

บทที่ 2

ลักษณะโดยทั่วไปและแนวคิดเกี่ยวกับการตรวจสอบและการใช้อำนาจ ของ “คณะกรรมการตุลาการ” (ก.ต.)

2.1 ประวัติความเป็นมาและบทบาทของ ก.ต.

ประวัติและความเป็นมาของคณะกรรมการตุลาการ (ปัจจุบันตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม”)

สถาบันซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำหน้าที่ประสานความยุติแก่ประชาชนในสังคมของนานาอารยประเทศ ได้แก่ สถาบันศาลหรือศาลยุติธรรม ส่วนบุคคลผู้ทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมในสถาบันดังกล่าว เรียกกันว่า ผู้พิพากษาหรือตุลาการ การอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนในสังคมก็คือ การวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งโต้เถียงระหว่างกันและการตัดสินลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับของสังคมนั้น ผู้พิพากษาศาลการผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวนี้จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรมปราศจากอคติ 4 มิฉะนั้นแล้ว แทนที่จะช่วยให้เกิดความสงบเรียบร้อยภายในสังคม กลับจะเป็นต้นเหตุให้เกิดความสับสนวุ่นวายขึ้นด้วยซ้ำ การที่ผู้พิพากษาศาลการจะต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยเที่ยงธรรมและปราศจากอคติ 4 อันได้แก่ ฉันทาคติ (ลำเอียงเพราะรัก) โทษาคติ (ลำเอียงเพราะโกรธ) โมหาคติ (ลำเอียงเพราะเขลา) และภยาคติ (ลำเอียงเพราะกลัว) นี้เป็นหลักปฏิบัติมาช้านานแล้ว ไม่ว่าสังคมใด บ้านเมืองใดหรือประเทศใด สำหรับอคติ 4 ประการนี้ ภยาคติ เป็นเรื่องที่มีมูลมาจากเหตุ หรือปัจจัยภายนอก ซึ่งอาจทำให้การพิจารณาพิพากษาคติของผู้พิพากษาศาลการนั้นๆ ไม่เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม เพราะเกรงกลัวว่าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าเป็นภัยจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารด้วยแล้วยังเป็นอันตรายมากและไม่อาจป้องกันได้ด้วยเหตุนี้ประเทศต่างๆ ทั่วโลกจึงพยายามกำจัดสาเหตุแห่งภยาคติของผู้พิพากษาศาลการ ด้วยการกำหนดหลักประกันให้แก่ผู้พิพากษาศาลการ เพื่อให้ผู้พิพากษาศาลการมีความมั่นใจว่าถ้าตนได้ปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามตัวบทกฎหมาย และโดยบริสุทธิ์ยุติธรรมแล้วจะไม่มีอันตรายหรืออำนาจใดๆ เข้าไปก้าวก่ายได้เลย ซึ่งจะเป็นผลให้ผู้พิพากษาศาลการได้มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคติอย่างสมบูรณ์และเที่ยงธรรม

หลักการที่จะให้ผู้พิพากษาศาลการเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคตินี้ นานาอารยประเทศต่างยอมรับนับถือ และนำไปกำหนดเป็นหลักการในการปกครองประเทศในรูปแบบต่างๆ โดยมีความมุ่งหมายอย่างเดียวกัน เช่น ในสหรัฐอเมริกาได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศที่

ตราขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1787 สำหรับประเทศไทยในสมัยที่มีการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช พระมหากษัตริย์ทรงมอบหมายให้ตุลาการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชอำนาจ แม้การปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การดูแลรับผิดชอบของพระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นรัฐาธิปัตย์ของประเทศก็ตาม พระองค์ก็ยังทรงหวังว่าผู้พิพากษาศาลการ จะได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างอิสระ ต่อมาเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ก็ได้มีบทบัญญัติรับรองความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของผู้พิพากษาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ นอกจากนี้ยังได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ กำหนดให้มีองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ เรียกว่า คณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. เพื่อคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาศาลการ องค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการนี้ ได้มีการแก้ไขปรับปรุงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่หลายครั้งเพื่อให้องค์กรนี้ได้เป็นหลักประกันความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีของผู้พิพากษาศาลการอย่างสมบูรณ์ โดยไม่ต้องเกรงกลัวว่าถ้าจะพิพากษาคดีให้เป็นผลร้ายแก่ฝ่ายบริหารหรือผู้มีอำนาจในทางการเมืองแล้ว จะได้รับการปฏิบัติในทางที่ไม่เป็นคุณแต่ประการใด อันเป็นผลให้ผู้พิพากษาศาลการของไทยในปัจจุบันสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้โดยเที่ยงธรรมและปราศจากภยาคติอย่างแท้จริง²

2.1.1 ประวัติความเป็นมา

การบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ ในอดีตนั้นประเทศไทยมีระบบศาลเดี่ยวในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่างๆ โดยศาลยุติธรรมจะเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเป็นการทั่วไป ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรม แม้จะมีความอิสระในการพิจารณาพิพากษาก็ตาม แต่ในเรื่องของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการนั้น ก็ย่อมต้องอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรภายใน หรือผู้มีอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติรับรอง โดยการบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรมนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ยุค คือ ในยุคของการปกครองประเทศภายใต้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช และยุคของการปกครองประเทศภายใต้ระบอบประชาธิปไตย

2.1.1.1 การบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์

การบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชนั้นปรากฏตามข้อความในหลักศิลาจารึกหลักที่ 1 ของพ่อขุนรามคำแหงเฉพาะด้านที่ 1 ซึ่งแปลเป็นภาษาปัจจุบันแล้วดังนี้

² อนุวัตร บุนนาค. (2522). ประวัติและบทบาทของ ก.ต. หน้า 173 – 174.

“... โพรฟ้าลูกเจ้าลูกขุนมิแลผิดแผกแสดกว้างกัน สนวนคูแท้แล้วจึงแล่งความแก่
 ข้าด้วยชื่อ บ่เข้าผู้ลักมักผู้ช่อน เห็นข้าวท่านบ่ใคร่พิณ เห็นสินท่านบ่ใคร่เดือด ฯลฯ ในปากประตุมิ
 กะดิ่งอันหนึ่งแขวนไว้หั้น โพรฟ้าหน้าปกกลางบ้านกลางเมืองมีถ้อยมีความเจ็บท้องข้องใจ มักจัก
 กล่าวถึงเจ้าถึงขุนบ่ไว้ ไปลั่นกระดิ่งอันท่านแขวนไว้ พ่อขุนรามคำแหงเจ้าเมืองได้”

ข้อความในหลักศิลาจารึกข้างต้นนี้แสดงให้เห็นว่า ในสมัยสุโขทัยเป็นราชธานี
 (พ.ศ. 1781 – 1893) เราก็มีสาลและผู้พิพากษาคตุการสำหรับทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีแล้ว

ด้วยเหตุนี้หลวงสุทิวาทนฤพุกาจารย์ผู้สอนประวัติศาสตร์กฎหมายที่
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จึงลงความเห็นว่ “ขุนศาลตราการนั้นมีมานานแล้ว จะเรียกชื่อ
 ผิดเพี้ยนกันไปอย่างไรไม่สำคัญ แต่บุคคลผู้ทำหน้าที่ต้องมิมานานแล้วแน่” ทั้งนี้โดยอาศัยจากการ
 พิจารณาหลักศิลาจารึกนี้เอง และลงความเห็นต่อไปว่า “แต่ความทุกข์ร้อนของราษฎรมิหลายกรณี
 ด้วยกันบางกรณีจะเรียกร้องต่อขุนนางเจ้าหน้าที่มีได้ ฯลฯ ก็ต้องร้องต่อพระมหากษัตริย์ ฯลฯ
 หมายความว่า เรื่องนั้นๆ เป็นเรื่องชนิดไม่อาจจะร้องต่อเจ้าขุนมูลนาย คือ หมดที่พึงจริงๆ แล้วจึงถึง
 พ่อเมืองฯ และหากจะมีเช่นนั้น การแต่งตั้งมอบหมายตลอดจนการถอดถอนหรือให้พ้นจาก
 ตำแหน่ง ก็น่าจะอยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือพ่อเมืองในสมัยนั้นที่จะทรง
 พระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งมอบหมายและถอดถอนหรือให้พ้นจากตำแหน่งด้วยพระองค์เอง
 ทั้งคงจะต้องเป็นผู้ที่พระมหากษัตริย์หรือพ่อเมืองในสมัยนั้นทรงไว้วางพระราชหฤทัยจริงๆ

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยาเป็นราชธานี (พ.ศ. 1893 – 2310) นั้น ได้มีการแบ่ง
 การบริหารราชการบ้านเมืองออกเป็น 4 กรม เรียกว่า กรมเมือง กรมวัง กรมคลัง กรมนา หรือแยก
 รวมกันว่า “จตุสดมภ์” กรมต่างๆ ทั้ง 4 นี้ ต่างมีเสนาบดีทำหน้าที่เป็นหัวหน้ากรม และในแต่ละกรม
 ต่างก็มีศาลของกรม สำหรับทำหน้าที่พิจารณาคดีต่างๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องในหน้าที่ราชการของกรม
 นั้นๆ

ลักษณะการบริหารราชการบ้านเมืองที่แบ่งออกเป็น 4 กรมดังกล่าวมานี้ ปรากฏ
 หลักฐานเป็นที่แน่นอนว่ามีมาแต่แรกตั้งกรุงศรีอยุธยา ครั้นมาในรัชสมัยสมเด็จพระบรมไตร
 โลกนาถได้ทรงตั้งเสนาบดีเพิ่มขึ้นอีก 2 ตำแหน่ง คือ สมุหพระกลาโหม และสมุหนายก

ราชการบ้านเมืองในสมัยต่อๆ มามีจำนวนมากขึ้นๆ ทำให้เกิดความจำเป็นต้อง
 แยกกรมออกไปอีก ฉะนั้น นอกจากกรมพระกลาโหม กรมมหาดไทย และกรมเมือง กรมวัง กรม
 คลัง กรมนาแล้ว ยังได้มีการจัดตั้งกรมชั้นรองลงมาสำหรับราชการต่างๆ อีกมาก และในส่วนที่
 เกี่ยวกับคดีความ กรมใดมีอำนาจชำระและตัดสินคดี กรมนั้นก็ได้อื่อว่าเป็นศาลด้วย แต่พระเจ้า
 แผ่นดินก็ยังทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจอันเด็ดขาดในอันที่จะมีพระบรมราชวินิจฉัยชี้ขาดในอรรถคดี

ต่างๆ ทั้งที่ศาลของกรมต่างๆ ได้ตัดสินไปแล้วหรือยังไม่ตัดสินหรือเป็นกรณีที่ศาลของกรมต่างๆ ไม่ทราบว่าจะตัดสินคดีนั้นๆ ได้อย่างใด

สำหรับการแต่งตั้งและถอดถอนตัวบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งเสนาบดีมีอำนาจบังคับบัญชาราชการในกรมต่างๆ ตลอดจนมีอำนาจที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับราชการของกรมต่างๆ ไม่มีหลักฐานปรากฏชัด แต่พอจะอนุมานเอาได้ว่าเรื่องต่างๆ ในสมัยนั้นรวมทั้งการแต่งตั้งข้าราชการผู้ใหญ่เป็นเรื่องที่อยู่ในพระบรมเดชานุภาพของพระเจ้าแผ่นดิน

