

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัย ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และคณะกรรมการ ป.ป.ท.

การศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการทบทวนมติชี้มูลความผิดทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 มาตรา 4)¹ และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ (คณะกรรมการ ป.ป.ท.) (พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 มาตรา 5)² มีความจำเป็นต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ และการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ซึ่งมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ อันได้แก่ หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) หลักนิติธรรม (The Rule of Law) หลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legality) ทั้งนี้ เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา โดยมีแนวคิดและทฤษฎี ดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

การทุจริต (Corruption) ถือเป็นอาชญากรรมร้ายแรงชนิดหนึ่ง ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศในเรื่องการรายได้เท่านั้น แต่การกระทำดังกล่าวยังส่งผลเสียถึงระบบบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย โดยก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ การดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อหน่วยงานในภาครัฐในการนำภาษีไปใช้ รวมทั้งการพัฒนาประเทศในระยะยาวและเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศไทยยังคงติดอยู่ในกับดักของประเทศที่มีรายได้ในระดับปานกลาง³

¹ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

“คณะกรรมการ ป.ป.ช.” หมายความว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

ฯลฯ

ฯลฯ

² มาตรา 5 ให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ เรียกโดยย่อว่า คณะกรรมการ ป.ป.ท.

³ วิษณุพงษ์ โพธิ์พิรุฬห์ และคณะ. (2561). *โครงการเสริมสร้างประสิทธิผลของระบบการให้เบาะแสในประเทศไทย และการส่งเสริมความร่วมมือในระดับพื้นที่ภาคใต้เพื่อป้องกันปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชันในภาครัฐ*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). หน้า 2 - 3.

สำหรับเนื้อหาในส่วนนี้จะศึกษาในรายละเอียดเกี่ยวกับหลักนิติธรรมในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต หลักธรรมาภิบาลในการควบคุมการประพฤติมิชอบและการป้องกันและปราบปรามการทุจริต การทุจริตในความหมายของการป้องกันและปราบปรามการทุจริต สาเหตุของการทุจริตคอร์รัปชัน ประเภทของการทุจริตคอร์รัปชันและผลกระทบของการทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อให้เกิดความความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับการทุจริตในภาครัฐและสะท้อนให้เห็นถึงขอบเขตของการกระทำทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อให้ตระหนักถึงความสำคัญของปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน เป็นสาเหตุให้รัฐจำเป็นต้องมีการป้องกันกับปัญหาดังกล่าว ซึ่งจะนำเสนอตามลำดับดังต่อไปนี้

2.1.1 หลักนิติธรรมในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ในประเทศที่มีระบอบการปกครองที่เจริญแล้วในปัจจุบัน มีหลักเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปที่เรียกว่า หลักนิติธรรม⁴ ซึ่งเป็นคำแปลมาจากภาษาอังกฤษว่า The Rule of Law หลักนี้เป็นหลักใหญ่ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย ถ้าจะแปลเป็นไทยด้วยภาษาง่าย ๆ ที่สามัญชนเข้าใจได้ ก็คงจะแปลได้ว่า “หลักเรื่องกฎหมายเป็นใหญ่” หรือถ้าจะกล่าวได้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นก็ต้องกล่าวว่า “กฎหมายเป็นเจ้าใหญ่ในบ้านเมืองไม่ใช่บุคคลเป็นใหญ่” ในภาษาอังกฤษมีคำกล่าวที่มีความหมายทำนองที่กล่าวนี้ว่า “The Government of law, not of man” กล่าวคือในประเทศที่ถือหลักการนี้ เมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างราษฎรด้วยกัน หรือระหว่างราษฎรกับข้าราชการ แม้กระทั่งระหว่างราษฎรกับผู้มีอำนาจใหญ่โตในบ้านเมือง เกิดปัญหาว่าฝ่ายใดผิดฝ่ายใดถูกต้องควรจะบังคับการให้เป็นไปอย่างไรก็ดี กฎเกณฑ์ หรือเครื่องวัดที่จะนำมาชี้ขาดปัญหาเหล่านี้ ก็คือตัวบทกฎหมายของบ้านเมือง ไม่ใช่ชี้ขาดบังคับบัญชาไปตามอารมณ์หรือตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจ ถ้าหลักการนี้ได้ฝังรากลงในประเทศชาติบ้านเมืองได้อย่างมั่นคงแล้ว บ้านเมืองนั้นก็จะมีขอมิแป ทำให้ผู้มีกำลังมากกว่าไม่กล้าและไม่อาจข่มเหงผู้มีกำลังน้อยกว่า ผู้มีสติปัญญาฉลาดกว่าไม่กล้าและไม่อาจใช้สติปัญญาของตนเอารัดเอาเปรียบผู้มีสติปัญญาด้อยกว่า สรุปลแล้ว “หลักเรื่องนิติธรรม” หากจะอธิบายตามแนวความคิดดั้งเดิมของไทย ก็คือหลักไม่ให้นักข่มเหงและเอารัดเอาเปรียบกัน โดยถือกฎหมายเป็นหลักเป็นประธานในการปกครองบ้านเมืองนั่นเอง

หลักนิติธรรมแม้จะเป็นหลักที่ประเทศไทยรับมาจากการปกครองของชาวตะวันตก แต่โดยแก่นสารแล้วก็เป็นความคิดที่มีมาแต่ดั้งเดิมในวัฒนธรรมของไทย ดังจะเห็นได้จากคำจารึกในศิลาจารึก “เรื่องที่ทรงพระราชดำริจัดตั้งศาลสถิตย์ยุติธรรม”⁵ ซึ่งจัดทำขึ้นในสมัยพระบาทสมเด็จพระ

⁴ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2541). *ประชาธิปไตยกับชนชั้นกลาง*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 45 - 47.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45 - 47.

พระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 มีความว่า “พระราชกิจในการรักษาประโยชน์ สุขและดำรงความยุติธรรมเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องทรงพระอุทิศสาหะดำรงรักษา โดยพระสุตพิริยปรีชาอุทิศสาหะ เพื่อจะขจัดตัดเสียซึ่งการอาศัยอำนาจธรรมทั้งปวง และต้องป้องกันแห่นหวงศักรุภายนอกภายใน มิให้มีโอกาสล่วงเกินเบียดเบียนราษฎรให้เดือดร้อนได้” อีกตอนหนึ่งในพระหัตถ์พระบรมราชโองการว่า “ทรงพระดำริสำคัญเห็นว่าในการทั้งปวงเหล่านี้ การยุติธรรมอันเดียวเป็นการที่สำคัญยิ่งใหญ่นั้น เป็นหลักเป็นประธานการชำระตัดสินความจากโรงศาลเป็นเครื่องประกอบรักษาให้ความยุติธรรมเป็นไป ถ้าจัดได้ดีขึ้นเพียงใด ประโยชน์ความสุขของราษฎรก็จะเจริญยิ่งขึ้นเท่านั้น” ข้อความเหล่านี้ชี้ให้เห็นว่าความคิดที่คล้ายกัน “หลักนิติธรรม” มีอยู่ในวัฒนธรรมไทยมาแต่เดิม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ⁶

1) เนื้อหาของหลักนิติธรรม

A.V. Dicey (ค.ศ. 1835 ถึง 1922) นักกฎหมายของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งใน การช่วยพัฒนาหลักนิติธรรมก็คือ Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้⁷

อาจกล่าวได้ว่า สาระสำคัญของหลักนิติธรรม⁸ คือกฎหมายและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มีความเป็นธรรม สามารถปกป้องคนดีและลงโทษคนไม่ดีได้ มีการปฏิรูปกฎหมายอย่างสม่ำเสมอ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ประชาชนต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอย่างเท่า

⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของเครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, กรุงเทพฯ: เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, หน้า 1.

⁷ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. *หลักนิติธรรม (The Rule of Law) กับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 2.

⁸ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). *รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ 7 ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 599.

เทียมกัน การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างรวดเร็ว โปร่งใส ตรวจสอบได้ และได้รับการยอมรับจากประชาชน ประชาชนตระหนักถึงสิทธิเสรีภาพ และหน้าที่ของตน เข้าใจกฎเกณฑ์ต่าง ๆ และมีส่วนร่วมในกรณีต่าง ๆ และการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ต้องจำกัดการใช้อำนาจและตรวจสอบการใช้อำนาจไปพร้อมกัน

(2) สาระสำคัญของหลักนิติธรรม⁹

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์ ประกอบคำพิพากษาและหลักการในเวทีสากลระหว่างประเทศต่าง ๆ แล้ว สามารถที่จะกล่าวได้ว่า หลักนิติธรรมนั้น น่าจะหมายถึง “หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย ที่กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจะต้องไม่ฝ่าฝืน ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม โดยหลักนิติธรรมหรือหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายนี้ จะถูกล่วงละเมิดไม่ได้ หากกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรม ขัดหรือแย้งต่อหลักนิติธรรม ผลคือ จะใช้บังคับไม่ได้”¹⁰

2.1.2 หลักธรรมาภิบาลในการควบคุมการประพฤติมิชอบและการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ธรรมาภิบาล¹¹ เป็นหลักเกณฑ์การปกครองบ้านเมืองตามวิถีทางธรรมาธิปไตย เป็นการปกครองบ้านเมืองที่มีความเป็นธรรม มีกฎเกณฑ์ที่ดีในการบำรุงรักษาบ้านเมือง และสังคมให้มีการพัฒนาครอบคลุมทุกภาคส่วนของสังคม รวมทั้งมีการจัดระบบองค์กรและกลไกต่าง ๆ ในส่วนราชการ องค์กรของรัฐ รัฐบาล การบริหารราชการส่วนภูมิภาค และท้องถิ่น ตลอดจนองค์กรอิสระ (Independent organization) องค์กรเอกชน กลุ่มชมรมและสมาคมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นนิติบุคคล ภาคเอกชนและภาคประชาสังคม (Civil Society) ดังนั้น หลักธรรมาภิบาล จึงหมายถึงเป็นแนวทางในการจัดระเบียบเพื่อให้สังคมของประเทศทั้งภาครัฐ ภาคธุรกิจเอกชน และภาคประชาชนของทั้งประเทศ สามารถอยู่ร่วมกันได้อย่างสงบสุขและตั้งอยู่ในความถูกต้องเป็นธรรม โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญ 6 ประการ ดังนี้

(1) หลักนิติธรรม คือ การตรากฎหมาย กฎ ระเบียบข้อบังคับและกติกาต่าง ๆ ให้ทันสมัยและเป็นธรรม

(2) หลักคุณธรรม คือ การยึดถือและเชื่อมั่นในความถูกต้องดีงาม

⁹ จุลกิจ รัตนมาศทิพย์. (2551). *วิถีปฏิภาณมหาชน เล่ม 1 วาทกรรมว่าด้วยสังคม กฎหมายและความยุติธรรมในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: หอสมุดแห่งชาติ. หน้า 522.

¹⁰ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6*. หน้า 1.

¹¹ เสรี สุวรรณภานนท์. (2551). *เอกสารประกอบการเรียนการสอน เรื่อง ธรรมาภิบาลกับการมีส่วนร่วมของประชาชน*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 1 - 2.

(3) หลักความโปร่งใส คือ การทำให้สังคมที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารอย่างตรงไปตรงมา และสามารถตรวจสอบความถูกต้องได้

(4) หลักความมีส่วนร่วม คือ การทำให้สังคมไทยเป็นสังคมที่ประชาชนมีส่วนร่วมรับรู้ และร่วมเสนอความเห็นในการตัดสินใจสำคัญ ๆ ของสังคม เช่น เป็นคณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ

(5) หลักความรับผิดชอบ ผู้บริหาร ตลอดจนคณะข้าราชการ ทั้งฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำ ต้องตั้งใจปฏิบัติภารกิจตามหน้าที่อย่างดียิ่ง โดยมุ่งให้บริการแก่ผู้มารับบริการ เพื่ออำนวยความสะดวกต่าง ๆ มีความรับผิดชอบต่อความบกพร่องในหน้าที่การงานที่ตนรับผิดชอบอยู่ และพร้อมที่จะปรับปรุงแก้ไขได้ทันที่

(6) หลักความคุ้มค่า ผู้บริหารต้องตระหนักว่ามีทรัพยากรค่อนข้างจำกัด เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่ส่วนรวม โดยรณรงค์ให้บุคลากรมีความประหยัดใช้วัสดุอุปกรณ์อย่างคุ้มค่า

ดังนั้น การนำหลักธรรมาภิบาลมาใช้ทำให้องค์กรสามารถเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารงานได้ อีกทั้งยังเป็นกลไกในการควบคุมติดตามและตรวจสอบ โดยมีประชาชนหรือองค์กรภายนอกมีส่วนร่วม ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่การบริหารองค์กร เพราะการสร้างธรรมาภิบาล ให้เกิดขึ้นในองค์กรเป็นการสร้างสำนึกที่ดีในการบริหารงาน และการทำงานในองค์กร และจัดระบบที่สนับสนุนให้มีการปฏิบัติตามสำนึกที่ดีไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของการบริหารงานอย่างมีประสิทธิภาพไม่สิ้นเปลือง การติดตามการทุจริต ความโปร่งใส โดยคำนึงถึงผู้ที่เกี่ยวข้องที่จะได้รับผลกระทบ เนื่องจากผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้นจะเกี่ยวข้องกับประชาชนโดยตรง

2.1.3 การทุจริตในความหมายของการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

การทุจริต (Corruption) ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศในเรื่องการสูญเสียนงบประมาณและรายได้เท่านั้น แต่การกระทำดังกล่าวยังส่งผลเสียถึงระบบบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย โดยก่อให้เกิดผลกระทบอย่างร้ายแรงที่บั่นทอนศักยภาพในการแข่งขันทางเศรษฐกิจ การดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ความเชื่อมั่นของประชาชนที่มีต่อหน่วยงานในภาครัฐ ในการนำภาษีไปใช้ รวมทั้งสมรรถภาพการพัฒนาประเทศในระยะยาวและเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้ประเทศไทยยังคงติดอยู่ในกับดักของประเทศที่มีรายได้ปานกลาง¹²

¹² วิษณุพงษ์ โพธิพิรุฬห์ และคณะ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 3. หน้า 2 - 3.

พจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานของประเทศไทย ได้ให้ความหมายของคำว่า การทุจริต ว่าหมายถึงความประพฤติชั่ว คดโกง โกง นื้อโกง ทุจริตต่อหน้าที่ ไม่ซื่อตรง¹³

พจนานุกรมของต่างประเทศ เช่น “Black’s Law Dictionary” ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเป็นการกระทำที่ชั่วช้าและนื้อโกงโดยเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย นอกจากนี้ยังหมายถึงการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งประชาชนให้ความไว้วางใจกระทำ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยการรับหรือยอมรับประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่น¹⁴

สำนักกำกับและพัฒนาการตรวจสอบภาครัฐ กรมบัญชีกลาง ได้ให้ความหมายว่าเป็นการกระทำผิดกฎหมายโดยจงใจของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลในลักษณะการนื้อฉด หลอกลวง ปกปิด หรือใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ อีกทั้งยังรวมถึงกระทำที่เกิดขึ้นโดยปราศจากการข่มขู่ บังคับจากผู้อื่นเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินเงินทอง หรือบริการ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายเงิน หรือค่าตอบแทน หรือเพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนตน หรือความได้เปรียบทางธุรกิจซึ่งหมายรวมถึง การทุจริต เงินโยบายและผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest)¹⁵

องค์กรความโปร่งใสสากลซึ่งเป็นองค์กรระดับนานาชาติ ได้ให้ความหมายไว้ว่าเป็นการใช้อำนาจที่ได้รับมอบมาจากส่วนรวมในการแสวงหาประโยชน์ส่วนตัว¹⁶

ประมวลกฎหมายของกฎหมายไทย คำว่า การทุจริต ถ้าถือเอาความหมายของคำว่า โดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(1) หมายถึง เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

เมื่อได้ทราบความหมายอย่างกว้างของการทุจริตแล้วในลำดับต่อมาก็จะศึกษาความหมายของคำว่า การทุจริตในภาครัฐ ตามบทบัญญัติกฎหมายและความเห็นของนักวิชาการในสาขาต่าง ๆ ซึ่งมีการให้นิยามความหมายของคำว่าทุจริตที่แตกต่างกันออกไปและไม่ได้มีการกำหนดความหมายไว้อย่างตายตัว ทำให้ขอบเขตของความหมายการทุจริตในภาครัฐกว้างขวางเช่นเดียวกันสำหรับ

¹³ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. (2554). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. หน้า 534.

¹⁴ B.A. Garner. (2009). *“Black’s Law Dictionary,”*. United State of America : West publishing. P. 311.

¹⁵ สำนักกำกับและพัฒนาการตรวจสอบภาครัฐ กรมบัญชีกลาง. (2556). *แนวทางการตรวจสอบและป้องกันการทุจริตภาครัฐ*. กรุงเทพฯ: กรมบัญชีกลาง. หน้า 7.

¹⁶ Transparency international. (2019). *What is Corruption?*, (Online). Available: <https://www.transparency.org/what-is-corruption/>. [2019,Jul 7].

ประเทศไทย หากพิจารณาในแง่กฎหมายตามพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีบทบัญญัติที่กำหนดคำนิยามของคำว่าทุจริตในภาครัฐไว้ใน มาตรา 3 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

ทุจริตในภาครัฐ (Corruption in Public Sector) หมายความว่า ทุจริตต่อหน้าที่หรือประพฤติมิชอบในภาครัฐ นอกจากนี้บทบัญญัติกฎหมายมาตราดังกล่าวยังได้กำหนดนิยามความหมายของการทุจริตต่อหน้าที่และการประพฤติมิชอบที่ถือเป็นความผิดในภาครัฐ ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีอำนาจตรวจสอบ โดยตรง โดยกำหนดว่าทุจริตต่อหน้าที่ (Corruption in Office) คือการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่ง หรือหน้าที่ซึ่งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น หรือกระทำการอันเป็นความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) หรือตามกฎหมายอื่น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มาตรา 4 ก็ได้ให้ความหมายคำว่า ทุจริตต่อหน้าที่ ไว้เช่นเดียวกัน

ประพฤติมิชอบ (Misconduct) คือการใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่มุ่งหมายจะควบคุมดูแลการรับ การเก็บรักษา หรือการใช้เงินหรือทรัพย์สินของแผ่นดิน นอกจากนี้ในแง่กฎหมายแล้ว ในมุมมองความเห็นของนักวิชาการนั้นยังพบว่ามิใช่ให้ความเห็นทางวิชาการ เช่น

ศาสตราจารย์พิเศษวิชา มหาคุณ ได้ให้ความเห็นว่าการทุจริตเป็นสิ่งที่หยังรากลึกในสังคมไทยโดยเฉพาะเรื่องของการให้สินบนแก่ผู้มีอำนาจ การแก้ปัญหาคอร์รัปชัน อันดับแรกคือต้องให้คำจำกัดความหรือปรับทัศนคติเพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องทุจริตให้ตรงกันเสียก่อน มิฉะนั้นก็อาจตกอยู่ในกับดักของคำว่าทุจริตจนไม่สามารถที่จะต่อสู้ให้ได้รับชัยชนะได้¹⁷

ศาสตราจารย์พิเศษชานินทร์ กรีวิเชียร ได้ให้ความเห็นว่า คำว่า “Corruption” นั้นมีความหมายเหมือนกับคำว่า ฉ้อราษฎร์บังหลวง ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าคำว่า การทุจริต เพราะเป็นการเบียดบังยกยอกทรัพย์ (Misappropriation) ของรัฐและของสาธารณะ รวมถึงการกินสินบนและแสวงหาอำนาจโดยวิธีการอันผิดทำนองคลองธรรม¹⁸

¹⁷ วิชา มหาคุณ. (2556). “ทุจริตคอร์รัปชัน: กับดักของความไม่เท่าเทียมกัน (Corruption : Inequality Trap)” วารสารวิชาการ ป.ป.ช., 6(1), หน้า 2 - 3.

¹⁸ ชานินทร์ กรีวิเชียร. (2520). *กฎหมายกับการฉ้อราษฎร์บังหลวง*. กรุงเทพฯ: ทำเนียบรัฐบาล. หน้า 2.

2.1.4 สาเหตุในการทุจริตประพตมิชอบ

การทุจริตและประพตมิชอบเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกระดับของสังคม ทั้งในระบบการเมืองและราชการเป็นผลมาจากความสัมพันธ์แบบระบบอุปถัมภ์ ซึ่งสานต่อมาจากยุคอดีต โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสืบทอดวัฒนธรรมเกี่ยวกับการให้ของขวัญแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ระดับชั้นผู้น้อยจนกระทั่งถึงข้าราชการผู้มีตำแหน่งในระดับอาวุโส¹⁹ มุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์ เชื่อว่าการทุจริตเป็นพฤติกรรมที่เกิดมาจากแรงจูงใจของบุคคล ดังนั้นการจะลดปัญหาการทุจริตได้นั้นจะต้องเริ่มจากการลดปัจจัยจูงใจต่าง ๆ ดังเช่น ที่ Becker ปรมาจารย์ทางด้านเศรษฐศาสตร์ (Economics) ได้เขียนไว้ในบทความว่า แม้จะไม่มีแนวทางที่ชัดเจนหรือสมบูรณ์แบบในการกำจัดการทุจริตแต่อย่างน้อยก็พอจะมีวิธีที่สามารถลดความเย้ายวนใจของการทุจริตลงได้บ้าง แนวคิดหลักทางเศรษฐกิจมองว่ามนุษย์สามารถตัดสินใจเลือกที่จะกระทำหรือไม่กระทำอย่างมีเหตุผล (Rationality) บนพื้นฐานของผลประโยชน์ (Benefits) และต้นทุน (Costs) ที่เกิดจากการกระทำหนึ่ง ๆ ซึ่งแน่นอนการทุจริตก็เป็นพฤติกรรมอีกอย่างหนึ่งที่บุคคลต้องตัดสินใจว่าจะกระทำหรือไม่ภายใต้หลักเหตุผลและผลที่ว่านี้ ดังนั้นตามแนวคิดนี้การที่เจ้าหน้าที่รัฐจะตัดสินใจทุจริตหรือไม่เขาต้องตัดสินใจบนพื้นฐานของตรรกะที่ว่าต้นทุนของการทุจริตจะต้องต่ำกว่าผลประโยชน์ที่จะได้รับหมายถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการทุจริตจะต้องมากกว่าต้นทุนที่เขาจะต้องจ่ายออกไป²⁰ จากการศึกษาพบว่าสาเหตุของการทุจริตในภาครัฐ (Causes of Corruption) สามารถจำแนกออกได้เป็น 5 ปัจจัย ได้แก่ปัจจัยด้านบุคคล ปัจจัยด้านสังคม ปัจจัยด้านบทบัญญัติกฎหมาย ปัจจัยด้านเศรษฐกิจและปัจจัยเกี่ยวกับรัฐ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ปัจจัยด้านบุคคล

ปัจจัยด้านบุคคล (Personal Factors) ได้แก่ เรื่องคุณธรรม จริยธรรมและความซื่อสัตย์ของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นเรื่องภายในจิตสำนึกของแต่ละบุคคล ซึ่งเป็นองค์ประกอบภายในเฉพาะตัวของบุคคลและเป็นตัวแปรที่กำหนดว่าบุคคลผู้นั้นจะตัดสินใจกระทำความดีหรือความชั่ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐขาดความซื่อสัตย์สุจริต ปราศจากความละเอียด หรือความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดและไม่ยำเกรงต่อกฎหมาย สุดท้ายแล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นก็ย่อมขาดการควบคุมตนเองหลงไปกับสิ่งจูงใจต่าง ๆ และสามารถตัดสินใจกระทำความผิด หรือกระทำในสิ่งที่มีภูมิควรโดยไม่เกรงกลัวต่อบาป กล่าวคือ การขาดคุณธรรมและจริยธรรมอันดีเป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่เสี่ยงต่อการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะว่าคุณธรรมและจริยธรรม

¹⁹ ผาสุก พงษ์ไพจิตร และสังสิต พิริยธรรค์. (2537). *คอร์รัปชันกับประชาธิปไตย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 179.

²⁰ วิษณุพงษ์ โพธิพิรุฬห์และคณะ. *อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 3*. หน้า 24.

เป็นแนวทางที่กำหนดหลักการของการประพฤติตนที่ถูกต้องเหมาะสม บุคคลนั้นย่อมต้องตกอยู่ในความเลื่อมและจะต้องมุ่งแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเอง หรือพวกพ้องของตน โดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ที่ตนมีเป็นความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดการทุจริตในภาครัฐได้²¹ บุคคลอาจถูกล่อลวงและชักจูงด้วยสิ่งต่าง ๆ ที่สามารถทำให้พวกเขามีความสุขความสบายและมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น เช่น ทรัพย์สิน เงินทอง ชื่อเสียง รวมถึงความก้าวหน้าในหน้าที่การงานจนทำให้เกิดความคิดที่สามารถทำได้ทุกอย่างเพื่อให้ได้มา แม้การกระทำนั้นจะเป็นความผิดต่อกฎหมายก็ตาม นอกจากนี้ในส่วนของปัจจัยด้านบุคคลที่ก่อให้เกิดการทุจริตในภาครัฐยังประกอบไปด้วยปัจจัยเรื่องประวัติความเป็นมาของครอบครัว เนื่องจากแต่ละครอบครัวจะมีวัฒนธรรมการเลี้ยงดูความเป็นอยู่และกระบวนการขัดเกลาทางสังคมที่แตกต่างกัน ส่งผลทำให้บุคคลที่เติบโตมาในครอบครัวนั้นมีบุคลิกภาพ ทัศนคติ และจิตสำนึกที่แตกต่างกันออกไป²²

2) ปัจจัยด้านสังคม

ปัจจัยด้านสังคม (Social Factors) หมายถึงการที่สังคมไทยยังเป็นสังคมระบบอุปถัมภ์ ซึ่งพิจารณาได้จากเรื่องการให้สินบนแก่ผู้มีอำนาจ ซึ่งประชาชนในสังคมไทยส่วนหนึ่งไม่คิดว่าเป็นการทุจริต หากแต่เห็นว่าเป็นเรื่องของการแสดงถึงสินน้ำใจเป็นการตอบแทนผู้มีพระคุณ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะสังคมไทยมีระบบการให้และรับสินบนกันมาเป็นระยะเวลานานจนเกิดความเคยชินและกลายเป็นประเพณีที่เห็นว่าใคร ๆ ก็ทำกันจนเป็นเรื่องปกติ ประชาชนสามารถยอมรับกับระบบการให้สินบนแก่ผู้ที่อยู่ในสถานะสูงกว่าโดยไม่ขัดใจ²³ ซึ่งในเรื่องดังกล่าว นายธานินทร์ กรีวิเชียร ได้ให้ความเห็นไว้ในทำนองที่สอดคล้องกัน คือ ตัวการหรือราษฎรบังหลวงรายใหญ่ที่สุดก็คือ ประชาชนเพราะอย่างน้อยก็ในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการให้สินบาทคาดสินบนแก่เจ้าพนักงานข้าราชการ อีกทั้งยังเป็นตัวการที่สำคัญในการหลีกเลี่ยงภาษีอากรและการซื้อสิทธิขายเสียงอีกด้วย²⁴ โครงสร้างของระบบสังคมที่เป็นระบบอุปถัมภ์ (Patronage System) เป็นอีกปัจจัย

²¹ ไพโรจน์ ภัทรกุลนรากุล. (2547). รายงานการวิจัยเรื่องความขัดกันระหว่างผลประโยชน์ส่วนตัวและผลประโยชน์ส่วนรวม : ศึกษากลุ่มวิชาชีพข้าราชการและเจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐ (*Conflict of Interest : Study on Public Sector Professional Group*). ศูนย์ส่งเสริมจริยธรรมสถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 8.

²² อุดม รัฐอมฤต. (2546). รายงานการวิจัย เรื่องการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันในระบบการเมืองและวงราชการไทย (*Political Bureaucratic Corruption and Its Solution*). สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 18.

²³ วิชามหาคุณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 2.

²⁴ ธานินทร์ กรีวิเชียร. (2552). *หลักนิติธรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 50.

หนึ่งส่งผลเอื้อให้เกิดการทุจริตได้เช่นกัน เนื่องจากระบบอุปถัมภ์มีลักษณะเป็นระบบการช่วยเหลือพวกพ้อง ฟังพาวาศัยกัน บุคคลแต่ละฝ่ายที่มีความสัมพันธ์กันจะมีบทบาทหน้าที่และความคาดหวังต่อกันในลักษณะผลประโยชน์ตอบแทนระหว่างผู้ให้ทางด้านวัตถุ ซึ่งมักจะเป็นฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมสูงกว่ากับผู้รับที่มักจะมีฐานะด้อยกว่าและตอบแทนด้วยความจงรักภักดีจนลืมความถูกต้องชอบธรรมที่พึงมีต่อสังคม²⁵

3) ปัจจัยด้านบทบัญญัติกฎหมาย

ในส่วนของปัจจัยด้านบทบัญญัติกฎหมาย (Legal Factors) ซึ่งสามารถก่อให้เกิดการทุจริตในภาครัฐได้ เนื่องจากกฎหมายเป็นที่มาของอำนาจหน้าที่ในการควบคุมดูแลและบริหารประเทศ เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายก็ย่อมมีโอกาสที่จะใช้อำนาจนั้นไปในทางที่ไม่ถูกต้อง เหตุผลเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ระเบียบ กฎเกณฑ์และคำสั่ง ที่เกี่ยวข้องเจ้าหน้าที่รัฐจะต้องประพฤติกฎและปฏิบัติกรต่าง ๆ ไปในทางที่เห็นว่าถูกต้อง อย่างไรก็ตามถ้าหากกฎหมาย ระเบียบ กฎเกณฑ์และคำสั่งนั้นไม่มีความชัดเจนรัดกุมหรือมีช่องว่างให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจสั่งการได้ตามอำเภอใจก็สามารถก่อให้เกิดช่องทางในการกระทำทุจริตได้²⁶

4) ปัจจัยด้านเศรษฐกิจ

ปัจจัยทางเศรษฐกิจ (Economic Factors) เป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่สามารถชักนำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริตในภาครัฐได้ เนื่องจากเศรษฐกิจในยุคปัจจุบันมีภาวะค่าครองชีพที่ค่อนข้างสูงประชาชนส่วนใหญ่มีรายได้ไม่เพียงพอต่อการดำรงชีวิตในสังคม อีกทั้งหลายคนมีภาระหนี้สินติดตัวและรายได้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่เพียงพอเมื่อเทียบกับภาระค่าใช้จ่ายของครอบครัว เจ้าหน้าที่รัฐบางรายมีฐานะยากจน ซึ่งความยากจนก็เป็นอีกสาเหตุหนึ่งของการกระทำความผิดได้ ทั้งนี้เพื่อต้องการให้ตนเองมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น โดยที่หากพิจารณาในมุมมองทางด้านเศรษฐศาสตร์แล้ว นายวิชา มหาคุณ กล่าวถึงเรื่องนี้ไว้ว่าสาเหตุที่การทุจริตคอร์รัปชันยังคงเกิดขึ้นและสามารถดำรงอยู่ได้ในสังคมไทยนั้น เป็นเพราะความไม่เท่าเทียมกันในทางเศรษฐกิจ (Economic Inequality) ซึ่งกรณีดังกล่าว ยังคงปรากฏให้เห็นในสังคมไทยตลอดมา กล่าวคือ ผู้มีอำนาจมากกว่าสามารถไขว่คว้าหาผลประโยชน์มาเป็นของตนได้มากกว่า ซึ่งส่งผลให้ความศรัทธาของประชาชนที่มีต่อหลักจริยธรรมเลือนหายไป เพราะประชาชนเห็นว่า การได้ร่วมอยู่ในกลุ่มผู้มีอำนาจย่อมได้ประโยชน์เหนือกว่าการอยู่นอกกลุ่มผู้มีอำนาจ ยิ่งไปกว่านั้นผู้มีพลังทางเศรษฐกิจสูงกว่า

²⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2548). รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องการศึกษากฎหมายและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทยในกรณีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003. กรุงเทพฯ: กระทรวงยุติธรรม. หน้า 26 - 27.

²⁶ อุดม รัฐอมฤต. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 22. หน้า 21.

แม้กระทำทุจริตก็อาจไม่ต้องรับโทษเพราะสามารถจ่ายเงินสินบน หรือเงินใต้โต๊ะเพื่อให้รอดพ้นจากคดีที่ก่อขึ้นได้ ประกอบกับคดีความที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้มีอำนาจ หรือผู้มีอิทธิพลทั้งหลาย มักไร้ประสิทธิภาพและเป็นไปด้วยความล่าช้า²⁷

5) ปัจจัยเกี่ยวกับรัฐ

ปัจจัยเกี่ยวกับรัฐ (State Factors) ประกอบด้วย 3 ประการได้แก่ กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐขาดประสิทธิภาพ การบริหารราชการปกครองขาดประสิทธิภาพและการขาดการปกครองแบบประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง พอสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

กระบวนการในการตรวจสอบและการนำตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดทุจริตในภาครัฐ มาลงโทษนับเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็นอย่างยิ่งในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ กล่าวคือกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่มีระบบการควบคุมตรวจสอบที่รัดกุม ชัดเจน และโปร่งใส (Transparency) ย่อมส่งผลให้การบริหารงานของรัฐมีความบกพร่องและเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่รัฐแสวงหาผลประโยชน์ในทางมิชอบ อีกทั้งความบกพร่องในกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่ยังเป็นตัวแปรที่ทำให้บุคคลตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำความผิดต่อกฎหมายโดยก่อนที่จะกระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจะต้องไตร่ตรองว่ากระบวนการตรวจสอบของรัฐนั้นมีความเข้มงวดมาก หรือไม่และโอกาสในการถูกตรวจสอบ หรือถูกจับได้มีมากน้อยเพียงใด หากกระบวนการตรวจสอบดังกล่าวค่อนข้างหละหลวม ไม่เข้มงวด ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจทำการทุจริตได้ง่ายขึ้นเพราะ โอกาสที่จะถูกจับได้ก็จะน้อยลงเจ้าหน้าที่ของรัฐก็อาจจะกล้าที่จะเสี่ยงกระทำความผิดได้

สำหรับเรื่องการบริหารราชการปกครองขาดคุณภาพ กล่าวคือการปกครองของผู้บังคับบัญชาที่หละหลวมขาดการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ทั้งภายในองค์กรและกับประชาชนย่อมส่งผลให้การทุจริตยังคงมีอยู่ในสังคมไทยต่อไป หรือแม้ว่ามีการบังคับใช้กฎหมายจริง แต่ไม่มีการปฏิบัติอย่างเคร่งครัด เช่น การพิจารณาลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยโทษสถานเบา เนื่องจากคำนึงถึงคุณงามความดีในอดีตเป็นหลักสำคัญมากกว่าผลกระทบและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทุจริต

ประการสุดท้าย ขาดการปกครองแบบประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง เนื่องจากระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยที่ทันสมัยนั้น จะต้องอาศัยการมีส่วนร่วม (Participation) ของประชาชนอย่างทั่วถึง โดยเฉพาะเกี่ยวกับกระบวนการมีส่วนร่วมในทางการเมืองการปกครอง หากประชาชนสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการทางการเมืองและการบริหารราชการแผ่นดินมากเท่าไรการทุจริต

²⁷ วิชามหาคุณ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 2.

