

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบ การทุจริตของภาครัฐ

ในบทที่ 2 เป็นการศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎีและหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการทุจริตของภาครัฐ เพื่อเป็นแนวความคิดพื้นฐานในการวิเคราะห์หามาตรการทางกฎหมายเพื่อก่อให้เกิดประสิทธิภาพในการต่อต้านการทุจริตของภาครัฐ

2.1 สิทธิและเสรีภาพ

2.1.1 ความหมายของสิทธิ

สิทธิ หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม เช่น บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ เรามีสิทธิในที่ดินแปลงนี้ สิทธิ (กฎ) หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองให้กระทำการใด ๆ โดยสุจริตได้อย่างอิสระ แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของคนอื่น¹

สิทธิ ตามความเห็นของศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งหมายความว่าเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่คุ้มครองคือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิรวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย²

นักกฎหมายเยอรมัน ชื่อ Jhering ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า สิทธิ หมายถึงอำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรอง คุ้มครองและบังคับให้³ สิทธิทางกฎหมาย (บางครั้งเรียกสิทธิพลเมือง) คือสิทธิที่ถ่ายทอดมาจากระบบการปกครองเฉพาะอย่าง และถูกกำหนดลงในบทบัญญัติบางรูปแบบ เช่น กฎหมาย จารีต หรือความเชื่อ ในขณะที่สิทธิธรรมชาติ (บางครั้งเรียก จริยสิทธิ์หรือ สิทธิอันมิอาจเพิกถอนได้) เป็นสิทธิที่ไม่ได้เกิดขึ้นจากกฎหมาย จารีต หรือความเชื่อของสังคมหรือการปกครองใด สิทธิธรรมชาติจึงจำเป็นต้องเป็นเรื่องสากล ในขณะที่สิทธิทางกฎหมายนั้นสัมพันธ์กับการเมืองและ

¹ จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (น. 1232), ราชบัณฑิตยสถาน ก, 2554, กรุงเทพฯ: สิริวัฒนาอินเตอร์พรีนซ์.

² จาก ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (น. 206), โดย หยุต แสงอุทัย ก, 2538, กรุงเทพฯ: ประกายพริก.

³ จาก หลักกฎหมายมหาชน (น. 109), โดย วารี นาสกุล, 2554, กรุงเทพฯ: ฟील สไต์ส์.

วัฒนธรรม สิทธิธรรมชาติ เป็นสิทธิที่ไม่อาจแบ่งแยกหรือโอนให้กันได้ นักปรัชญาและนักรัฐศาสตร์บางส่วน แยกสิทธิทางกฎหมายและสิทธิธรรมชาติออกจากกัน⁴

สิทธิ คือ อำนาจอันชอบธรรม ซึ่งบุคคลทุกคนพึงมีพึงได้ โดยไม่ไปเบียดเบียนคนอื่น สิทธิที่มีอยู่นี้จะปรากฏในหลาย ๆ ด้าน เช่น สิทธิในบ้านเรือนที่อยู่อาศัย ตลอดจนทรัพย์สินต่าง ๆ ของตนเอง ที่เรียกว่า สิทธิตามกฎหมายแพ่ง หรือในการเลือกตั้งบุคคลทุกคนก็มีสิทธิในการเลือกตั้งตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้ นอกจากนี้ยังมีสิทธิในร่างกาย สิทธิในการประกอบกิจการต่าง ๆ ตามที่ตนเองต้องการและสิทธิที่สำคัญที่สุดของบุคคลก็คือ สิทธิตามกฎหมาย⁵

สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ถือว่าเป็น สิทธิตามกฎหมายมหาชน หมายถึง อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายสูงสุด ได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองปกป้องบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน⁶

สรุปได้ว่า สิทธิ หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งทุกคนพึงมีพึงได้แต่ต้องไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้อื่น รวมถึงสิทธิเรียกร้องที่จะมิให้ใครแทรกแซงในสิทธิ

2.1.2 ความหมายของเสรีภาพ

เสรีภาพ หมายถึง สภาพของมนุษย์ที่ไม่เคยตกอยู่ภายใต้บังคับบัญชาของใคร เป็นอำนาจอิสระที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น⁷ หรือสภาพการณ์ที่บุคคลมีอิสระในการที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน หรือหมายถึง อำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคลที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดอันเป็นอำนาจที่มีเหนือตนเอง⁸ หรือภาวะของมนุษย์ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น หรืออำนาจในการกำหนดตนเองโดยอิสระของบุคคล หรือความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เมื่อรัฐธรรมนูญ

⁴ ไม่ปรากฏนามผู้แต่ง. (ม.ป.ป.). *สิทธิทางกฎหมายและสิทธิธรรมชาติ*. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก th.wikipedia.org/wiki/สิทธิทางกฎหมายและสิทธิธรรมชาติ.

⁵ ไม่ปรากฏนามผู้แต่ง. (ม.ป.ป.). *ความหมายของสิทธิ*. สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://blog.eduzones.com/winny/3658>

⁶ จาก *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (น. 49), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁷ *หลักกฎหมายมหาชน* (น. 110). เล่มเดิม.

⁸ *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (น. 51). เล่มเดิม.

คุ้มครองเสรีภาพใดก็จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ ที่จะต้องไม่ละเมิดเสรีภาพนั้น ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นการกระทำนี้เป็นประโยชน์ชนิดหนึ่ง ดังนั้น เสรีภาพจึงเป็น สิทธิประเภทหนึ่งเมื่อกล่าวถึงคำว่า สิทธิ โดยไม่เจาะจง จึงหมายความรวมถึง เสรีภาพด้วย⁹

สรุปได้ว่า เสรีภาพ หมายถึงสถานะของบุคคลที่มีความอิสระในการกระทำการใดตาม ความประสงค์ของตนเอง ไม่ตกอยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น ซึ่งการกระทำนั้นจะต้องไม่ฝ่าฝืน ต่อกฎหมาย และไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น

2.1.3 ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ได้แยกประเภทของสิทธิไว้ 5 ประการ คือ

1) สิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลในทางปฏิเสธ ได้แก่ สิทธิที่จะป้องกันมิให้รัฐหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐมากระทำการที่มีชอบ

2) สิทธิที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลที่จะดำเนินการ ได้แก่ สิทธิที่ประชาชนสามารถ ทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ เช่น สิทธิเลือกตั้ง

3) สิทธิในการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิติดตามและร้องขอให้มีการตรวจสอบการปฏิบัติ หน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สิทธิที่จะเรียกร้องให้รัฐปฏิบัติการบางอย่างได้ เช่น ให้รัฐตรวจตราดูแลการโจรกรรม ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

4) สิทธิของรัฐที่จะได้รับฟังถ้อยคำจากราษฎร แต่รัฐจะต้องออกเป็นกฎหมายก่อตั้ง สิทธิก่อน เช่น สิทธิที่จะเรียกร้องให้รับราษฎรเข้ารับราชการ และสิทธิร้องเรียนเมื่อเกิดความ ไม่เป็นธรรม

5) สิทธิในความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถืออำนาจสาธารณะต่อกันและกัน รัฐกับเทศบาล รัฐสามารถควบคุมดูแลเทศบาลได้¹⁰

สิทธิเสรีภาพของประชาชนในปัจจุบัน จากแนวความคิดในเรื่องสิทธิเสรีภาพแต่ดั้งเดิมนั้น ถือเป็นแนวความคิดทางการเมือง ซึ่งหมายถึงสิทธิและเสรีภาพส่วนหนึ่งของบุคคลที่จะต้องได้รับการ เคารพจากรัฐ หรือ หมายถึง สิทธิในการจำกัดอำนาจผู้ปกครองรัฐ นั่นเอง ดังนั้นผลที่ตามมาคือ รัฐมีหน้าที่หรือมีพันธะที่จะต้องงดเว้นการกระทำ โดยการไม่เข้าไปแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพส่วน บุคคล สิทธิดังกล่าวจึงเรียกกันว่า สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง ซึ่งได้แก่ ความเสมอภาค สิทธิในชีวิต สิทธิที่จะไม่ต้องถูกทรมาน ถูกลงโทษ หรือได้รับการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมและต่ำช้า สิทธิที่จะมีเสรีภาพและความมั่นคงปลอดภัยในร่างกาย ซึ่งรวมทั้งสิทธิที่จะไม่ถูกจับกุมหรือคุมขัง

⁹ จาก สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เรื่องสิทธิเสรีภาพและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน (น. 7-8), โดย ปริญญา เทวานฤมิตรกุล, 2543, กรุงเทพฯ: องค์การค้ำของคุรุสภา.

¹⁰ หลักกฎหมายมหาชน (น. 112-113). เล่มเดิม.

โดยพลการ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาดีโดยเที่ยงธรรม สิทธิที่จะไม่ถูกสอดแทรกในชีวิตส่วนตัว ในครอบครัว หรือในการสื่อสารในประเทศ สิทธิที่จะมีเสรีภาพในการประชุมหรือการสมาคม สิทธิที่จะมีส่วนในการบริหารกิจการอันเป็นสาธารณะ ซึ่งรวมทั้งสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทน ไปใช้อำนาจอธิปไตยและสิทธิที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นผู้แทน เป็นต้น แต่ต่อมาแนวความคิดดังกล่าวมิได้หมายถึงเพียง สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง ที่ทำให้รัฐต้องงดเว้นการกระทำเท่านั้น แต่รัฐต้องมีหน้าที่หรือมีพันธะที่จะต้องกระทำอีกด้วยกล่าวคือ ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐ จัดให้มีหลักประกันแก่ประชาชน เพื่อที่ประชาชนจะได้มีสิ่งที่เป็นในการดำรงชีวิตอย่างน้อยตาม มาตรฐานขั้นต่ำสุด สิทธิดังกล่าวในปัจจุบันเรียกว่า สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม ศาสตราจารย์ ยอร์ช บูร์โด ได้ให้ความหมายกว้าง ๆ ของสิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมไว้ว่า เป็นสิทธิที่จำเป็น แก่การรับรองต่อประชาชนเพื่อปลดปล่อยประชาชนให้พ้นจากอำนาจในทางเศรษฐกิจ สิทธิทาง เศรษฐกิจและสังคม ตามแนวความคิดใหม่นี้ทำให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องต่อรัฐให้ดำเนิน มาตรการต่าง ๆ อันทำให้ประชาชนอยู่ดีกินดี ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่ต้องกระทำหรือมีพันธะในการที่ จะต้องส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจ ทางสังคม เพื่อให้ประชาชนดำรงชีวิตอยู่ได้ด้วยความสะดวก สดวกสบาย สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคมดังกล่าวนี้ เช่น สิทธิที่จะได้รับการศึกษา สิทธิที่จะได้รับ ค่าตอบแทนอันเท่าเทียมกัน สำหรับการทำงานที่เท่ากัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ หรือสิทธิใน การพักผ่อนและมีเวลาว่างรวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานที่ชอบด้วยเหตุผล และมีวันหยุดเป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าตอบแทน เป็นต้น¹¹

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพโดยพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ถ้าพิจารณาจากผู้ทรงสิทธิหรือผู้ซึ่งได้รับสิทธิหรือบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติมั่นหมายที่จะให้ ความคุ้มครอง อาจจะแบ่งได้ดังนี้

1) สิทธิมนุษยชน สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครอง แก่ทุก ๆ คน เป็นสิทธิตามธรรมชาติซึ่งเกิดจากการที่เขาเกิดมาเป็นมนุษย์โดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้น จะเป็นคนของชาติใด รัฐใด หรือนับถือศาสนาใด หากบุคคลทุกคนเข้ามาอยู่ในขอบอำนาจของ รัฐธรรมนูญของประเทศนั้นแล้วบุคคลนั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วย สิทธิประเภทนี้ ได้แก่ บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย บุคคลย่อมมีเสรีภาพ บริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการ ปฏิบัติศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

¹¹ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญ* (น. 158-159), โดย พรชัย เลื่อนฉวี, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

2) สิทธิพลเมือง สิทธิประเภทนี้รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้นเท่านั้น ซึ่งมักจะเป็นสิทธิและเสรีภาพเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง เช่น สิทธิในการตั้งพรรคการเมือง : บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมือง เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ¹²

จากที่กล่าวมา ในการแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพนั้น ทำให้เราได้ทราบว่า สิทธิและเสรีภาพมีขอบเขตในการศึกษาถึงเรื่องนี้กว้างขวางมาก และสามารถแบ่งประเภทได้หลายวิธีขึ้นอยู่กับว่าเราจะแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพด้วยวัตถุประสงค์ใด และต้องการนำไปใช้ในเรื่องใด ซึ่งในการศึกษาครั้งนี้ ต้องการศึกษาสหสิทธิในกระบวนการยุติธรรม หรือสิทธิในการกล่าวหาเมื่อมีการกระทำผิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ ในเรื่องการทุจริตของเจ้าหน้าที่ในภาครัฐ

2.1.4 สิทธิในการกล่าวหา

สิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ ตามมาตรา 61 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีข้อความว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เรื่องนี้เป็นสิทธิโดยทั่วไป เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานจริง ๆ ว่า บุคคลใดก็ตามที่ประสบความเดือดร้อน หรือได้รับความไม่เป็นธรรม ถูกรังแก ถูกกดขี่ข่มเหง หรือไม่ได้รับความสะดวกจากการปฏิบัติของข้าราชการหรือพนักงานของรัฐ หรือถูกละเมิดในสิ่งซึ่งคิดว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตน ทั้งหมดนี้เรียกว่า มีสิทธิในการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ไปตามกระบวนการที่ได้กำหนดไว้ ในหน่วยราชการหรือที่ไหนก็ตามที่มีสำนักงาน มีคณะกรรมการอยู่ จะเป็นสำนักงานที่มีหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์โดยตรง หรือจะเป็นสำนักงานที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องโดยตรงที่ส่งผลกระทบต่อสิ่งที่ตนได้รับความเดือดร้อน หรือได้รับความทุกข์ก็เสนอขึ้นไป มีสิทธิที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ไปทุก ๆ เรื่อง แล้วเมื่อเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ไปแล้ว มาตรา 61 ได้บังคับไว้ว่าการเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ของบุคคลใด ไม่ว่าจะป็นหน่วยงานใดที่ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์จะต้องพิจารณา ไม่ใช่เอาเก็บไปดองไว้เฉย ๆ ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ไม่ได้เขียนไว้ชัดเจน แต่ในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บังคับไว้ชัดเจนว่า จะต้องมีการพิจารณาและจะต้องได้รับการแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควร เพราะฉะนั้นถ้าหากใครก็ตามที่มีเรื่องราวร้องทุกข์เสนอไปขอให้มีความสำคัญ มีการประทับตรารับของทางราชการ ตามระเบียบงานสารบรรณ ถ้าเป็นหน่วยราชการ หรือถ้าเป็นหน่วยงานอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับทางราชการก็ตาม ถ้ามีหน้าที่ในการรับ

¹² ไม่ปรากฏนามผู้แต่ง. (ม.ป.ป.). สืบค้น 15 กรกฎาคม 2557, จาก <http://www.13nr.org.post/465245>

เรื่องราวร้องทุกข์ต้องให้มีการประทับตรารับไว้จากบุคคลที่เสนอเรื่องราวร้องทุกข์ไปรับไว้ เมื่อไร เวลาเท่าไร แล้วเอาหลักฐานนั้นถ่ายสำเนาเอาไว้ เก็บเอาไว้เพราะฉะนั้นถ้าหากในอนาคตรยะเวลาผ่านไปแล้วไม่ได้รับคำตอบเลยก็สามารถที่จะเอากฎหมายต่าง ๆ นี้ไปแสดงต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรือไปแสดงต่อผู้ใหญ่ที่ได้เสนอเรื่องราวร้องทุกข์ไปว่ามาคิดตามเรื่องราวที่ได้ร้องทุกข์มา มาตรา 61 นี้เป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในการที่จะเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ หรือได้รับแจ้ง ผลการพิจารณาภายในเวลาอันสมควรคงต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติซึ่งจะไม่เร็วจนเกินไป จนกระทั่งทำงานกันไม่ได้ แต่ในเวลาเดียวกันก็ไม่ควรจะช้าจนเกินไป¹³

จากการศึกษาครั้งนี้ ต้องศึกษาถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ใช้ในการกล่าวหาว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดที่เกี่ยวกับการทุจริตหรือไม่ อย่างไร สิทธิในการกล่าวหา หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมที่กฎหมายรับรองให้กระทำได้ในการกล่าวหาผู้อื่น ซึ่งเป็นผู้ถูกกล่าวหาที่ได้ กระทำความผิดตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ อันเป็นสิทธิของรัฐที่จะได้รับฟังถ้อยคำจากรายการ ซึ่ง รัฐจะต้องออกเป็นกฎหมายก่อตั้งสิทธิก่อน จึงจะมีสิทธิในการกล่าวหาได้ สิทธิในการกล่าวหาเป็น สิทธิที่การใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลมีอาจจะบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามา ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ นั่นคือ สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย นั้นเอง

2.2 การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

2.2.1 หลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย¹⁴ กล่าวว่า นิติรัฐ คือรัฐที่ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐเป็นผู้ตราขึ้นเอง ความคิดเรื่องนิติรัฐ เป็นความคิดของประชาชนที่ฝักใฝ่ในสิทธิ ปึงเจกนิยม และรัฐธรรมนูญของรัฐที่เป็นนิติรัฐนี้ จะต้องมิมีบทบัญญัติในประการที่สำคัญถึงเสรีภาพของราษฎร เช่น เสรีภาพในร่างกาย ในทรัพย์สิน ในการทำสัญญา และในการประกอบอาชีพ ในฐานะนี้รัฐจึงมี สภาพเป็นคนรับใช้ของสังคม โดยถูกควบคุมอย่างเคร่งครัด จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะเคารพต่อ เสรีภาพต่าง ๆ ของราษฎรได้มีวิธีอยู่วิธีเดียว คือ ยอมตนอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายโดยเคร่งครัด เท่านั้น และตราบใดที่กฎหมายยังใช้อยู่ กฎหมายนั้นก็จะผูกมัดรัฐอยู่เสมอ และโดยการที่มี บทบัญญัติให้ราษฎรเป็นองค์กรของรัฐในการบัญญัติกฎหมายโดยตรง (สำหรับรัฐที่ใช้หลัก ประชาธิปไตยโดยตรง) หรือโดยให้เลือกตั้งผู้แทนราษฎรมาออกกฎหมายแทนตน (สำหรับรัฐที่ใช้

¹³ จาก *สิทธิเสรีภาพของคนไทย สิทธิความเป็นคน* (น. 81-83), โดย คณิน บุญสุวรรณ, 2542, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

¹⁴ จาก *หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป* (น. 123-124), โดย หยุด แสงอุทัย ข, 2538, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หลักประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน) การที่รัฐจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของราษฎรได้ก็ด้วยความยินยอมของราษฎรให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพเอง ฉะนั้น กรณีที่รัฐเป็นนิติรัฐจึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎร

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ¹⁵ ได้กล่าวไว้ว่า หลักนิติรัฐ ตั้งชื่อเรียกกันว่านิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนนั้นจะต้องมีกฎหมายที่มีลักษณะใช้บังคับทั่วไปเป็นตัวกำหนด กฎหมายไม่เพียงแต่กำหนดบทบาทของฝ่ายปกครองเท่านั้น หากแต่ยังทำให้ประชาชนสามารถคาดหมายบทบาทของฝ่ายปกครองล่วงหน้าได้

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล ได้กล่าวไว้ว่า ในประเทศต่าง ๆ ที่เจริญแล้ว กิจกรรมของฝ่ายปกครองย่อมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายและการควบคุมของศาล ทั้งนี้หมายความว่าฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการในขอบเขตแห่งกฎหมาย ฝ่ายปกครองหาไม่อำนาจที่จะทำการใด ๆ ได้ตามอำเภอใจไม่ ฝ่ายปกครองก็เหมือนกับเอกชนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ถ้าหากฝ่ายปกครองฝ่าฝืนกฎหมาย เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาลได้ เพื่อบังคับมิให้ฝ่ายปกครองกระทำอันขัดต่อกฎหมายระบบการปกครองเช่นนี้เรียกกันว่าระบบ นิติรัฐ หรือ Legal State¹⁶

การ เดอมาด์แบร์ (R. Carr de Malberg) ให้นิยาม นิติรัฐ ไว้ว่า ฝ่ายปกครองสามารถใช้อำนาจดุลพินิจอย่างเต็มที่ที่จะดำเนินมาตรการอะไรก็ได้ที่ฝ่ายปกครองริเริ่มและเห็นว่าจำเป็นในส่วนที่เกี่ยวกับประชาชนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการ รัฐตำรวจนี้อยู่บนแนวคิดที่ว่าวัตถุประสงค์สุดท้ายเป็นสิ่งสำคัญที่สุด ส่วนวิธีการที่จะไปถึงวัตถุประสงค์นั้น จะทำอย่างไรก็ได้ ตรงกันข้ามกับ นิติรัฐ ซึ่งเป็นรัฐที่ต้องยอมตนอยู่ใต้ระบบกฎหมายในความสัมพันธ์กับปัจเจกชน และเพื่อคุ้มครองสถานะของปัจเจกชน โดยรัฐยอมตนอยู่ใต้กฎเกณฑ์ที่กำหนดการกระทำของรัฐต่อปัจเจกชนในสองนัย คือกฎเกณฑ์ประเภทแรก กำหนดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และกฎเกณฑ์ประเภทที่สองกำหนดวิธีการและมาตรการซึ่งรัฐหรือหน่วยงานสามารถใช้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด รวมเป็นกฎเกณฑ์สองชนิดที่มีผลร่วมกัน นั่นก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐ โดยการให้อำนาจนั้นอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายที่รัฐกำหนด ลักษณะเด่นที่สุดประการหนึ่งของนิติรัฐก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากที่ระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กระทำการใด ๆ ต่อปัจเจกชนได้ หลักนี้ส่งผลโดยปริยายให้เกิดขึ้นสองประการ คือ ประการแรก เมื่อฝ่ายปกครองเข้าไปมีนิติสัมพันธ์กับปัจเจกชน

¹⁵ จาก *กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจเยอรมัน* (น. 4), โดย บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