ต่อมาในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ลักษณะการบริหารราชการบ้านเมืองที่แบ่งเป็นกรมต่างๆ และกรมใดมีอำนาจชำระและตัดสินคดีได้ กรมนั้นก็ได้อำนาจว่าเป็นศาลด้วย ยังคงดำเนินต่อมาจนถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์โดยมีการตั้งกรมหรือศาลเพิ่มเติมตามความจำเป็น

สำหรับการแต่งตั้งตัวบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเสนาบดี เจ้ากรมหรือตุลาการตำแหน่งสูงนั้น น่าจะเป็นพระราชอำนาจของพระเจ้าแผ่นดินที่ทรงเลือกเฟ้นสรรหาและแต่งตั้งเองเหมือนเช่นในสมัยกรุงศรีอยุธยา แต่สำหรับตุลาการตำแหน่งรองๆ นั้น พระเจ้าแผ่นดินอาจจะได้ทรงมอบหมายให้เสนาบดี หรือเจ้ากรมพิจารณาแต่งตั้งได้โดยพระบรมราชานุมัติ

ต่อมาใน พ.ศ. 2471 ซึ่งเป็นรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้มีการเปลี่ยนแปลงในเรื่องการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ โดยมีประกาศจัดระเบียบราชการกระทรวงยุติธรรมลงวันที่ 15 ธันวาคม 2471 กำหนดให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม มีหน้าที่รับผิดชอบบังคับบัญชาทั้งฝ่ายตุลาการและฝ่ายธุรการ เว้นแต่การพิจารณาพิพากษาซึ่งเป็นอำนาจของศาลแต่โดยมีเงื่อนไขให้เสนาบดีฯ นั่งกำกับพิจารณาปริกษาคดีในศาลยุติธรรมทุกศาลด้วยการแต่งตั้ง การเลื่อน ย้าย หรือปลดผู้พิพากษาให้เป็นอำนาจของเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจสิทธิขาด โดยอธิบดีศาลฎีกาไม่มีอำนาจให้ความเห็น³

2.1.1.2 การบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการในระบอบประชาธิปไตย

หลังจากที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดินจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงวันที่ 10 ธันวาคม 2475 ก็ได้บัญญัติรับรองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีไว้ อย่างไรก็ตามระบบการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการก็ยังมีได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขประการใดและยังคงถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2471 ต่อมาเป็นแต่เปลี่ยนตัวผู้มีอำนาจในกระทรวงยุติธรรมจากเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม มาเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และการนำความกราบบังคมทูลพระกรุณาเพื่อให้ทรงแต่งตั้งเลื่อนหรือถอดถอนข้าราชการ

³ อินทรา ฉิวรัมย์. (2545). ความคิดเห็นของผู้พิพากษาไทยกับทางเลือกในการสรรหาคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.). หน้า 124 – 129.

ตุลาการแทนที่จะเป็นการกราบบังคมทูลเพื่อให้ทรงกระกรุณาโปรดเกล้าฯ โดยพระบรมเดชานุภาพตามความหมายเดิม กลับเป็นการนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยตามแบบฉบับของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์จะไม่ต้องทรงรับผิดชอบในการบริหารราชการแผ่นดิน แต่มีนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีที่รับมอบหมายลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และเป็นผู้รับผิดชอบแทนเท่านั้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าในช่วงแรกของการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันแท้จริงในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการตกอยู่แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม และคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร⁴

ตั้งแต่สมัยสมบูรณาญาสิทธิราชจนกระทั่งในสมัยการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยในปี 2477 ได้มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 ออกใช้บังคับ เพื่อให้การบริหารงานบุคคลของบรรดาข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมมีศักยภาพและทันต่อยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลง โดยให้ยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2471

โดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 ฉบับนี้เป็นกฎหมายฉบับแรกที่ได้กำหนดให้มี “คณะกรรมการตุลาการ” (Judicial Service Commission) ขึ้นโดยตรงและทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมอย่างแท้จริง ซึ่งต่อมาก็ได้มีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงและยกเลิกพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกหลายครั้ง แต่ทุกครั้งก็ยังคงกำหนดเรื่องเกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการด้วยทุกครั้ง จนปัจจุบันได้บัญญัติเป็นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ขึ้นใช้บังคับ

2.1.2 วิวัฒนาการทางโครงสร้างและบทบาทของ ก.ต.

2.1.2.1 โครงสร้างและบทบาทของ ก.ต. (ก่อนปี 2540)

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 ใช้บังคับอยู่เพียงสองปี ก็ได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พุทธศักราช 2479 ออกมาใช้บังคับแทน โดยแก้ไขสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับปี พุทธศักราช 2477 บางประการ กล่าวคือ

ก. แก้ไขโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต.เสียใหม่ เพิ่มจำนวน 5 นาย เป็น 7 นาย โดยมีกรรมการโดยตำแหน่ง 3 นาย คือ อธิบดีศาลฎีกาเป็นประธาน ก.ต. ปลัดกระทรวงยุติธรรม และอธิบดีศาลอุทธรณ์ กับมีกรรมการโดยคุณวุฒิอีก 4 นาย คือ ผู้แทนเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งกรรมการเนติบัณฑิตยสภาเลือกกันเอง 1 นาย ผู้แทนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และการเมือง ซึ่งกรรมการมหาวิทยาลัยเลือกกันเอง 1 นาย และข้าราชการตุลาการเป็ยบำนาญ

⁴ อนุวัตร บุญนาค. เล่มเดิม. หน้า 175 – 176.

ซึ่งข้าราชการตุลาการสามัญชั้นโทขึ้นไปเป็นผู้เลือกอีก 2 นาย อันเป็นการนำหลักการใหม่ที่ผู้พิพากษาเลือกข้าราชการตุลาการบำนาญเข้าร่วมเป็น ก.ต. มาใช้เป็นครั้งแรก

ข. แก้ไขมิให้คณะรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎรเข้ามาเกี่ยวข้องกับแต่งตั้งข้าราชการตุลาการอีกต่อไป

ค. กำหนดให้มีคณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. ขึ้นคณะหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการตุลาการสามัญในกระทรวงยุติธรรมเหมือนอย่าง ก.พ. และ อ.ก.พ. กระทรวงตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พุทธศักราช 2479 คงใช้บังคับอยู่เพียงสองปีเศษ ก็ได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พุทธศักราช 2482 ออกมาใช้บังคับแทนที่ได้แก้ไขโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการ โดยตัดกรรมการโดยคุณวุฒิที่เป็นผู้แทนเนติบัณฑิตยสภาและผู้แทนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองออก และให้รัฐมนตรีฯ เลือกข้าราชการตุลาการสามัญชั้นพิเศษเข้าเป็นกรรมการตุลาการ 1 นาย กับให้เพิ่มจำนวนข้าราชการตุลาการเทียบบำนาญจากจำนวน 2 นายเป็น 3 นาย รวมเป็นกรรมการ 7 นายเท่าเดิม แต่ได้ตัดอำนาจคณะกรรมการตุลาการลงบางประการ

พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับอยู่ 3 ปีเศษ ก็ได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พุทธศักราช 2485 ออกมาใช้บังคับแทนที่ โดยมีได้มีการแก้ไขในหลักการสำคัญ นอกจากกำหนดให้มีการอบรมผู้สอบคัดเลือกเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการก่อนที่จะมีการบรรจุเข้าเป็นราชการตุลาการเท่านั้น พระราชบัญญัติฉบับปี พุทธศักราช 2485 ได้ใช้บังคับอยู่เป็นเวลานานถึง 12 ปี โดยมีมีการแก้ไขเพิ่มเติม 3 ครั้ง จึงได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2497 ออกใช้บังคับแทน

ในระหว่างที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พุทธศักราช 2485 ยังใช้บังคับอยู่นั้น ได้มีวิวัฒนาการสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการเกิดขึ้นคือรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2489 มาตรา 84 ได้บัญญัติให้การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนเงินเดือน การย้ายและการถอดถอนผู้พิพากษาจะต้องได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ การที่มีบทบัญญัติเช่นนี้ในรัฐธรรมนูญ นับเป็นก้าวสำคัญที่สุดในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการเท่ากับเป็นการบัญญัติรับรององค์กรคณะกรรมการตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นการเพิ่มหลักประกันและความมั่นใจให้แก่ผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่อย่างดียิ่ง แม้รัฐธรรมนูญฉบับนี้จะใช้บังคับอยู่เพียงปีเศษ แต่รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ก็ได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในทำนองเดียวกัน (โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้เพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับองค์ประกอบ

ของคณะกรรมการตุลาการไว้ในรัฐธรรมนูญ) โดยเหตุที่ได้มีกฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ดังกล่าว จึงทำให้คณะกรรมการตุลาการมีความสำคัญเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก และเป็นการสอดคล้องกับหลักการในรัฐธรรมนูญอีกมาตราหนึ่งที่บัญญัติไว้ว่า “ผู้พิพากษามีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี” เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้ให้ความเห็นชอบในการให้คุณและให้โทษแก่ผู้พิพากษาเช่นนี้แล้ว ผู้พิพากษาก็จะสามารถปฏิบัติหน้าที่ของตนได้โดยอิสระและไม่ต้องเกรงกลัวอิทธิพลของอำนาจฝ่ายอื่น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2497 ได้มีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการฉบับใหม่ ออกใช้บังคับ ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมสาระสำคัญของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการฉบับก่อนๆ หลายประการ ทั้งในทางที่เป็นผลดีแก่ราชการตุลาการและในทางตรงกันข้าม เป็นต้นว่า

ก. แก้ไขโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการเสียใหม่ โดยให้มีกรรมการโดยตำแหน่ง 5 นาย คือ ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีผู้พิพากษาศาลแพ่ง อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญา และปลัดกระทรวงยุติธรรม กับมีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอีก 5 นาย ซึ่งจะทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งด้วยความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร โดยมีรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเข้ามาเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ สำหรับกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิก็มีได้ระบุไว้ว่าจะต้องเป็นข้าราชการตุลาการบ้านาญเหมือนอย่างที่เคยเป็นมาตั้งแต่ พ.ศ.2479 จะเห็นได้ว่าในจำนวนคณะกรรมการตุลาการ 11 นาย มีข้าราชการตุลาการอยู่เพียง 4 นายเท่านั้น จึงเป็นอันว่าโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการชุดใหม่เปิดโอกาสให้รัฐมนตรีฯ สามารถคุมเสียงได้ถึง 7 เสียง เพราะผู้ที่ทรงโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งด้วยความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรนั้น ในทางปฏิบัติคณะรัฐมนตรีจะเป็นฝ่ายเลือกเฟ้นตัวและเสนอไปปรับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวจึงทำให้ฝ่ายบริหารสามารถเข้ามาคุมเสียงข้างมากในคณะกรรมการตุลาการ และมีอำนาจบังคับตุลาการให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษาศาลอาญาอันเป็นช่องทางให้ใช้อิทธิพลในการพิจารณาพิพากษาคดีได้

ข. กำหนดให้รัฐมนตรีฯ สั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนข้าราชการตุลาการได้ เมื่อคณะกรรมการตุลาการเห็นชอบด้วยแล้ว เว้นแต่ข้าราชการตุลาการชั้น 3 ขึ้นไปต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีด้วย ซึ่งเป็นช่องทางให้คณะรัฐมนตรีเข้ามามีอิทธิพลเหนือข้าราชการตุลาการได้อีกทางหนึ่งเช่นกัน

