแล้วก็ต้องพิจารณาโทษ ซึ่งจะต้องกำหนดโทษให้เหมาะสมกับกรณีความผิด การกำหนดโทษที่จะลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดทางวินัย จะต้องคำนึงถึงหลักทางกฎหมาย ดังนี้

2.6.1 หลักนิติธรรม

การที่ต้องคำนึงถึงระดับโทษที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 ได้กำหนดโทษความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ลงโทษไล่ออก หรือปลดออก และความผิดวินัยไม่ร้ายแรง คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดขั้นเงินเดือน แต่ถ้ามีเหตุอันควรงดโทษจะงดโทษโดยให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ หรือว่ากล่าวตักเตือนก็ได้

สำนักงาน ก.พ.²⁷ ได้ให้ความหมายของหลักนิติธรรมไว้ ดังนี้

หลักนิติธรรม ได้แก่ การพิจารณาตามตัวบทกฎหมาย กล่าวคือ การที่จะถือว่าการกระทำอย่างใดเป็นความผิดทางวินัยในเรื่องใดนั้น ต้องมีบทกฎหมายบัญญัติว่า การกระทำเช่นนั้นเป็นความผิดทางวินัย ทั้งนี้การที่จะถือว่าการกระทำอย่างไร เป็นความผิดทางวินัยฐานใดนั้น ต้องพิจารณาให้เข้าองค์ประกอบตามที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนบัญญัติ ตัวอย่างเช่น การพิจารณาความผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ ตามมาตรา 85 (1) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต จะเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังต่อไปนี้

- (1) ต้องมีหน้าที่ราชการปฏิบัติ
- (2) ได้ปฏิบัติหน้าที่ราชการหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการ
- (3) เพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด
- (4) โดยมีเจตนาทุจริตหรือมิชอบ

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครู. (2543). *แนวการพิจารณาโทษข้าราชการครูกระทำผิดวินัย*. กรุงเทพฯ: การศาสนา. หน้า 12.

²⁷ สำนักงาน ก.พ. (2531). *คู่มือการดำเนินการทางวินัย*. กรุงเทพฯ : ไทยพิมพ์. หน้า 242.

ถ้าหากผู้กระทำไม่ครบองค์ประกอบของความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ผู้นั้นย่อมไม่มีความผิดทางวินัยในความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการตามมาตรานี้

2.6.2 หลักมโนธรรม

ในการที่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องเหมาะสมตามเหตุผล กรณีที่กฎหมายกำหนดโทษในความผิดไว้หลายสถาน การจะลงโทษสถานใดนั้นควรคำนึงถึงหลักมโนธรรมด้วย²⁸

สำนักงาน ก.พ.²⁹ ได้ให้ความหมายของหลักมโนธรรมไว้ดังนี้

มโนธรรม ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Conscience หมายถึง ความรู้ หรือความรู้สึกในสิ่งที่ผิดและถูก หรือเป็นจริง หรือเป็นจริยธรรม ความรู้สึกทางศีลธรรมทั่วไป เป็นการกระทำหรือความสามารถในการแยกแยะระหว่างสิ่งที่ถูกหรือผิด เป็นการกระทำหรืออำนาจของการแยกแยะทางศีลธรรม การวินิจฉัยของจริยธรรมหรือเหตุผลในภาษาไทย มโนธรรม มาจากคำว่า มน = ใจ กับธรรม จึงมีความหมายว่า ธรรมที่สถิตอยู่ในใจ

หลักมโนธรรม ได้แก่ หลักการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยคำนึงถึงความรู้สึกทางศีลธรรมหรือจริยธรรม และเหตุผลที่ถูกต้องในการวินิจฉัยความผิดทางวินัย เพราะในบางครั้งการพิจารณาความผิดทางวินัยโดยคำนึงถึงหลักนิติธรรมอย่างเดียว บางกรณีอาจไม่ถูกต้องเหมาะสมตามเหตุผลที่ควรจะเป็นก็ได้ ตัวอย่างเช่น ข้อเท็จจริงบ่งชี้ว่า เจ้าหน้าที่ซึ่งมีหน้าที่รับเงินค่าธรรมเนียม ได้รับเงินค่าธรรมเนียม และออกใบเสร็จไว้แล้วแต่ไม่นำส่ง อ้างว่าหลงลืม ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า มิได้เก็บเงินนั้นไว้ที่ทำการ แสดงว่าได้นำเงินดังกล่าวไปใช้เป็นเงินส่วนตัว เช่นนี้ถ้าพิจารณาตามหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัด ต้องปรับบทความผิดเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ เพราะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบ และได้ประโยชน์ส่วนตัวจากการนำเงินนั้นไปใช้เข้าองค์ประกอบความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการแล้ว ความผิดฐานนี้เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 85 (1) ซึ่งมาตรา 97 บัญญัติว่า “...ผู้ใดกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงให้ลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี...” ฉะนั้น กรณีนี้ถ้าพิจารณาตามหลักนิติธรรมโดยเคร่งครัดแล้วจะต้องลงโทษสถานหนัก ถึงแม้เงินนั้นจะมีจำนวนเพียง 50 บาท หรือ 100 บาท และอยู่กับตัวผู้นั้นเพียง 2-3 วัน การพิจารณาโดยยึดหลักนิติธรรมอย่างเดียวเช่นนี้อาจจะไม่ถูกต้องเหมาะสมกับเหตุผลที่ควรจะเป็นไปได้ จึงต้องนำหลักมโนธรรม คือ นำความรู้สึกทางศีลธรรม หรือจริยธรรมมา ประกอบการพิจารณาด้วย กล่าวคือ ถ้ายึดหลักมโนธรรมในกรณีนี้อาจลงโทษผู้กระทำผิดในความผิดวินัยไม่ร้ายแรงก็ได้

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการครู, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 26, หน้า 12.

²⁹ สำนักงาน ก.พ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 27, หน้า 242.

2.6.3 หลักความเป็นธรรม

หลักความเป็นธรรม ต้องลงโทษให้ได้ระดับเสมอภาคกัน กล่าวคือ ในความผิดอย่างเดียวกัน ควรลงโทษในระดับเดียวกันแต่ความผิดอย่างเดียวกันอาจลงโทษหนักเบาต่างกันได้ หากมีพฤติการณ์หรือเหตุผลต่างกัน อาจนำเหตุบางประการมาประกอบการพิจารณากำหนดโทษแตกต่างกันได้ เช่น

1) ลักษณะของการกระทำความผิด

ความผิดอย่างเดียวกันบางกรณีพฤติการณ์หรือลักษณะแห่งการกระทำผิดเป็นการกระทำความผิดโดยจงใจหรือนิสัยจะต้องพิจารณาโทษสถานหนัก แต่บางกรณีพฤติการณ์หรือลักษณะแห่งการกระทำความผิดเป็นการกระทำโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์อาจพิจารณาลงโทษสถานเบาลดหลั่นกันตามควรแก่กรณี

2) ผลแห่งการกระทำความผิด

ความผิดอย่างเดียวกันอาจต้องลงโทษต่างกัน เพราะผลแห่งการกระทำความผิด ทำให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ หรือแก่ชื่อเสียงของข้าราชการมากน้อยต่างกัน

3) คุณความดี

ในความผิดอย่างเดียวกันผู้มีประวัติการทำงานดี ไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน อาจได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่เคยทำความผิดมาก่อนแล้ว ผู้กระทำความผิดในเรื่องเดียวกันคนที่พยายามแก้ไขบรรเทาผลร้าย อาจจะได้รับโทษน้อยกว่าผู้ที่ไม่ได้พยายามทำเช่นนั้น

4) การให้ออกสแก้ไขความประพฤติ

ถ้าเป็นความผิดไม่ร้ายแรงอาจให้ออกสแก้ไขผู้กระทำความผิดที่จะแก้ไขความประพฤติอีกครั้ง โดยลงโทษสถานเบาเพียงภาคทัณฑ์ หรือถ้าเป็นความผิดเล็กน้อย อาจดโทษโดยให้ว่ากล่าวตักเตือนแทนได้ แต่สำหรับผู้ที่เคยกระทำความผิดเช่นนั้นมาก่อนแล้ว จะต้องถูกลงโทษหนักกว่า

5) เหตุผลเบื้องหลังการกระทำความผิด

การกระทำความผิดเพราะมีความจำเป็นบังคับ หรือเพราะถูกขู่โทสะ อาจได้รับโทษน้อยกว่าการกระทำความผิดโดยสันดานชั่วร้าย และบางกรณีเป็น โรคจิตต้องให้การรักษามากกว่าการลงโทษ

6) สภาพของผู้กระทำความผิด

ในความผิดอย่างเดียวกันอาจกำหนดโทษต่างกัน ตามสภาพของผู้กระทำความผิด ซึ่งอาจต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงเพศ อายุตัว อายุราชการ การศึกษา ตำแหน่งหน้าที่ และสภาพทางส่วนตัวด้านอื่น ๆ ของผู้กระทำความผิด

จากจุดมุ่งหมายในการให้นำเหตุต่าง ๆ ดังกล่าวมาประกอบคุณพินิจในการพิจารณาความผิดและลงโทษหนักเบา นั้น ไม่ได้เกิดจากนโยบายผ่อนปรนหรือกวดขัน แต่แนวคิดนี้เห็นว่าการพิจารณาโทษลงโทษไม่ควรเป็นไปตามด้วยบทหรือกฎหมายตายตัวเสียทีเดียว ควรเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาโทษได้อย่างเหมาะสมกับผู้ที่กระทำความผิด

7) วัตถุประสงค์ในการลงโทษ

การลงโทษทางวินัยเป็นมาตรการหนึ่งที่ใช้ในการรักษาวินัย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อความเป็นระเบียบและการมีประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา การลงโทษทางวินัยเป็นมาตรการในการปราบปราม คือใช้ปราบสำหรับลงโทษข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาผู้กระทำความผิดวินัย และใช้ปราบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ให้กลัวที่จะกระทำความผิดวินัยเพราะอาจจะถูกลงโทษจากกระทำได้ โดยการลงโทษจะเป็นมาตรการสุดท้ายในการรักษาวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา

2.6.4 หลักรูปคดีไม่อาจเป็นผู้พิพากษาในคดีของตนเอง หรือหลักปราศจากอคติ

หลักนี้มีรากฐานมาจากแนวความคิดที่ต้องการให้ผู้ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดมีความเป็นกลางปราศจากความลำเอียง เพื่อที่จะได้พิจารณาวินิจฉัยได้อย่างไม่ลำเอียง อันเป็นผลทำให้บุคคลที่จะถูกกระทบสิทธิจากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีความเชื่อมั่นในความเป็นกลางของผู้ทำหน้าที่วินิจฉัย และกระบวนการพิจารณาชี้ขาดดังกล่าว จากแนวความคิดนี้ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด และเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกรณีพิพาทดังกล่าวไม่สามารถทำการวินิจฉัยชี้ขาดได้เพราะจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม เนื่องจากถือว่าการวินิจฉัยชี้ขาดในกรณีพิพาทของตนเอง

คอมมอนลอว์ได้แบ่งอคติที่ทำให้ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาด ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยออกเป็น 2 กรณี คือ กรณีการมีส่วนได้เสียทางการเงินในผลของคำวินิจฉัย (Financial Interest) และกรณีสถานการณ์ที่ทำให้อาจจะเกิดอคติความลำเอียงในเรื่องที่ทำคำวินิจฉัย (Likelihood of Bias)

1) การมีส่วนได้เสียทางการเงินในผลของคำวินิจฉัย

การมีส่วนได้เสียทางการเงินในผลของคำวินิจฉัยนั้น ทำให้ผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดไม่อาจที่จะพิจารณาและวินิจฉัยได้อย่างเป็นกลาง ดังนั้นผู้วินิจฉัยที่มีส่วนได้เสียทางการเงินที่จะทำให้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยนั้น จะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรง แม้จะเพียงเล็กน้อยก็ทำให้ขาดคุณสมบัติ และตามหลักคอมมอนลอว์ก็มีข้อสมมติฐานเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียทางการเงินว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีส่วนได้ทางการเงินนั้นมียศ

2) สถานการณ์ที่ทำให้อาจจะเกิดอคติความลำเอียง

สถานการณ์ที่ทำให้อาจจะเกิดอคติความลำเอียง ในเรื่องที่ทำคำวินิจฉัยตามหลักคอมมอนลอว์ อาจมีได้หลายประการ เช่น การมีความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยกับบุคคลที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการวินิจฉัย โดยอาจเป็นญาติ พี่น้อง หรือเคยเป็นมิตรหรือศัตรูกันมาก่อน รวมทั้งการเป็นหุ้นส่วนในการประกอบธุรกิจ หรือนายจ้างลูกจ้าง นอกจากนี้ความสัมพันธ์ดังกล่าวยังได้ขยายไปถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ทำหน้าที่วินิจฉัยกับประเด็นที่วินิจฉัย และการมีความคิดเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่จะวินิจฉัยว่าจะวินิจฉัยอย่างไรด้วย เช่น การที่เคยเป็นผู้วินิจฉัยในประเด็นนั้นมาแล้ว หรือเป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นผู้ร้องเรียนในประเด็นที่จะวินิจฉัยเสียเอง อันเป็นการกระทำหน้าที่ที่ขัดแย้งและถือว่าไม่อาจจะทำการวินิจฉัยได้อย่างเป็นกลาง สำหรับการแสดงความเห็นล่วงหน้าต่อประเด็นที่จะวินิจฉัยนั้น โดยปกติแล้วการมีความเห็นเช่นนี้จะไม่ทำให้ขาดคุณสมบัติที่จะเป็นผู้วินิจฉัย เพราะการมีความเห็นล่วงหน้าไม่ได้หมายความว่า ผู้วินิจฉัยจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ อย่างเป็นกลางแต่การแสดงความเห็นล่วงหน้าในประเด็นที่จะวินิจฉัยอย่างชัดเจนต่อประชาชนทั่วไปว่าจะวินิจฉัยประเด็นนั้นอย่างไร หรือจะรับฟังข้อเท็จจริงอย่างไรจะทำให้ผู้วินิจฉัยไม่สามารถวินิจฉัยได้อย่างเป็นกลาง

3) ข้อยกเว้นหลักปราศจากส่วนได้เสีย

หลักปราศจากส่วนได้เสีย หรือหลักปราศจากอคตินี้ อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี โดยขอมให้ผู้ขาดคุณสมบัติดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดต่อไปได้ เช่น ในกรณีที่มิถุนามบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจมีส่วนได้เสีย หรือมีอคติทำการวินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องนั้นได้ หรือกรณีมีความจำเป็นที่ต้องบริหารงานให้เป็นไปตามนโยบายที่ฝ่ายปกครองได้กำหนดไว้แล้ว โดยถือว่าฝ่ายบริหารจะต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาอยู่แล้ว ซึ่งกรณีเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนหลักการไม่มีส่วนได้ส่วนเสียหรือหลักปราศจากอคติแต่อย่างไร

2.7 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวข้องกับการกันเป็นพยานในทางมหาชน