¹⁶ จาก *คำบรรยายกฎหมายปกครอง* (น. 44), โดย ประยูร กาญจนกุล ก, 2535, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ฝ่ายปกครองหาอาจกระทำการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ไม่ ประการที่สอง คือ ในนิติรัฐที่พัฒนาจนสมบูรณ์แบบแล้วนั้น ฝ่ายปกครองไม่อาจกระทำการใดเป็นการบังคับปัจเจกชนโดยเขาไม่สมัครใจได้ เว้นแต่จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นให้อำนาจไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝ่ายปกครองไม่สามารถใช้มาตรการใด ๆ ต่อผู้อยู่ใต้ปกครองได้ เว้นแต่กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นจะให้อำนาจไว้โดยตรงหรือโดยปริยาย ดังนั้น นิติรัฐจึงเป็นรัฐที่ให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนผู้อยู่ใต้ปกครองว่า เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองละเมิดหลักนี้ ปัจเจกชนสามารถไปสู่ผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีเพื่อให้เพิกถอนการกระทำ หรือเปลี่ยนแปลง หรือให้เลิกใช้การกระทำนั้น ๆ ของฝ่ายปกครองที่ละเมิดกฎหมายได้เพราะฉะนั้น ระบบนิติรัฐจึงเป็นระบบที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของพลเมืองและวัตถุประสงค์หลักในการป้องกันและแก้ไขการใช้อำนาจตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และเพื่อที่จะให้นิติรัฐเป็นความจริงขึ้นมาได้ ก็มีความจำเป็นที่ประชาชนต้องสามารถดำเนินคดีกับการกระทำของรัฐทุกประเภทที่มีขอบและที่ทำให้ปัจเจกชนเสียหาย¹⁷

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ได้อธิบายว่าตามแนวความคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งมีอยู่สองทฤษฎีหลัก คือ

1) ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ ซึ่ง Ihering และ Jellinek เป็นผู้เสนอ มีหลักว่ารัฐไม่อาจถูกจำกัดอำนาจโดยกฎหมายได้ เว้นแต่รัฐจะสมัครใจผูกมัดตนเองด้วยกฎหมายที่ตนสร้างขึ้นและกฎหมายหลักที่รัฐสร้างขึ้นก็คือรัฐธรรมนูญ ซึ่งกำหนดสถานะของอำนาจการเมืองในรัฐว่าอยู่ที่องค์กรใด ต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร

2) ทฤษฎีนิติรัฐ ซึ่งรูสโซและมงเตสกีเยอ ได้เสนอแนวความคิดไว้เป็นคนแรก ๆ สรุปได้ว่ารัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะและอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียวโดยปัจเจกชนไม่สมัครใจได้ กฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะได้ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน แต่กฎหมายนั้นก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐไม่ให้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายให้ไว้ ผลที่ตามมาคือ จะมีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย ควบคุมการกระทำและนิติกรรมทางปกครอง การกระทำขององค์กรตุลาการซึ่งได้แก่คำพิพากษาและคำสั่งศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย¹⁸

¹⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (น. 63-64), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁸ จาก กฎหมายมหาชน (น. 48-55), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณ โณ ก, 2537, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้สรุปสาระสำคัญของนิติรัฐ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ขั้นสุดท้าย อยู่ที่การประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจมีดังนี้

1) การกระทำทั้งหลายขององค์กรฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งหมายความว่า ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับราษฎรนั้น องค์กรฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

2) กฎหมายทั้งหลายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรนั้นจะต้องมีข้อความระบุไว้อย่างชัดเจนพอสมควร ว่าให้อำนาจของฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎร และจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็น

3) การควบคุมไม่ให้เกิดการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายที่ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรตุลาการซึ่งจะทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรฝ่ายบริหารที่ดี ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ดี อาจจะเป็นองค์กรตุลาการอีกองค์กรหนึ่งแยกต่างหากจากองค์กรตุลาการ ผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาก็ดี จะต้องมีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงจากทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรฝ่ายบริหาร¹⁹

จากคำนิยามหรือความหมายของนิติรัฐที่กล่าวมาอาจสรุปได้ว่า นิติรัฐ หมายถึง การที่รัฐยอมตนเพื่อปฏิบัติตนให้เป็นไปตามกฎหมายที่ตราขึ้น โดยรัฐสภา และมีการบัญญัติถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมให้กับประชาชน ผู้อยู่ภายใต้การปกครอง และการใช้อำนาจรัฐจะกระทำโดยกฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น

¹⁹ จาก *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน* (น. 5-7), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

2.2.2 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของรัฐทุกอย่างจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจหรืออธิบายด้วยกฎหมายได้ รัฐจะต้องผูกพันกับกฎหมายและใช้อำนาจภายใต้กฎหมาย นิติรัฐมีเป้าหมายในการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจรัฐและอำนาจปกครองเพื่อประโยชน์แก่เสรีภาพของปัจเจกชน เป็นสังคมที่ปกครองโดยกฎหมาย หลักที่ว่ารัฐและองค์กรของรัฐทั้งหมดจะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายที่รัฐหรือองค์กรของรัฐตราขึ้นแล้ว ก็หมายความว่า ประการแรก การกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรจะต้องมีกฎหมายเป็นรากฐาน ซึ่งอาจเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำนั้นเป็นการกระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะมีกฎหมายเป็นรากฐานของการกระทำหรือใช้อำนาจแล้ว ยังมีหลักต่อไปว่า การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ต้องกระทำตามวิธีการ รูปแบบ วัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หากผิดไปจากที่กำหนดไว้เราก็ถือว่ากระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย นี่คือหลักกฎหมายที่เรียกว่า ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ (principe de la l egalit') ประการที่สอง หากรัฐหรือองค์กรของรัฐฝ่าฝืนกฎหมายที่ตนตราขึ้น จะต้องมีกลไกและกระบวนการที่บุคคลสามารถทำให้การกระทำหรือการใช้อำนาจนั้นไร้ผลไปและหากความเสียหายเกิดแก่บุคคลก็สามารถเรียกให้รัฐหรือองค์กรของรัฐชดใช้ค่าเสียหายได้ เราเรียกมิติที่สองนี้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐ (Contr le de l egalit') ซึ่งในระบบกฎหมายทั้งหลายอาจมอบภาระในการควบคุมนี้ไว้ที่ศาล ซึ่งอาจเป็นศาลยุติธรรม (อย่างในอังกฤษ สหรัฐอเมริกา) หรือศาลพิเศษ เช่น ศาลปกครอง (อย่างในฝรั่งเศสหรือเยอรมัน) ก็ได้ และการให้มีองค์กรและกระบวนการวินิจฉัยในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีผล ตลอดจนให้ชดใช้ค่าเสียหายนี้เองที่ทำให้นิติรัฐมีประสิทธิภาพบังคับจริงจัง ไม่ใช่เป็นหลักการบนกระดาษเท่านั้น²⁰

ในระยะเริ่มแรก หลักความชอบด้วยกฎหมายยังไม่มีกรณีให้องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเฉพาะรัฐสภาต้องกระทำโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายด้วย ที่เป็นเช่นนั้น ก็เพราะว่ารัฐสภาเป็นองค์กรของผู้แทนประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดจึงย่อมไม่กระทำการขัดต่อกฎหมายและรัฐธรรมนูญเสียเองเป็นประการหนึ่งกับเห็นว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราออกมานั้นเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ร่วมกันของปวงชนแล้ว และไม่น่าที่จะขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรผู้แทนประชาชนได้ตรากฎหมายออกมา เท่ากับได้วินิจฉัยแล้วว่ากฎหมายนั้น

²⁰ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (น. 64-65), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เป็นประการที่สอง ดังนั้น ในบางประเทศจึงไม่มีองค์กรและกลไกควบคุมกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเลย เช่น ฝรั่งเศสก่อนปี 1958²¹

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ในนิติรัฐการกระทำของรัฐทุกอย่างต้องชอบด้วยกฎหมาย และมีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของรัฐด้วย การควบคุมการกระทำของรัฐให้ชอบด้วยกฎหมายมีวิธีการดังต่อไปนี้

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ

การกระทำทางนิติบัญญัติ คือ การใช้อำนาจนิติบัญญัติออกกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายนิติรัฐ มีอยู่ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนได้ เว้นแต่ที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และกฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ต้องออกโดยประชาชน หรือองค์กรที่เป็นผู้แทนของประชาชน หากการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น มีปัญหาว่าฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ ก็จะมีระบบควบคุม เช่น ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ชี้ขาดว่ากฎหมายที่ออกนั้นขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ (เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา) หรืออาจมีการตั้งองค์กรเฉพาะ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ (เช่น ในประเทศเยอรมนี และไทย) เป็นผู้วินิจฉัยได้ หากศาลเห็นว่า กฎหมายที่ออกมานั้นขัดรัฐธรรมนูญ กฎหมายนั้นก็ไม่มีผลบังคับตั้งแต่นั้น

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการ

การกระทำทางตุลาการ คือการใช้อำนาจตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดกรณีต่าง ๆ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการในนิติรัฐ คือมีหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการ เพราะตุลาการเป็นผู้ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยการยกเลิกหรือเพิกถอนการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม แม้องค์กรตุลาการจะเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันองค์กรตุลาการก็ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายด้วย กล่าวคือ ตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดคดีไปตามตัวบทกฎหมาย ในระบบกฎหมายจึงต้องมีกลไกในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายตุลาการ เช่น การที่กำหนดให้ศาลมี 3 ชั้น โดยให้ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาศาลล่าง หรือการให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาดว่าคำพิพากษาของศาลสูงสุดอื่นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อย่างเช่นในเยอรมนี เป็นต้น

²¹ จาก คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง (น. 97), โดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข, 2542, กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

3) หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางบริหาร

ฝ่ายบริหารอาจแยกได้เป็น 2 ส่วน คือ รัฐบาลกับฝ่ายปกครอง ซึ่งอาจเรียกการกระทำของฝ่ายบริหารทั้ง 2 ส่วนได้ว่า การกระทำของรัฐบาลกับการกระทำของฝ่ายปกครอง เฉพาะการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่ต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง มีหลักว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครอง ที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ถ้าการกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีกระบวนการควบคุม เช่น ถ้าเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็จะมีการยกเลิกหรือเพิกถอน และถ้ามีความเสียหายเกิดขึ้นแก่เอกชน ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิดชอบด้วย หากเป็นปฏิบัติการทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมาย และก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหาย²²

กฎหมายในหลักความชอบด้วยกฎหมาย มิได้มีความหมายเฉพาะรัฐบัญญัติหรือพระราชบัญญัติที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น แต่หมายถึง สิ่งที่รวมกันเป็นภาวะที่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งหมด ดังมีผู้ให้ข้อสังเกตว่า ความชอบด้วยกฎหมายประกอบด้วยที่รวมของกฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กฎเกณฑ์ที่มาจากบรรทัดฐานคำพิพากษา กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร รวมทั้งกฎเกณฑ์ซึ่งที่มาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ที่มีศักดิ์ลดหลั่นกันและซับซ้อนกันเหล่านี้ รวมกันทั้งหมดเป็นที่มาความชอบด้วยกฎหมาย²³

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายในนิติรัฐ การกระทำทางปกครองจะต้องมีหลักว่า การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครอง หรือจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง หรือนิติกรรมทางปกครอง ที่จะกระทบต่อสิทธิของปัจเจกชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หากกระทำการใดที่กฎหมายไม่ให้อำนาจไว้ก็เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำดังกล่าวก็อาจจะเป็นการทุจริตหรือประพฤตินิชอบได้ ถ้าการกระทำนั้นเป็นการเอื้อประโยชน์กับตนเองหรือผู้อื่น ดังนั้น การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องกระทำเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

2.2.3 การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยความจำเป็นในเรื่องของการดำรงไว้ซึ่งหลักนิติรัฐเป็นสิ่งสำคัญอันเป็นรากฐานในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากความต้องการและความซับซ้อนของสังคมที่เพิ่มมากขึ้นทำให้กิจกรรมของฝ่ายปกครองมีมากขึ้นตามไปด้วย โดยในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองอาจกระทบกระเทือน หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนได้

²² จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง เล่ม 1 ว่าด้วยหลักทั่วไป (น. 65-67), โดย มานิตย์ จุมปา, 2554, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²³ จาก หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน (น. 457), โดย เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 2556, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติรัฐจะเกิดขึ้นได้จริงก็ต่อเมื่อ มีระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง ซึ่งการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้นสามารถจำแนกได้หลายรูปแบบ โดยหากใช้เกณฑ์องค์กรในการจำแนกแล้วสามารถจำแนกการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ได้แก่²⁴

1) การควบคุมภายใน (contrôle interne) การควบคุมภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครองที่เน้นให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองได้ทำการควบคุมฝ่ายปกครองด้วยตนเอง การควบคุมลักษณะนี้ คือการควบคุมด้วยวิธีการร้องเรียนภายในฝ่ายบริหาร และวิธีการในลักษณะกิ่งข้อพิพาท กล่าวคือยังคงเป็นการดำเนินการโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง เช่น การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง การร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ทำคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้มีการตรวจสอบ ทบทวน หรือแก้ไขการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่ได้กระทำไปแล้วนั่นเอง

(1) การควบคุมบังคับบัญชา (contrôle hiérarchique) การควบคุมบังคับบัญชาเป็นการควบคุมในลักษณะแก้ไขภายหลังจากที่ได้มีการดำเนินกิจกรรมทางปกครองไปแล้ว ทั้งนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสในการแก้ไข เยียวยา หรือตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ได้กระทำไปโดยอาศัยหลักการบังคับบัญชาซึ่งเป็นอำนาจภายในของฝ่ายปกครองในการควบคุมสั่งการอันเกิดจากการจัดระบบภายในของฝ่ายปกครองเอง โดยในการใช้อำนาจลักษณะนี้สามารถควบคุมได้ทั้งความชอบด้วยกฎหมายและความเหมาะสมของการดำเนินกิจกรรมทางปกครองด้วย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระดับ คือ การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครอง (recours gracieux) และการขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น (recours hiérarchique)

(2) การกำกับดูแล (tutelle administrative) คำว่า “กำกับดูแล” หมายถึง การที่ตัวแทนของรัฐดูแลกิจกรรมขององค์กรมหาชนอื่น เช่น องค์กรปกครองท้องถิ่น องค์กรกระจายอำนาจ หรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น เพื่อให้องค์กรเหล่านี้ปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามกฎหมาย อำนาจกำกับดูแล (la tutelle) นั้นต่างกับอำนาจบังคับบัญชา เพราะอำนาจนี้ไม่ได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในลักษณะของผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชา แต่เป็นไปในลักษณะของผู้ควบคุมกำกับ (contrôleur) และผู้ถูกควบคุมกำกับ (contrôlé) อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่มีเงื่อนไข (un pouvoir conditionné) อำนาจนี้จะมีได้ก็แต่ในกรณี และในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงเป็นอำนาจที่ไม่สามารถออกคำสั่งโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ได้เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควบคุมเพียงแต่

²⁴ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 472-478), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ก, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ควบคุมว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่เท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งเพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ กล่าวคือ ถึงแม้เจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจควบคุมตามพระราชบัญญัติมีอำนาจที่จะยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกหรือสั่งให้ยกเลิกการกระทำขององค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของตนและอาจมีคำสั่งแทน (substituer) องค์กรดังกล่าวได้ก็ตาม แต่อำนาจเหล่านี้จะมีได้ก็แต่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดขึ้น โดยรัฐบัญญัติเท่านั้น อำนาจกำกับดูแลจึงมิใช่อำนาจทั่วไปอย่างที่ปรากฏในอำนาจบังคับบัญชา การกำกับดูแลในทางปกครอง (la tutelle administrative) มี 2 ลักษณะ คือ การกำกับดูแลเหนือบุคคล และการกำกับดูแลเหนือการกระทำ

2) การควบคุมภายนอก (contrôle externe) การควบคุมภายนอกฝ่ายปกครองนั้นเป็นมาตรการอีกมาตรการหนึ่งในการควบคุมฝ่ายปกครองโดยให้องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีส่วนในการควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เนื่องจากการให้ฝ่ายปกครองทำการควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครองเองนั้นอาจไม่ได้ประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากเป็นฝ่ายปกครองด้วยกันเอง ดังนั้นการให้องค์กรภายนอกฝ่ายปกครองมีส่วนในการควบคุมฝ่ายปกครองจึงเป็นการยืนยันได้ว่าการดำเนินงานของฝ่ายปกครองนี้จะถูกตรวจสอบไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง

(1) การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ เป็นการควบคุมโดยองค์กรที่แยกต่างหากจากฝ่ายปกครองแท้ (l'administration active) และการควบคุมขององค์กรเหล่านี้ก็มีใช้ทั้งการควบคุมแบบศาล หรือทางการเมือง ในต่างประเทศองค์กรพิเศษอันเป็นที่รู้จักกันดี คือ ombudsman ของสวีเดน และ Prokuratura หรือสำนักงานอัยการของรัสเซีย ในประเทศไทยองค์กรประเภทนี้อยู่ในรูปแบบขององค์กรอิสระที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของฝ่ายปกครองให้ดำเนินไปโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น

(2) การควบคุมทางการเมือง (political control) เป็นการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์กรทางการเมือง หรือลักษณะแห่งการใช้อำนาจเป็นการใช้อำนาจในทางการเมืองเพื่อตรวจสอบควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง การควบคุมประเภทนี้อาจมีความแตกต่างกันไปตามแต่ระบอบการปกครองของแต่ละประเทศว่าได้ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนภายในประเทศมากน้อยเพียงใด หรือมีนโยบายในทางการเมืองเกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินงานของฝ่ายปกครองมากเพียงไร ซึ่งโดยทั่วไปองค์กรในการควบคุมการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง ได้แก่ รัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติ พรรคการเมือง สภาพลเรือน สื่อมวลชน ขบวนการนักศึกษา เป็นต้น โดยเฉพาะรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัตินั้นถือว่าเป็นองค์กรหลักที่มีความสำคัญในการควบคุมฝ่ายปกครองในทางการเมืองซึ่งอยู่บนพื้นฐาน

ของหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นไปในลักษณะของการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance) อันถือว่าฝ่ายนิติบัญญัติสามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมิให้กระทำการขัดต่อกฎหมายหรือสร้างความเสียหายแก่ประชาชน โดยมีวิธีการในการควบคุม เช่น การตั้งกระทู้ถาม การเปิดอภิปราย การตั้งคณะกรรมการการพิจารณาร่างกฎหมายของฝ่ายปกครอง หรือแม้กระทั่งการพิจารณางบประมาณ เป็นต้น

(3) การควบคุมโดยศาล การฟ้องคดีต่อศาลหรือการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองโดยตุลาการนั้นนับว่าเป็นวิธีการที่มีความน่าเชื่อถือและเด็ดขาดชัดเจนที่สุดเนื่องจากในการฟ้องคดีต่อศาลนั้นมีการกำหนดวิธีพิจารณาที่ชัดเจนและแน่นอนและการวินิจฉัยของศาลเป็นไปโดยอิสระ ต่างจากการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองเอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลก็ตาม องค์กรผู้มีหน้าที่ควบคุมล้วนแต่ตกอยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของนายกรัฐมนตรีนั่นเอง ดังนั้นจึงไม่อาจจะขจัดความเคลือบแคลงสงสัยในความมีอคติลำเอียงให้หมดสิ้นไปได้ ทั้งนี้การใช้ระบบควบคุมฝ่ายปกครองโดยศาลนั้นขึ้นอยู่กับระบบศาลของแต่ละประเทศว่าประเทศนั้น ๆ ใช้ระบบศาลแบบใด โดยอาจแบ่งได้เป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ คือ ระบบศาลเดี่ยว อันมีศาลยุติธรรมตัดสินคดีทุกประเภทรวมทั้งคดีปกครอง โดยต้นแบบของระบบศาลเดี่ยวคือ ประเทศอังกฤษ ส่วนประเทศอื่น ๆ ที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวส่วนใหญ่มักเป็นประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากประเทศอังกฤษ หรือใช้ระบบกฎหมายแบบ common law เนื่องจากแนวความคิดของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบ common law นั้นไม่ยอมรับการมีศาลปกครองเพราะมองว่าทำให้เกิดความไม่เสมอภาค และระบบศาลคู่ หรือระบบที่มีการจัดตั้งศาลปกครองแยกออกจากศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยเฉพาะ โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็นต้นแบบ เช่น เยอรมัน อิตาลี ออสเตรีย สวีเดน ซึ่งประเทศที่รับแนวความคิดการจัดตั้งศาลปกครองนั้นมักอยู่ในประเทศที่ใช้ระบบ civil law โดยประเทศเหล่านี้มองว่าการมีศาลปกครองจะทำให้การวินิจฉัยคดีปกครองเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับฝ่ายปกครองมากกว่าการให้ศาลยุติธรรมซึ่งผู้พิพากษาส่วนใหญ่มีความชำนาญในระบบกฎหมายเอกชน การควบคุมภายในหรือการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองเปิดโอกาสให้มีการควบคุมได้ ทั้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและการใช้ดุลพินิจหรือความเหมาะสมในการออกคำสั่งการฟ้องคดีต่อศาลนั้นศาลจะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยจะไม่ก้าวล่วงไปตรวจสอบความเหมาะสมในการทำคำสั่งทางปกครอง

สรุปได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองสามารถจำแนกการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองได้เป็น 2 ระบบ คือ การควบคุมภายใน และการควบคุมภายนอก ซึ่งแต่ละระบบก็จะมีลักษณะการควบคุม

ความชอบด้วยกฎหมายที่แตกต่างกัน ซึ่งการควบคุมภายในฝ่ายปกครองเป็นการควบคุมด้วยตนเอง แบ่งออกได้เป็น 2 ระดับ ได้แก่ การร้องเรียน และการให้บทวนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งมีลักษณะการควบคุมเป็น 2 ลักษณะ คือการควบคุมบังคับบัญชา และการกำกับดูแลในทางปกครอง ส่วนการควบคุมภายนอกอาจจะเนื่องมาจากการควบคุมภายในไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงก่อให้เกิดองค์กรภายนอกฝ่ายปกครองเข้ามามีส่วนในการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (Rechtmäßigkeit) การควบคุมฝ่ายปกครองนั้น ถือว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย เป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ทั้งนี้เพราะหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง เช่น การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชาที่ดี โดยผู้มีอำนาจกำกับดูแลที่ดีโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ ก็ดี รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการที่ดี ส่วนแต่ผู้ที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองได้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุนี้เองจึงถือได้ว่า การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นแกนกลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ข้อพิจารณาที่จะต้องพิจารณาต่อไปก็คืออะไรคือเกณฑ์ของการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งเกณฑ์ในการพิจารณาได้ 2 เกณฑ์ คือ ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบ (die formelle Rechtmäßigkeit) และความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา ดังนี้²⁵

1) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีบัญญัติหรือในทางรูปแบบการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่เป็นการกระทำในทางกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของคำสั่งทางปกครอง จะต้องพิจารณาเกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ กระบวนการและแบบของการกระทำ

(1) เกณฑ์ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ หมายถึง เจ้าหน้าที่คนใดที่มีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการในเรื่องนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่อาจแยกพิจารณาออกเป็นอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหา กับอำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ อำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาในการกำหนดอำนาจหน้าที่ในทางเนื้อหาถือการพิจารณาจากภารกิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งแยกเกณฑ์ในการพิจารณาภาระหน้าที่ในทางเนื้อหาได้ คือ พิจารณาว่าเป็นอำนาจหน้าที่ในขอบเขตของหน่วยใด พิจารณาว่าอำนาจหน้าที่นั้นเป็นของเจ้าหน้าที่ระดับใด หลังจากทราบแล้วว่าอำนาจหน้าที่นั้นอยู่ที่หน่วยใด ประการต่อมาจะต้องพิจารณาว่าอำนาจหน้าที่นั้น

²⁵ จาก หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 34-47), โดย บรรเจิด สิงคะเนติ ข, 2551, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

เจ้าหน้าที่ระดับใดมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น กล่าวคือ เป็นอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ระดับสูงหรือระดับล่าง อำนาจหน้าที่ในทางพื้นที่ เป็นการพิจารณาว่า ความมุ่งหมายของการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้น อยู่ในขอบเขตของทางพื้นที่ที่เจ้าหน้าที่นั้น ๆ มีอำนาจหรือไม่ หากการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้น มิได้อยู่ในเขตพื้นที่ของเจ้าหน้าที่นั้น ๆ เจ้าหน้าที่ก็ไม่มีอำนาจที่กระทำในเรื่องดังกล่าวได้ แม้ว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจตามกฎหมายแล้วก็ตาม ยังมีได้หมายความว่าเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจออกคำสั่งได้ โดยชอบ กรณียังต้องตรวจสอบว่าเจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งทางปกครองมีปัญหาเกี่ยวกับหลักความเป็นกลางหรือไม่ โดยกฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักความไม่เป็นกลางไว้ 2 หลัก คือ หลักความไม่เป็นกลางโดยผลของกฎหมาย และหลักความไม่เป็นกลางโดยพฤติการณ์

(2) เกณฑ์ในเรื่องของกระบวนการขั้นตอนเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะดำเนินการให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย หากไม่ดำเนินการตามที่กำหนดอาจส่งผลให้การกระทำทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ เช่น หลักการยื่นคำร้อง หลักการรับฟังความบุคคลที่เกี่ยวข้อง หลักการปรึกษาหรือการขอความเห็นชอบจากหน่วยงานอื่น

(3) แบบของการกระทำ เป็นสาระสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะส่งผลทำให้การกระทำของฝ่ายปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ กฎหมายที่กำหนดในเรื่องของแบบของการกระทำ อาจแบ่งออกเป็นกฎหมายปกครองเฉพาะเรื่อง และกฎหมายปกครองกลาง ซึ่งหมายถึงพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นเอง

(4) หลักการให้เหตุผล การให้เหตุผลถือว่าเป็นสาระสำคัญในส่วนของวิธีปฏิบัติราชการหนึ่ง คำสั่งทางปกครองที่ออกเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ไม่มีการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครองอาจเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีปฏิบัติได้ ตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือ และการยื่นยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ อย่างไรก็ตาม หลักการให้เหตุผลดังกล่าวไม่นำมาใช้บังคับกับกรณีที่มีผลตรงตามคำขอและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของบุคคลอื่น กรณีที่เหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องระบุอีกกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 และกรณีที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาหรือเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ต้องให้เหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในเวลาอันควร หากผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งนั้นร้องขอ

2) หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา มีหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายรวมทั้งหลักกฎหมายทั่วไปด้วย กรณีย่อมเป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจจากกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้น ๆ นอกเหนือจากจะไม่ขัดแย้งกับกฎหมายที่ให้อำนาจแล้วคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งกับกฎหมายทั้งหลายที่ยังมีผลใช้บังคับ

(2) กฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมายด้วย ในกรณีนี้นอกเหนือจากจะต้องตรวจสอบว่าการออกคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นมีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่แล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักที่เรียกว่า “หลักเงื่อนไขของกฎหมาย”

(3) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องไม่มีข้อบกพร่องในการใช้ดุลพินิจ ในกรณีที่กฎหมายได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่มีอิสระในการเลือกมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่อยู่ในส่วนผลของกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า “ดุลพินิจ” เจ้าหน้าที่ก็จะต้องใช้ดุลพินิจนั้นในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด การไม่ใช้ดุลพินิจตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การใช้ดุลพินิจที่เป็นความบกพร่องของกฎหมายอาจแยกออกได้ดังนี้ 1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมาย 2) การไม่ใช้ดุลพินิจ 3) การใช้ดุลพินิจโดยขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมาย 4) การใช้ดุลพินิจละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

(4) คำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองนั้นจะต้องสอดคล้องกับหลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วน หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนเป็นหลักที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำสั่งทางปกครองหรือมาตรการทางปกครองที่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้รับคำสั่งหรือต่อบุคคลอื่น

(5) หลักความแน่นอนชัดเจน หลักนี้เป็นหลักที่เรียกร่องโดยตรงต่อคำสั่งทางปกครอง คำสั่งทางปกครองจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน เพื่อให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ทราบว่าเจ้าหน้าที่ประสงค์จะให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด หลักความแน่นอนชัดเจนนั้นมีผลมาจากลักษณะของคำสั่งทางปกครอง เพราะคำสั่งทางปกครองนั้น

มีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย ด้วยเหตุนี้ เจ้าหน้าที่ที่จะต้องทำให้ลักษณะทั่วไปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะเป็นรูปธรรม-เฉพาะราย

2.3 การกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครองมีลักษณะหลากหลายมาก เพราะการกระทำในทางกฎหมายทั้งหมดอาจเป็นการกระทำทางแพ่งหรือทางปกครองหากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการเกินหรือปราศจากอำนาจ การกระทำนั้นก็ต้องถูกยกเลิกเพิกถอน และถ้ามีผู้เสียหายเขาก็อาจฟ้องร้องขอให้ลงโทษผู้กระทำผิดทางอาญาหรือให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งด้วยก็ได้²⁶

2.3.1 ความหมายของการกระทำทางปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.วราพงษ์ วิศรุตพิชญ์ ได้ให้ความหมายของการกระทำทางปกครองว่า คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง แต่มีข้อยกเว้นคือ การกระทำทางปกครองอาจเป็นผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายของรัฐฝ่ายบริหาร องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือองค์กรเอกชนก็ได้²⁷

การกระทำทางปกครองสามารถอธิบายความหมายได้ดังนี้

1) การนิยามเชิงปฏิเสธ (Negative Definition) ของการกระทำทางปกครอง การกระทำของรัฐที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติหรือทางตุลาการแต่เป็นอำนาจในฝ่ายบริหารนั่นเองซึ่งมีทั้งฝ่ายการเมือง (คณะรัฐมนตรี) และฝ่ายปฏิบัติการ (ข้าราชการประจำ) ซึ่งเป็นฝ่ายปกครองโดยแท้ การกระทำทางการเมืองจัดอยู่ในองค์กรที่ใช้อำนาจบริหารเช่นเดียวกับฝ่ายปกครอง แต่จะต้องดำเนินไปภายใต้ขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญ หากฝ่ายนิติบัญญัตินำเอาเรื่องใดไปบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว และไม่มีกฎหมายให้คลุมพินิจไว้ ฝ่ายการเมืองจะเข้าไปแทรกแซงข้าราชการประจำซึ่งเป็นฝ่ายปฏิบัติการไม่ได้ การตรวจสอบการกระทำทางการเมืองโดยมากไม่ถูกตรวจสอบโดยศาล แต่จะถูกตรวจสอบโดยรัฐสภาฉะนั้นจะเอาคดีการเมืองไปฟ้องศาลไม่ได้ เพราะมิใช่การกระทำในทางปกครอง ดังนั้น การตรวจสอบการกระทำทางการเมืองกับทางปกครองจึงต่างกัน แต่ทั้ง 2 กรณีนั้น ก็ได้มีการแบ่งแยกอย่างชัดเจน ตัวอย่างก็คือหากรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งมาใช้อำนาจทางปกครอง (มิใช่อำนาจทางการเมือง) มาออกใบอนุญาต และใช้อำนาจโดยมิชอบ รัฐมนตรีอาจถูกตรวจสอบได้ทั้งทางการเมืองและโดยศาลปกครองได้ การตรวจสอบทางการเมืองจึงมีขอบเขตกว้างกว่า กล่าวคือ สภาตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรี ทั้งในส่วนที่เป็นนโยบายทางการเมือง และ

²⁶ จาก *หลักกฎหมายปกครองเยอรมัน* (น. 141), โดย กมลชัย รัตนสกาวงศ์ ก, 2544, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁷ จาก *คำอธิบายกฎหมายปกครอง* (น. 274-277), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ในส่วนที่เป็นคำสั่งในทางปกครองได้ แต่ตรงกันข้ามศาลปกครองไม่อาจเข้าไปตรวจสอบทางการเมืองได้

2) การนิยามในเนื้อหาของการกระทำทางปกครอง (Positive Definition) จะต้องศึกษาจากลักษณะของการกระทำทางปกครองดังนี้

(1) การกระทำทางปกครอง คือ การกระทำที่รัฐเข้าไปกระทบสิทธิเสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน เช่น มีมาตรการต่าง ๆ มีคำสั่งหรือวางกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ในสังคม ทำให้ประชาชนผู้รับคำสั่งนั้น ๆ จะต้องปฏิบัติตาม

(2) มีการกระทำบางอย่างที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน เช่น การให้เงินช่วยเหลือผู้ประสบอุบัติเหตุ ให้ทุนการศึกษา หรือให้เงินกู้เพื่อการศึกษา เป็นต้น

(3) การกระทำทางปกครองในลักษณะการวางแผน เช่น การตัดถนน สร้างสนามบิน คลองส่งน้ำ สร้างทางด่วน ซึ่งมีลักษณะเป็นทั้งการกระทบสิทธิและให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน เป็นลักษณะของการวางแผน แต่เมื่อนำแผนดังกล่าวไปปฏิบัติก็จะอยู่ในลักษณะของข้อ (1)²⁸

สรุปได้ว่า การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมายขององค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองการ และเป็นการกระทำที่มีใช้การกระทำทางนิติบัญญัติ ตุลาการ หรือการเมือง และมีลักษณะในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของประชาชนเปลี่ยนแปลงหรือระงับซึ่งสิทธิหน้าที่ของประชาชนการกระทำที่ให้คุณประโยชน์แก่ประชาชน รวมถึงการวางแผนต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองด้วย

2.3.2 รูปแบบของการกระทำทางปกครอง

การกระทำทางปกครอง เป็นการกระทำหรือการละเว้นการกระทำทุกประเภทขององค์กรทางปกครอง ซึ่งผลในที่นี่อาจเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิ หน้าที่ของเอกชนก็ได้ หรือก่อให้เกิดความรับผิดชอบขององค์กรทางปกครองก็ได้ องค์กรทางปกครองเป็นผู้ดำเนินการงานของรัฐ ในหลายกรณีองค์กรทางปกครองจึงได้รับมอบอำนาจโดยกฎหมายให้ดำเนินการต่าง ๆ ทำให้องค์กรทางปกครองมีอำนาจหน้าที่ ซึ่งอาจใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับผู้อื่นได้ โดยอาจเปลี่ยนแปลงสภาพทางกฎหมายของสิทธิหน้าที่ของเอกชน อันต่างกับเอกชนซึ่งมีแต่สิทธิหน้าที่โดยสิทธินั้นเป็นเพียงประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นยอมรับไม่ก้าวล่วงให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิของตนเท่านั้น แต่จะไปบังคับเปลี่ยนแปลงสิทธิของผู้อื่นที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กันในเชิงนิติกรรมไม่ได้ การกระทำทางปกครองที่องค์กรทางปกครองกระทำโดยใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่ของเอกชนนั้นในทางทฤษฎีเรียกกันว่าเป็น นิติกรรม

²⁸ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 3-5), โดย กมลชัย รัตนสกววงศ์ ข, 2542, กรุงเทพฯ: วิศิษฐ์สรอรรถ (ฝ่ายการพิมพ์).

ทางปกครอง โดยเทียบเคียงจาก นิติกรรมในกฎหมายแพ่ง แต่การใช้ศัพท์นี้ยังแตกต่างกันโดยในฝรั่งเศส นิติกรรมทางปกครองจะเข้าใจว่ารวมทั้งคำสั่งและกฎ แต่ในเยอรมันนิติกรรมทางปกครองจะหมายความถึงแต่คำสั่งเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินงานบางกรณีองค์กรทางปกครองอาจกระทำการต่อเอกชน โดยไม่ใช่อำนาจตามกฎหมายมหาชน แต่อาจใช้ความยินยอมพร้อมใจตามหลักกฎหมายเอกชนก็ได้ เช่น ทำสัญญาหรืออาจเป็นการใช้อำนาจแต่มีไม่มุ่งก่อให้เกิดผลในกฎหมายอย่างนิติกรรม หากแต่เป็นการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในหน้าที่ของตน เช่น เข้าไปรื้อถอนขนย้ายสิ่งปลูกสร้าง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้การกระทำทางปกครองจึงมิได้หลายลักษณะ บางลักษณะจะไม่มีผลทางกฎหมายต่อภายนอก เช่น การเตรียม การทบทวน การสอบถาม หรือการยืนยันสภาพของสิทธิหน้าที่ ส่วนการกระทำทางปกครองที่มีผลในกฎหมายนั้น ในทางทฤษฎีเห็นกันว่าอาจจำแนกประเภทออกได้ดังนี้²⁹

- 1) คำสั่งทางปกครอง
- 2) คำสั่งทางตุลาการ
- 3) กฎทางปกครอง
- 4) สัญญาทางปกครอง
- 5) การกระทำทางกายภาพ

การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ในแดนของกฎหมายปกครองมีความหลากหลายทำนองเดียวกับความซับซ้อนหลากหลายขององค์ฝ่ายปกครองเอง การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองในแดนของกฎหมายปกครองนี้อาจเรียกว่าเป็นการกระทำทางปกครอง ในปัจจุบันมีรูปแบบการกระทำทางปกครองที่สำคัญ ดังนี้³⁰

- 1) คำสั่งทางปกครอง เป็นการกระทำทางปกครองที่สำคัญที่สุด มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองสั่งการฝ่ายเดียวไปยังผู้รับคำสั่ง โดยการสั่งการนั้นมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ผู้รับคำสั่งกระทำการ งดเว้นกระทำการ ยอมให้บุคคลอื่นกระทำการ โดยจะไม่เข้าขัดขวาง หรือมีผลเป็นการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง โดยการสั่งการดังกล่าวเป็นการสั่งการที่มีผลเฉพาะรายและมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

²⁹ จาก *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (น. 99-100), โดย ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนสานต์, 2540, กรุงเทพฯ: จีระราชการพิมพ์.

³⁰ จาก *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (น. 212-213), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ก, 2555, กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

คำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาในทางกฎหมายมหาชน ไม่ใช่การกระทำในทางข้อเท็จจริง เช่น ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานบริการ คำสั่งแปลงสัญชาติ คำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร

2) กฎ มีลักษณะส่วนใหญ่เหมือนกับคำสั่งทางปกครอง ข้อแตกต่างที่สำคัญอยู่ตรงที่กฎเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลเป็นการทั่วไป ในขณะที่คำสั่งทางปกครองเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะราย และในขณะที่คำสั่งทางปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมนั้น เนื้อหาของกฎจะมีลักษณะที่เป็นนามธรรม เช่น กฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองกำหนดข้อยกเว้นกรณีที่เจ้าหน้าที่สามารถออกคำสั่งทางปกครองไปได้ โดยไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง กฎ นอกจากจะเป็นการกระทำทางปกครองแล้ว ยังเป็นกฎหมายตามเนื้อความด้วย

3) สัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครอง หรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ เนื้อหาของสัญญาเป็นเรื่องของสัมปทาน การจัดทำบริการสาธารณะ การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ หรือเป็นสัญญาที่ทำขึ้น เพื่อก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง หรือทำให้การดำเนินกิจกรรมทางปกครองบรรลุผล

4) ปฏิบัติการทางปกครอง เป็นการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายปกครองที่มีลักษณะเป็นการกระทำในทางข้อเท็จจริง ซึ่งหากจะมีผลในทางกฎหมายเกิดขึ้น ผลในทางกฎหมายของการกระทำดังกล่าวจะเกิดขึ้นจากกฎหมาย เช่น การออกประกาศเตือนประชาชนให้ระวังอันตรายจากสารตะกั่วที่ปนเปื้อนในอาหารบางอย่าง การแจ้งข้อกล่าวหา ให้บุคคลที่ถูกสอบสวนความผิดวินัยได้รับทราบ การสลายการชุมนุม การใช้กำลังเข้ารื้อถอนอาคารที่ปลูกสร้างโดยผิดกฎหมาย

2.3.3 หลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครอง

ในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองในนิติรัฐ จำเป็นอย่างยิ่งที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครอง หลักการอันเป็นรากฐานของกฎหมายปกครองที่จะกล่าวต่อไปนี้ เป็นหลักการที่นอกจากจะสกัดออกมาจากบทบัญญัติต่าง ๆ ในรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติของกฎหมายปกครองระดับพระราชบัญญัติต่าง ๆ แล้ว ยังเป็นหลักเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่เจริญก้าวหน้าในทางกฎหมายปกครองในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปด้วย³¹

³¹ จาก *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป* (น. 57-67), โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ข, 2554, กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.

1) หลักความพอสมควรแก่เหตุ การกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ก้าวล่วงสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่ปัจเจกชน แม้การกระทำทางปกครองนั้นจะมีกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็จะต้องกระทำโดยพอสมควรแก่เหตุ หลักความพอสมควรแก่เหตุ เป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผล เป็นการสร้างภาระให้เกิดกับปัจเจกชนเกินสมควร แต่กำหนดให้องค์กรฝ่ายปกครองต้องกระทำการ ให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง หลักความพอสมควรแก่เหตุเป็นหลักกฎหมาย ในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ต้องกระทำเท่าที่ จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ

2) หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง โดยเหตุที่ การกระทำทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวที่เหนือกว่าของฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ ให้ปัจเจกชนต้องปฏิบัติ การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจึงต้องมีความชัดเจนแน่นอน และเป็นที่ยึดถือได้จากปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจปกครอง ความชัดเจนแน่นอนตลอดจน การคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง ถือว่าเป็นสาระสำคัญของหลักนิติรัฐ อย่างไรก็ตาม ระดับความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางการปกครองนั้น อาจแตกต่างกัน ออกไปตามสภาพของการกระทำทางปกครอง แม้กระนั้นเราอาจกล่าวเป็นหลักการทั่วไปได้ว่า ยิ่งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีลักษณะเป็นการล่วงล้ำสิทธิ หรือสร้างภาระให้แก่ ปัจเจกชนมากเท่าใด องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดเนื้อหาของกฎหมายให้ชัดเจน แน่นนอนยิ่งขึ้นเท่านั้น

3) หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ ในการดำเนินการทางปกครอง องค์กร เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจหลุดพ้นความผูกพันตามหลักความเสมอภาคไปได้ โดยเหตุที่ สิทธิในความเสมอภาคเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน สิทธิดังกล่าวจึงผูกพันองค์กรของรัฐทุกองค์กรในการ ตราบกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง โดยเหตุที่สิทธิ ในความเสมอภาคมีลักษณะเป็นนามธรรมสูง กรณีจึงอาจมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า การกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิในความเสมอภาคหรือไม่ หลักการเบื้องต้นในเรื่องดังกล่าวคือองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ เหมือนกันให้แตกต่างกันโดยอำเภอใจไม่ได้หรือจะปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้เหมือนกันโดยอำเภอใจก็ไม่ได้เช่นกัน การปฏิบัติโดยอำเภอใจ หรือการเลือกปฏิบัติ หมายถึง การปฏิบัติที่ไม่อาจหา เกณฑ์แห่งความแตกต่าง อันมีน้ำหนักสำคัญระหว่างสิ่งสองสิ่งหรือหลายสิ่ง มาอธิบายอย่างสมเหตุสมผลได้

4) หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ ในระบบกฎหมายไทยหลักสุจริตปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 5 ส่วนหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 แม้หลักการทั้งสองประการดังกล่าว จะได้รับการบัญญัติให้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่อันที่จริงแล้วหลักการทั้งสองประการข้างต้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่จะต้องนำมาใช้ในกฎหมายปกครองด้วย หากพิเคราะห์จากหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญแล้วเรายังสืบสาวทั้งหลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบออกมาจากหลักนิติรัฐได้ ด้วยเหตุนี้ในการใช้อำนาจทางการปกครองหรืออำนาจมหาชนในลักษณะอื่นใดองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมจะต้องใช้อำนาจโดยสุจริตการบิดเบือนการใช้อำนาจหรือการใช้อำนาจในลักษณะที่เป็นการกลั่นแกล้งบุคคลอื่นให้ได้รับความเสียหาย จึงเป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ หลักการสุจริตและการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบนอกจากจะผูกพันองค์กรฝ่ายปกครองแล้วยังผูกพันราษฎรที่เข้ามามีปฏิสัมพันธ์กับรัฐด้วย ราษฎรคนใดกระทำการโดยไม่สุจริต รัฐย่อมไม่คุ้มครองประโยชน์ที่ราษฎรผู้นั้นได้กระทำโดยไม่สุจริตนั้น

5) หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ เป็นหลักในทางกฎหมายที่กำหนดว่าปัจเจกชนผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจรัฐย่อมสามารถเชื่อมั่นในความคงอยู่สำหรับการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความเชื่อมั่นดังกล่าวนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครอง ในกฎหมายปกครองหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจเป็นหลักการที่มีบทบาทสำคัญยิ่งในการกำหนดว่าคำสั่งทางปกครองที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกไปนั้น หากเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์กับบุคคลที่ได้รับคำสั่งแล้วองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนหรือยกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวขึ้นได้หรือไม่ ในเงื่อนไขเช่นใด หากพิเคราะห์ลงไปรายละเอียดแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการคุ้มครองของบุคคล อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวนี้อาจขัดแย้งกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางการปกครองได้ เช่น ในกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบโดยกฎหมายแต่ให้ประโยชน์กับผู้รับคำสั่งทางปกครองหากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต กรณีดังกล่าวย่อมมีปัญหาให้ต้องพิเคราะห์ว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ หากถือหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางการปกครองอย่างเคร่งครัดแล้ว ย่อมจะต้องตอบว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแต่หากพิจารณาในแง่มุมมองของผู้รับคำสั่งทางปกครองที่จะได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าว ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมจะต้องคัดค้านการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ตนโดยอ้างหลักการคุ้มครองความเชื่อถือและวางใจ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองที่ตนได้รับ โดยเหตุที่หลักการ