และในปี พ.ศ.2521 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 โดยยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับปี พ.ศ.2497 แต่อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติ

ฉบับนี้ยังคงบัญญัติหลักการสำคัญต่างๆ ที่เกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการไว้อย่างเดียวกับที่เป็นอยู่ก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้

โดยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ.2521 ได้กำหนดบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัตินี้ได้แบ่งข้าราชการฝ่ายตุลาการออกเป็น 3 ประเภท คือ

ข้าราชการตุลาการ คือ ข้าราชการผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี รวมตลอดถึงผู้ช่วยผู้พิพากษาและข้าราชการผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่น
 ตะโตะยุติธรรม คือ ข้าราชการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อกฎหมายอิสลามและ

ข้าราชการธุรการ คือ ข้าราชการผู้มีหน้าที่ในทางธุรการ

จากที่กล่าวมาสำหรับข้าราชการสองประเภทแรกซึ่งเป็นผู้มีหน้าที่ในทางตุลาการนั้น การบริหารงานบุคคลของข้าราชการดังกล่าวอยู่ในขอบข่ายอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการฯ ส่วนการบริหารงานบุคคลของข้าราชการธุรการในกระทรวงยุติธรรมนั้น เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎ ก.พ. ฉบับต่างๆ

คณะกรรมการตุลาการเป็นองค์กรซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการแต่งตั้ง การโยกย้ายสับเปลี่ยน การเลื่อนชั้นเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเงินเดือนและการลงโทษทางวินัย ตลอดจนเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการตุลาการ องค์กรนี้ได้เริ่มก่อตั้งมาตั้งแต่ พ.ศ.2477 และได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับโครงสร้างตลอดจนอำนาจหน้าที่มาเป็นระยะๆ ดังได้กล่าวไว้ในตอนต้น

อนึ่ง เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ตามที่กล่าวมา สามารถอธิบายโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการได้ดังนี้

คณะกรรมการตุลาการหรือ ก.ต. ตามกฎหมายดังกล่าวมีจำนวน 12 คน ประกอบด้วยกรรมการ 3 ประเภท คือเป็น ก.ต. โดยตำแหน่ง

ก. กรรมการโดยตำแหน่ง ซึ่งมีอยู่ 4 นาย คือ ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลฎีกามีอาวุโสสูงสุด และปลัดกระทรวงยุติธรรม

ข. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิประเภทข้าราชการตุลาการประจำการ ซึ่งมีอยู่ 4 นาย โดยให้ข้าราชการตุลาการที่ได้รับเงินเดือนแต่ชั้นสองขึ้นไปเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการตั้งแต่ชั้น 7 ขึ้นไป

ค. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิประเภทข้าราชการบ้านานู ซึ่งมีอยู่ 4 นาย โดยให้ข้าราชการตุลาการที่ได้รับเงินเดือนตั้งแต่ขั้นสองขึ้นไปเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการบ้านานู แต่ต้องไม่เป็นข้าราชการการเมือง สมาชิกวุฒิสภา กรรมการพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง หรือทนายความ

คณะกรรมการตุลาการนี้มีประธานศาลฎีกาเป็นประธาน ก.ต. และเลขาธิการส่งเสริมงานตุลาการ เป็นเลขานุการ ก.ต.

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 8 นายนี้จะอยู่ในตำแหน่งได้คราวละสองปี และเมื่อครบกำหนดวาระแล้ว กระทรวงยุติธรรมจะจัดให้มีการเลือกกรรมการตุลาการชุดใหม่ สำหรับวิธีการเลือกจะเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งได้วางวิธีการเลือกไว้อย่างรัดกุม กรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งครบกำหนดวาระแล้วมีสิทธิที่จะได้รับเลือกใหม่ได้

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะพ้นจากตำแหน่งเมื่อ ครบกำหนดวาระ ตาย ลาออกเป็นกรรมการตุลาการ โดยตำแหน่งหรือพ้นจากตำแหน่งข้าราชการตุลาการ กลับเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตุลาการ ในกรณีที่เป็นข้าราชการบ้านานู หรือเป็นข้าราชการการเมือง สมาชิกวุฒิสภา กรรมการพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง หรือทนายความ

กรณีสงสัยว่ากรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิผู้ใดพ้นจากตำแหน่งกรรมการตุลาการหรือไม่ ให้ปลัดกระทรวงฯ เสนอ ก.ต. เพื่อวินิจฉัยชี้ขาด

กรณีที่มีตำแหน่งกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิว่างลงก่อนถึงกำหนดวาระ รัฐมนตรีฯ จะสั่งให้ดำเนินการเลือกซ่อมเพื่อให้ได้มีกรรมการตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิเต็มจำนวน แต่ในระหว่างที่มีตำแหน่งกรรมการว่างลงนี้หากมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการโดยรีบด่วน กรรมการตุลาการที่เหลือก็อาจดำเนินการไปได้ แต่จะต้องมีกรรมการตุลาการพอที่จะเป็นองค์ประชุม

กรณีที่มีกรรมการโดยตำแหน่งว่างลง หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ผู้รักษาการแทนหรือผู้ทำการแทนชั่วคราวตามกฎหมาย ทำหน้าที่กรรมการตุลาการแทนในระหว่างนั้น⁵

แม้ต่อมาจะมีการออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 พ.ศ. 2535 โดยกำหนดให้ ก.ต. ประกอบด้วยประธานศาลฎีกา เป็นประธาน ก.ต. อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ รองประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ภาค อธิบดีผู้พิพากษาศาลชั้นต้น อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางและปลัดกระทรวงยุติธรรมเป็น ก.ต. โดยตำแหน่ง และ

⁵ อนุวัตร บุญนาค. เล่มเดิม. หน้า 176 – 185.

ก.ต. ผู้ทรงคุณวุฒิ 10 คน ซึ่งประกอบด้วยข้าราชการตุลาการชั้น 7 ขึ้นไป ซึ่งมีได้เป็น ก.ต. โดยตำแหน่งอยู่แล้ว และข้าราชการตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลฎีกา 6 คน ที่ข้าราชการตุลาการซึ่งได้รับเงินเดือนตั้งแต่ชั้น 2 ขึ้นไปเป็นผู้เลือก

ผู้รับบำนาญซึ่งเคยรับราชการเป็นข้าราชการตุลาการ ตำแหน่งประธานศาลฎีกา คนหลังสุดตามลำดับ 4 คน ซึ่งต้องไม่เป็นข้าราชการการเมืองสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร กรรมการพรรคการเมือง เจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง หรือทนายความ

จะเห็นได้ว่าการต่อสู้เพื่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาของประเทศไทยเรานั้น ได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องมาทุกยุคทุกสมัยทั้งนี้ก็เพื่อผดุงไว้ซึ่งความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไว้มิให้บุคคลหรือองค์กรใดมาก้าวท้าว ซึ่งแสดงถึงความสำคัญของความเป็นอิสระของผู้พิพากษาว่าเป็นสิ่งที่รัฐควรจัดให้มีขึ้นอย่างแท้จริงในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย⁶

นอกจากโครงสร้างของ ก.ต. ดังที่กล่าวมา อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ก็ยังมีบทบาทในเรื่องการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนชั้นเลื่อนเงินเดือน การโยกย้ายสับเปลี่ยนตำแหน่ง ตลอดจนการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ ขึ้นอยู่กับคณะกรรมการตุลาการทั้งหมด คณะกรรมการตุลาการจึงเป็นองค์กรที่ให้ความเป็นธรรมแก่ข้าราชการตุลาการสมความมุ่งหมายที่เป็นหลักประกันความเป็นอิสระของข้าราชการตุลาการทั้งปวง⁷

ภายหลังที่ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 เพื่อปรับปรุงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการให้ทันต่อยุคสมัย ต่อมาในปี 2534 ได้เกิดเหตุการณ์วิกฤตตุลาการขึ้นภายในองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งถือเป็นเหตุการณ์ประวัติศาสตร์เนื่องจาก “คณะกรรมการตุลาการ” ซึ่งมีบทบาทด้านการบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นบทบาทในการให้คุณให้โทษ เช่น การเลื่อนชั้น เลื่อนเงินเดือน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาโทษทางวินัย และยังเป็นองค์กรที่ประกันความอิสระของผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดีมิให้มีการก้าวท้าวหรือแทรกแซงภายในองค์กร ซึ่งจะกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดีได้ อีกทั้งบุคคลากรหรือกรรมการก็ยังเป็นผู้มีคุณวุฒิและเป็นที่ยอมรับของเหล่าผู้พิพากษาศาลยุติธรรม

โดยเหตุการณ์ดังกล่าวนี้ ได้มีการแบ่งฝ่ายของคณะกรรมการตุลาการเพื่อช่วงชิงตำแหน่งสูงสุดของศาลยุติธรรม คือ ตำแหน่งประธานศาลฎีกาให้เป็นของบุคคลที่อยู่ภายในสังกัดของฝ่ายตน ซึ่งจากเหตุการณ์ในครั้งนั้นส่งผลกระทบต่อองค์กรตุลาการอย่างมาก ทำให้

⁶ อินทรา ฉวีรัมย์. เล่มเดิม. หน้า 142 – 143.

⁷ อนุวัตร บุญนาค. เล่มเดิม. หน้า 185 – 189.

ประชาชนไม่มั่นใจในการอำนวยความสะดวกแก่บรรดาศักดิ์ว่าจะส่งผลให้การพิจารณาพิพากษาคดีจะเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมและปราศจากอคติใดๆ หรือไม่ ต่อมาได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 โดยได้มีการแก้ไขในปี 2543 เพื่อแก้ไขโครงสร้างและบทบาทของคณะกรรมการตุลาการ หรือเรียกโดยย่อว่า ก.ต. ซึ่งกฎหมายฉบับใหม่นี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543”

2.1.2.2 โครงสร้างและบทบาทของ ก.ต. (หลังปี 2540)

จากวิวัฒนาการทางโครงสร้างและบทบาทของคณะกรรมการตุลาการก่อนปี 2540 ตามกฎหมายที่กล่าวมาแล้วนั้น ปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการแก้ไขบทบัญญัติเรื่องของการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ก. โครงสร้าง “คณะกรรมการตุลาการ” (ซึ่งตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม”)

โครงสร้างของคณะกรรมการดังกล่าว ประกอบด้วยกรรมการ 15 คน ดังนี้
ประธานศาลฎีกาเป็นประธานกรรมการ กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิสิบสองคน ซึ่งข้าราชการตุลาการเว้นแต่ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล โดยกำหนดให้ “ศาลฎีกา” ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวนสี่คน “ศาลอุทธรณ์” ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์ และศาลอุทธรณ์ภาคในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ หรือศาลอุทธรณ์ภาค จำนวนสี่คน “ศาลชั้นต้น” ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการผู้มีอาวุโสสูงสุดหนึ่งร้อยคนแรกในศาลชั้นต้น ซึ่งมีข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโส จำนวนสี่คน และกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิสองคน ซึ่งวุฒิสภาเลือกจากบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม และมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 39⁸

⁸ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

มาตรา 39 กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 36 (3) ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) เป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 26 (1) (5) (6) (7) (8) หรือ (9)
- (2) ไม่เป็นบุคคลตามมาตรา 59 (5) หรือ (6)
- (3) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบปีบริบูรณ์
- (4) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า