ในภาครัฐก็จะเกิดขึ้นได้น้อยลง ดังนั้นการมีส่วนร่วมของประชาชนจึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐไปในตัว²⁸

2.1.5 ประเภทของการทุจริตประพฤติมิชอบ

ในปัจจุบันปัญหาการทุจริตทำให้การบริหารงานในภาครัฐและเอกชนไม่เป็นไปตามมาตรฐานของสังคมประเทศชาติต้องสูญเสียรายได้ที่พึงมีประชาชนผู้เสียภาษีจะต้องแบกรับภาระและปัญหาความยากจนไม่สามารถแก้ไขปัญหาให้ตกไปได้ นอกจากนี้ยังทำให้ขาดการไว้วางใจกันผู้คนเสื่อมความศรัทธาในกติกากฎหมาย โดยรูปแบบของการทุจริตในปัจจุบันสามารถจำแนกได้เป็น 4 ประเภท คือ

- (1) การทุจริตในการบริหารราชการแผ่นดิน (Administrative Corruption)
- (2) การทุจริตทางการเมือง (Political Corruption)
- (3) การทุจริตทางเศรษฐกิจ (Economic Corruption)
- (4) การทุจริตในภาคธุรกิจเอกชน (Corporate Corruption)

หากจะกล่าวถึงแต่เฉพาะการทุจริตในการบริหารราชการแผ่นดินหรือการทุจริตในภาครัฐของไทยนั้น สามารถสรุปได้ทั้งหมด 13 รูปแบบ ดังนี้²⁹

(1) การทุจริตเชิงนโยบาย (Policy Corruption) เป็นรูปแบบใหม่ของการทุจริตที่มีความซับซ้อนโดยอาศัยรูปแบบของกฎหมาย หรือมติของคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ที่มีขอบด้วยกฎหมายทำให้ประชาชนส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรม

(2) การทุจริตในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นลักษณะการใช้อำนาจและหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง

(3) การทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง จะพบได้ทั้งในรูปแบบการฮั้ว ตั้งแต่ขั้นตอนการออกแบบกำหนดรายละเอียดของงาน กำหนดเงื่อนไข กำหนดราคากลาง ออกประกาศประกวดราคาการขายแบบการรับและเปิดซอง การประกาศผลการอนุมัติ การทำสัญญาทุกขั้นตอน ของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างส่วนมีช่องโหว่ให้มีการทุจริตคอร์รัปชันกันได้อย่างง่าย ๆ

²⁸ ไพโรจน์ ภัทรกุลนรากุล. อังแล้วเชิงอรรถที่ 21. หน้า 252.

²⁹ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ. (2552). *ยุทธศาสตร์ชาติว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐ พ.ศ. 2552-2555*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ. หน้า 16.

(4) การทุจริตในการให้สัมปทาน (Concession Corruption) เป็นลักษณะการแสวงหาหรือเอื้อประโยชน์โดยมิชอบจากโครงการหรือกิจการของรัฐ ซึ่งรัฐได้อนุญาต หรือมอบให้เอกชนดำเนินการแทนให้ลักษณะสัมปทานผูกขาดในกิจการใดกิจการหนึ่ง

(5) การทุจริตที่เกิดจากการขาดประสิทธิภาพในการดำเนินงาน เช่น ระบบการควบคุมที่ไม่มีประสิทธิภาพ หรือมีระบบการควบคุมที่ไม่เพียงพอรวมถึงไม่มีการกำกับดูแลอย่างใกล้ชิดจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง อีกทั้งองค์กรมีการกระจายการปฏิบัติงานไปตามพื้นที่ต่าง ๆ อย่างกว้างขวาง ทำให้การกำกับดูแลควบคุมการปฏิบัติงานไม่ทั่วถึงทำให้เปิดโอกาสในการกระทำผิดได้อย่างง่าย

(6) การทุจริตโดยการทำลายระบบตรวจสอบอำนาจรัฐ มีลักษณะเป็นการพยายามดำเนินการให้ได้บุคคลซึ่งมีสายสัมพันธ์กับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในอันที่จะเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ (Examination of the Exercise of State Power) เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (The State Audit Commission) ผู้ตรวจการแผ่นดิน (The Ombudsman) หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ทำให้องค์กรเหล่านี้มีความอ่อนแอไม่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(7) การมีผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) เป็นการทุจริตที่บุคคลในฐานะข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่ในการแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเอง หรือพวกพ้องที่ส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(8) การทุจริตโดยการปกปิดการบริหารงานที่ไม่ถูกต้อง เช่น การปิดบังข้อมูลและให้การเท็จ

(9) การทุจริตโดยการใช้นโยบาย กฎหมาย กฎเกณฑ์และข้อบังคับต่าง ๆ โดยอาศัยการใช้ดุลพินิจตีความอย่างมีอคติและลำเอียง เพื่อประโยชน์หรือโทษแก่ผู้อื่น

(10) การทุจริตโดยการใช้ทรัพยากรของรัฐไปในทางมิชอบ การปลอมแปลงเอกสาร และการฉ้อฉล

(11) การทุจริตโดยไม่กระทำการตามหน้าที่แต่ใช้ลัทธิพรรคพวกแทน เช่น การจัดซื้อประมูล (Bid Rigging)

(12) การทุจริตโดยการให้และการรับสินบน การขู่เข็ญบังคับและการให้สิ่งล่อใจ

(13) การทุจริตโดยการยอมรับของขวัญที่ไม่ถูกต้อง เช่น เชื้อของขวัญมูลค่าสูงกว่าที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนด

โดยการทุจริต³⁰ เป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศส่งผลกระทบต่อ การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ การพัฒนาสังคม เสถียรภาพทางการเมือง ตลอดจนความมั่นคงของ ประเทศ เหตุผลสำคัญที่ทำให้ปัญหาการทุจริตในประเทศไทยยังมีได้ลดน้อยลง ในขณะนี้ที่มีมา จากความล่าช้า การขาดความโปร่งใสในการให้บริการของรัฐ การละเลยการปฏิบัติตามกฎหมาย การไม่บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดและมีประสิทธิภาพ รวมทั้งการที่คนไทยส่วนใหญ่ยังมี วัฒนธรรมและค่านิยมที่เป็นอุปสรรคในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เช่น ค่านิยมในการ บริโภคความสะดวกสบาย ยกย่องคนที่มีฐานะดีและวัฒนธรรมระบบอุปถัมภ์ที่อยู่คู่กับสังคมไทย มาเป็นเวลานาน

2.1.6 ผลกระทบของการทุจริตประพตุมิชอบ³¹

หากว่าปัญหาการทุจริตยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง หรือดำรงอยู่ในสังคมต่อไป ปัญหา ดังกล่าวก็จะนำความเสื่อมมาสู่ประเทศชาติ เป็นภัยร้ายต่อการบริหารราชการแผ่นดินและ การพัฒนาระบบเศรษฐกิจและการเมือง (Politics) นอกจากนี้ปัญหาดังกล่าวก็อาจกระทบต่อ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ความเชื่อมั่นในการลงทุน ชื่อเสียงเกียรติภูมิของประเทศได้เช่นกัน ซึ่งรัฐอาจต้องสูญเสียความสามารถในการบริหารประเทศเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ อย่างถาวร จากการศึกษาพบว่าปัญหาการทุจริตเป็นอุปสรรคขัดขวางการพัฒนาประเทศอย่างร้ายแรง โดยองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) เป็น องค์การ ระดับ ประเทศ ที่ ปฏิบัติ ภารกิจ เกี่ยว กับ การต่อต้านและการจัดการทุจริตคอร์รัปชันระหว่างประเทศ รวมถึงการส่งเสริมการบริหารจัดการ ที่ดี หรือระบบธรรมาภิบาล (Good Governance) ก่อให้เกิดผลกระทบต่อหลายด้าน เช่น ผลกระทบ ต่อการเมือง ผลกระทบต่อเศรษฐกิจ ผลกระทบต่อระบบราชการ ผลกระทบต่อสังคม และ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม โดยสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1) ผลกระทบต่อการเมือง

การทุจริตมีส่วนในการสร้างความขัดแย้งและความรุนแรง ระหว่างกลุ่มเชื้อชาติและ

³⁰ สมเกียรติ คงสวัสดิ์. (2557). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชากฎหมาย มหาวชิวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 36.

³¹ ศรีษา ห่านศรีสุข. (2558). *การศึกษาเปรียบเทียบกระบวนการได้สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตในภาครัฐกับคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 25 - 26.

ระหว่างภูมิภาคภายในประเทศ³² และเป็นบ่อนทำลายความชอบธรรมของสถาบันทางการเมือง โดยทำให้สังคมเกิดความแตกแยก ประชาชนเกิดการแบ่งพรรคแบ่งพวกเพราะเมื่อประชาชนขาดความเชื่อมั่นในรัฐ ประชาชนจะไม่ให้ความร่วมมือและการสนับสนุนกิจกรรมทางการเมือง ที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำทุจริตเข้าไปเกี่ยวข้องการทุจริตเป็นอีกหนึ่งสาเหตุสำคัญที่นำไปสู่ปัญหาการยึดอำนาจหรือการปฏิวัติการปกครอง³³ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์การเมืองและเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในช่วงระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา พบว่าคณะบุคคลที่ถูกขึ้นมายึดอำนาจการปกครองของรัฐบาล หรือทำการรัฐประหาร (Coup d'État) ในนั้นมักจะอ้างว่ารัฐบาลบริหารประเทศอย่างไม่โปร่งใสและการรัฐประหาร แต่ครั้งก็อาจนำมาสู่การที่รัฐบาลต้องหันมาใช้วิธีการรุนแรงและใช้กำลังเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย จึงเห็นได้ว่าปัญหาการทุจริต นอกจากจะส่งผลกระทบต่อการเมืองการปกครองของประเทศโดยทำให้เกิดความไม่มีเสถียรภาพทางการเมืองและยังสามารถนำไปสู่ปัญหาความรุนแรงในสังคม

ลักษณะของการทุจริตอีกประเภทหนึ่งที่สามารถสร้างความเสียหายให้แก่การเมืองของประเทศชาติอย่างร้ายแรงนั่นคือ การทุจริตในกระบวนการการเลือกตั้ง ซึ่งเป็นประเด็นที่เกิดขึ้นตลอดเวลาที่มีการเลือกตั้งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นตำแหน่งใดก็ตาม การทุจริตในลักษณะนี้ เช่น การจัดการการเลือกตั้งผิดแบบแผนไม่บริสุทธิ์ยุติธรรมส่งผลให้ผลการเลือกตั้งบิดเบือน³⁴ และทำให้ประเทศได้นักการเมืองที่ขาดความรู้ ขาดประสบการณ์และความเชี่ยวชาญมากพอที่จะเข้ามาบริหารจัดการประเทศ เกิดเป็นช่องทางให้นักการเมืองที่ไม่มีความซื่อสัตย์สุจริตเข้ามาแสวงหาผลประโยชน์ส่วนรวมของประเทศไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการทุจริตในภาครัฐมีส่วนในการสร้างความเสียหายให้แก่การพัฒนาระบบประชาธิปไตย (Democracy)

2) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจ

การทุจริตนำไปสู่ความไร้ซึ่งประสิทธิภาพและความสูญเสียค่าทางเศรษฐกิจ เนื่องจากการจัดสรรเงินทุนการผลิตการบริโภคและรายได้ต่าง ๆ มักจะไม่ได้ถูกนำไปใช้ในภาคการลงทุนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริงแต่เงินเหล่านี้กลับถูกใช้ไปเพื่อการบริโภคอย่างฟุ่มเฟือย

³² ชัยอนันต์ สมุทวณิช และเจมส์ ซี. สก็อตต์. (2531). *คอร์รัปชัน* (สิทธิพันธ์ พุทธหิน, ผู้แปล). กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ. หน้า 461.

³³ อัมฉ พูบำรุง และอุนิษา เลิศโตมรสกุล. (2555). *อาชญากรรมและอาชญาวิทยา*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 75.

³⁴ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. (2550). *สรุปสาระสำคัญของนุ้ญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 Uncac ฉบับผู้บริหาร*. สำนักงาน ป.ป.ช. หน้า 4.

สุรุ่ยสุร่ายโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ³⁵ การใช้เงินในลักษณะนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นบ่อนทำลายระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยตรง เนื่องจากการจัดสรรเงินของประเทศอย่างไม่มีประสิทธิภาพและไม่สมประโยชน์ที่แท้จริง ในกรณีที่เกิดการทุจริตในภาครัฐที่รุนแรงมาก ๆ อาจส่งผลทำลายระบบเศรษฐกิจในภาพรวมของประเทศ และเป็นอีกหนึ่งปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาความยากจนของประชาชนตามมา ในแง่ของการลงทุนการทุจริตส่งผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนทั้งหลายทั้งในประเทศและต่างประเทศ กล่าวคือทำให้นักลงทุนขาดความเชื่อมั่นต่อระบบการบริหารจัดการของรัฐและเกรงว่าตนต้องเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายมากขึ้น โดยไม่มีสิ่งใดรับประกันได้ว่าจะได้รับผลกำไรตอบแทนตามที่คาดหวัง ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการเพิ่มความเสี่ยงต่อการลงทุนและลดแรงจูงใจในการลงทุนจนนักลงทุนไม่ต้องการที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศที่มีการทุจริตในภาครัฐสูง³⁶ ผลที่เกิดขึ้นประการต่อมา คือ ประชาชนในประเทศไม่ได้รับสินค้าและบริการที่มีคุณภาพ อัตราการเจริญก้าวหน้าทางระบบธุรกิจและเศรษฐกิจต่ำ ซึ่งจะนำไปสู่การที่รัฐต้องเสียประโยชน์อย่างมหาศาล

3) ผลกระทบต่อระบบราชการ

การทุจริตทำให้ประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ราชการบกพร่อง กล่าวคือการทุจริตจะสร้างบรรยากาศของความไม่ไว้วางใจกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐทุกระดับในระบบราชการ ผู้บังคับบัญชา (Commander) ไม่พร้อมที่จะฝึกฝนผู้ใต้บังคับบัญชา (Underling) ให้มีหน้าที่ความรับผิดชอบที่สูงขึ้นในขณะเดียวกันก็ทำให้ความสามารถที่จะควบคุมดูแลของเจ้าหน้าที่ของรัฐลดลงตามไปด้วย³⁷ พิจารณาในแง่ของการบริหารราชการของรัฐพบว่าการทุจริตทำให้การบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement) ขาดประสิทธิภาพ ประชาชนขาดความเคารพยำเกรงต่อกฎหมาย โดยเฉพาะพฤติกรรมที่กฎหมาย กำหนดเจ้าพนักงานของรัฐกุมอำนาจเบ็ดเสร็จไว้ผู้เดียว หรือมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจสูง นอกจากนี้การใช้ระบบอุปถัมภ์และเล่นพรรคเล่นพวกในระบบราชการเพื่อคัดเลือกบุคลากรเข้ารับตำแหน่งราชการก็ส่งผลให้คนที่ขาดความสามารถเข้าไปดำรงตำแหน่งในภาครัฐ ซึ่งการทุจริตดังกล่าวเป็นการบ่อนทำลายการปฏิบัติงานของระบบราชการประการหนึ่ง สถานะดังกล่าวจะนำมา ซึ่งการเกิดอาชญากรรมประเภทอื่นตามมาได้ในที่สุด ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการทุจริตเป็นรากเหง้าแห่งปัญหาอาชญากรรมทั้งหลาย

³⁵ ชัยอนันต์ สมุทวณิชและเจมส์ ซี. สก็อตต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 461.

³⁶ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 1.

³⁷ ชัยอนันต์ สมุทวณิช และเจมส์ ซี. สก็อตต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 32. หน้า 462.

4) ผลกระทบต่อสังคม³⁸

ปัญหาการทุจริตส่งผลกระทบต่อพฤติกรรมความเชื่อ ทศนคติ คุณธรรมและจริยธรรมของคนในสังคม ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคและความขัดแย้งภายในสังคม ประชาชนเกิดความไม่ไว้วางใจโดยเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐเพราะเชื่อว่ามีแต่เจ้าหน้าที่คดโกง ความสามัคคีเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคนในสังคมถูกทำลายลงกลายเป็นสังคมล่มสลาย ต่างคนต่างกอบโกยเอาแต่ผลประโยชน์ส่วนตนโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวม ทุกคนทำเพื่อตัวเองมากขึ้นศีลธรรมและจริยธรรมภายในจิตใจที่จะเป็นเครื่องชี้นำการกระทำผิดชอบชั่วดีของคนในสังคมหายไป หากเป็นอย่างนี้ต่อไปจะส่งผลให้เกิดวิกฤตการณ์ในประเทศชาติ สังคมเกิดความวุ่นวายในที่สุด นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่า การทุจริตถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนมนุษย์ชน (Human Rights) ประการหนึ่ง เพราะการทุจริตเป็นรูปแบบหนึ่งของการเลือกปฏิบัติต่อคนในสังคมคนที่มีฐานะยากจนมักได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่รัฐต่างกับคนที่มีความฐานะทางการเงินที่ดี กล่าวคือ คนที่มีความฐานะทางการเงินที่ดีมักได้รับอภิสิทธิ์เหนือกว่าเพราะตนมีความสามารถที่จะจ่ายสินบนให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ได้รับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง

5) ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

การทุจริตก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Effect of Environment) ที่เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจน คือ กรณีที่ประเทศอุดมไปด้วยทรัพยากรตามธรรมชาติ เช่น ประเทศไทยเกิดการตัดไม้ทำลายที่ดินผืนป่าและลักลอบค้าไม้อย่างผิดกฎหมายเป็นจำนวนมาก ซึ่งผู้กระทำผิดรายใหญ่มักไม่ถูกดำเนินคดี หรือกรณีการออกเอกสารสิทธิที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในเขตพื้นที่ป่าสงวน เป็นต้น โดยการทุจริตในหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในลักษณะดังกล่าวนี้ทำให้เกิดปัญหาร้ายแรงต่อธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นทรัพยากรที่สำคัญของประเทศ เช่น ปัญหาการชะล้างทำลายหน้าดินอย่างรุนแรงในฤดูฝน หรือฤดูมรสุม ซึ่งส่งผลให้น้ำป่าไหลเข้าท่วมบ้านเรือนของประชาชนในท้องถิ่นเกิดความเสียหายและเป็นอันตรายต่อทรัพย์สินและชีวิต อีกทั้งยังก่อให้เกิดปัญหาเศรษฐกิจ ปัญหาสังคม ปัญหาสุขภาพ ทำให้รัฐต้องสูญเสียเงินจำนวนมากในการดำเนินการแก้ไขปัญหาและฟื้นฟูบรรเทาทุกข์ของผู้ที่ได้รับผลกระทบให้กลับสู่สภาพเดิม

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันการทุจริตของประเทศไทย

ปัญหาการทุจริตนั้น เป็นปัญหาที่สำคัญที่ได้สะสมอย่างยาวนานตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยประเทศไทยจึงมีความพยายามที่จะขจัดปัญหาการทุจริตให้หมดสิ้นไป ด้วยการกำหนดกระบวนการในการจัดการและการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริตเพื่อประโยชน์

³⁸ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 34. หน้า 2 - 3.

ในการป้องกันและปราบปรามมิให้การทุจริตขยายตัวไปยังทุกภาคส่วนของสังคม ด้วยเหตุนี้จากการศึกษาถึงกระบวนการทางกฎหมายของไทยพบว่าประเทศไทยได้มีกระบวนการในการดำเนินการป้องกันและปราบปรามการทุจริต 3 มาตรการที่สำคัญ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการทุจริตโดยอาศัยกระบวนการทางอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา (Criminal Code) ของประเทศไทยได้บัญญัติเกี่ยวกับความผิดเจ้าพนักงานของรัฐไว้ในภาค 2 ความผิด ลักษณะ 2 ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ มาตรา 147 - 166 และในส่วนของความผิดลักษณะ 3 ความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม หมวด 2 ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในการยุติธรรม มาตรา 200 ถึง มาตรา 205 ซึ่งกฎหมายบัญญัติให้ผู้กระทำความผิดต้องได้รับ โทษปรับ หรือ โทษจำคุก หรือทั้งสองอย่างตามพฤติการณ์ความร้ายแรง ทั้งนี้ความผิดเกี่ยวกับการปกครองบางฐานความผิดนอกจากคุณธรรมทางกฎหมาย (Rechtsgut) มุ่งที่จะคุ้มครองรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้วยังมุ่งคุ้มครองเอกชนคนหนึ่งคนใดที่ได้รับความเสียหายเป็นพิเศษด้วย³⁹ สำหรับความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตและความผิดฐานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐเฉพาะในส่วนของเจ้าพนักงานปกครองจะมีมาตรา 157 เป็นแกนกลาง⁴⁰ และมีความสำคัญต่อความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าพนักงานอย่างมากเพราะว่ามาตรานี้เป็นบททั่วไปหรือมาตรากวาดทอง กล่าวคือถ้าไม่เป็นความผิดเฉพาะเรื่องก็จะเป็นความผิดตามมาตรานี้⁴¹ สำหรับกระบวนการทางอาญานั้น เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Code) จะสามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ขั้นตอนดังต่อไปนี้

1) การเริ่มคดี

การนำเรื่องกล่าวหากรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริตเข้าสู่กระบวนการทางอาญาจะเริ่มตั้งแต่การร้องทุกข์ (Petition) และกล่าวโทษ (Recrimination) โดยผู้มีอำนาจฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28⁴² ซึ่งได้กำหนดไว้ว่าพนักงานอัยการ (Prosecutor) หรือ

³⁹ ชานิศ เกศวพิทักษ์. (2558). *คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-156) เล่ม 1*. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานคร. หน้า 21 - 22.

⁴⁰ จิตติ ดิงศกัทธิย์. (2536). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 2*. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา. หน้า 283.

⁴¹ หยุต แสงอุทัย. (2544). *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*. (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 66.

⁴² มาตรา 28 บุคคลเหล่านี้มีอำนาจฟ้องคดีอาญาต่อศาล

(1) พนักงานอัยการ

(2) ผู้เสียหาย

ผู้เสียหาย ซึ่งผู้เสียหาย หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใด ฐานหนึ่งรวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจตามกฎหมายจัดการแทนได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 2(4))⁴³ การร้องทุกข์กรณีเจ้าหน้าที่รัฐกระทำทุจริต หรือประพฤติมิชอบ ในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าว ผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา มาตรา 121 ถึงมาตร 124 เมื่อพบเห็นเจ้าหน้าที่รัฐกระทำทุจริต ผู้พบเห็นสามารถ ร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนผู้มีอำนาจ ได้โดยคำร้องทุกข์สามารถทำเป็นหนังสือหรือจะร้องด้วย ปากเปล่าก็ได้ แต่จะต้องมีรายละเอียด ของผู้ร้องทุกข์ ลักษณะแห่งความผิด พฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ความผิดนั้นได้กระทำลงรวมถึงความเสียหายที่ได้รับ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28)⁴⁴ ผู้เสียหายจะร้องทุกข์ต่อพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจ ซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่รอง หรือเหนือพนักงานสอบสวนและเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายก็ได้ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 124)⁴⁵ หรือผู้เสียหายอาจยื่นฟ้องโดยตรงต่อ ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบตามเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ ก็ได้

2) การสืบสวนสอบสวน

เมื่อมีการร้องทุกข์โดยขอต่อพนักงานสอบสวน (Inquiry Official) เพื่อให้พนักงาน สอบสวนค้นหาข้อเท็จจริงและแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดตามสำนวนร้องทุกข์

⁴³ มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(1) “ศาล” หมายความว่าศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษา ซึ่งมีอำนาจทำการอันเกี่ยวกับคดีอาญา

๑๓๑

๑๓๑

(4) “ผู้เสียหาย” หมายความว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหาย เนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 4 5 และ 6

๑๓๑

๑๓๑

⁴⁴ มาตรา 28 ผู้เสียหายอาจร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนได้ คำร้องทุกข์นั้นต้องปรากฏชื่อและที่อยู่ของผู้ร้องทุกข์ ลักษณะแห่งความผิดพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่ความผิดนั้นได้กระทำลง ความเสียหายที่ได้รับและชื่อหรือรูปพรรณของผู้กระทำผิดเท่าที่จะบอกได้

คำร้องทุกข์นี้จะทำเป็นหนังสือหรือร้องด้วยปากก็ได้ ถ้าเป็นหนังสือต้องมีวัน เดือน ปี และลายมือชื่อ ของ ผู้ร้องทุกข์ ถ้าร้องด้วยปากให้พนักงานสอบสวนบันทึกไว้ ลงวัน เดือน ปี และลงลายมือชื่อผู้บันทึกกับ ผู้ร้องทุกข์ในบันทึกนั้น

⁴⁵ มาตรา 124 วรรคหนึ่ง ผู้เสียหายจะร้องทุกข์ต่อพนักงานฝ่ายปกครองหรือ ตำรวจซึ่งมีตำแหน่งหน้าที่รอง หรือเหนือพนักงานสอบสวนและเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยตามกฎหมายก็ได้

๑๓๑

๑๓๑

ซึ่งสามารถแบ่งกระบวนการสืบสวนสอบสวนได้ออกเป็น 2 ขั้นตอน⁴⁶ ได้แก่ การสืบสวน (investigation) และการสอบสวน (Enquiry) โดยที่การสืบสวน หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริง และหลักฐานเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิดอันจะนำมาซึ่งข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแห่งคดี และการสอบสวน หมายถึง การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่น ๆ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหาเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงและพิสูจน์ความผิด เพื่อจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องลงโทษ (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (10) และ (11))⁴⁷ เมื่อพนักงานสอบสวนดำเนินการสืบสวนสอบสวนเสร็จแล้ว พนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบก็จะส่งสำนวนการสอบสวนนั้นๆ ที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการทุจริตในภาครัฐมาให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยพิจารณาจากตำแหน่งหน้าที่ของผู้ที่กระทำความผิดว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใด

หลังจากนั้นคณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. ก็จะดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ โดยเป็นขั้นตอนแสวงหาข้อเท็จจริงและรวบรวมพยานหลักฐานอีกครั้งหนึ่งเพื่อพิจารณามีมติชี้มูลความผิดทางอาญา ซึ่งเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ท. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางอาญาในคดีใดแล้วก็จะส่งสำนวนการชี้มูลดังกล่าวให้พนักงานอัยการเพื่อพิจารณายื่นฟ้องต่อศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลาง หรือศาลอาญาคดีทุจริตประพฤติมิชอบภาคที่มีเขตอำนาจในคดีนั้น ๆ ต่อไป นอกจากนี้ที่กล่าวมาข้างต้น คณะกรรมการ ป.ป.ช. และคณะกรรมการ ป.ป.ท. ยังมีอำนาจในการรับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับการกระทำทุจริตในภาครัฐและไต่สวนข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น ๆ ได้เองโดยอาศัยอำนาจจากพระราชบัญญัติประกอบ

⁴⁶ วีระพงษ์ บุญโญภาส และคณะ. (2549). *รายงานการวิจัย โครงการศึกษาวิจัยเรื่องการเสริมสร้างมาตรการเพื่อสัมฤทธิ์ผลในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการ ป.ป.ช.* กรุงเทพฯ: สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ. หน้า 112.

⁴⁷ มาตรา 2 ในประมวลกฎหมายนี้

(1) “ศาล” หมายความว่า ศาลยุติธรรมหรือผู้พิพากษา ซึ่งมีอำนาจทำการอันเกี่ยวกับคดีอาญา

๑๓๑

๑๓๑

(10) “การสืบสวน” หมายความว่า การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

(11) “การสอบสวน” หมายความว่า การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำผิดมาฟ้องลงโทษ

๑๓๑

๑๓๑

รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2561 และพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ตามลำดับ

3) การพิจารณาของศาล

การพิจารณาคำฟ้องในชั้นตอนนี้องค์กรที่มีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา ก็คือ ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ซึ่งเป็นองค์กรอิสระ (Independent Organization) โดยมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ (The Central Criminal Court for Corruption and Misconduct Cases) (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2539 มาตรา 7)⁴⁸ และกฎหมายกำหนดให้ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ หมายถึงศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบกลางและศาลอาญาคดีทุจริต และประพฤติมิชอบภาค รวมถึงได้นิยามความหมายของคำว่า **คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ** หมายความว่าคดีดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะมิใช่ข้อหาหรือความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกันรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2539 มาตรา 3)⁴⁹

⁴⁸ มาตรา 7 ให้ศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบมีอำนาจพิพากษาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและคดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ

⁴⁹ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

ศาลอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบ หมายความว่า ศาลอาญาทุจริตและประพฤติมิชอบกลาง และศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค

คดีทุจริตและประพฤติมิชอบ หมายความว่าคดีดังต่อไปนี้ ไม่ว่าจะมิใช่ข้อหาหรือความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกันรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ตาม

(1) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือทุจริตต่อหน้าที่ ตามกฎหมายอื่น หรือความผิดอื่นอันเนื่องมาจากการประพฤติมิชอบ

(2) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่กระทำความผิดฐานฟอกเงินที่ เกี่ยวเนื่องกับความผิดตาม (1) หรือกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอ ราคาต่อหน่วยงานของรัฐ กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือกฎหมายอื่น ที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ

(3) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษบุคคลในความผิดเกี่ยวกับการเรียกรับ ขอมจะรับ หรือให้ ขอให้รับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด หรือการใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชิงว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้อิทธิพลเพื่อจูงใจหรือข่มขู่ใจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการ กระทำใดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น

(1) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการหรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรมตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น หรือความผิดอื่นอันเนื่องมาจากการประพฤติมิชอบ

(2) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลที่กระทำความผิดฐานฟอกเงิน (Launder Money) ที่เกี่ยวเนื่องกับความผิดตาม (1) หรือกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ (Bid Rigging) กฎหมายว่าด้วยการให้เอกชนร่วมลงทุนในกิจการของรัฐ หรือกฎหมายอื่น ที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ

(3) คดีอาญาที่ฟ้องให้ลงโทษบุคคลในความผิดเกี่ยวกับการเรียกรับ ขอมจะรับหรือให้ขอให้รับว่าจะให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด หรือการใช้กำลังประทุษร้าย ชูเชิญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้อิทธิพลเพื่อบังคับใจหรือข่มขืนใจให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ ไม่กระทำการ หรือประวิงการ กระทำใดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือกฎหมายอื่น

(4) คดีอาญาที่ฟ้องขอให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายที่กำหนดให้เป็นคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ

(5) คดีอาญาที่ฟ้องขอให้ลงโทษบุคคลที่ร่วมกระทำความผิด (Accomplice) กับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลตาม (1) ถึง (4) ไม่ว่าในฐานะตัวการ (Principle) ผู้ใช้ (Instigator) ผู้สนับสนุน (Abet) หรือผู้สมคบ

(4) คดีอาญาที่ฟ้องขอให้ลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคลตามกฎหมายที่กำหนดให้เป็นคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ

(5) คดีอาญาที่ฟ้องขอให้ลงโทษบุคคลที่ร่วมกระทำความผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือบุคคล ตาม (1) ถึง (4) ไม่ว่าในฐานะตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน หรือผู้สมคบ

(6) คดีเกี่ยวกับการจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบ หรือจงใจยื่นบัญชีและเอกสารดังกล่าวด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ

(7) คดีร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะเหตุรั่วรายผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ

(8) กรณีที่มีการขอให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนยื่นฟ้องหรือยื่น คำร้องขอตาม

(1) ถึง (2)

ความในวรรคหนึ่ง มิให้รวมถึง

(1) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(2) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและ ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

(6) คดีเกี่ยวกับการจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบหรือจงใจยื่นบัญชีและเอกสารดังกล่าวด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ

(7) คดีร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพราะเหตุร่ำรวยผิดปกติ (Illicit Enrichment) หรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติ

(8) กรณีที่มีการขอให้ศาลดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างหนึ่งอย่างใดก่อนยื่นฟ้องหรือยื่นคำร้องขอตาม (1) ถึง (2)

ความในวรรคหนึ่ง มิให้รวมถึง

(1) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(2) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

3.1) ระบบการพิจารณาคดีของศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ⁵⁰

ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร ได้อธิบายถึงระบบการพิจารณาคดีสำหรับประเทศเสรีประชาธิปไตย มีอยู่ 2 ระบบ คือ ระบบกล่าวหา (Accusatorial System) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law และระบบไต่สวน (Inquisitorial System) ของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law

1) ระบบกล่าวหา เป็นวิธีพิจารณาที่พัฒนาขึ้นมาใช้แทนการแก้แค้นกันเป็นส่วนตัวโดยให้ผู้เสียหายมีอำนาจฟ้องคดีได้เองในฐานะเป็นผู้กล่าวหา ผู้พิพากษาผู้ตัดสินคดีไม่มีอำนาจกล่าวหา ยกประเด็นหรือนำสืบพยานหลักฐาน แต่จะทำหน้าที่เป็นคนกลางพิจารณาคดีโดยเปิดเผยและด้วยวามมีวิวัฒนาการมาจากการพิจารณาคดีในสมัยโบราณที่ใช้วิธีทรมาน (Trial by Ordeal) และการใช้วิธีให้คู่ความต่อสู้กัน (Trial by Battle) มีคู่ต่อสู้ 2 ฝ่าย ศาลเป็นคนกลางและต่อมาได้พัฒนาเป็นการให้พิสูจน์ความผิดหรือบริสุทธิ์โดยพยานหลักฐานที่โจทก์จำเลยนำสืบต่อสู้คดีกัน ระบบนี้ จึงเน้นเป็นพิเศษว่าจำเลยในคดีอาญาได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าโจทก์จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นจนสิ้นสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง ศาลเป็นคนกลางผู้ทำหน้าที่ควบคุมดูแลให้คู่ความทั้งสองฝ่ายดำเนินคดีตามกฎหมายที่วางไว้ในกฎหมายลักษณะพยานเท่านั้น ศาลจะมีบทบาทในการเสาะหาข้อเท็จจริงในคดีน้อยมาก เป็นเรื่องที่คุณ่ความแต่ละฝ่ายจะต้องเสนอข้อเท็จจริง

⁵⁰ ชานิศ เกศวพิทักษ์. (2561). *คำอธิบายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบและวิธีพิจารณาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ พ.ศ. 2559*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 115.