ทั้งสองประการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกัน ในการดำเนินงานทางการปกครององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงหลักการดังกล่าวไว้เสมอ

6) หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งประโยชน์สาธารณะเป็นองค์ประกอบประการสำคัญที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องคำนึงถึงเสมอในการดำเนินกิจกรรมทางปกครอง หลักการในทางกฎหมายปกครองที่เรียกร้องให้การกระทำทั้งหลายทั้งปวงขององค์กรฝ่ายปกครองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น เป็นหลักการที่อธิบายได้จากการยอมรับการปกครองในระบบประชาธิปไตย การกระทำทั้งหลายขององค์กรรัฐย่อมจะต้องเป็นไปเพื่อประชาชนทั้งปวงเพื่อสันติสุขและความดีงามร่วมกัน หลักการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะย่อมเป็นหลักการสำคัญในการใช้กฎหมายและตีความกฎหมาย ดังนั้น หากองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้มีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหากปรากฏชัดว่าการเวนคืนดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์คนใดคนหนึ่งได้ประโยชน์ไม่ปรากฏว่าสาธารณะจะได้รับประโยชน์ใด ๆ ทั้งสิ้น คำสั่งเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาหลักการพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการกระทำทางปกครอง สรุปได้ว่าในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จะต้องยึดหลักการตามหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน ที่ใช้ในการกระทำทางปกครอง อันเป็นการกระทำทางปกครองที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้อำนาจตามหน้าที่ ตลอดจนการใช้ดุลพินิจต่าง ๆ ตามที่กฎหมายให้ใช้ได้ แต่ต้องคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาแล้ว ได้แก่ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักความชัดเจนแน่นอนและคาดหมายได้ในการกระทำทางปกครอง หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยอำเภอใจ หลักสุจริตและหลักการห้ามใช้สิทธิโดยมิชอบ หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ และหลักการคุ้มครองประโยชน์

2.4 การควบคุมฝ่ายปกครอง

ในการศึกษาถึงการควบคุมฝ่ายปกครอง จะต้องเข้าใจเสียก่อนว่า ฝ่ายปกครองคือใคร และฝ่ายปกครองมีส่วนเกี่ยวข้องกับประการใดกับการกระทำทางปกครองอย่างไร นอกจากนี้จะต้องเข้าใจว่าการควบคุมมีขอบเขตในการควบคุมฝ่ายปกครองอย่างไร และจะต้องศึกษาถึงระบบของการควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการต่อต้านการทุจริตของภาครัฐต่อไป

2.4.1 ความหมายของฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร (Jean Rivero) ได้อธิบายว่า ในการจัดองค์กรของรัฐนั้นมีหลักการพื้นฐานที่สำคัญ คือ การแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรของรัฐ 2 ประการ คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดและกำกับนโยบายในระดับสูงสุด องค์กรประเภทนี้เรียกว่า ฝ่ายบริหาร และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบาย ที่องค์กรดังกล่าวข้างต้นได้กำหนดไว้ องค์กรประเภทนี้เรียกว่า ฝ่ายปกครอง³²

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์³³ ได้กล่าวไว้ว่า รัฐสมัยใหม่ทุกรัฐย่อมจะต้องมีระบบกฎหมายปกครอง หรืออีกนัยหนึ่งระบบแห่งกฎหมายที่จัดระเบียบราชการบริหารและที่กำหนดความสัมพันธ์ ระหว่างหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลซึ่งรวมเรียกว่า ฝ่ายปกครอง (Administration) กับเอกชน

ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนกุล³⁴ ได้ให้คำอธิบายเกี่ยวกับฝ่ายปกครองว่า หมายถึงหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งปวง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่จัดการบริการสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นราชการบริหาร ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ดำเนินการปกครองและใช้อำนาจทางปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารโดยมีองค์กรสำหรับบริหารกิจการของรัฐ ซึ่งเรียกว่า รัฐบาล ซึ่งรัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารราชการแผ่นดิน เป็นผู้กำหนดนโยบายและวางแนวทางในการปกครองประเทศ แต่ฝ่ายที่จะปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำนั้น คือ ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ทั่วไปในการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนโดยปฏิบัติตามกฎหมาย นโยบายและคำสั่งของรัฐบาล

สรุปได้ว่า ฝ่ายปกครอง คือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการเตรียมการและปฏิบัติการให้เป็นไปตามนโยบายที่ฝ่ายบริหารกำหนด อันประกอบไปด้วยหน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล ซึ่งจะต้องปฏิบัติให้สำเร็จตามนโยบายและดำเนินงานเป็นประจำ เพื่อสนองความต้องการหรือประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน

³² จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 102), โดย ชาญชัย แสงศักดิ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

³³ จาก ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน (น. 13), โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2540, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

³⁴ จาก คำบรรยายกฎหมายปกครอง (น. 34-37), โดย ประยูร กาญจนกุล ข, 2538, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2.4.2 ขอบเขตของการควบคุมฝ่ายปกครอง

การควบคุมฝ่ายปกครองที่ดีควรมีลักษณะ ดังนี้³⁵

1) ระบบขององค์กรและกระบวนการตรวจสอบการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ควรมีระบบที่ครอบคลุมกิจกรรมของรัฐทุกด้าน เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นไปได้โดยทั่วถึงอย่างแท้จริง ดังนั้น องค์กรและกระบวนการตรวจสอบจึงต้องมีหลายองค์กรเพื่อให้การตรวจสอบควบคุมกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐซึ่งมีหลากหลายมากขึ้นทุกวัน มีประสิทธิภาพจริงจัง เพราะองค์กรควบคุมที่มีเพียงองค์กรเดียว หรือมีน้อยองค์กร อาจไม่พอเพียงกับการดูแลตรวจสอบกิจกรรมของรัฐทุกด้านอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การมีองค์กรและกระบวนการควบคุมที่หลากหลายนั้น ต้องไม่ซ้ำซ้อน สับสน ดังนั้น การกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านั้นไม่ให้ซ้อนกันแต่เสริมซึ่งกันและกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ

2) ระบบการควบคุมการใช้อำนาจรัฐนั้น ต้องเหมาะสมกับสภาพกิจกรรมของรัฐที่ถูกควบคุม และต้องมั่นใจว่าระบบควบคุมการใช้อำนาจนั้นต้องสร้างคุณภาพของความจำเป็นในการใช้อำนาจรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแต่ละคนให้ได้ การควบคุมการใช้อำนาจที่เห็นแก่สิทธิของเอกชนจนเจ้าหน้าที่ทำอะไรเพื่อสาธารณะไม่ได้เลย เป็นระบบที่ล้มเหลวพอ ๆ กับการปล่อยให้เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์สาธารณะตามอำเภอใจจนสิทธิเสรีภาพประชาชนสูญสิ้นไป ความสำคัญจึงอยู่ที่การออกแบบระบบควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้เกิดความสมดุลระหว่างการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิเอกชน อันเป็นทางสายกลางที่ประเทศที่พัฒนาแล้วนิยมใช้

3) องค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมนั้น ต้องมีลักษณะเป็นอิสระ ที่จะตรวจสอบควบคุมกิจกรรมที่รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำได้ โดยองค์กรควบคุมนั่นเอง จะต้องถูกตรวจสอบได้ด้วย เพื่อการนี้ การได้มาซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมก็ดี การกำหนดวิธีดำเนินงานหรือวิธีพิจารณาขององค์กรตรวจสอบให้มีลักษณะอิสระ เป็นกลาง และถูกตรวจสอบได้ ก็ดีจึงเป็นสิ่งสำคัญยิ่งที่จะทำให้การควบคุมโดยองค์กรนั้นเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรหรือคนอื่นนั้น ถ้าไม่อาจถูกตรวจสอบควบคุมได้ ก็อาจกลายเป็นผู้ใช้อำนาจควบคุมไม่ชอบเสียเองก็ได้

4) เมื่อได้รับการปรับปรุงระบบองค์กรตรวจสอบวิธีการข้างต้นแล้ว ก็ต้องปรับปรุงกลไกทั้งหลายที่ประชาชนจะสามารถใช้สิทธินำเรื่องมาสู่องค์กรทั้งหลายได้โดยกว้างขวางขึ้น อันจะทำให้ระบบการควบคุมมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่การให้สิทธิประชาชนตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐที่ว่านี้ ต้องไม่กว้างขวางเกินไปจนถึงขนาดที่ใคร ๆ ก็นำเรื่องอะไรก็ได้ มาฟ้ององค์กร

³⁵ จาก *กฎหมายปกครอง* (น. 449-450), โดย นันทวัฒน์ บรมานันท์ ข, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ตรวจสอบไปควบคุมการใช้อำนาจ ถ้าเป็นเช่นนั้นระบบบริหารงานเพื่อประโยชน์สาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็จะถูกขัดขวางได้ด้วยผลประโยชน์ส่วนตัวของเพียงคนบางคนดั่งนั้น จึงมีหลักว่าเฉพาะผู้ที่ถูกผลกระทบโดยตรงหรือจะต้องถูกผลกระทบโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงได้จากการใช้อำนาจนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะนำเรื่องมาฟ้องร้องตรวจสอบพิจารณาได้

ในการพิจารณาขอบเขตของการควบคุมฝ่ายปกครองอาจแยกพิจารณาออกได้ 2 ประการคือ วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม และวัตถุประสงค์³⁶

1) วัตถุประสงค์แห่งการควบคุม ในการควบคุมฝ่ายปกครองอาจแยกวัตถุประสงค์แห่งการควบคุม ออกได้ 2 ประการ ดังนี้ การควบคุมเหนือการกระทำ และการควบคุมเหนือตัวบุคคล

(1) การควบคุมเหนือการกระทำ ซึ่งการกระทำถือว่าเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครองหรือเป็นความมุ่งหมายหลักของการควบคุมฝ่ายปกครอง โดยที่การกระทำของฝ่ายปกครองมีขอบเขตกว้างขวางซึ่งในเบื้องต้นอาจแยกจากพื้นฐานของกฎหมายโดยแยกออกเป็นการกระทำในขอบเขตของกฎหมายเอกชนกับการกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชน ซึ่งการกระทำที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการควบคุมที่จะพิจารณาในที่นี้เป็นกระทำภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน การกระทำในขอบเขตของกฎหมายมหาชนยังอาจจะแบ่งแยกออกเป็นการกระทำในลักษณะที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (der Realakt) และการกระทำซึ่งเป็น “การกระทำในทางกฎหมาย” (Rechtsakte) การกล่าวถึงการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น มักจะมุ่งหมายถึง การควบคุมการกระทำที่เป็น “การกระทำในทางกฎหมาย” เพราะการกระทำในทางกฎหมายเป็นการกระทำที่จะต้องอาศัยเจตจำนงของบุคคลธรรมดา ซึ่งกระทำการในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่แทนรัฐ กระทำการในลักษณะที่เรียกว่าเป็นการกระทำในทางกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เอง การควบคุมการกระทำในลักษณะนี้จึงสามารถควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย หรือความสมบูรณ์ของการกระทำในลักษณะดังกล่าวได้ ส่วนการกระทำที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” (Realakt) นั้นเมื่อมีปฏิบัติการทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว กรณีย่อมไม่มีปัญหาในเรื่องความสมบูรณ์ของการกระทำนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม คงมีปัญหาเพียงว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” ดังกล่าวจะเป็นการละเมิดหรือไม่ อันเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบจากการกระทำนั้นหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามปฏิบัติการทางปกครองจะเป็นการละเมิดหรือไม่ ในบางกรณีอาจจะไปสัมพันธ์กับการกระทำในทางกฎหมายซึ่งในที่นี้หมายถึง “คำสั่งทางปกครอง” ตัวอย่างเช่น หากคำสั่งทางปกครองที่ให้หรือถอนอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะนำไปสู่การทำให้ปฏิบัติการทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ให้หรือถอนอาคารจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็มีได้หมายความว่า การรื้อถอนอาคารนั้นจะชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด กรณีอาจเป็นไปได้ว่ามีกรรือ

³⁶ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 23-33). เล่มเดิม.

ถอนอาคารที่เกินส่วนที่จะรื้อถอน การรื้อถอนในส่วนที่เกินส่วนนี้ ย่อมเป็นการรื้อถอนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายถึงแม้ว่าคำสั่งให้รื้อถอนจะชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ดังนั้น หากกล่าวโดยสรุปการกระทำที่เรียกว่า “ปฏิบัติการทางปกครอง” จึงไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องการควบคุม แต่เมื่อมีปฏิบัติการทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งไปแล้ว และก่อให้เกิดความเสียหายกรณีคงมีเฉพาะประเด็นปัญหาเรื่องความรับผิดของฝ่ายปกครองเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้ ก็จะต้องไปพิจารณาตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใด

(2) การควบคุมเหนือบุคคล เป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมฝ่ายปกครองที่มีผลกระทบต่อควบคุมเหนือการกระทำ ดังนั้น การควบคุมเหนือบุคคลจึงเป็นเครื่องมือประการหนึ่งที่ทำให้การควบคุมเหนือการกระทำสามารถบรรลุความมุ่งหมายของผู้มีอำนาจในการควบคุมได้ ในส่วนของการควบคุมเหนือบุคคลนั้นยังอาจแบ่งแยกออกเป็นการควบคุมเหนือบุคคลโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครองกับการควบคุมเหนือบุคคลโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง

1. การควบคุมเหนือบุคคลโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง อาจแยกออกได้ 2 ลักษณะ คือ การควบคุมเหนือตัวบุคคลตามหลักการรวมอำนาจหรือการควบคุม โดยผู้มีอำนาจบังคับบัญชา และการควบคุมเหนือตัวบุคคลตามหลักการกระจายอำนาจหรือหลักการกำกับดูแลใน ส่วนของการควบคุมเหนือตัวบุคคลตามหลักการรวมอำนาจหรือโดยผู้มีอำนาจบังคับบัญชาจะอาศัยเรื่องวินัยเป็นเครื่องมือสำคัญในการควบคุมตัวบุคคล ในขณะที่การกำกับดูแลเหนือตัวบุคคลนั้น ขอบเขตย่อมเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เช่น อำนาจในการควบคุมเหนือตัวบุคคลของผู้ว่าราชการจังหวัดที่มีต่อคณะเทศมนตรีย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 กล่าวคือในกรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นว่า นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาล ปฏิบัติการฝ่าฝืนต่อความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ละเลยไม่ปฏิบัติตามหรือปฏิบัติการไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่หรือมีความประพฤติในทางจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียแก่ศักดิ์ตำแหน่ง หรือแก่เทศบาล หรือแก่ราชการ ให้เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพร้อมด้วยหลักฐาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจใช้ดุลพินิจสั่งให้นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี ประธานสภาเทศบาล หรือรองประธานสภาเทศบาลพ้นจากตำแหน่งก็ได้ คำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้เป็นที่สุด

2. การควบคุมเหนือบุคคลโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง ในกรณีนี้ย่อมหมายถึงการควบคุมโดยองค์กรพิเศษ เช่น กรณีการควบคุมโดยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. 2542 อาจแยกการควบคุมเหนือตัวบุคคลออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ 1) การแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และ 2) การถอดถอนจากตำแหน่ง 3) การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม แต่อย่างไรก็ตามเฉพาะกรณีของการแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และกรณีการถอดถอนจากตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การควบคุมดังกล่าว ย่อมหมายถึงเฉพาะ ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง เท่านั้น และสำหรับกรณีของการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนบุคคลและประโยชน์ส่วนรวม เจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ภายใต้การตรวจสอบในกรณีนี้ย่อมหมายถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐทั่วไป ซึ่งหมายถึงผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ พนักงานหรือบุคคลผู้ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ ผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่นซึ่งมิใช่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเจ้าพนักงานตามกฎหมายว่าด้วยลักษณะปกครองท้องที่และให้หมายความรวมถึงกรรมการ อนุกรรมการลูกจ้างของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานของรัฐ และบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐ การควบคุมโดยองค์กรภายนอก เช่น กรณีของ ป.ป.ช. ย่อมมีผลต่อผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย โดยเหตุที่มาตรา 92 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีมีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัยให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น เพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีก ในการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ผู้ถูกกล่าวหาให้ถือรายงานเอกสารและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัย ตามกฎหมายหรือระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้น ๆ แล้วแต่กรณี” และต่อมาศาลรัฐธรรมนูญโดยคำวินิจฉัยที่ 2/2546 ได้วินิจฉัยว่า ไม่เฉพาะผู้บังคับบัญชาเท่านั้นที่ผูกพันตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติผู้ที่ถูกผูกพันตามที่ ป.ป.ช. มีมติดังกล่าวย่อมหมายถึงรวมถึงผู้พิจารณาอุทธรณ์ด้วย ดังนั้นเมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมูลฐานความผิดวินัยร้ายแรง คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ย่อมต้อง

ผูกพันในการพิจารณาโทษตามฐานความผิดวินัยร้ายแรงด้วย จะพิจารณาลงโทษตามฐานความผิดวินัยไม่ร้ายแรงไม่ได้

2) วัตถุประสงค์ของการควบคุม

วัตถุประสงค์ของการควบคุมนั้นอาจแยกออกได้ 2 ประการ ดังนี้

(1) การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งมีผลต่อการควบคุมฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองทุกลักษณะจึงสามารถอ้างการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครอง ทั้งการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง การควบคุมโดยผู้บังคับบัญชา หรือโดยผู้มีอำนาจกำกับดูแล หรือโดยองค์กรอิสระต่าง ๆ รวมไปถึงการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ ล้วนแต่มุ่งที่จะควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองจึงถือได้ว่าการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายเป็นศูนย์กลางของการควบคุมฝ่ายปกครอง ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายอาจแบ่งเกณฑ์ในการพิจารณาได้ 2 เกณฑ์ คือ ความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติหรือในทางรูปแบบ และความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติหรือในทางเนื้อหา

(2) การควบคุมความชอบด้วยวัตถุประสงค์ หรือการควบคุมความเหมาะสม การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายแบ่งเกณฑ์ในการตรวจสอบออกเป็นความชอบด้วยกฎหมายในทางวิธีสบัญญัติและความชอบด้วยกฎหมายในทางสารบัญญัติซึ่งหากแยกลักษณะของกระบวนการในการใช้กฎหมายอาจแยกออกเป็น 2 ส่วนคือ ส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและส่วนของผลกฎหมาย การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายย่อมครอบคลุมทั้งในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมายและในส่วนของผลของกฎหมาย แต่ในขณะที่การควบคุมความเหมาะสมส่วนใหญ่แล้วเป็นการควบคุมในส่วนของผลของกฎหมาย และการตรวจสอบความเหมาะสมจะเกิดได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดผลของกฎหมายไว้มากกว่า ทางเลือกเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถเลือกผลของกฎหมายที่เหมาะสมที่สุด สำหรับข้อเท็จจริงหนึ่ง ดังนั้น จึงอาจแยกลักษณะผลของกฎหมายได้ ผลของกฎหมายที่มีลักษณะผูกพันเจ้าหน้าที่และผลของกฎหมายที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่เลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งที่เหมาะสมได้ซึ่งการเลือกผลอย่างใดอย่างหนึ่งนี้เองที่เรียกว่า “ดุลพินิจ” ตามหลักนิติรัฐมีหลักการสำคัญประการหนึ่งคือหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งเป็นหลักย่อยได้ 2 หลักคือ หลักความมาก่อนของกฎหมาย และหลักเงื่อนไขของกฎหมาย หลักแรก เรียกร้องว่าการกระทำทางปกครองจะขัดต่อกฎหมายมิได้ แต่ในขณะที่ หลักที่สองกลับเรียกร้องว่า การกระทำทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิของบุคคลจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำของฝ่ายปกครอง จากหลักพื้นฐานดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการกระทำทางปกครองทั้งหลายมีขอบเขตอยู่ที่จะต้องไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายทั้งหลาย

ในนัยนี้กฎหมายจึงเป็นขอบเขตของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในขณะที่เดียวกันการที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งได้นั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจ กฎหมายในนัยนี้จึงเป็นที่มาของอำนาจในการกระทำการของฝ่ายปกครอง หากกล่าวโดยสรุปถึงหลักย่อยทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้นอาจสรุปได้ว่า กฎหมายเป็นทั้งที่มาและเป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

2.4.3 การควบคุมการกระทำทางปกครอง

2.4.3.1 การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายในฝ่ายบริหาร

การควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายในฝ่ายบริหารเป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐภายในฝ่ายบริหาร มีวิธีการควบคุมดังนี้

1) กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

การมีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการพิจารณาขององค์กรของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ซึ่งเรียกกันว่า กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีแนวคิดพื้นฐานคือ เป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการออกคำสั่งทางปกครองโดยกำหนดเป็นขั้นตอนตั้งแต่การเตรียมการ การพิจารณา การออกคำสั่งทางปกครอง การทบทวนคำสั่งทางปกครอง และการบังคับการตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิของประชาชนและดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมีสาระสำคัญดังนี้³⁷

(1) ก่อนมีคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของบุคคลใด เจ้าหน้าที่ต้องให้บุคคลนั้นมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

(2) คำสั่งทางปกครองที่จะทำเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ ข้อกฎหมายที่อ้างอิง ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

(3) คำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระบุนครณินที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือโต้แย้ง และระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์ หรือการโต้แย้งดังกล่าวไว้ด้วย

³⁷ จาก คำอธิบายกฎหมายปกครอง (น. 304-313), โดย ชาญชัย แสงวงศ์, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

(4) ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

(5) ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวข้างต้นพิจารณาคำอุทธรณ์และแจ้งผู้อุทธรณ์โดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ ในกรณีที่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้ดำเนินการเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองตามความเห็นของตนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ถ้าไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้เร่งรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน

2) ระบบอุทธรณ์

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้แบ่งแยกระบบอุทธรณ์ไว้ 2 ระบบ คือ ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ และระบบอุทธรณ์บังคับ³⁸

(1) ระบบอุทธรณ์ไม่บังคับ เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้ว่า หากคู่กรณีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาล คู่กรณีจะต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากแต่เป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่เป็นทางเลือกให้คู่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิในการอุทธรณ์หรือจะนำคดีไปฟ้องร้องศาลได้โดยตรง ดังนั้น กฎหมายได้บัญญัติให้ใช้ระบบอุทธรณ์เพื่อเลือก ด้วยเหตุนี้ จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้น ๆ เป็นสำคัญ

(2) ระบบอุทธรณ์บังคับเป็นระบบอุทธรณ์ที่บังคับให้คู่กรณีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนเสมอก่อนที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาล หากคู่กรณีไม่ดำเนินการภายในฝ่ายปกครองก่อน ศาลย่อมไม่อาจรับพิจารณาคดีดังกล่าวได้ การอุทธรณ์ในระบบบังคับจึงกลายเป็นเงื่อนไขในการรับเรื่องไว้พิจารณา ด้วยเหตุนี้เอง จึงถือว่าสถานะในทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์เป็นกฎหมายที่อยู่กึ่งกลางระหว่างกฎหมายสารบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติ กล่าวคือการอุทธรณ์เป็นจุดเชื่อมระหว่างการใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองและเป็นเงื่อนไขการรับฟ้องคดีของศาลในขณะเดียวกัน

³⁸ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 94-95). เล่มเดิม.

3) การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท³⁹

การศึกษาถึงความจำเป็นในการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทขึ้นในระบบกฎหมายอังกฤษนั้น จำเป็นที่จะต้องแยกการพิจารณาออกเป็นสองกรณีคือ กรณีแรก การจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแยกออกจากการควบคุมตรวจสอบภายในตามสายการบังคับบัญชา และกรณีที่สองการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแยกต่างหากจากการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม

การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง เพราะคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทต่าง ๆ ล้วนแต่เป็นองค์กรที่อยู่ในโครงสร้างขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่มีความอิสระในการวินิจฉัยข้อพิพาท เหตุผลที่มีการกำหนดให้มีคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบภายในฝ่ายปกครอง มีเหตุผลที่สำคัญ ดังนี้⁴⁰

(1) การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมักจะประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่มีความชำนาญในด้านนั้น ๆ ดังนั้น การตรวจสอบโดยคณะกรรมการ

วินิจฉัยข้อพิพาท จึงเปรียบเสมือนการตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงจากผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ซึ่งหากเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลจะมีส่วนช่วยให้การพิจารณาของศาลมีความรวดเร็วขึ้น

(2) การควบคุมตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการตรวจสอบโดยองค์กรภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบก่อนที่เรื่องดังกล่าวจะไปสู่การตรวจสอบโดยองค์กรภายนอก (ศาล) ซึ่งหากเรื่องใดคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นว่าไม่ถูกต้อง ก็อาจวินิจฉัยแก้ไขให้ถูกต้องก่อนที่เรื่องไปสู่องค์กรศาล อันเป็นการแบ่งเบาภาระของศาลอีกด้านหนึ่ง

(3) การให้มีการตรวจสอบโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีกระบวนการที่ไม่มีแบบพิธี ดังนั้น การเข้าถึงของประชาชนจึงสะดวกไม่มีความยุ่งยาก รวมทั้งค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการไปฟ้องร้องยังองค์กรศาล การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท จึงเป็นการควบคุมภายในชั้นสุดท้ายก่อนที่ไปสู่องค์กรภายนอกที่มีกระบวนการเป็นแบบพิธี และมีความยุ่งยากซับซ้อนมากกว่า การควบคุมโดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท

³⁹ จาก การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองในประเทศไทยอังกฤษ (น. 69), โดย ฌรงค์เดช สรุโฆมิต, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴⁰ หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 126). เล่มเดิม.

2.4.3.2 การควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์ภายนอกฝ่ายปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์⁴¹ ได้แบ่งการควบคุมแบบแก้ไข หรือการควบคุมภายหลังการดำเนินการ ในการควบคุมภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่

- 1) การควบคุมโดยองค์กรพิเศษ
- 2) การควบคุมทางการเมือง
- 3) การควบคุมโดยศาล

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้กล่าวถึง ระบบการควบคุมฝ่ายปกครองโดยองค์ภายนอกฝ่ายปกครอง ได้แก่ การควบคุมทางการเมือง การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และการควบคุมโดยองค์กรตุลาการ แต่ในการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ใช้ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะกล่าวเฉพาะการควบคุมทางการเมืองและการควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

- 1) การควบคุมทางการเมือง⁴²

ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา อาจกล่าวได้ว่ารัฐสภาและคณะรัฐมนตรีมีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งอย่างเด็ดขาด รัฐสภามีอำนาจหน้าที่โดยตรงในการตรวจสอบคณะรัฐมนตรีว่าได้ดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือไม่ และมากน้อยเพียงใด การควบคุมองค์กรฝ่ายปกครองในทางการเมืองมีวิธีการที่สำคัญ คือ การตั้งกระทู้ถาม การใช้กลไกคณะกรรมการ และการเปิดอภิปรายทั่วไป เหตุผลที่องค์กรทางการเมืองสามารถเข้าไปควบคุมตรวจสอบองค์กรฝ่ายปกครองได้ เพราะนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายการเมือง ถือว่าเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ดังนั้น องค์กรทางการเมืองจึงควบคุมฝ่ายปกครองได้โดยผ่านฝ่ายการเมืองดังกล่าว

(1) การตั้งกระทู้ถาม คือ คำถามที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ตั้งขึ้นเพื่อให้รัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีตอบ โดยนัยนั้นกระทู้จึงเป็นข้อสงสัยหรือคำถามในข้อเท็จจริงหรือนโยบายซึ่งรัฐมนตรีหรือนายกรัฐมนตรีจะต้องตอบ โดยอาจจะตอบในที่ประชุมสภาของตน (คือสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา แล้วแต่กรณี) หรืออาจตอบเป็นลายลักษณ์อักษรในราชกิจจานุเบกษาก็ได้ กระทู้ถามจึงเป็นวิธีการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญอย่างหนึ่งของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะจะทำให้ฝ่ายบริหารมีความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ดียิ่งขึ้น

⁴¹ กฎหมายปกครอง (น. 451). เล่มเดิม.

⁴² หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง (น. 141-155). เล่มเดิม.

เพราะการที่ถูกสมาชิกสภาตั้งกระทู้ถามย่อมแสดงถึงความผิดพลาดหรือบกพร่องในการปฏิบัติงานของรัฐมนตรี

(2) การใช้กลไกคณะกรรมการ กรรมการ คือ บุคคลที่สภาแต่งตั้งขึ้นประกอบเป็นคณะกรรมการเพื่อให้กระทำกิจการใด ๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของสภา แล้วรายงานต่อสภา คณะกรรมการอาจจำแนกได้เป็นคณะกรรมการสามัญประจำสภา และคณะกรรมการวิสามัญ ในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการนั้น รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจเรียกเอกสารจากบุคคลใด หรือเรียกบุคคลมาแถลงข้อเท็จจริง หรือแสดงความเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบสวนหรือศึกษาอยู่นั้นได้ โดยได้รับเอกสิทธิ์ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับสมาชิกสภา

(3) การเปิดอภิปรายทั่วไป การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่สำคัญและให้ผลที่เด็ดขาดตรงกับความหมายและความประสงค์ของการควบคุมฝ่ายบริหารที่สุดคือ

(4) การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลหรือทั้งคณะ กล่าวคือ เป็นการนำเอาหัวใจหรือแก่นสำคัญของระบบรัฐสภา อันได้แก่ หลักการที่ว่า คณะรัฐมนตรีบริหารราชการแผ่นดินอยู่ได้ก็ด้วยความไว้วางใจของสภามาใช้ เมื่อสภาสิ้นสุดความไว้วางใจ คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีผู้นั้นก็ย่อมไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินได้ต่อไป การเปิดอภิปรายนี้บางครั้งก็เรียกว่า กระทู้หมู ซึ่งก็มีลักษณะดังกล่าว เพราะเมื่อเปิดอภิปรายแล้ว สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรคนใดจะขออภิปรายก็ได้ จะถามหรือวิพากษ์วิจารณ์หรือแม้แต่เสนอข้อมูลหักล้างอย่างไรก็ได้ โดยไม่จำกัดว่าต้องเป็นสมาชิกผู้เข้าชื่อของเปิดอภิปรายเท่านั้น จึงนับว่าแตกต่างจากกรณีควบคุมโดยการตั้งกระทู้ถาม

2) การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

การควบคุมโดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่สำคัญคือ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

(1) ผู้ตรวจการแผ่นดิน⁴³

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรใหม่อีกองค์กรหนึ่งที่เป็นผลมาจากการปฏิรูปทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบ คือ การพิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติโดยก่อให้เกิดความเสียหายแก่

⁴³ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552, มาตรา 13.

ผู้ร้องเรียนโดยไม่เป็นธรรม ทั้งนี้ ไม่ว่าจะปฏิบัตินั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายก็ตาม และการตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม

(2) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ⁴⁴

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรใหม่อีกองค์กรหนึ่งที่ก่อตั้งขึ้นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ ตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคีและเสนอมาตรการการแก้ไขที่เหมาะสมต่อบุคคล หรือหน่วยงานที่กระทำหรือละเลยการกระทำดังกล่าวเพื่อดำเนินการ ในกรณีที่ปรากฏว่าไม่มีการดำเนินการตามที่เสนอให้รายงานต่อรัฐสภาเพื่อดำเนินการต่อไป

(3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือคณะกรรมการ ป.ป.ช.⁴⁵

คณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมืองอีกองค์กรหนึ่งเช่นกัน คณะกรรมการ ป.ป.ช. ถึงแม้จะมีชื่อองค์กรใหม่เสียทีเดียว หากแต่เป็นองค์กรที่พัฒนามาจากคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) แต่โดยที่บทบาทอำนาจหน้าที่ของ ป.ป.ป. นั้น ยังไม่สามารถดำเนินการให้บรรลุตามความมุ่งหมายของการตั้ง ป.ป.ป. ได้ ทั้งนี้ อาจด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น ระบบการคัดเลือกกรรมการ ป.ป.ป. ไม่เหมาะสม กรรมการและเจ้าหน้าที่ไม่มีอิสระตามสมควร ระบบการสืบสวนสอบสวนการทุจริตมีกระบวนการเดียวซึ่งใช้กับเจ้าหน้าที่ทุกประเภททุกระดับ เป็นต้น และโดยที่ปัญหาการทุจริตเป็นปัญหาใหญ่และเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ต้องทำการปฏิรูปทางการเมือง ด้วยเหตุนี้เองเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปทางการเมือง จึงได้ยกสถานะของ ป.ป.ป. เป็น คณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งมีบทบาทอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างไปจากเดิมหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเข้ามามีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองทั้งหลาย ป.ป.ช. ได้รับการบัญญัติไว้ในหมวดที่ 10 ส่วนที่ 2 ของรัฐธรรมนูญปี พ.ศ. 2540 และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 โดยคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญมีดังต่อไปนี้

⁴⁴ พระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2542, มาตรา 15.

⁴⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2550 และ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2554).

1. ใต้อำนาจข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการถอดถอนออกจากตำแหน่งเสนอต่อวุฒิสภา

2. ใต้อำนาจข้อเท็จจริงและสรุปสำนวนพร้อมทั้งทำความเข้าใจเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ส่งไปยังศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

3. ใต้อำนาจและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐตั้งแต่ผู้บริหารระดับสูงหรือข้าราชการซึ่งดำรงตำแหน่งตั้งแต่ผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป ร่ำรวยผิดปกติ กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม รวมทั้งดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือข้าราชการในระดับต่ำกว่าที่ร่วมกระทำความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวหรือกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือที่กระทำความผิดในลักษณะที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเห็นสมควรดำเนินการด้วย ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

4. ตรวจสอบความถูกต้องและความมีอยู่จริง รวมทั้งความเปลี่ยนแปลงของทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด ตามบัญชีและเอกสารประกอบที่ได้ยื่นไว้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกำหนด

5. กำกับดูแลคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

6. รายงานผลการตรวจสอบและผลการปฏิบัติหน้าที่พร้อมข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา ทุกปี ทั้งนี้ ให้ประกาศรายงานดังกล่าวในราชกิจจานุเบกษาและเปิดเผยต่อสาธารณะด้วย

(4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน⁴⁶

ความเป็นมาขององค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจเงินแผ่นดินมิได้เริ่มมีขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 แต่มีความเป็นมาอันยาวนานตั้งแต่ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 แต่หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2476 ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2522 และเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 และมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 โดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การให้คำปรึกษาและคำแนะนำการเสนอแนะให้

⁴⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, มาตรา 15.

มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุดการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และดำเนินการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

2.5 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการทุจริต

การศึกษาวิเคราะห์การให้คำนิยามในทางคำราของการทุจริตและประพฤติมิชอบ ข้อความคิดของการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐ ในการศึกษาเรื่องนี้ มีสาระสำคัญ 2 ประการ คือประการแรกเป็นการแสวงหาคำนิยามของเรื่องการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐ และประการที่สองเป็นเรื่องการจัดประเภทของการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐ

2.5.1 ความหมายของการทุจริต

คำว่า “ทุจริต”ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง “ความประพฤติชั่ว”⁴⁷

คำว่า “ทุจริต” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (1) หมายถึง “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้ โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁴⁸

คำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 4 หมายถึง “การปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติใดๆ ในตำแหน่ง หรือละเว้นการปฏิบัติใดๆ ในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือ

หน้าที่ ทั้งที่ตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น”⁴⁹

คำว่า “มิชอบ” หมายความว่า “ไม่เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ คำสั่งของผู้บังคับบัญชา มติคณะรัฐมนตรี แบบธรรมเนียมของทางราชการ หรือตามทำนองคลองธรรม คือไม่เป็นไปตามทางที่ถูกที่ควร”⁵⁰

คำว่า “ทุจริตในภาครัฐ” หมายความว่า “ทุจริตต่อหน้าที่หรือประพฤติมิชอบในภาครัฐ”⁵¹

⁴⁷ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 (น. 575). เล่มเดิม.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 1.

⁴⁹ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542, มาตรา 4.

⁵⁰ แหล่งเดิม.

⁵¹ พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551, มาตรา 3.

คำว่า “ประพฤติกมิชอบ” หมายความว่า “ใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่มุ่งหมายจะควบคุมดูแลการรับ การเก็บรักษา หรือการใช้เงินหรือทรัพย์สินของแผ่นดิน”⁵²

คำว่า “คอร์รัปชัน” มาจากภาษาอังกฤษว่า “Corrupt” ซึ่งแปลว่า “คดโกง กินสินบน เหลวเหลก ต่ำช้า ชั่ว ไม่บริสุทธิ์”⁵³

จากความหมายของคำว่า “ทุจริต” หรือ “คอร์รัปชัน” นักวิชาการต่างก็ได้ให้ความหมายไว้แตกต่างกัน อันเนื่องมาจากกระบวนวิธีทางสังคม วัฒนธรรมและค่านิยม ในสังคมของประเทศต่าง ๆ แตกต่างกันไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสังคมตะวันตก การให้สินจ้างรางวัลในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ มีความละเอียดอ่อนกว่า กล่าวคือ ถึงแม้ว่าจะไม่ผิดหน้าที่ราชการ แต่ก็ยังถือว่าเป็นการคอร์รัปชัน ส่วนในสังคมที่มีใช้ประเทศในแถบตะวันตก เช่น อินเดีย จีน รวมถึงไทยด้วย กลับมองว่าเป็นธรรมเนียมที่จะขาดเสียมิได้ ถือเป็น การแสดงน้ำใจไมตรีอย่างหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นปัญหาให้นักนิติศาสตร์ และนักรัฐศาสตร์ ร่วมกันคิดว่า จะถือปทัสถานของสังคมใดเป็นหลัก ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการคอร์รัปชันหรือไม่ ยิ่งในปัจจุบันการคมนาคมของโลกเจริญขึ้น การติดต่อไปมาระหว่างประเทศมีมากขึ้น ปัญหาการขัดกัน ในทางปทัสถานของระเบียบสังคม จึงมีความสับสนกันอยู่ไม่น้อย เพราะฉะนั้นการที่จะถือว่าการกระทำใดเป็นการทุจริตของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่นั้น ควรต้องพิจารณาจากองค์ประกอบดังต่อไปนี้

- (1) ผู้กระทำการได้รับประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงินตราหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้รวมถึงการรับสินบนด้วย
- (2) ผู้กระทำการไม่มีอำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะกระทำการตาม (1)
- (3) การได้รับประโยชน์เป็นผลเสียหายแก่ส่วนได้เสียของสาธารณะหรือประชาชนเป็นส่วนใหญ่
- (4) ผู้กระทำการมีตำแหน่งฐานะในหน้าที่ราชการ และได้กระทำการภายใต้ตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน
- (5) การกระทำของบุคคลนั้นเป็นการฝ่าฝืน หรือละเมิดต่อกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับที่กำหนดไว้ สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ โดยทำให้ระบบราชการต้องเสียหาย

⁵² แหล่งเดิม.

⁵³ จาก การแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันในระบบการเมืองและวงราชการไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 7), โดย อุดม รัฐอมฤต, 2544, กรุงเทพฯ: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

เมื่อได้ทราบถึงความหมาย และการกระทำของการทุจริตคอร์รัปชันแล้ว จึงต้องศึกษา ถึงการกระทำที่เป็นลักษณะผลประโยชน์ทับซ้อนด้วย การที่จะพิจารณาว่า พฤติกรรม หรือการ กระทำใดเป็นผลประโยชน์ทับซ้อนหรือไม่นั้น ควรจะต้องพิจารณาสิ่งต่าง ๆ เหล่านี้ ได้แก่ เจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำหรือเข้าไปมีส่วนร่วม หรือใช้ตำแหน่งหน้าที่ของเขาเข้าไปมีอิทธิพลต่อการ ตัดสินใจในนโยบายของรัฐ การกระทำหรือการตัดสินใจนั้นอาจคาดคะเนได้ว่ามีผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นเกี่ยวข้อง ผลของการตัดสินใจที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ ทางเศรษฐกิจ เป็นส่วนสาระสำคัญที่ทำให้เกิดผลเสียต่อสาธารณชนหรือผลประโยชน์ส่วนรวม⁵⁴

คำนิยามของการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐตามความรู้สึกของสามัญชนนั้น เข้าใจว่า การทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐหรือ คอร์รัปชันคือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำ การในตำแหน่งหน้าที่เพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ส่วนตัวความเข้าใจเช่นนี้อาจจะถูกต้อง แต่ยังมี การกระทำอื่น ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกที่ไม่ได้กระทำการในตำแหน่งหน้าที่ แต่อาศัยอิทธิพลที่ตน ได้รับจากตำแหน่งหน้าที่ เช่น ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีชนชั้นค้าจากต่างประเทศเข้ามาโดยไม่ต้อง จ่ายภาษี หรือเป็นข้าราชการตำรวจระดับนายพล ฝากลูกฝากหลานเข้าเรียนในโรงเรียนของรัฐ โดย ไม่ได้ผ่านการสอบอย่างถูกต้อง การกระทำการดังกล่าวมิได้กระทำการในตำแหน่งหน้าที่ แต่เป็น การอาศัยอิทธิพลจากการที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ ดังนั้นจะรวมเป็นการทุจริตและประพฤติมิชอบได้ หรือไม่ หรือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการในตำแหน่งหน้าที่อย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งไม่ถูกต้อง ตามระเบียบของทางราชการ แต่การกระทำนั้นมิได้มุ่งหวังประโยชน์ส่วนตน หากแต่ทำให้ราชการ หรือประชาชนคนใดคนหนึ่งเสียหาย เช่นนี้จะถือว่าเป็นการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐ ได้เพียงไร⁵⁵

(1) การทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐเป็นเรื่องของอำนาจหรืออิทธิพลใน ตำแหน่งหน้าที่ราชการในรัฐเสรีมีประชาธิปไตย เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสถานะแตกต่างจากบุคคล ธรรมดาตรงที่เป็นผู้ได้รับมอบหมายให้มีอำนาจกระทำการต่าง ๆ แทนรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้เป็นผู้รักษาไว้ซึ่งประโยชน์ร่วมกันของมหาชน อำนาจดังกล่าวจึงมิได้ผูกติดกับตัวบุคคล แต่มีที่มาจากการมีสถานะภาพเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอยู่ในฐานะเป็นกลไกของรัฐบาลในการ ดำเนินการปกครองประเทศตามแนวนโยบายที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา ซึ่งเป็นผู้แทนของ ประชาชน เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องมีจิตสำนึกถึงความมุ่งหมายของการปฏิบัติราชการเพื่อส่วนรวม เสมอ ดังนั้นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีพฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากหลักเกณฑ์อันเป็นที่ยอมรับกัน

⁵⁴ จาก *นักการเมืองไทย: จริยธรรมผลประโยชน์ทับซ้อนการคอร์รัปชัน* (น. 119-120), โดย ชีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, 2549, กรุงเทพฯ: สารธาร.

⁵⁵ *การแก้ไขปัญหาการทุจริตในระบบการเมืองและวงราชการไทย* (น. 7-9). เล่มเดิม.