สำหรับข้าราชการตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามประกาศกำหนดของ ก.ต. หรือ ผู้ซึ่งได้รับคำสั่งให้รับราชการในศาลอื่น ให้มีสิทธิได้รับเลือกเป็นกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในชั้นศาล ซึ่งข้าราชการตุลาการนั้นมีเงินเดือนอยู่ในชั้นศาลนั้นในขณะที่จัดให้มีการเลือกกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม และห้ามมิให้กรรมการบริหารศาลยุติธรรม (ก.บ.ศ.) เป็นกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในคราวเดียวกัน

ข. บทบาทและอำนาจหน้าที่ของ “คณะกรรมการตุลาการ”

เรื่องบทบาทและอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กฎหมายดังกล่าวกำหนดให้ ก.ต. มีบทบาทเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบในการจัดการศึกษาอบรมตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (มาตรา 15 วรรคหนึ่ง) ให้ความเห็นชอบแก่ประธานศาลฎีกาในการสั่งให้ผู้ช่วยผู้พิพากษา ซึ่งไม่เหมาะสมในการดำรงตำแหน่ง หรือเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษามาเกินเวลาที่กฎหมายกำหนดและผลของการศึกษาอบรมยังไม่ผ่านมาตรฐานที่ ก.บ.ศ. กำหนด ออกจากราชการหรือโอนไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรม (มาตรา 15 วรรคสอง) ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการแต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง การงดเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่ง (มาตรา 17) ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการให้ผู้พิพากษาไปช่วยราชการชั่วคราว (มาตรา 21) ให้ความเห็นชอบในการโอนข้าราชการตุลาการไปเป็นข้าราชการพลเรือน ข้าราชการศาลยุติธรรม หรือข้าราชการฝ่ายอื่น (มาตรา 22) ให้ความเห็นชอบ กรณีที่

(5) ไม่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลปกครอง กรรมการการเลือกตั้ง กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือกรรมการในคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง หรือศาลอื่น

(6) ไม่เป็นทนายความ ข้าราชการตำรวจ หรือข้าราชการอัยการ

(7) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือคนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ

(8) ไม่เป็นกรรมการ ที่ปรึกษา พนักงาน ลูกจ้าง หรือดำรงตำแหน่งใดในรัฐวิสาหกิจ

(9) ไม่ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอื่นใดอันเป็นการกระทบกระเทือนถึงการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ

ข้าราชการตุลาการพ้นจากตำแหน่ง โดยมีได้มีความผิด หรือมีมลทินหรือมีหมองในราชการ หรือ โอนกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งข้าราชการตุลาการ (มาตรา 24) ให้ความเห็นชอบในการสั่งบรรจุข้าราชการตุลาการที่ไปรับราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหาร (มาตรา 25) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับราชการตุลาการ (มาตรา 26) อนุญาตให้ประธานศาลฎีกาออกจากราชการ (มาตรา 33) ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการให้ข้าราชการตุลาการออกจากราชการเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทน เหตุทุพพลภาพ หรือเหตุรับราชการนานตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (มาตรา 35) ออกระเบียบเกี่ยวกับการเข้าชื่อขอและลงมติถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ (มาตรา 42) อำนาจในการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการให้กระทำการ ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. (มาตรา 47 วรรคหนึ่ง) พิจารณาเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่ง การโยกย้าย การแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง รวมทั้งการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ (มาตรา 47 วรรคสอง) ออกระเบียบเกี่ยวกับองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ และวิธีการดำเนินการใดๆ อันอยู่ในอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. ตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎหมายอื่น (มาตรา 51) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งคณะตุลาการ (มาตรา 52 วรรคสอง) ให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งคณะตุลาการ (มาตรา 52 วรรคสาม) ให้ความเห็นชอบในการออกจากราชการของคณะตุลาการ (มาตรา 53) ให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับการแต่งตั้งคณะตุลาการไปเป็นข้าราชการศาลยุติธรรม หรือโอนไปเป็นข้าราชการพลเรือน หรือข้าราชการฝ่ายอื่น (มาตรา 53 วรรคสอง) กำหนดระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการ (มาตรา 62) กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนข้อเท็จจริง กรณีข้าราชการตุลาการถูกกล่าวหาหรือสงสัยว่ากระทำผิดวินัย (มาตรา 68) ให้ความเห็นชอบกรณีที่ประธานศาลฎีกาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ได้สั่งโดยผิดหลงให้เป็นคุณแก่ผู้ถูกลงโทษ (มาตรา 82) ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย (มาตรา 83) และการพิจารณาคำร้องทุกข์ กรณีที่ข้าราชการตุลาการถูกออกจากราชการ เนื่องจากไม่เหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการหรือเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และผลการศึกษาอบรมไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่ ก.บ.ศ. กำหนด หรือขาดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย หรือเพื่อรับบำเหน็จบำนาญเหตุทดแทน เหตุทุพพลภาพ หรือเหตุรับราชการนานตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญข้าราชการ หรือได้รับความเสียหายจากคดีอื่นของ ก.ต. (มาตรา 84)

ส่วนเรื่องของการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ กฎหมายกำหนดให้ในกรณีการดำรงตำแหน่งครบวาระ โดยมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละไม่เกินสองปี และจะดำรงตำแหน่งเกินกว่าสองวาระมิได้ นอกจากกรณีดังกล่าวก็จะเป็น

กรณีการดำรงตำแหน่งไม่ครบวาระเพราะเหตุตาย ยื่นหนังสือขอลาออกต่อประธานศาลฎีกา การกระทำผิดวินัยนับแต่วันที่มีคำสั่งลงโทษทางวินัย (กรณีเป็นข้าราชการตุลาการ) ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกา หรือผู้พิพากษาอาวุโสหรือพ้นจากตำแหน่งข้าราชการตุลาการ หรือพ้นจากตำแหน่งข้าราชการตุลาการในชั้นศาลที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในเวลาที่ได้รับเลือก ในกรณีกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิเป็นข้าราชการตุลาการ ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามมาตรา 39 (กรณีที่ไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการตุลาการ) ถูกถอดถอนออกจากตำแหน่งตามมาตรา 40 ขาดการประชุมเกินสามครั้งติดต่อกัน โดยไม่มีเหตุอันสมควรและไม่ได้รับอนุญาตจากที่ประชุม ก.ต. กรณีที่มีผู้ได้กล่าวถึงการพ้นจากตำแหน่งของประธานศาลฎีกาในฐานะประธานกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เนื่องจากเป็นกรรมการฯ โดยตำแหน่ง

อนึ่ง การประชุมเพื่อพิจารณาหรือลงมติของ ก.ต. ต้องมีกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

จากที่กล่าวมาในเบื้องต้นในเรื่องวิวัฒนาการทางโครงสร้างและบทบาทของ ก.ต. พอจะสรุปได้ว่า ก.ต. เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารจากการใช้อำนาจในการแต่งตั้ง การเลื่อนตำแหน่ง การเลื่อนขึ้นเงินเดือน และโดยเฉพาะการลงโทษทางวินัยที่อาจส่งผลให้เกิดมลทินและเป็นประวัติติดตัวข้าราชการตุลาการผู้นั้นได้ และประการสำคัญที่อาจจะส่งผลกระทบต่อการศึกษาพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของข้าราชการตุลาการผู้นั้น หากต้องไปพิจารณาพิพากษาคดีที่มีบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งจะทำให้ผลของคดีอาจไม่เป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ยุติธรรมและสอดคล้องต่อหลักนิติรัฐ (Legal State) ที่เป็นหลักกฎหมายที่นานาอารยประเทศยอมรับนับถือ โดยมีความหมายว่า “การที่ประชาชนและองค์กรภายในประเทศต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย และการกระทำใดๆ ก็ต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย โดยองค์กรฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีเขตอำนาจในคดีนั้นๆ เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่อรรถคดีต่างๆ”

โดยอำนาจหน้าที่และบทบาทที่สำคัญและมักเป็นคดีพิพาทสู่ศาลของ ก.ต. อาจสรุปได้ดังนี้ กล่าวคือ

อำนาจในการวางหลักเกณฑ์ วิธีการ และกฎระเบียบในการปฏิบัติงานของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ให้ความเห็นชอบในการบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย การเลื่อนตำแหน่ง การลดขึ้นเงินเดือนหรือเงินประจำตำแหน่งแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการบรรจุแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ หรือผู้ช่วยผู้พิพากษา หรือข้าราชการตุลาการซึ่งเรียกชื่ออย่างอื่น กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับราชการตุลาการ

พิจารณาและมีมติลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม และพิจารณาคำร้องทุกข์ของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม

อนึ่ง บทบาทและการใช้อำนาจหน้าที่ของ ก.ต. ดังที่กล่าวมา สามารถแยกการกระทำของ ก.ต. อันมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ซึ่งกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลได้เป็น 2 กรณี

กรณีแรก การกระทำทางปกครองที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม คือ การเลื่อนชั้น เลื่อนเงินเดือน การบรรจุ แต่งตั้ง และโดยเฉพาะการลงโทษทางวินัย และ

กรณีที่สอง การกระทำทางปกครองที่มีผลเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลภายนอกองค์กรฝ่ายตุลาการ คือ การกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาหรือคดีอื่นๆ ที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยตรง

ก่อนที่จะอธิบายถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอันอาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม และประชาชนภายนอกองค์กรฝ่ายตุลาการ ผู้เขียนขออธิบายทฤษฎีเกี่ยวกับ “การกระทำทางปกครอง” ดังต่อไปนี้

2.1.3 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง

รูปแบบของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเกิดจากการใช้อำนาจตามที่กฎหมายซึ่งเป็นที่มาและข้อจำกัดอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง ในการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งมีผลกระทบบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและหน้าที่ของประชาชนสามารถแบ่งได้ดังนี้

2.1.3.1 คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) หมายถึง สิ่งที่ฝ่ายปกครองกระทำการไปแล้วก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองผู้กระทำการภายในขอบเขตของกฎหมายมหาชน โดยมีการแสดงเจตนาคล้ายกับกฎหมายแพ่งซึ่งในบางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมันเรียกคำสั่งทางปกครองนี้ว่า “นิติกรรมทางปกครอง” โดยลักษณะของนิติกรรมทางปกครองจริงๆ แล้วจะต้องมีองค์มาตรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

โดยในประเทศไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้ให้ความหมายของคำว่า “คำสั่งทางปกครอง” ว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นต่อบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัย การอุทธรณ์ การรับรอง การจดทะเบียน แต่ไม่รวมถึงการออกกฎ

“กฎ” ในที่นี้หมายถึงความถึงกฎต่างๆ ไป เช่น กฎกระทรวง เพราะกฎไม่มีลักษณะเป็นการสั่งเฉพาะราย เป็นแต่เพียงการประกาศโดยทั่วไป ซึ่งโดยปกติแล้ว กฎหมาย (norm) มักไม่มีผลกระทบสิทธิของประชาชน โดยตรงจนกว่าจะมีการอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้นๆ สั่งการให้ประชาชนปฏิบัติ กล่าวอีกนัยหนึ่งประชาชนจะถูกกระทบตามสิทธิในกรณีที่มีการสั่งการให้ปฏิบัติ

ความหมายของ “คำสั่งทางปกครอง” ของประเทศเยอรมันสาระสำคัญอยู่ที่การกระทำ ซึ่งอาจออกมาในรูปวาจา หรือลายลักษณ์อักษรก็ได้

องค์ประกอบเบื้องต้นของ “คำสั่งทางปกครอง”