และตรวจสอบข้อเท็จจริงกันเอง กฎเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาต้องบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัด ศาลมีดุลพินิจเกี่ยวกับการดำเนินคดีน้อย

2) ระบบไต่สวน เป็นระบบวิธีพิจารณาที่พัฒนาต่อมาจากการแก้แค้นเป็นส่วนตัว ด้วยการเป็นระบบที่พัฒนาต่อมาจากการแก้แค้นเป็นส่วนตัว ด้วยการยกเลิกการให้ผู้เสียหายเป็นผู้กล่าวหาเองเป็นให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำหน้าที่แทน ผู้พิพากษา (Judge) เปลี่ยนสถานะจากการเป็นคนกลางมาเป็นผู้ทำการไต่สวนค้นหาความจริงด้วยตนเอง ดังนั้นการพิจารณาคดีจึงมิใช่เป็นการต่อสู้กันระหว่างผู้กล่าวหาและผู้ถูกกล่าวหา แต่เป็นการต่อสู้คดีระหว่างจำเลยกับรัฐ การพิจารณาคดีมิได้กระทำโดยเปิดเผย แต่พิจารณาด้วยเอกสารมากกว่าการเบิกความในชั้นศาล ในระบบนี้จึงมีบทบาทในการค้นหาความจริงมากกว่าการเบิกความ โดยศาลจะทำหน้าที่ซักถามพยานเอง คู่ความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลก่อน กฎเกณฑ์การดำเนินคดีจึงไม่เคร่งครัดเหมือนระบบกล่าวหาที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้คู่ต่อสู้คัดค้านภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย ซึ่งประเทศไทยใช้ระบบไต่สวน (Inquisitorial System)

2.2.2 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการทุจริตโดยอาศัยกระบวนการทางวินัย

การดำเนินการทางวินัยเป็นมาตรการในระบบคุณธรรม ซึ่งจะใช้ในกรณีที่ข้าราชการถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัย (Break Discipline) โดยเจตนา ร่มณ์ในการดำเนินการทางวินัยก็คือ การดำเนินการเพื่อให้ได้ความจริงในเรื่องที่มีการกล่าวหาเพื่อพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดตามที่กล่าวหาจริงหรือไม่⁵¹ กระบวนการพิสูจน์หรือแสวงหาความจริงกำหนดขึ้นโดยที่ให้ผู้บังคับบัญชาต้องแจ้งข้อกล่าวหา สรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหา มีโอกาสนำพยานหลักฐานมานำสืบชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา ก่อนที่ผู้บังคับบัญชาจะมีดุลพินิจ (Discretion) สั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย มีข้อสังเกตว่าการดำเนินการทางวินัยเป็นการให้หลักประกันความมั่นคงในอาชีพการรับราชการอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ข้าราชการจะไม่ถูกสั่งลงโทษหรือไม่ถูกสั่งให้ออกจากราชการ (Discharge) จนกว่าจะได้ มีการพิสูจน์และปรากฏข้อเท็จจริงอย่างชัดเจนว่าผู้ที่ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายจริง สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการดำเนินการทางวินัย คือ บทบัญญัติในหมวด 7 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ว่าด้วยการดำเนินการทางวินัย ซึ่งบัญญัติขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยไว้ สามารถแบ่งได้ออกเป็น 3 ขั้นตอนอันมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

⁵¹ สำนักงานข้าราชการพลเรือน. (2551). *สาระสำคัญในการปรับปรุงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: สำนักงานข้าราชการพลเรือน. หน้า 60.

1) การกล่าวหา

การกล่าวหาว่ามีกรณีปรากฏว่าข้าราชการกระทำความผิดทางวินัย หรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดทางวินัย ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้นั้น มีหน้าที่ต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุทราบเรื่อง โดยเร็วและผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุนั้นจะต้องดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้น โดยเร็วด้วยความยุติธรรม และปราศจากอคติ (Candidness) (พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551)⁵² ซึ่งกฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการของผู้กระทำความผิดทางวินัยว่าให้เป็นอำนาจของผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจบรรจุ⁵³ อย่างไรก็ตามผู้มีอำนาจสั่งบรรจุดังกล่าวอาจมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาในระดับต่ำลงไปปฏิบัติหน้าที่แทนก็ได้

2) การสืบสวนและสอบสวนข้อเท็จจริง

การสืบสวนเป็นขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงในเบื้องต้นและเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินการทางวินัยเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจออกคำสั่งหลังจากที่ได้รับรายงานผลการสืบสวนข้อเท็จจริงว่า เห็นควรให้ดำเนินการทางวินัยต่อไปหรือไม่อย่างไร โดยจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการสอบสวนตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือจะต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหา (Indictment) สรุปพยานหลักฐาน (Evidence) ที่สนับสนุนข้อกล่าวหาและเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหา นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อชี้แจงข้อกล่าวหา ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหา ไม่ว่าจะเป็นกรณีมีมูล หรือไม่มีมูลก็ตามย่อมถือว่าตนเป็นผู้ถูกดำเนินการทางวินัยแล้ว ถึงแม้ว่า ในภายหลังจะมีคำสั่งให้ยุติเรื่องก็ตาม ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้รับรายงานเรื่องกล่าวหาตามมาตรา 90 หรือความปรากฏต่อผู้บังคับบัญชา กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชา หรือผู้บังคับบัญชาซึ่งมี

⁵² มาตรา 90 เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดทางวินัย ให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทราบโดยเร็วและให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยเร็วด้วยความยุติธรรม และโดยปราศจากอคติ

ผู้บังคับบัญชาหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัย

อำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ตามหมวดนี้ ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 จะมอบหมายให้ผู้บังคับบัญชาในระดับต่ำลงไปปฏิบัติแทนตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดก็ได้”

⁵³ มาตรา 57 การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการพลเรือนสามัญและการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา 53 มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 63 มาตรา 64 มาตรา 65 มาตรา 66 ให้ผู้มีอำนาจดังต่อไปนี้ เป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้ง

อำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ต้องรีบดำเนินการหรือสั่งให้ดำเนินการสืบสวน หรือพิจารณา ในเบื้องต้นว่ากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยหรือไม่ โดยหากเห็นเป็นกรณี ที่ไม่มีมูลผู้บังคับบัญชาก็สามารถสั่งยุติเรื่องได้ แต่หากเห็นเป็นกรณีที่มีมูลผู้บังคับบัญชา จะต้องสั่งให้ดำเนินการทางวินัยต่อไป⁵⁴ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีมีมูล เป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงและกรณีมีมูลเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ดังนี้

(1) กรณีมีมูลเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง (A serious breach of discipline) ซึ่งได้ แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบพร้อมทั้งได้มีการเปิดโอกาส ให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงแล้วถ้าผู้บังคับบัญชาเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาจริง กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งลงโทษตามสมควรแก่กรณีได้โดยไม่ต้อง ตั้งคณะกรรมการสอบสวนเรื่องกล่าวหาขึ้นอีก แต่หากเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดตามที่ ถูกกล่าวหา ผู้บังคับบัญชาก็สามารถสั่งยุติเรื่องเลยได้⁵⁵

(2) กรณีมีมูลเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง (Guilty of serious discipline) ผู้บังคับบัญชา จะต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน⁵⁶ เพื่อสอบสวนกรณีดังกล่าวตามหลักเกณฑ์การแต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนที่กำหนดไว้ในมาตรา 94 เมื่อผู้บังคับบัญชาเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิด

⁵⁴ มาตรา 91 เมื่อได้รับรายงานตามมาตรา 90 หรือ ความดังกล่าวปรากฏต่อผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจ สั่งบรรจุ ตามมาตรา 57 ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 รีบดำเนินการหรือสั่งให้ดำเนินการสืบสวน หรือพิจารณาในเบื้องต้นว่ากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำความผิดวินัยหรือไม่ ถ้าเห็นว่ากรณีไม่มีมูลที่ควร กล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยก็ให้ยุติเรื่องได้

ในกรณีที่เห็นว่ามีมูลที่ควรกล่าวหาว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยโดยมีพยานหลักฐาน ในเบื้องต้นอยู่แล้ว ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 92 หรือมาตรา 93 แล้วแต่กรณี”

⁵⁵ มาตรา 92 ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณา ตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลถ้าความผิดนั้น มิใช่เป็น ความผิดวินัยอย่างร้ายแรง และได้แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟัง คำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหาแล้วผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตาม ข้อกล่าวหา ให้ผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษตามสมควรแก่กรณีโดยไม่ต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนก็ได้

แต่ถ้าผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำความผิดตาม ข้อกล่าวหาให้ผู้บังคับบัญชาสั่งยุติเรื่อง

⁵⁶ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลอันเป็นความผิด วินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่ง มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนในการ สอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหา และสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบพร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของ ผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ให้รายงานผลการสอบสวนและความเห็น ต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57

ตามที่ผู้ถูกกล่าวหา ผู้บังคับบัญชาสามารถยุติเรื่องกล่าวหาเองได้ แต่หากเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหาจริง กฎหมายกำหนดให้ผู้บังคับบัญชามีอำนาจพิจารณาลงโทษข้าราชการผู้กระทำผิดได้⁵⁷ โดยหลังจากที่คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนเสร็จเรียบร้อยแล้ว คณะกรรมการสอบสวนทางวินัย จะต้องรายงานผลการสอบสวนและความเห็นเสนอต่อผู้บังคับบัญชาเพื่อพิจารณา

3) การพิจารณาเรื่องกล่าวหา

สำหรับการสั่งลงโทษกรณีข้าราชการกระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงและกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงกฎหมายได้บัญญัติความรับผิดชอบทางวินัย ซึ่งประกอบด้วยโทษ 5 สถาน⁵⁸ ได้แก่ ภาคทัณฑ์ (To put on probation) ตัดเงินเดือน (Salary cut) ลดเงินเดือน (Reduction in salary) ปลดออก (Dismiss) และไล่ออก (Fire) โดยหากเป็นกรณีข้าราชการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงผู้กระทำความผิดอาจได้รับโทษภาคทัณฑ์ ซึ่งใช้เฉพาะกับกรณีกระทำผิดวินัยเล็กน้อย ตัดเงินเดือนหรือลดเงินเดือน ตามความเหมาะสมกับความผิด ทั้งนี้ อาจได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษได้ถ้ามี เหตุลดหย่อนโทษ⁵⁹ แต่หากเป็นกรณีความผิดร้ายแรงถูกลงโทษโดยการปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี แต่ผู้กระทำความผิดก็อาจได้รับการพิจารณาลดโทษได้ด้วย

⁵⁷ มาตรา 93 ในกรณีที่ผลการสืบสวนหรือพิจารณาตามมาตรา 91 ปรากฏว่ากรณีมีมูลอันเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่ง มีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนในการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหา และสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบพร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ให้รายงานผลการสอบสวนและความเห็นต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57

ถ้าผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 เห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้กระทำผิดตามข้อกล่าวหาให้ตั้งยุติเรื่อง แต่ถ้าเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาให้ดำเนินการต่อไป ตามมาตรา 96 หรือมาตรา 97 แล้วแต่กรณี

⁵⁸ มาตรา 88 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัย เว้นแต่มีเหตุอันควรงดโทษตามที่บัญญัติไว้ในหมวด 7 การดำเนินการทางวินัยโทษทางวินัยมี 5 สถาน ดังต่อไปนี้ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตัดเงินเดือน (3) ลดเงินเดือน (4) ปลดออก (5) ไล่ออก

⁵⁹ มาตรา 96 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดอย่างไม่ร้ายแรงให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 สั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือนหรือลดเงินเดือนตามควรแก่กรณีให้เหมาะสมกับความผิด

ในกรณีมีเหตุอันควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้แต่สำหรับการลงโทษภาคทัณฑ์ให้ใช้เฉพาะกรณีกระทำผิดวินัยเล็กน้อยและมีเหตุอันควรงดโทษจะงดโทษให้โดยทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือหรือว่ากล่าวตักเตือนก็ได้

การลงโทษตามมาตรา 57 ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 จะมีอำนาจสั่งลงโทษผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาในสถานโทษและอัตราโทษใดได้เพียงใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

เช่นกันถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อนโทษแต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก⁶⁰ อย่างไรก็ตาม กระบวนการสอบสวนทางวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เพียงฉบับเดียวเท่านั้น แต่จะต้องดำเนินการแตกต่างกันไปตามกฎหมายแต่ละฉบับที่ใช้บังคับกับแต่ละองค์กร (Government sector) ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีข้าราชการอัยการกระทำความผิดทางวินัยก็ให้ดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 หรือในกรณีข้าราชการทหารก็ให้ดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 หรือในกรณีข้าราชการตำรวจก็ให้ดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 เป็นต้น

2.2.3 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการป้องกันการทุจริตโดยอาศัยกระบวนการทางกฎหมายพิเศษ

นอกจากกระบวนการทางอาญาและกระบวนการทางวินัยแล้ว รัฐยังได้บังคับใช้กฎหมายพิเศษ (Special Law) ฉบับอื่นๆ นอกจากประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในด้านต่าง ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้แก่⁶¹

- (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542
- (2) พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ พ.ศ. 2542
- (3) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

⁶⁰ มาตรา 97 ภายใต้บทบังคับวรรคสอง ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงให้ลงโทษปลดออก หรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก

ในกรณีที่คณะกรรมการสอบสวนหรือผู้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง หรือผู้มีอำนาจตามมาตรา 94 เห็นว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ส่งเรื่องให้ อ.ก.พ. จังหวัด อ.ก.พ. กรม หรือ อ.ก.พ. กระทรวง ซึ่งผู้ถูกกล่าวหาสังกัดอยู่ แล้วแต่กรณีพิจารณา เมื่อ อ.ก.พ. ดังกล่าวมีมติเป็นประการใด ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 สั่งหรือปฏิบัติให้เป็นไปตามนั้น ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ.

ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ไม่ใช่ผู้มีอำนาจตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง มาตรา 94 หรือมาตรานี้ ให้ผู้บังคับบัญชาตามมาตรา 57 ระดับเหนือขึ้นไปมีอำนาจดำเนินการตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง มาตรา 94 หรือมาตรานี้ได้

ผู้ใดถูกลงโทษปลดออกให้มีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญเสมือนว่าผู้นั้นลาออกจากราชการ

⁶¹ ศรีนขา ห่านศรีสุข. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 31. หน้า 47.

(4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

(5) พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543

(6) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

(7) พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551

เพื่อความสะดวกต่อการศึกษาและการทำความเข้าใจของกฎหมายพิเศษทั้ง 7 ฉบับ จะทำการจำแนกกฎหมายออกเป็น 3 กลุ่ม ซึ่งจะได้อธิบายตามลำดับดังนี้

กลุ่มที่ 1 กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการการทุจริตในภาครัฐเฉพาะด้าน

กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการการทุจริตในภาครัฐเฉพาะด้าน หมายถึง กฎหมายที่ถูกบัญญัติขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปราม กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริตเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นสำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานรัฐ พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ซึ่งสามารถจำแนกตามลักษณะเฉพาะของการกระทำที่กฎหมายแต่ละฉบับมุ่งจัดการได้ออกเป็น 3 กรณี ดังต่อไปนี้

1) การตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของแผ่นดิน

บทบัญญัติกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการจัดการการทุจริตในภาครัฐในเรื่องเกี่ยวกับงบประมาณของประเทศ ซึ่งรวมถึงการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของแผ่นดิน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความคุ้มค่าความชอบธรรมประสิทธิภาพและประโยชน์แก่ประชาชน ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ถูกตราขึ้นเพื่อกำหนดให้การติดตามตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของแผ่นดินเป็นหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (ส.ต.ง.) และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Organization) ทั้งนี้ พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว กำหนดให้มีสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อทำหน้าที่ในการติดตามตรวจสอบและกำกับดูแลการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของรัฐของหน่วยงานรัฐสำหรับสำนักตรวจเงินแผ่นดินเป็นหนึ่งในองค์กรอิสระที่มีบทบาทสำคัญในการติดตามตรวจสอบและกำกับดูแลการใช้จ่ายเงินและทรัพย์สินของประเทศเพื่อจุดประสงค์ในการตรวจสอบการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้บริหารประเทศทั้งหมดล้วนแล้วแต่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายงบประมาณ

ของแผ่นดิน (Annual government statement of expenditure) ที่มาจากประชาชนด้วยเหตุนี้ การจัดตั้งสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินและการกำหนดกระบวนการในการตรวจสอบ การใช้จ่ายเงินของแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 จึงเป็นอีกหนึ่งเครื่องมือในการกำกับควบคุมและตรวจสอบการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ เมื่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพบการทุจริตคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (State Audit Commission - SAC) จะต้องส่งเรื่องให้กับพนักงานสอบสวน คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือคณะกรรมการ ป.ป.ท. ดำเนินการเนื่องจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่มีอำนาจฟ้องศาลเองได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (State Audit Office of the Kingdom of Thailand) เป็นหนึ่งในหน่วยงานที่ต้องทำงานร่วมกับสำนักงาน ป.ป.ท. เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบเพื่อให้ได้มาของข้อเท็จจริงในการกระทำการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐ⁶²

2) การป้องกันการสมยอมราคาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง

บทบัญญัติกฎหมายที่บัญญัติขึ้น เพื่อการป้องกันการสมยอมราคาในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง หมายถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ซึ่งได้วางหลักการสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดความผิดอาญาและกระบวนการในการดำเนินการติดตามเอาผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อทำให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือในการจัดหาสินค้าและบริการต่าง ๆ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการจัดซื้อจัดจ้าง หรือด้วยวิธีการอื่นใด ซึ่งดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐรวมถึงการที่รัฐให้สิทธิในการดำเนินกิจการบางอย่างโดยการให้สัมปทาน อนุญาต หรือกรณีอื่นใดในลักษณะเดียวกันนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public interest) อันเป็นกิจการของรัฐ ฉะนั้น การกระทำดังกล่าวจึงต้องกระทำด้วยความโปร่งใส ยุติธรรมและมีการแข่งขันอย่างเสรี เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่รัฐ แต่ที่ผ่านมามีการกระทำในลักษณะสมยอมของการเสนอราคา ทำให้เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมและรัฐมิได้ประโยชน์สูงสุดและในบางกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (Political Office Holder) หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการกระทำความผิด หรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดด้วยเหตุดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการตรากฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ขึ้นเพื่อจัดการกับปัญหาดังกล่าว⁶³

⁶² ศรีนยา ห่านศรีสุข, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 31, หน้า 48 - 49.

⁶³ วีระพงษ์ บุญโญภาส และคณะ, (2549), รายงานการวิจัยโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง การเสริมสร้างมาตรการเพื่อสัมฤทธิ์ผลในกระบวนการบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เอกสารประกอบการสัมมนาเสนอรายงานวิจัย, หน้า 63.

โดยพระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากมีพฤติการณ์ปรากฏแก่คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือมีการกล่าวหาหรือเรียนว่าการดำเนินการซื้อ การจ้าง การแลกเปลี่ยน การเช่า การจำหน่ายทรัพย์สิน การได้รับสัมปทาน หรือการได้รับสิทธิใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐครั้งใดมีการกระทำอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ต้องทำการสอบสวนข้อเท็จจริงโดยเร็วและหากเห็นว่ามีมูลคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการใน 3 กรณี⁶⁴ คือ

- (1) กรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ หรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง
- (2) กรณีที่เป็นบุคคลอื่น ให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(The Nation Counter Corruption Commission) ดำเนินการกล่าวโทษบุคคลนั้นต่อพนักงานสอบสวน

⁶⁴ มาตรา 14 ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคา ต่อหน่วยงานของรัฐตามพระราชบัญญัตินี้

ในกรณีที่มีพฤติการณ์ปรากฏแก่คณะกรรมการ ป.ป.ช. หรือมีการกล่าวหาหรือเรียนว่าการดำเนินการซื้อ การจ้าง การแลกเปลี่ยน การเช่า การจำหน่ายทรัพย์สิน การได้รับสัมปทานหรือการได้รับสิทธิใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐครั้งใดมีการกระทำอันเป็นความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทำการสอบสวนข้อเท็จจริงโดยเร็วและถ้าเห็นว่ามีมูลให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการกับผู้นั้นตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

(2) ในกรณีที่บุคคลอื่นนอกจากบุคคลตาม (1) ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ดำเนินการกล่าวโทษบุคคลนั้นต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีต่อไป ในการดำเนินการของพนักงานสอบสวนให้ถือรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหลัก

(3) ในกรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตาม (1) และบุคคลอื่นที่ลักษณะคดีมีความเกี่ยวเนื่องเป็นความผิดเดียวกันไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ถ้าคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคราวเดียวกัน ให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจดำเนินการสอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดและเมื่อดำเนินการเสร็จให้ส่งรายงานเอกสารและความเห็นไปยังสำนักงานอัยการสูงสุดเพื่อดำเนินการให้มีการฟ้องคดีในศาลซึ่งมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีสำหรับผู้ที่กระทำความผิดนั้น โดยให้ถือว่ารายงานของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นส่วนการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ถ้าคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นว่าการกระทำความผิดดังกล่าวสมควรให้ดำเนินการสอบสวนโดยพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ส่งผลการสอบสวนข้อเท็จจริงไปยังพนักงานสอบสวนเพื่อเป็นผู้ดำเนินคดีต่อไป

เพื่อดำเนินคดีต่อไปในการดำเนินคดีของพนักงานสอบสวนให้ถือรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นหลัก

(3) กรณีที่การกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและบุคคลอื่นที่ลักษณะคดีมีความเกี่ยวเนื่อง (Cognate) เป็นความผิดเดียวกันไม่ว่าจะเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ถ้าคณะกรรมการ ป.ป.ช. เห็นสมควรดำเนินการสอบสวนเพื่อดำเนินคดีกับบุคคลหลายคนที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคราวเดียวกัน

3) การป้องกันผลประโยชน์ขัดกันของรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นส่วนของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการจำกัดจำนวนหุ้นที่รัฐมนตรี ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ที่ดำรงตำแหน่งผู้นำในการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไม่สามารถเข้าถือในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้ โดยองค์กรที่มีอำนาจและหน้าที่ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ คณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า มิให้รัฐมนตรีเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือไม่คงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วน (Partner) หรือผู้ถือหุ้น (Shareholder) ในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท ตามจำนวนที่กำหนดไว้ ดังนี้

(1) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด รัฐมนตรีสามารถเข้าเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนนั้นและในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน รัฐมนตรี (Minister) สามารถเข้าถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทนั้น

(2) หากรัฐมนตรีผู้ใดประสงค์จะได้รับประโยชน์จากกรณีดังกล่าวต่อไป รัฐมนตรีผู้นั้นจะต้องแจ้งให้ประธานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้งและรัฐมนตรีผู้นั้น จะต้องโอนหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทดังกล่าวให้นิติบุคคล ซึ่งจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่นภายใน 90 วันนับแต่วันที่แจ้งให้ประธานคณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบและเมื่อดำเนินการโอนหุ้นส่วนหรือหุ้นให้กับนิติบุคคลใดแล้ว รัฐมนตรีจะต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ประธานคณะกรรมการ ป.ป.ช. รับทราบภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้ออนหุ้นส่วนหรือหุ้นนั้น (พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 มาตรา 4)⁶⁵

⁶⁵ มาตรา 4 รัฐมนตรีต้องไม่เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท หรือไม่คงไว้ซึ่งความเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เว้นแต่ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด รัฐมนตรีเป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบได้ไม่เกินร้อยละห้าของทุนทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติการจัดการหุ้นส่วนและหุ้นของรัฐมนตรี พ.ศ. 2543 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการของการป้องกันการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจเกิดขึ้นได้ ซึ่งการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นปัจจัยเสี่ยงที่ก่อให้เกิดการทุจริตขึ้นได้

กลุ่มที่ 2 กลุ่มของกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนเกี่ยวกับการจัดการการทุจริตในภาครัฐ

กฎหมายในกลุ่มนี้จะมีเนื้อหาบางส่วนสำหรับจัดการการทุจริตในภาครัฐ หมายความว่า บทบัญญัติกฎหมายที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการเฉพาะแต่เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง แต่กฎหมายดังกล่าวก็มีเนื้อหาบางส่วนเกี่ยวกับการจัดการกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำทุจริต ซึ่งถือเป็นอีกหนึ่งกลไกที่รัฐสามารถนำมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเพื่อให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ได้แก่ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

1) พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเฉพาะกรมสอบสวนคดีพิเศษ (Department of Special Investigation) หรือ DSI และคณะกรรมการสอบสวนคดีพิเศษในการดำเนินภารกิจเกี่ยวกับการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดีพิเศษในทางอาญาให้เกิดประสิทธิภาพด้วยความเป็นธรรม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดประเภทคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของคณะกรรมการคดีพิเศษ (กคพ.) ไว้ตลอดจนกำหนดอำนาจพิเศษแก่เจ้าหน้าที่ของกรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งเหนือกว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจทั่วไป เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดักฟัง (Eavesdrop) (พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547)⁶⁶ อำนาจในการ

(2) ในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด รัฐมนตรีเป็นผู้ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละห้าของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่จำหน่ายได้ในบริษัทนั้น

⁶⁶ มาตรา 25 ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าเอกสารหรือข้อมูลข่าวสารอื่นใดซึ่งส่งทางไปรษณีย์ โทรเลข โทรศัพท์ โทรสาร คอมพิวเตอร์ เครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการสื่อสาร สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือสื่อทางเทคโนโลยีสารสนเทศใด ถูกใช้หรืออาจถูกใช้เพื่อประโยชน์ในการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งได้รับอนุมัติจากอธิบดีเป็นหนังสือจะยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเพื่อมีคำสั่งอนุญาตให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษได้มาซึ่งข้อมูลข่าวสารดังกล่าวก็ได้

ทำเอกสาร หรือหลักฐานหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคน⁶⁷ และอำนาจในการครอบครองอาวุธปืนและวัตถุอันตราย⁶⁸ เป็นต้น ซึ่งคดีพิเศษที่อยู่ในอำนาจของกรมสอบสวนคดีพิเศษมีลักษณะดังนี้

(1) คดีความผิดทางอาญาตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ซึ่งมีทั้งหมด 22 ประเภท⁶⁹ และที่กำหนดเพิ่มเติมจากบัญชีท้ายในกฎกระทรวง โดยการเสนอแนะของ กคพ. ซึ่งจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

⁶⁷ มาตรา 27 ในกรณีจำเป็นและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ให้อธิบดีหรือผู้ได้รับมอบหมายมีอำนาจให้บุคคลใดจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใดขึ้นหรือเข้าไปแฝงตัวในองค์กรหรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวน ทั้งนี้ให้เป็นไปตามข้อบังคับที่อธิบดีกำหนด

การจัดทำเอกสารหรือหลักฐานใด หรือการเข้าไปแฝงตัวในองค์กร หรือกลุ่มคนใดเพื่อประโยชน์ในการสืบสวนสอบสวนตามวรรคหนึ่งให้ถือว่าเป็นการกระทำโดยชอบ

⁶⁸ มาตรา 29 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ให้กรมสอบสวนคดีพิเศษได้รับยกเว้น ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืนและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมยุทธภัณฑ์เช่นเดียวกับราชการทหารและตำรวจตามกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้การมีและใช้อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง สิ่งเทียมอาวุธปืนและยุทธภัณฑ์ให้เป็นไปตามระเบียบที่กระทรวงยุติธรรมกำหนด

⁶⁹ บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

- (1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน
- (2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า
- (3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์
- (4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์
- (5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการเล่นแชร์
- (6) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน
- (7) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ
- (8) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแบบผังภูมิของวงจรรวม
- (9) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค
- (10) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า
- (11) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเงินตรา
- (12) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการชดเชยค่าเสียหายการสินค้าส่งออกที่ผลิตในราชอาณาจักร
- (13) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน
- (14) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทย
- (15) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด
- (16) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

(ก) คดีความผิดทางอาญาที่มีความซับซ้อน (Complexity) จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ

(ข) คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public Order or Good Morals) ความมั่นคงของประเทศความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (International Relations) หรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ

(ค) คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม (Criminal Enterprise)

(ง) คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการผู้ใช้หรือผู้สนับสนุน

(จ) คดีความผิดทางอาญาที่มีพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งมีใช้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือเจ้าหน้าที่คดีพิเศษเป็นผู้ต้องสงสัยเมื่อมีหลักฐานตามสมควรว่าน่าจะได้กระทำความผิดอาญาหรือเป็นผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา

2) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กำหนดให้มืองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายนี้ ได้แก่ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (สำนักงาน ป.ป.ง.) คณะกรรมการ ป.ป.ง. และคณะกรรมการธุรกรรม โดยจัดตั้งขึ้นมาเพื่อวางหลักเกณฑ์และกำกับดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินรวมทั้งเพื่อตรวจสอบวิเคราะห์ข้อมูลทางการเงินทั้งหลายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับขบวนการฟอกเงินด้วย

สำนักงาน ป.ป.ง.⁷⁰ มีบทบาทสำคัญในการศึกษาหามาตรการในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินโดยมีฐานะเป็นฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการ ป.ป.ง.⁷¹ สำนักงาน ป.ป.ง. มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบและดำเนินการเกี่ยวกับธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฟอกเงินตามมติของคณะกรรมการธุรกรรมและให้มีส่วนเกี่ยวข้องปฏิบัติตามกฎหมาย

(17) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม

(18) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์

(19) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(20) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

(21) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร

(22) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

⁷⁰ มาตรา 40 ให้จัดตั้งสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน ป.ป.ง.”

⁷¹ มาตรา 24 ให้มีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินคณะหนึ่งเรียกโดยย่อว่า “คณะกรรมการ ป.ป.ง.”

ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

กลุ่มที่ 3 กลุ่มของกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยตรง

กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อการป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยตรง หมายถึง กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่และบทบาทภารกิจขององค์กรในประเทศไทยที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ พ.ศ. 2551 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 กำหนดให้มีสำนักงาน ป.ป.ช.⁷² และคณะกรรมการ ป.ป.ช. เพื่อทำหน้าที่เป็นองค์กรหลักของประเทศในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยตรง โดยกำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีจำนวน 9 คน ประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคนและกรรมการอื่นอีกจำนวน 8 คน ซึ่งมาจากการสรรหาและคัดเลือกโดยการลงมติเลือกของวุฒิสภา (Senate)⁷³ โดยมีวาระในการดำรงตำแหน่งเจ็ดปีและสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว⁷⁴ เนื่องจากเป็นตำแหน่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในการจัดการเกี่ยวกับกระทำทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐซึ่งมีบทบาทที่สำคัญในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจดังต่อไปนี้

⁷² มาตรา 141 ให้มีสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน ป.ป.ช.” เป็นส่วนราชการและมีฐานะเป็นนิติบุคคล รับผิดชอบขึ้นตรงต่อคณะกรรมการ ป.ป.ช.

⁷³ มาตรา 9 คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ประกอบด้วยกรรมการจำนวนเก้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากผู้ซึ่งได้รับการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหา

๑๗๑

๑๗๑

⁷⁴ มาตรา 18 กรรมการมีวาระการดำรงตำแหน่งเจ็ดปีนับแต่วันที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งและให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

ในกรณีที่กรรมการพ้นจากตำแหน่งตามวาระให้กรรมการที่พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีกรรมการใหม่แทน

(1) ใต้สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการ (Judge) ศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) หรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ใด มีพฤติการณ์ร้ายชัดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม (Ethics Governance) อย่างร้ายแรง

(2) ใต้สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐร้ายชัดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริต ต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ในการ ยุติธรรม

(3) กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่ง ในองค์กรอิสระและเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีทรัพย์สินและหนี้สินของตน คู่สมรส และบุตร ที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะรวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของ บุคคลดังกล่าว

(4) ใต้สวนเพื่อดำเนินคดีในฐานความผิดอื่นที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดหรือที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช.