การกันเป็นพยาน ได้มีแนวคิดทฤษฎีอยู่หลากหลายแนวคิดซึ่งปะปนกันทั้งในเชิงนิติปรัชญาเชิงมหาชนและเชิงอาญา โดยในที่นี้ขอกกล่าวถึง ทฤษฎีเกี่ยวข้องกับการกันเป็นพยานในเชิงมหาชนและนิติปรัชญา ที่จะนำมาใช้บริหารงานบุคคลข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ซึ่งประกอบไปด้วยหลักความยุติธรรมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการใช้ดุลพินิจโดยชอบและหลักสุจริต

2.7.1 หลักความยุติธรรมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ

สำนักความคิดกฎหมายธรรมชาติ เป็นสำนักความคิดที่มีกำเนิดและวิวัฒนาการมาตั้งแต่สมัยกรีก สำนักนี้มีความคิดเห็นว่าการกฎหมายเป็นสิ่งที่มืออยู่แล้วตามธรรมชาติ ซึ่งอาจเรียกว่า “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Law) และเกิดจากธรรมชาติโดยตรงเหมือนปรากฏการณ์อื่นๆ ของโลก บ้างก็เชื่อว่าธรรมชาตินั้นคือพระเจ้าเป็นเจ้าของ ทำให้หลักเกณฑ์ทางศาสนา เหตุผลและศีลธรรม จึงเป็นสิ่งที่นักกฎหมายเชื่อว่าเป็นที่มาของกฎหมาย เพราะกฎหรือระเบียบใดที่ขัดต่อเหตุผลและศีลธรรมย่อมไร้สภาพบังคับทางกฎหมายทั้งสิ้น โดย ซิเซโร (Cicero 106-43 B.C.)³⁰ นักปราชญ์ นักนิติศาสตร์ และรัฐบุรุษของโรมัน กล่าวว่า “กฎหมายที่แท้จริง คือ เหตุผลที่ถูกต้อง...” (True law is right reason.) คำว่า เหตุผล (Ratio, Reason) นี้ หมายถึง ระบบที่เป็นระเบียบที่มีอยู่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับระบบของจักรวาลที่เรียกว่า “เหตุผลสากล” ส่วนเหตุผลที่มีอยู่ในจิตใจของมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์รู้สึกชอบชั่วดีก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของเหตุผลสากลที่มนุษย์ได้รับมาด้วย เหตุผลที่มีอยู่ในจิตใจนี้ มนุษย์จึงสามารถเข้าถึงเหตุผลสากลที่มีอยู่ในจักรวาลนี้ได้

แนวความคิดในเรื่องที่มาของกฎหมายธรรมชาตินี้ทำให้กฎหมายธรรมชาติมีลักษณะพิเศษคือ ใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลาใช้ได้เสมอ ไม่มีวันยกเลิกหรือล่วงสมัย และใช้ได้โดยไม่จำกัดสถานที่ กฎหมายธรรมชาติด้อยอยู่เหนือกฎหมายของรัฐ กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติด้อยมีความยุติธรรมเป็นที่สุด กฎหมายของรัฐจะขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ โดยความยุติธรรมมิได้ขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียว หากแต่ต้องการปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งเป็นวิธีการที่ชอบด้วยกฎหมายและตามกฎหมายคอมมอนลอว์ หลักแนวคิดที่มีบทบาทสำคัญที่มากำกับปัญหาความไม่ยุติธรรม คือ หลักความยุติธรรม หรือ เอคคิวตี (Equity)³¹

1. ความหมายของคำว่า “ยุติธรรม”

กล่าวคือ ความยุติธรรมเป็นคำสำคัญในทางนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์ โดยได้มีเอกสารสำคัญและแนวความคิดของนักนิติปรัชญาหรือนักทฤษฎีการเมืองได้ให้ความหมายไว้ โดยปรากฏเป็นหลักฐานสำคัญ ดังนี้

³⁰ ยศ เชื้อไทย. (2548). *นิติปรัชญาเบื้องต้น* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 107-111.

³¹ ศิริชัย มงคลเกียรติศิริ. (2547). Equity ; Legal Method to Mitigate The Regours of Strict Law in Both Common and Civil law. *วารสารนักบริหาร*, 24(3) หน้า 57 – 58.

ตามพระคัมภีร์ไบเบิล³² พระคัมภีร์ไบเบิลภาคแรกกล่าวว่า “เจ้าอย่าบิดเบือนคำพิพากษา ให้ผิดไปจากความยุติธรรม” “ท่านทั้งหลายจงเลือกตั้งผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ตามหัวเมืองของท่าน ให้เขาพิพากษาประชาชนตามความยุติธรรม ท่านอย่ากระทำให้เสียความยุติธรรม”

โดย “ยุติธรรม” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ความเที่ยงธรรม, ความชอบธรรม, ความชอบด้วยเหตุผล ไม่เอียงเอียงเข้าข้างหนึ่งข้างใด”³³

ทั้งนี้ ได้มีนักปราชญ์และนักกฎหมายที่มีชื่อเสียง ได้ให้ความหมายความยุติธรรมไว้ อาทิเช่น เพลโต นักปรัชญาเมธีชาวเอเธนส์ ได้ตั้งสำนักศึกษา Academy ซึ่งเป็นสำนักปรัชญาถาวรแห่งแรกของโลกและเป็นบ่อเกิดของมหาวิทยาลัยในเวลาต่อมา โดยได้อธิบายความหมายของความยุติธรรมไว้ในหนังสืออูตมรัฐ (Republic) ว่า ความยุติธรรม คือ การทำกรรมดี (Doing well in justice) จึงถือว่า ความยุติธรรมเป็นหลักธรรมที่สูงสุดในโลก เป็นหลักธรรมะที่บริสุทธิ์ผุดผ่องสมบูรณ์ครบถ้วนเป็นที่สุด ทำนองเดียวกับนิพพานในพุทธศาสนา หรือพระเจ้าในศาสนาอื่น นอกจากนี้ เพลโตยังเห็นว่า การทำหน้าที่ของตนเองให้ดีที่สุดตามความสามารถและฐานะถือเป็นความยุติธรรมแล้ว เช่น หมอที่มีหน้าที่รักษาคนไข้ ช่างไม้มีฐานะที่เหมาะสมในการเป็นช่างไม้ เป็นต้น

อริสโตเติล นักปรัชญาเมธีชาวเมืองสตาگیرา เป็นศิษย์เอกของเพลโตและได้เชื่อว่าเป็นบิดาแห่งรัฐศาสตร์ โดยได้อธิบายความหมายของความยุติธรรมไว้ในหนังสือ จริยธรรม (Ethics) ว่าความยุติธรรมเกิดขึ้นเมื่อคนที่เท่ากันได้รับการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกัน และเมื่อคนที่ไม่เท่ากันได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน (Injustice arises when equals are treated unequally, and also when unequals are treated equally)³⁴ ความยุติธรรมดังกล่าว อริสโตเติลได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภทคือ

1) ความยุติธรรมในการแบ่งสรรปันส่วน (Distributive Justice) คือความยุติธรรมทางฐานานุรูปซึ่งรัฐ จะต้องจัดให้ตามสัดส่วนของแต่ละคน (proportionate equality) ได้แก่ การให้เกียรติยศ ความร่ำรวย ตำแหน่ง ยศถาบรรดาศักดิ์ ตำแหน่ง และความดีความชอบแก่ใคร รัฐจะต้องคำนึงถึงความแตกต่างของแต่ละบุคคล

2) ความยุติธรรมในการชดเชย (Corrective Justice) คือความยุติธรรมที่ต้องคำนึงถึงความเสียหายเป็นสำคัญ และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เช่น สัญญา หรือละเมิด เป็นต้น ทั้งนี้ การให้ค่าเสียหายตามที่เสียหาย ไม่ใช่ให้ค่าเสียหายเพื่อการลงโทษอีกฝ่ายหนึ่ง แต่ต้องใช้หลัก

³² พระคริสตธรรมคัมภีร์ภาคพันธสัญญาเดิม. ฉบับ 1971. กรุงเทพฯ : พระคริสตธรรมในประเทศไทย. หน้า 36.

³³ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. (2556). เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ. กรุงเทพฯ : ศิริวัฒนอนอินเตอร์พรีนท์. หน้า 957.

³⁴ วิษณุ เครืองาม. (2530). ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 237.

ความเสมอภาคตามตัวเลข (arithmetical equality) โดยถือว่าคนมีความเสมอภาคกัน แต่ต้องคำนึง เฉพาะความแตกต่างของความเสียหาย

3) ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยน (Commutative Justice) คือ ความเป็นธรรมในการ แลกเปลี่ยนสิ่งของซึ่งกันและกัน โดยการแลกเปลี่ยนสิ่งของดังกล่าว ฝีมือการผลิตและคุณค่าของ วัตถุที่ผลิตขึ้นนั้นเป็นปัจจัยสำคัญในการพิจารณาว่าการแลกเปลี่ยนนั้นเป็นธรรมแก่คู่กรณีหรือไม่

ด้วยเหตุนี้ ความยุติธรรมตามแนวความคิดของอริสโตเติลที่ว่าต้องเหมือนกัน จะต้องได้รับการตัดสินคดีที่เหมือนกัน โดยถือว่าเป็นความยุติธรรมในแง่ของรูปแบบ ที่มีหลัก กฎหมายสำหรับใช้ตัดสินคดีอยู่แล้ว

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมว่า ความยุติธรรม มีความหมายเช่นเดียวกับคำว่า “Equity” ซึ่งใช้สำหรับนักกฎหมายอังกฤษเพื่อใช้แก้ความเคร่งครัด ของระบบ Common Law ที่ในบางกรณีในระบบ Common Law ไม่เปิดโอกาสให้ทำได้³⁵

พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงพิชิตปรีชากร (พระองค์เจ้าอัศฉานกัญญา) อธิบดีศาลฎีกา ท่านแรกและเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมในเวลาต่อมา ได้ให้ความหมายของความยุติธรรมโดยทรง พิจารณาเรื่องความยุติธรรมอีกแห่งหนึ่งว่า “ตุลาการ คือ ผู้ที่ไม่มีประโยชน์เกี่ยวข้อง เป็นผู้ซึ่งความผิด ความชอบ และวิบัติขัดคำเถียงของกลุ่มความที่เถียงว่า ใครจะเป็นผู้ทำลายล้าง และทำตามธรรมเนียมนี้ เมื่อตุลาการตั้งตนให้ควรต่อหน้าที่ กล่าวคือ ปราศจากอคติ 4 ประการ อันมีความพิสดาร แจ่มในหลักอินทภาษโพ้นแล้ว และตัดคดีข้อความให้ถูกต้องตามพระราชกำหนดกฎหมายและความจริง เป็นเครื่องเกื้อกูลอุดหนุนแก่หลักธรรมสารดังกล่าวมานี้ จึงได้ชื่อว่าเป็น “ยุติธรรม” คือถูกต้อง ตามธรรมดังนี้³⁶

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระบรมราโชวาทเกี่ยวกับ ความยุติธรรมเป็นจำนวนมาก ผู้เขียนขออัญเชิญพระบรมราโชวาทในเรื่องนี้มานำเสนอ เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติตนของนักกฎหมายจำนวนสององค์ ดังนี้

1. พระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักศึกษาของสำนักอบรม กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2515 ณ เนติบัณฑิตยสภา ดังนี้

³⁵ วิษณุ เครืองาม. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 239.

³⁶ ชานินทร์ กรชัยเชิธร. (2547). *กฎหมายกับความยุติธรรม*. กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติ บัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์. หน้า 7-8.

“..กฎหมายทั้งปวง เราบัญญัติขึ้นเพื่อใช้เป็นปัจจัยสำหรับรักษาความยุติธรรม กล่าวโดยสรุปคือ ใช้เป็นแบบแผนแห่งความประพฤติปฏิบัติของมหาชนสถานหนึ่งกับใช้เป็นแม่บทในการพิจารณาตัดสินความประพฤตินั้น ๆ ให้เป็นไปโดยถูกต้องเที่ยงตรงอีกสถานหนึ่ง

โดยที่กฎหมายเป็นแค่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าวจึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากควรจะต้องถือความยุติธรรมมาก่อนกฎหมายและอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีใด ๆ โดย ๆ คำนึงถึงแต่ความถูกต้องกฎหมายเท่านั้น จะไม่เป็นการเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรม ซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ...”

2. พระบรมราชาวาทในพิธีถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ของอัยการประจำกองและอัยการผู้ช่วย เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม 2554 ณ ห้องประชุมสมเด็จพระพี่นางเธอ เจ้าฟ้ากัลยาณิวัฒนา กรมหลวงนราธิวาสราชนครินทร์ ชั้น 14 อาคารเฉลิมพระเกียรติ โรงพยาบาลศิริราช ดังนี้

“...ตามที่ท่านทั้งหลายได้กล่าวคำปฏิญาณตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญว่าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และด้วยความตั้งใจดีในการรักษาความยุติธรรมในฐานะอัยการนั้น ท่านต้องนึกถึงว่าจะต้องรักษาคำปฏิญาณนี้ด้วยความเคร่งครัด ซึ่งจะทำให้ท่านมีส่วนสำคัญในการรักษาความสงบ ความยุติธรรมในประเทศ เรามีความต้องการ เพราะว่าประเทศชาติจะอยู่เย็นเป็นสุขต้องรักษาความยุติธรรมในหมู่ชนทุกหมู่เหล่า ถ้าท่านทำตามสัตย์ปฏิญาณนี้ด้วยความเคร่งครัด หมายความว่า ท่านได้ปฏิบัติหน้าที่ของท่านในฐานะข้าราชการชั้นสูงในประเทศ และมีส่วนในการรักษาความเจริญ ความสุขของประเทศ ในประเทศที่ต้องมีความขัดแย้งอยู่บ้างมากหรือน้อยก็แล้วแต่สถานการณ์ มีอยู่เสมอไม่ใช่ไม่มี แต่ถ้ามีเจ้าหน้าที่ที่รักษาความยุติธรรมรักษาความสงบได้อย่างเคร่งครัด ก็จะทำให้ประเทศอยู่เย็นเป็นสุขได้ ท่านมีหน้าที่สำคัญจึงต้องรักษาในคำปฏิญาณอย่างเคร่งครัดตลอดชีวิตและท่านจะได้ชื่อว่าช่วยประเทศชาติให้อยู่เย็นเป็นสุข ขอให้ท่านสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเคร่งครัดเพื่อเป็นผู้รักษาความสงบร่มเย็นของประเทศชาติในเวลาเดียวกันขอให้ท่านสามารถปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ ด้วยความเข้มแข็ง ท่านจะได้ทำหน้าที่ เมื่อทำหน้าที่แล้วท่านจะมีความสุข ความเจริญในส่วนตัวด้วย ขอให้ท่านสำเร็จในการปฏิบัติหน้าที่ทุกคนอย่างเคร่งครัดทุกคน”

นอกจากนั้น ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่สำคัญ ๆ อธิบายความหมายความยุติธรรม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 114/2459 วินิจฉัยว่า ความยุติธรรม แปลว่า ความประพฤติอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่าง ๆ ไม่มียุติเป็นยุติธรรม ไม่ได้เลย