ประการแรก คำสั่ง คำวินิจฉัย รวมทั้งมาตรการต่างๆ ของฝ่ายปกครองนั่นเอง คำสั่งดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรเสมอไป กล่าวคือรูปแบบอาจจะเป็นวาจาหรือท่าทางก็ได้ เช่น ตำรวจจราจรโบกธงก็เป็นคำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่จะมาอำนวยความสะดวกถ้าฝ่าฝืนก็เท่ากับขัดคำสั่งเจ้าหน้าที่ อาจได้รับโทษทางปกครอง หรือทางอาญา

ประการที่สอง เจ้าหน้าที่ที่จะออกคำสั่งต้องมีอำนาจในทางปกครองที่จะออกคำสั่งนั้นๆ ถ้าไม่มีอำนาจก็ไม่ใช่คำสั่งในทางปกครอง รัฐจะใช้อำนาจได้โดยผ่านเจ้าหน้าที่ เช่น ข้าราชการพลเรือน เจ้าพนักงานตำรวจ อีกประการหนึ่ง งานบางอย่างเป็นงานของส่วนราชการหรือของรัฐ แต่รัฐไม่ได้ทำเองมอบให้บางองค์กรทำแทน เช่น สภาวิชาชีพ หรือบางกรณีรัฐทำเองบางส่วน เช่น การตรวจสภาพรถยนต์เมื่อมาต่อทะเบียน การตรวจสภาพรถยนต์รัฐมอบหมายให้องค์กรเอกชนทำแทน ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำองค์กรของฝ่ายปกครองด้วย ฉะนั้นเราต้องถือตามความหมายอย่างกว้าง คือแม้รัฐไม่ได้ทำเองแต่ให้องค์กรเอกชนทำแทนซึ่งได้รับมอบอำนาจมาจากรัฐ เราก็ถือว่าเป็นองค์กรของฝ่ายปกครองด้วย

ประการที่สาม ในคำสั่ง การอนุมัติ การวินิจฉัย จะต้องมิเนื้อหาสาระให้ผู้รับคำสั่งกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ถ้าอ่านแล้วไม่รู้ว่าให้ทำอะไร ก็ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ฉะนั้นในคำสั่งนั้นๆ จะต้องมิกฎเกณฑ์ ข้อกำหนด มีเนื้อหาที่ให้สิทธิหรือกำหนดหน้าที่ให้กับผู้รับคำสั่งนั้นว่า เมื่อเขาได้รับคำสั่งแล้ว เขาควรทำอะไร หรือเขาได้สิทธิอะไรบ้าง ถ้าเพียงแต่บอกว่า นายคำตายด้วยโรคหัวใจ แต่ไม่บอกว่าตายเมื่อไร หรือบอกว่า ค.ช.แดง เกิดแต่ไม่บอกว่าเป็นลูกใคร เกิดเมื่อไร ก็ไม่มีคุณค่าจะเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะขาดเนื้อหาสาระสำคัญ ดังนั้นเมื่อไม่มีกฎเกณฑ์ เนื้อหาสาระที่จะเป็นคำสั่งทางปกครอง เราก็อาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียง “การปฏิบัติอย่างใดอย่างหนึ่งในทางปกครอง” ซึ่งไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายปกครอง

คำว่า “กฎเกณฑ์” ในความหมายที่จะทำให้เป็นคำสั่งทางปกครองนี้ ต้องมีลักษณะเป็นการเจาะจง เป็นรูปธรรมว่าจะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด และต้องเจาะจงถึงตัวผู้ปฏิบัติด้วย ซึ่งอาจเป็นบุคคลเดียว กลุ่มบุคคล บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ฉะนั้นถ้าออกคำสั่ง

มาลอยๆ ไม่ระบุให้ใครปฏิบัติก็ไม่ต้องทำอะไร เช่น ใบอนุญาตประกอบร้านค้า แต่ไม่ระบุตัวบุคคล ดังนั้นก็ไม่มีใครได้สิทธิ เพราะฉะนั้นคำสั่งทางปกครองจะต้องรู้ว่าได้สิทธิหรือเสียสิทธิ มีหน้าที่ปฏิบัติอย่างไร ซึ่งต่างกับกฎหมายเพราะกฎหมายไม่ระบุตัวบุคคลใด และมีผลใช้บังคับทั่วไป แต่คำสั่งทางปกครองจะต้องมีการระบุตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือผู้ได้รับสิทธิตามใบอนุญาตนั้นๆ

ข้อสังเกต ความแตกต่างระหว่างกฎหมายและคำสั่งทางปกครอง คือกฎหมายเป็นนามธรรม (norm) คำสั่งทางปกครองเป็นรูปธรรม (act) กฎหมายไม่เจาะจงตัวผู้ปฏิบัติ คำสั่งทางปกครองเจาะจงตัวบุคคล

ประการที่สี่ คำสั่งทางปกครองต้องมีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวที่ออกโดยรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ องค์การของรัฐมีอำนาจเหนือกว่าในการที่ออกคำสั่ง หรืออนุมัติสั่งการลงมาให้ ดังนั้น สถานะระหว่างผู้ออกคำสั่งกับผู้รับคำสั่งจึงไม่เท่าเทียมกัน ไม่เหมือนกับนิติกรรมทางแพ่งที่ต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาค

ประการที่ห้า การสั่งการต้องมีลักษณะของการใช้อำนาจปกครอง ถ้าไม่มีการใช้อำนาจทางปกครองก็ไม่ใช่นิติกรรมทางปกครอง เช่น การที่ส่วนราชการทำสัญญาในทางแพ่งกับเอกชน : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยให้เช่าที่ดิน ไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะการให้เช่า ไม่ใช่การใช้อำนาจปกครองเนื้อหาสาระหรือจุดประสงค์ของมหาวิทยาลัยก็คือการให้การศึกษา ซึ่งเป็นลักษณะการใช้อำนาจปกครอง เช่น การอนุมัติมอบปริญญาให้แก่บัณฑิตที่สำเร็จการศึกษาตามหลักสูตร เป็นต้น

ประการที่หก ต้องมีลักษณะไปกระทบสิทธิหรือเนื้อหาของประชาชน อาจเป็นการมีสิทธิขึ้นมาใหม่ เปลี่ยนแปลง ระวัง ยกเลิกสิทธิ ถ้าไม่กระทบก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ตัวอย่าง เช่น เรื่องสัญชาติ การที่เรามีสัญชาติไทยอยู่แล้ว แล้วมีคำสั่งมาให้สัญชาติไทยเราอีก ดังนั้นไม่มีการกระทบสิทธิเลย จึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แม้แต่หนังสือเวียนที่ได้กระจายไปทั่วทุกส่วนราชการทั่วราชอาณาจักร ก็ยังไม่เป็นนิติกรรมทางปกครอง เพราะยังไม่ปฏิบัติก็ยังไม่มีการโต้แย้งสิทธิของประชาชน ตัวอย่างเช่นหนังสือเวียนเรื่องสถานเริงรมย์ ในหนังสือกล่าวว่า “ต่อไปนี้จะจำกัดสถานเริงรมย์ในจังหวัดต่างๆ ไม่เกิน 5 แห่ง...” นายคำจะมาขอออกเป็นแห่งที่ 6 ถ้าฟังหนังสือเวียนตรงนี้ยังไม่กระทบสิทธิของนายคำ จะไปกระทบสิทธิต่อเมื่อเขาไปขออนุญาตแล้ว ส่วนราชการปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้โดยอ้างหลักการในหนังสือเวียนว่า ส่วนกลางมีนโยบายว่าห้ามเปิดสถานเริงรมย์เกิน 5 แห่ง ตรงจุดนี้เองที่ไปโต้แย้งสิทธิ ถ้าฟังเพียงออกหนังสือมายังไม่ถือว่าเป็นการโต้แย้งสิทธิ

นอกจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนี้ ประเทศเยอรมันในแดนของกฎหมายมหาชนยังมีแนวคิดเกี่ยวกับ “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” อีก กล่าวคือ

คำสั่งทั่วไปในทางปกครอง (Allgemeinverfuegung) มีลักษณะกำกวม จะว่าเป็นคำสั่งทางปกครองก็ไม่ใช่ (concrete ประกอบกับ individual) จะว่าเป็นกฎหมายก็ไม่เชิง (abstract

ประกอบกับ general และ norm) ก็เพราะว่ามีลักษณะเป็นเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง แต่ไม่เจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้า

คำสั่งทั่วไปมีลักษณะผสม คือไม่มีการเจาะจงตัวบุคคลไว้ล่วงหน้าแต่เป็นกรณีเฉพาะราย เช่นป้ายจราจร ป้ายเหล่านี้ไม่ใช่กฎหมาย (เพราะสิ่งที่เป็นกฎหมายอยู่ในตัวพระราชบัญญัติ แต่ป้ายนี้ออกมาจากพระราชบัญญัติแล้ว) เพราะไม่ได้บอกว่าใช้กับนายดำ นายแดง แต่เป็นการห้ามโดยทั่วไปสำหรับบุคคลที่อยู่บริเวณนั้น รวมทั้งตำรวจจราจรด้วย เพราะฉะนั้นป้ายจราจรจึงไม่ใช่กฎหมาย แต่เป็นคำสั่งทั่วไป เพราะมีลักษณะเจาะจงเฉพาะเรื่อง แต่ไม่ระบุตัวบุคคล เมื่อใครมาพบต้องปฏิบัติตามในทางกฎหมายปกครอง คำสั่งทั่วไปจึงไม่เป็นคำสั่งทางปกครองในตัวเอง แต่กฎหมายให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมาย การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทั่วไปในทางปกครอง ฯลฯ เช่นเดียวกับนิติกรรมทางปกครอง (คำสั่งทางปกครอง)⁹

2.1.3.2 กฎ

ในประเทศฝรั่งเศสมีแนวคิดที่ “กฎ” เป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทหนึ่ง เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครอง (แต่ในประเทศเยอรมัน เห็นว่า “กฎ” มิใช่นิติกรรมทางปกครอง) ซึ่งในประเทศไทยมีนักกฎหมาย และนักวิชาการหลายท่าน แบ่งเป็นนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างแคบ คือ หมายถึงเฉพาะคำสั่งทางปกครองและนิติกรรมทางปกครองในความหมายอย่างกว้าง คือ กฎ และคำสั่งทางปกครอง

โดยลักษณะของ “กฎ” ดังกล่าวสามารถอธิบายได้ดังนี้

¹⁰สำหรับ “นิติกรรมทางปกครอง” ที่เป็น “กฎ” นั้นมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้ว่า “หมายความถึง พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ให้คำนิยามของ “กฎ” ไว้เช่นเดียวกัน

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ อธิบายว่า จากคำนิยามดังกล่าวข้างต้น คำนิยามที่แท้จริงของ “กฎ” คือข้อความที่ว่า “บทบัญญัติอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ” ส่วนข้อความที่ว่า “...พระราชกฤษฎีกา

⁹ กมลชัย รัตนสกววงศ์. (2546). *กฎหมายปกครอง*. หน้า 37 – 41.

¹⁰ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2547). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. หน้า 252 – 253.

กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ...” เป็นแต่เพียงตัวอย่างของ “กฎ” เท่านั้นเอง ลักษณะของ “กฎ” ก็คือเป็นบทบัญญัติหรือข้อความที่เป็นข้อๆ ในเอกสารที่เรียกว่า พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือในเอกสารที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ

ดังนั้น “กฎ” จึงมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการที่หนึ่ง บุคคลที่ถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นบุคคลที่ถูกนิยามไว้เป็นประเภท เช่น ผู้เยาว์ คนต่างด้าว ข้าราชการ พลเรือนสามัญ ฯลฯ ดังนั้น จึงไม่อาจทราบจำนวนที่แน่นอนของบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของข้อความที่บังคับให้กระทำการห้ามมิให้กระทำการ หรืออนุญาตให้กระทำการได้

ประการที่สอง กรณีที่บุคคลซึ่งถูกนิยามไว้เป็นประเภทจะถูกบังคับให้กระทำการ ถูกห้ามมิให้กระทำการ หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการ ต้องเป็นกรณีที่ถูกกำหนดไว้อย่างเป็นนามธรรม (abstract) เช่น บังคับให้กระทำการทุกครั้งที่มีกรณีตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น หรือได้รับอนุญาตให้กระทำการทุกวันสิ้นเดือน เช่น ห้ามมิให้ผู้ใดสูบบุหรี่บนรถโดยสารประจำทาง ผู้ขับขี่รถยนต์ต้องคาดเข็มขัดนิรภัย ข้าราชการกรมกองต้องแต่งเครื่องแบบมาทำงานทุกวันจันทร์ เป็นต้น

2.1.3.3 ปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt)

วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ ให้ความหมายของ “ปฏิบัติการทางปกครอง” ไว้ว่า หมายถึง การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรอื่นของรัฐ หรือองค์กรเอกชนที่กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับเช่นพระราชบัญญัติ แทนและในนามขององค์กรดังกล่าว โดยที่การกระทำนั้นไม่ใช่ “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือ การกระทำนั้นขาดลักษณะหนึ่งลักษณะใดของ “นิติกรรมทางปกครอง”

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจเป็นการกระทำในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แจ้งข้อกล่าวหาให้ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาทราบและให้โอกาสข้าราชการผู้นั้นในการแก้ข้อกล่าวหา หรืออาจเป็นการกระทำที่เป็น “มาตรการบังคับทางปกครอง” เพื่อให้การเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้มีการออกมาใช้บังคับก่อนหน้านั้นแล้ว เช่น การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมายหลังจากที่ได้ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนอาคารดังกล่าวแล้ว แต่เจ้าของอาคารไม่ยอมปฏิบัติตาม

“ปฏิบัติการทางปกครอง” อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ฯลฯ กับบุคคลอื่นได้เช่นกัน เช่น “ปฏิบัติการทางปกครอง” ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้บุคคลใดเสียหายย่อมเป็นการกระทำละเมิด ซึ่งองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองที่กระทำการนั้น จำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งจะเห็นได้ว่าการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบไม่ได้เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาขององค์กรดังกล่าว แต่เป็นผลบังคับของกฎหมาย¹¹

2.1.3.4 สัญญาทางปกครอง (Verwaltungsvertrag)

ข้อพิจารณาว่าสัญญาใดจะเป็นสัญญาทางปกครองได้ เราต้องดูเนื้อหาสาระของสัญญานั้นว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือส่วนรวมหรือไม่ สัญญาทางปกครองที่ทำขึ้นนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยจะต้องเป็นส่วนราชการ (ฝ่ายปกครอง) อีกทั้งเนื้อหาของสัญญาก็ต้องระบุถึงเอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครองในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของสัญญาได้เพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ

สัญญาทางปกครองอาจแบ่งได้ 2 แบบ

แบบแรก สัญญาที่ฝ่ายปกครองทำกับเอกชน (subordination) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะ และ

แบบที่สอง สัญญาที่ส่วนราชการด้วยกันทำกันเอง (co-ordination) เพื่อประโยชน์ของส่วนรวม เช่น ร่วมทุนกันสร้างเครื่องกำจัดขยะ แต่ถ้าส่วนราชการทำกับเอกชน มิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เพื่อสนับสนุนกิจการของรัฐ ดังนี้ ไม่ใช่สัญญาทางปกครอง แต่เป็นสัญญาทางแพ่ง

ความแตกต่างของสัญญาทางปกครอง กับสัญญาทางแพ่ง¹²

ประการที่หนึ่ง สัญญาทางปกครอง ไม่ยึดหลักสัญญาต้องเป็นสัญญาอย่างเคร่งครัด เหมือนกับสัญญาทางแพ่งที่ยึดว่า สัญญาคือสัญญาต้องได้รับการปฏิบัติตามสัญญา จะผิดสัญญาไม่ได้ หรือจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาโดยที่คู่สัญญาไม่ยินยอมไม่ได้ แต่สัญญาทางปกครองก็ยึดหลักนี้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ว่า “ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปฝ่ายปกครองสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ หรือเอกชนก็สามารถยื่นคำร้องขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขสัญญาได้ เช่น เมื่อก่อนมีสัญญาสัมปทานป่าไม้ แต่ตอนนี้ป่าไม้เหลือน้อย เพื่อเป็นการรักษาป่า จึงยกเลิกสัมปทานทั้งหมด ทั้งนี้รัฐทำเพื่อป้องกันการสูญเสียป่าไม้ซึ่งเป็นการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่เมื่อยกเลิกแล้วต้องชดเชยค่าเสียหายให้ตามสมควร

¹¹ แหล่งเดิม. หน้า 250.

¹² กมลชัย รัตนสกาวงศ์. เล่มเดิม. หน้า 41 – 42.

ประการที่สอง ถ้าเป็นสัญญาประเภท “subordination” (รัฐ – เอกชน) ในกรณีที่จำเป็นรีบด่วน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐสามารถบังคับคดีได้ทันทีโดยไม่ต้องฟ้องศาล แต่ของไทยเวลานี้ เราใช้วิธีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อใช้วิธีคุ้มครองชั่วคราว กรณีมีเหตุฉุกเฉินตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 266 – 270 เช่น กรณีมีข้อพิพาทเรื่องทางด่วน ศาลก็มีคำสั่งให้เปิดทาง แต่ถ้าเป็นสัญญาประเภท “co-ordination” บังคับกันไม่ได้ เพราะคู่สัญญาเสมอภาคกัน เช่น กรุงเทพมหานคร หรือเมืองพัทยา หากมีข้อพิพาทก็ต้องฟ้องศาล

ประการที่สาม สัญญาทางปกครองมีวิวัฒนาการมาน้อยกว่าสัญญาทางแพ่งดังนั้น ในหลายประเทศจึงอนุโลมให้นำหลักของกฎหมายแพ่งมาใช้ได้ เช่น หลักคุ้มครองผู้สุจริต หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหลักอายุความและการนับระยะเวลา เป็นต้น

ประการที่สี่ สัญญาทางปกครองต้องทำเป็นหนังสือ ทำเป็นวาจาไม่ได้ แต่สัญญาทางแพ่งอาจทำได้ด้วยวาจา เป็นแสดงเจตนาในการทำคำเสนอและคำสนอง เว้นแต่กฎหมายจะบังคับว่าให้ทำตามแบบ

2.1.3.5 การกระทำอื่น

ลักษณะของการกระทำอื่น ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองนอกเหนือจากลักษณะของการกระทำทางปกครองที่กล่าวมาแล้วในเบื้องต้นนั้น ในทางตำรา ยังไม่มีเขียนไว้เป็นเอกสารทางวิชาการ แต่เกิดจากการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาและข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองในการทำหน้าที่ในการบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นหน้าที่หลักของฝ่ายปกครอง เช่นกรณีการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอาศัยอำนาจในตำแหน่งหน้าที่ในการดูแลรักษาทรัพย์สินของทางราชการได้เบียดบังยักยอกเงินของทางราชการไป เป็นต้น ซึ่ง “การกระทำอื่น” ในกรณีนี้ ยังได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹³

อนึ่ง กรณีดังกล่าวก็ได้เคยมีปรากฏในความเห็นแย้งของตุลาการในองค์คณะเสียงข้างน้อย ตามคำสั่งศาลปกครองกลางที่ 2/2545 , 3/2545 , 25/2545 , 50/2545 และ 133/2545 ในคดี

¹³ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

พิพาทที่ประชาชนโต้แย้งเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย กำหนดจุดก่อสร้างสะพานลอย โดยก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชนผู้ฟ้องคดีซึ่งอยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียง กับบริเวณที่จะมีการก่อสร้างสะพานลอยดังกล่าว

โดยตุลาการดังกล่าว ได้ให้ความหมายว่า การกระทำอื่นใดนั้น มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางกายภาพตามอำนาจหน้าที่ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับมอบหมายให้กระทำการตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการจัดตั้งศาลปกครองเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้มีอรรถคดีปกครอง

2.1.4 บทบาทและการใช้อำนาจของ ก.ต. ที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง

จากอดีตตั้งแต่เริ่มมีการจัดตั้ง “คณะกรรมการตุลาการ” เมื่อปี 2477 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 จนกระทั่งปัจจุบันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และเป็นกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนและวิธีการในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการ และการกระทำอื่นของ ก.ต. ที่อาจกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลภายในองค์กร และภายนอกองค์กร โดยในบทบาทดังกล่าวสามารถแบ่งเป็น 2 กรณี กล่าวคือ บทบาทและการใช้อำนาจของ ก.ต. ที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการตุลาการ และ บทบาทและการใช้อำนาจของ ก.ต. ที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลภายนอกองค์กร

2.1.4.1 บทบาทและการใช้อำนาจของ ก.ต. ที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของข้าราชการตุลาการ

การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการตุลาการภายใต้หลักนิติรัฐนั้น เป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในส่วนของอำนาจทางตุลาการ (Judicial act) เป็นอำนาจไม่มีองค์กรอื่นสามารถเข้ามาตรวจสอบได้ เว้นแต่การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางตุลาการภายในองค์กรฝ่ายตุลาการ โดยศาลที่มีลำดับสูงกว่า ยกเว้นเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นที่สุด ดังเช่น กรณีการใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

แต่องค์กรฝ่ายตุลาการก็ย่อมมีการใช้อำนาจในทางปกครองได้เช่นเดียวกับองค์กรแบ่งแยกอำนาจอื่นๆ ดังเช่น กรณีการใช้อำนาจของ ก.ต. ดังที่กล่าวมาข้างแล้วในตอนต้นซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่อาจกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการตุลาการได้เช่นกัน โดยอำนาจดังกล่าวของ ก.ต. ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ที่เป็น

กฎหมายที่ให้อำนาจ (source) และข้อจำกัดอำนาจ (limitation) ของ ก.ต. และเป็นกฎหมายบังคับใช้
อยู่ในปัจจุบัน

ก. อำนาจในการพิจารณาและมีมติเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ
(โดยในกรณีนี้เป็นการใช้อำนาจที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการตุลาการซึ่งอยู่
ภายใต้บังคับของคำสั่งดังกล่าวอย่างมาก ซึ่งจะกล่าวอธิบายถึงกระบวนการในการพิจารณาและมีมติ
ออกคำสั่งต่อไป)

ข. อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสอบสวนข้อเท็จจริง กรณี
ข้าราชการตุลาการถูกกล่าวหาหรือสงสัยว่ากระทำผิดวินัย

ค. อำนาจในการสั่งบรรจุข้าราชการตุลาการที่รับราชการทหารตามกฎหมาย
ว่าด้วยการรับราชการทหาร

ง. อนุญาตให้ประธานศาลฎีกาออกจากราชการ

จ. ออกระเบียบเกี่ยวกับการเข้าชื่อขอและลงมติถอดถอนกรรมการตุลาการศาล
ยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ

ฉ. อำนาจในการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการในการปฏิบัติหน้าที่อยู่ในอำนาจของ ก.ต.