ดังกล่าวเพื่อตอบสนองจุดประสงค์ส่วนตัว จึงต้องถือว่าเป็นการทุจริตและประพฤติมิชอบ การปฏิบัติหน้าที่และการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่ราชการ เพื่อให้ได้มาซึ่งประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นก็ดี การเบียดบังยกยอกผลประโยชน์ส่วนตัวก็ดี ย่อมเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นการทุจริตและประพฤติมิชอบอย่างแน่นอน แต่ยังมีกรกระทำบางอย่างของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีได้เป็นการใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่โดยตรง แต่อาศัยหลักอิทธิพลของการมีตำแหน่งหน้าที่ราชการเป็นเครื่องช่วยให้การกระทำการอันมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นดำเนินไปได้ เช่น รัฐมนตรีขนสินค้าจากต่างประเทศเข้ามาโดยไม่ต้องจ่ายภาษี หรือนายตำรวจระดับนายพลฝากลูกหลานเข้าเรียนในโรงเรียนของรัฐบาลโดยไม่ต้องผ่านการสอบที่ถูกต้อง จากตัวอย่างดังกล่าวรัฐมนตรีหรือนายตำรวจนั้นไม่ได้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับกิจการที่ตนกระทำไปนั้นเลย ลักษณะเช่นนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าอิทธิพลของเจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมาจากการมีตำแหน่งหน้าที่ราชการนั่นเอง ซึ่งในกรณีนี้จึงมีผู้นิยามความหมายของทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐให้เห็นชัดขึ้นอีกกว่าคือ พฤติกรรมที่เบี่ยงเบนไปจากหน้าที่ตามแบบแผนของทางราชการ เพราะเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัว ญาติพี่น้อง พรรคพวก หรือเห็นแก่ความมั่งคั่งและสถานภาพที่จะได้รับ รวมถึงการละเมิดกฎหมายที่ต่อต้านการใช้อิทธิพลเพื่อประโยชน์ส่วนตัว

(2) การทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐทำให้ได้มาโดยมิชอบซึ่งประโยชน์ส่วนบุคคลหรือเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใดหรือราชการ เรามักอธิบายการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐว่าเป็นพฤติกรรมที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหน้าที่เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือผู้อื่นโดยมิชอบ แต่หากพิจารณาข้อเท็จจริงเดียวกันในด้านกลับ เราจะพบว่าการกระทำเดียวกันอาจก่อความเสียหายแก่ราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดหรือราชการด้วยก็ได้ ดังตัวอย่างที่ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช อธิบายความหมายของคำว่า “น้อราษฎ์บังหลวง” ว่า การที่เจ้าพนักงานเรียกและรับสินบนจากราษฎรพอจะจัดได้ว่าเป็นการน้อราษฎ์ คือ เป็นการเรียกเอาเงินหรืออามิสอย่างอื่นเพื่อปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการเป็นการให้คุณแก่ผู้ให้สินบน แต่การบังหลวงเป็นการที่เจ้าพนักงานทำการทุจริตต่อหน้าที่ราชการทำให้เกิดความเสียหายแก่ผลประโยชน์ของแผ่นดิน ทั้งนี้จะโดยสมคบกับราษฎรเบียดบังผลประโยชน์หรือไม่ก็ตาม เช่น ราษฎรต้องเสียภาษีมากเจ้าพนักงานสมคบกับราษฎรเพื่อให้เสียภาษีน้อย โดยเจ้าพนักงานได้รับค่าตอบแทนเป็นสินบน หรือมิฉะนั้นเป็นการที่เจ้าพนักงานเบียดบังยกยอกผลประโยชน์ของแผ่นดินโดยไม่มีราษฎรเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เช่น ที่ดินเวนคืนเป็นที่ดินว่างเปล่า มีราคาซื้อขายกันเพียงไร่ละ 5,000 บาท เจ้าพนักงานทำการสำรวจว่าเป็นที่ดินมีต้นผลอาสินและโรงเรือนปลูกอยู่ ติราคาเป็นไร่ละ 20,000 – 30,000 บาท แล้วยกยอกเอาราคาที่

เกินเป็นประโยชน์ส่วนตัวเสีย ชำระราคาจริงให้เจ้าของ ทั้งนี้เป็นการกระทำผิดฐานทำทุจริตในหน้าที่ ไม่เป็นความผิดฐานรับสินบน

สรุปได้ว่า การทุจริต หมายถึง การกระทำที่เป็นการประพฤติชั่ว กินสินบน คดโกง โกง ไม่สุจริต ไม่ซื่อตรง ไม่ซื่อสัตย์ มีพฤติการณ์เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้ให้กับตนเองหรือผู้อื่น และให้หมายความรวมถึงประพฤติมิชอบด้วย ซึ่งประพฤติมิชอบ คือการใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีที่มุ่งหมายจะควบคุมดูแลการรับ การเก็บรักษา หรือการใช้จ่ายเงินหรือทรัพย์สินของรัฐ ทั้งการทุจริตและประพฤติมิชอบล้วนแล้วแต่เกิดความเสียหายให้แก่ทรัพย์สินของรัฐและทรัพย์สินของประชาชน

2.5.2 ประเภทของการทุจริต

รองศาสตราจารย์ ดร. ชีรภัทร์ เสรีรังสรรค์ ได้กล่าวถึงรูปแบบของการคอร์รัปชันว่า การคอร์รัปชันที่เกิดขึ้นและมีปรากฏอยู่ทั่วโลก มีลักษณะที่หลากหลาย และแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมของระบบการเมืองการปกครอง ระบบเศรษฐกิจ ระบบสังคมของประเทศนั้น ๆ ตลอดจนทั้งโอกาสหรือสถานการณ์ของการคอร์รัปชัน การเข้าถึงข้อมูลและการตระหนักถึงการควบคุมการคอร์รัปชันของประชาชนในประเทศซึ่งเราสามารถจำแนกรูปแบบของการคอร์รัปชันอย่างกว้าง ๆ ออกได้ดังต่อไปนี้⁵⁶

- 1) การคอร์รัปชันขนาดใหญ่ (grand corruption) หมายถึง การคอร์รัปชันที่โดยทั่วไปแล้วมีขนาดของวงเงินจำนวนมาก
- 2) การคอร์รัปชันขนาดเล็ก (petty corruption) หมายถึง การคอร์รัปชันที่มีขนาดของเงินเล็ก ๆ น้อย หรือมีวงเงินรวมน้อย
- 3) การคอร์รัปชันในเชิงของการบริหารหรือปฏิบัติการ (administrative corruption) หมายถึง การคอร์รัปชันที่เกิดจากลักษณะของการปฏิบัติ การบังคับใช้ระเบียบ การปฏิบัติงานอื่น ๆ โดยทั่วไป
- 4) การคอร์รัปชันเชิงนโยบาย (policy corruption) หมายถึง การคอร์รัปชันที่มีอิทธิพลต่อรูปแบบต่าง ๆ ในเชิงโครงสร้าง ทั้งทางด้านนโยบาย การดำเนินการ หรือการบริหารงาน โดยมีการใช้อำนาจของกฎหมายมารองรับ

ส่วนในแง่ของลักษณะของการคอร์รัปชันนั้น อาจมีได้หลายลักษณะ ในแต่ละลักษณะอาจเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันหรือแยกจากกันก็ได้ ลักษณะของพฤติกรรมของการคอร์รัปชันมาจากระบบพวกพ้อง (cronyism) การลอบบี้ (lobbying) การติดสินบน (bribery) การเกี่ยวพัน (nepotism) และการแสวงหาส่วนเกินทางเศรษฐกิจ (rent seeking) ซึ่งในจำนวนลักษณะทั้งหลายเหล่านี้ลักษณะ

⁵⁶ นักการเมืองไทย: จริยธรรมผลประโยชน์ทับซ้อนการคอร์รัปชัน (น. 137). เล่มเดิม.

ของการติดสินบนจะปรากฏมากที่สุดเป็นอันดับแรก ลักษณะอื่น ๆ ที่พบรองลงมา มักจะเป็นการ
เกี่ยวพันญาติมิตรหรือระบบพวกพ้อง การฉ้อฉล (fraud) และการยักยอกทรัพย์สินของทางราชการ
หรือรัฐ (embezzlement) เป็นต้น⁵⁷

การจำแนกการทุจริตของภาครัฐซึ่งในอดีตเรียกว่าการทุจริตและประพฤติมิชอบ
ในวงราชการ โดยแบ่งออกเป็นประเภทต่าง ๆ ได้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกที่แตกต่างกัน
ออกไป เป็นต้นว่า 1) โดยอาศัยวิธีการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ 2) อาศัยจำนวนทรัพย์สินที่
เกี่ยวข้อง 3) อาศัยประเภทของผู้เสียหาย 4) อาศัยจำนวนเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด 5) อาศัยระดับ
ความผิด และ 6) อาศัยลักษณะของงานที่เจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติ⁵⁸

(1) การจำแนกประเภทของการทุจริตและประพฤติมิชอบของภาครัฐ โดยอาศัยวิธีการ
ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือผลประโยชน์เป็นแนวทางในการแบ่งแยก เราอาจจำแนกประเภทของการทุจริต
และประพฤติมิชอบได้เป็น

1. การรับสินบน หมายถึงกรณีที่ผู้อื่นหยาบยื่นทรัพย์สินหรือผลประโยชน์ให้แก่
เจ้าหน้าที่เพราะเหตุที่ได้ใช้อำนาจตามกฎหมายกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์แก่ตน
โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้เรียกร้อง

2. การเรียกสินบน ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่เรียกร้องเอาทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์
จากผู้อื่น โดยมีชอบด้วยกฎหมาย

3. การยักยอก ได้แก่ กรณีที่เจ้าหน้าที่ยักยอกหรือเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือ
ผลประโยชน์ของทางราชการไปเป็นของส่วนตัว

4. การฉ้อโกงโดยวิธีอื่น ได้แก่ การที่เจ้าหน้าที่แสวงหาประโยชน์จาก
ทางราชการโดยมิชอบ เช่น ให้สิทธิพิเศษกับบริษัท ญาติพี่น้อง หรือเพื่อนฝูง ในการทำการค้ากับ
ส่วนราชการที่ตนเองเป็นผู้รับผิดชอบ

(2) โดยอาศัยจำนวนทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องในการกระทำทุจริตหรือประพฤติมิชอบ
อาจจำแนกอย่างกว้างได้เป็น

1. การทุจริตรายย่อย ซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจำนวนไม่มาก เช่น 10-20 บาท
หรือ 100-200 บาท

2. การทุจริตรายใหญ่ ซึ่งเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินจำนวนมากเป็นแสนเป็นล้านบาท

⁵⁷ แหล่งเดิม.

⁵⁸ การแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันในระบบการเมืองและวงราชการไทย (น. 12-15). เล่มเดิม.

(3) โดยอาศัยประเภทของผู้เสียหายจากการทุจริตและประพฤติมิชอบเป็นเกณฑ์ เราอาจจำแนกได้เป็น

1. การฉ้อราษฎร์ ได้แก่ การรับสินบนหรือการเรียกเอาทรัพย์สินซึ่งเป็นของประชาชนมาเป็นของตนเองหรือพรรคพวกโดยมิชอบ

2. การบังหลวง ได้แก่ การเบียดบังเอาทรัพย์สินหรือประโยชน์ของรัฐไปเป็นประโยชน์ของรัฐไปเป็นประโยชน์ส่วนตัว

(4) โดยอาศัยจำนวนเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดในการทุจริตและประพฤติมิชอบเป็นเกณฑ์ อาจจำแนกได้เป็น

1. การทุจริตโดยส่วนบุคคล ได้แก่ การทุจริตที่กระทำโดยมิได้เกิดจากความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่คนอื่น หรือผู้บังคับบัญชาเหนือขึ้นไป

2. การทุจริตโดยคณะบุคคล ได้แก่ การทุจริตที่กระทำโดยร่วมมือกันเป็นคณะ

(5) โดยอาศัยระดับความผิดในการกระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ ในประเภทนี้ นักวิชาการได้แยกไว้เป็น 3 ประเภท คือ

1. คอร์รัปชันขาว (white corruption) ได้แก่ การทุจริตและประพฤติมิชอบประเภทที่ประชาชนโดยทั่วไปและผู้นำในสังคมยอมรับหรือยอมรับ และเห็นว่าไม่ควรลงโทษผู้กระทำผิด เพราะเป็นเรื่องที่ไม่มีความสำคัญมากนัก เนื่องจากการรับผลประโยชน์โดยอิงอยู่กับขนบธรรมเนียมประเพณี และมีได้เกิดจากการเรียกร้องของผู้รับพฤติกรรมเช่นนี้แยกได้เป็นการให้ซึ่งเป็นการแสดง “น้ำใจ” ของผู้น้อยต่อผู้มีอำนาจวาสนา หรือผู้ที่อยู่ในตำแหน่งหน้าที่สามารถให้คุณให้โทษการให้ซึ่งเป็น “การตอบแทน” การปฏิบัติหรืองดเว้นปฏิบัติของผู้ที่อยู่ในตำแหน่ง และเป็นคุณประโยชน์แก่ผู้ให้ โดยผู้รับมิได้เรียกร้อง ตัวอย่างของการให้ทั้งสองกรณี เช่น การให้ของขวัญที่มีค่ามากในโอกาสพิเศษต่าง ๆ เป็นต้นว่า ในโอกาสวันเกิด วันแต่งงานลูกหลาน วันขึ้นปีใหม่ หรือเป็นเจ้าภาพในงานกุศลของผู้มีอำนาจหน้าที่ทางราชการ

2. คอร์รัปชันเทา (grey corruption) ได้แก่ การทุจริตและประพฤติมิชอบประเภทที่ในหมู่ผู้นำเห็นว่าเป็นความผิด แต่ประชาชนโดยทั่วไปยังไม่แน่ใจว่าเป็นความผิดหรือไม่ กรณีนี้เป็นการใช้อำนาจหน้าที่หาประโยชน์ให้แก่ตนเองและพรรคพวกในลักษณะที่ประชาชนสมยอมต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบนั้น เช่น การให้ค่าน้ำร้อนน้ำชา การให้ค่านายหน้าหรือเงินหักส่วนลดราคาสินค้า เป็นต้น พฤติกรรมประเภทนี้แยกได้เป็นการเรียกร้องเอาประโยชน์แทนการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติหน้าที่ หรือเพื่อเร่งรัดงานให้รวดเร็วยิ่งขึ้น หรืออาจมีการลดหย่อนมาตรฐานความเข้มงวดเกี่ยวกับระเบียบกฎเกณฑ์การใช้ตำแหน่งหรืออำนาจหน้าที่เพื่อหาผลประโยชน์อย่างเต็มที่ โดย

เป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือมีผลประโยชน์ได้เสียกับบริษัทห้างร้านที่ทำธุรกิจกับส่วนราชการที่ตนเองเป็นผู้รับผิดชอบ

3. คอร์รัปชันดำ (black corruption) ได้แก่ คอร์รัปชันชนิดที่ทั้งฝ่ายประชาชนและผู้นำเห็นว่าเป็นความผิด และควรได้รับโทษตามกฎหมายทุกประการ ได้แก่ การใช้อำนาจหน้าที่หรือตำแหน่งเพื่อหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือพรรคพวก โดยไม่คำนึงถึงว่าผิดกฎหมายหรือไม่ หรือนำความทุกข์ยากมาสู่ประชาชนและประเทศชาติหรือไม่ พฤติกรรมประเภทนี้แยกได้เป็นการใช้อำนาจหน้าที่เรียกร้องเอาผลประโยชน์จากผู้กระทำผิดกฎหมายหรือผู้ต้องการความสะดวก โดยไม่คำนึงว่าผู้ที่ตนเรียกร้องเอาผลประโยชน์นั้นจะกระทำผิดกฎหมายหรือไม่ การทุจริตคดโกงโดยไม่คำนึงถึงความผิดตามกฎหมายเลย เป็นการเจตนาฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับ เพื่อแสวงหาประโยชน์สำหรับตนเองหรือสมัครพรรคพวก และทำให้รัฐได้รับความเสียหาย

อนึ่ง การทุจริตและประพฤตินิยมของภาครัฐทั้ง 3 ประเภท อาจจะเป็นความผิดทางวินัยหรือเป็นทั้งความผิดทางอาญาก็ได้

(6) โดยอาศัยลักษณะของงานที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ปฏิบัติ อาจจำแนกเป็นประเภทได้ดังนี้

1. งานจัดซื้อและว่าจ้าง การทุจริตเกี่ยวกับการจัดซื้อและว่าจ้างอาจเกิดได้ทุกขั้นตอน เช่น ในการประกาศเรียกประกวดราคาตามระเบียบของทางราชการให้กระทำการประกาศทางสถานีวิทยุและการติดประกาศแจ้งความ แต่เจ้าหน้าที่บางคนมักเลี้ยวระเบียบดังกล่าวโดยประกาศทางสถานีวิทยุกระจายเสียงท้องถิ่นในเวลาจนจะปิดสถานีหรือพ้นเที่ยงคืนไปแล้ว หรือแอบปิดประกาศแจ้งความไว้ในที่ที่ไม่มีผู้สนใจและในเวลาอันจำกัด หรือใช้วิธีพลิกแพลงให้เจ้าหน้าที่ทางสถานีวิทยุช่วยปิดข่าวหรือเก็บประกาศไว้ไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ ในงานก่อสร้างรายใหญ่เจ้าหน้าที่บางคนใช้เล่ห์เหลี่ยมแสวงหาผลประโยชน์โดยวิธีการทำข้อตกลงพิเศษนอกเหนือไปจากสัญญาจ้าง ให้ผู้รับจ้างจัดยานพาหนะรับส่งผู้ตรวจงานก่อสร้าง เมื่อก่อสร้างเสร็จก็มอบยานพาหนะนั้นให้เป็นของทางราชการหรือเป็นของส่วนตัว การทำเช่นนี้ทำให้ทางราชการเสียประโยชน์มาก เนื่องจากผู้รับจ้างจะบวกค่ายานพาหนะและค่าบริการดังกล่าวในราคาก่อสร้างด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจกระทำการทุจริตและประพฤตินิยมด้วยการกำหนดเงื่อนไขของบริษัทที่จะมาทำการค้ากับส่วนราชการให้สูงเป็นพิเศษ เพื่อบริษัทที่ตนเองมีผลประโยชน์ร่วมด้วยจะได้สามารถผูกขาดการทำการค้ากับส่วนราชการนั้นแต่เพียงผู้เดียว

2. งานการเงินและการบัญชี เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำงานเกี่ยวกับการเงินและการบัญชี อาจแสวงหาประโยชน์ให้กับตนเองโดยมิชอบได้หลายวิธี เช่น โดยโอนเงินงบประมาณ หรือรายได้ของส่วนราชการจากธนาคารของรัฐไปเข้าธนาคารเอกชน เพื่อเรียกร้องประโยชน์ตอบแทนจาก

ธนาคารเอกชนบางประการ เช่น สิทธิในการฝากลูกหลานเข้าทำงานกับธนาคาร หรือผลประโยชน์ตอบแทนเป็นตัวแทน หรือยกยอกเงินของรัฐไปเป็นของตนเอง หรือร่วมมือกับบุคคลภายนอก โครงการเงินของรัฐ หรือการเบิกจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการที่ออกจากราชการไปแล้ว หรือรับเงินชำระหนี้โดยของรัฐ หรือการเบิกจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการที่ออกจากราชการไปแล้ว หรือรับเงินชำระหนี้โดยไม่ลงบัญชี หรือเป็นข้าราชการทำเรื่องเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านที่เป็นเท็จหรือเกินอัตราที่แท้จริง

3. งานบริการและการบังคับใช้กฎหมาย กลวิธีในการแสวงหาประโยชน์จากตำแหน่งหน้าที่ราชการสำหรับเจ้าพนักงานที่มีหน้าที่ต้องให้บริการแก่ประชาชน งานตรวจสอบหรือควบคุมหรืองานเกี่ยวกับการยุติธรรม อาจกระทำได้โดยการหน่วงเหนี่ยวเรื่องให้ช้าเช่น มีผู้มาขออนุมัติสร้างโรงงาน ขออนุมัติปลูกสร้างบ้าน ฯลฯ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจเก็บเรื่องไว้โดยไม่พิจารณาจนกว่าผู้ยื่นเรื่องจะติดสินบน หรือเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจยินยอมให้มีการทำธุรกิจผิดกฎหมาย เช่น เปิดช่องโสเภณี บ่อนการพนัน หรือหวยเถื่อน โดยไม่จับกุมเนื่องจากว่ารับสินบนจากผู้ประกอบธุรกิจผิดกฎหมายนั้นหรือเป็นพนักงานสอบสวนไม่ทำสำนวนส่งฟ้องผู้กระทำผิดกฎหมาย หรือเปลี่ยนรูปคดี เนื่องจากรับสินบนจากผู้กระทำผิด เป็นต้น

4. งานบริหารงานบุคคล ผู้มีหน้าที่ในการบริหารงานบุคคลอาจกระทำการโดยเห็นแก่พวกพ้องหรือผลประโยชน์ที่ตนจะได้รับ เช่น ให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลบางคนเป็นคนพิเศษในการสอบคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการ อาจด้วยการบอกข้อสอบ หรือให้คะแนนคำตอบกับพรรคพวกของตนสูงกว่าบุคคลอื่นโดยมิชอบ หรือการส่งเลื่อนเงินเดือน เลื่อนตำแหน่ง โดยไม่คำนึงถึงความรู้ความสามารถของบุคคล หรือการช่วยเหลือ ปกป้องให้ผู้ได้บังคับบัญชาที่กระทำผิดโดยไม่ส่งลงโทษ เช่น เมื่อผู้ได้บังคับบัญชาหนีราชการหรือกระทำการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่

5. งานภาษีอากรและการจัดเก็บรายได้อื่น ๆ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีหน้าที่ดังกล่าวอาจร่วมมือกับบุคคลอื่นในการลักลอบขนสินค้าหนีภาษี หรือหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรโดยแจ้งราคาที่เป็นเท็จ การยินยอมให้บุคคลธรรมดาหรือบริษัทห้างร้านเสียภาษีอากรไม่ครบถ้วน ยอมให้ผู้รับสัมปทานป่าไม้ตัดไม้ผิดแปลงหรือใช้ดวงตราปลอม เป็นต้น

2.5.3 แนวคิดและข้อเสนอแนะในการต่อต้านการทุจริตของภาครัฐ

แนวคิดในการต่อต้านการทุจริตและประพฤติมิชอบในประเทศไทยอาจกล่าวได้ว่าตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 ได้นำคำว่า การทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการมาใช้อย่างเป็นทางการเป็นครั้งแรก ทั้งนี้เพื่อใช้แทนการกระทำผิดลักษณะใดลักษณะหนึ่งโดยรวม ๆ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งอาจเป็นความผิดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และความผิดตามประมวลกฎหมาย

อาญาด้วย ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในข้อความคิดของการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงการ โดยทั่วไป ที่เรามักใช้คำตามภาษาอังกฤษว่า “คอร์รัปชัน” (corruption) นั้นเอง

ในโลกปัจจุบันได้มีการนำดัชนีชี้วัดในเรื่องสำคัญที่มีคนสนใจเพื่อนำมาใช้ในการ ประเมินเพื่อให้เกิดการพัฒนาต่อไป ดังที่จะกล่าวต่อไป คือ ดัชนีชี้วัดการคอร์รัปชัน

ดัชนีชี้วัดถือได้ว่าเป็นเครื่องมือสำคัญประเภทหนึ่งที่ใช้ในการประเมินผลในสิ่งที่เรากำลังสนใจ เป็นวิธีการหรือเป็นเครื่องมือรูปแบบหนึ่งที่มีประสิทธิภาพในการอธิบายความสัมพันธ์ของปัจจัยหรือองค์ประกอบที่เป็นสาเหตุหรือกระบวนการหลักกับผลลัพธ์หรือกระบวนการส่วนย่อย ๆ การวัดหรือการประเมินคอร์รัปชันและความโปร่งใสที่ใช้กันในปัจจุบันมีหลายชุด ตัวชี้วัดและจากหลาย ๆ แหล่งส่วนตัวชี้วัดที่เป็นที่นิยมและใช้กล่าวอ้างกัน โดยทั่วไปมักจะใช้ตัวชี้วัด CPI (Corruption Perceptions Index) ขององค์กรเพื่อความโปร่งใสสากล (Transparency International Institute) ในการกล่าวอ้างอัตราความโปร่งใสของประเทศต่าง ๆ⁵⁹ ในการดำเนินการลดปัญหาการทุจริต จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้ในการต่อต้านการทุจริตเพื่อให้ดัชนีชี้วัดการคอร์รัปชันลดลง ทำให้ภาพลักษณ์ของภาครัฐของประเทศไทยเป็นที่ยอมรับทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ในรอบสองทศวรรษที่ผ่านมา ประเทศไทยได้กำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศเพื่อมุ่งให้เกิดการพัฒนาที่ยั่งยืนและความอยู่ดีมีสุขของคนไทย ยุทธศาสตร์ที่สำคัญและเป็นเงื่อนไขของความสำเร็จของการพัฒนา คือ การเสริมสร้างระบบบริหารจัดการที่ดีให้เกิดขึ้นในภาครัฐ ภาคธุรกิจอย่างต่อเนื่อง โดยยึดหลักธรรมาภิบาล มีมาตรการป้องกันและปราบปรามทุจริตมิชอบทุกภาค ทุกส่วน ทุกระดับอย่างจริงจังในภาคการเมือง ภาครัฐและภาคธุรกิจเอกชน ตั้งแต่ระดับชาติจนถึงท้องถิ่น เพื่อสร้างสังคมใสสะอาดเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน ซึ่งภารกิจหลักที่สำคัญที่ต้องดำเนินการให้เห็นผลสัมฤทธิ์ เป็นรูปธรรมคือ การเสริมสร้างคุณธรรม จริยธรรมป้องกันทุจริต ปลุกจิตสำนึกจริยธรรมของข้าราชการและประชาชน⁶⁰

เนื่องจากประเทศไทยมีบริบททางสังคมที่แตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ในโลก กล่าวคือ ประชาชนให้ความจงรักภักดี เกิดทุน ศรัทธาในสถาบันกษัตริย์มากที่สุดในโลก รัฐบาลและประชาชนจึงได้น้อมนำหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียงขององค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 9 และคุณธรรมที่พระองค์ได้ประทานให้แก่ประชาชน และเจ้าหน้าที่ของรัฐมาเป็นกลไกที่สำคัญในการผลักดัน กำกับดูแลจริยธรรมของเจ้าหน้าที่ภาครัฐที่สำคัญยิ่ง

⁵⁹ นักการเมืองไทย: จริยธรรมผลประโยชน์ทับซ้อนการคอร์รัปชัน (น. 137). เล่มเดิม.