2. รูปแบบความยุติธรรม

รูปแบบของความยุติธรรมตามลักษณะของการกระทำในทางสังคมออกได้เป็น 4 รูปแบบ³⁷ คือ

1) ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ของการแลกเปลี่ยนกัน เช่น การแลกเปลี่ยนเงินกับการบริการ ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้เป็นความสัมพันธ์ที่บุคคลหลายคนเข้ามามีปฏิสัมพันธ์กันเพื่อแลกเปลี่ยนสินค้า บริการ ตลอดจนสิทธิต่าง ๆ ทั้งนี้โดยผู้ที่เข้ามามีปฏิสัมพันธ์นั้น มุ่งหมายให้ตนได้ประโยชน์ให้มากที่สุด รูปแบบการกระทำในทางสังคมดังกล่าวนี้เกิดขึ้นตั้งแต่การแลกเปลี่ยนสินค้าในชุมชนบุพกาลจนถึงการตกลงทำสัญญาบนพื้นฐานของความสมัครใจในรูปแบบต่าง ๆ ในสังคมสมัยใหม่ บุคคลแต่ละคนที่เข้าร่วมในความสัมพันธ์ของการแลกเปลี่ยนที่กล่าวมานี้ เข้าร่วมในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลที่ทรงสิทธิในทรัพย์สินที่จะใช้แลกเปลี่ยนตอบแทนกัน การแลกเปลี่ยนทรัพย์สิน ตลอดจนบริการต่าง ๆ ตั้งอยู่บนเงื่อนไขของการยอมรับอำนาจของผู้ที่เข้าร่วมในการแลกเปลี่ยน ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ของการแลกเปลี่ยนตอบแทนกันจึงเรียกร้องหรือกำหนดเงื่อนไขว่า บุคคลที่เข้ามามีปฏิสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องกระทำการโดยใจสมัครและจะต้องไม่มีใครได้เปรียบมากจนเกินไปจากการแลกเปลี่ยนดังกล่าว กฎเกณฑ์ทางกฎหมายจะต้องเป็นไปเพื่อตอบสนองข้อเรียกร้องดังกล่าวนี้ เช่น ระบบกฎหมายย่อมจะต้องไม่ยอมรับสัญญาที่เกิดขึ้นจากการข่มขู่ หรือการทำกลฉ้อฉล ตลอดจนต้องปฏิเสธข้อสัญญาที่เอารัดเอาเปรียบกันอย่างรุนแรง โดยการกำหนดกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเข้าควบคุมการตกลงทำสัญญา เป็นต้น ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้อาจเรียกว่า ความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน

2) ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลต่าง ๆ ซึ่งรวมตัวทำงานร่วมกันหรือใช้ชีวิตร่วมกัน ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มักเกิดขึ้นกับกลุ่มในทางสังคมที่มีลักษณะเป็นครอบครัว โคตรตระกูลหรือเครือญาติ บริษัทต่าง ๆ ปัญหาของความยุติธรรมในความสัมพันธ์ดังกล่าวนี้เป็นปัญหาการแบ่งปันประโยชน์ (เช่น ทรัพย์สิน) และภาระอย่างเป็นทางการให้แก่บุคคลต่าง ๆ ภายในกลุ่ม หากกล่าวให้เฉพาะเจาะจงลงไปแล้ว ปัญหาในเรื่องนี้มี 2 ประการ ปัญหาแรกคือปัญหาที่ว่า ควรจะกำหนดภาระหน้าที่อย่างไรให้แก่บุคคลต่าง ๆ ในงานที่ต้องปฏิบัติ ปัญหาที่สองคือปัญหาว่า เมื่อกลุ่มได้ประโยชน์จากผลงานที่สร้างขึ้นแล้ว ควรจะแบ่งปันประโยชน์ที่เกิดจากผลงานที่บุคคลทั้งหลายได้กระทำร่วมกันอย่างไร มีข้อสังเกตว่า อาจมีกลุ่มในทางสังคมบางกลุ่ม

³⁷ Peter Koller. (1997) *Theorie des Rechts. Eine Einführung*. Wien; Köln; Weimar : Böhlau, . S. 300-303

อ้างใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2555). *นิติรัฐกับความยุติธรรมทางสังคม*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก :

<http://oknation.nationtv.tv/blog/print.php?id=841270> (2563 มกราคม)

ที่สมาชิกของกลุ่มไม่ได้ทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์ของกลุ่ม แต่สมาชิกของกลุ่มมีสิทธิเรียกร้องในบรรดาทรัพย์สินหรือประโยชน์ต่าง ๆ ที่มีอยู่แล้ว เช่น บรรดาทายาทที่มีสิทธิในกองมรดก ในกรณีเช่นนี้ปัญหาย่อมมีอยู่เฉพาะการแบ่งปันประโยชน์และการให้เพียงกรรมเท่านั้น กฎเกณฑ์ที่กำหนดการแบ่งปันประโยชน์ตลอดจนภาระที่ได้กล่าวมานี้ย่อมถือเป็นวัตถุประสงค์แห่ง ความยุติธรรม ในการแบ่งปันส่วน

3) ความยุติธรรมในความสัมพันธ์ทางการปกครอง เป็นกรณีที่บุคคลคนหนึ่งหรือกลุ่มหนึ่งที่เป็นผู้ปกครองทรงไว้ซึ่งอำนาจหรือสิทธิที่จะกำหนดให้บุคคลอื่นที่อยู่ภายใต้การปกครองกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อำนาจในการจัดการปกครองดังกล่าวนี้อาจจะเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยตรงจากการยอมรับของบุคคลทั้งปวงที่ร่วมอยู่ในความสัมพันธ์ดังกล่าว หรืออาจจะเป็นอำนาจที่ตั้งอยู่บนกฎหมายทางสังคมที่จะต้องได้รับการยอมรับจากบุคคลที่ร่วมอยู่ในความสัมพันธ์ดังกล่าวอย่างน้อยจำนวนหนึ่ง ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ คือ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา หรือระหว่างรัฐกับราษฎร ประเด็นที่ว่ากลุ่มคนที่มาอยู่รวมกันจะต้องมีการจัดการปกครองโดยอาศัยอำนาจปกครองแผ่นดินเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยและเพื่อให้การดำเนินงานต่าง ๆ ร่วมกันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเป็นประเด็นที่แทบจะไม่จำเป็นต้องอภิปรายกันอีกแม้กระนั้น เราก็คพบว่า อำนาจในการจัดการปกครองไม่ได้เป็นไปเพื่อระงับข้อพิพาทหรือความขัดแย้งเท่านั้น แต่อำนาจในการจัดการปกครองเองนั้นอาจสร้างความขัดแย้งขึ้นมาใหม่ และก่อให้เกิดอันตรายต่อการอยู่ร่วมกันในสังคมได้ด้วย เช่น อำนาจในการประกาศกฎอัยการศึก อำนาจในการเข้าตรวจค้นเคหสถาน ฯลฯ ในการจัดการปกครองจึงจำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองลง ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีนี้คือ ปัญหาที่ว่าอำนาจในการจัดการปกครองนั้นควรจะมีขอบเขตเพียงใดและต้องตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขใดจึงจะทำให้อำนาจดังกล่าวนี้เป็นอำนาจที่ชอบธรรม ข้อเรียกร้องที่มีต่อการกำหนดความสัมพันธ์ในการปกครองที่กล่าวมานี้ เป็นประเด็นของ ความยุติธรรมทางการเมือง

4) ความยุติธรรมในกรณีที่บุคคลฝ่าฝืนกฎหมายการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น หรือละเมิดหน้าที่ของตน ไม่ว่าจะโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งจะต้องมีการแก้ไขเยียวยาตลอดจนทดแทนการกระทำที่ไม่ถูกต้องของบุคคลผู้นั้น การดำเนินการดังกล่าวอาจทำได้ใน 2 ลักษณะ ลักษณะแรก เป็นกรณีที่ทำให้สิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบหรือถูกล่วงละเมิดนั้นกลับฟื้นคืนดี เช่น การคืนทรัพย์สิน หรือการชดใช้ค่าทดแทนความเสียหาย ลักษณะที่สอง เป็นกรณีของการตอบแทนผู้กระทำความผิดด้วยการลงโทษทางอาญา ปัญหาเกี่ยวกับความยุติธรรมในเรื่องนี้มีหลายประการ เช่น ปัญหาว่าจำนวนค่าสินไหมทดแทนความเสียหายควรจะเป็นเท่าใด การกระทำความผิดหรือการล่วงละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น โดยไม่มีอำนาจกระทำได้ลักษณะใด

ที่ควรกำหนดเพียงแต่การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเท่านั้น ไม่สมควรกำหนดเป็นโทษอาญา กรณีใดที่ควรกำหนดทั้งสองประการ โทษที่กำหนดขึ้นนั้นควรจะมีระดับความรุนแรงมากหรือน้อยเพียงใด เป็นต้น ความยุติธรรมเกี่ยวกับประเด็นปัญหาต่างเหล่านี้เป็นความยุติธรรมในการแก้ไขเยียวยาและทดแทน

โดยเราอาจสรุปได้ว่า ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่แก่รัฐหรือฝ่ายปกครอง ดังกรณีการกันบุคคลหรือผู้ถูกกล่าวหาไว้เป็นพยานในการดำเนินการทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาที่ไม่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2547 หลักความยุติธรรมตามกฎหมายธรรมชาติเป็นทฤษฎีหนึ่งที่รัฐหรือฝ่ายปกครองจะหยิบยกรนำมาบังคับใช้ในการดำเนินการทางวินัยในลักษณะที่เป็นธรรมแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

2.7.2 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายเดิมเน้นเฉพาะการกระทำของเอกชนเท่านั้น เพราะในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์มีหลัก The king can do no wrong ซึ่งทำให้รัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย ต่อมาเมื่อเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับ “นิติรัฐ” ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองหรือการกระทำของรัฐทุกฝ่ายจึงต้องอยู่ภายใต้หลักของความชอบด้วยกฎหมายด้วย³⁸

หลักความชอบด้วยกฎหมายอาจพิจารณาได้ 2 นัย คือ การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และการควบคุมภายใต้การกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยในที่นี้จะศึกษาถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายที่เป็นนิติกรรมทางปกครอง

1) ข้อพิจารณาเปรียบเทียบหลักการพื้นฐานในกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครอง³⁹

ในรัฐสมัยใหม่ที่ปกครองโดยกฎหมาย (นิติรัฐ) และเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้น ย่อมเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามนุษย์แต่ละคนเกิดมาอย่างมีศักดิ์ศรี และสามารถแสดงเจตจำนงกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างเสรี ไม่ถูกบังคับข่มขู่โดยบุคคลอื่นใด การแสดงเจตจำนงของบุคคลเป็นเรื่องส่วนตัวที่บุคคลย่อมสามารถกระทำได้โดยที่รัฐจะไม่เข้ามาก้าวล่วงแทรกแซง หรือทำตัวเป็นผู้อนุบาลหลักการ “แดนอำนาจของเอกชน” (private autonomy) เป็นหลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายเอกชน และปรากฏเห็นอย่างชัดเจนในเรื่องของหลักศักดิ์สิทธิ์ในการแสดง

³⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 16-23.

³⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์. หน้า 45-46.

เจตนาและเสรีภาพในการทำสัญญา ที่บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าตน จะทำสัญญาหรือไม่ และเมื่อบุคคลตกลงใจจะทำสัญญาแล้วบุคคลนั้นก็ย่อมมีเสรีภาพในการเลือกว่าตนจะทำสัญญากับใครและในสัญญานั้นจะกำหนดเนื้อหาอย่างไรก็ได้ แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายอาจกำหนดขอบเขตของรูปแบบสัญญาตลอดจนเนื้อหาของสัญญาได้ว่าเป็นสัญญาในรูปแบบใด และมีเนื้อหาอย่างไรก็ได้ โดยไม่มีการบังคับให้ใช้ เราอาจสรุปได้ว่าในระบบกฎหมายเอกชนบุคคลย่อมมีเสรีภาพเต็มที่ภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด หรือ ถ้าไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ บุคคลย่อมสามารถกระทำในสิ่งที่ตนต้องการได้

หลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายปกครองซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายมหาชนสาขาหนึ่งที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่โดยปกติแล้วรัฐย่อมมีอำนาจเหนือกว่านั้น มีลักษณะที่แตกต่างไปจากหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายเอกชน ในระบบกฎหมายปกครองการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง หรือการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายนั้น ไม่ได้มีฐานมาจากหลักแดนอำนาจของเอกชน (private autonomy) เหมือนกับการกระทำของเอกชน แต่การที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ได้นั้นเป็นเพราะระบบกฎหมายนั้น ๆ ได้ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการกระทำการเพื่อให้วัตถุประสงค์ในการปกครองซึ่งมุ่งประโยชน์มหาชน หรือประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ บรรลุผลได้ด้วยเหตุดังกล่าว หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าหากการกระทำนั้นก้าวล่วงเข้าไปกระทบสิทธิของเอกชนแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบดูเสมอว่ามีกฎหมายให้อำนาจตนในการกระทำการเช่นนั้นหรือไม่ อาจกล่าวเป็นหลักได้ว่า “หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่สามารถกระทำการใด ๆ ที่จะกระทบสิทธิของเอกชนได้”

2) เนื้อหาของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” เป็นหลักการพื้นฐานในหลักกฎหมายปกครองที่ทำให้้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติก็โดยที่ระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครองเป็นองค์กรหลักในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนด หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ

ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 หลักการ คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายประการหนึ่ง และหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อีกประการหนึ่ง⁴⁰

(1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครองเพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของราษฎรดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะ หรือการดำเนินการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ฯลฯ ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายก็เนื่องมาจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลร้ายใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายอันใดมิได้ ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองได้ หากมีการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเกิดขึ้นย่อมเกิดผลในทางกฎหมายที่แตกต่างกันหลายกรณี เช่น การกระทำทางปกครองนั้นอาจตกเป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดผลใด ๆ ในทางกฎหมาย หรือการกระทำทางปกครองนั้นเป็นโมฆียะคือมีผลในทางกฎหมายแต่อาจถูกลบล้างได้ในภายหลัง เป็นต้น

(2) หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ

หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ กำหนดว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการนั้น ในขณะที่หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเรียกร้องแต่เพียงให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอยู่ในกรอบของกฎหมายเท่านั้น หลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ เรียกร้ององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยิ่งไปกว่านั้น กล่าวคือ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่แสดงออกมานั้น จะต้องมิฐานทางกฎหมายรองรับ เหตุผลเบื้องหลังของหลัก ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ อาจอธิบายได้โดยหลักประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา หลักนิติรัฐ และหลักการประกัน

⁴⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 39. หน้า 45-46.

สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ตามหลักประชาธิปไตยที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 2 และมาตรา 3 รัฐสภาซึ่งสมาชิกได้รับเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน เป็นองค์กรที่มีความชอบธรรมมากที่สุดในการตัดสินใจเรื่องราวต่าง ๆ ที่สำคัญอันกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของราษฎรทั้งนี้ภายในกรอบของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎกติกาพื้นฐานแห่งรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดคกฏเกณฑ์ที่ใช้บังคับแก่ราษฎร ด้วยเหตุผลเช่นนี้ หากจะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดคกฏเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ก็จะต้องมีการมอบอำนาจจากรัฐสภา จะยอมให้องค์กรฝ่ายปกครองกำหนดคกฏเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับตามอำเภอใจโดยอำนาจของตนเองมิได้

คำว่า “นิติรัฐ” แม้จะไม่มีมีการเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญฯ แต่หากพิจารณามาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะพบหลักนิติรัฐปรากฏอยู่ กล่าวคือ ได้มีการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนในรูปของกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เพื่อที่ประชาชนจะได้คาดหมายไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะกระทำการใด ๆ ลงไปว่ากฎหมายต้องการให้ตนประพฤติปฏิบัติอย่างไร การกำหนดคกฏเกณฑ์ที่มีผลทั่วไปดังกล่าว จะกำหนดโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ได้ เว้นแต่องค์กรฝ่ายปกครองจะได้รับมอบอำนาจจากรัฐสภาให้กำหนดคกฏเกณฑ์ในรายละเอียดซึ่งอยู่ในกรอบที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราไว้ล่วงหน้าแล้วในรูปกฎหมาย หรือได้รับมอบอำนาจให้ออกคำสั่งเพื่อที่จะบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายที่ได้ประกาศให้รู้แล้ว

ส่วนการประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย จะพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพต่าง ๆ ของประชาชนโดยเปิดโอกาสให้รัฐสภาตรากฎหมายมาจำกัดหรือลบล้างสิทธิเสรีภาพได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้เท่านั้น ดังนั้นองค์กรฝ่ายปกครองจึงไม่อาจกระทำการลบล้างแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ หากรัฐสภาไม่ได้ตรากฎหมายมอบอำนาจดังกล่าวไว้ให้ จึงสามารถใช้อธิบายหลักไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจได้ดี

2.7.3 หลักการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

อำนาจในการเลือก อำนาจในการตัดสินใจหรือการกำหนดการกระทำของตน ปกติมีอยู่โดยธรรมชาติของมนุษย์ ซึ่งเป็นไปตามกฎแห่งธรรมชาติ และเสรีภาพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ หากแต่อำนาจในการเลือก การตัดสินใจเหล่านั้นได้ถูกจำกัดให้อยู่ในกรอบแห่งข้อบังคับ และคกฏเกณฑ์ของสังคมมนุษย์นั้น ๆ ที่ได้สร้างขึ้นเพื่อรับรองคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ในสังคมนั้นมิให้ใช้อำนาจนั้น ๆ ตามอำเภอใจอันเป็นการรบกวน หรือก้าวท้าวในสิทธิของผู้อื่น ข้อจำกัดที่กล่าวถึงนั้นก็คือ กฎหมายนั่นเอง โดยนัยเดียวกันรัฐในฐานะที่ต้องผูกพันตนต่อคกฏเกณฑ์แห่งกฎหมายโดยหลักนิติรัฐจึงจำต้องดำเนินกิจการ โดยอาศัยอำนาจแห่งกฎหมาย ฉะนั้นความมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองจึงมิใช่เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ หากเกิดจากความพยายามของรัฐ

ที่จะจำกัดอำนาจของตนให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจภายในขอบเขตตามกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ตามหลักประชาธิปไตย และขณะเดียวกัน บังคับจนได้รับผลกระทบ และเสียประโยชน์น้อยที่สุด หรือหากการกระทำใดที่ทำให้ประโยชน์ต่อปัจเจกชน การกระทำนั้นต้องมีผลกระทบต่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ น้อยที่สุดเช่นเดียวกันและ หลักกฎหมายปกครองที่สำคัญเกี่ยวข้องกับการมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจอย่างมากก็คือหลักว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principe de Legalite actes dministratifs) หลักกฎหมายปกครองดังกล่าวนี้มีความหมายว่า องค์การของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพซึ่งรัฐธรรมนูญของรัฐรับรอง และให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรแต่ละคนอย่างเท่าเทียมกันได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย ฉะนั้นกฎหมายจึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” และ “ข้อจำกัด” ของอำนาจต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมทั้งอำนาจดุลพินิจด้วย และการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น หลักว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจึงดูเหมือนว่าจะขัดแย้งกับความมีอยู่ของอำนาจดุลพินิจ แต่ความจริงหาเป็นเช่นนั้นไม่ เพราะอำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย มิใช่เกิดขึ้นตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง หรือผู้ใช้อำนาจ กฎหมาย ดังนั้นเมื่อกฎหมายเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์การของรัฐฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมถึงอำนาจดุลพินิจอยู่ด้วย ฝ่ายปกครองจึงต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้⁴¹

2.7.4 ความหมายของอำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งโดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร⁴²

⁴¹ จานงค์ ไกลพาล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 42-44

⁴² จานงค์ ไกลพาล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 25. หน้า 47.

2.7.5 คุณพินิจฝ่ายปกครอง

อำนาจคุณพินิจของฝ่ายปกครองเป็นอำนาจที่เกิดขึ้น โดยผลของกฎหมาย มิใช่เกิดขึ้นตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้นฝ่ายปกครองจะกระทำอะไรตามอำเภอใจหาได้ไม่ เพราะคุณพินิจมิใช่การตัดสินใจโดยไร้ขอบเขต ไร้ทิศทาง หากแต่การใช้คุณพินิจจะต้องกระทำ โดยรอบคอบภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นขั้นตอน และกระบวนการหนึ่งของการใช้กฎหมาย ซึ่งต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์อย่างรอบด้าน ฉะนั้นฝ่ายปกครองจะต้องพัฒนาศักยภาพของตนเองเพื่อให้มีความสามารถใช้คุณพินิจได้อย่างเหมาะสม และไม่ขัดต่อหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การใช้คุณพินิจจึงเป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนการใช้กฎหมาย ซึ่งโดยปกติสิ่งที่กล่าวแล้วว่าบทบัญญัติของกฎหมายสามารถแยกได้ 2 ส่วน คือ ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบซึ่งเป็นส่วนเหตุและผลทางกฎหมาย ซึ่งเป็นส่วนผลส่วนขั้นตอน และกระบวนการใช้กฎหมายนั้นสามารถกำหนดขั้นตอนการใช้กฎหมายได้ดังนี้

- 1) การสืบสวนข้อเท็จจริง และการพิสูจน์ความจริง
- 2) การตีความกฎหมาย และการพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมาย
- 3) การปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมาย โดยพิจารณาว่าข้อเท็จจริงที่ยุติตามข้อ 1)

สอดคล้องกับองค์ประกอบตามข้อ 2) หรือไม่

ก) การพิจารณาในส่วนผลของกฎหมายว่า กฎหมายให้ปฏิบัติอย่างไร และให้อำนาจใช้คุณพินิจหรือไม่ และมากน้อยเพียงใด⁴³

ขั้นตอนทั้งสี่ประการนี้ไม่ได้แยกออกจากกันอย่างอิสระ แต่มีความ สัมพันธ์ซึ่งกันและกันในการสืบสวนข้อเท็จจริง และพิสูจน์ความจริงนั้นก็ต้องคำนึง ถึงองค์ประกอบของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ด้วยในการตีความกฎหมาย และพิสูจน์ถึงเนื้อหาขององค์ประกอบของกฎหมายก็จะต้องพิจารณาถึงเรื่องเฉพาะราย และสภาพความเป็นจริงด้วย การใช้กฎหมายมิใช่ผลสรุปเชิงตรรกะ แต่เป็นกระบวนการพิจารณาที่จะได้รู้ถึงสาระสำคัญทางข้อเท็จจริง⁴⁴ และในกรณีที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายไว้หลายประการ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถใช้คุณพินิจพิจารณาตัดสินใจเลือกผลทางกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงความมุ่งหมายของกฎหมายที่กำหนดไว้ในกรณีนั้น ๆ⁴⁵

⁴³ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 167.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167.

⁴⁵ สมยศ เชื้อไทย. (2530). “การกระทำทางปกครอง”. *วารสารนิติศาสตร์*, 17(3). หน้า 52.

ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกิดขึ้น โดยผลของกฎหมายมิใช่เกิดขึ้นตามอำเภอใจของฝ่ายปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กรอบแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้เป็นขั้นตอน ถ้าใช้ตามอำเภอใจถือว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังตัวอย่าง คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.326/2551 ผู้ว่าราชการจังหวัดใช้อำนาจดุลพินิจควบคุมทางวินัยตามมาตรา 61 ทวิ หรือควบคุมความประพฤติของผู้ใหญ่บ้านตามมาตรา 14 (7) แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 มีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งผู้ใหญ่บ้าน ฐานมีความบกพร่องในทางความประพฤติหรือความสามารถไม่เหมาะสมกับตำแหน่ง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเห็นว่าแม้พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 ให้อำนาจผู้ว่าใช้ดุลพินิจได้แต่อำนาจดุลพินิจก็ไม่ใช่อำนาจสมบูรณ์ซึ่งปราศจากเงื่อนไขที่องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้ได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องเป็นการเลือกที่จะออกคำสั่งหรือมาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้กระทำโดยพิจารณาว่าตนสมควรจะออกคำสั่งหรือใช้มาตรการใดจึงจะสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้กฎหมายเพื่อประโยชน์ของมหาชนที่อยู่ในความรับผิดชอบให้ดีที่สุด ซึ่งศาลก็จะมีอำนาจที่จะควบคุมมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่มีเหตุผลรองรับเพียงพอเพื่อให้ใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมด้วยความยุติธรรมและชอบด้วยเหตุผล คดีนี้ตามข้อเท็จจริง แม้ผู้ฟ้องคดีจะบกพร่องในทางความประพฤติแต่เห็นว่าผู้ฟ้องคดีเป็นคนพุดจาโพงผางไม่สำรวมเป็นคนพุดตรง ซึ่งพฤติการณ์ยังไม่ร้ายแรงที่วิญญูชนไม่อาจรับได้หากให้ดำรงตำแหน่งผู้ใหญ่บ้านต่อไป จึงเป็นการใช้ดุลพินิจเกินความจำเป็นในการใช้มาตรการควบคุมความประพฤติของผู้ใหญ่บ้านซึ่งไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ.2457 อันเป็นการใช้ดุลพินิจขัดต่อหลักแห่งความได้สัดส่วนหรือเกินสมควรแก่เหตุถือว่าใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.7.6. การใช้ดุลพินิจปรับข้อกฎหมายของฝ่ายปกครอง

การดำเนินการของฝ่ายปกครองในขั้นตอนของการสืบสวนข้อเท็จจริง และพิสูจน์ความจริง จะไม่มีดุลพินิจ⁴⁶ แต่ในขั้นตอนอื่นฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจได้ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่ประสงค์จะให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมเป็นเฉพาะกรณี ดังนี้

⁴⁶ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. (2534). *การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 22.

1) คุณพินิจการตีความกฎหมาย

การใช้คุณพินิจตีความกฎหมายถือเป็นส่วนหนึ่งของคุณพินิจในการปรับบทกฎหมาย หรือการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง และเป็นคุณพินิจในโครงสร้างบทบัญญัติของกฎหมาย ส่วนที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งหากใช้ถ้อยคำที่มีความหมายชัดเจนแล้ว ย่อมไม่มีปัญหาแต่อย่างใด กล่าวคือ ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจคุณพินิจในการตีความ หรือคุณพินิจในการปรับบทกฎหมาย แต่หากเป็นกรณีกฎหมายให้อำนาจบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ส่วนเหตุโดยใช้ถ้อย คำที่ไม่เฉพาะเจาะจง หรือถ้อยคำที่มีความหมายทางเทคนิค เช่น “ความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” หรือ “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือลามก อนาจาร” ซึ่งฝ่ายปกครองสามารถปรับข้อกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงที่เป็นที่ยุติโดยตีความให้เหมาะสม และเป็นธรรมกับข้อเท็จจริงเป็นเฉพาะรายเป็นกรณี ๆ ไปได้

2) คุณพินิจในการปรับกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง

การใช้คุณพินิจในการปรับบทกฎหมาย หรือการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง เป็นขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น หรือมีอยู่จริงตามที่ได้สืบสวน ข้อเท็จจริงจะเป็น ข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เป็นการนำบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่อง โดยมีขั้นตอนในการวินิจฉัย ดังนี้

(1) ตีความถ้อยคำบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ ส่วนเหตุที่เป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ ซึ่งถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายมี 2 ประเภท คือ

ก. ศัพท์ธรรมดา หมายถึง ถ้อยคำที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในสังคมซึ่งกฎหมายได้นำมา บัญญัติเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ โดยมีได้บัญญัติให้ความหมายของถ้อยคำนั้นไว้ เฉพาะเจาะจง

ข. ศัพท์พิเศษ หรือศัพท์กฎหมาย หมายถึง ถ้อยคำที่กฎหมายนำมาบัญญัติเป็น ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุโดยบัญญัติให้มีความหมายแตกต่างไปจากศัพท์ธรรมดา ซึ่งอาจมีความหมายกว้าง หรือแคบกว่าที่เข้าใจกันอยู่ในหมู่ประชาชน เช่น กรณีที่กฎหมาย กำหนดให้สาหร่ายทะเลเป็นสัตว์น้ำทั้ง ๆ ที่สาหร่ายทะเลมิใช่สัตว์น้ำ แต่เนื่องจากกฎหมาย ไม่ต้องการให้เก็บสาหร่ายทะเลจึงกำหนดให้สาหร่ายทะเลรวมไปกับสัตว์น้ำ

(2) แยกแยะข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องออกเป็นข้อเท็จจริง ที่สำคัญกับข้อเท็จจริงที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อย

(3) เปรียบเทียบข้อเท็จจริงในกฎหมายที่ได้จากการตีความกับข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญในกรณีเฉพาะเรื่องว่าเหมือน หรือคล้ายคลึงกันหรือไม่ ถ้าเหมือน หรือคล้ายคลึงกันเราก็สามารถที่จะยืนยันได้ว่าข้อเท็จจริงในกรณีเฉพาะเรื่องนั้นเป็นข้อเท็จจริงเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนด⁴⁷

3) คุณพินิจในส่วนผลของกฎหมาย

ในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายนี้ เป็นส่วนหนึ่งที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่าตามกฎหมายที่ให้อำนาจนั้นกำหนดผลไว้อย่างไร หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น ซึ่งอาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่ (Obligation) หรือความสามารถ (Faculte) แก่ฝ่ายปกครองในอันที่จะใช้อำนาจ และในการใช้อำนาจนั้นกฎหมายอาจกำหนดเนื้อหาของกรกระทำเพียงประการเดียว หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกเนื้อหาของกรกระทำเพียงประการเดียว หรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ได้เจาะจงว่าเนื้อหาของกรกระทำจะเป็นอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงอันใดอันหนึ่งซึ่งเป็นที่ยอมรับทั่วไปว่าฝ่ายปกครองสามารถมีคุณพินิจในขั้นนี้⁴⁸

4) หลักในการใช้คุณพินิจของฝ่ายปกครอง

ตามหลักนิติรัฐนั้นการใช้คุณพินิจของฝ่ายปกครองนั้น ไม่อาจกระทำได้ตามอำเภอใจ หรือตามความพอใจ แต่การใช้คุณพินิจนั้นต้องอยู่ภายใต้ความผูกพันตามหลักกฎหมายปกครองและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ การใช้คุณพินิจของฝ่ายปกครองไม่ก่อให้เกิดเสรีภาพอย่างไร้ขอบเขต ในนิติรัฐมีแต่การใช้คุณพินิจตามหน้าที่ ขอบเขตความ ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิ่งที่จำกัดคุณพินิจฝ่ายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ของกฎหมายเป็นสิ่งชี้้นำ การใช้คุณพินิจโดยไม่ถูกต้องสอดคล้องกับหลักกฎหมายปกครอง และหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญย่อมเป็นการใช้คุณพินิจฝ่ายปกครองที่บกพร่อง ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบได้ และหลักการใช้คุณพินิจที่ฝ่ายปกครองควรคำนึงถึง และผูกมัดที่จะต้องกระทำตาม⁴⁹ ได้แก่

(1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ

การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่

⁴⁷ เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. เพิ่งอ้างเชิงอรรถที่ 46. หน้า 56.