ช. อำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่ง การแต่งตั้ง การโยกย้าย และ
การเลื่อนตำแหน่ง

ซ. กำหนดระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของราชการและจริยธรรมของ
ข้าราชการตุลาการ

ฅ. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการตลอดจนมีคำวินิจฉัย

ญ. พิจารณาและมีมติเกี่ยวกับการร้องทุกข์ของข้าราชการตุลาการตามกฎหมาย
ว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

บทบาทของ ก.ต. นั้น แม้กรรมการภายใน ก.ต. จะดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ
แต่บทบาทในฐานะคณะกรรมการตุลาการนั้น เป็นบทบาทในด้านการใช้อำนาจทางปกครอง
(administrative act) มิได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ (Judicial act) ซึ่งบทบาทและลักษณะ
การใช้อำนาจดังที่กล่าวมานั้น สามารถแบ่งได้ดังนี้

แต่ก่อนที่จะแบ่งแยกว่าการใช้อำนาจของ ก.ต. ลักษณะใดจะมีลักษณะเป็นการ
กระทำทางปกครอง จึงขอสรุปทฤษฎีเกี่ยวกับ “การกระทำทางปกครอง” ดังนี้

“คำสั่งทางปกครอง” มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของ
รัฐหรือหน่วยงานทางปกครอง อันมีผลเป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิของ
บุคคล โดยการใช้อำนาจดังกล่าวอันมีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลนั้น มีลักษณะเป็นการเจาะจง

เฉพาะบุคคลหรือเฉพาะกรณี และเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครอง ต้องมีเนื้อหาที่ผู้รับคำสั่งทราบว่าจะต้องทำการหรือละเว้นการทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

“กฎ” (norm) มีลักษณะที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจของบทบัญญัติของกฎหมาย ในลักษณะที่บังคับเป็นการทั่วไปไม่เจาะจงเฉพาะกรณีหนึ่งกรณีใดแบบคำสั่งทางปกครอง เช่น ประกาศกระทรวง หรือกฎกระทรวงเกี่ยวกับการกำหนดบริเวณห้ามสูบบุหรี่ เป็นต้น

“ปฏิบัติการทางปกครอง และมาตรการบังคับทางปกครอง” มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง หรือในกระบวนการพิจารณาเพื่อออกเป็นนิติกรรมทางปกครองขั้นตอนใดขั้นหนึ่ง เช่น การที่คณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยแจ้งข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดทางวินัยทราบเพื่อใช้สิทธิโต้แย้งคัดค้าน เป็นต้น แต่มิได้มีลักษณะเป็นนิติกรรมทางปกครอง อันมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลโดยตรง

ส่วน “มาตรการบังคับทางปกครอง” นั้น เป็นกระบวนการของฝ่ายปกครองในการอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เช่น การที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ดำเนินการแก้ไขหรือรื้อถอนตามคำสั่งของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

กรณีดังกล่าวตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 43 ว่า

“มาตรา 43 ถ้าไม่มีการรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) ยื่นคำขอฝ่ายเดียว โดยทำเป็นคำร้องต่อศาลนับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา 42 ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 42 โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

(2) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง โดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงาน และผู้ดำเนินการ จะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย

ในการดำเนินการรื้อถอนอาคารตามวรรคหนึ่ง เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่พฤติการณ์แล้ว บุคคล

ตามวรรคหนึ่งจะเรียกร้อยค่าเสียหายจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือผู้ดำเนินการแทนเจ้าพนักงานท้องถิ่นไม่ได้”

“สัญญาทางปกครอง” ต้องมีลักษณะเป็นสัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายปกครอง วัตถุประสงค์ของสัญญาเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ และคู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีเอกสิทธิ์ฝ่ายเดียวในการแก้ไข เปลี่ยนแปลงสัญญา เนื่องจากเพื่อปฏิบัติการให้บรรลุ วัตถุประสงค์ของการบริการสาธารณะ

โดยสัญญาทางปกครองของประเทศไทยแบ่งเป็น สัญญาทางปกครอง โดยสภาพ ดังที่กล่าวในเบื้องต้น และสัญญาทางปกครอง โดยผลของกฎหมาย ดังที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 3¹⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง

“การกระทำอื่น” เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง ประเภทอื่นนอกเหนือจากที่กล่าวมาในเบื้องต้นแต่มีลักษณะเป็นการกระทำที่อาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติของกฎหมายเช่นเดียวกัน และมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของบุคคล

ลักษณะทางกฎหมายของการกระทำของ ก.ต. อันมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองนั้น เมื่อนำบทบาทและอำนาจของ ก.ต. ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาวิเคราะห์กับทฤษฎีว่าด้วยการกระทำทางปกครองสามารถแบ่งแยกการกระทำได้ดังนี้

ประการแรก อำนาจและบทบาทของ ก.ต. ที่มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” เพราะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการตุลาการ เฉพาะกรณี หรือเฉพาะราย คือ

การมีมติเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ

การออกคำสั่งบรรจุ แต่งตั้ง เลื่อนขั้น เลื่อนตำแหน่ง และการโยกย้าย (โดยผู้มีอำนาจในการออกคำสั่ง คือ ประธานศาลฎีกา) และการมีมติแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ การออกคำสั่ง อนุญาตให้ประธานศาลฎีกาออกจากราชการ การมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการทบทวนคำสั่งลงโทษทาง วินัยแก่ข้าราชการตุลาการ และการมีมติเกี่ยวกับการพิจารณาคำร้องทุกข์ของข้าราชการตุลาการ

¹⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

๑๗๑

๑๗๑

“สัญญาทางปกครอง” หมายความว่ารวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

๑๗๑

๑๗๑

ประการที่สอง อำนาจและบทบาทของ ก.ต. ที่มีลักษณะเป็น “กฎ” เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายในการบังคับเป็นการทั่วไป มิได้เจาะจงบุคคลหนึ่งบุคคลใด กล่าวคือ การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริง กรณีที่ข้าราชการตุลาการ ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย ออกระเบียบเกี่ยวกับการเข้าชื่อของข้าราชการตุลาการในการลงมติถอดถอนกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ และการกำหนดระเบียบปฏิบัติของทางราชการแก่ข้าราชการตุลาการ

ส่วนการกระทำทางปกครองประเภทอื่นเกี่ยวกับบทบาทของ ก.ต. นั้น คงเหลือเฉพาะเรื่อง “ปฏิบัติการทางปกครอง” โดยเฉพาะกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัย และกระบวนการในการพิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย และคำร้องทุกข์ของข้าราชการทางปกครองส่วนการกระทำอื่นนั้น กฎหมายไม่เปิดช่องให้ ก.ต. มีอำนาจกระทำได้

แต่โดยบทบาทของ ก.ต. ดังกล่าวนั้น บทบาทที่สำคัญและมีอิทธิพลต่อการปฏิบัติหน้าที่ราชการของข้าราชการตุลาการ และกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริงเป็นอย่างยิ่ง และมักเป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาล คือ “กระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการ” ตลอดจนการมีมติลงโทษทางวินัย

จากที่กล่าวมาในตอนต้นในเรื่องการวิวัฒนาการทางโครงสร้างของคณะกรรมการตุลาการและบทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการตั้งแต่สมัยการปกครองประเทศในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการและการพิจารณาโทษทางวินัยนั้น ยังอยู่ในพระราชอำนาจของกษัตริย์ แม้ต่อมาในตอนต้นของการปกครองประเทศในระบอบประชาธิปไตยโดยพระมหากษัตริย์ก็ยังคงมีพระราชอำนาจในเรื่องดังกล่าวอยู่ หากแต่เป็นการให้ฝ่ายบริหารเข้ามามีบทบาทแทนเนื่องจากการปกครองประเทศได้เปลี่ยนจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตยภายใต้ระบบ “นิติรัฐ” ที่ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย คือ อำนาจในการปกครองตนเอง โดยประชาชนยอมสละอำนาจบางประการโดยให้ผู้แทนของตนเข้ามาบริหารจัดการและปกครองประเทศแทนตน อีกทั้งไม่ว่าจะเป็นบุคคลใด องค์กรใดหรือแม้กระทั่งพระมหากษัตริย์เองซึ่งเป็นประมุขของประเทศก็ยังคงอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำโดยองค์กรศาลที่ใช้อำนาจทางตุลาการ ซึ่งเป็นอำนาจที่ปลอดจากการแทรกแซง เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่ผู้มีอำนาจหรือคดีต่างๆ

การพิจารณาโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมนั้น ในปัจจุบันมีการจัดการบริหารงานบุคคลในเรื่องดังกล่าวในรูปคณะกรรมการ เรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม” (ก.ต.) ซึ่งในอดีตเรียกว่า “คณะกรรมการตุลาการ” โดยกฎหมายที่จัดตั้งขึ้นก็คือพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2477 แม้จะมีการออกพระราชบัญญัติ

ระเบียบข้าราชการตุลาการ พุทธศักราช 2471 ก่อนก็ตาม แต่การบริหารงานบุคคลในเรื่องการพิจารณาโทษทางวินัยนั้น รวมถึงบทบาทในเรื่องอื่นๆ ก็ยังอยู่ในพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยการมอบหมายให้เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม (ฝ่ายบริหาร) เป็นผู้มีบทบาทในเรื่องการบริหารงานบุคคลตามกฎหมายดังกล่าวแล้วนำความกราบบังคับทูลพระกรุณา และวิวัฒนาการต่อมาเรื่อยๆ จนปัจจุบันมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 รับรองอำนาจหน้าที่และโครงสร้างต่างๆ ไว้ รวมทั้งกระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมไว้เฉพาะ

กระบวนการพิจารณาโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมในปัจจุบันของ ก.ต. นั้น สามารถอธิบายกระบวนการในเรื่องดังกล่าวตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ได้ดังต่อไปนี้

โดยลักษณะความรับผิดชอบทางวินัยของข้าราชการตุลาการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะความรับผิดชอบทางวินัยซึ่งเป็นบทกำหนดโทษทางวินัยไว้ 5 สถาน โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 76 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ คือ ไล่ออก ปลดออก ให้ออก งดเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนเงินเดือน และการภาคทัณฑ์

โดยลักษณะความรับผิดชอบทางวินัยตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แยกลักษณะความรับผิดชอบทางวินัยเป็น 2 กรณี คือ กรณีความรับผิดชอบทางวินัยร้ายแรง คือ ไล่ออก ปลดออก และการให้ออก และ กรณีความรับผิดชอบทางวินัยไม่ร้ายแรง คือ การงดเลื่อนตำแหน่งหรือเลื่อนเงินเดือน และการภาคทัณฑ์

ส่วนผู้มีอำนาจในการพิจารณาโทษทางวินัยตามกฎหมายฉบับนี้ก็ยังมีลักษณะคล้ายกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 โดยแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีเกี่ยวกับความผิดวินัยร้ายแรง ก็จะมีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงก่อน และส่งเรื่องให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมพิจารณาและก็ให้ส่งความเห็นต่อ ก.ต. เพื่อพิจารณาและมีมติให้ผูกพันต่อผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งลงโทษตามมตินั้น