⁶⁰ จาก กรณีศึกษา: องค์กรการตรวจสอบด้านจริยธรรม (น. 2-17), โดย จินตนา บิลมาศ และคณะ, 2552, นนทบุรี: สำนักงาน ก.พ.

รัฐบาลไทยในรอบสิบปีที่ผ่านมาได้เห็นความสำคัญในเรื่องดังกล่าว กำหนดนโยบายสำคัญ เช่น

- 1) การประกาศสงครามแก้ไขปัญหายากจน ป้องกันปราบปรามการทุจริตประพฤติมิชอบ
- 2) มติคณะรัฐมนตรีในการปฏิรูประบบบริหารภาครัฐ 2540-2544 โดย 1 ใน 5 แผนหลักคือ แผนปรับเปลี่ยนวัฒนธรรมและค่านิยม
- 3) มติคณะรัฐมนตรีปี 2546 เห็นชอบให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและเอกอัครราชทูตไทยในต่างประเทศเป็นผู้บริหารสูงสุด โดยมีหน้าที่ประการหนึ่งในหารส่งเสริมคุณธรรมและจริยธรรม
- 4) วาระแห่งชาติด้านจริยธรรม ธรรมาภิบาล และการป้องกันทุจริตและประพฤติมิชอบในภาครัฐ
- 5) แผนบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2548-2551 และ พ.ศ. 2551-2554 เน้นการพัฒนาจิตสำนึกและค่านิยมของสังคม เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการปฏิบัติงานของหน่วยงานภาครัฐทุกระดับ โดยยึดหลักธรรมาภิบาล
- 6) แผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550-2554) กำหนดยุทธศาสตร์การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในการบริหารจัดการประเทศ สร้างภาคราชการและรัฐวิสาหกิจที่มีประสิทธิภาพและธรรมาภิบาล
- 7) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้ต้องมีการกำหนดมาตรฐานการจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภทไว้ในประมวลจริยธรรม
- 8) พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดหมวดที่ 5 ว่าด้วยการรักษารยาทข้าราชการ โดยให้ส่วนราชการจัดทำข้อบังคับว่าด้วยจรรยาข้าราชการที่ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของข้าราชการและประกาศให้ประชาชนทราบด้วย

เมื่อรัฐบาลใช้อำนาจบริหารประเทศจะบริหารประเทศในแนวหรือนโยบายอย่างไร ถ้ายังไม่มีความหมายสนับสนุนก็ต้องขอให้สภานิติบัญญัติออกกฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารเพื่อจะได้ใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารประเทศต่อไป⁶¹ ดังนั้น เมื่อรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีความต้องการที่จะมีนโยบายในการต่อต้านการทุจริต รัฐบาลก็สามารถเสนอกฎหมายให้ฝ่ายนิติบัญญัติให้มีการตรากฎหมายตามกระบวนการและขั้นตอนในการออกกฎหมาย เพื่อนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการต่อต้านการทุจริต ซึ่งได้มีการดำเนินการมาแล้ว กล่าวคือ พระราชบัญญัติมาตรการของ

⁶¹ จาก *กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง* (น. 206), โดย พรชัย เลื่อนฉวี ค, 2553, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ซึ่งได้มีการจัดตั้งองค์กรในการต่อต้านการทุจริตในภาครัฐขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารในการต่อต้านการทุจริตในปัจจุบัน

ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตสำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีการดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องและยาวนานในหลากหลายรูปแบบ โดยเฉพาะด้านการปราบปรามการทุจริต ตั้งแต่มีพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ พ.ศ. 2518 เป็นต้นมา ก็ได้มีการดำเนินการกับผู้กระทำผิดมาอย่างต่อเนื่อง แต่อย่างไรก็ตามจากข้อเท็จจริงก็ยังปรากฏให้เห็นบ่อย ๆ ว่ายังคงมีการทุจริตและประพฤติมิชอบ จึงมีความจำเป็นจะต้องหาวิธีการป้องกันและปราบปรามการทุจริตกันต่อไป โดยมีการค้นคว้าศึกษาในหลายวิธีเพื่อนำเสนอการแก้ไขปัญหาการทุจริต รวมทั้งข้อเสนอแนะต่าง ๆ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1) นิติบัญชีศาสตร์ (Forensic Accounting) เป็นศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ วิชาการประกันภัย อัยการศาล องค์การอิสระ(ป.ป.ช., สตง.) กระทรวงยุติธรรม (D.S.I, ป.ป.ท.) เพราะนิติบัญชีศาสตร์เป็นศาสตร์ ที่มีหลักเกณฑ์ทางบัญชี เพื่อชี้แจงความผิด อันมีผลมาจากสิ่งที่เกิดขึ้นหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นจากการโต้แย้งหรือข้อพิพาททางกฎหมายที่จะใช้ในชั้นศาลในเรื่องคดีฉ้อฉล ชักยอกหรือการทุจริตทางการเงิน และการบัญชี ซึ่งตำรวจเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย เช่น อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ฟอกเงิน นื้อ โกงประชาชน (ธนาคารหรือสถาบันการเงินล้ม แต่เจ้าของรวย) อาชญากรรมข้ามชาติตกแต่งบัญชี ปั่นหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ รวมทั้งการทุจริตของรัฐมนตรี นักการเมือง และข้าราชการ จนประเทศไทยได้จัดอันดับว่าทุจริตคอร์รัปชันอันดับเจ็ดของโลก ทำให้มีการทะเลาะเพื่อเข้าสู่อำนาจทางการเมืองของประเทศไม่รู้จบสิ้น เพราะเป็นนักการเมืองแล้วรวย⁶²

ประโยชน์ของ Forensic Accounting

(1) รัฐบาลใช้ในการติดตามตรวจสอบนโยบายของรัฐบาลเกี่ยวกับเรื่องงบประมาณการเงิน เช่น งบป้องกันน้ำท่วม 3.5 แสนล้าน งบ 2 ล้านล้านเกี่ยวกับรถไฟความเร็วสูงตามหลักธรรมาภิบาล โปร่งใสตรวจสอบได้ในการสร้างระบบและติดตามป้องกันการทุจริตกับนิติบัญชีศาสตร์ โดยนักนิติบัญชีศาสตร์

(2) การสืบสวนโดยธุรกิจเอง

(3) คดีอาญา ซึ่งตำรวจต้องรับผิดชอบ

(4) สนับสนุนด้วยอัยการในการฟ้องต่อศาล เช่น คดีตกแต่ง บัญชีและปั่นหุ้นในตลาดหลักทรัพย์จะต้องใช้วิชา Forensic Accounting มิฉะนั้นศาลจะยกฟ้อง คดี ปั่นหุ้นของกองปราบปราม เมื่อ 30 ปีมาแล้ว คดีโรงพิมพ์สวนทองถิ่นคดีครูสภา ซึ่งไม่ใช่ราชการ ศาลยกฟ้อง

⁶² จาก นิติบัญชีศาสตร์ (น. 1-3), โดย พรณิภา รอดวรรณะ และพรชัย นฤดมกุล ก, 2556, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

2) ข้อเสนอแนะของนายแพทย์พลเดช ปิ่นประทีป ผู้อำนวยการสถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา (LDI) และในฐานะผู้ทำงานปฏิรูปเพื่อแก้ปัญหาคอร์รัปชัน กล่าวกับผู้สื่อข่าวสำนักข่าวอิศรา ถึงข้อเสนอหนึ่งในข้อเสนอการปฏิรูปประเทศของคณะกรรมการประชาชนเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (กปปส.) ในการแก้ไข ปัญหาทุจริตคอร์รัปชันที่เสนอให้คดีทุจริตคอร์รัปชันเป็นคดีที่ไม่มีอายุความ ว่าเห็นด้วย และมองว่า ทั้งในทางหลักการ และทางปฏิบัติสามารถทำได้ไม่ยาก ประเทศไทยใช้กฎหมายอาญาที่มีเรื่องอายุ ความกำหนด ก็เพียงเพิ่มประโยคกำหนดให้ยึด หรือไม่มีอายุความลงไป ในมาตราที่เกี่ยวข้อง การกำหนดให้คดีทุจริตคอร์รัปชันไม่มีอายุความสามารถทำได้ โดยวางหลักการดังนี้

(1) แก้ไขคดีทุจริตคอร์รัปชันให้ไม่มีอายุความ จนกระทั่งสามารถดำเนินคดีได้

(2) กำหนดโดยใช้ความรุนแรง หรือค่าความเสียหาย เป็นตัวชี้วัดว่าคดีใด จะเข้าข่ายบ้าง เพราะหากกำหนดในทุกคดีครอบคลุมทั้งหมดจะมากเกินไป และไม่สามารถชี้วัดได้ว่า คดีใดมีความสำคัญเร่งด่วน ส่วนว่าจะขีดเส้นค่าความเสียหายเท่าใดนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายวิชาการ ต้องไปศึกษา ทั้งจากกรณีตัวอย่างของบางประเทศ หรือตามหลักเศรษฐศาสตร์⁶³

3) ข้อเสนอแนะของนายวีระชาติ ศรีบุญมา กรรมการทุจริตของธนาคาร โดยแก้กฎหมาย เพื่อติดตามหนี้ข้ามชาติ โดยนายวีระชาติ ศรีบุญมา ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายและคดี ธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) เปิดเผยว่า จากสถิติคดีอาญาที่ ธปท. ร้องทุกข์กล่าวโทษจากอดีตมาจนถึงวันที่ 31 ธ.ค. 2551 พบว่ามีคดีทุจริตธนาคารพาณิชย์ 30 คดี มูลค่า 4.69 หมื่นล้านบาท ซึ่งในจำนวนนี้คดี ถึงที่สุดแล้ว 6 คดี อยู่ในชั้นอัยการ 2 คดี และในชั้นศาล 22 คดี ซึ่งในจำนวนนี้เป็นคดีทุจริตธนาคาร กรุงฯ พาณิชยการ (บีบีซี) ซึ่งมีมูลค่าความเสียหาย 2 หมื่นล้านบาท ล่าสุดในการติดตาม ทรัพย์สินคืนมาได้แล้ว 1,537 ล้านบาท ขณะนี้มีปัญหาอยู่ว่าการติดตามทรัพย์สินยังทำได้น้อย โดยเฉพาะทรัพย์สินที่ไปเกี่ยวข้องหรืออยู่ในต่างประเทศ จึงต้องร่วมกันแก้ไข⁶⁴

จากการศึกษาอนุสัญญาระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญา UNCAC กำหนดให้ประเทศ สมาชิกต้องให้ความร่วมมือในการดำเนินคดีทุจริต คือ ให้ความร่วมมือระหว่างประเทศในการ จับกุมผู้กระทำความผิดที่เข้าไปอยู่ในประเทศสมาชิกได้ สามารถประสานงานติดตามนำทรัพย์สิน จากคดีทุจริตคืนได้ และช่วยขยายนิยามคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสืบคดีและให้เกี่ยวข้องไปถึง หน่วยงานทั้งของภาครัฐและเอกชนด้วย

⁶³ พลเดช ปิ่นประทีป. (2556). นักวิชาการหนุนเต็มข้อกฎหมายให้คดีทุจริตไม่มีอายุความ. สืบค้น 6 มิถุนายน 2557, จาก <http://www.Isranews.org/thireform-other-news/item/25891-028833.html>

⁶⁴ วีระชาติ ศรีบุญมา. (ม.ป.ป.). ทุจริตแบงก์แก้กฎหมายบีข้ามชาติ. สืบค้น 6 มิถุนายน 2557, จาก <http://www.decha.com/main/showTopic.php?id=4375>

4) ข้อเสนอแนะของนายสกล หาญสุทธิวารินทร์ เกี่ยวกับการต่อต้านคอร์รัปชันของ UN และมาตรการติดตามทรัพย์สินคืน โดยนายสกล หาญสุทธิวารินทร์ ได้กล่าวว่า การแสดงออกทางการเมืองของประชาชน หรือที่เรียกว่า พ.ร.บ. นิรโทษกรรม ที่มีการแปรญัตติให้รวมถึงการกระทำความผิดเกี่ยวกับการทุจริตด้วย หลายฝ่ายเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติที่มีการแปรญัตติ มีเจตนาช่วยเหลือคน โกง จึงมีการออกมาคัดค้านร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวกันอย่างกว้างขวางทั่วประเทศ องค์การเอกชนองค์กรหนึ่งที่ร่วมกันต่อต้านพระราชบัญญัตินี้อย่างแข็งขัน คือองค์กรต่อต้านคอร์รัปชัน (ประเทศไทย) เช่น ร่วมกับภาคีภาคธุรกิจ การเงินและการลงทุน ออกแถลงการณ์ต่อต้านคัดค้าน โดยเห็นว่าการล้างผิดในคดีทุจริตเป็นการทำตามระบบคุณธรรมและจริยธรรมของสังคมอย่างร้ายแรง และรณรงค์ให้ประชาชนร่วมกันลงชื่อหนึ่งล้านชื่อสู่ปฏิบัติกรกว่า พระราชบัญญัตินิรโทษกรรม ล้างผิดคดี โกง ยื่นหนังสือแถลงการณ์คัดค้านร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวต่อสถานทูตประเทศที่สำคัญ ๆ หลายประเทศ ในปี 2546 องค์การสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านคอร์รัปชัน ค.ศ. 2003 ขึ้น อันสืบเนื่องมาจากมติของสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ที่ได้เล็งเห็นถึงความร้ายแรงของปัญหาและการคุกคาม อันเกิดจากการคอร์รัปชันต่อความมั่นคงปลอดภัย กัดกร่อนสถาบันและคุณค่าของประชาธิปไตย คุณค่าทางศีลธรรมและความยุติธรรม และเป็นอันตรายต่อการพัฒนาที่ยั่งยืนและหลักนิติธรรม จึงได้มีมติจัดตั้งคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อการพิจารณากำหนดเครื่องมือทางกฎหมายระหว่างประเทศที่มีประสิทธิภาพในการต่อต้านคอร์รัปชันจนในที่สุดที่ประชุมระหว่างประเทศได้ตกลงร่วมมือ จัดทำเป็นอนุสัญญาขึ้น ซึ่งที่ประชุมสมัชชาใหญ่ได้มีมติให้การรับรองแล้วคืออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านคอร์รัปชัน ค.ศ. 2003 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2548 ประเทศไทยได้ลงนามในอนุสัญญานี้ เมื่อวันที่ 9 ธันวาคม 2546 และได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้ เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2554 หลักการที่สำคัญ ๆ ของอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านคอร์รัปชัน ค.ศ. 2003 เช่น กำหนดให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศบัญญัติในกฎหมายหรือมาตรการอื่นใดให้การกระทำต่าง ๆ เป็นความผิดทางอาญา ถ้าเป็นการกระทำโดยเจตนา เป็นต้นว่า การติดสินบนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศและเจ้าหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศการข่มขู่หรือการฉ้อฉลทรัพย์สินโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ การปฏิบัติหน้าที่หรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การรั่วรัยผิดปกติของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การติดสินบนในภาคเอกชน การข่มขู่ทรัพย์สินในภาคเอกชน การฟอกทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด เช่น การเปลี่ยนแปลงย้ายทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดเพื่อช่วยปกปิดการกระทำความผิดหรือซ่อนเร้นปกปิดหรือทำให้หลงผิดถึงสภาพอันแท้จริง ที่มา ที่ตั้งหรือที่เก็บทรัพย์สินที่ได้มาจาก

การกระทำความผิด และให้กำหนดให้นิติบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ ต้องรับผิดชอบ ทั้งทางอาญา หรือทางแพ่ง หรือทางปกครอง⁶⁵

ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้บังคับกฎหมาย ก็ให้มีการอายัด ยึด หรือริบทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการอย่างเต็มที่ภายใต้กรอบกฎหมายของประเทศตนให้สามารถริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดตามที่บัญญัติในอนุสัญญานี้ หรือทรัพย์สินอื่นที่มีราคาเท่ากับทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด รวมทั้งทรัพย์สิน เครื่องมือ อุปกรณ์อื่นใดที่ใช้หรือจะใช้ในการกระทำความผิดตามอนุสัญญานี้ด้วย การให้ริบทรัพย์สินตามมาตรานี้ ให้รวมถึง รายได้ ผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด หรือทรัพย์สินที่เปลี่ยนแปลงหรือแปรสภาพมาจากทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดด้วย การบังคับใช้กฎหมายที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ให้มีการติดตามทรัพย์สินที่คอร์รัปชันกลับคืน โดยให้มีมาตรการป้องกัน และการติดตามการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด เช่น การกำหนดมาตรการในการติดตามธุรกรรมทางการเงินที่มีข้อสงสัย ในสถาบันทางการเงิน การให้มีการเปิดเผยหรือยื่นบัญชีทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่ของรัฐ มาตรการในการติดตามทรัพย์สินที่คอร์รัปชันคืน ดังกล่าว UNODC ได้ร่วมกับธนาคารโลก จัดทำโครงการ The Stolen Asset Recovery Initiative (Star) ขึ้น จุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการร่วมมือระหว่างประเทศในการขจัด แหล่งสวรรค์สำหรับการซุกเงินทุน คอร์รัปชัน ร่วมงานกับประเทศกำลังพัฒนาและศูนย์กลางการเงิน ในการป้องกันการฟอกเงิน และอำนวยความสะดวกในการทำให้การติดตามทรัพย์สินที่คอร์รัปชันคืนให้เป็นระบบยิ่งขึ้น Star ช่วยประเทศต่าง ๆ ในการจัดให้มีเครื่องมือทางกฎหมายและหน่วยงาน ในการติดตามทรัพย์สินที่คอร์รัปชันคืนตามที่ประเทศต่าง ๆ ร้องขอ ช่วยถ่ายทอดประสบการณ์และความรู้จากคดีการติดตามทรัพย์สินคืน เพื่อพัฒนาความชำนาญเฉพาะด้านอันจำเป็นต่อการติดตามทรัพย์สินคืนให้แก่หน่วยงานของประเทศต่าง ๆ ที่รับผิดชอบในเรื่องนี้ด้วย⁶⁶

5) แนวทางการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน ได้มีการระดมความคิดเห็นร่วมกันในภาคราชการ และประชาชนแล้วมีข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันทั้งในระบบราชการและในระบบการเมืองออกจากกันดังนี้

⁶⁵ สกต หาญสุทธีวารินทร์. (2557). การต่อต้านคอร์รัปชัน UN และมาตรการติดตามทรัพย์สินคืน. สืบค้น 6 มิถุนายน 2557, จาก <http://www.bangkokbiznews.com/hom>

⁶⁶ แหล่งเดิม.