⁴⁸ เอกนุญ วงศ์สวัสดิ์กุล. เพิ่งอ้างเชิงอรรถที่ 46. หน้า 57.

⁴⁹ วรเจตน์ ภาคิรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 29-30.

ฝ่ายปกครองก็จะต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอ สมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเหตุที่หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญ หลักความพอสมควรเหตุจึงเป็นหลักการที่ต้องใช้บังคับเสมอไม่ว่าจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองไว้อย่างชัดเจนหรือไม่ก็ตาม

หลักความพอสมควรแก่เหตุประกอบด้วยหลักการย่อย 4 หลักด้วยกัน คือ⁵⁰

(1) การกระทำของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

หากองค์กรเจ้าหน้าที่ของฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง กำหนดมาตรการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องกำหนดมาตรการเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับนั้นกำหนดมาตรการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ประการอื่น ซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่กฎหมายฉบับนั้นต้องการการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) หลักความสัมฤทธิ์ผลหรือหลักความเหมาะสม

มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้นั้นจะต้องเป็นมาตรการที่พิจารณาในภาวะวิสัยแล้ว สามารถนำไปสู่ผลที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้ มาตรการใดที่เห็นได้ชัดเจนว่าไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการได้อย่างแน่แท้ มาตรการนั้นย่อมเป็นมาตรการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองไม่อยู่ในวิสัยจะทำได้ ความมุ่งหมายของกฎหมายที่ให้อำนาจปรากฏขึ้นมาในโลกแห่งความเป็นจริงได้เลยย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม

(3) หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็นนี้ เรียกร้องให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเปรียบเทียบมาตรการที่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้หลาย ๆ มาตรการ ว่ามาตรการต่าง ๆ เหล่านี้กระทบสิทธิเสรีภาพ

⁵⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 49. หน้า 31-35.

ของปัจเจกชนรุนแรงมากน้อยอย่างไร มาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ย่อมถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น หากปรากฏว่าไม่มีมาตรการอื่นใดที่รุนแรงน้อยกว่า และเป็นมาตรการที่อาจทำให้วัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการบรรลุผลลงได้

(4) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ

การใช้อำนาจปกครองดำเนินการออกมาตรการใด ๆ ที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ทรงอำนาจจะต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับจากการใช้มาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไป หรือต้องแบกรับว่าอยู่ภาวะที่สาธารณะจะเรียกร้องจากปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบให้ต้องยอมรับมาตรการที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดขึ้นได้หรือไม่ หากปรากฏว่าผลกระทบที่ปัจเจกชนจะได้รับจากการใช้มาตรการดังกล่าวของฝ่ายปกครองรุนแรงเกินกว่าที่จะคาดหมายจากปัจเจกชนผู้นั้นได้ และผลกระทบหรือผลร้ายที่ปัจเจกชนได้รับเห็นได้ชัดว่ามีน้ำหนักมากกว่าประโยชน์ที่สาธารณะได้รับแม้ว่าสาธารณะจะได้ประโยชน์จากมาตรการดังกล่าวก็ตาม องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะใช้มาตรการนั้นบังคับแก่ปัจเจกชนไม่ได้

(2) หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคเป็นหลักหนึ่งของสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) คือ การใช้กฎหมายที่ทำให้มีผลบังคับมากน้อยแก่ประชาชนทุกคนอย่างเสมอหน้าเท่าเทียมกันไม่ว่าในทางวิธีบัญญัติหรือในทางสารบัญญัติซึ่งเป็นรูปแบบองค์กรพื้นฐานที่สำคัญของความยุติธรรมและขณะเดียวกันก็หมายถึงข้อห้ามในการใช้อำนาจหน้าที่ตามอำเภอใจด้วย และฝ่ายปกครองต้องมีข้อผูกพันในการวินิจฉัยเรื่องต่าง ๆ ที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เคยใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง และได้ออกนิติกรรมทางปกครองให้แก่ประชาชนคนใดไปแล้วย่อมผูกพันที่จะวินิจฉัยอย่างเดียวกันในลักษณะเดิมอีก การที่จะเปลี่ยนแปลงแนววินิจฉัยใหม่นั้นจะต้องมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกันออกไป และคำวินิจฉัยก่อน ๆ นั้นจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ถ้ามีชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองจะอ้างหลักความเสมอภาคให้ผูกพันคำวินิจฉัยครั้งก่อน ๆ ของตนหาได้ไม่ การที่ฝ่ายปกครองผูกพันต่อดุลพินิจก่อน ๆ ของตนนั้นมิใช่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจ แต่ตนได้สร้างแนวการใช้ดุลพินิจของตนขึ้น และเนื่องจากหลักความเสมอภาคตามกฎหมายรัฐธรรมนูญฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามแนวการใช้ดุลพินิจนั้น การที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามแนวการใช้ดุลพินิจนี้ ถือว่าได้มีการใช้ดุลพินิจในกรณีเฉพาะรายแล้ว

2.7.7 การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจเพื่อมิให้การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของฝ่ายปกครองมีความแข็งกระด้างหรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้กฎหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกธรรมชาติเฉพาะกรณีแก่ประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม การเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจก็เป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่นกัน เพราะเท่ากับเป็นการเปิดแดนแห่งอิสระในการตัดสินใจใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งมีความโน้มเอียงตามธรรมชาติที่จะนำฝ่ายปกครองไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบได้โดยง่าย

1.) การควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง

เมื่อกฎหมายให้ฝ่ายปกครององค์กรใดมีอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองก็ผูกพันโดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจของตนและในการใช้ดุลพินิจนั้นฝ่ายปกครองก็ต้องใช้อย่างแท้จริง เพราะการที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่งก็ด้วยความมุ่งหมายที่จะให้ฝ่ายปกครององค์กรนั้นใช้วิจารณญาณของตนตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องนั้นซึ่งการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริงอาจมีได้หลายกรณี เช่น

(1) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจของตนจะปฏิเสธไม่ใช้ดุลพินิจของตนไม่ได้ การที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจนั้นอาจเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจว่าจะกระทำการหรือไม่ กระทำการแต่มีดุลพินิจในส่วนอื่น เช่น ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจในการเลือกเนื้อความของการกระทำซึ่งในกรณีนี้ย่อมไม่มีปัญหาว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจดุลพินิจของตนหรือไม่ เพราะฝ่ายปกครองถูกผูกที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจนั้นอยู่แล้วจะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจของตนไม่ได้ หากปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นแล้วและเป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับที่กฎหมายกำหนดไว้

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจว่าจะกระทำการ หรือไม่กระทำการก็ได้ นั่นอาจทำให้มีกรณีที่เข้าใจได้ว่าฝ่ายปกครองสามารถเลือกที่จะใช้อำนาจหรือไม่ก็ได้ เช่น กรณีตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 61 ที่ให้อำนาจอธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจ เรียก โฉนดที่ดิน หรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อน หรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอนเสียได้ ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความตอนหนึ่งว่า “...การใช้อำนาจของอธิบดีตามมาตรา นี้ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอธิบดีว่าสมควรจะใช้หรือไม่กฎหมายมาตรานี้มิได้กำหนดหน้าที่ให้อธิบดีจำต้องกระทำการดังใจที่เข้าใจไม่ ถ้าอธิบดีไม่ใช้อำนาจนี้ใจที่ก็มิทางแก้ไขโดยยื่นฟ้องผู้ที่ทำให้ใจที่เสียหายต่อศาลได้...” (คำพิพากษาฎีกาที่ 210/2507) ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาดังกล่าวทำให้เข้าใจได้ว่าการที่อธิบดีมีดุลพินิจในอันที่จะสั่งแก้ไขให้ถูกต้องหรือเพิกถอน

โหนด ที่คืนหรือเอกสารที่ได้จดทะเบียนสิทธิไว้โดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายอธิบดี จะใช้หรือไม่ใช้อำนาจดุลพินิจนั้นก็ได้อันที่โดยหลักแล้วเมื่ออธิบดีจะมีดุลพินิจดังกล่าวอธิบดี ก็มีหน้าที่ในอันที่จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจนั้นเพียงแต่ว่าในการใช้อำนาจดุลพินิจนั้น อธิบดีมีอิสระในการที่จะ พิจารณา ตัดสินใจว่าจะสั่งการหรือไม่สั่งการ ดังนั้นหากอธิบดียังไม่ได้ใช้อำนาจพิจารณาว่าจะสั่ง การหรือไม่สั่งการแล้ว กรณีย่อมถือได้ว่าอธิบดียังมีได้ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริง

นอกจากนี้กรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจตามกฎหมาย แต่ปฏิเสธการใช้อำนาจดุลพินิจของตน อาจเกิดจากกรณีที่ฝ่ายปกครองเข้าใจกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจผิดคิดว่าตนเองมีอำนาจผูกพัน จึงได้ใช้อำนาจของตนไปตามที่เข้าใจหรืออาจเกิดจากการที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจดุลพินิจ ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้วใช้อำนาจไปในทางที่ตนต้องการซึ่งทั้งสองกรณีก็เท่ากับ ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่มิได้ใช้อำนาจดุลพินิจของตนเลยหรือในกรณีที่จะต้องมีการร้องขอ เมื่อฝ่ายปกครองได้รับคำร้องขอแล้วฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาก่อนว่าคำร้องขอนั้นชอบด้วย กฎหมายหรือไม่ ถ้าไม่ชอบด้วยกฎหมายฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจสั่งยกเลิกหรือไม่ รับคำขอได้เลย แต่หากว่า คำร้องขอนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้วก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้อง พิจารณา คำร้อง ขอเสมอว่าสมควรจะใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ตามคำร้องขอหรือไม่ กล่าวคือ เมื่อคำร้องขอชอบ ด้วยกฎหมายแล้ว ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องใช้อำนาจส่วนที่จะใช้อำนาจ ให้เป็นไปตามที่ร้องขอ หรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่ง ด้วยเหตุนี้กรณีที่ต่อการยื่นคำร้องขอนั้น แม้จะเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะเลือกอนุญาตหรือไม่อนุญาตก็ตามฝ่ายปกครอง ผู้มีอำนาจจะต้องพิจารณาคำร้องขอเสมอฝ่ายปกครองมักเข้าใจผิดว่าเมื่อมีดุลพินิจแล้วจะพิจารณา คำร้องหรือไม่ก็ได้ แต่จริงๆ แล้ว ดุลพินิจนั้นมีแล้วต้องให้การปฏิเสธไม่พิจารณาเลยถือได้ว่าไม่ได้ ใช้อำนาจดุลพินิจเลย ถือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่บกพร่อง

(2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างอิสระการที่ฝ่าย ปกครองไม่ใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างอิสระย่อมมีแนวโน้มที่แสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองไม่ได้ ใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริงเลย ทั้งนี้เนื่องจากการไม่ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างอิสระย่อม แสดงให้เห็นว่ามีการใช้อำนาจดุลพินิจโดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนถือได้ว่าไม่มี การใช้อำนาจดุลพินิจโดยฝ่ายปกครองที่มีอำนาจซึ่งอาจมีได้ในลักษณะดังต่อไปนี้

ประการแรก ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจดุลพินิจต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตนโดยไม่ผูกพัน ตนเองอย่างเคร่งครัดกับคำปรึกษาหารือ หรือข้อเสนอแนะขององค์กรอื่นในบางกรณี บทบัญญัติ ของกฎหมายอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจโดยต้องปรึกษาหารือองค์กรอื่นหรือจะริเริ่มใช้ อำนาจได้ต่อเมื่อมีข้อเสนอแนะจากองค์กรอื่นเสียก่อนทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันการใช้อำนาจของ ฝ่ายปกครองว่าเป็นไปโดยรอบคอบและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นฝ่ายปกครอง

จะต้องใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยมีคำปรึกษาหารือหรือคำเสนอแนะจากองค์กรที่กฎหมายกำหนดเสียก่อนอย่างไรก็ตามในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจก็ย่อมเป็นกรณีที่การปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะนี้ไม่มีลักษณะทางกฎหมายที่ผูกพันฝ่ายปกครองให้ต้องปฏิบัติตามคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะนั้น ด้วยเหตุนี้หากฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจได้ใช้อำนาจดุลพินิจของตน โดยผูกพันอย่างเคร่งครัดกับคำปรึกษาหารือหรือข้อเสนอแนะ ก็เท่ากับว่าฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นด้วยตนเองเลย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ ตนก็เพื่อให้ตนได้เป็นผู้ตัดสินใจใช้อำนาจนั้น จึงถือได้ว่าในกรณีเช่นนี้ฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้อำนาจ ดุลพินิจของตนอย่างแท้จริง

ประการที่สอง ฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้อำนาจดุลพินิจผูกพันอย่างเคร่งครัดกับแนวปฏิบัติที่ตนเองหรือผู้บังคับบัญชากำหนด

เมื่อกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อมมีความโน้มเอียงตามธรรมชาติที่จะกำหนดแนวปฏิบัติ (Guideline) หรือยึดถือ เพื่อเป็นแนวทางในการใช้อำนาจดุลพินิจเพราะแนวปฏิบัติหรือยึดถือนี้จะช่วยให้ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจของตนให้เป็นไปในแนวเดียวกันอย่างเป็นเอกภาพ อันส่งผลให้ประชาชนในท้องที่ต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจใน แต่ละกรณีโดยปราศจากแนวปฏิบัติใด ๆ ย่อมจะทำให้ประชาชนเกิดความรู้สึกที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมได้