(5) หน้าที่และอำนาจอื่นตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น

ในการดำเนินการตาม (4) ในส่วนที่เกี่ยวกับความผิดตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญนี้คณะกรรมการ ป.ป.ช. จะดำเนินการเอง หรือมอบหมายให้หน่วยงานที่มีหน้าที่ และอำนาจในการดำเนินการเป็นผู้ดำเนินการก็ได้

2) พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551

นอกจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. 2561 ที่ให้อำนาจแก่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการใต้สวนข้อเท็จจริงและชี้มูล ความผิดกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองกระทำทุจริตแล้ว ยังมีกฎหมาย อีกหนึ่งฉบับซึ่งสามารถนำมาบังคับใช้กับกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการทุจริตในภาครัฐ หรือ กระทำทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ หรือประพฤติมิชอบได้คือ พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหาร ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ซึ่งได้กำหนดให้มีสำนักงาน ป.ป.ท. และ คณะกรรมการ ป.ป.ท. ขึ้นเพื่อดำเนินการและปฏิบัติการกิจทั้งหลายอันเกี่ยวข้องกับการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตของภาครัฐ ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ท. มีเขตอำนาจรับผิดชอบเจ้าหน้าที่ ของรัฐทั้งหลายตั้งแต่ข้าราชการพลเรือนสามัญ (Government Officer) ทุกกระทรวง ทบวง กรม

ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการทหาร ข้าราชการครู พนักงานองค์กรมหาชน พนักงานรัฐวิสาหกิจ ข้าราชการองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตลอดจนข้าราชการ และพนักงานหน่วยงานของรัฐที่จัดตั้งในรูปแบบพิเศษอื่นรวมทั้งสิ้นประมาณ 10,000 หน่วยงาน⁷⁵ สำหรับรายละเอียดเกี่ยวกับคณะกรรมการ ป.ป.ท. และกระบวนการไต่สวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ ป.ป.ท. ผู้ศึกษาจะได้กล่าวอย่างละเอียดต่อไปในบทที่ 3

2.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ

เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นตัวแทนของรัฐในการบริหารราชการและติดต่อประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องประพฤติและปฏิบัติตนให้ประชาชนเชื่อถือไว้วางใจ และเป็นตัวอย่างที่ดีของประชาชน เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐมีวินัยดี ประชาชนก็จะมี faith เชื่อถือศรัทธาผู้นั้น และส่งผลให้ประชาชนศรัทธาในหน่วยงานและรัฐบาลโดยส่วนรวมอีกด้วย โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องเป็นแบบอย่างที่ดี เป็นที่ศรัทธาของประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องรักษาวินัยโดยเคร่งครัดยิ่งกว่าลูกจ้างของเอกชน เช่น พนักงานของธนาคารหรือบริษัทต่าง ๆ โดยจะต้องรักษาชื่อเสียงไม่กระทำการอันเป็นที่เสื่อมเสียชื่อเสียงและตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน

ในส่วนนี้เป็นการนำเสนอแนวความคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้า วิเคราะห์และสังเคราะห์แนวคิดทฤษฎี เอกสารและงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 หลักนิติรัฐที่ใช้ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักนิติรัฐ⁷⁶ (Rechtsstaat) ในภาษาเยอรมันนั้นเป็นคำที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ภาษาเยอรมัน (สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐออสเตรีย และบางส่วนของสมาพันธรัฐสวิส) เป็นคำที่รู้จักกันในศตวรรษที่ 19 ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1848 เป็นหลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า État de Droit และหลักนิติรัฐซึ่งตรงกับภาษาอังกฤษว่า Legal State

2.3.1.1 ความหมายของหลักนิติรัฐ

นับแต่อดีตมีการให้คำนิยามและความหมายของคำว่า นิติรัฐอย่างมากมายตามแนวความคิดของผู้เชี่ยวชาญแต่ละท่านซึ่งมีความหลากหลายและสอดคล้องกัน ดังต่อไปนี้

⁷⁵ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ. (2562). *บทบาทหน้าที่ภารกิจ*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของสำนักงาน ป.ป.ช., กรุงเทพฯ: สำนักงาน ป.ป.ช. หน้า 2

⁷⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 21.

Robert Von Molh กล่าวว่า นิติรัฐ คือ รัฐแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไปจากการให้ความหมายดังกล่าวสรุปได้ว่า นิติรัฐ คือ รัฐที่ปกครองโดยหลักแห่งเหตุผลเพื่อให้การอาศัยอยู่ร่วมกันของมนุษย์เป็นไปได้ด้วยความสงบสุข⁷⁷

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ให้ความเห็นไว้ว่า นิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ศรัทธาในลัทธิปัจเจกนิยม (Individualism) และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้จะต้องมีบทบัญญัติในประการสำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญาและในการประกอบอาชีพในฐานะรัฐจึงมีสภาพเป็นคนรับใช้ของสังคมโดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัดซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่รัฐจะเคารพต่อเสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎร ได้มีวิธีเดียวก็คือการที่รัฐยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัดเท่านั้นและตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่กฎหมายนั้นก็ผูกมัดรัฐอยู่เสมอ⁷⁸

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา กล่าวสรุปว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Freedoms) ขึ้นพื้นฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ ที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเช่นว่านั้นเพื่อพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่แต่ละคนจะเห็นสมควร ดังนั้น รัฐประเภทนี้จึงเป็นรัฐที่มีอำนาจจำกัดโดยยอมอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเคร่งครัด รัฐที่กำหนดเป้าหมายที่จะคุ้มครองเสรีภาพและประกันความเป็นธรรมภายในรัฐและในขอบเขตที่รัฐสามารถแผ่อิทธิพลเข้าไปถึงได้ ในรัฐดังกล่าวนี้การใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น⁷⁹

รองศาสตราจารย์ ดร.กมลชัย รัตนสกาวงศ์ กล่าวสรุปว่า นิติรัฐ หมายถึง รัฐที่ออกกฎหมายอย่างมีเหตุผลหรือรัฐที่ให้ความสำคัญในเรื่องความยุติธรรม (Justice) หมายถึง วิธีการหรือการทำเป้าหมายหรือเนื้อหาของรัฐให้เป็นรูปธรรมมันคือรูปแบบที่ก่อให้เกิดความมั่นคงในเสรีภาพของประชาชนต่อการใช้อำนาจของรัฐหรือการล้มเลิกการปกครองโดยตัวบุคคลมาเป็นการปกครองโดยตัวกฎหมาย⁸⁰

⁷⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ่างแล้วเชิงอรธที่ 76. หน้า 21.

⁷⁸ หยุด แสงอุทัย. (2538). *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 127.

⁷⁹ มานิตย์ จุมปา. (2548). *คำอธิบายกฎหมายปกครองว่าด้วยหลักทั่วไป*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 62 - 63.

⁸⁰ กมลชัย รัตนสกาวงศ์. (2537). *พื้นฐานความรู้ทั่วไปหลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 92.

จากนิยามของนิติรัฐข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า หลักนิติรัฐอาจแยกได้เป็นสองความหมาย คือ ความหมายของนิติรัฐในความหมายอย่างแคบและนิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง

นิติรัฐในความหมายอย่างแคบ คือ รัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย การกระทำของเจ้าหน้าที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายโดยไม่จำกัดว่ากฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ถูกร่างออกมาโดยตัวแทนของประชาชนหรือไม่ ขอเพียงมีความสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริงของกฎหมายเท่านั้น ๆ ประชาชนหรือบุคคลทั่วไปต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตามกฎหมายที่ออกมา แม้รัฐธรรมนูญจะไม่ได้มาจากการใช้กำลังบังคับหรือการกระทำการปฏิวัติรัฐประหารก็เป็นกฎหมายสามารถอ้างได้ว่าอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ

กล่าวโดยสรุปว่า นิติรัฐในความหมายอย่างแคบจะพบว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐไม่ว่าจะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ (Rights and Freedoms) ของประชาชนหรือไม่ก็ตาม หากกระทำตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ นั้นย่อมเท่ากับว่าไม่ขัดต่อหลักนิติรัฐโดยไม่คำนึงว่ากฎหมายที่ใช้ในขณะนั้นจะเป็นกฎหมายที่ออกมาโดยกระบวนการที่ชอบธรรมหรือไม่ โดยมองแค่กฎหมายมีสภาพบังคับใช้โดยไม่มองถึงกระบวนการและเหตุผลในการตรากฎหมาย

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้าง คือ รัฐยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายและกฎหมายนั้นจะต้องมีความชอบด้วยกฎหมาย ความชอบธรรมของกฎหมายในกรณีนี้ก็คือ กฎหมายแสดงออกซึ่งเจตจำนงร่วมกันของประชาชน กฎหมายต้องคำนึงถึงความมีเหตุมีผลประกอบด้วยศีลธรรมและชอบธรรมด้วยในกระบวนการตรากฎหมายนั้น โดยเน้นไปในการรับรองและส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหากจะมีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน กฎหมายนั้นต้องเป็นกฎหมายที่ออกโดยสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นตัวแทนประชาชนเท่านั้น

นิติรัฐในความหมายอย่างกว้างนี้อาจอธิบายได้โดยหลักศีลธรรม (Moral) และหลักแห่งความเป็นเหตุเป็นผลและได้สัดส่วน กล่าวคือ บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการ หรือละเว้น ไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนและจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับประชาชนจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีกฎหมายระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใด มีอำนาจล่วงล้ำ (Intrusive) เข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้

ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาผลประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมาย การควบคุมไม่ให้รัฐธรรมนูญขัดกับกฎหมายจะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรรัฐฝ่ายตุลาการจึงทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

นิติรัฐ ในความหมายอย่างกว้างนี้จึงหมายถึง รัฐและองค์กรของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย การกระทำที่ก่อให้เกิดการกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องถูกตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ กล่าวโดยสรุปว่า นิติรัฐ คือ ทุกคนไม่ว่าจะเป็นรัฐหรือองค์กรรัฐ หรือประชาชนทุกคนจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเดียวกันทั้งสิ้น รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะกระทำการที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกไปจากที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กฎหมายจึงเป็นที่มาของอำนาจและข้อจำกัดของฝ่ายปกครองเพื่อเป็นประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและต้องทำภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นเป็นการจำกัดอำนาจรัฐมิให้ใช้อำนาจโดยมิชอบ⁸¹

2.3.1.2 ความเป็นมาของหลักนิติรัฐ

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

⁸¹ วิสิฐ ญาณภีร์ท. (2557). *บริบทหลักนิติธรรมในต่างประเทศ*. สำนักปลัดกระทรวงยุติธรรม. รายงานวิจัย. หน้า 33 - 34.

ต่อมาหลักนิติรัฐได้รับการยอมรับจากประเทศอื่นๆ แล้วยังเป็นระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นทวีปยุโรปด้วย นอกเหนือจากคำว่า Rechtsstaat ยังปรากฏใช้คำว่า Gesetzesstaat (รัฐแห่งกฎหมาย) คำว่า Verfassungsstaat (รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ) หรือศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็เคยใช้คำว่า Gerechtigkeitsstaat (รัฐแห่งความเป็นธรรม) ซึ่งคำว่า รัฐแห่งรัฐธรรมนูญ หมายถึง หลักที่รัฐต้องเคารพรัฐธรรมนูญเป็นใหญ่ ยิ่งไปกว่านั้นในการเน้นเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายที่ดีกฎหมายเยอรมันจึงเรียกว่าเป็น รัฐแห่งความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีความหมายแตกต่างจากรัฐตำรวจ (Polizestaat) ในส่วนของความแตกต่างของประเทศในภูมิภาคนี้คือรายละเอียดในเรื่องขององค์ประกอบในทางรูปแบบและทางเนื้อหาของแต่ละประเทศกล่าวคือ ในทางรูปแบบมีการพัฒนาหลักการแบ่งแยกอำนาจรวมทั้งเพิ่มเรื่องการตรวจสอบการละเมิดหลักนิติรัฐโดยศาลซึ่งแต่เดิมเห็นว่าการศาลแพ่งและศาลอาญาในระบบเดิมสามารถตรวจสอบเรื่องนี้ได้ แต่ในปัจจุบันในยุโรปเริ่มมีศาลพิเศษที่ดูแลเรื่องการละเมิดสิทธิของประชาชนเพิ่มขึ้น เช่น ศาลปกครอง (Conseil d'État) ของฝรั่งเศส หรือศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน อย่างไรก็ตาม ที่อาจจะแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน คือ รัฐธรรมนูญออสเตรียมิได้บัญญัติในเรื่อง นิติรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน หากแต่ถือว่าเป็นหลักการที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง⁸²

2.3.1.3 หลักนิติรัฐกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักนิติรัฐเป็นหลักสำคัญในการปกครองที่ในสังคมรัฐต่างเรียกร้องให้มี ให้ปรากฏและบังเกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ เพราะหลักนิติรัฐเป็นหลักที่จำกัดการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐหรือฝ่ายปกครอง และการจำกัดการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวกระทำโดยกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้นโดยประชาชน การจำกัดอำนาจดังกล่าวมีขึ้นเพื่อความอยู่รอดของรัฐ ดังนั้น กฎหมายของประชาชนจึงเป็นสิ่งที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ หลักนิติรัฐจึงมีขึ้นเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนในอีกมุมหนึ่งก็ปกป้องฝ่ายรัฐด้วยเช่นกัน

R. Carré de Malberg นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส กล่าวว่า⁸³

นิติรัฐ เป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนว่า เมื่อใดก็ตามที่รัฐละเมิดหลักนี้ปัจเจกชนสามารถไปผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกการกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้ เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมือง และมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

⁸² วิสิฐ ญาณภีร์ดี, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 81, หน้า 35.

⁸³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, (2538), *กฎหมายมหาชนเล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*, กรุงเทพฯ: นิติธรรม, หน้า 297 - 280.

ของเจ้าหน้าที่ของรัฐและเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบ และทำให้ปัจเจกชนเสียหาย

ดังนั้น ในรัฐที่เป็นนิติรัฐ (Legal State) จึงหมายถึงรัฐที่ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายเป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐมิให้ดำเนินไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่ได้วางไว้ล่วงหน้าบนพื้นฐานความเชื่อว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้จะช่วยสามารถปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ดำรงได้อย่างมั่นคง

จึงกล่าวได้ว่า องค์การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ องค์การอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ รวมถึงคณะกรรมการกึ่งตุลาการ (Quasi judicial Committee) ได้แก่ คณะกรรมการตามกฎหมายต่าง ๆ จึงมีขึ้นเพื่อควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐให้เคารพต่อหลักนิติรัฐและเท่ากับเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁸⁴

2.3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

โดยที่รัฐ (State) เป็นนิติบุคคล (Juristic Person) รัฐจึงไม่สามารถกระทำการใด ๆ ด้วยตนเองได้ การกระทำทั้งหลายของรัฐจึงต้องกระทำการโดยผ่านบุคคลธรรมดาทั้งหลายที่ดำรงตำแหน่งเป็นบุคคลของรัฐทั้งสิ้น เพียงแต่กฎหมายให้ถือว่าการกระทำของบุคคลธรรมดาเหล่านั้น หากได้กระทำภายในขอบเขตและเงื่อนไข หรือวิธีที่กฎหมายกำหนดแล้ว ให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำของรัฐ ซึ่งหมายความว่า หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดสิทธิใด ๆ สิทธิดังกล่าวนั้นย่อมตกได้แก่รัฐ และในขณะเดียวกันหากการกระทำนั้นก่อให้เกิดหน้าที่บางประการ หน้าที่ดังกล่าวนั้นก็ตกเป็นหน้าที่ของรัฐมิใช่หน้าที่เป็นการส่วนตัวของบุคคลผู้กระทำการแทนรัฐ

การกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) การกระทำของรัฐต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรของรัฐ

(2) ต้องเป็นการกระทำของบุคคลธรรมดาซึ่งดำรงตำแหน่งหน้าที่เป็นองค์กรของรัฐ อันได้ทำลงในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐ กล่าวคือ เป็นการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งหน้าที่ที่ตนดำรงอยู่

⁸⁴ เกรียงไกร เจริญชนาวัดน์. (2558). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 114 - 115.

(3) การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับหน้าที่นั้นจะต้องกระทำลงเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวม โดยที่การกระทำของรัฐหรือการใช้อำนาจของรัฐเป็นการใช้อำนาจมหาชน โดยผ่านบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้เองการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจึงอาจมิได้กระทำอยู่ภายในขอบเขต เงื่อนไข หรือวิธีการ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือการใช้อำนาจรัฐโดยผ่านบุคคลธรรมดานั้น อาจจะทำโดยมีเจตนาที่จะทุจริตต่อหน้าที่ หรือมีมูลเหตุจูงใจในการกระทำที่ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หรือพยายามบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐเพื่อตนเองหรือกลุ่มของตนเอง การใช้อำนาจรัฐในลักษณะดังกล่าว ล้วนแต่เป็นการกระทำที่มีความบกพร่องทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในแง่หนึ่งเพื่อควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐดำเนินไปเพื่อบรรลุภารกิจของรัฐทั้งหลาย ในอีกแง่หนึ่งก็เพื่อป้องกันการใช้อำนาจอย่างบิดเบือน การใช้อำนาจตามอำเภอใจ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว⁸⁵

2.3.2.1 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หากพิจารณาถึงบรรดารัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายจะพบว่า มีหลักการที่สำคัญ 2 หลักการ กล่าวคือ⁸⁶ หลักประชาธิปไตย (Das Demokratische Prinzip) และหลักนิติรัฐ (Das Rechtsstaatsprinzip) หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐเป็นหลักที่มีความเกี่ยวพันซึ่งกันและกัน จนอาจกล่าวได้ว่า หลักประชาธิปไตยเป็นหลักที่เอื้อให้หลักนิติรัฐ และขณะเดียวกันหลักนิติรัฐก็เป็นหลักที่ส่งเสริมสนับสนุนต่อหลักประชาธิปไตย แต่หากจะกล่าวถึงประเด็นเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนั้น หลักการที่เป็นบทบาทสำคัญคือหลักนิติรัฐ โดยที่หลักนิติรัฐเป็นหลักใหญ่ที่เป็นหลักการพื้นฐาน ในที่นี้จึงสามารถแบ่งหลักย่อยของหลักนิติรัฐที่เกี่ยวกับเรื่องการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้ 3 หลักย่อย ดังนี้

1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Das Prinzip Der Gewaltentrennung)

การปกครองระบอบประชาธิปไตย (Democracy) ที่รัฐใช้อำนาจธิปไตยได้อย่างอิสระ ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะใช้อำนาจตามใจชอบอย่างไรก็ได้ ต้องมีกรอบจำกัดการใช้อำนาจ

⁸⁵ สัญชัย ศิริเดช. (2556). *ปัญหาการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการพลเรือน : กรณีศึกษาที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไข้มูลความผิดทางวินัย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์. หน้า 41 - 42.

⁸⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2547). *การควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของเครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย, กรุงเทพฯ: เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย. หน้า 3.

อธิปไตย⁸⁷ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ให้ถูกล่วงละเมิด หลักสำคัญหลักหนึ่ง ที่กำหนดขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐ คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Deconcentration)

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นพื้นฐานที่สำคัญของหลักนิติรัฐ เพราะหลักนิติรัฐไม่สามารถที่จะสถาปนาขึ้นมาได้ในระบบการปกครองที่ไม่มีหลักการแบ่งแยกอำนาจ ไม่มีการควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันระหว่างอำนาจ ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ (Puisseance Legislative) อำนาจฝ่ายบริหาร (Puisseance Exécutive) และฝ่ายตุลาการ โดยหลักการแล้วต้องสามารถควบคุมตรวจสอบและยับยั้งซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ เพราะอำนาจทั้งสามมิได้แบ่งแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด หากแต่มีการถ่วงดุลซึ่งและกัน (Checks and Balances) เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ จะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจเหนืออีกอำนาจหนึ่งอย่างเด็ดขาด หรือจะต้องไม่มีอำนาจใดอำนาจหนึ่งที่รับภาระหน้าที่ของรัฐทั้งหมดและดำเนินการเพื่อให้บรรลุภารกิจดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น หลักการแบ่งแยกอำนาจจึงเป็นหลักที่แสดงให้เห็นถึงการอยู่ร่วมกันของการแบ่งแยกอำนาจการตรวจสอบอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจ⁸⁸

หากพิจารณาหลักการแบ่งแยกอำนาจอย่างเป็นระบบ อาจแยกพิจารณาการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก่อให้เกิดการแบ่งแยกองค์กรตามขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกัน หรือเรียกกันว่า การแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจ (Funktionelle Gewaltenteilung) และการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล (Personelle Gewaltenteilung) ซึ่งเรียกรวมให้อำนาจหน้าที่ของรัฐที่มีการแบ่งแยกนั้นต้องมีเจ้าหน้าที่ของตนเอง อันมิใช่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรอื่นด้วย โดยวิธีการแบ่งแยกอำนาจของรัฐเช่นนี้ รวมทั้งการกำหนดให้องค์กรอื่น ๆ เข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการแต่งตั้งบุคคลเข้าสู่อำนาจใดอำนาจหนึ่ง หรือการให้มีสิทธิโต้แย้งคัดค้านอำนาจอื่น หรือสิทธิในการควบคุมตรวจสอบทั้งในแง่ของการแบ่งแยกอำนาจตามภารกิจและในแง่ของตัวบุคคลแล้วกรณีก็จะก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจต่าง ๆ ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งมีอำนาจโดยเบ็ดเสร็จ ในขณะที่เดียวกันก็จะไม่ทำให้อำนาจใดอำนาจหนึ่งอยู่ภายใต้อำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง ด้วยสภาพการณ์เช่นนี้จะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความคุ้มครองอันเป็นความมุ่งหมายประการสำคัญของหลักนิติรัฐ

⁸⁷ นุกูล สันยัติเสรี. (2546). การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. กับหลักการแบ่งแยกอำนาจ อธิปไตยและเสถียรภาพของรัฐบาล. รัฐศาสตร์. 51(6), หน้า 15.

⁸⁸ มานิตย์ จุมปา. (2554). คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 55.

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Verwaltung und Justiz)

หลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองหรือเรียกว่า หลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครอง หลักในเรื่องนี้เป็นการเชื่อมโยงหลักความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองเข้ากับหลักประชาธิปไตย โดยโดยทางผู้แทน กล่าวคือการใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการที่ดี หรือฝ่ายปกครองที่ดี จะต้องผูกพันต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยองค์กรนิติบัญญัติอันเป็นองค์กรที่มีพื้นฐานมาจากตัวแทนของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นการกระทบต่อสิทธิหรือจำกัดสิทธิของประชาชนนั้นจะกระทำได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ โดยผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนก่อน ดังนั้น การใช้กฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือฝ่ายปกครองที่เป็นการจำกัดสิทธิของประชาชนจึงมีผลมาจากกฎหมายที่ได้รับความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนแล้ว ซึ่งอาจแยกพิจารณาความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการและฝ่ายปกครองได้ ดังนี้

(1) ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายตุลาการหรือหลักความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตุลาการ (Gesetzmaessigkeit von Justiz) ความผูกพันของฝ่ายตุลาการต่อการใช้กฎหมายเป็นไปตามหลักความเสมอภาคของการใช้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน โดยถือว่าเป็นหลักความเสมอภาคในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพรูปแบบของการใช้กฎหมายตามหลักความเสมอภาคดังกล่าว มี 3 รูปแบบ ดังนี้

ก. ฝ่ายตุลาการจะต้องไม่พิจารณาพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องมิให้มีการใช้กฎหมายให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติในลักษณะของการบังคับในเรื่องนั้น ๆ กล่าวคือ ฝ่ายตุลาการจะต้องใช้กฎหมายให้เป็นไปตามองค์ประกอบและผลของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ

ข. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้อุบายอย่างเท่าเทียมกัน กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกัน (Equality) ในการที่จะให้ฝ่ายตุลาการใช้บทบัญญัติกฎหมายให้ตรงกับข้อเท็จจริงในกรณีของตน

ค. ฝ่ายตุลาการมีความผูกพันที่จะต้องใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องในกรณีนี้หมายความว่า บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องอย่างเท่าเทียมกันต่อฝ่ายตุลาการในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจโดยเรียกร้องให้ฝ่ายตุลาการใช้ดุลพินิจโดยปราศจากข้อบกพร่องใด ๆ ทั้งสิ้น

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

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

ข. หลักเงื่อน ใจของกฎหมาย ในขณะที่หลักความมาก่อนของกฎหมายเรียกร่องในทางปฏิเสฐมิให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกระทำการอันใดที่เป็นการขัดแย้งกับกฎหมายที่มีอยู่ แต่หลักเงื่อน ใจของกฎหมายกลับเรียกร่องว่าฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอันใดอันหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการกระทบสิทธิของปัจเจกบุคคลหากไม่มีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าว การกระทำของฝ่ายปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยหลักเงื่อน ใจของกฎหมายดังกล่าว

3) หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

หลักนิติรัฐมีความเกี่ยวพันกันอย่างยิ่งกัสิทธิในเสรีภาพของบุคคล (Freiheitsrechte) และสิทธิในความเสมอภาค (Gleichheitsrechte) สิทธิทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นถือว่าเป็นพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายยอมรับหลักความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้น ดังนั้น เพื่อเห็นแก่ความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นรัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล โดยอำนาจรัฐจะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนตามหลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยได้ให้ความเห็นชอบแล้วเท่านั้น จึงจะสามารถกระทำได้ เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง จึงได้มีการนำหลักการแบ่งแยกอำนาจมาใช้เพื่อความมุ่งหมายจะให้อำนาจแต่ละอำนาจควบคุมตรวจสอบซึ่งกันและกันก็เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้รับความรับรองคุ้มครอง นอกเหนือจากหลักการแบ่งแยกอำนาจแล้วได้มีการบัญญัติหลักการต่าง ๆ อีกหลายประการเพื่อเป็นการให้หลักประกันแก่สิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลมิให้ถูกละเมิดจากรัฐ เช่น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง (Allgemeinheit und Einzelfallverbot) การกำหนดให้ระบอบบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและ

เสรีภาพ (Zitiergebot) หลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพมิได้ (Wesengehaltgarantie) และหลักประกันที่สำคัญคือหลักประกันการใช้สิทธิในทางศาล (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งถือว่าเป็นสาระสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพแก่ปัจเจกบุคคล เพราะการคุ้มครองหรือหลักประกันทั้งหลายจะปราศจากความหมายหากไม่ให้สิทธิแก่ปัจเจกบุคคลในการโต้แย้งการกระทำของรัฐ เพื่อให้องค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรที่มีความเป็นกลาง เข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำของรัฐที่ถูกโต้แย้งว่าละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล⁸⁹

2.3.2.2 การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรภายในของรัฐ

การควบคุมและตรวจสอบภายในองค์กรมี 2 ลักษณะ⁹⁰ กล่าวคือ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ กับการควบคุมในแง่ของการทุจริตหรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ ส่วนองค์กรนิติบัญญัติ หรือองค์กรตุลาการ การควบคุมภายในองค์กรนั้นจะมีการควบคุมเฉพาะการควบคุมในแง่ของการทุจริต (Corruption) หรือการกระทำผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ การควบคุมลักษณะนี้ คือ การควบคุมด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองอันเป็นวิธีการที่ง่ายที่สุด กล่าวคือ เป็นการควบคุมที่ดำเนินการ โดยฝ่ายปกครองด้วยตนเองผ่านสายงานบังคับบัญชาที่เหนือกว่า ถือได้ว่าเป็นรูปแบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบดั้งเดิม ถึงแม้ว่าในปัจจุบันการควบคุมภายนอกจะเป็นที่ยอมรับในวงกว้างมากกว่าแต่การควบคุมภายในก็ยังคงมีความจำเป็นเช่นกัน ซึ่งต้องทำควบคู่ไปกับการควบคุมภายนอก การควบคุมลักษณะนี้มีผลดี คือ ประชาชนเข้าถึงกระบวนการได้ง่ายกว่าการเสนอข้อพิพาท (Disputes) ให้ศาลที่เป็นองค์กรภายนอกวินิจฉัยอีกทั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจบังคับบัญชาก็สามารถควบคุมการใช้ดุลพินิจของผู้ใต้บังคับบัญชาได้อย่างสมบูรณ์

เนื่องจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมหาชน เป็นการใช้อำนาจทางการบริหารและการปกครองในระดับต่าง ๆ เป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะซึ่งการบริการสาธารณะนี้เป็นการใช้อำนาจทางการปกครองในรูปแบบของการกระจายอำนาจ และการบริหารเป็นสำคัญ อาทิ พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้อำนาจและหน้าที่แก่หน่วยงานของรัฐและแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งมีการกำหนดระดับขั้นตอนต่าง ๆ ของการบริหารราชการแผ่นดินและการปกครอง การกำหนดเรื่องการปฏิบัติราชการแทนในการใช้อำนาจและเรื่องการรักษาราชการแทนว่ามีขั้นตอนและการปฏิบัติอย่างไรโดยบทบัญญัติดังกล่าวนี้

⁸⁹ สัตยชัย สิริเดช, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 85, หน้า 43 - 45.

⁹⁰ ขวัญชนก ต้นกันยา, (2559). *ปัญหาการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ: ศึกษากรณีคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ ซึ่งมูลความผิดทางวินัย*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยศรีปทุม, หน้า 33 - 34.

เป็นเรื่องของการใช้อำนาจตามหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ทั้งสิ้น การกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ มีสถานภาพเป็นนิติบุคคล (Juristic Person) การกำหนดถึงอำนาจและหน้าที่ การกำหนดขอบเขตของการกระทำการตามอำนาจและหน้าที่นั้น ๆ รวมทั้งบัญญัติถึงขั้นตอนการกำกับดูแลในองค์กรด้วย ฉะนั้น การใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องกับประชาชน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอนุมัติ การอนุญาต การออกคำสั่งหรือการออกกฎหมายระเบียบ ฯลฯ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ เมื่อกฎหมายมอบหมายและให้อำนาจไว้แก่ฝ่ายปกครองตลอดถึงการกำหนดวิธีการควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวไว้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันการใช้อำนาจและหน้าที่โดยมิชอบหรือขาดความยุติธรรมที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนหรือแม้กระทั่งผลของการใช้อำนาจและหน้าที่ของฝ่ายปกครองนั้น ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย⁹¹ (The Spirit of Laws) ซึ่งการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นการเปิดโอกาสให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองอีกครั้งหนึ่ง โดยอาจเป็นการควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือหรือเป็นการควบคุม โดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ได้

1. การควบคุมโดยผู้มีอำนาจเหนือ

การควบคุมตรวจสอบโดยผู้มีอำนาจเหนือ เป็นการควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลก็ได้ ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ภายในองค์กรฝ่ายปกครองเดียวกันย่อมถูกควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้บังคับบัญชามีอำนาจควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้ทุกเรื่อง โดยสามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการกระทำนั้น และโดยเหตุที่อำนาจของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจทั่วไปที่เกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครอง ผู้บังคับบัญชาจึงสามารถควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ แต่ในกรณีที่มีความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายปกครองตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปย่อมถูกควบคุมโดยผู้กำกับดูแล ซึ่งผู้กำกับดูแลมีอำนาจควบคุมผู้ใต้กำกับดูแลได้เท่าที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยสามารถควบคุมได้เฉพาะความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา⁹² เกิดจากการจัดระเบียบภายในองค์กรฝ่ายปกครองแต่ละองค์กรเอง ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลจะเป็นความสัมพันธ์ตามลำดับชั้นของการบังคับบัญชา โดยปกติแล้วผู้บังคับบัญชามีอำนาจเหนือการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชา ในลักษณะ 4 ประการ ได้แก่

⁹¹ สุริยา ปานเป็น. (2556). *คู่มือสอบกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 33.

⁹² วิษณุ วรรณฤณ, ปิยะศาสตร์ ไชวพันธุ์ และเจตน์ สดาวรศิลป์. (2551). *ตำรากฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายปกครองทั่วไป*. กรุงเทพฯ: ดอกเบญจ. หน้า 253 - 254.

(1) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสั่งการหรือแนะนำผู้ใต้บังคับบัญชาให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้โดยอาจเป็นคำสั่งเฉพาะรายหรือเป็นคำสั่งที่มีผลทั่วไปก็ได้

(2) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเพิกถอนการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาได้

(3) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยของผู้ใต้บังคับบัญชา

(4) ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจสอดเข้าไปใช้อำนาจแทนผู้ใต้บังคับบัญชาในกรณีมีเหตุจำเป็นเร่งด่วนหรือในกรณีที่ผู้ใต้บังคับบัญชาละเลยไม่ยอมใช้อำนาจตามกฎหมาย

นอกจากนั้น คำสั่งระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาโดยทั่วไปแล้ว ถือว่าเป็นคำสั่งภายในของฝ่ายปกครอง มิใช่คำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ เป็นคำสั่งลงโทษทางวินัย การบรรจุ การแต่งตั้ง การเลื่อนขั้นเงินเดือน การสั่งพักราชการ (To order a suspension from government service) การให้พ้นจากตำแหน่ง หรือการให้ออกจากราชการ (Provisional discharge from government service pending the result of the inquiry) ตามที่กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบข้าราชการกำหนดไว้ คำสั่งนอกจากนี้ไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองเห็นได้ว่า อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาเป็นอำนาจที่อาจให้คุณและโทษต่อผู้ใต้บังคับบัญชาได้เสมอ ส่วนการขอให้พิจารณาใหม่อันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่พิจารณาคำร้องขอเรื่องนั้นใหม่ในประเด็นที่ได้วินิจฉัยไว้แล้ว ในคำสั่งทางปกครองที่ไม่อาจอุทธรณ์ได้อีกต่อไป โดยทั่วไปหากการสั่งการใด ๆ ของฝ่ายปกครองมีข้อผิดพลาด คู่กรณีย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งนั้นได้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองเพิกถอน หรือแก้ไขคำสั่งที่ผิดพลาด หากปล่อยให้ล่วงเลยระยะเวลาไปอาจไม่มีสิทธิที่จะขอเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นได้อีก

สำหรับการควบคุมแบบกำกับดูแล⁹³ มีที่มาจากหลักความเป็นอิสระขององค์กรฝ่ายปกครองท้องถิ่นและองค์กรมหาชน อันเป็นหลักการที่เกิดจากการที่รัฐดำเนินนโยบายกระจายอำนาจสู่ท้องถิ่นและกระจายอำนาจตามกิจการ กล่าวคือ รัฐโอนกิจการบริการสาธารณะบางอย่างซึ่งแต่เดิมอยู่ในความรับผิดชอบของส่วนกลางไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้แก่ กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล หรือให้องค์กรมหาชน เช่น การสื่อสารแห่งประเทศไทยและองค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย เป็นต้น โดยจะต้องจัดทำบริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนกลางมิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขต หรือขัดแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่การควบคุมแบบกำกับดูแล (Controle de Tutelle) ของส่วนกลางก็มีขอบเขตจำกัด ทั้งนี้ เพื่อดำรงความเป็นอิสระขององค์กรเหล่านั้นไว้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้ง อย่างไรก็ตาม หากผู้มีอำนาจกำกับดูแลควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเหนือการกระทำขององค์กรภายใต้กำกับได้ตรวจสอบแล้วพบว่าการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้มีอำนาจกำกับดูแลมีอำนาจเพียงการให้ความเห็นชอบ

⁹³ วิษณุ วรรณุญ, ปิยะสาสตร์ ไชว์พันธุ์ และเจตน์ สถาวรศีลพร. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 255.