(1) การแก้ไขปัญหาคอรัปชันในระบบราชการ : ข้อเสนอแนะ⁶⁷

จะต้องระลึกไว้เสมอว่า การแก้ไขปัญหาคอรัปชันในวงราชการเกี่ยวพันทั้งกับเรื่องศีลธรรมของตัวปัจเจกบุคคลและปัญหาของตัวระบบ ซึ่งระบบในที่นี้หมายถึงระบบราชการ และระบบสังคมโดยรวม การแก้ไขปัญหาคอรัปชันที่จุดใดจุดหนึ่ง คือแก้เฉพาะที่ตัวบุคคล หรือแก้เฉพาะระบบจะไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ การแก้ไขจะต้องดำเนินการในส่วนทั้งหมดของสังคมเพราะปัญหาการคอรัปชันเป็นปัญหาของสังคม เป็นโรคชนิดหนึ่งของสังคม คน ๆ หนึ่งจะแก้ไขปัญหานี้ไม่ได้ จะแก้ไขได้ต้องทำให้เกิดการเคลื่อนไหวทางความคิดของคนในสังคมให้คนจำนวนมากเกิดความคิด เกิดความสำนึกและความเข้าใจต่อปัญหานี้ร่วมกัน ความเข้าใจก็จะกลายเป็นพลังของสังคมที่จะเข้ามาร่วมมือกันแก้ไข คลี่คลายปัญหา ในการแก้ไขปัญหาการคอรัปชันจะต้องคำนึงถึงมิติในการแก้ไขใน 2 ระดับด้วยกันคือ

1) การแก้ไขปัญหาในระดับปัจเจกบุคคล (Subjective Dimension) โดยใช้กระบวนการอบรมบ่มนิสัยให้คนมีความซื่อสัตย์สุจริต มีเหตุมีผล มีคุณธรรม มีความรับผิดชอบต่อหน้าที่ เป็นคนที่มีอุดมคติ และมองไม่เห็นว่าการคอรัปชันจะเป็นสิ่งที่ตั้งงามได้อย่างไร โดยการใช้กลไกต่าง ๆ ของสังคม เช่น สถาบันครอบครัว สถาบันการศึกษา ตลอดจนถึงชมรม สมาคมวิชาชีพต่าง ๆ ที่ควรจะมีการย้ำเน้นเรื่องจริยธรรมในการประกอบธุรกิจ (Business Ethic) ให้แก่สมาชิกของตนอย่างมีประสิทธิภาพ

2) การแก้ไขปัญหาโดยใช้มาตรการทางกฏวิสัย (Objective Dimensions) ซึ่งสามารถกระทำได้โดยผ่าน “ตัวแปร” 3 ประการคือ

2.1) การควบคุมโดยมาตรการทางการเมือง (Political Control) สร้างระบบการเมืองที่มีคุณธรรม เป็นระบบที่มีการคานกันไว้ได้ และมีการตรวจสอบกันได้ แล้วใช้ระบบนี้ควบคุมข้าราชการการเมืองโดยผ่านกลไกของรัฐสภา เช่น ใช้คณะกรรมการการชู้ตต่าง ๆ ในการตรวจสอบ หรือตั้งผู้ตรวจสอบทางรัฐสภา (Ombushman) นอกจากนี้การควบคุมทั้งข้าราชการการเมือง และข้าราชการประจำ ยังสามารถใช้กลไกอื่น ๆ เช่น การตั้งหรือปรับปรุงหน่วยงานที่ควบคุมดูแลปัญหาคอรัปชัน เช่น สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (ส.ต.ง.) หรือ ปปป. ฯลฯ ให้มีประสิทธิภาพขึ้น

2.2) การใช้มาตรการทางการบริหาร (Administrative Control) โดยผ่านกลไกทางกฎหมายและมาตรการด้านงบประมาณในการควบคุมข้าราชการ เช่น การแก้ไขปัญหาคอรัปชันทางกฎหมาย การกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติการ ฯลฯ การมีพระราชบัญญัติเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร

⁶⁷ จาก *คอรัปชันกับประชาธิปไตยไทย* (น. 424-430), โดย ผาสุก พงษ์ไพจิตร และ สังคิต พิริยะรังสรรค์, 2537, กรุงเทพฯ: ศูนย์ศึกษาเศรษฐศาสตร์การเมือง คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

เพื่อสร้างความ “โปร่งใส” แก่ความรู้ของประชาชน เพื่อให้ประชาชนสามารถใช้การลงโทษในทางสังคม (Social Sanction) แก่บุคคลที่กระทำการคอร์รัปชันได้ง่ายขึ้น และการผลักดันให้หน่วยงานที่การบริหารอ่อน ต้องปรับตัวโดยผ่านกลไกด้านงบประมาณแผ่นดิน

2.3) การใช้มาตรการควบคุมจากสาธารณะ (Public Control) ตัวอย่างเช่น ให้เสรีภาพแก่สื่อมวลชนในการเสนอข่าวสารเพื่อเพิ่มความรู้ของสาธารณชนอย่างไรก็ตาม การควบคุมจากสาธารณะ (Public Control) จะมีประสิทธิภาพมากขึ้น ถ้าหากมีการดำเนินมาตรการต่าง ๆ ดังนี้ 1) มี Public hearing 2) มี Public enquiry 3) มีการกระจายอำนาจทางการบริหารไปสู่ท้องถิ่น (Decentralization)

(2) มาตรการในการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน⁶⁸

เพื่อเป็นการเพิ่ม “รูปธรรม” และมาตรการที่ง่ายต่อการนำไปปฏิบัติยิ่งขึ้น การแก้ไขปัญหาคอร์รัปชันสามารถแบ่งออกได้เป็นมาตรการระยะสั้นและระยะยาวดังต่อไปนี้คือ

1) มาตรการระยะสั้นในการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน

1.1) ปัญหาพฤติกรรมส่วนตัวของข้าราชการ

1. ควรมีกระบวนการปลูกฝัง หรือธรรมรงค์ เรื่องความรับผิดชอบต่อนหน้าที่ของข้าราชการ ซึ่งให้ข้าราชการเห็นว่าการคอร์รัปชันมีผลเสียหายต่อระบบราชการและสังคม โดยส่วนรวมอย่างไร

2. กระบวนการนี้ทำกับข้าราชการตั้งแต่ระดับบนถึงระดับล่าง

3. การสร้างความสำนึกที่ไม่ยอมรับการคอร์รัปชันและต่อต้านการคอร์รัปชัน

4. ปรับปรุงชีวิตความเป็นอยู่ให้เหมาะสมกับรายได้ ใช้ชีวิตอย่างประหยัด

มัธยัสถ์ มีศักดิ์ศรี มีศีลธรรม และหลีกเลี่ยงอบายมุข

1.2) ปัญหาของระบบราชการ

1. ปรับรายได้ของข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้าราชการชั้นผู้น้อยให้สอดคล้องกับภาวะค่าครองชีพ เพื่อแก้ไขปัญหของบุคคลที่อาจจะต้องกระทำคอร์รัปชันอย่างจำใจ

2. ทำกฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ ที่ใช้ควบคุมคอร์รัปชันให้ง่ายและชัดเจน แต่มีประสิทธิภาพ

3. ปรับระบบการให้บริการแก่ประชาชนให้ชัดเจนและมีกำหนดระยะเวลาให้แน่ชัด ตัวอย่างเช่น ที่กระทรวงต่างประเทศกำหนดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบออกหนังสือเดินทางไปต่างประเทศ ให้ทำหนังสือเดินทางดังกล่าวแก่ประชาชนที่ยื่นความจำนงให้แล้วเสร็จภายใน 7 วัน

⁶⁸ แหล่งเดิม.

4. นำเทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาใช้ให้มากขึ้น เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการทำงานของข้าราชการ เพื่อให้ระบบการทำงานแบบเดิมหมดความหมายไป
5. ให้ความรู้แก่ข้าราชการเรื่องบทบาทหน้าที่ของระบบราชการ ว่าเป็นองค์กรที่ให้บริการสาธารณะแก่ประชาชน และข้าราชการยุคใหม่ทำหน้าที่เป็นบุคคลสาธารณะ
6. เพิ่มความรู้ทางด้านสิทธิแก่ประชาชนในเรื่องของการติดต่อกับหน่วยงานราชการหรือด้านอื่น ๆ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ใช้ “โอกาส” จากความรู้ของประชาชนในการแสวงหาผลตอบแทนอัมมิชอบ
7. ลดอำนาจการออกกฎหมายหรือกฎระเบียบบางอย่างของหน่วยงานราชการ เพราะอำนาจการออกกฎหมายดังกล่าวเป็นช่องทางให้เกิดการคอร์รัปชันได้
8. ทำลายระบบการเข้ารับราชการที่ใช้เส้นสาย อภิสิทธิ์ หรือเงินทอง แล้วหันมาใช้ระบบคุณธรรม ความสามารถแทน
9. จัดตั้งหรือปรับปรุงหน่วยงานของทางราชการที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตรวจสอบดูแลปัญหาคอร์รัปชันให้มีประสิทธิภาพ ควรจะมีองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายที่สามารถจะลงโทษข้าราชการที่คอร์รัปชัน โดยเฉียบขาด
10. ให้มีการใช้กลไกทางกฤษฎีกาในการตรวจสอบผู้อยู่ในข่ายว่าจะกระทำคอร์รัปชัน ตัวอย่างเช่น การใช้กฤษฎีกาย้อนหลัง
11. ให้ข้าราชการ ทหาร ตำรวจ ชั้นผู้ใหญ่ทุกคนแจ้งทรัพย์สินและให้แสดงรายรับ รายจ่ายทุก 3-5 ปี ซึ่งบัญชีดังกล่าวจะต้องปิดประกาศให้สาธารณชนรับทราบอย่างเปิดเผย การซื้อสิ่งของที่มีมูลค่าสูงจะต้องยื่นแบบแสดงให้เห็นว่ามียารับมาจากไหน
12. ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ต้องแสดงให้เห็นว่าเป็นแบบอย่างที่ดีของข้าราชการชั้นผู้น้อยได้ การลงโทษข้าราชการที่ถูกตรวจพบว่าการทุจริตคอร์รัปชันต้องดำเนินการอย่างจริงจัง
13. ให้มีพระราชบัญญัติหรือกฎหมายเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร (Information Acts) เพื่อให้ประชาชนในวงกว้างสามารถรับรู้ความเป็นไปของการบริหารราชการแผ่นดินของทั้งข้าราชการการเมือง และข้าราชการ
14. ให้ความสำคัญแก่บทบาทของสื่อมวลชน โดยให้มีสิทธิและเสรีภาพในการแสวงหาข่าวสารต่าง ๆ เพราะสื่อมวลชนต่าง ๆ ไม่เพียงแต่ทำหน้าที่เปิดโปงการกระทำคอร์รัปชันต่าง ๆ และการตรวจสอบการทำงานของข้าราชการ ได้มากยิ่งขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังทำหน้าที่ให้การศึกษาแก่ประชาชนถึงภัยร้ายของการคอร์รัปชันด้วย

15. ให้มีมาตรการไต่เบี่ย (Accountability) แก่ทั้งข้าราชการการเมือง และข้าราชการประจำที่รับผิดชอบการดำเนินงานต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำงบประมาณไปใช้หรือการบริหารโครงการต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อควบคุมดูแลให้การปฏิบัติการดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพสามารถใช้เศรษฐกิจอันมีอยู่จำกัดของแผ่นดินให้เกิดประโยชน์อย่างเต็มที่และรวดเร็วहनน้อยที่สุด

16. รัฐบาลจะต้องกระทำเป็นตัวอย่างแก่ผู้ได้บังคับบัญชาในระดับรอง ๆ ลงไป เพราะมักปรากฏเป็นความจริงเสมอ ๆ ว่า ถ้าผู้บังคับบัญชากระทำตัวเป็นแบบอย่างที่ดีแล้วผู้ได้บังคับบัญชามักจะปฏิบัติตาม

17. การลงโทษผู้กระทำผิดข้อหาคอร์รัปชัน ควรใช้การลงโทษทางสังคม เพราะจะทำให้ผู้ที่คิดอยากจะทำ “รู้สึกละอายหรือเสียมกกว่า”

2) มาตรการระยะยาวในการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน

มาตรการระยะยาวในการแก้ไขปัญหาคอร์รัปชัน ประกอบด้วย การสร้างความสำนึกด้านคุณธรรมและจริยธรรมแก่ประชาชน การสร้างระบบการเมืองแบบประชาธิปไตยที่มีคุณธรรม การกระจายอำนาจการบริหารการปกครองไปสู่ท้องถิ่น การปรับปรุงระบบราชการให้มีประสิทธิภาพ และการแก้ไขปัญหาความยากจนของประชาชน มาตรการที่เป็นรูปธรรมก็ได้แก่

1. ให้สถาบันทางสังคม ตัวอย่างเช่น สถาบันทางครอบครัว สถาบันทางการศึกษา ฯลฯ ในการปลูกฝังจิตสำนึกทางด้านจริยธรรมและคุณธรรมแก่ประชาชน ให้มีความละเอียดต่อการแสวงหาผลประโยชน์อันไม่ชอบธรรม ตัวอย่างเช่น การกระทำคอร์รัปชัน นอกจากนี้ยังควรใช้สถาบันทางสังคมดังกล่าวให้สมาชิกเกิดกระบวนการเรียนรู้ (Socialization) ในการยึดเอาคุณธรรมเป็นที่ตั้ง ลดหรือเลิกยึดถือ “วัตถุ” หรือ “เงินตรา” เป็นสรณะ

2. เสริมสร้างระบบการเมืองประชาธิปไตยแบบที่มีคุณธรรม และประชาชนมีส่วนร่วมรักษาและขยายระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแบบนี้ให้ดำรงอยู่และเติบโตใหญ่จนสามารถหยั่งรากลึกกลงไปในสังคมไทย

3. ปรับโครงสร้างการบริหารงานที่มีลักษณะการรวมศูนย์อำนาจสูง โดยดำเนินการกระจายอำนาจทางการบริหารและการปกครองไปสู่ท้องถิ่นให้มากยิ่งขึ้น เพื่อให้ประชาชนในภูมิภาคสามารถกำหนดบทบาทและวิถีชีวิตของตนเองมากขึ้นแทนที่ทุกอย่างจะรวมศูนย์อยู่ในส่วนกลางแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้ขั้นตอนในการบังคับบัญชาและการอนุมัติต่าง ๆ ยืดยาวออกไป อันอาจก่อปัญหาให้กระทำการคอร์รัปชันได้ง่ายขึ้น การกระจายอำนาจของระบบราชการอาจเริ่มต้นจากหน่วยงานที่มีปัญหาการคอร์รัปชันค่อนข้างมากและให้องค์กรหรือประชาชนที่อยู่นอกหน่วยราชการเข้ามาร่วมตรวจสอบวิธีการทำงาน และการปฏิบัติงานของข้าราชการให้มากขึ้น

4. ปรับระบบราชการให้เล็กลงแต่มีประสิทธิภาพ และมีการใช้ระบบคุณธรรมในการให้ความดีความชอบ หรือพิจารณาเลื่อนขั้นของข้าราชการ

5. ปรับเปลี่ยนอุดมการณ์การบริหารงานราชการแผ่นดินแบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน คือจากระบบกินเมือง ให้เป็นระบบบริการประชาชนหรือระบบที่มุ่งรับใช้ประชาชน การให้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับอุดมการณ์ของระบบราชการสมัยใหม่ต้องมุ่งทั้งแก่ข้าราชการ ทหาร ตำรวจ พนักงานรัฐวิสาหกิจ และประชาชนโดยทั่วไป การดำเนินงานจะต้องกระทำอย่างกว้างขวางและอย่างต่อเนื่อง

6. รัฐบาลควรมุ่งแก้ไขปัญหาความยากจน และมีมาตรการในการเพิ่มความเป็นธรรมทางการกระจายรายได้และกระจายโอกาสในการศึกษาและโอกาสในทางสังคมเพราะถ้าประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศมีฐานะทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกันมากขึ้นก็จะสามารถ “ถ่วงดุล” ซึ่งกันและกัน ได้อย่างมีประสิทธิภาพขึ้น ทำให้บุคคลกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งกระทำการคอร์รัปชันได้ยากขึ้น

2.6 ภารกิจของรัฐ

รัฐแต่ละรัฐอาจกำหนดเป้าหมายเอาไว้แตกต่างกัน ภารกิจของรัฐจึงอาจแตกต่างกัน เมื่อพิจารณาจากรัฐที่ยอมรับนับถือคุณค่าของหลักประชาธิปไตยและคุณค่าของหลักนิติรัฐแล้ว เห็นได้ว่ารัฐมีภารกิจที่สำคัญดังต่อไปนี้⁶⁹

2.6.1 การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความปลอดภัยของรัฐ

เป็นภารกิจดั้งเดิมและภารกิจพื้นฐานของรัฐ เพื่อให้ภารกิจดังกล่าวนี้บรรลุผล จึงจำเป็นที่ระบบกฎหมายจะต้องกำหนดให้รัฐเป็นผู้ที่ผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพ การผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพเพื่อรักษาไว้ซึ่งความสงบเรียบร้อยภายในนั้นในอีกด้านหนึ่งก็ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ปัจเจกบุคคลในการที่จะไม่ใช้กำลังทางกายภาพในการบังคับการตามสิทธิของตนด้วยตนเองเพราะหากให้ปัจเจกบุคคลบังคับการตามสิ่งที่บุคคลนั้นเห็นว่าถูกต้องแล้ว ความวุ่นวายก็จะเกิดขึ้นทั่วไปในรัฐ นอกจากนี้รัฐยังผูกขาดการใช้กำลังทางทหารในการป้องกันบูรณภาพแห่งดินแดนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม การรักษาความปลอดภัยของรัฐนั้น รัฐย่อมไม่ได้กระทำเฉพาะแต่การมีกองทัพไว้ป้องกันประเทศเท่านั้น แต่ยังกระทำโดยการเจริญสัมพันธไมตรีกับต่างประเทศอีกด้วย ดังนั้นรัฐจึงทรงไว้ซึ่งอำนาจในทางการทูต ตลอดจนความสามารถในการทำสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ และมีความสามารถในการทำสนธิสัญญารวมตัวกับประเทศต่าง ๆ เป็นองค์การระหว่างประเทศหรือยิ่งไม่กว่านั้นก็คือ เป็นองค์การเหนือรัฐเพื่อสร้างสันติสุขในระดับภูมิภาคอันเป็นการรักษาไว้ซึ่งความมั่นคงปลอดภัยของรัฐอีกทางหนึ่งด้วย

⁶⁹ คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน (น. 73-75). เล่มเดิม.

2.6.2 การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

การที่ระบบกฎหมายยอมรับสิทธิมนุษยชนตลอดจนสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานนั้นย่อมมีผลจำกัดขอบเขตการกระทำของรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญจะกำหนดเขตแดนแห่งสิทธิของปัจเจกบุคคล ซึ่งรัฐไม่สามารถก้าวล่วงได้หรือหากสามารถก้าวล่วงได้ ก็ย่อมจะต้องทำตามเงื่อนไข ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามรัฐไม่ได้มีฐานะเป็นเพียงผู้ที่จะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเท่านั้น ในอีกด้านหนึ่งรัฐย่อมมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านั้นด้วย ภารกิจดังกล่าวนี้ทำให้รัฐต้องจัดโครงสร้างตลอดจนกระบวนการทางกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ เช่น การกำหนดให้มีศาลปกครองตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล ยิ่งไปกว่านั้นรัฐยังมีหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สามด้วย เช่น ในกรณีที่ปรากฏว่ามีภัยอันตรายคุกคามชีวิตหรือความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลจากบุคคลที่สามอันเป็นภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำโดยผู้กระทำไม่มีอำนาจกระทำได้ รัฐย่อมมีหน้าที่เข้าชดเชยวงราชการกระทำนั้นเพื่อปกป้องคุ้มครองชีวิตและความปลอดภัยในร่างกายของบุคคลที่ถูกล่วงละเมิด อาจกล่าวเป็นหลักได้ว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่เพียงแต่จะทำให้รัฐมีหน้าที่งดเว้นการกระทำที่จะก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกบุคคลเท่านั้น แต่ยังทำให้รัฐมีหน้าที่กระทำการปกป้องคุ้มครองสิทธิจากการถูกล่วงละเมิด โดยบุคคลที่สามอีกด้วย

2.6.3 การจัดการศึกษาและการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรม

รัฐมีภารกิจในการทำให้ประชาชนสามารถแสดงศักยภาพของความเป็นมนุษย์ออกมา โดยสมบูรณ์ตามความสามารถของแต่ละบุคคล การจัดการศึกษาให้ความรู้ทางวิชาการ การฝึกอบรมวิชาชีพ การสอนให้รู้จักอดทนอดกลั้นต่อความคิดความเห็นที่แตกต่างออกไป ตลอดจนการอบรมบ่มเพาะให้ประชาชนมีความรับผิดชอบต่อส่วนรวม ทำให้คนในสังคมมีความรู้ความสามารถและใช้ชีวิตในสังคมร่วมกันได้อย่างมีคุณภาพ รัฐย่อมต้องเคารพสิทธิในความคิด ความเชื่อส่วนบุคคล เคารพในสิทธิขั้นพื้นฐานของพลเมือง การจัดการศึกษาของรัฐจึงไม่ใช่การยึดเยียดความเชื่อทางศาสนาหรือลัทธิอื่นหนึ่งอันใดให้แก่พลเมืองของตน ในส่วนที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมตลอดจนการสื่อสารมวลชนนั้น รัฐต้องระมัดระวังมิให้การสนับสนุนส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมกลายเป็นการกำหนดเนื้อหาของศิลปวัฒนธรรม หรือบังคับให้บุคคลต้องแสดงออกทางศิลปวัฒนธรรมตามความต้องการของรัฐ

2.6.4 การจัดสวัสดิการสังคมและการสร้างความเป็นธรรมในสังคม

รัฐมีหน้าที่ในการจัดการให้พลเมืองสามารถดำรงชีวิตอยู่ในรัฐได้อย่างมีความหมาย ในฐานะเป็นมนุษย์ รัฐจึงมีหน้าที่ในการจัดทำบริการตลอดจนสวัสดิการขั้นพื้นฐานให้แก่พลเมือง เพื่อให้พลเมืองมีมาตรฐานในการดำรงชีวิตที่ดี เช่น การจัดให้มีการรักษาพยาบาล การจัดให้มีบำนาญหรือเงินสงเคราะห์คนชรา

2.6.5 การส่งเสริมและควบคุมกำกับเศรษฐกิจ

รัฐต้องพยายามส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจเจริญเติบโตเพื่อประโยชน์ในทางภาษีอากร อันเป็นแหล่งรายได้ของรัฐ โดยกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นกรอบในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ ตลอดจนการทำธุรกิจของผู้ประกอบการต่าง ๆ การควบคุมการแข่งขันให้เป็นไปอย่างเสรีและเป็นธรรม

2.6.6 การพิทักษ์รักษาสภาวะแวดล้อม

การพิทักษ์รักษาสภาวะแวดล้อมมีเป้าหมายอยู่ที่การรักษาสภาวะธรรมชาติ ขจัดการกระทำที่รบกวนหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่สภาวะธรรมชาติจนอาจเป็นอันตรายต่อบรรดาสสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย การพิทักษ์รักษาสภาวะธรรมชาติมีทั้งกรณีที่เจาะจงไปที่ส่วนใดส่วนหนึ่งของสภาวะแวดล้อม เช่น น้ำ ดิน อากาศ ภูมิอากาศ ป่าไม้ และเป็นกรณีที่เป็นการสัมพันธ์ระหว่างกันในสภาวะแวดล้อมทั้งหมด