จากประโยชน์ดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจของตนโดยอ้างอิงแนวปฏิบัติหรือยึดถือได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากแนวปฏิบัติหรือยึดถือมีบทบาท (Function) ที่แตกต่างจาก “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ที่จะต้องใช้กับทุกกรณีเหมือนกันหมดโดยปราศจากข้อยกเว้นตราบใดที่ “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ยังใช้บังคับอยู่ ฝ่ายปกครองจะยกเว้นผลบังคับที่ต้องด้วย “กฎ” หรือ “กฎหมายลำดับรอง” ในกรณีเฉพาะเรื่องไม่ได้ แต่การใช้อำนาจดุลพินิจโดยอ้างอิงแนวปฏิบัติสามารถมีการให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติได้เพราะถือว่าเป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในหลาย ๆ ปัจจัยที่ฝ่ายปกครองจะต้องนำมาประกอบการใช้ดุลพินิจของตนในกรณีเฉพาะ เรื่องโดยอาจเป็นแนวทางที่จำกัด (restrictive approach) การให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติซึ่งเห็นว่าแม้ฝ่ายปกครองจะมีแนวปฏิบัติของตนก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีเสมอว่ามีเหตุผลพิเศษเพียงพอที่จะใช้ดุลพินิจให้ต่างไปจากแนวปฏิบัติหรือไม่ โดยไม่จำเป็นต้องให้ประชาชนร้องขอให้พิจารณาหรืออาจเป็นแนวทางที่ไม่จำกัด (unrestrictive approach) การให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติ กล่าวคือเป็นแนวทางที่ถือว่าฝ่ายปกครองสามารถให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติที่ตนกำหนดเป็นพิเศษยิ่งกว่าปัจจัยอื่น ๆ ที่ต้องนำมาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินใจได้ โดยฝ่ายปกครองกำหนดเป็นหลักการว่าจะใช้อำนาจดุลพินิจ โดยปฏิบัติตามแนวปฏิบัติการ

ไม่ปฏิบัติตามแนวปฏิบัติเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ผลที่ตามมา คือ ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องต่อเมื่อประชาชนได้กล่าวอ้างว่า กรณีของตนมีลักษณะพิเศษสมควรที่จะได้พิจารณาเบี่ยงเบนไปจากแนวปฏิบัติและจะพิจารณาเพียงเท่าที่ประชาชนกล่าวอ้างเท่านั้นข้อเท็จจริงใดไม่กล่าวอ้างก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณา

ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจโดยอ้างอิงแนวปฏิบัติฝ่ายปกครองสามารถให้น้ำหนักแก่แนวปฏิบัติเป็นพิเศษได้ แต่เราต้องเรียกร้องต่อไปอีกว่าให้ฝ่ายปกครองพิจารณาข้อเท็จจริงเฉพาะ เรื่องด้วยตนเองเสมอ โดยประชาชนไม่ต้องร้องขอว่ากรณีของตนมีลักษณะพิเศษสมควรที่จะได้รับพิจารณาตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากแนวปฏิบัติ เพราะในทางปฏิบัติกรณีอาจเป็นว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยปฏิบัติตามแนวปฏิบัติ แต่ประชาชนเห็นว่ากรณีของตนมีลักษณะพิเศษไม่ควรปฏิบัติตามแนวปฏิบัติหรือกรณีอาจเป็นว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจโดยไม่ปฏิบัติตามแนวปฏิบัติ แต่ประชาชนเห็นว่ากรณีของตนจำต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติอันจะส่งผลให้ฝ่ายปกครอง ตระหนักว่าแนวปฏิบัตินี้เป็นเพียงแนวทางเท่านั้น ถ้าฝ่ายปกครองยึดมั่นกับแนวปฏิบัตินี้เกินไปก็ จะทำให้การใช้อำนาจเรื่องนั้นไม่อาจใช้ดุลพินิจนอกเหนือไปจากแนวปฏิบัติได้เท่ากับไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริงนั่นเองหรือยิ่งกว่านั้น คือถือเท่ากับว่าไม่มีดุลพินิจอีกเลย

(3) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจของตนโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริง เฉพาะกรณีอย่างรอบด้าน นอกจากฝ่ายปกครองจะปฏิเสธไม่ใช้อำนาจดุลพินิจไม่ได้แล้วและจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจ โดยอิสระการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองจะสมบูรณ์ก็ต้องเป็นการใช้อำนาจที่มุ่งตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดและขณะเดียวกันก็ต้องกระทบกระเทือนต่อประโยชน์ของปัจเจกบุคคลน้อยที่สุดซึ่งสามารถทำได้ โดยการที่ฝ่ายปกครองได้คำนึงถึงข้อเท็จจริงที่ประกอบกันขึ้นเป็นกรณีเฉพาะเรื่องอย่างรอบด้านเท่านั้น ดังนั้นฝ่ายปกครองจะต้อง ไม่ละเลยที่จะนำข้อเท็จจริงหรือปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเท่านั้นมาประกอบการพิจารณา (relevant considerations) หากว่าฝ่ายปกครองนำข้อเท็จจริงอื่นใดที่ไม่เกี่ยวข้องมาประกอบการพิจารณา (irrelevant considerations) การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองกรณีนั้นย่อมไม่ชอบเพราะฝ่ายปกครองไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจของตนอย่างแท้จริง เช่น กรณีที่ผู้ขออนุญาตก่อสร้างอาคาร (โจทก์) ได้รับอนุญาตให้ปลูกสร้างอาคาร เพื่อใช้เป็นโรงแรมได้ แล้วต่อมาเมื่อขออนุญาตเปิดกิจการต่อนายทะเบียนโรงแรม (จำเลย) จำเลยกลับใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบอ้างว่าโรงแรมของโจทก์ไม่มีสระน้ำและไม่มีห้องพักครบถ้วนอันไม่ใช่ข้อสาระสำคัญเพราะมิได้เกี่ยวกับความมั่นคง ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะคำสั่งไม่อนุญาตจึงไม่ชอบ (คำพิพากษาฎีกาที่ 1539/2524) จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่านายทะเบียน โรงแรมได้นำข้อเท็จจริงหรือปัจจัยที่ไม่เกี่ยวข้อง

มาประกอบการพิจารณาในขณะที่ข้อเท็จจริงหรือปัจจัยที่เกี่ยวข้องนายทะเบียนกลับมิได้นำมาประกอบการพิจารณาการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวจึงไม่ชอบ

ในการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงใดเป็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้อง โดยหลักแล้วสามารถพิจารณาได้ตามหลักวิชาของเรื่องแต่ละเรื่องที่จะพิจารณากล่าว คือ ตามหลักวิชาในเรื่องนั้น ๆ อย่างน้อยเราต้องรู้ว่าจะต้องนำข้อเท็จจริงหรือปัจจัยใดมาประกอบการพิจารณา ซึ่งก็จะทำให้ทราบโดยปริยายด้วยว่าข้อเท็จจริงหรือปัจจัยใดไม่ใช่เรื่องที่จะนำมาประกอบการพิจารณา นอกจากนี้บางกรณีกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองอาจกำหนดข้อเท็จจริงหรือปัจจัยที่ต้องนำมาประกอบการตัดสินใจใช้อำนาจดุลพินิจด้วย เช่น กรณีของคณะกรรมการผังเมืองที่จะใช้อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินจะต้องแก้ไข เปลี่ยนแปลงหรือระงับการใช้ประโยชน์ที่ดินของตนภายในระยะเวลาที่เห็นสมควร พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มาตรา 27 วรรคสอง ได้กำหนดข้อเท็จจริงหรือปัจจัยที่คณะกรรมการผังเมืองจะต้องคำนึงถึงหรือจะต้องนำมาประกอบการพิจารณาการใช้ดุลพินิจดังกล่าวของตนกล่าว คือ คณะกรรมการผังเมืองจะต้องใช้อำนาจโดยคำนึงถึง “กิจการที่มีการใช้ประโยชน์ที่ดิน สภาพของที่ดิน และทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวกับที่ดิน การลงทุนประโยชน์หรือความเดือดร้อนราคาญาติที่ประชาชนได้รับจากกิจการ นั้น” ประกอบ ด้วย

2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล เพราะการมีดุลพินิจนั้นไม่ได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจโดยเลือกได้ตามใจชอบ แต่จะต้องเป็นการวินิจฉัยตามเหตุและผล เมื่อสิ่งใดเป็นเหตุและผลแล้วย่อมจะมีทางที่จะชี้ได้ว่าเป็นถูกหรือผิด โดยการควบคุมดังกล่าวเป็นการพิเคราะห์เจาะลึกเข้าไปถึงคุณภาพหรืออีกนัยหนึ่ง คือ ความเหมาะสม แก่กรณีเฉพาะเรื่องของการใช้อำนาจซึ่งต่างจากการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างแท้จริงที่เป็นเพียงการควบคุมกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันจะเป็นหลักประกันในเบื้องต้นว่าการใช้อำนาจของนายจะเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องซึ่งมุ่งหมายจะใช้บังคับเท่านั้น โดยในที่นี้จะพิจารณาการควบคุมในสองลักษณะ คือการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผลทั้งในส่วนที่เป็นดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงและดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจ

(1) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงอย่างมีเหตุผลดังได้กล่าวมาแล้วว่าในบางกรณีฝ่ายปกครองสามารถมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงได้ แต่แม้ว่าฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงกรณีก็มีได้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจของตน โดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบของศาล กล่าวคือ แม้ศาลจะละเว้นไม่นำอัตวิสัยของตนเข้าแทนที่อัตวิสัยของ

ฝ่ายปกครอง แต่โดยทั่วไปแล้วศาลก็ยังสงวนไว้ซึ่งอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบว่าการประเมินคุณค่าบางอย่างบางประการในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น ฝ่ายปกครองได้กระทำ อย่างมีเหตุผลหรือไม่ หากฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง โดยไม่ชอบด้วยเหตุผล (Unreasonableness) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ โดยผิดพลาดอย่างชัดเจน (L'erreur manifeste) การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นย่อมไม่ชอบ

ในประเทศอังกฤษฝ่ายปกครองซึ่งมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น อาจะวินิจฉัยการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแตกต่างกันออกไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อาจไม่ตรงกับอรรถวิญญูของศาลอย่างไร ก็ตามอำนาจดุลพินิจก็แตกต่างจากอำนาจอำเภอใจ (Arbitrary Power) กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจอย่างมีเหตุผล (Reasonableness) โดยหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการวินิจฉัยว่าชอบด้วยเหตุผลหรือไม่ คือ “วิญญูชน” (Reasonable man) กล่าวคือ ความไม่ชอบด้วยเหตุผลของการใช้ดุลพินิจในกรณีดังกล่าว ได้แก่ กรณีที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจอย่างใดอย่างหนึ่งที่วิญญูชนไม่เห็นเช่นนั้น ทั้งนี้เพราะฝ่ายปกครองซึ่งมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นมิมีสิทธิที่จะวินิจฉัยการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแตกต่างกันได้ แต่ฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวโดยขัดแย้งกับความเห็นของวิญญูชน (Reasonable man)

สำหรับในส่วนของประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองก็ได้ ควบคุมกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงว่าฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวอย่างมีเหตุผลทำนองเดียวกับศาลยุติธรรมในประเทศอังกฤษ โดยพิจารณาว่าการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้น เป็นการผิดพลาดอย่างชัดเจน (L'erreur manifeste) หรือไม่ กล่าวคือ เป็นความผิดพลาดที่ขัดกับความรู้สึกของวิญญูชนหรือไม่ หากขัดกับความรู้สึกของวิญญูชนแล้ว ก็ย่อมจะเป็นคำวินิจฉัยที่ผิดพลาดอย่างชัดเจนในส่วนของประเทศไทยกล่าวได้ว่าการควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงนั้นยังอยู่ในช่วงที่ยังต้องรอการพิเคราะห์พิจารณาต่อไป เพราะแม้จะมีบางกรณีที่ศาลยุติธรรมวินิจฉัยในทำนองว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (คำพิพากษาฎีกาที่ 1206/2509) แต่ก็มีหลายกรณีที่ศาลยุติธรรมวินิจฉัยในทางตรงกันข้าม คือ เห็นว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (คำพิพากษาฎีกาที่ 646-647/2510 คำพิพากษาฎีกาที่ 910-920/2510 และ คำพิพากษาฎีกาที่ 598/2513) ดังนั้น ศาลยุติธรรมจึงควบคุมตรวจสอบการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงของฝ่ายปกครองทุกกรณีเช่นเดียวกับการวินิจฉัยข้อกฎหมายธรรมดา ส่วนศาลปกครองก็มีแนวโน้มในทำนองเดียวกันกับศาลยุติธรรมที่เห็นว่าฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (คำวินิจฉัยศาลปกครองกลาง ที่ 950/2550)

(2) การควบคุมให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการตัดสินใจใช้อำนาจอย่างมีเหตุผลที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะตัดสินใจใช้อำนาจนอกจากจะต้องใช้ดุลพินิจอย่างแท้จริงแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวอย่างมีเหตุผลด้วย โดยหลักการที่ศาลอ้างเป็นมาตรฐาน (Norm of reference) ในการควบคุมตรวจสอบให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจอย่างมีเหตุผลก็คือหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่เรียกร้องโดยพื้นฐานว่าการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ที่เหมาะสมระหว่างวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้กับเป้าหมายที่คาดว่าจะได้รับดังสำนวนในภาษาเยอรมันที่ว่า “เราไม่ควรยิงนกด้วยปืนใหญ่” ซึ่งตรงกับภาษาฝรั่งเศสว่า “เราไม่ควรฆ่าแมลงวันด้วยก้อนไฟฟ้า” หรือในสำนวนไทย คือ “ชี้ช้างจับตั๊กแตน” อันแสดงให้เห็นว่าฝ่ายปกครองจะต้องไม่ใช้อำนาจดุลพินิจกระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนเกินสมควร เมื่อเปรียบเทียบกับเป้าหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นเอง

2.8 หลักสุจริต

หลักสุจริตพัฒนามาจากระบบการควบคุมสังคม⁵¹ โดยการนำหลักศาสนา ความเชื่อ และความศรัทธามาเกี่ยวข้อง เนื่องจากมนุษย์เริ่มเปลี่ยนแปลงมุมมองจากการต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเพื่อความอยู่รอดเป็นการฝ่าฝืนความไว้วางใจกัน ทำให้ต้องนำหลักศาสนา ความเชื่อ และความศรัทธามาใช้เพื่อปรามพฤติกรรมเช่นว่านี้ ซึ่งเมื่อมนุษย์ได้อ่อนน้อม หรือสาบานต่อสิ่งที่ตนเชื่อถือ ศรัทธา ก็ไม่กล้าที่จะผิดคำพูด เพราะกลัวการถูกลงโทษ ต่อมาแนวคิดเกี่ยวกับหลักสุจริต มีบทบาทและพัฒนาขึ้น ในระบบกฎหมายโรมัน เกี่ยวกับการรักษาคำพูด เมื่อบุคคลใดไม่ปฏิบัติตามคำสัตย์ที่ให้ไว้ ย่อมถือว่า ทำผิดหลักปฏิบัติต่อกัน แม้จะมีได้ถือเป็นกฎหมาย แต่การไม่รักษาคำสัตย์ในสมัยนั้น ถือว่าเป็น มลทินในสังคม ดังนั้น ความหมายและขอบเขตของหลักสุจริต จึงเป็นเรื่องของความรู้สึกผิดชอบชั่วดี ของคนใน สังคม มากกว่าที่จะเป็นผลโดยกฎหมายโดยแท้ โดยมีการพัฒนาหลักสุจริต เป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์

⁵¹ รุ่งนภา ธรรมา. (2555). *การเยียวยาความเสียหายแก่ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ถูกลงโทษทางวินัย โดยคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 20.