หรือไม่เห็นชอบกับการกระทำ หรือสั่งเพิกถอนการกระทำนั้นเท่านั้น คำสั่งการในการกำกับดูแลดังกล่าว จึงถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง และเพื่อเป็นการคุ้มครององค์กรภายใต้กำกับจากการใช้อำนาจของผู้มีอำนาจกำกับดูแล องค์กรภายใต้กำกับจึงมีอำนาจฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองของผู้มีอำนาจกำกับดูแลได้ ทั้งนี้ เพื่อให้้องค์กรตุลาการได้เข้ามาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ในขณะที่เดียวกันศาลก็สามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในการกำกับดูแลองค์กรผู้มีอำนาจกำกับดูแลว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เช่นเดียวกัน

2) การควบคุมโดยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์ (Appeal) ในกรณีนี้ หมายถึง การอุทธรณ์คำสั่งและคำวินิจฉัยทางปกครอง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นกระบวนการควบคุมภายในฝ่ายปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ที่อาจแก้ไขบรรดาข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนให้หมดสิ้นไปความมุ่งหมายของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นมีความมุ่งหมาย 3 ประการ ดังนี้ เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน เพื่อควบคุมตนเองของฝ่ายปกครอง และเพื่อลดภาระคดีในชั้นศาล⁹⁴

การอุทธรณ์และการร้องทุกข์ (Complaint) นั้นจะมีลักษณะใกล้เคียงกันมากแต่การอุทธรณ์คำสั่งหรือคำวินิจฉัยโดยทั่วไปนั้นจะมีระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วย วิธีการร้องทุกข์และวิธีการอุทธรณ์ต่างก็เป็นวิธีการในการควบคุม (Control) การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารด้วยองค์กรภายในของฝ่ายบริหารเอง กล่าวคือ การร้องทุกข์เป็นวิธีการให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือกว่าทำการพิจารณาและทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครองบริหารอีกชั้นหนึ่ง ส่วนการอุทธรณ์นั้น เป็นวิธีการในการขอให้มีการทบทวนคำสั่งหรือคำวินิจฉัยทางการปกครอง แต่ต่างกันที่ว่า การอุทธรณ์นั้นจะต้องทำในระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดหรือบัญญัติไว้เป็นสำคัญ

การพิจารณาเรื่องการอุทธรณ์ในระบบกฎหมายไทยอาจแยกพิจารณาออกเป็นการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะและการอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง

(1) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะ หมายถึง ระบบการอุทธรณ์ตามที่พระราชบัญญัติแต่ละฉบับได้กำหนดเงื่อนไข (Condition) ในการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะตามพระราชบัญญัตินั้น ๆ เรื่องการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะเป็นเรื่องที่ไม่นำหลักเกณฑ์ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ

⁹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ. (2548). *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 106.

วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับกับ คำที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3⁹⁵ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น เรื่องการอุทธรณ์ต่าง ๆ จึงเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น ๆ⁹⁶

(2) การอุทธรณ์ตามกฎหมายกลาง เป็นการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ หลักการเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองก่อนที่จะได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น มีปรากฏอยู่บ้างแล้วในกฎหมายฉบับต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิธีการและระยะเวลาในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นไม่ได้บัญญัติรายละเอียดเพียงพอที่จะช่วยให้การพิจารณาเรื่องทางปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยุติธรรม ในทางวิชาการจึงได้เสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ขึ้นมาเพื่อใช้เป็น⁹⁷ “กฎหมายกลาง” หรือ “กฎหมายทั่วไป” สำหรับการใช้อำนาจหน้าที่ในทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครอง การที่กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายทั่วไปย่อมหมายความว่า หากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองไว้อย่างไร เจ้าหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะนั้น เว้นแต่ กรณีที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติงานไว้ หรือมีกฎหมายเฉพาะแต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะที่ประกันความเป็นธรรมหรือกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไว้ต่ำกว่าหลักเกณฑ์หรือมาตรฐานที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้กฎหมายเฉพาะฉบับนั้นไม่ได้ แต่จะต้องใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบังคับแก่กรณีดังกล่าวอย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นกรณีของขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะ เจ้าหน้าที่จะต้องใช้กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ บังคับแก่ขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์เสมอ ทั้งนี้ โดยมีพักต้องคำนึงว่าขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์นั้นจะมีหลักประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือไม่ ดังนั้น การอุทธรณ์ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือกฎหมายกลางจึงเป็นการอุทธรณ์ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติเรื่องการอุทธรณ์ไว้เป็น

⁹⁵ มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้โดยเฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

⁹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 108.

⁹⁷ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า. หน้า 5 - 6.

การเฉพาะ กล่าวโดยสรุป ภายหลังจากมีการกระทำทางปกครอง (Administrative acts) อย่างใดอย่างหนึ่งออกไปแล้วจะมีการควบคุมแบบลำดับชั้น อันเป็นการควบคุมแบบแก้ไขโดยองค์กรภายในของฝ่ายปกครอง กล่าวคือ จะมีการควบคุมตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง ทั้งนี้ หากมีการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครอง เพื่อให้มีการทบทวนการตัดสินใจของตนอีกครั้งและต้องยื่นต่อฝ่ายปกครอง (Administration) ผู้ออกคำสั่งนั้น โดยตรง อาจยื่นภายในกำหนดเวลา 2 เดือน นับแต่วันมีคำสั่งไม่ว่าจะเป็นคำสั่งปฏิเสธโดยชัดแจ้งหรือปริยาย ถ้าหากฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใด ๆ ในเวลา 2 เดือน นับแต่มีคำขอฝ่ายผู้ร้องก็อาจนำคดีไปฟ้องที่ศาลปกครองได้⁹⁸

2.3.2.3 การควบคุมการใช้อำนาจรัฐ โดยองค์กรภายนอก

1) การควบคุมตรวจสอบโดยทางการเมือง

ในรัฐที่ปกครองระบอบประชาธิปไตยเสรีนิยมทางผู้แทน (Representative Democracy) ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับคณะรัฐมนตรีเป็นไปตามระบบรัฐสภา (Parliamentary System) จะมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐสภาเป็นองค์กรหลักในการทำหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ หน้าที่ในทางนิติบัญญัติได้แก่การออกกฎหมาย และหน้าที่ในการควบคุมการปฏิบัติราชการของฝ่ายบริหารทั้งในฐานะรัฐบาลและในฐานะฝ่ายปกครองให้เป็นไปตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อสภา โดยการสอดส่องดูแลการปฏิบัติตามนโยบายของฝ่ายปกครอง ด้วยการตั้งกระทู้ถาม (The Topic) การขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ หรือการตั้งคณะกรรมการสอบสวน เป็นต้น การควบคุมและตรวจสอบทางการเมืองจึงเป็นการเฝ้าระวังความบกพร่องในการปฏิบัติราชการวิธีหนึ่ง

2) การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ

องค์กรอิสระ⁹⁹ เป็นหน่วยงานของรัฐไม่สังกัดกระทรวง ทบวง กรมใด ๆ ในระบบราชการ หากแต่เป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล งบประมาณ และการดำเนินการต่าง ๆ องค์กรอิสระจะทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารงานแผ่นดิน เพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ได้รับการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญภายในขอบเขตอำนาจขององค์กรนั้น ๆ เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (The Nation Counter Corruption Commission) มีอำนาจหน้าที่ไต่สวนและมีความเห็นกรณีมีการกล่าวหาว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระผู้ใด มีพฤติการณ์ร่ำรวยผิดปกติ ทุจริตต่อหน้าที่ หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจขัดต่อบทบัญญัติ

⁹⁸ วิษณุ วรัญญู, ปิยะสาสตร์ ไชวพันธ์ และเจตน์ สถาวรศิลป์พร. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 18 - 20.

⁹⁹ วรากร แก้วหวาน. (2545). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์ดุลพินิจคำสั่งทางวินัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.)*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 56.

แห่งรัฐธรรมนูญ หรือฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมอย่างร้ายแรงเพื่อบำบัดการ ต่อไปตามรัฐธรรมนูญหรือตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สิน และหนี้สินของตน คู่สมรสและบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะรวมทั้งตรวจสอบและเปิดเผยผลการตรวจสอบทรัพย์สินและหนี้สินของบุคคลดังกล่าว¹⁰⁰ เป็นต้น

3) การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นการควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญที่สุด เพราะเป็นระบบการควบคุมตรวจสอบที่ให้หลักประกันกับประชาชนมากที่สุด ด้วยเหตุนี้ จึงมีการกล่าวกันว่า รัฐใดรัฐหนึ่งไม่อาจถือได้ว่าเป็นนิติรัฐหากรัฐนั้นปราศจากการควบคุมและตรวจสอบ ฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการ (Judiciary) ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองความเป็นธรรมในการดำเนิน กระบวนการพิจารณาคดีด้วย¹⁰¹

การควบคุมและตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการหรือศาลต่อฝ่ายปกครองของไทยนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ใช้ระบบศาลคู่ (Dual Court System) เป็นระบบที่ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจ วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ส่วนคดีปกครองอยู่ในเขตอำนาจ การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง อันเป็นวิธีการที่กฎหมายให้อำนาจผู้ได้รับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครอง มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลพิจารณาและ พิพากษาว่า การกระทำทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรม ของเอกชน (Private) เป็นการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย และขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำนั้น หรือไม่ให้ใช้การกระทำทางปกครองนั้นบังคับแก่กรณีของตน หรืออาจขอให้บังคับฝ่ายปกครอง ชดใช้ค่าสินไหมทด (Damages) แทนให้แก่ตนด้วย

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองจะไม่เข้าไปตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ต้อง อาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะ เช่น การพิจารณาว่า มีสารพิษอยู่ในสินค้าหรือไม่ สินค้ามีคุณค่าเพียงไร หรือการคิดค่าธรรมเนียม (Fee) เพราะไม่ได้อาศัยแต่เพียงการคำนวณต้นทุนและกำไร (Benefit) เท่านั้น แต่อาจมีการคำนวณความเสี่ยงรวมอยู่ด้วย ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรภายนอกที่เข้ามา ควบคุมและตรวจสอบในเชิงการแก้ไขเยียวยาผลกระทบที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในการกระทำทางปกครอง รวมถึงสัญญาทางปกครองด้วย ดังนั้น ศาลปกครองจึงมีบทบาทสำคัญ

¹⁰⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 234.

¹⁰¹ โชต อัสวลาภสกุล. (2557). *การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยศาลปกครอง*. เผยแพร่ผ่านเว็บไซต์ของ เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย. กรุงเทพฯ: เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย. หน้า 1.

ในการควบคุมและตรวจสอบ ยับยั้งถ่วงดุลการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองอันจะทำให้การปฏิบัติงาน หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองเป็นไปโดยรอบคอบรัดกุม และอยู่บนพื้นฐานของการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

แต่เดิมฝ่ายปกครองมีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายอย่างจำกัด โดยมุ่งไปในทางรักษาความสงบเรียบร้อยการรักษาความปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สินให้กับประชาชนเป็นหลัก แต่ปัจจุบันอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครองขยายออกไปมากขึ้น มีการจัดตั้งฝ่ายปกครองออกเป็นรูปแบบต่าง ๆ เป็นจำนวนมากเพื่อให้เพียงพอและครอบคลุมตอบสนองต่อการรักษาความสงบเรียบร้อย การจัดทำบริการสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจำเป็นต้องมีเครื่องมือ (Tool) เพื่อให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผลซึ่งเครื่องมือที่ฝ่ายปกครองใช้ในการดำเนินกิจกรรมนั้นปรากฏเป็นรูปแบบและประเภทต่าง ๆ ของการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เนื่องจากภารกิจในการปกครองมีความหลากหลายมากรูปแบบและประเภทขององค์กรฝ่ายปกครองจึงหลากหลายตามไปด้วย¹⁰² กรณีจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมาย ที่มา และรูปแบบของการกระทำทางปกครอง (Administrative acts) ในแต่ละรูปแบบเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบต่อไป

2.3.3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐประเภทหนึ่ง การกระทำของรัฐแสดงออกโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แทนของตนซึ่งเรียกว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ (State Official) การแสดงเจตนาหรือการกระทำของบุคคลธรรมดาที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ มีผลผูกพันรัฐในทางกฎหมาย แต่มิได้มีผลผูกพันบุคคลธรรมดาที่ได้แสดงเจตนาหรือทำการในฐานะที่เป็นองค์กรของรัฐแต่อย่างใด

การกระทำทางปกครองมีความหมายกว้างมากรวมถึงการกระทำทุกอย่าง เช่น การบอกกล่าว การจ่ายเงิน การจัดการสิ่งกีดขวางจราจร การยิงปืนของพนักงานตำรวจ การให้ความเห็น การดูแลอาคาร การสถานที่ของทางราชการ เป็นต้น แม้ในทางปฏิบัติการกระทำทั่ว ๆ ไปทางปกครองจะมี

¹⁰² วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 67.

บทบาทมาก แต่ในทางกฎหมายแล้วถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการกระทำทางปกครองอย่างธรรมดา¹⁰³ ไม่มีบทบาทในทางกฎหมายแต่อาจมีผลในทางแพ่งในลักษณะนิติกรรมหรือนิติเหตุก็ได้¹⁰⁴

การนิยามคำว่า การกระทำทางปกครองนั้นอาจทำได้ 2 วิธี คือ โดยพิจารณาถึงลักษณะของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ วิธีหนึ่ง และโดยการพิจารณาว่าการกระทำนั้น ๆ มาจากองค์กรฝ่ายปกครองอีกวิธีหนึ่ง ซึ่งการให้ความหมายดังกล่าวก็คือการนิยามในเชิงปฏิเสธประการหนึ่ง ซึ่งหมายถึงการกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการ แต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารที่เป็นฝ่ายปกครองมิใช่ฝ่ายการเมือง ประการที่สองการนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง ซึ่งก็คือ การกระทำที่มีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชน เปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิของประชาชนซึ่งรวมถึงการกระทำให้คุณประโยชน์แก่ประชาชนและการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย¹⁰⁵ การกระทำทางปกครองเหล่านี้จะไม่รวมถึงการกระทำทางปกครองในทางแพ่งรวมอยู่ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง การกระทำทางปกครองก็คือ การกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลอาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชนหรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองได้¹⁰⁶

2.3.3.2 หลักการพื้นฐานสำคัญของการกระทำทางปกครอง

การดำเนินกิจการทางปกครองในนิติรัฐนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐาน (Foundation) ของกฎหมายปกครอง ดังต่อไปนี้

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ (Principle of Proportionality)

หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร และถือเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹⁰⁷

¹⁰³ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครอง: หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 141.

¹⁰⁴ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2539). *กฎหมายปกครอง คำบรรยายบทความ รายงานการศึกษ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 13.

¹⁰⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 103 หน้า 14.

¹⁰⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒน์สานต์. (2540). *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์. หน้า 99.

¹⁰⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2551). *กฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 28 - 29.

2) หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครองในการกำหนดหลักเกณฑ์ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ ดังนั้น การกระทำของฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน และเป็นที่คาดหมายได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจนการคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครองถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29¹⁰⁸

3) หลักสุจริต (Good faith)

หลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5¹⁰⁹ ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย ดังที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421¹¹⁰ ด้วยเหตุนี้ ในการใช้อำนาจทางปกครองหรืออำนาจมหาชนในลักษณะอื่นใด เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องใช้อำนาจโดยสุจริต การบิดเบือน (Distortion) การใช้อำนาจ หรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ

4) หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ (The protection of the public interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงของฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากกรณียกเว้นการปกครองในระบอบประชาธิปไตย หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและการตีความกฎหมาย อย่างไรก็ตามการกระทำทางปกครองที่มุ่งประโยชน์สาธารณะนั้น อาจจะเป็นการกระทำที่ทำให้ประโยชน์แก่ปัจเจกชนคนใดคนหนึ่งพร้อมกันไปด้วยได้ เช่น การที่รัฐให้ทุนการศึกษาหรือให้เงินอุดหนุนเกษตรกรกรณีดังกล่าวย่อมถือว่า ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจก่อนข้างกว้างขวางในการดำเนินการก่อตั้งเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองต่าง ๆ เงื่อนไขในการดำเนินการดังกล่าวก็คือ ฝ่ายปกครองจะต้องอธิบายได้อย่างสมเหตุสมผลตามสมควรว่าการกระทำของตนนั้นมีผลเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะประโยชน์อย่างไร¹¹¹

¹⁰⁸ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 107. หน้า 35.

¹⁰⁹ มาตรา 5 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต

¹¹⁰ มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย

¹¹¹ มานิตย์ วงศ์เสรี. (2550). *หลักการคุ้มครองความเชื่อถือหรือความไว้วางใจโดยสุจริตของประชาชน*. วารสารวิชาการศาลปกครอง. หน้า 40 - 41.

5) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ (The coverage, reliability and trust)

หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ คือ การใช้อำนาจในรูปแบบต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐจะต้องไม่ล่วงละเมิดความเชื่อถือและไว้วางใจของบุคคลที่มีต่อกฎเกณฑ์หรือการใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐ หากประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ที่จะได้รับจากการใช้อำนาจหนึ่ง ๆ ไม่ได้มีน้ำหนักเหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน (Individual Interest) ที่จะต้องเสียหายจากการใช้อำนาจนั้น ทั้งนี้ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจดังกล่าวได้ก่อให้เกิดหลักการตีความกฎหมายตลอดจนหลักกฎหมายที่จะต้องนำมาใช้พิจารณาประกอบการตัดสินใจยกเลิกหรือเพิกถอนกฎเกณฑ์ มาตรการ หรือคำสั่งต่าง ๆ ของรัฐ และบ่อยครั้งก็ถูกนำไปปรับใช้เป็นเหตุผลพื้นฐานในการชดเชยค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ ก็คือหลักกฎหมายที่คุ้มครองสถานะในทางกฎหมายของบุคคลจากการล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐนั่นเอง¹¹²

6) หลักความเสมอภาค (Equality)

หลักความเสมอภาคจะกำหนดให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครอง ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญที่แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค¹¹³ หลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักที่ใช้ควบคุมไม่ให้รัฐหรือฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ และใช้ในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ การกระทำของฝ่ายปกครอง หรือการพิจารณาคดีของศาล

2.3.3.3 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองเป็นการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งโดยปกติแล้วย่อมต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการกระทำอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งการกระทำทางปกครองแบ่งประเภทได้ ดังนี้

¹¹² วรณรี สิงห์โต. (2553). *การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน* (Der Vertrauensschutz bei der Aufhebung eines Verwaltungs aktes). *วารสารกฎหมายปกครอง*, 27(2). หน้า 88.

¹¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2544). *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. หน้า 38.

1) ปฏิบัติการในทางปกครอง

การปฏิบัติการต่างๆ ไปของฝ่ายปกครองไม่มีผลในทางปกครองเท่าใดนักแต่หากมีการละเมิดหรือกระทบสิทธิของประชาชนก็จะมีผลในทางแพ่งหรือทางอาญา ซึ่งเรียกว่าปฏิบัติการทางปกครองหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดของการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ในทางปกครองของฝ่ายปกครอง ปฏิบัติการในทางปกครอง เช่น การตรวจตราว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เช่น ตรวจโรงงาน แรงงาน อาคาร ซึ่งไม่มีผลไปกระทบสิทธิของประชาชนโดยตรง แต่ถ้ามีการสั่งการจะเริ่มมีผลกระทบต่อนิติของประชาชน เพราะฉะนั้น การปฏิบัติการในทางปกครองมักไม่มีคดีขึ้นสู่ศาล เพราะยังไม่มีข้อพิพาทแต่อาจร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชา (Commander) ได้¹¹⁴

2) นิติกรรมทางปกครอง หรืออาจเรียกว่าคำสั่งในทางปกครอง (Verwaltungsakt)

ในปัจจุบันกฎหมายปกครองของประเทศไทยยังไม่ปรากฏการบัญญัติคำนิยามของคำว่านิติกรรมทางปกครองเอาไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร จึงยังมีความเห็นสับสนในทางวิชาการอยู่ว่า หากกล่าวถึงนิติกรรมทางปกครองแล้วจะมีความหมายกว้างหรือแคบประการใด นักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายเท่ากับคำว่าคำสั่งทางปกครอง ซึ่งน่าจะเป็นอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ส่วนนักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองมีความหมายครอบคลุมถึงคำสั่งทางปกครองและกฎ แต่ไม่รวมถึงสัญญาทางปกครอง เพราะนิติกรรมทางปกครองต้องเป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียวเสมอ นอกจากนั้นยังมีนักวิชาการบางท่านเห็นว่า นิติกรรมทางปกครองนั้น ควรพิจารณาจากคำนิยามของนิติกรรมในทางแพ่งเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น นิติกรรมทางปกครองจึงอาจมีได้ทั้งที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว คือ กฎและคำสั่งทางปกครองและเป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือ สัญญาทางปกครอง¹¹⁵

คำสั่งในทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539¹¹⁶ หมายถึง การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต (Allow) การอนุมัติ (Approval) การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ ซึ่งกฎในที่นี้หมายความว่าถึงกฎทั่วๆ ไป เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎมีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ส่วนคำสั่งทางปกครอง

¹¹⁴ กมลชัย รัตนสกวาวงศ์, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 103, หน้า 36.

¹¹⁵ สมยศ เชื้อไทย, (2530), *การกระทำทางปกครอง*, วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 17(3), หน้า 62.

¹¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (2539, 14 พฤศจิกายน), ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 113, (ตอนที่ 60 ก), หน้า 1.

มีผลบังคับแก่กรณีใด หรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยปกติแล้วกฎหมายมักจะไม่กระทบสิทธิของประชาชนโดยตรงจนกว่าจะมีการอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น ๆ สั่งการให้ประชาชนปฏิบัติ (act) กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ประชาชนจะถูกกระทบสิทธิในกรณีที่มีคำสั่งให้ปฏิบัติ

3) สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)

สัญญาทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹¹⁷ หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลที่กระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน (Concession Contract) สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

การแบ่งแยกสัญญาว่าเป็นสัญญาทางปกครองหรือสัญญาทางแพ่งเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากสัญญาทั้งสองประเภทมีความแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของหลักกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ และเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น หากเป็นสัญญาทางแพ่งจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่หากเป็นสัญญาทางปกครองจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง โดยหลักเกณฑ์ในการแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่งจะต้องพิจารณา 2 ประการ คือ สัญญาทางปกครองคู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหน่วยงานทางปกครอง และวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นเรื่องที่เชื่อมโยงกฎหมายปกครอง หรือก่อนนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือเนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องทางปกครองแล้ว สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)

4) คำสั่งทั่วไปทางปกครอง (Allgemeinverfuegung)

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

¹¹⁷ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (2542, 10 ตุลาคม).ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 (ตอนที่ 94 ก), หน้า 1.

2.3.3.4 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

หลักความชอบด้วยกฎหมาย¹¹⁸ (Principle of Legality) เป็นหลักที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมาจากหรือภายใต้หลักนิติรัฐที่กล่าวว่าเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นใช้บังคับเฉพาะผู้ที่อยู่ภายใต้การปกครองเท่านั้นที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ โดยไม่ถือว่าผู้ปกครองรัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่ตนเองตราขึ้นมา เพราะถือว่ารัฐและผู้ปกครองรัฐซึ่งได้แก่พระเจ้าแผ่นดินนั้นมีอำนาจสูงสุดล้นพ้นที่เรียกว่า สมบูรณาญาสิทธิราชย์ และอำนาจสูงสุดดังกล่าวนี้ได้แผ่ขยายไปถึงข้าราชการและข้าราชการบริพารของพระเจ้าแผ่นดินไปด้วย ดังที่มีการเปรียบเทียบกันว่า “ทำงานต่างประเนตรพระกรรณ” ซึ่งหมายความว่าข้าราชการและข้าราชการบริพารเหล่านั้นกระทำการแทนพระเจ้าแผ่นดิน โดยเปรียบเป็นแขนเป็นขาของพระองค์ท่าน ดังนั้น บุคคลเหล่านี้กระทำการใดไปและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่อยู่ใต้ปกครอง บุคคลเหล่านี้ถูกฟ้องร้องหาได้ไม่ เพราะถ้าฟ้องบุคคลเหล่านี้และเอาผิดได้แล้วก็เท่ากับว่าฟ้องและเอาผิดกับพระเจ้าแผ่นดิน ซึ่งขัดกับหลักที่ว่า พระมหากษัตริย์ทรงกระทำผิดไม่ได้ (The King can do no wrong) ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแต่เดิมฝ่ายปกครองนั้นไม่อยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย

ต่อมาเมื่อการเมืองการปกครองเปลี่ยนเป็นระบอบประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตอนปลาย ความจำเป็นที่จะต้องให้หน่วยงานของรัฐ โดยเฉพาะฝ่ายปกครองที่มีอำนาจดำเนินการกระทบประชาชนโดยตรงนั้นต้องดำเนินการให้ชอบด้วยกฎหมายจึงเกิดขึ้น ซึ่งก็หมายความว่าฝ่ายปกครองนั้นต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่นเดียวกับผู้ที่อยู่ใต้การปกครอง ซึ่งก็หมายความว่าถ้าฝ่ายปกครองไปกระทำการใดอันเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ที่อยู่ใต้การปกครองแล้วผู้ที่อยู่ใต้การปกครองก็สามารถฟ้องร้องฝ่ายปกครองต่อองค์กรยุติธรรมได้เพื่อให้เยียวยาแก้ไขการกระทำของฝ่ายปกครองได้ ดังนั้น การกระทำขององค์กรของรัฐจึงต้องมีกฎหมายเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มาแห่งอำนาจและข้อจำกัดการใช้อำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองที่ทำให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎเกณฑ์ที่ฝ่ายนิติบัญญัติและกฎเกณฑ์ที่ตนเองตราขึ้น หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองจะมีผลในทางปฏิบัติด้วยระบบกฎหมายกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าวได้ ระบบกฎหมายไทยกำหนดให้ศาลปกครอง (The Administrative Court) เป็นองค์กรหลักในการควบคุมและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ ภายใต้เขตอำนาจของศาลปกครองตามที่กฎหมายกำหนดหลัก

¹¹⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 84. หน้า 128 - 129.

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) ประกอบด้วยหลักการย่อย 2 ประการ¹¹⁹ ได้แก่

1) หลักการว่าด้วยกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย

หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง การผูกพันตนต่อกฎหมายขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีได้ใน 2 ลักษณะ คือ กรณีที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติต่อองค์กรฝ่ายปกครองย่อมต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้แต่หากกฎหมายไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติ กล่าวคือ กรณีองค์กรที่ฝ่ายปกครองตัดสินใจดำเนินการตามแผนการปกครอง เพื่อให้ชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนดีขึ้น เช่น การสร้างสวนสาธารณะและการจัดกิจกรรมเพื่อส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ต้องละเว้นไม่กระทำการดังกล่าวนี้ให้ขัดต่อกฎหมายบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่ เหตุผลพื้นฐานของการกำหนดให้การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย เนื่องจากหลักความเป็นเอกภาพของอำนาจรัฐและความเป็นเอกภาพในระบบกฎหมาย เพราะหากยอมให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมายได้โดยไม่มีผลเสียใด ๆ ตามมาแล้ว กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับในรัฐก็จะหาความหมายมิได้ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถกำหนดมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ให้ขัดต่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่

2) หลักการว่าด้วยไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ

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

¹¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง: หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 21 - 28.

หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจนั้น ย่อมมีความเคร่งครัดแตกต่างกันออกไป กล่าวคือ มาตรการใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการสร้างภาระ กระทบต่อสิทธิ และเสรีภาพของประชาชน จำเป็นต้องมีฐานทางกฎหมายรองรับมาตรการดังกล่าว เช่น การใช้กำลัง เข้าสลายการชุมนุมประท้วง การยกเลิกใบอนุญาตประกอบกิจการสถานบริการ การเรียกให้บุคคล ไปเข้ารับราชการทหาร การเข้าตรวจค้นเคหสถาน และการลงโทษทางวินัย เป็นต้น ส่วนมาตรการ ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์หรือเป็นคุณกับประชาชน และไม่มี กฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้มาตรการนั้นไว้เป็นพิเศษ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจกระทำ การได้แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง แต่ต้องมีความชอบธรรมในทางกฎหมาย อันเป็นผลเนื่องมาจากการกำหนดคกฏเกณฑ์ของรัฐสภาด้วย เช่น การให้เงินอุดหนุนเกษตรกรและ การอนุญาตให้กู้ยืมเงิน ไปใช้ในการประกอบเกษตรกรรมซึ่งจะต้องกำหนดวงเงินงบประมาณ เพื่อการดังกล่าวไว้ในกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปี เป็นต้น ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นกรอบ ในการใช้อำนาจและจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการกระทำทางปกครอง¹²⁰

2.3.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย

การดำเนินการทางวินัยข้าราชการถือเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ ระบบการบริหารงานบุคคลที่กำหนดขึ้น เพื่อเป็นกฎเกณฑ์ให้บุคลากรในองค์กรประพฤติปฏิบัติ อย่างเสมอภาคกันภายใต้กรอบระเบียบปฏิบัติของทางราชการอันเป็นการใช้อำนาจในทางบริหาร และในส่วนของ การลงโทษทางวินัยข้าราชการก็เป็นการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติ ดังนั้น กระบวนการในการดำเนินการทางวินัยขององค์กรของรัฐในฐานะผู้ใช้อำนาจต้องอยู่ภายใต้กรอบ ที่กฎหมายกำหนดและให้อำนาจไว้โดยคำนึงถึงหลักการดำเนินการทางวินัย ซึ่งประกอบด้วย หลักความยุติธรรม หลักความเป็นธรรม และหลักความรวดเร็ว¹²¹

¹²⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. อ่างแล้วจึงอรรถที่ 84. หน้า 488.

¹²¹ นวนัฐ แก้วขวัญ. (2554). *ปัญหาการพิจารณาและการสั่งลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชาตามที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติชี้มูลฐานความผิด*. การศึกษาอิสระนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 97.

2.3.4.1 ความหมายและลักษณะของวินัยข้าราชการ

คำว่า วินัย¹²² (Discipline) ได้มีนักวิชาการหลายท่านให้ความหมายตลอดจนแสดงความคิดเห็น และพรรณนาแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงความมุ่งหมายแล้ว ความคิดเห็นของแต่ละท่านนั้นต่างก็ขึ้นอยู่กับอยู่ในจุดเดียวกัน คือ เพื่อมุ่งไปสู่ความสงบเรียบร้อย

1) ความหมายของวินัย

วินัย ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542¹²³ หมายถึง ระเบียบแบบแผนและข้อบังคับ ข้อปฏิบัติ เช่น วินัยทหาร ทหารต้องยึดมั่นในวินัย ลึกขาบทของพระสงฆ์

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

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

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

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

(4) การปฏิบัติการเพื่อแก้ไขความประพฤติหรือลงโทษ (Treatment that Corrects or Punishes)¹²⁴

Joseph Kingsbury ให้ความหมายว่า วินัย หมายถึง การควบคุมพฤติกรรมของบุคคลอาจทำโดยทางกฎ ข้อบังคับ คำสั่ง และบังคับโดยการลงโทษ หรือโดยทางการสั่งสอน การฝึกอบรมให้มีความรับผิดชอบ¹²⁵

พันเอกปิ่น มุทุกันต์ อธิบายว่า วินัย เป็นแบบของคน คนทุกคนที่ปรับตัวอยู่ในวินัยแล้ว ถือเป็นคนดี ยกตัวอย่าง ดิน หิน ปูน หรือเศษโลหะที่ถูกเหยียบย่ำหรือโยนทิ้งแล้ว ถ้านำมาปั้นหรือ

¹²² ปิยพร วุฒิชัยภูมิ. (2556). *ความคิดวินัยอย่างร้ายแรงในกรณีกระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรงตามกฎหมายระเบียบข้าราชการพลเรือน*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 10.

¹²³ ราชบัณฑิตยสถาน. *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: นานามีบุ๊คส์พับลิเคชันส์.

¹²⁴ ฉันทนา ภาคบงกช และคณะ. (2539). *การปลูกฝังวินัยของคนในชาติ: การสำรวจลักษณะทางวินัยที่พึงประสงค์ในสังคมไทย*. รายงานการวิจัย ฉบับที่ 56. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยพฤติกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒประสานมิตร. หน้า 33.

¹²⁵ อรัญ มีแก้ว. (2558). *ปัญหาการกลั่นกรองการลงโทษทางวินัยข้าราชการรัฐสภา*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์, สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 7.

หลอมเข้าแบบเป็นพระพุทธรูปแล้วก็กลายเป็นของคนดีที่บุคคลเคารพกราบไหว้ มนุษย์ก็มีแบบอย่างของการประพฤติตนที่เรียกว่า วินัย วินัยจึงเป็นแบบที่ปั้นหลอมคนให้เป็นคนดี¹²⁶

ฉะนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า วินัย คือ ระเบียบ หรือข้อบังคับ ที่ได้กำหนดขึ้นเพื่อใช้ในการควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของราชการให้ยึดถือปฏิบัติตาม โดยเคร่งครัด และให้ข้าราชการทุกคนสามารถปฏิบัติหน้าที่ร่วมกันได้โดยสามัคคี อันจะทำให้การบริหารราชการดำเนินไปสู่วัตถุประสงค์อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะยังให้บังเกิดผลดีแก่ประเทศชาติและประชาชนโดยทั่วไป ข้าราชการ (Government Officer) ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัยและต้องได้รับโทษตามที่กำหนดไว้¹²⁷

สำหรับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการ¹²⁸ หมายถึง กระบวนการทั้งหลายที่กระทำเป็นพิธีการตามกฎหมาย เมื่อข้าราชการมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย รวมทั้งการดำเนินการต่าง ๆ ระหว่างการสอบสวนซึ่งได้แก่ การสืบสวน การตั้งเรื่องกล่าวหา การสอบสวน การสั่งให้พักราชการ (To order a suspension from government service) การให้ออกจากราชการไว้ก่อน การพิจารณาความผิด และกำหนดโทษ ตลอดจนการลงโทษ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้ได้ความจริงว่าข้าราชการที่ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดในกรณีใดหรือไม่ เพื่อให้เป็นไปโดยยุติธรรมและให้การลงโทษเป็นไปโดยเหมาะสมกับความผิดเป็นไปโดยสุจริต

การดำเนินการทางวินัยข้าราชการนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้บังคับบัญชาที่ต้องดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาซึ่งมีมูลกรณีว่ากระทำผิดวินัย เมื่อปรากฏว่ามีกรกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการผู้ใดกระทำผิดวินัยแม้จะยังไม่มีความพยานหลักฐาน ผู้บังคับบัญชาก็ต้องรีบดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาในเบื้องต้นว่า กรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาผู้นั้นกระทำผิดวินัยหรือไม่ ถ้าเห็นว่ากรณีไม่มีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยก็ให้ยุติเรื่อง แต่ถ้าเห็นกรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย ก็ให้ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทันที ซึ่งมูลกรณีความผิดวินัยพอสรุปได้ 4 ประการ ดังนี้

(1) การกล่าวโทษ หมายถึง กรณีที่มีผู้กล่าวโทษว่าข้าราชการได้กระทำผิดวินัย โดยผู้กล่าวโทษอาจจะมิใช่ผู้เสียหายโดยตรง ซึ่งอาจเป็นข้าราชการด้วยกันเองหรือราษฎรก็ได้และการกล่าวโทษสามารถกล่าวโทษได้ด้วยวาจา หรือกล่าวโทษเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติ

¹²⁶ ปิ่น มุกทุกันต์. (2502). *มงคลชีวิต ภาคที่ 1 อนุสรณ์นายปรัชญา เอกครพานิช*. พระนคร: รุ่งเรืองธรรม. หน้า 379 - 395.

¹²⁷ เมตต์ เมตต์การุณจิต. (2525). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับวินัยข้าราชการพลเรือน (สามัญ) (พิมพ์ครั้งที่ 1)*. กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช. หน้า 4.

¹²⁸ ประวีณ ณ นคร. (2528). *คู่มือการรักษาวินัยข้าราชการสำหรับผู้บังคับบัญชา*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน ก.พ. หน้า 102.

เกี่ยวกับกรณีร้องเรียนกล่าวโทษเป็นบัตรสนเท่ห์ที่กำหนดระเบียบให้ถือปฏิบัติว่าไม่ให้รับพิจารณาบัตรสนเท่ห์ (Anonymous Letter) เว้นแต่ บัตรสนเท่ห์นั้นจะได้ระบุหลักฐานกรณีแวดล้อมที่ปรากฏชัดแจ้งตลอดจนชี้แจงพยานบุคคลที่แน่นอนจึงจะรับไว้พิจารณาเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะรายเท่านั้น

(2) การกล่าวหา หมายถึง ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำผิดวินัยของข้าราชการเป็นผู้ร้องเรียนกล่าวหาให้ดำเนินการทางวินัย ซึ่งการที่ผู้บังคับบัญชาจะรับพิจารณาให้ในกรณีที่ระบุพฤติการณ์และรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดวินัย พร้อมทั้งอ้างอิงพยานหลักฐานเพียงพอแก่การที่จะสืบเสาะแสวงหาข้อเท็จจริงได้

(3) ผู้บังคับบัญชาพบเห็นหรือตรวจพบในการปฏิบัติงาน หมายถึง กรณีที่ผู้บังคับบัญชาได้พบเห็นข้าราชการผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำผิดด้วยตนเอง หรือจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ตรวจพบว่ามีข้าราชการกระทำผิดวินัย

(4) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) ชี้มูลว่าเป็นความผิดวินัย โดยได้ดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริงในกรณีที่ได้มีการร้องเรียนกล่าวหาว่าข้าราชการได้มีการกระทำผิดวินัยที่เกี่ยวกับการทุจริต หรือประพฤติมิชอบ หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้จ่ายเงินของทางราชการ เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการเสร็จแล้วจะชี้มูลว่าการกระทำผิดวินัยของข้าราชการที่ถูกกล่าวหาหรือร้องเรียนมีมูลเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง (A non-gross disciplinary breach) หรือมีมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง (Gross breaches of disciplines) โดยแจ้งให้ผู้บังคับบัญชาของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาหรือร้องเรียนทราบเพื่อพิจารณาดำเนินการทางวินัยต่อไป

2) ลักษณะเฉพาะของวินัยข้าราชการ

ข้อกำหนดทางวินัยมีความพิเศษแตกต่างจากเรื่องทั่วไป เช่น การดำเนินคดีแพ่ง (Civil Case) หรือการดำเนินคดีอาญา (Criminal Proceedings) กล่าวคือ การกระทำผิดวินัยไม่มีอายุความซึ่งหากข้าราชการผู้ใดได้กระทำผิดวินัยครบองค์ประกอบของข้อกำหนดวินัยแล้ว ตราบใดที่ผู้นั้นยังมีสถานภาพเป็นข้าราชการ ผู้บังคับบัญชามีอำนาจดำเนินการทางวินัยได้ หรือแม้ภายหลังจะออกจากราชการไปแล้ว หากก่อนออกจากราชการถูกกล่าวหาเป็นหนังสือว่ากระทำความผิดวินัยร้ายแรง หรือถูกฟ้องคดีอาญา ผู้บังคับบัญชาก็ยังมีอำนาจดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้นได้ (พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 100)¹²⁹ ซึ่งต่างจากการดำเนิน

¹²⁹ มาตรา 100 ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกกล่าวหาเป็นหนังสือว่ากระทำความผิดหรือละเว้นกระทำการใดที่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ถ้าเป็นการกล่าวหาต่อผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือต่อผู้มีหน้าที่สืบสวนสอบสวนหรือตรวจสอบตามกฎหมายหรือระเบียบของทางราชการ หรือเป็นการกล่าวหาโดยเป็นผู้บังคับบัญชาของผู้นั้น หรือมีกรณีถูกฟ้องคดีอาญาหรือต้องหาว่ากระทำความผิดอาญาอันมิใช่ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท

คดีอาญาหรือการดำเนินคดีแพ่งเพราะหากไม่ได้ดำเนินการภายในอายุความก็ไม่สามารถดำเนินคดีอาญาหรือดำเนินคดีแพ่งได้ ซึ่งในประเด็นนี้ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมาย (Gap in Law) กล่าวคือ หากข้าราชการผู้หนึ่งผู้ใดได้กระทำผิดวินัยและเกรงว่าจะถูกลงโทษทางวินัยจึงได้ยื่นใบลาออกจากราชการ โดยผู้บังคับบัญชาที่ไม่ทราบเรื่องในมูลเหตุที่ผู้นั้นลาออกจากราชการ จึงได้อนุญาตให้ลาออกจากราชการ รวมทั้งไม่มีการกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงก่อนที่จะอนุญาตให้ผู้นั้นลาออกจากราชการ ผู้บังคับบัญชา (Commander) จึงไม่สามารถดำเนินการทางวินัยได้ รวมทั้งแม้ต่อมาในภายหลังผู้นั้นจะได้ขอกลับเข้ารับราชการอีกก็ไม่สามารถดำเนินการทางวินัยได้ เพราะถือว่าได้มีการกระทำผิดวินัยก่อนที่จะขอกลับเข้ารับราชการ

2.3.4.2 ความมุ่งหมายของวินัยข้าราชการ

วินัย ในราชการตามกฎหมายไทยเป็นระเบียบวินัยที่ใช้กับข้าราชการไทยมีความมุ่งหมายสำคัญก็เพื่อประโยชน์ของทางราชการ เพื่อความเจริญ ความเรียบร้อย และเพื่อประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน ไม่ว่าจะเป็นวินัยที่กำหนดให้ข้าราชการพึงปฏิบัติต่อผู้บังคับบัญชา ต่อผู้ร่วมงาน ต่อประชาชนหรือต่อตำแหน่งหน้าที่ หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้ว ก็จะเห็นได้ว่าวินัยนั้นล้วนแล้วแต่มีความมุ่งหมายที่ดีเพื่อประโยชน์ของทางราชการทั้งสิ้น¹³⁰

มนุษย์แต่ละคนมีความคิดที่แตกต่างกัน มีความสามารถไม่เท่าเทียมกัน เมื่อต้องมาอยู่ร่วมกันเพื่อการปฏิบัติราชการ หากไม่มีกฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับ กำหนดไว้ก็อาจทำให้ต่างคนต่างปฏิบัติหน้าที่ตามความนึกคิดของตน การปฏิบัติราชการย่อมประสบความยุ่งยาก ไม่อาจปฏิบัติงานให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เปรียบประดุจการพายเรือแข่ง หากปล่อยให้ต่างคนต่างพายก็ย่อมจะไม่สามารถนำเรือสู่หลักชัยได้ อาจจะล่มเสียกลางทาง¹³¹ ระบบข้าราชการพลเรือนเป็นระบบที่เป็นองค์กรขนาดใหญ่ ข้าราชการเป็นสิ่งสำคัญประการหนึ่งที่จะต้องช่วยกันปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามนโยบายที่กำหนดไว้ จึงจำเป็นต้องมีกฎ ระเบียบ

ที่ไม่เกี่ยวกับราชการหรือความผิดลหุโทษ แม้ภายหลังผู้นั้นจะออกจากราชการไปแล้วโดยมิใช่เพราะเหตุตาย ผู้มีอำนาจดำเนินการทางวินัยมีอำนาจดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาและดำเนินการทางวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้ต่อไปได้เสมือนว่าผู้นั้นยังมีได้ออกจากราชการ แต่ทั้งนี้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจบรรจุตามมาตรา 57 ต้องดำเนินการสอบสวนตามมาตรา 93 วรรคหนึ่ง ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง

ในกรณีตามวรรคหนึ่ง ถ้าผลการสอบสวนพิจารณาปรากฏว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงก็ให้งดโทษ

¹³⁰ ชูชัย งามวสุลักษณ์. (2543). *วินัยที่ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยควรทราบ*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 8.

¹³¹ มนูญ สะมาลา. (2539). *ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาวินัยข้าราชการ*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 21.

ข้อบังคับต่าง ๆ เพื่อเป็นเครื่องมือควบคุมความประพฤติ (Control the Conduct) ของข้าราชการ ให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการดำเนินไปด้วยความราบรื่น¹³² วินัยของข้าราชการเปรียบเสมือนกรอบเป็นขอบข่ายในการปฏิบัติงานราชการเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของข้าราชการให้ปฏิบัติงานร่วมกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ (Achieve objectives) ตามที่กำหนดไว้

วินัยข้าราชการ มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จตามวัตถุประสงค์หลักของทางราชการ คือ เพื่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลของราชการ เพื่อความเจริญของประเทศ เพื่อความมั่นคงของชาติ และเพื่อความผาสุกของประชาชน การกระทำใดที่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการ ดังกล่าว ก็ควรกำหนดเป็นข้อห้ามหรือข้อพึงปฏิบัติสำหรับข้าราชการ การกระทำใดที่ไม่มีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการดังกล่าวก็ไม่ควรกำหนดเป็นวินัยข้าราชการ¹³³ และในกรณีที่ข้อกำหนดวินัยเขียนไว้กว้าง ๆ ไม่ชัดเจน เช่น กำหนดไว้ว่า ไม่กระทำการอันใดซึ่งถือว่าเป็นผู้ประพฤติชั่ว เมื่อพิจารณาว่าการกระทำอย่างใดเป็นการประพฤติชั่วที่ต้องห้ามตามนั้นหรือไม่ก็ต้องวิเคราะห์ดูว่าการกระทำนั้นกระทบถึงประสิทธิภาพและประสิทธิผลของราชการ ความเจริญของประเทศ ความมั่นคงของชาติ หรือความผาสุกของประชาชนหรือไม่ ถ้ากระทบก็ต้องห้าม ถ้าไม่กระทบก็ไม่ห้าม เช่น การพิจารณาว่าเสพสุราเป็นการประพฤติชั่วหรือไม่ ก็พิจารณาว่าการเสพสุรานั้นมีผลกระทบต่อวัตถุประสงค์หลักของทางราชการหรือไม่ ถ้าเสพแล้วไม่มีเรื่องเสียหายไม่กระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ไม่ถือว่าเป็นการประพฤติชั่ว แต่ถ้าเสพแล้วมีเรื่องเสียหายถึงทางราชการ กระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการก็ถือเป็น การประพฤติชั่ว

อนึ่ง ที่ว่ากระทบถึงวัตถุประสงค์หลักของทางราชการนั้น หมายถึง ทั้งกระทบทั้งทางตรงและทางอ้อม กระทบโดยตรง เช่น เสพสุราจนมีเมมาทำงานไม่ได้หรือทำให้ผลเสียต่องาน เช่นนี้ย่อมกระทบถึงผลงานในหน้าที่หรือประสิทธิภาพและประสิทธิผลของทางราชการ ซึ่งจะส่งผลไปถึงความเจริญของประเทศหรือความมั่นคงของชาติ หรือความผาสุกของประชาชนโดยตรง บางกรณีไม่กระทบถึงผลงานในหน้าที่แต่อาจทำให้เสียชื่อเสียงได้ เช่น เมมาสุราแล้วไปชกต่อยกันในที่ชุมนุมสาธารณะ อาจทำให้ประชาชนที่พบเห็นเสื่อมศรัทธาในข้าราชการผู้นั้น ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนจะไม่มีศรัทธาต่อการบริหารงานแผ่นดินด้วย ซึ่งมีผลทำให้ประชาชนปฏิเสธไม่ให้ความร่วมมือกับทางราชการ จึงมีผลตามมาที่กระทบถึงความมั่นคงของชาติและความเจริญของประเทศโดยทางอ้อม การเสพสุราดังกล่าวจึงเข้าข่ายผิดวินัยได้ นอกจากนี้สำหรับวินัย

¹³² สำนักงานปลัดกระทรวงศึกษา. (2545). *ข้อวิเคราะห์เกี่ยวกับการจัดระบบองค์กรกลางบริหารงานบุคคลในหน่วยงานทางการศึกษา*. กรุงเทพฯ: กลุ่มงานกฎหมายสำนักงานปลัดกระทรวงศึกษา. หน้า 5.

¹³³ ประวิณ ฒ นคร. (2530). *วินัยและคุณธรรมข้าราชการ*. กรุงเทพฯ: วิคตอรี เพาเวอร์พอยท์. หน้า 8.

ข้าราชการยังมีจุดมุ่งหมายเพื่อธำรงศักดิ์ศรีของข้าราชการด้วย การกระทำใดที่เสื่อมเสียศักดิ์ศรีของตำแหน่งหน้าที่ราชการจึงอยู่ในขอบข่ายที่อาจผิดวินัยข้าราชการได้¹³⁴

2.3.4.3 ความผิดและประเภทความผิดทางวินัย

1) ความผิดทางวินัย (Disciplinary Offense)

ความผิดในความหมายของวินัย หมายถึง การกระทำ หรือการละเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดห้ามไว้ว่าเป็นความผิด

การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดวินัยนั้น จะต้องประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ¹³⁵

(1) ต้องมีการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ

(2) มีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ กำหนดไว้ว่าเป็นความผิด

คำว่า “ต้องมีการกระทำ”¹³⁶ นั้น ในทางราชการเรียกว่า การปฏิบัติหน้าที่ราชการ ซึ่งหมายถึง การกระทำโดยที่ร่างกายมีการเคลื่อนไหว สำหรับคำว่า “ละเว้นการกระทำ” หมายความว่า มีหน้าที่ราชการซึ่งข้าราชการ (Government Officer) ผู้นั้นได้รับมอบหมายได้รับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา (Commander) หรือกฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นหน้าที่โดยตรง แต่ผู้นั้นไม่ปฏิบัติหรืองดเว้นเสียที่จะไม่ปฏิบัติ โดยผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำหรือการกระทำโดยละเว้น¹³⁷ หรือกระทำการโดยงดเว้นกระทำการใด ๆ นั้น กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัย¹³⁸

¹³⁴ ประเวศ ฒ นคร. (2528). *การรักษาวินัยข้าราชการสำหรับผู้บังคับบัญชา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงาน ก.พ. หน้า 26 - 28.

¹³⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

¹³⁶ การกระทำ หมายความว่ารวมถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก กล่าวคือ อยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ. โปรดดู เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2551). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: พลสยาม พรินติ้ง. หน้า 96.

¹³⁷ การกระทำโดยละเว้น หมายความว่า ผู้กระทำไม่กระทำในสิ่งซึ่งกฎหมายบังคับให้กระทำซึ่งเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปมิใช่กรณีโดยเฉพาะที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น

การกระทำโดย “ละเว้น” มีหลักเกณฑ์ คือ 1) เป็นการกระทำโดยการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย 2) ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำ และ 3) หน้าที่ตามข้อ 2 เป็นหน้าที่โดยทั่ว ๆ ไป. เรื่องเดียวกัน, หน้า 120.

¹³⁸ การกระทำโดยงดเว้น หมายความว่า การให้เกิดผลอันใดอันหนึ่งขึ้นด้วยการงดเว้นไม่กระทำในสิ่งที่ดินมีหน้าที่ต้องกระทำ ซึ่งเป็นหน้าที่โดยเฉพาะที่จะต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้น

การกระทำโดย “งดเว้น” มีหลักเกณฑ์ คือ 1) เป็นการไม่กระทำ กล่าวคือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึก 2) ทั้ง ๆ ที่ผู้กระทำมีหน้าที่ต้องกระทำ และ 3) หน้าที่ต้องกระทำตามข้อ 2 เป็นหน้าที่ซึ่งต้องกระทำเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลนั้นขึ้น. เรื่องเดียวกัน, หน้า 104.

2) ประเภทของความผิดทางวินัย

ถ้าหากจะพิจารณาลักษณะวินัยข้าราชการพลเรือน อาจจำแนกลักษณะความผิดออกเป็นประเภทใหญ่ได้ 2 ประเภท คือ ความผิดวินัยไม่ร้ายแรง และความผิดวินัยอย่างร้ายแรง สำหรับการที่จะทราบว่าผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษตามความผิดประเภทใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับผลสอบสวนโดยแยกพิจารณาได้ ดังนี้

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

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

ก. ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต

ข. ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

ค. ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อกันในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

ง. กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติก้าวอย่างร้ายแรง

จ. ดูหมิ่น เหยียดหยาม กดขี่ ข่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อราชการอย่างร้ายแรง

ฉ. กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือได้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ข. ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

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

ผู้ใดกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงจะต้องได้รับโทษปลดออก (Dismiss) หรือไล่ออก (Fire) ตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันสมควรลดหย่อน จะนำมาประกอบการพิจารณาโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก¹³⁹ โดยข้าราชการที่ถูกไล่ออกจากราชการจะไม่มีสิทธิที่จะได้รับบำเหน็จ บำนาญใด ๆ ทั้งสิ้น ส่วนข้าราชการพลเรือนที่ได้รับโทษปลดออกยังคงมีสิทธิได้รับบำเหน็จ บำนาญ ตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ

2.3.4.4 จุดมุ่งหมายของการลงโทษทางวินัย

การลงโทษวินัย เป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่ใช้ในการรักษาวินัยอันเป็นมาตรการในทางลบ (Negative) เพื่อปราบปรามผู้กระทำความผิดทางวินัย ในปัจจุบันทางราชการจะใช้การลงโทษเป็นมาตรการสุดท้ายหลังจากที่การส่งเสริมให้ข้าราชการมีวินัย และการป้องกันมิให้ข้าราชการกระทำผิดวินัย ไม่อาจใช้ได้ผลในกรณีนั้น

จุดมุ่งหมายการลงโทษทางวินัย¹⁴⁰ คือ การที่กฎหมายได้บัญญัติข้อกำหนดทางวินัยให้ข้าราชการรักษาหรือยึดถือ ซึ่งมีทั้งข้อบัญญัติให้ถือปฏิบัติและข้อห้ามมิให้กระทำ เมื่อข้าราชการผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามหรือข้อที่ต้องปฏิบัติก็ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดวินัยและจะต้องถูกลงโทษ โดยมีจุดมุ่งหมาย ดังนี้¹⁴¹

1) เพื่อรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายหรือระเบียบแบบแผน โดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนกำหนดว่าข้าราชการผู้ใดไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติหรือฝ่าฝืนข้อห้ามผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดวินัย และเมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการผู้ใดกระทำความผิดวินัยให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ถ้าผู้บังคับบัญชาผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่

¹³⁹ มาตรา 97 ภายใต้อันตราวรรคสอง ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ให้ลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันสมควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลดโทษต่ำกว่าปลดออก

¹⁴⁰ สำนักงาน ก.พ. (2530). *คู่มือการดำเนินการทางวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518* หน้า 252.

¹⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253 - 255.

หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัย¹⁴² ดังนั้น ผู้บังคับบัญชา(Commander) จึงมีบทบาทหน้าที่รักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมายโดยการปราบผู้กระทำผิด และปรามมิให้ผู้อื่นเอาเยี่ยงอย่างผู้กระทำผิด

2) เพื่อรักษามาตรฐานและควบคุมความประพฤติ ปฏิบัติ และสมรรถภาพของข้าราชการ โดยที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดว่า การลงโทษข้าราชการให้ทำเป็นคำสั่งผู้สั่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิด และต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรม และปราศจากอคติ โดยในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำผิดวินัยในกรณีใดและมาตราใด¹⁴³ ซึ่งการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้กระทำผิดต้องกระทำโดยลับล้น เป็นธรรม เสมอหน้า และเหมาะสม กล่าวคือ การลงโทษทางวินัยจะต้องกระทำในเวลาใกล้เคียงกับที่พบการกระทำผิด และได้พิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วว่า ผู้นั้นกระทำผิดจริง รวมทั้งการลงโทษจะต้องเสมอหน้ากัน ไม่เลือกที่รักมักที่ชัง คือ ผู้กระทำผิดในลักษณะเดียวกันย่อมได้รับโทษในลักษณะเดียวกันและจะต้องลงโทษในระดับที่เหมาะสม (Appropriate) กับความผิดด้วย จึงจะทำให้ข้าราชการรู้สึกว่ามีความเป็นธรรมในระบบราชการและจะมีขวัญกำลังใจในการประพฤติปฏิบัติตนให้อยู่ในมาตรฐานที่ดีได้

3) เพื่อจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้น ซึ่งการที่จะลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้กระทำผิดวินัยผู้ใด ผู้บังคับบัญชาก็ควรที่จะได้ชี้แจงให้ผู้ถูกลงโทษผู้นั้นรู้เข้าใจและยอมรับในความผิดที่ตนได้กระทำลงไป ซึ่งจะทำให้เกิดความสำนึกในสิ่งที่ได้กระทำลงไปว่าเป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์ของส่วนรวมและของทางราชการ และผู้ที่กระทำผิดจะต้องถูกลงโทษเพื่อเป็นการจูงใจให้ข้าราชการปรับปรุงตนเองให้ดีขึ้นและเพื่อมิให้กระทำผิดอีกต่อไป

4) เพื่อรักษาชื่อเสียงของทางราชการและความเชื่อมั่นของประชาชนต่อทางราชการโดยทำให้ข้าราชการมีระเบียบวินัยมีสมรรถภาพในการทำงานอย่างสม่ำเสมอ หากในหน่วยงานใดมีข้าราชการบกพร่องในเรื่องระเบียบวินัย หรือบกพร่องในการปฏิบัติราชการก็มีความจำเป็น

¹⁴² มาตรา 90 เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย ให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ทราบโดยเร็ว และให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้โดยเร็วด้วยความยุติธรรม และโดยปราศจากอคติ

ผู้บังคับบัญชาหรือผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ผู้ใดละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง หรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตให้ถือว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัย

¹⁴³ มาตรา 89 การลงโทษข้าราชการพลเรือนสามัญให้ทำเป็นคำสั่ง ผู้สั่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ โดยในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำผิดวินัยในกรณีใดและมาตราใด

ที่จะต้องลงโทษข้าราชการที่บกพร่องนั้น ๆ ถ้าเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ซึ่งแสดงว่าผู้กระทำผิด เป็นบุคคลที่ไม่สมควรให้อยู่ในราชการต่อไป ก็จะต้องลงโทษสถานหนักคือ ปลดออก (Dismiss) หรือไล่ออก (Fire) จากระาชการ ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนเชื่อมั่นในระบบราชการว่าจะมีแต่บุคคลผู้มีความประพฤติดีมีระเบียบวินัยดี เป็นข้าราชการที่มีหน้าที่ให้บริการแก่ประชาชนเท่านั้น อันเป็นการรักษาชื่อเสียงของทางราชการด้วย

2.3.4.5 สถานะของคำสั่งลงโทษทางวินัย

รูปแบบของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจตามที่กฎหมายซึ่งเป็นที่มา และข้อจำกัดอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ในการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชน พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำว่าคำสั่งทางปกครองว่า¹⁴⁴ การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคลในอันที่ก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ (Approval) การวินิจฉัย การอุทธรณ์ (Appeal) การรับรอง การจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

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

¹⁴⁴ มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่ก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระวัง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็น การชั่วคราวหรือถาวร เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

2.4 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การกระทำทางปกครองอาจก่อให้เกิดความไม่พอใจหรือกระทบต่อสิทธิ (Droit) ประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ประกอบกับการเปลี่ยนแปลงไปของสถานการณ์ ข้อเท็จจริง หรือ ข้อกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองอันเป็นเงื่อนไขในการออกคำสั่งทางปกครอง อาจเป็นเหตุ บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องกลับมาทบทวนคำสั่งทางปกครองของตนที่ได้ออกไป ซึ่งการทบทวน คำสั่งทางปกครองนั้น ฝ่ายปกครองเองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้ริเริ่มทบทวนและเพิกถอน คำสั่งเอง(Ex Officio) หรืออาจเป็นกรณีที่คู่กรณี (Party) อุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง¹⁴⁵ ทั้งนี้ เมื่อมีคำสั่งทางปกครองแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องมีการตรวจสอบเพื่อให้การกระทำทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครองเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย และกรณีที่คำสั่งทางปกครองใด กระทบต่อสิทธิของบุคคลใด ย่อมเป็นการสมควรที่บุคคลนั้นจะมีสิทธิและโอกาสโต้แย้ง (Contend) หรือร้องขอให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนการกระทำทางปกครอง¹⁴⁶

โดยหลักการแล้ว การโต้แย้งคำสั่งทางปกครองสามารถกระทำได้โดยการอุทธรณ์คำสั่ง ทางปกครอง และการดำเนินการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง¹⁴⁷ จึงมีความ จำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงความหมาย วัตถุประสงค์ (Object) หลักการพื้นฐาน และประเภทของการ อุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

2.4.1 ความหมายและลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น มีความหมายตลอดจนมีลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่ง ทางปกครองที่สำคัญ ดังนี้

2.4.1.1 ความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง หมายถึง วิธีทางตามกฎหมายที่มีการเปิดโอกาสให้กับ บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่จะได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้มีโอกาสดำเนินการถึงสถานภาพ (Status) อันใดอันหนึ่ง ซึ่งเป็นการร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมาย¹⁴⁸ เป็นกระบวนการ ควบคุมตรวจสอบการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

¹⁴⁵ วิษณุ วรรณุญ ปิยะศาสตร์ ไชวพันธ์ และ เจตน์ สถาวรศิลป์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 92. หน้า 198.

¹⁴⁶ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 367.

¹⁴⁷ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และการกระทำทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. หน้า 169.

¹⁴⁸ ขวัญชัย สันตสว่าง. (2532). *กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ*. กรุงเทพฯ: ฝ่ายตำราและอุปกรณ์การศึกษา มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 23.

ตามกฎหมายมีอำนาจตรวจสอบได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมาย และความเหมาะสมของการออกคำสั่งทางปกครอง

นอกจากความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามความหมายโดยทั่วไปแล้ว ยังมี ความหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ได้กำหนดความหมายไว้เป็นการ เฉพาะ ได้แก่

1) การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย หมายถึง การที่ข้าราชการพลเรือนผู้ถูกลงโทษ ทางวินัย มีสิทธิร้องขอให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายได้ยกเรื่องขึ้นพิจารณาใหม่ ในทางที่เป็นคุณ แก่ตน¹⁴⁹

2) การอุทธรณ์ (Appeal) หมายถึง วิธีการอย่างหนึ่งของกระบวนการยุติธรรม ในการบริหารงานบุคคล (Personnel Administration) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัย ได้มีช่องทางร้องขอ ได้รับความยุติธรรมจากการพิจารณาโดยองค์กรหรือบุคคลผู้มีอำนาจหน้าที่เหนือ ผู้สั่งลงโทษทางวินัยอีกชั้นหนึ่ง¹⁵⁰

ดังนั้น การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จึงหมายความรวมถึง วิธีทางตามกฎหมายอันเป็น ขั้นตอนภายหลังจากที่ฝ่ายปกครองได้ออกคำสั่งทางปกครอง (Order Administrative) ที่มีขึ้น เพื่อประโยชน์ในการโต้แย้ง หรือคัดค้านในสิ่งที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วย ต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ตามกฎหมาย เพื่อขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองหรือองค์กรหรือผู้มีอำนาจเหนือได้ยก เรื่องขึ้นพิจารณาใหม่ในทางที่เป็นคุณแก่ผู้อุทธรณ์

2.4.1.2 ลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้วลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง สามารถจำแนกได้ดังนี้

1) ลักษณะเป็นการร้องขอให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นการร้องขอให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเป็น วิธีการควบคุมภายในฝ่ายปกครองแบบแก้ไขวิธีการหนึ่ง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง และผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาทบทวนและแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ให้ถูกต้องเหมาะสม เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือนเสียหาย (Remedy) ของคู่กรณีซึ่งได้รับ ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ อีกทั้ง

¹⁴⁹ สำนักพิทักษ์ระบบคุณธรรม. (2551). *คู่มือการพิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์ตามพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 เล่ม 1*. นนทบุรี: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 1.

¹⁵⁰ ประวิณ ฒ นกร. (2551). *พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการ สำนักงานข้าราชการพลเรือน. หน้า 156.

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอาจเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการจะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณา วินิจฉัยขององค์กรตุลาการ¹⁵¹

2) ลักษณะเป็นประปักษ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง

การอุทธรณ์มีลักษณะในลักษณะที่เป็นประปักษ์ (Adverse) ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เป็นการร้องเรียนคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง ต่อผู้มีอำนาจว่าปฏิบัติไม่ถูกต้อง ไม่ยุติธรรม (Cause an Injustice) หรือไม่เหมาะสม และขอให้มีการแก้ไข การอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์จึงมิได้มุ่งไปในทางที่ก่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีต่อกัน แต่เป็นการคัดค้านหรือโต้แย้งในลักษณะเผชิญหน้ากัน¹⁵²

2.4.2 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

เมื่อฝ่ายปกครองได้ทำการพิจารณาทางปกครองและได้มีคำสั่งทางปกครองไปแล้ว อาจมีบางกรณีที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือไม่เหมาะสม กฎหมายที่เกี่ยวกับขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ฝ่ายปกครองได้ทบทวนคำสั่งทางปกครอง (révision de l'acte administratif édicté) โดยในขั้นการทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้นอาจมีการทบทวนทั้งความชอบด้วยกฎหมาย (légalité) และความเหมาะสม (opportunité) ของการออกคำสั่งทางปกครอง¹⁵³ การทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีวัตถุประสงค์สามประการ ดังนี้

2.4.2.1 การให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และขอให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้ทำการทบทวนและเปลี่ยนแปลงแก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อเยียวยาผลกระทบที่เกิดแก่ตน

เมื่อพิจารณาตามนัยวัตถุประสงค์นี้แล้ว การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงเป็นกระบวนการที่กำหนดขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ (Object) เพื่อคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชนเพื่อที่จะสามารถแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายที่เกิดจากผลกระทบของคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดครบพร้อมได้เร็วกว่ากระบวนการทางศาล เพราะกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมีขั้นตอน การพิจารณา

¹⁵¹ สุริยา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 91. หน้า 99.

¹⁵² สำนักกฎหมายปกครอง. (2555). *งานวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 2(15).

¹⁵³ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. (2544). *หลักกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง*. กรุงเทพฯ: สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง. หน้า 37.