2.8.1 ความหมายของคำว่า “สุจริต”

คำว่า “สุจริต” นั้น เป็นคำที่มีความหมายกว้างและยากที่จะกำหนดเกณฑ์ที่แน่นอนลงไปให้ชัดเจน⁵² และ “สุจริต” เป็นคำที่มา ตั้งแต่กฎหมายโรมัน ในภาษาละติน เรียกว่า “bona fides” แปลว่า ความซื่อสัตย์ หรือ สัจจะที่ดี แต่อย่างไรก็ตาม ความหมายของหลักสุจริต ได้มีการอธิบายไว้ดังต่อไปนี้

หลักสุจริต หรือในทางภาษาอังกฤษคือคำว่า “good faith” ตาม Black’s Law Dictionary 18th Edition ได้อธิบายความหมายว่า⁵³ 1) ความซื่อสัตย์ในความเชื่อหรือวัตถุประสงค์ 2) ความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหนี้ของตน 3) ความสอดคล้องกับมาตรฐานทางการค้าหรือธุรกิจใด ๆ อันชอบด้วยเหตุผล ในการต่อรองอย่างเป็นธรรม 4) การไม่เจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ

หลักสุจริตนั้น ถูกรับรองโดยบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นครั้งแรก ในประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ.1900 ในมาตรา 157 และมาตรา 242 คำว่า “Treu und Glauben” คำว่า “Treue” แปลว่า ความซื่อสัตย์ ความไว้วางใจ ความน่าเชื่อถือ ส่วนคำว่า “Glaube” แปลว่า เชื่อในความไว้วางใจ⁵⁴

ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายไว้ว่า “หลักสุจริต ก็คือ หลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ⁵⁵

⁵² ประสิทธิ์ โงวิไลกุล. (2548). *กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-44.* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 65.

⁵³ “A state of mind consisting in (1) honesty in believe or purpose (2) faithfulness to one’s duty or obligation (3) observance of reasonable commercial standard of fair dealing in agiven trade or business} or (4) absence of intent to defraud or to seek unconscionable advantage”

⁵⁴ Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann. “Good faith in European contract law : Surveying the legal landscape.” in Good Faith in European Contract law, ed. Reinhard Zimmermann and Simon Whittaker (Cambridge : Cambridge University Press. 2000). p.30 อ้างใน การวิรั กษิตินนท์. (2549). การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณ ฑิต สาขากฎหมายเอกชน , บัณ ฑิตวิทยาลัยมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2549 หน้า 9.

⁵⁵ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ.* ในอนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธ์.

ลักษณะที่สำคัญทางกฎหมายของหลักสุจริต มีอยู่ 5 ประการคือ⁵⁶

1) เป็นกฎหมายยุติธรรม ซึ่งมีได้กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบหรือผลทางกฎหมายไว้อย่างแน่ชัด ในการใช้และตีความกฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องใช้ดุลยพินิจประกอบ เพื่อเสริมเนื้อความให้กฎหมายสมบูรณ์ยิ่งขึ้น เพื่อให้เป็นธรรมและเหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งคดีและตามกาลสมัย ซึ่งตรงข้ามกับกฎหมายเคร่งครัด ที่กำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบและผลทางกฎหมายเอาไว้ชัดเจนแน่นอน ผู้ใช้หรือตีความกฎหมายไม่สามารถใช้ดุลยพินิจเสริมเนื้อหาของบทบัญญัติ เพียงแต่จะต้องตีความหรือใช้กฎหมายตามที่บัญญัติไว้ชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งก็จะเป็นกรณีที่กฎหมายต้องการชัดเจนแน่นอนเพื่อความสะดวกในกิจการบางอย่าง

2) เป็นกฎหมายที่เป็นบทบังคับ คือเป็นกฎหมายที่คู่กรณีไม่สามารถตกลงแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งตรงกันข้ามกับกฎหมายที่ไม่เป็นบทบังคับ โดยกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อป้องกันมิให้บุคคลทำการทุจริตซึ่งเกี่ยวข้องกับความสะดวกหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

3) เป็นหลักกฎหมายที่มีเนื้อความไม่แข็งขัด โดยกฎหมายจะใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ๆ ไม่สามารถให้ความหมายที่แน่ชัดไว้ล่วงหน้าได้ ต้องรอให้เกิดข้อพิพาทขึ้นจึงจะสามารถนำไปวินิจฉัยขอบเขตของหลักสุจริต เพื่อเป็นแนวทางให้กฎหมายควบคุมการแสดงเจตนาทำนิติกรรมของเอกชนไม่ให้ขัดผลประโยชน์ส่วนรวมและความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของสังคมอย่างรุนแรง

4) เป็นหลักทั่วไป หรือเป็นบทที่เป็นหลักการของความประพฤติของมนุษย์ในสังคมให้สูงกว่าศีลธรรมในหมู่โจร อันจะต้องระมัดระวังเพราะสังคมมักฉวยโอกาสเอาเปรียบกันอยู่เสมอ แต่มิใช่เป็นกฎหมายทั่วไปที่จะถูกตัดโดยบทกฎหมายพิเศษ

5) เป็นบทครอบจักรวาล คือ แม้จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนั้นไว้อยู่แล้ว หลักสุจริตก็ยังใช้เป็นฐาน โดยเป็นบทที่ทำหน้าที่เป็นมาตรฐานควบคุมความประพฤติของบุคคลในทุกเรื่อง จึงได้รับยกย่องว่าเป็นรากฐานของกฎหมายทั้งระบบ นับเป็นการประกาศอุดมคติแห่งความสัมพันธ์ของมนุษย์ในสังคมว่าจะต้องปฏิบัติต่อกันด้วยหลักสุจริต

⁵⁶ ภาววิรี กษิตินนท์. (2549). *การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 11-12.

2.8.2 บทบาทของหลักสุจริตในระบบกฎหมายมหาชน⁵⁷

หลักสุจริตได้ถูกบัญญัติไว้ เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (ค.ศ.1900) ซึ่ง กำหนดไว้ตามมาตรา 242 แห่งประมวล กฎหมายแพ่ง เยอรมัน (Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)) และมีสถานะเป็นหลัก กฎหมายทั่วไปโดยศาลแห่งราชอาณาจักรเยอรมนีได้ยอมรับว่า หลักสุจริต ในประมวลกฎหมายแพ่ง เป็นแนวคิดในทางกฎหมายทั่วไป (ein allgemeiner Rechtsgedanke) ที่สามารถนำมาบังคับใช้ได้ ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับการร่างไว้ซึ่งลักษณะพิเศษของความสัมพันธ์ในทาง มหาชน ซึ่งปรากฏต่อมาว่า ศาลปกครองชั้นสูงของปรัสเซียได้มีคำพิพากษายอมรับความสัมพันธ์ในทางกฎหมายปกครอง ภายใต้หลักสุจริตด้วย ดังนั้นแม้ว่าหลักสุจริตจะถูกพัฒนาขึ้น ในกรอบของกฎหมายแพ่ง แต่ก็มีเหตุผลที่สมควรนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับ เป็นการทั่วไปในกรอบของกฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตามแม้ว่าในหลายกรณีศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐจะได้นำหลักสุจริตมาปรับใช้ ในฐานะหลักกฎหมายพื้นฐานของหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต (Vertrauensschutz) แต่มิได้นำมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป กล่าว คือ ศาลปกครองจะนำหลักสุจริตมาปรับใช้ได้ ต้องปรากฏว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดให้นำหลักสุจริตมาใช้บังคับไว้อย่างชัดเจนเท่านั้น เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

2.8.3 แนวทางในการปรับใช้หลักสุจริต

หลักสุจริตในฐานะที่หลักทั่วไปนี้อาจนำมาปรับใช้ได้ ในในแนวทางต่างๆ กันอย่างน้อย 3 ทาง ดังนี้⁵⁸

- 1) ใช้ในทางเสริมหลักเกณฑ์ตามสัญญาหรือตามกฎหมายให้มีเนื้อหาสมบูรณ์ขึ้น การเสริมเนื้อหาหรือการอุดช่องว่างทางกฎหมายหรือสัญญาอาจมีได้หลายทาง เช่น หน้าที่ของคู่สัญญาหรือเจ้าหนี้ลูกหนี้ที่มีต่อกัน แม้สัญญาหรือกฎหมายมิได้กำหนดหรือระบุไว้ โดยตรงก็อาจใช้หลักสุจริตไปเสริมให้มีขึ้นเพื่อให้บรรลุความประสงค์อันแท้จริงแห่งนิติสัมพันธ์ นั้น ๆ ได้ ในแง่นี้เราอาจเรียกว่าเป็นการเสริมทำให้เกิดหน้าที่ข้างเคียงหรือหน้าที่อุปกรณณ์เพิ่มเติมจากหน้าที่ให้ข้อมูล อธิบาย เตือน หรือให้ความร่วมมือตามควรแก่คู่กรณี หรือหน้าที่ใช้

⁵⁷ วรณรี สิงโต. (2562). “หลักสุจริต”. เอกสารประกอบการสอนวิชากฎหมายแพ่งและหลักทั่วไป หน่วยที่ 1. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.stou.ac.th/school/slwl/upload/ex.th/40701-1.pdf>. หน้า 15.

⁵⁸ กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2554). *หลักสุจริตและเหตุเหนือความคาดหมายในการชำระหนี้*. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. 2554 หน้า 91-105.

ความระมัดระวังปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่มในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิหรือปฏิบัติการชำระหนี้ตามนิติสัมพันธ์นั้น ๆ ตามควรด้วยความสุจริต

2) ใช้ในทางควบคุมหรือสกัดกั้นการใช้สิทธิในทางที่ไม่ชอบธรรม

การใช้หลักสุจริตในแง่นี้เป็นการใช้หลักสุจริตในฐานะเป็นเครื่องกีดกันมิให้อ้างสิทธิในทางผิด ซึ่งอาจมิได้หลายกรณี เช่น ห้ามการใช้สิทธิไปในทางซึ่งมีแต่จะเกิดความเสียหายต่อผู้อื่น ห้ามสิทธิตามอำเภอใจโดยปราศจากเหตุอันพึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย หรือห้ามใช้สิทธิหรือการกระทำการไปในทางที่ฝ่าฝืนความเชื่อถืออันเกิดจากพฤติกรรมก่อนๆ ของตน อันเป็นหลักทำนองเดียวกันกับหลักกฎหมายปิดปากในกฎหมายอังกฤษ แต่หลักสุจริตกินความหมายกว้างกว่า

3) ใช้ในทางปรับปรุงแก้ไขสิทธิหน้าที่ของกลุ่มให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่พฤติการณ์อันเป็นรากฐานแห่งการตกลงระหว่างคู่กรณีหรือคู่กรณีคาดหมายว่าจะเกิดขึ้นนั้นแตกต่างไปจากขณะที่ตกลงกันในสาระสำคัญ ถึงขนาดที่หากคู่กรณีได้รู้ถึงความเปลี่ยนแปลงหรือความแตกต่างนี้แล้วก็คงจะมีได้ตกลงกันหรือตกลงกันในเนื้อหาที่แตกต่างออกไป เป็นที่ยอมรับกันว่าอาจปรับใช้หลักสุจริตช่วยในการปรับปรุงแก้ไขเนื้อหาแห่งนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณีให้สอดคล้องกับพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงได้

โดยสรุปแล้วหลักสุจริต เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย หากพิเคราะห์จากหลักนิติรัฐ ซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้ว ทั้งหลักสุจริตเมื่อนำมาใช้กับหลักนิติรัฐ ที่รัฐจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ดังนั้นการใช้อำนาจทางปกครองหรืออำนาจมหาชนในลักษณะอื่นใด องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องใช้อำนาจโดยสุจริตการบิดเบือนการใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

หลักสุจริต นอกจากจะผูกพันองค์กรฝ่ายปกครองแล้ว ยังผูกพันราษฎรที่เข้ามาปฏิสัมพันธ์กับรัฐด้วย ราษฎรคนใดกระทำการโดยไม่สุจริต รัฐย่อมไม่คุ้มครองประโยชน์ราษฎรผู้นั้นจากการกระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคสาม อนุหนึ่ง ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้ ถ้าผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งหรือข่มขู่ หรือชักจูงใจ โดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีขอบด้วยกฎหมาย เพราะจะหยิบยกเอาความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาใช้อ้างกับเจ้าหน้าที่มิได้

โดยการดำเนินการทางวินัย ถือเป็นการดำเนินการตามกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครอง ซึ่งต้องไปตามหลักการของกฎหมายมหาชน

ผู้บังคับบัญชาหรือผู้ที่มีอำนาจจะต้องใช้ดุลพินิจตามกฎหมายให้เป็นไปโดยชอบกฎหมายและระเบียบหลักเกณฑ์และให้เกิดความยุติธรรมแก่ทุกฝ่าย แต่ในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบรองรับในการดำเนินการทางวินัยข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ให้สามารถจับบุคคลที่ร่วมกันกระทำความผิดเป็นพยานได้ จึงจำเป็นจะต้องมีการบัญญัติกฎหมายหรือระเบียบออกมาบังคับใช้ให้เป็นตามหลักความยุติธรรมตามหลักกฎหมายธรรมชาติ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักการใช้ดุลพินิจโดยชอบและหลักสุจริต

2.9 หลักในการตรากฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้แบ่งออกเป็นหมวดจำนวน 16 หมวด และบทเฉพาะกาล มีหมวด 6 เป็นเรื่องแนวนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งบทบัญญัติในหมวดนี้ เป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน รัฐพึงส่งเสริมสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศ รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น รัฐพึงพัฒนาระบบการบริหารราชการแผ่นดินทั้งราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น และงานของรัฐอย่างอื่น ให้เป็นไปตามหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีเป็นต้น นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้รัฐต้องปฏิบัติ ตามหลักการในการตรากฎหมายที่จะใช้บังคับเป็นกฎหมายอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ประชาชนผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้มีส่วนร่วมในการตรากฎหมายด้วย จึงได้บัญญัติมาตรา 77 ไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็น กฎหมายสูงสุด

ในการนี้จึงได้นำเจตนารมณ์มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการตามเจตนารมณ์และหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย (Checklist) มาอธิบายดังนี้⁵⁹

2.9.1 เจตนารมณ์มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
เจตนารมณ์มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีสาระสำคัญ ดังนี้⁶⁰

⁵⁹ นายธีรวัฒน์ วงศาสุวรรณ.(2560-2561). *ผลกระทบของมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. หน้า 37.

⁶⁰ คณะอนุกรรมการจัดทำองค์ความรู้เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. หน้า 47-49.

1) มาตรา 77 บัญญัติขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ให้เกิดการปฏิรูปด้านกฎหมาย ซึ่งความในหมวด 16 การปฏิรูปประเทศ มาตรา 258 ค ด้านกฎหมายระบุว่า“(1) กำหนดให้รัฐดำเนินการให้มีการปฏิรูปกฎหมายต่าง ๆ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน ให้สอดคล้องกับหลักการตามมาตรา 77 และพัฒนาให้สอดคล้องกับหลักสากล”

2) ความในวรรคหนึ่งของมาตรา 77 มีความประสงค์ไม่ให้ออกกฎหมายมากเกินไป เนื่องจากปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับที่ล้าสมัย บังคับการไม่ได้แล้ว หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน รวมทั้งมีกฎหมายจำนวนมากที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน รัฐจึงควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว โดยการออกกฎหมายควรคำนึงถึงภาระของประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวก และเข้าใจได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

3) ความในวรรคสองของมาตรา 77 บัญญัติขึ้นเนื่องจากปัจจุบันรูปแบบการเสนอร่างกฎหมายของประเทศไทยเป็นไปโดยง่ายและไม่มีการประเมินผลกระทบที่ประชาชนและสังคมได้รับจากกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้ ประกอบกับเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วไม่มีการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยต่อสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป ด้วยเหตุนี้ความในวรรคสองจึงกำหนดหลักการสำคัญดังนี้

3.1) กำหนดหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนในขั้นตอนก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ ผู้เสนอกฎหมายพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อเป็นการถ่วงถ่วงก่อนการเสนอร่างกฎหมายเบื้องต้น รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน ทั้งนี้ความในมาตรา 77 กำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการตรากฎหมายเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอนเท่านั้น แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

3.2) เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อเป็นช่องทางในการพัฒนากฎหมายในอีกทางหนึ่ง

4) ความในวรรคสามของมาตรา 77 มีที่มาจากข้อเสนอการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายกำหนดให้รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณี ที่จำเป็นเพื่อให้เกิดความคล่องตัว

5.) การกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในหลายมาตราเป็นการเฉพาะ อาทิ เรื่องที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การทำหนังสือสัญญากับนานาประเทศ หรือ การกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีผลกระทบต่อชีวิตของประชาชนในท้องถิ่น ในสาระสำคัญ เป็นต้นแต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากจะกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในหลายมาตราเป็นการเฉพาะแล้ว ยังมีบทบัญญัติทั่วไปรองรับหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนไว้ในมาตรา 77 ซึ่งอยู่ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐด้วย

ประเทศไทยได้บัญญัติเรื่องแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐไว้เป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 บทบัญญัติในหมวดนี้มีสถานะเป็นแนวทางให้รัฐดำเนินการตรากฎหมายและกำหนดนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อช่วยรักษาไว้ซึ่งความต่อเนื่องกันและสม่ำเสมอในการบริหารราชการ ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องรัฐ แต่เป็นเรื่องความรับผิดชอบทางการเมือง ทั้งนี้เพื่อมิให้มีการนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องร้องกันแก่สังฆการการเมือง หมวดแนวนโยบายแห่งรัฐมีความแตกต่างกับหมวดหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติ ไม่เช่นนั้นอาจเป็นเหตุฟ้องร้องบังคับให้รัฐปฏิบัติได้

6) หลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติ (Checklist) ทำระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ข้อ 10 (เดิม) ได้กำหนดหลักเกณฑ์การรับฟังความคิดเห็นว่าในการยกร่างกฎหมายได้เปิดโอกาสให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้แสดงความคิดเห็นแล้วหรือไม่ และมีข้อคัดค้านของผู้ที่เกี่ยวข้องประการใด แต่ในทางปฏิบัติที่ผ่านมาแม้จะกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน สนใจขึ้นก่อนกร่างกฎหมาย แต่ในการพิจารณาร่างกฎหมายมักจะไม่ได้นำข้อมูลที่ได้รับจากการรับฟังความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณา ดังนั้นมาตรา 77 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงกำหนดให้รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการตรากฎหมายเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน แต่ไม่ได้กำหนดให้ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในการตรากฎหมายทุกขั้นตอนแต่อย่างใด

2.9.2 กระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการตามเจตนารมณ์

มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีจุดมุ่งหมายเพื่อไม่ให้มีจำนวนกฎหมายมากเกินไป และควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่เห็นว่าหมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดย ไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน และก่อนตรากฎหมายทุกฉบับจะต้องรับฟังความคิดเห็นของ ผู้เกี่ยวข้องเพื่อให้กฎหมายเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะใช้บังคับและ

ไม่ให้เกิดอุปสรรค และปัญหากับผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย อีกทั้งรัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

1) หลักการก่อนตรากฎหมาย กฎหมายของประเทศไทยมีจำนวนมากจึงต้องจำกัดให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเท่าที่จำเป็นก่อนตรากฎหมายทุกฉบับให้หน่วยงานที่เสนอกฎหมายหรือหน่วยงานที่จัดทำร่างกฎหมาย ให้แก่สมาชิกสภาหรือประชาชนต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีการ ตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายหรือทางเลือกต่าง ๆ และวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจจะ เกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ ทั้งนี้ต้องเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการ วิเคราะห์นั้นต่อประชาชน ส่วนการพิจารณาร่างกฎหมายในเบื้องต้นก่อนเสนอให้สภาพิจารณา เจ้าหน้าที่ของฝ่ายบริหารโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีหรือ ฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรก็ต้องตรวจสอบกระบวนการรับฟัง ความคิดเห็นอีกครั้งก่อนเสนอต่อสภาหรือการพิจารณาของสภาแล้วแต่กรณี เพื่อประเมินผลทางเลือก ในการกำกับดูแลและเพื่อประเมินกฎหมายในภาพรวม ในขั้นตอนการพิจารณากระบวนการของบท กฎหมายต้องคำนึงปัจจัยต่าง ๆ ดังนี้ ระบบอนุญาตและระบบกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็นการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและการกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง ขณะการพิจารณาร่างกฎหมายโดยสภาหากสาระหรือกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องเพียงพอแล้วก็ไม่จำเป็นต้องมีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องเพิ่มเติม หรือหากยังไม่เพียงพอสภาอาจให้รับฟัง ความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องเพิ่มเติม ซึ่งสามารถจะดำเนินการ ได้ทั้งในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการวาระที่สองขึ้นพิจารณาเรียงตามมาตราของคณะกรรมการ

หลักการก่อนตรากฎหมายเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายใช้บังคับ กล่าวคือเป็นการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับใหม่มีเงื่อนไขดังนี้

1.1) รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น

1.2) ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

1.3) รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

2) หลักการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย

การยกเลิกกฎหมายเป็นการยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกกฎหมายทั้งฉบับพร้อมกันหลายฉบับ โดยการตรากฎหมายยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่หมดความจำเป็นหรือซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น หรือเป็นการปรับปรุงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้วเห็นสมควรได้รับการแก้ไขปรับปรุง ทั้งนี้การยกเลิกกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้กฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชนเมื่อมีกฎหมายใช้บังคับแล้วต้องการยกเลิกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมายก็ต้องอาศัยกฎหมายที่อยู่ระดับเดียวกันหรือสูงกว่าเพื่อยกเลิกกฎหมายหรือปรับปรุงกฎหมาย โดยการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายมีเงื่อนไขดังนี้

2.1) กฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสถานการณ์

2.2) กฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบประชาชน การที่จะอ้างเงื่อนไขได้ต้องมีการประเมินผลของกฎหมายทุกระยะเวลาที่กำหนด

2.3) ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

2.4) ถ้ามีการปรับปรุงกฎหมายรัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจนและพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

3) หลักการเมื่อกฎหมายที่ผลบังคับใช้แล้ว เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้วรัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกระยะเวลาที่กำหนดโดยการรับฟังความคิดเห็นผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีเงื่อนไขดังนี้

3.1) ดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

3.2) รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

3.3) เมื่อมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วยเพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป ถ้าเห็นว่าจำเป็นต้องตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ หรือ ควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชนต้องดำเนินการรัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้น ต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน

2.9.3 หลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย (Checklist)

คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2546 อนุมัติหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย (Checklist) ขึ้น เพื่อใช้เป็นแนวทางในการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย โดยเสนอให้หน่วยงานรัฐทุกหน่วยงานต้องพิจารณาเรื่องดังต่อไปนี้ โดยละเอียดก่อนการจัดทำกฎหมายดังต่อไปนี้

1) วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจคืออะไร เช่น วัตถุประสงค์และเป้าหมายของภารกิจคือ เพื่อแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องใด ความจำเป็นที่ต้องทำภารกิจหากไม่ทำภารกิจนั้นจะมีผลประการใด การดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์มีกี่ทางเลือก มีทางเลือกอะไรบ้าง แต่ละทางเลือกมีข้อดีข้อเสียอย่างไร มาตรการที่บรรลุวัตถุประสงค์ของภารกิจคืออะไร ภารกิจนั้นจะแก้ไขปัญหาหรือข้อบกพร่องนั้นได้เพียงใด

2) ใครควรเป็นผู้ทำภารกิจนั้น เช่น เมื่อคำนึงถึงประสิทธิภาพ ต้นทุน และความ คล่องตัวแล้ว เหตุใดจึงไม่ควรให้เอกชนทำภารกิจนี้ ภารกิจนี้ควรทำร่วมกับเอกชนหรือไม่ อย่างไร เมื่อคำนึงถึงประสิทธิภาพและประโยชน์ที่จะเกิดแก่การให้บริการประชาชน ควรทำภารกิจนี้ร่วมกับหน่วยงานอื่นหรือไม่ เพราะเหตุใด ภารกิจดังกล่าวหากให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำจะได้ประโยชน์แก่ประชาชนมากกว่าหรือไม่

3) มีความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้การทำภารกิจนั้นประสบความสำเร็จหรือไม่ เช่น การจัดทำภารกิจนั้นมีความสอดคล้องกับเรื่องใด อย่างไร การท ภารกิจนั้นสามารถใช้มาตรการทาง บริหารโดยไม่ต้องออกกฎหมายได้หรือไม่ ในการทำภารกิจนั้น เหตุใดจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายในขณะนี้ การใช้บังคับกฎหมายและระยะเวลาในการใช้บังคับกฎหมาย

4) ความซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น เช่น การดำเนินการตามภารกิจในเรื่องนี้มีกฎหมายในเรื่องเดียวกันหรือทำนองเดียวกันหรือไม่ในกรณีที่มีกฎหมายขึ้นมาใหม่ เหตุใดจึงไม่ยกเลิก แก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายในเรื่องเดียวกันหรือทำนองเดียวกันที่มีอยู่

5) ผลกระทบและความคุ้มค่า เช่น ประชาชนจะมีการดำรงชีวิตที่ดีขึ้นในเรื่องใด อย่างไร และเพียงใด หรือเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนมากน้อยเพียงใด เศรษฐกิจหรือสังคมมีการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้เพียงใด การประกอบกิจการเป็นไปโดยสะดวกหรือลดต้นทุนของผู้ประกอบการ ได้มากน้อยเพียงใด

6) ความพร้อมของรัฐ เช่น ความพร้อมของรัฐ ในกรณีที่เป็นร่างกฎหมายที่มีผลต่อการจัดตั้งหน่วยงานหรืออัตรากำลัง มีความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตรากำลัง และงบประมาณหรือไม่ วิธีการที่จะให้ผู้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายมีปฏิบัตินิติกฎหมาย

7) หน่วยงานที่รับผิดชอบและผู้รักษาการตามกฎหมาย เช่น มีหน่วยงานอื่นใดที่ปฏิบัติการซ้ำซ้อนหรือใกล้เคียงกันหรือไม่ มีข้อเสนอแนะในการดำเนินการกับหน่วยงานนั้นอย่างไร มีความเกี่ยวข้องหรือมีผลกระทบต่อการทำงานของหน่วยงานอื่นหรือไม่ อย่างไร มีการบูรณาการการทำงานร่วมกับหน่วยงานอื่นหรือไม่ อย่างไร

8) วิธีการทำงานและการตรวจสอบ เช่น ระบบการทำงานที่กำหนดสอดคล้องกับหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีหรือไม่ เช่น เกิดประโยชน์สุขของประชาชน เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจของรัฐ มีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าในเชิงภารกิจของรัฐ ไม่มีขั้นตอนการปฏิบัติงานเกินความจำเป็น

9) การจัดทำกฎหมายลำดับรอง เช่น ได้จัดทำแผนในการจัดทำกฎหมายลำดับรอง กรอบระยะเวลา ตลอดจนกรอบสาระสำคัญของกฎหมายลำดับรองนั้น หรือไม่ มีกรอบในการตราอนุบัญญัติเพื่อป้องกันการขยายอำนาจหน้าที่ของรัฐหรือเพิ่มภาระแก่บุคคลเกินสมควรอย่างไร

10) การรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานอื่นและผู้ที่เกี่ยวข้องที่ได้รับผลกระทบจากการมีกฎหมายนั้นแล้วหรือไม่ เช่น ผู้ที่เกี่ยวข้องหรืออาจได้รับผลกระทบที่รับฟังความคิดเห็น มีการเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นต่อประชาชนหรือไม่ อย่างไร เช่น วิธีการในการรับฟังความคิดเห็น จำนวนครั้งและระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นแต่ละครั้ง พื้นที่ในการรับฟังความคิดเห็น ประเด็นที่มีการแสดงความคิดเห็น ข้อคัดค้านหรือความเห็นของหน่วยงานและผู้เกี่ยวข้องในแต่ละประเด็น คำชี้แจงเหตุผลรายประเด็นและการนำผลการรับฟังความคิดเห็นมาประกอบการพิจารณาจัดทำร่างกฎหมายในการนี้เจตนารมณ์มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้เกิดการปฏิรูปด้านกฎหมายและไม่ให้รัฐออกกฎหมายมากเกินไป เนื่องจากปัจจุบันมีกฎหมายบางฉบับที่ล้าสมัย บังคับการไม่ได้แล้ว หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน รวมทั้งมีกฎหมายจำนวนมากที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพของประชาชน รัฐจึงควรยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายดังกล่าว โดยการออกกฎหมายควรคำนึงถึงภาระของประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายได้โดยสะดวกและเข้าใจได้ง่าย

เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง และให้มีการประเมินผลกระทบที่ประชาชนและสังคมได้รับจากกฎหมาย ที่ออกมาบังคับใช้ ประกอบกับเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วไม่มีการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัย ต่อสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป โดยมีกระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการ ตามเจตนารมณ์ดังนี้ 1) หลักก่อนตรากฎหมาย 2) หลักการยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย 3) หลักการ เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้แล้ว

อย่างไรก็ตามการดำเนินการตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการตรากฎหมายเท่านั้นจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย (Checklist) ไว้ 10 ประการเพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตรา กฎหมายต่อไปซึ่งการเสนอร่างกฎหมายต่อสภาต้องมีการดำเนินการตรวจสอบความจำเป็นในการตรา กฎหมาย (Checklist) ไว้ 10 ประการและหลักฐานการรับฟังความคิดเห็นผู้เกี่ยวข้องแนบมาพร้อมกับ ร่างกฎหมายด้วยจึงจะถือว่าเป็นการเสนอกฎหมายที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้