ที่เรียบง่าย รวดเร็ว และมีความยืดหยุ่น สามารถที่จะอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้อย่างเหมาะสม เป็นการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ประชาชน (protection juridique des administrés)

2.4.2.2 การส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง

การออกคำสั่งทางปกครองในบางกรณี โดยเฉพาะเรื่องที่มีความยุ่งยากและซับซ้อน โดยเฉพาะกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอาจมีภาระหน้าที่งานจำนวนมาก ตลอดจนต้องปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ซึ่งอาจเกิดการผิดพลาดได้ ไม่ว่าจะข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย (légalité) หรือความเหมาะสม (l'opportunité) สอดคล้องกับหลักการที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 28¹⁵⁴ ดังนั้น การที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองได้ใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองจึงเป็นโอกาสที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้ดำเนินการตรวจสอบการใช้อำนาจของตน หากเห็นว่าคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เหมาะสมอย่างไรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถที่จะดำเนินการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้เอง ซึ่งการทบทวนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง หรืออาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ชั้นเหนือขึ้นไปที่ทำหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองก็ได้ ถือว่าการดำเนินการดังกล่าวเป็นการส่งเสริมการควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง (autocontrôle de l'administration)

2.4.2.3 การแบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และได้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามคำขอของกลุ่มกรณีแล้ว มีผลเป็นการช่วยกลั่นกรอง และลดจำนวนข้อพิพาทหรือคดีที่จะขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลได้ เนื่องจากข้อพิพาททั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ระงับลง ณ ขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองพิจารณาแล้ว มีผลเป็นการแบ่งเบาภาระในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (decision combrement des juridictions)

2.4.3 หลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การควบคุมตรวจสอบการกระทำปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาและคำนึงหลักการพื้นฐานของการกระทำทางปกครอง และหลักการเกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองแล้ว ยังจะต้องพิจารณาถึงหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ดังนี้

¹⁵⁴ มาตรา 28 ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้น ๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของกลุ่มกรณี

2.4.3.1 หลักนิติธรรมเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของคำว่า “หลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law)” ไว้เพียงว่า หลักพื้นฐานแห่งกฎหมาย โดยไม่ได้ให้คำอธิบายความหมายแต่อย่างใด จึงยังไม่กระจ่างชัดว่า หลักนิติธรรม คืออะไร หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่ว่า มีอะไรบ้าง แล้วการปฏิบัติอย่างไรจึงจะถือได้ว่าถูกต้องและเป็นไปตามหลักนิติธรรม¹⁵⁵

เพลโต (Plato 429-348 BC) นักปราชญ์ชาวกรีก เคยเสนอว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองโดยราชาปราชญ์ (Philosopher King) ซึ่งเป็นทั้งคนเก่งและคนดีมีคุณธรรมประจำใจ ปกครองบ้านเมืองด้วยความถูกต้องชอบธรรม แต่สุดท้ายเพลโตก็ไม่สามารถหาคนที่มีความสมบูรณ์แบบพอที่จะเป็นราชาปราชญ์ได้ ในบั้นปลายของชีวิตเพลโตจึงหันมาให้ความสำคัญกับกฎหมาย โดยเสนอว่า กฎหมายเป็นสิ่งสูงสุดและการปกครองจะต้องดำเนินตามกฎหมาย หากสังคมสามารถสร้างระบบกฎหมายที่ดีและเป็นธรรมขึ้นมาให้คนประพฤติปฏิบัติตามได้ แม้แต่คนชั่วก็ยังมีทางทำความดีขึ้นมาได้เช่นกัน¹⁵⁶

อริสโตเติล (Aristotle 384-322 BC) ศิษย์เอกของเพลโต ได้นำแนวความคิดของเพลโต มาขยายความต่อ โดยเสนอว่า “การปกครองโดยกฎหมายเป็นสิ่งที่พึงปรารถนามากกว่าการปกครองโดยมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นผู้ใดก็ตาม (...the rule of Matter of Law,...is preferable to that of any individual.) และการปกครองต้องเป็นไปตามกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น (Rule of Matter of Law implies that every citizen is subject to the Matter of Law.)”¹⁵⁷

ไดซี (Professor A.V. Dicey 1835-1922 B.C.) เห็นว่า นิติธรรมจะต้องมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา โดยมีเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญว่า บุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย และต้องอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the Ordinary Matter of Law of the land) โดยบรรดาศาลทั้งหลาย (Ordinary court) จะเป็นผู้ซึ่งรักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว หลักนิติธรรมย่อมปฏิเสธหลักทั้งหลายที่ยกเว้นให้บรรดาเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องเคารพต่อกฎหมาย และบุคคลย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการใดอันกฎหมายกำหนดเป็นความผิด¹⁵⁸

¹⁵⁵ ชานินทร์ กรีวิเชียร. (2552). *หลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน. หน้า 2.

¹⁵⁶ ปรีดี เกษมทรัพย์. (2548). *นิติปรัชญา*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา. หน้า 110 - 115.

¹⁵⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. (2541). *หลักนิติธรรม ในรวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 90 ปี ธรรมศาสตร์จารย์สัญญา ธรรมศักดิ์* กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 23.

¹⁵⁸ วรเจตน์ ภากรัตน์. (2553). *หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม ในรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-Matter of Law.net*. กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. หน้า 441 - 442.

เมื่อพิจารณาจากแนวความคิดของนักปราชญ์ดังกล่าวข้างต้น ประกอบเข้าด้วยกันแล้ว หลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law) จึงหมายถึง หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายที่กฎหมาย กระบวนการยุติธรรม หรือการกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องไม่กระทำการฝ่าฝืนหรือขัดแย้ง ต่อหลักนิติธรรม¹⁵⁹ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการก่อตั้งและพัฒนาโดยนักกฎหมายชาวอังกฤษ ที่ชื่อ A.V. Dicey ผู้ที่เป็นนักกฎหมายมีอิทธิพลต่อประเทศที่อยู่ในกลุ่มกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System)¹⁶⁰ โดยสำหรับ A.V. Dicey แล้ว หลักนิติธรรมเป็นผลผลิตของ องค์ประกอบสามประการ¹⁶¹ ดังนี้

ประการแรก หลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ การที่รัฐยอมรับความเป็นสิ่งสูงสุดของ กฎหมาย (Supremacy of Matter of Law) โดยกฎหมายจะเป็นกรอบให้การกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ใช่อำนาจโดยอำเภอใจ

ประการที่สอง หลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (Equality before the Matter of Law) ไม่ว่าจะเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือราษฎรทั่วไป ด้วยหลักการนี้ จึงไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายปกครองและศาลปกครองในประเทศอังกฤษ และ

ประการที่สาม เสรีภาพขั้นพื้นฐานจะได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการ ผ่านการพิจารณาตัดสินคดีเมื่อนำหลักนิติธรรม (The Rule of Matter of Law) มาเป็นหลัก ในการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง สิทธิของผู้อุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองอำนาจหน้าที่ของผู้พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง วิธีการพิจารณาอุทธรณ์ คำสั่งทางปกครองตลอดจนการดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ต้องเป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับต่าง ๆ¹⁶²

¹⁵⁹ คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการบรรณาธิการหนังสือ หลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ. (2557). *หลักนิติธรรม The Rule of Matter of Law ความหมาย สาละสำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม*. กรุงเทพฯ: สำนักงาน คณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม. หน้า 13 - 16.

¹⁶⁰ อักษรพร จุฬารัตน์. (2552). *บทบาทใหม่ศาลปกครองไทย ในนิติรัฐในสังคมไทย*. กรุงเทพฯ: สถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 40.

¹⁶¹ โปรตปราน วัฒนศิริธรรม เปริการ์ค. (2557). *นิติรัฐ-นิติธรรม มีความแตกต่างกันระหว่างสองแนวความคิดนี้ หรือไม?* กฤษฎีกาสาร, 9(2). หน้า 23.

¹⁶² สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 152. หน้า 2 (16).

2.4.3.2 หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ตามนัยหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice Principles) นั้น ในการควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครอง นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลักการกระทำทางปกครองต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว องค์กรผู้ใช้อำนาจในการตรวจสอบยังต้องพิจารณาถึงความสอดคล้องของการกระทำทางปกครองกับหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติด้วย ทั้งนี้หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเป็นหลักการที่ได้รับการพัฒนามาจากคำพิพากษาของศาล โดยในระยะแรกหลักการนี้มีผลบังคับต่อคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ ต่อมาได้มีการนำหลักการนี้ไปใช้บังคับกับองค์กรอื่น ๆ ที่ใช้อำนาจวินิจฉัยกระทบต่อสิทธิของประชาชน¹⁶³ และปัจจุบันได้ขยายขอบเขตมาเป็นหลักที่ใช้ควบคุมคำวินิจฉัยขององค์กรที่ไม่ใช่องค์กรตุลาการ¹⁶⁴ แนวความคิดกฎหมายธรรมชาติมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law System) โดยนักกฎหมายอังกฤษได้รับอิทธิพลของแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติจากกฎหมายของพระ (Canon Matter of Law) และศาลสูงอังกฤษได้สร้างหลักกฎหมายวิธีพิจารณาที่ถูกต้องและยุติธรรมจากแนวความคิดของกฎหมายตามธรรมชาติเรียกว่า หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติประกอบด้วยหลักการที่สำคัญสามประการ¹⁶⁵ ดังนี้

1) หลักบุคคลไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in resua.*) หรือหลักความไม่เป็นอคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (The Rule Against Bias) หรือหลักการไม่มีส่วนได้เสีย การมีส่วนได้เสียตามหลักนี้ อาจแยกพิจารณาได้เป็นการมีส่วนได้เสียทางการเงินซึ่งการมีส่วนได้เสียทางการเงินที่จะทำให้ขาดคุณสมบัตินั้น ต้องเป็นการมีส่วนได้เสียทางการเงินโดยตรง ในกรณีการพิจารณาวินิจฉัยขององค์กรกลุ่ม การมีส่วนได้เสียของกรรมการเพียงคนเดียว แม้ว่าจะไม่กระทบต่อเสียงข้างมาก ย่อมมีผลทำให้คำวินิจฉัยขององค์กรกลุ่มขัดกับหลักการนี้ เนื่องจากสาธารณชนไม่อาจทราบได้ว่ากรรมการผู้มีส่วนได้เสียนั้นมีอิทธิพลต่อกรรมการคนอื่น ๆ หรือไม่¹⁶⁶ ในการพิจารณาทางปกครอง หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีส่วนได้เสียหรือมีอคติในเรื่องที่ดำเนินการ

¹⁶³ S.A.de'Smith, *Constitutional and Administrative Matter of Law, 3th ed.* (Great Britain : Penquin Book), P. 569. อ้างใน สุทธาทิพย์ นาคบดี. (2536). *การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษของข้าราชการพลเรือน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 68.

¹⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 68.

¹⁶⁵ สุรพันธ์ อนุรักษ์นารถ. (2538). *ความยุติธรรมตามธรรมชาติกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง*. ดุลพาห, 42(4). หน้า 135.

¹⁶⁶ T.C.H.Hartlay and J.A.C.Griffith. (1981). *Government and Matter of Law* 2nd ed. London : Weidenfeld and Nichoson. P. 346.

จะทำให้เจ้าหน้าที่มีอคติในประเด็นที่ทำการวินิจฉัยและขาดคุณสมบัติของการเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย (Try and Adjudicate) ประเด็นนั้น เพราะเจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียย่อมไม่อาจที่จะวินิจฉัยอย่างเป็นทางการได้ ทั้งนี้ ศาลอังกฤษได้แบ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ขาดคุณสมบัติในการเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัย ดังนี้¹⁶⁷

1.1) การมีส่วนได้เสียในผลของคำวินิจฉัย ย่อมมีผลทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยได้อย่างเป็นกลาง ดังนั้น เจ้าหน้าที่ผู้มีส่วนได้เสียในผลของคำวินิจฉัยจึงขาดคุณสมบัติ (Lack the Qualification) ที่จะเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ

1.2) สถานการณ์ที่อาจทำให้เห็นว่าอาจเกิดอคติ (Bias) อาจเกิดขึ้นได้หลาย ๆ กรณี เช่น ความสัมพันธ์ส่วนตัวระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับคู่กรณีหรือผู้ที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับ การพิจารณาและวินิจฉัย ได้แก่ ความเป็นญาติพี่น้อง (Relatives) ความเป็นเพื่อนหรือเป็นศัตรูหรือ ความสัมพันธ์ (Relationship) ระหว่างเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกับประเด็นที่จะพิจารณาและวินิจฉัย สถานการณ์ดังกล่าวมาข้างต้นย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยได้ เนื่องจากมีอคติกับเรื่องที่ต้องพิจารณาและวินิจฉัยข้อยกเว้นของหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แบ่งได้เป็นสามกรณี ดังนี้¹⁶⁸

1.2.1) กรณีมีความจำเป็น ในการพิจารณาทางปกครอง ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสีย (Interest) หรือมีอคติ (Bias) เป็นเจ้าหน้าที่เพียงคนเดียวที่กฎหมายให้อำนาจวินิจฉัย หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยทุกคนอาจจะมีอคติ ซึ่งจำเป็นต้องยินยอมให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัย เพราะการบังคับใช้หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ในกรณีนี้จะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการ (Proceedings) ให้เป็นไปตามกฎหมาย

1.2.2) กรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสียมีอำนาจพิจารณาและวินิจฉัย หรือบัญญัติให้คำวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ที่อาจจะมีอคติเป็นคำวินิจฉัยที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติยกเว้น (with the exception of) หลักความมีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ศาลอังกฤษจะยอมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสียเป็นผู้พิจารณาและวินิจฉัยได้ เมื่อกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง และจะตีความบทบัญญัติที่ยกเว้นโดยเคร่งครัดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

1.2.3) กรณีที่ผู้ถูกระทบสิทธิได้สละสิทธิในการที่จะคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจมีส่วนได้เสีย (Interest) ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสียสามารถพิจารณาและ

¹⁶⁷ สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 165. หน้า 139 - 140.

¹⁶⁸ สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 165. หน้า 140 - 141.

วินิจฉัยทางปกครองต่อไปได้ ในกรณีนี้บุคคลผู้ถูกระทบสิทธิต้องทำการคัดค้านเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่อาจจะมีส่วนได้เสียโดยทันทีที่มีสิทธิคัดค้าน ถ้าบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิปล่อยให้การพิจารณาดำเนินการต่อไปโดยไม่คัดค้าน กฎหมายอังกฤษจะถือว่าบุคคลนั้นได้สละสิทธิในการคัดค้านแล้ว

ทั้งนี้ การสละสิทธิ (Waive the right) ในการคัดค้านมีผลทำให้บุคคลผู้สละสิทธินั้นไม่อาจนำคดีไปฟ้องต่อศาล เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการพิจารณาและวินิจฉัยของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁶⁹

กล่าวโดยสรุป หลักบุคคลไม่อาจเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดในคดีของตนเอง (*Nemo iudex in resua.*) หรือหลักความไม่เป็นอคติของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง (The Rule Against Bias) หรือหลักการไม่มีส่วนได้เสีย เป็นหลักที่ใช้ควบคุมมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่โดยมีอคติ ซึ่งการพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอคติหรือไม่ ต้องคำนึงถึงความรู้สึกของบุคคลทั่วไป แม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นธรรมแล้วก็ตาม แต่หากบุคคลทั่วไปเห็นว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองน่าจะมียศต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็ไม่ควรที่จะทำหน้าที่พิจารณาและวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ¹⁷⁰

2) หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) หรือหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ ในการพิจารณาและวินิจฉัยทางปกครองประเด็นเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้รู้ถึงข้อกล่าวหาหรือข้อเท็จจริงที่เป็นผลร้ายต่อตน ตลอดจนคำปฏิเสธหรือคำกล่าวแก้ข้อเท็จจริงของอีกฝ่ายหนึ่ง จะรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งลับหลังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโดยไม่เปิดโอกาสให้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาสดำเนินการโต้แย้งไม่ได้ ตามนัยของหลักการนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่ถูกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางกรณีอาจดำเนินการให้ชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นหนังสือก็เป็นการเพียงพอแล้ว¹⁷¹

หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) หรือหลักการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ถูกระทบสิทธิ เป็นหลักการที่มีความยืดหยุ่น ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในแต่ละเรื่อง ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาและวินิจฉัยประเด็นที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปเข้ามาเกี่ยวข้องในการพิจารณาทางปกครองเรื่องนั้น ๆ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องนำหลักการรับฟัง

¹⁶⁹ สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 163. หน้า 71.

¹⁷⁰ นายมนูญ สะมาลา. (2539). *ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาวินัยข้าราชการครู*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 62.

¹⁷¹ สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 163. หน้า 71.

ความอีกฝ่ายหนึ่งมาใช้อย่างเคร่งครัดยิ่งกว่ากรณีที่มีบุคคลฝ่ายเดียวเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยหลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่งต้องการให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองปฏิบัติตามข้อเรียกร้องดังนี้¹⁷²

2.1) การแจ้งคำบอกกล่าว หลักการรับฟังข้อเท็จจริงเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องแจ้งคำบอกกล่าว (Notification) ให้แก่บุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิ เพื่อให้เขาจะได้มีโอกาสเตรียมตัวหาข้อเท็จจริง (Matter of Fact) หรือพยานหลักฐาน (Evidence) ที่ต้องใช้ในการชี้แจงข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง¹⁷³ ดังนั้น คำบอกกล่าวจึงต้องแจ้งให้บุคคลที่จะถูกระทบสิทธิได้ทราบถึงข้อมูลต่าง ๆ อย่างเพียงพอ และคำบอกกล่าวจะต้องมีข้อความที่ชัดเจนและต้องแจ้งเวลาและสถานที่ที่จะรับฟังข้อเท็จจริง ในการแจ้งคำบอกกล่าวนั้นจะต้องใช้เวลาแก่บุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิ (Interested Person) ในการเตรียมตัวหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานอย่างเพียงพอ รวมทั้งการแจ้งข้อกล่าวหาทางไปรษณีย์ให้ผู้ถูกระทบสิทธิทราบซึ่งถือว่าเป็นการให้โอกาสแก่ผู้ถูกระทบสิทธิในการที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองด้วย

2.2) การรับฟังข้อเท็จจริง (Admissibility) ในการรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลที่จะถูกระทบสิทธินั้น โดยปกติแล้วเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้จะถูกระทบสิทธิด้วยวาจา แต่ในบางสถานการณ์การให้บุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิได้ทำหนังสือชี้แจงข้อเท็จจริงก็อาจถือได้ว่าเป็นการเพียงพอแล้ว ถ้าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้บุคคลที่ถูกระทบสิทธิชี้แจงข้อเท็จจริงเป็นลายลักษณ์อักษร (In Writing) แล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเปิดโอกาสให้แก่บุคคลผู้จะถูกระทบสิทธิได้แก้ไขข้อกล่าวหาหรือให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ อย่างเพียงพอ ทั้งนี้ บุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิอาจจะมิใช่ผู้แทนหรืออาจจะมีทนายความเพื่อดำเนินการในกระบวนการพิจารณาทางปกครองแทนได้ในบางกรณี โดยศาลอังกฤษจะยินยอมให้บุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิมีผู้แทนหรือทนายความ ในกรณีที่สิทธิของบุคคลนั้นจะถูกระทบอย่างร้ายแรงหรือเมื่อประเด็นที่จะวินิจฉัยมีความยุ่งยากและซับซ้อน

หลักการรับฟังความอีกฝ่ายหนึ่ง (*Audi Alteram Partem*) นั้น เป็นหลักการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการพิจารณาและวินิจฉัยในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคล แต่หลักการนี้ก็มีข้อยกเว้นที่ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องดำเนินการตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาและวินิจฉัย ได้แก่¹⁷⁴

2.2.1) ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นหลักการรับฟังข้อเท็จจริงเอาไว้ กฎหมายบางฉบับได้บัญญัติว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากบุคคลผู้ที่จะถูกระทบสิทธิก่อน

¹⁷² สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 165, หน้า 141 - 143.

¹⁷³ D. Foulkes, (2538), *Administrative Matter of Law 5th ed.* London : Butterworths, P. 228

¹⁷⁴ สุรพันธุ์ อรรถนารถ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 165, หน้า 143 - 144.

ที่จะวินิจฉัย แต่ศาลอังกฤษจะยอมรับบทบัญญัติที่เกี่ยวหลักการรับฟังข้อเท็จจริงต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติยกเว้นการรับฟังไว้โดยชัดแจ้ง ทั้งนี้ เพราะหลักการรับฟังข้อเท็จจริงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Matter of Law)¹⁷⁵ แต่ในบางกรณีสามารถจะสรุปบทบัญญัติของกฎหมายได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงก่อนที่จะวินิจฉัยในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้รับฟังข้อเท็จจริงในชั้นพิจารณาอุทธรณ์หรือกรณีที่สามารถสรุปได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้รับฟังข้อเท็จจริงในการพิจารณาและวินิจฉัยเบื้องต้น

2.2.2) ในกรณีที่จะต้องทำการพิจารณาและวินิจฉัยโดยรีบด่วน

เพื่อรักษาความปลอดภัย และเพื่อความสงบสุขของสาธารณชน (Public Peace) เช่น การวินิจฉัยเพื่อสั่งยึดหรือทำลายพืชหรืออาหารที่เป็นพิษต่อสุขภาพของผู้บริโภคจะต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วน สถานการณ์ที่ต้องวินิจฉัยโดยรีบด่วนทำให้ไม่ต้องปฏิบัติตามหลักการรับฟังข้อเท็จจริง¹⁷⁶

2.2.3) ในกรณีที่การวินิจฉัยในขั้นเตรียม (Prepare) ที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิการวินิจฉัยว่าจะฟ้องร้องหรือจะดำเนินการพิจารณาสอบสวนที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิ ไม่ต้องแจ้งคำกล่าวหา (Grievance) หรือแจ้งพยานหลักฐาน (Evidence) ให้บุคคลผู้จะถูกฟ้องร้องหรือสอบสวนทราบ แม้ว่าคำวินิจฉัยนั้นจะก่อให้เกิดผลร้ายก็ตาม เพราะการพิจารณาและวินิจฉัยในขั้นเตรียมหรือการพิจารณาและวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงมีมูลพอที่จะดำเนินการสอบสวนหรือไม่นั้นบุคคลผู้จะถูกกระทบสิทธิมีโอกาสที่จะได้รับทราบข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา และมีโอกาสที่จะให้ข้อเท็จจริง (Matter of Fact) ในการพิจารณาที่จะเกิดขึ้นภายหลัง¹⁷⁷

2.3) หลักการต้องให้เหตุผล แนวความคิดในเรื่อง “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural Matter of Law) จะต้องประกอบด้วย เหตุผลซึ่งมีอยู่แล้วโดยธรรมชาติ จอห์น ล็อก (John Locke) นักปราชญ์ชาวอังกฤษ ได้กล่าวว่า รัฐทั้งหลายในธรรมชาติย่อมมีกฎหมายธรรมชาติปกครองอยู่ซึ่งผูกพันบุคคลทุกคนด้วยเหตุและผล อันได้แก่ กฎหมายที่ห้ามมนุษย์มีความเท่าเทียมกันและมีอิสรภาพ จะไม่มีใครได้รับอันตรายแก่ชีวิต แก่เสรีภาพ (Liberty) หรือแก่ทรัพย์สินจากบุคคลอื่น ซึ่งนับแต่บัดนั้นเป็นต้นมา ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติจึงมีส่วนสำคัญในการก่อตั้งหลักแห่งสิทธิและเสรีภาพ ก่อให้เกิดการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นระบบการปกครองด้วยเหตุผลและความถูกต้อง

¹⁷⁵ D.C.M. Yardley. (2538). *Principle of Administrative Matter of Law* .London : Butterworths. P. 102.

¹⁷⁶ H.W.R. Wade. (1971). *Administrative Matter of Law 3rd ed.* Oxford : Clarendon Press. P. 465.

¹⁷⁷ D. Foulkes. (1982). *Administrative Matter of Law 5th ed.* London : Butterworths. P. 238.

ชอบธรรม (Accuracy) ตรงตามหลักการของทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ¹⁷⁸ ทั้งนี้ หลักการต้องให้เหตุผลสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้¹⁷⁹

2.3.1) หลักการวินิจฉัย ในการวินิจฉัย (Adjudication) มิใช่เป็นเพียงการพิเคราะห์หาเหตุผลหรือวินิจฉัยเหตุผลในทางข้อเท็จจริงเท่านั้น จะต้องประกอบด้วยหลักกฎหมาย ความคิดเห็น และแนวความคิดที่ขัดแย้งด้วย โดยจะต้องให้เหตุผลในการวินิจฉัยอย่างกระจ่างแจ้งและรัดกุม ดังนั้นในการวินิจฉัยจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงจากพยานหลักฐานทั้งสองฝ่ายว่าควรเชื่อหรือไม่ด้วยเหตุผลอะไร และหลักกฎหมายที่จะยกขึ้นปรับใช้ในการวินิจฉัยนั้น สมควรเป็นประการใด และเพราะเหตุใด

2.3.2) เหตุผลในการวินิจฉัย การวินิจฉัยโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานด้วยสติปัญญา ไหวพริบ และปฏิภาณ ตลอดจนเหตุผลในข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงที่จะต้องใช้ความละเอียดถี่ถ้วนในการพิจารณาพยานหลักฐานของทั้งสองฝ่าย ประกอบกับจะต้องยกเหตุผลมาปรับให้ถูกต้องและสมเหตุสมผลอย่างชัดเจนให้เกิดเป็นความยุติธรรม (Justice) และชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในการวินิจฉัยประเด็นข้อพิพาท ถ้าเป็นข้อกฎหมายควรจะต้องอ้างตัวบทกฎหมายหรือตัวอย่างที่เป็นแบบอย่างหรือหลักเกณฑ์ของกฎหมายอ้างอิงไว้ด้วย ถ้าคำวินิจฉัยประกอบด้วยเหตุผลและการอ้างอิงดังกล่าว การให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเป็นเรื่องสำคัญเพื่อให้คู่กรณีทราบเหตุผลว่า เพราะเหตุใด เพื่อให้คู่กรณีมีความเลื่อมใสและเป็นบรรทัดฐานต่อไป ทั้งนี้ เหตุผลในการวินิจฉัยต้องพิจารณาทั้งในรูปแบบและเนื้อหาแห่งเหตุผล ในส่วนของรูปแบบจะต้องใช้ภาษาที่ถูกต้องสละสลวย ส่วนในเนื้อหาเหตุผลจะต้องมีความชัดเจน ไม่เคลือบคลุม สอดคล้องต้องกัน และไม่ขัดต่อสามัญสำนึกหลักความยุติธรรมที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ประกอบด้วยหลักการสำคัญ ๆ ดังนี้

1) หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็น หลักการพื้นฐาน ของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจ เป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปและมีค่าบังคับเสมอเหมือนบทบัญญัติรัฐธรรมนูญทุกประการ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องเคารพและต้องปฏิบัติตาม ทั้งนี้ หลักความได้สัดส่วน ประกอบด้วยหลักการย่อย ๆ สามประการได้แก่ หลักความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) และ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow sense)¹⁸⁰

¹⁷⁸ วิชามหาคุณ. (2534). *การใช้เหตุผลทางกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ. หน้า 28 - 29.

¹⁷⁹ สุรพันธ์ อรรถนารถ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 165. หน้า 144 - 145.

¹⁸⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 113. หน้า 68 - 69.

เมื่อนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาปรับใช้กับกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแล้ว จะปรากฏผลดังนี้

1.1) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม กล่าวคือ สามารถดำเนินการให้เกิดผลตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์ให้เกิดขึ้นจริง ๆ ในทางปฏิบัติ

1.2) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่มีความจำเป็น (Necessity) แก่การดำเนินการเพื่อให้เจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ กล่าวคือ เป็นมาตรการที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

1.3) มาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน ต้องเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (Damage) ให้แก่เอกชนและหรือสังคมโดยรวม

หลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) เป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการตรวจสอบการกระทำทั้งหลายของรัฐ ซึ่งมีผลต่อความสมบูรณ์และความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำนั้น ๆ ทั้งยังเป็นหลักการในทางเนื้อหาที่ห้ามไม่ให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ (Willkuerverbot) นอกจากนั้นยังเป็นหลักในการที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย¹⁸¹

หากนำหลักความได้สัดส่วน (Principle of Proportionality) มาใช้กับการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยจะต้องพิจารณาตามตัวบทกฎหมายว่าการกระทำผิดอย่างใดถือว่าเป็นความผิดวินัยฐานใด โดยต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบความผิด (Fault element) ตามที่กฎหมายกำหนดว่าการกระทำนั้น ๆ เป็นกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ ถ้าไม่มีบทกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด หรือมีกฎหมายกำหนดเป็นความผิดแต่การกระทำนั้นไม่ครบองค์ประกอบความผิด การกระทำความผิดดังกล่าวย่อมไม่เป็นความผิดทางวินัย แต่หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดเป็นความผิดแล้ว การพิจารณาโทษทางวินัยต้องปรับบทความผิดไปตามความผิดนั้น ๆ¹⁸²

2) หลักมโนธรรม (Morality) คือ การพิจารณาโดยมีสติสัมปชัญญะ¹⁸³ การพิจารณาทบทวน

¹⁸¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94, หน้า 32.

¹⁸² สุทธาทิพย์ นาคาบดี, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 163, หน้า 76.

¹⁸³ ส่วนบริหารงานบุคคล สำนักบริหารราชการส่วนท้องถิ่น. (2545). *คู่มือการดำเนินการทางวินัยพนักงานส่วนท้องถิ่น*. กรุงเทพฯ: กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย. หน้า 98.

ให้รอบคอบโดยคำนึงถึงความเป็นจริง และความถูกต้องตามเหตุผลที่ควรจะเป็นเพื่อความถูกต้องและเป็นธรรม¹⁸⁴

การใช้หลักมโนธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นการใช้วิจารณญาณทบทวนอย่างรอบคอบ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความเป็นจริงและความถูกต้องเหมาะสมตามเหตุผลในสภาพการณ์นั้น ๆ โดยอาศัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานแวดล้อม (Circumstantial Evidence) ประกอบซึ่งในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์จะต้องใช้หลักนี้ควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วน จึงจะทำให้การพิจารณามีความถูกต้องยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม หากในชั้นพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้อุทธรณ์ทำผิดจริง แต่ควรได้รับโทษน้อยกว่าโทษที่ได้รับอยู่ ผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์อาจจะไม่นำหลักมโนธรรมมาใช้ เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องดุลพินิจในการกำหนดระดับโทษของผู้มีอำนาจ เว้นแต่เป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏอย่างชัดเจนแสดงถึงเจตนาสุจริตของผู้อุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยว่ามีเจตนาที่จะทำความผิดวินัยตามที่ถูกกล่าวหา ผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์จึงจะยกหลักมโนธรรมขึ้นพิจารณาประกอบ¹⁸⁵

กรณีตัวอย่างการใช้หลักมโนธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่การเงินรับเงินค่าธรรมเนียม (Costs) ได้รับเงินค่าธรรมเนียมและออกใบเสร็จไว้แล้ว ไม่นำส่งเป็นรายได้ของหน่วยงาน โดยอ้างว่าหลงลืม ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่าเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวไม่ได้เก็บเงินไว้ที่สำนักงาน ย่อมแสดงให้เห็นว่าได้เอาเงินที่รับมานั้นไปปนอยู่กับเงินของตนบ้าง ถ้าพิจารณาตามหลักนิติธรรม (Rule of Matter of Law) อย่างเคร่งครัดแล้วถือได้ว่าพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวย่อมครบองค์ประกอบอันเป็นความผิดฐานทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ แม้จะได้นำเงินจำนวนดังกล่าวมาคืนก็ตาม แต่ถ้าได้นำหลักมโนธรรมมาประกอบพิจารณาตามข้อเท็จจริง ดังกล่าวข้างต้น ก่อนที่จะพิจารณาในเรื่องความผิดทางวินัยจะต้องมีการใช้วิจารณญาณอย่างรอบคอบ โดยคำนึงถึงความเป็นจริงและความถูกต้อง (Validity) ความเหมาะสม (Suitability) ตามเหตุผลในสภาพการณ์นั้น ว่าเป็นการกระทำ ความผิดฐานทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการจริงหรือไม่ เช่น พิจารณาถึงฐานะของเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวว่าเป็นอย่างไร ซึ่งหากพิจารณาแล้วเห็นว่าเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวมีเงินขาดมือหรือชักหน้าไม่ถึงหลังอยู่เสมอ แม้การนำเงินสิบบาทไปนั้นก็ถือว่าเป็นการนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ส่วนตัวก่อน พฤติกรรมของเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวย่อมเป็นความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ แต่หากเจ้าหน้าที่รายดังกล่าวมีฐานะดีไม่มีปัญหาเรื่องเงินขาดมือ แม้เงิน

¹⁸⁴ สำนักมาตรฐานวินัย. (2549). *คู่มือการดำเนินการทางวินัย*. นนทบุรี: สำนักบริหารกลางสำนักงาน ก.พ. หน้า 90.

¹⁸⁵ สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 163. หน้า 78.

ลืบทาทจะติดหรือปนกับเงินของตนเองไปบ้าง ก็คงไม่เป็นประโยชน์ต่อตนเอง และไม่ครบองค์ประกอบความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ¹⁸⁶

3) หลักความเป็นธรรม (Fairness ; Justice) เป็นหลักที่ใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เกี่ยวกับการพิจารณาถึงระดับโทษที่ข้าราชการที่ถูกลงโทษทางวินัย เมื่อมีการกระทำผิดทางวินัยเกิดขึ้น ผู้กระทำความผิดควรต้องได้รับโทษเสมอกันในการกระทำอย่างเดียวกันที่มีลักษณะและพฤติการณ์คล้ายคลึงกัน ในทางตรงกันข้ามถ้าเป็นความผิดอย่างเดียวกันแต่มีความแตกต่างกันในลักษณะพฤติการณ์และเหตุผลของการกระทำระดับโทษที่ได้รับย่อมจะแตกต่างกัน ทั้งนี้โดยพิจารณาถึงลักษณะการกระทำความผิด ผลแห่งการกระทำความผิด คุณงามความดีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำมา การให้โอกาสแก้ไขความประพฤติ สภาพของผู้ถูกกล่าวหาในขณะที่กระทำความผิดตลอดจนต้องพิจารณาถึงเหตุเบื้องหลังแห่งการกระทำความผิด¹⁸⁷

ในกรณีมีการกระทำความผิดร่วมกันหลายคน การพิจารณาความผิดและการกำหนดโทษทางวินัยจะต้องได้ระดับและมีความเสมอกันกัน ใครกระทำความผิดก็จะต้องได้รับโทษโดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่มีการเลือกที่รักมักที่ชัง การกระทำความผิด (Commission of An Offence) อย่างเดียวกันในลักษณะและพฤติการณ์อย่างเดียวกันควรต้องวางโทษเท่ากัน¹⁸⁸

นอกจากนี้ การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยต้องดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม (Justice Process) ดังนี้¹⁸⁹

3.1) ต้องให้ผู้อุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยได้รู้เห็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏหรือได้จากกระบวนการสอบสวนทางวินัย

3.2) ต้องให้โอกาสผู้อุทธรณ์ได้ชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐาน

3.3) ต้องให้ผู้อุทธรณ์ได้มีโอกาสนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้ามาในการชี้แจงโต้แย้งพยานหลักฐาน

3.4) ต้องให้โอกาสผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้ง ซึ่งเป็นผู้สั่งลงโทษทางวินัยได้มีโอกาสแถลงแก้ (Make a Statement)

3.5) ต้องให้ผู้มีอำนาจเหนือผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งผู้สั่งลงโทษเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

¹⁸⁶ สำนักงาน ก.พ. (2531). *คู่มือการดำเนินการดำเนินการทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2518*. กรุงเทพฯ: ไทยพิมพ์. หน้า 242 - 243.

¹⁸⁷ สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 163. หน้า 79 - 80.

¹⁸⁸ ส่วนบริหารงานบุคคล สำนักบริหารราชการส่วนท้องถิ่น. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 183. หน้า 99.

¹⁸⁹ สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 153. หน้า 2(16) - 2(17).

3.6) ต้องพิจารณาให้ได้ความจริง หากการสอบสวนทางวินัยก่อนการสั่งลงโทษทางวินัย ยังไม่ได้ความจริงเป็นอันยุติที่เพียงพอต่อการพิจารณาวินัย ก็ต้องให้มีการสอบสวนเพิ่มเติม และ

4) หลักความรวดเร็ว (The main Speed) หรือความฉับพลันในการพิจารณาวินัยอุทธรณ์ เพราะการที่ข้าราชการถูกลงโทษทางวินัยย่อมทำให้ผู้นั้นเสียสิทธิต่าง ๆ มากมาย รวมทั้งเสียชื่อเสียง เสียขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วย ดังนั้น หากกระบวนการพิจารณาวินัยอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยมีความรวดเร็ว ย่อมจะเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายให้ผู้ที่ถูกระทบสิทธินั้นได้ อีกทั้งความรวดเร็วยังเป็นประโยชน์ในการพิจารณาในแง่ของพยานหลักฐานอีกด้วย ซึ่งหลักการนี้กฎหมายได้กำหนดไว้ในลักษณะของกำหนดเวลาในการวินิจฉัยอุทธรณ์ (Adjudication)¹⁹⁰

การพิจารณาวินัยอุทธรณ์ องค์กรหรือคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย จะต้องดำเนินการพิจารณาวินัยและสั่งการอุทธรณ์ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ให้แล้วเสร็จ โดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ เนื่องจาก ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความอยุติธรรม (Justice delayed is the Injustice)¹⁹¹

2.4.4 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

ในการศึกษาเกี่ยวกับระบบของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น อาจแบ่งได้สองระบบ ได้แก่ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (recours administrative facultatif) และระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) และซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

2.4.4.1 ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ

ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (recours administrative facultatif) เป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล แต่เป็นระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นทางเลือก เพื่อให้คู่กรณีมีสิทธิที่เลือกว่าจะใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาล หรือจะนำคดีไปฟ้องต่อศาลโดยตรงโดยไม่ต้องใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาว่าการอุทธรณ์ตามกฎหมายฉบับใดเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับนั้น ต้องพิจารณาจากตัวบทกฎหมายฉบับนั้น ๆ เป็นสำคัญ¹⁹²

¹⁹⁰ สุทธาทิพย์ นาคาบดี. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 163. หน้า 81 - 82.

¹⁹¹ สำนักกฎหมายปกครอง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 153. หน้า 2(17).

¹⁹² บรรเจิด สิงคะเนติ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 94. หน้า 94.

การอุทธรณ์ระบบนี้ อาจเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าเป็นระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก (la faculté) เนื่องจากคู่กรณีว่าจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองหรือไม่ก็ได้¹⁹³

2.4.4.2 ระบบอุทธรณ์บังคับ

ระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) เป็นกรณีที่คู่กรณีไม่พอใจและมีความประสงค์จะโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง กฎหมายบัญญัติบังคับไว้ว่าคู่กรณีจะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน หากไม่ดำเนินการอุทธรณ์ก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาล¹⁹⁴ ระบบอุทธรณ์บังคับจึงเป็นระบบที่คู่กรณีจะต้องดำเนินการการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากไม่ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนศาลย่อมไม่อาจรับคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้ การอุทธรณ์ในระบบนี้จึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาของศาล ด้วยเหตุนี้จึงถือว่าสถานะทางกฎหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองระบบนี้ เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสารบัญญัติ อันเป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครอง และเป็นเงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณาของศาลในขณะเดียวกัน

ระบบอุทธรณ์บังคับ หรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับถือเป็นทางเลือกในการระงับข้อพิพาท (un des modes de règlement alternatif du litige) ที่มีความสำคัญซึ่งส่งผลให้ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองมีโอกาสได้รับการพิจารณาแก้ไขเนื้อหาของสาระของคำสั่งทางปกครองอันเป็นมูลเหตุแห่งการถูกระงับสิทธิ รวมทั้งยังได้รับประโยชน์จากการสิ้นสุดข้อพิพาทโดยที่ไม่ต้องไปยื่นฟ้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ หลักการสำคัญของระบบอุทธรณ์บังคับ (recours administrative obligatoire) หรือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับคือการที่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อนที่จะนำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล¹⁹⁵

2.4.5 ลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงลักษณะของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว สามารถจำแนกได้เป็นสามลักษณะ ดังนี้

2.4.5.1 การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง (Les recours purement administratifs) เป็นการพิจารณาภายในของฝ่ายปกครองด้วยตนเอง ไม่มีวิธีพิจารณาอุทธรณ์

¹⁹³ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 157. หน้า 370.

¹⁹⁴ บุญอนันต์ วรรณพานิชย์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 153. หน้า 39.

¹⁹⁵ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพุกษ์. (2558). *ถอดความการบรรยายทางวิชาการ เรื่อง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ ซึ่งบรรยายโดย Professeur Christophe Alonso*. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 15(4). หน้า 1.

ที่ชัดเจนแน่นอน และขาดการพิจารณาที่เป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีส่วนได้เสียในการเสนอข้อโต้แย้งเป็นการพิจารณาอุทธรณ์ไม่มีการรับฟังข้อคัดค้านในลักษณะที่เป็นคดีหรือข้อพิพาทสามารถแยกได้เป็นสองชนิด¹⁹⁶ คือ

1) การอุทธรณ์หรือการเรียกร้องต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ (Les recours gracieux) เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ ซึ่งคล้ายกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะตามนัยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง¹⁹⁷ ที่บัญญัติให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ การอุทธรณ์หรือเรียกร้องต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการจะไม่มีข้อกำหนดแบบวิธีไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไรเป็นพิเศษ การยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือ หรืออุทธรณ์ด้วยวาจาโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ หรือโดยการเดินขบวนมาเพื่อร้องเรียนต่อฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ การร้องเรียนจะต้องมีหลักฐานว่า เป็นการร้องเรียนเรื่องอะไร ร้องเรียนเมื่อใด และผู้อุทธรณ์หรือผู้ร้องเรียนจะต้องเป็นบุคคลมีความสามารถ (La Capacité) ตามกฎหมายว่าการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่าผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ (Les recours hiérarchiques) เป็นการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาหรือผู้รับผิดชอบในระดับที่สูงกว่าผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ ซึ่งเป็นการนำเอาหลักอำนาจการบังคับบัญชา (Pouvoir hiérarchiques) มาใช้บังคับ แต่การอุทธรณ์เช่นนี้ไม่อาจกระทำได้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการไม่มีผู้บังคับบัญชา เช่น การโต้แย้งการดำเนินการของประธานาธิบดี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ทำได้เพียงการร้องเรียนต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการโดยตรง การอุทธรณ์ลักษณะนี้ ไม่มีการกำหนดแบบวิธีไว้ว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร เช่นเดียวกันกับการอุทธรณ์ต่อผู้ดำเนินการหรือผู้สั่งการ การอุทธรณ์ลักษณะนี้ เป็นระบบการควบคุมตามลำดับชั้น (contrôle hiérarchique) และเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมแก่ประชาชน จึงมีหลักว่า แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดถึงสิทธิ

¹⁹⁶ ขวัญชัย ตันตสว่าง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 148. หน้า 24 - 26.

¹⁹⁷ มาตรา 44 ภายใต้อำนาจมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

ในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาไว้ แต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบย่อมมีสิทธิทั่วไปที่จะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้¹⁹⁸

ทั้งนี้ การอุทธรณ์ประเภทนี้ ผู้พิจารณาอุทธรณ์สามารถพิจารณาได้ทั้งความถูกต้องตามกฎหมาย (La légalité) และการใช้ดุลพินิจ (L'opportunité) และอาจดำเนินการยกเลิก เพิกถอน หรือแก้ไขการดำเนินการหรือการสั่งการอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์กรณีนี้ไม่เป็นการชี้ขาดที่มีผลเหมือนคำพิพากษาของศาล (l'autorité de la chose jugée) กรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่พอใจผลการพิจารณาอุทธรณ์สามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้

2.4.5.2 การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท

การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (Les recours quasi-contentieux) เป็นการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองที่ให้หลักประกันที่มากกว่า การอุทธรณ์คำสั่งอันมีลักษณะเป็นการภายในฝ่ายปกครอง (Les recours purement administratifs) ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองประเภทนี้ เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมายหน้าที่โดยเฉพาะตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นบุคคลคนเดียวหรืออาจเป็นคณะกรรมการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ที่เกิดขึ้นโดยทั่วไป หรือที่เกี่ยวกับหน่วยงานใดหน่วยงานอื่นของรัฐ โดยที่บุคคลหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ไม่ใช่ศาล แต่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ผู้ทำหน้าที่จะต้องเคารพต่อรูปแบบ (Forme) และกระบวนการพิจารณาความ (Procédure) ตามที่กฎหมายกำหนดไว้

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในลักษณะนี้ จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับรูปแบบและต้องดำเนินการตามขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา และผู้อุทธรณ์หรือร้องเรียนจะต้องเป็นผู้มีความสามารถ (la capacité) ตามกฎหมายอีกด้วย และคำตัดสินของบุคคลหรือคณะกรรมการที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น อาจเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายก็ได้ ซึ่งหากผู้อุทธรณ์ไม่พอใจคำตัดสินหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ย่อมสามารถนำเรื่องอุทธรณ์ต่อไปศาลได้อีกด้วย¹⁹⁹

ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะกึ่งข้อพิพาท (Les recours quasi-contentieux) นี้ นิยมใช้มากในอังกฤษและสหรัฐอเมริกา²⁰⁰

¹⁹⁸ บุนผา อัครพิมาน. (2549). *การควบคุมการกระทำทางปกครองโดยระบบการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง*. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 6(3). หน้า 62 - 63.

¹⁹⁹ ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงจรดที่ 148. หน้า 28.

²⁰⁰ อังกฤษมีการแต่งตั้งคณะกรรมการต่าง ๆ ขึ้นมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดอุทธรณ์ โดยกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์จะทำในลักษณะกึ่งข้อพิพาท ส่วนในสหรัฐอเมริกาจะอุทธรณ์ต่อองค์กรต่าง ๆ โดยกระบวนการพิจารณาจะทำในลักษณะกึ่งข้อพิพาท และมีหลักประกันแก่ผู้อุทธรณ์อันมีที่พัฒนามาจากคำพิพากษาของศาลที่อาศัยหลัก

2.4.5.3 การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะข้อพิพาท

เนื่องจากแนวความคิดที่ว่าวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันเป็นการพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเอง เป็นวิธีการที่ไม่ให้ความคุ้มครองแก่เอกชนอย่างเพียงพอ จึงเห็นว่าควรจะมีให้ศาลเป็นผู้พิจารณาพิพากษา การอุทธรณ์คำสั่งในทางปกครองในลักษณะข้อพิพาท (Les recours contentieux) เป็นการกระทำต่อหน้าผู้พิพากษาในศาลการอุทธรณ์ลักษณะนี้ จึงต้องอยู่ภายใต้กระบวนการวิธีพิจารณาความที่มีหลักประกัน และจะต้องอยู่ภายใต้บังคับเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด เช่น อายุความฟ้องร้อง ความสามารถของผู้ฟ้องคดี เป็นต้น

การพิจารณาคดีปกครองโดยผู้พิพากษาในศาลสามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ทั้งปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาไม่อาจก้าวล่วงเข้ามาพิจารณาวินิจฉัยหรือควบคุมในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจ (L'opportunité) ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง โดยจะพิจารณาแต่เพียงว่า คำสั่งหรือการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ (La légalité) เท่านั้น ซึ่งเป็นการแตกต่างจากวิธีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองอันเป็นการพิจารณาข้อพิพาทในทางปกครองโดยฝ่ายปกครองผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถพิจารณาวินิจฉัยได้ทุกเรื่องแม้จะเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจก็ตาม²⁰¹

ทั้งนี้ การกระทำของฝ่ายบริหารที่เป็น การกระทำของรัฐบาล²⁰² (Les actes de gouvernement) ไม่อาจถูกนำขึ้นมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลนี้ย่อมมีความแตกต่างกันออกไปในแต่ละประเทศ สำหรับสหรัฐอเมริกาและอังกฤษจะจำกัดการกระทำของรัฐบาลให้หมายถึงเฉพาะแต่การกระทำของฝ่ายบริหารในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเท่านั้น ในขณะที่อีกหลายประเทศถือว่า การกระทำที่จะเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ ขึ้นอยู่กับเป้าหมายโดยเฉพาะเจาะจง

ของรัฐธรรมนูญที่เรียกว่า “due process of Matter of Law” คือ สิทธิของบุคคลที่จะได้รับการพิจารณาพิพากษาต่อหน้าศาลโดยมีสิทธิรับฟังข้อกล่าวหาและมีโอกาสโต้แย้งแก้ข้อกล่าวหา และได้รับประโยชน์จากหลักกฎหมายทั่วไป. โปรดดูขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 148. หน้า 29.

²⁰¹ ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 148. หน้า 58.

²⁰² การใช้อำนาจทางการเมืองเพื่อดำรงรักษาไว้ซึ่งการดำรงอยู่ของรัฐ การวางนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างคณะรัฐมนตรีกับรัฐสภา การทำสนธิสัญญาตลอดจนการติดต่อสัมพันธ์ไมตรีกับต่างประเทศ การเสนอร่างพระราชบัญญัติต่อสภาผู้แทนราษฎร การยุบสภาผู้แทนราษฎร. โปรดดู วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 158. หน้า 242 - 243.

ที่ก่อให้เกิดการกระทำนั้น หรือขึ้นอยู่กับลักษณะทางการเมืองของการกระทำนั้น ๆ เช่น สาธารณรัฐอิตาลี เป็นต้น²⁰³

2.5 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายต่างประเทศ

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งมีทั้งการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการโต้แย้งโดยการนำคดีไปสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจัยคดีปกครองอันเป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะต้องมีการจัดระบบให้การเยียวยาความเสียหายได้อย่างเหมาะสม ขณะเดียวกันต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่ง สิทธิและความแน่นอนแห่งกฎหมาย (Certainty of Matter of Law) ทั้งจะต้องมีการแยกขอบเขต หน้าที่ และความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองกับองค์กรวินิจัยคดีปกครองให้ชัดเจน ทั้งนี้ ในแต่ละประเทศ จะมีระบบการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองและการเยียวยาโดยองค์กรวินิจัยคดีปกครองแตกต่างกันไปตามประวัติศาสตร์กฎหมายของแต่ละประเทศ²⁰⁴ ซึ่งในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะระบบการอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนี้

2.5.1 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

การศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จะศึกษาถึงประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ และการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย ดังนี้

2.5.1.1 ประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ไม่ได้แบ่งประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง แต่กำหนดให้ผู้ที่ได้รับผลจากคำสั่งทางปกครองต้องยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง²⁰⁵ แต่จะยื่นต่อผู้มีอำนาจวินิจัยอุทธรณ์ภายในเวลาเดียวกันก็ได้ ซึ่งตามประมวลกฎหมายว่าด้วยการยุติธรรมทางปกครองได้กำหนดเกี่ยวกับผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจัยอุทธรณ์ไว้เป็นสองชั้น²⁰⁶ ดังนี้

²⁰³ ขวัญชัย สันตสว่าง. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 148. หน้า 60.

²⁰⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 367 - 368.

²⁰⁵ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. (2544). *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ยุโรปศึกษาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้าที่ 193.

²⁰⁶ อภิญา เกษตรเอี่ยม. (2558). *ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของไทย*. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 15(4). หน้าที่ 30 - 32

1) ชั้นแรก เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองเป็นผู้มีอำนาจพิจารณา วินิจฉัยอุทธรณ์ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองที่ตน ได้ออกไปอีกครั้ง ว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ในชั้นนี้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ ทั้งประเด็นความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) และความชอบด้วยวัตถุประสงค์ ของกฎหมาย (Zweckmäßigkeit) ถ้าได้ทำการพิจารณาทบทวนแล้วเห็นว่าคำอุทธรณ์นั้นฟังขึ้น เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองย่อมสามารถที่จะดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครอง ทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้ถูกต้องได้ แต่หากพิจารณาทบทวนแล้วไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่า ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องส่งคำอุทธรณ์นั้น ไปให้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณา วินิจฉัย อุทธรณ์ชั้นที่สองพิจารณา วินิจฉัยต่อไป

2) ชั้นที่สอง เป็นกรณีเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองทำการพิจารณา วินิจฉัยอุทธรณ์ ในชั้นแรกแล้วไม่เห็นด้วยกับอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนและส่งคำอุทธรณ์ มาให้ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่พิจารณา วินิจฉัยอุทธรณ์ ซึ่งได้แก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในลำดับสายการ บังคับบัญชาสูงถัดขึ้นไป (die nächsthöhere Behörde) ซึ่งมีอำนาจพิจารณา วินิจฉัยได้ทั้งประเด็น ความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmässigkeit) ความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (Zweckmäßigkeit) และความชอบด้วยเนื้อหาของการใช้อำนาจวินิจฉัยสั่งการและใช้อำนาจดุลพินิจ (Begründetheit) โดยออกเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Widerspruchbescheid) ซึ่งในกรณีที่คำอุทธรณ์ ฟังขึ้นคำสั่งทางปกครอง จะต้องถูกบอกล้างหรือยกเลิกโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่ในกรณีที่ คำอุทธรณ์ฟังไม่ขึ้น คำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็จะให้ยืนตามคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ²⁰⁷

2.5.1.2 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี สามารถแยกได้เป็นสองระบบ²⁰⁸ ดังนี้

1) ระบบปกติ โดยหลักทั่วไปฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบตรวจสอบการกระทำของตน และมีหน้าที่จะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะกระทบประโยชน์ของ บุคคลผู้สุจริตตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครองของเยอรมัน ค.ศ. 1976 มาตรา 48 และมาตรา 49 การเพิกถอนนี้จะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งนั่นเอง และผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออก คำสั่งย่อมต้องดูแลตรวจสอบให้มีการเพิกถอนได้ตามระบบปกติของสายการบังคับบัญชา ดังนั้น หากมีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองไม่ว่าเมื่อใด เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งสามารถหยิบยกมาพิจารณา ได้เสมอ เพียงแต่ไม่ถึงว่าเป็นหน้าที่ที่จะต้องกระทำ แต่จะเป็นดุลพินิจว่าจะกระทำหรือไม่ก็ได้

²⁰⁷ กมลชัย รัตนสกาววงศ์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 205. หน้า 194.

²⁰⁸ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 375.

ตามหลักกฎหมายในเรื่องของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่มีระยะเวลาชัดเจนแต่อย่างใด²⁰⁹ แม้แต่ในเรื่องการพิจารณาใหม่ไปในทางเพิ่มภาระก็สามารถกระทำได้ตามหลักเกณฑ์ในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน

2) ระบบบังคับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความศาลปกครอง ค.ศ. 1960 (VwGO) มาตรา 68 ได้กำหนดว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองจะต้องมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนไม่เช่นนั้นศาลปกครองจะไม่รับฟ้อง การบังคับให้อุทธรณ์จะมีเฉพาะคดีฟ้องให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) และคดีฟ้องบังคับให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) เท่านั้น แต่จะไม่ใช่กับคดีในกฎหมายปกครองประเภทอื่น ๆ ทั้งนี้ วิธีการบังคับให้อุทธรณ์จะไม่ใช่ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองนั้นออกโดยเจ้าหน้าที่ระดับสูงของมลรัฐหรือของสหพันธ์ เนื่องจากไม่มีเจ้าหน้าที่ระดับสูงกว่ามาควบคุมตรวจสอบได้อีก เช่น กรณีของประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรี (มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (1)) และจะไม่ใช่บังคับในกรณีบุคคลที่สาม ซึ่งได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (มาตรา 68 วรรคหนึ่ง (2)) เพราะมีการอุทธรณ์มาครั้งหนึ่งแล้ว จึงสมควรให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรง เช่น ผู้ขออนุญาตก่อสร้างอาคารอุทธรณ์คำสั่งเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ไม่ให้ก่อสร้าง ถ้าผู้พิจารณาอุทธรณ์อนุญาตให้ก่อสร้างเพื่อนบ้านไม่ต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นก่อน และอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันที ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองที่ล่วงพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์โต้แย้งแล้วจะไม่สามารถถูกโต้แย้งได้อีกต่อไป (Unanfechtbar) และถึงแม้จะมีการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง หรือมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง การดำเนินการดังกล่าวไม่มีผลเป็นการทุเลาผลของคำสั่งทางปกครอง²¹⁰

2.5.1.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

ระบบของวินัยสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้น เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ซึ่งไม่มีองค์กรกลางใดทำหน้าที่บริหารงานบุคคลด้านวินัยของข้าราชการ มีแต่เพียงศาลวินัยซึ่งเป็นแผนกหนึ่งในศาลปกครองที่ทำหน้าที่วินิจฉัยคดีวินัยบางประเภท ทั้งนี้ กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ได้กำหนดเกี่ยวกับโทษทางวินัยของข้าราชการทั่วไป และข้าราชการบำนาญแตกต่างกัน และ

²⁰⁹ Hartmut Maurer. (1995). Droit administratif allemande. traduit par Michel Fromout. P. 319 - 323. อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 376.

²¹⁰ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. (2549). *วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 179 - 180.

ได้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการทางวินัยเป็นสองกระบวนการ ได้แก่ กระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการและกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ 5 แล้วแต่ระดับโทษ

สำหรับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น กฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ได้กำหนดเป็นสองกรณี โดยแบ่งตามกระบวนการดำเนินการทางวินัย²¹¹ ดังนี้

1) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาแบบไม่เป็นทางการ ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยต้องอุทธรณ์โต้แย้งต่อผู้บังคับบัญชาที่เป็นผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัยภายในสองสัปดาห์นับจากวันที่ได้รับคำสั่งลงโทษทางวินัย และผู้บังคับบัญชาที่รับเรื่องจะต้องส่งเรื่องไปยังผู้บังคับบัญชาสูงสุด หรือผู้บังคับบัญชาที่มีการกำหนดให้มีอำนาจในการวินิจฉัยเรื่องนั้น ๆ ภายในหนึ่งสัปดาห์

เมื่อผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัย ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำโต้แย้งแล้ว หากข้าราชการผู้นั้นยังไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ก็อาจเสนอเรื่องไปยังศาลวินัยแห่งสหพันธ์ได้ภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน โดยศาลจะต้องเปิดโอกาสให้อัยการในเรื่องทางวินัยให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวด้วย

2) การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เกิดจากกระบวนการพิจารณาแบบเป็นทางการ กฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กำหนดไว้ว่า หากจะมีการอุทธรณ์คำวินิจฉัยของศาลวินัยของสหพันธ์ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของสหพันธ์ (Bundesdisziplinarordnung-BDO) ในการแสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะต้องอุทธรณ์โต้แย้งไปยังศาลปกครองแห่งสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี

2.5.2 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส

สาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติให้การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นเรื่องทั่วไปและมีรูปแบบเดียวกัน กล่าวคือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่มีรูปแบบที่ชัดเจนแน่นอน (déstructurer) มีความหลากหลาย (divers) เจาะจง (ponctuel) เฉพาะเรื่อง (sectoriel) ผลจึงเป็นว่าการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีวิธีพิจารณาที่เฉพาะ และแตกต่างกันไปตามแต่ละรูปแบบ รวมทั้งมีเนื้อหาสาระและบทบัญญัติที่แตกต่างกัน²¹²

²¹¹ อุดม รัฐอมฤต และคณะ. (2454). *รายงานวิจัยเรื่องการปฏิรูประบบวินัย อุทธรณ์ และร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 75 - 76.

²¹² ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษย์. (2558). *ถอดความการบรรยายทางวิชาการ เรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ* ซึ่งบรรยายโดย Professeur Christophe Alonso. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 15 (4). หน้า 1

การอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองเป็นการขอให้พิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ในฝ่ายปกครองโดยหลักจะมีขอบเขตที่กว้างขวางไม่จำกัดโดยอ้างได้ทั้งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (illégalité) และความไม่เหมาะสม (opportunité) แต่การเข้ามาตรวจสอบฝ่ายปกครองขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองนั้น จะมีข้อจำกัดบางอย่างที่องค์กรวินิจฉัยทำไม่ได้ เช่น ในเรื่องอำนาจใช้ดุลพินิจในเรื่องความเหมาะสม หรือการกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) แต่ฝ่ายปกครองด้วยกันเองสามารถทบทวนกันได้เสมอไม่มีข้อจำกัดเช่นนั้น ซึ่งการศึกษาเกี่ยวกับการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะศึกษาถึงประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ระบบการอุทธรณ์ และการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยดังต่อไปนี้

2.5.2.1 ประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

ผู้มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองภายในฝ่ายปกครองจะขึ้นอยู่กับประเภทของการอุทธรณ์ ซึ่งสามารถแยกประเภทของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ตามผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เป็นสามประเภท ดังนี้²¹³

1) การอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (recours gracieux) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้แก่ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากเป็นผู้ที่มีความเหมาะสม ในการจะตัดสินใจเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือยกเลิก เพิกถอน หรือยืนยัน คำสั่งทางปกครองที่พิพาท การอุทธรณ์ประเภทนี้มีลักษณะเป็นการเปิดกว้าง บุคคลภายนอกผู้ได้รับหรืออาจได้ผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง แม้จะไม่ใช่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองก็สามารถยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองได้

2) การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (recours hiérarchique) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้แก่ ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง โดยผู้บังคับบัญชามีอำนาจเปลี่ยนแปลง แก้ไข ระวังยับยั้ง หรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของผู้ใต้บังคับบัญชาได้ ซึ่งอำนาจของผู้บังคับบัญชามีอยู่อย่างเต็มที่และตลอดเวลา แม้จะไม่มีกฎหมาย ฉบับใดบัญญัติไว้ชัดแจ้งก็ตาม และสามารถใช้อำนาจดังกล่าวได้แม้เป็นการเห็นสมควรเอง หรือเมื่อได้รับคำร้องขอหรือการอุทธรณ์โต้แย้งจากบุคคลอื่น

3) การอุทธรณ์ต่อผู้ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง (recours de tutelle) ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ซึ่งมีหน้าที่กำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ประเภทนี้เป็นการอุทธรณ์คำสั่ง

²¹³ อภิญา เกษตรเยี่ยม. (2558). *ปัญหาเกี่ยวกับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของไทย*. วารสารทางวิชาการศาลปกครอง, 15(4). หน้า 30 - 32.

ทางปกครองที่ออกโดยผู้บริหารขององค์กรที่มีความเป็นอิสระ ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ อำนาจกำกับดูแลเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไขและมีลักษณะค่อนข้างจำกัดเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

2.5.2.2 ระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

การเยียวยาภายในฝ่ายปกครองโดยการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง สามารถแยกได้เป็นสองระบบ ดังนี้²¹⁴

1) ระบบปกติ (recours administratifs ordinaires) เป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (recours gracieux) หรืออุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไปของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง (recours hiérarchique) เพื่อให้มีการทบทวนสิ่งที่ได้ทำไปเป็นครั้งที่สอง การอุทธรณ์ในระบบปกตินี้เป็นเรื่องทั่วไปที่ฝ่ายปกครองจะเปลี่ยนแปลงนิติกรรมทางปกครองของตนเอง ดังนั้น การอุทธรณ์ประเภทนี้จึงไม่มีรูปแบบกระบวนการพิจารณา ผู้อุทธรณ์ไม่จำเป็นต้องมีส่วนได้เสียและไม่มีอายุความ ส่วนการรับพิจารณาหรือไม่เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยหลักแล้วการอุทธรณ์ระบบนี้จะเป็นระบบเพื่อเลือก (faculte) หรือระบบอุทธรณ์ที่ไม่บังคับ ในทางทฤษฎีการอุทธรณ์ระบบนี้จะไม่มีความสำคัญแต่ในทางปฏิบัติการเสนอคดีต่อองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง จะมีความสำคัญในต้องกระทำภายในสองเดือนนับแต่วันได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง หรือวันประกาศใช้กฎหมายทางปกครอง โดยถ้าการอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งหรือผู้บังคับบัญชานั้นได้รับการพิจารณาอายุความก็จะยึดออกไป และเริ่มนับใหม่นับแต่วันที่มีคำสั่งทางปกครองครั้งใหม่²¹⁵ แต่ถ้าฝ่ายปกครองไม่รับพิจารณาอายุความจะไม่สะดุดหยุดลงเพื่อเริ่มนับใหม่

2) ระบบพิเศษ (recours spéciaux) เป็นระบบการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ที่กฎหมายได้จัดตั้งระบบนี้ขึ้น เพื่อกำหนดรายละเอียดของวิธีการอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยอาจเป็นการอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่ง ผู้บังคับบัญชา หรือคณะกรรมการก็ได้ มีการกำหนดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์และระยะเวลาอุทธรณ์ไว้เป็นการเฉพาะ โดยหลักแล้วการอุทธรณ์ระบบนี้ ถือเป็นระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ (la faculté) แต่จะมีบางกรณีอาจเป็นระบบอุทธรณ์ บังคับ (l'obligation) ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายหรือกฎหมายทางปกครองที่จัดตั้งระบบดังกล่าว²¹⁶

²¹⁴ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 369.

²¹⁵ Georges Vedel et Pierre Delvolvé. (1992). Droit administrative. PB. 167 - 168.

อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 370.

²¹⁶ René Chanpus. (1992). Droit du contentieux administrative. PB. 106 - 107, 259 - 267.

อ้างถึงใน ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 106. หน้า 372.

2.5.2.3 การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

ผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะเลือกที่จะใช้สิทธิโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ ดังนี้

1) การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

การสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงและเหตุผลของการสั่งลงโทษคำสั่งลงโทษทางวินัยและเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับทันที การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยในระบบกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะมีการแบ่งตามกลุ่มของโทษทางวินัย²¹⁷ โดยข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะมีสิทธิในการอุทธรณ์สองกรณี ดังจะกล่าวต่อไป คือ

1.1) การอุทธรณ์ต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษ (recours gracieux) หรือการอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งลงโทษ (recours hiérarchique) โดยผู้พิจารณาอุทธรณ์ มีอำนาจสั่งเพิกถอนคำสั่งลงโทษในกรณีที่คำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือจะยืนยันคำสั่งลงโทษดังกล่าวก็ได้ แต่ไม่มีสิทธิเพิ่มโทษ การอุทธรณ์กรณีนี้มีผลค่อนข้างน้อยและไม่ทำให้คำสั่งลงโทษระงับผลลง การอุทธรณ์กรณีนี้จะใช้เฉพาะการอุทธรณ์โต้แย้งโทษทางวินัย กลุ่มที่หนึ่งเท่านั้น

1.2) การอุทธรณ์ต่อสภามันสูงของข้าราชการของรัฐ (Conseil Supérieur de la fonction publique de l'État) ในฐานะเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งจะทำหน้าที่สอบสวนผู้ถูกกล่าวหาและพยานต่าง ๆ และให้ความเห็นเสนอแนะต่อผู้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยข้อเสนอแนะอาจจะเป็นการยืนยันคำสั่งลงโทษ หรือให้ความเห็นว่าควรลดโทษ หรือยกเลิกโทษทางวินัย แต่ความเห็นดังกล่าวไม่ผูกพันผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษ การอุทธรณ์กรณีนี้ใช้กับการอุทธรณ์โต้แย้งโทษทางวินัยกลุ่มที่สองถึงโทษทางวินัยกลุ่มที่สี่ ทั้งนี้ ศาลปกครองไม่ถือว่า การอุทธรณ์สภามันสูงของข้าราชการของรัฐเป็นขั้นตอนที่บังคับก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องศาลปกครอง

2) การฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

คำสั่งลงโทษทางวินัยถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและสถานภาพของข้าราชการ กรณีข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยเห็นว่าตนเองไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากการถูกลงโทษทางวินัย หรือเห็นว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่มีวามประสงค์จะใช้สิทธิการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยสามารถ²¹⁸ ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวได้

²¹⁷ อูม รัฐอมฤต และคณะ. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 211. หน้า 75 - 76

²¹⁸ ประสาท พงษ์สุวรรณ. (2556). *เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง*. เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม (อค์สำเนา). หน้า 5 - 6.

เมื่อมีการยื่นฟ้องคดี (Lawsuit) ต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งโทษทางวินัยแล้ว หากศาลได้พิจารณาวินิจฉัยว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้มีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวแล้ว ย่อมมีผลเท่ากับว่าไม่มีการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยใด ๆ และมีผลทำให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษทางวินัยต้องกลับสู่สถานะเดิม และมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากการถูกลงโทษทางวินัย ตลอดจนมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ (préjudice moral) ได้ด้วย²¹⁹

²¹⁹ สุนิตา คงมั่น. (2556). *ความไม่สอดคล้องในกระบวนการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการพลเรือนกับการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.)*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 65.