กรณีเกี่ยวกับความผิดวินัยไม่ร้ายแรง ก็จะมีลักษณะแตกต่างจากกรณีแรก โดยผู้มีอำนาจในการพิจารณาโทษคือ ผู้มีอำนาจออกคำสั่งลงโทษทางวินัย คือ ประธานศาลฎีกา แต่ต้องให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลนั้นพิจารณาก่อนก่อนความเห็นก่อนและต้องได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต. ด้วย

จากกระบวนการดังกล่าว เห็นได้ว่าบุคคลผู้มีบทบาทโดยตรงในการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ก็ยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. เช่นเดิม ซึ่ง ก.ต. ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้ คือ ประธานศาลฎีกาเป็นประธาน

กรรมการ กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิสิบสองคน ซึ่งข้าราชการตุลาการเว้นแต่ผู้ดำรงตำแหน่ง
ผู้ช่วยผู้พิพากษาเป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล โดยมี “ศาลฎีกา” ให้เลือกจาก
ข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาฎีกา จำนวนสี่คน
“ศาลอุทธรณ์” ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภาค
ในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค จำนวนสี่คนและ
“ศาลชั้นต้น” ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการผู้มีอาวุโสสูงสุดหนึ่งร้อยคนแรกในศาลชั้นต้น ซึ่งมีใช้
ข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาอาวุโส จำนวนสี่คน และกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม
ผู้ทรงคุณวุฒิสองคน ซึ่งวุฒิสภาเลือกจากบุคคลซึ่งไม่เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาล
ยุติธรรม และมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 39¹⁵

สำหรับข้าราชการตุลาการซึ่งดำรงตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นตามมาตรา 11
วรรคสอง หรือผู้ซึ่งได้รับคำสั่งให้ไปช่วยราชการในศาลอื่นตามมาตรา 21 ให้มีสิทธิได้รับเลือกเป็น
กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในชั้นศาลซึ่งข้าราชการตุลาการผู้นั้นมีเงินเดือนอยู่ในชั้นศาลนั้นใน
ขณะที่จัดให้มีการเลือก

พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้แยกกระบวนการพิจารณาความผิดทางวินัยแก่
ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมไว้ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีการพิจารณาเกี่ยวกับความผิดวินัยร้ายแรง
และกรณีการพิจารณาเกี่ยวกับความผิดวินัยไม่ร้ายแรง

ในกรณีแรกนั้นเมื่อข้าราชการตุลาการถูกกล่าวหา หรือสงสัยว่ากระทำผิดวินัย
ให้ข้าราชการตุลาการผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในงานศาลยุติธรรมสอบสวนข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ที่
ก.ต. กำหนดโดยไม่ชักช้า และให้ผู้ซึ่งเกี่ยวข้องชี้แจงเรื่องราวเป็นหนังสือ หรือบันทึกเรื่องราวและ
ความเห็น หรือจะตั้งคณะบุคคลสอบสวนข้อเท็จจริงก็ได้

อนึ่งกรณีนี้ถ้าปรากฏในชั้นต้นว่าเป็นความผิดร้ายแรงก็ให้ประธานศาลฎีกา
แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงขึ้นอย่างน้อย 3 คน (กรรมการของคณะกรรมการต้องเป็น
ข้าราชการตุลาการและไม่มีผู้มีส่วนได้เสียหรือเกี่ยวข้องในเรื่องนั้น)

หากเป็นกรณีการถูกฟ้องเป็นคดีอาญา ก.ต. จะใช้คำพิพากษาอันถึงที่สุดนั้น
เพื่อประกอบการพิจารณาโดยไม่ต้องตั้งคณะกรรมการดังกล่าวได้

ในการสอบสวนข้อเท็จจริงของคณะกรรมการดังกล่าว ต้องแจ้งข้อกล่าวหา
และสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาโดยไม่ต้องระบุชื่อพยานก็ได้ อีกทั้งต้องให้สิทธิ
ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงข้อเท็จจริงและนำพยานหลักฐานเข้าสืบแก้ตัวได้ โดยต้องสอบสวนให้เสร็จ

¹⁵ อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 8

ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ถ้ามีเหตุจำเป็นสามารถขยายเวลาไม่เกิน 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 15 วัน และต้องแจ้งให้ประธานศาลฎีกาทราบและแสดงเหตุแห่งการขยายเวลาดังกล่าว ถ้าจำเป็นต้องขยายเวลาออกไปอีก ต้องได้รับอนุมัติจากประธานศาลฎีกา ตามระเบียบ ก.ต. แต่ไม่เกิน 180 วัน (บทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521)

เมื่อสอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว ก็ให้ทำรายงานเสนอความเห็นต่อประธานศาลฎีกา และให้ส่งเรื่องแก่เลขานุการ ก.ต. เพื่อให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลพิจารณากลับกรอภายในเวลาที่ ก.ต. กำหนด และให้ส่งรายงานความเห็นต่อ ก.ต. พิจารณาและมีมติเพื่อให้ประธานศาลฎีกาสั่งตามมตินั้น และนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงมีพระบรมราชโองการให้พ้นจากตำแหน่งต่อไป

ในกรณีความผิดประเภทนี้ปรากฏชัดแจ้งตามที่ ก.ต. กำหนด หรือเป็นกรณีที่ข้าราชการตุลาการผู้ถูกกล่าวหาได้รับสารภาพเป็นหนังสือต่อประธานศาลฎีกา หรือคณะกรรมการสอบสวน ประธานศาลฎีกาจะสั่งลงโทษได้โดยไม่ต้องสอบสวน แต่ต้องให้โอกาสผู้นั้นชี้แจงและให้คณะกรรมการฯ กลับกรอและ ก.ต. พิจารณาให้ความเห็นชอบก่อน

อนึ่งข้าราชการตุลาการซึ่งโอนมาจากข้าราชการฝ่ายอื่น หรือผู้ใดที่มีการถูกสอบสวนความผิดวินัยก่อนโอนมา ก็ให้ดำเนินการต่อไปและส่งเรื่องให้ ก.ต. พิจารณาลงมติต่อไป

ระหว่างการสอบสวน การพิจารณา หรือถูกฟ้องคดีอาญา ซึ่ง ก.ต. เห็นว่า หากดำรงตำแหน่งอยู่ก็จะเป็นการเสียหายแก่ข้าราชการ ก็อาจให้ประธานศาลฎีกาสั่งพักราชการในระหว่างนั้น หรือ ตลอดเวลาที่คดีถึงที่สุด และถ้าปรากฏว่าผลการพิจารณาหรือคำพิพากษาไม่มีความผิด และไม่มีมลทิน หรือมัวหมองก็ให้คงกลับรับราชการตามเดิม (กรณีนี้ไม่ใช่บังคับกับความผิดลหุโทษหรือการกระทำโดยประมาท)

ในกรณีดังกล่าวนี้ แม้ข้าราชการผู้นั้นจะพ้นจากตำแหน่งแล้ว ก็ยังคงให้มีการสอบสวนทางวินัยอยู่ และหากผลการพิจารณาเป็นการใด ก็ให้ดำเนินการลงโทษตามที่ได้ความเสมือนว่าผู้นั้นยังไม่พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่เป็นการพ้นจากตำแหน่งเพราะตาย

กระบวนการพิจารณาดังกล่าวมานั้นถ้าเป็นการ “ไล่ออก” ต้องเข้าลักษณะการกระทำดังนี้ ทุจริตต่อหน้าที่ราชการ กระทำความผิดอาญาและต้องคำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ การไม่ถือปฏิบัติตามระเบียบแบบแผน และประเพณีของทางราชการและจริยธรรมข้าราชการตุลาการ และไม่ถือและปฏิบัติเป็นเหตุให้ข้าราชการเสียหายอย่างร้ายแรง การประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง หรือประพฤตชั่วอย่างร้ายแรง

ส่วนกรณีการ “ปลดออก” นั้น ประธานศาลฎีกาจะลงโทษได้ ต้องเป็นกรณี ที่ผิดวินัยร้ายแรงแต่ไม่ถึงขั้นถูกไล่ออก หรือถึงขั้นถูกไล่ออกแต่มีเหตุควรลดหย่อนโทษ หรือต้อง คำพิพากษาให้เป็นบุคคลล้มละลายตามกฎหมายว่าด้วยการล้มละลาย

ถ้าเป็นการ “ให้ออก” ก็จะเป็นกรณีที่กระทำผิดวินัยร้ายแรงเช่นเดียวกัน แต่ไม่ถึงขั้นปลดออก หรือถึงขั้นปลดออกแต่มีเหตุอันควรลดหย่อนโทษ ซึ่งการให้ออกนี้มีสิทธิได้รับ บำเหน็จบำนาญเสมือนการลาออกจากราชการ

ส่วนกรณีการพิจารณาเกี่ยวกับความผิดวินัยไม่ร้ายแรงนั้น เมื่อข้าราชการ ตุลาการถูกกล่าวหาหรือสงสัยว่ากระทำผิดวินัยประเภทนี้ให้ผู้มีอำนาจหน้าที่รับผิดชอบงาน ศาลยุติธรรมสอบสวนข้อเท็จจริงตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ต. กำหนดโดยไม่ชักช้า โดยจะให้ผู้เกี่ยวข้อง ชี้แจงเรื่องราวเป็นหนังสือ หรือบันทึกเรื่องราวและความเห็น โดยจะจัดคณะกรรมการสอบสวน ข้อเท็จจริงขั้นต้นก็ได้ ในกรณีนี้ประธานศาลฎีกาไม่ต้องตั้งคณะกรรมการสอบสวนดังเช่นความผิด ตามกรณีแรก

โดยกฎหมายให้อำนาจประธานศาลฎีกาในการใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษ โดยอาจสั่งงดเลื่อนตำแหน่ง หรืองดเลื่อนเงินเดือนเป็นเวลาไม่เกิน 3 ปี หรือถ้ามีเหตุควรลดหย่อน หรือปรานีจะตั้งภาคทัณฑ์และทำทัณฑ์บนไว้ด้วยก็ได้ แต่กรณีนี้ต้องให้คณะอนุกรรมการศาล ยุติธรรมประจำชั้นศาลพิจารณาก่อนรองความเห็นและได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต. ก่อน

กรณีตามกรณีแรก และกรณีที่สองนั้น ต้องแสดงว่าผู้รับโทษผิดเรื่องใด ฐานใด มาตราใดด้วย

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ข้าราชการตุลาการผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิด ทางวินัยยังมีสิทธิในการได้รับแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวอ้าง สิทธิในการได้รับโอกาสชี้แจงและนำพยานหลักฐานแก้ตัว เฉพาะกรณีความผิดวินัยร้ายแรง สิทธิ ในการขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย และสิทธิในการร้องทุกข์กรณีได้รับความเสียหาย จากมติ ก.ต. ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดสำหรับวิธีการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อน หรือเสียหาย จากคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์ได้แตกต่างจากกฎหมาย ฉบับก่อนๆ ที่กล่าวมา โดยกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งที่ส่งโดยผิด หลงได้โดยเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งให้เป็นคุณแก่ผู้ถูกลงโทษ (โดยให้กระทำภายใน 2 ปี นับแต่วันที่มีคำสั่ง) ทั้งนี้ต้องให้ ก.ต. เห็นชอบก่อน นอกจากนั้น ก.ต. มีอำนาจในการทบทวนคำสั่ง เมื่อผู้ถูกลงโทษยื่นคำขอ เนื่องจากมีหลักฐานปรากฏชัดแจ้งภายหลังว่าผู้นั้นไม่ได้กระทำผิด โดยยื่น คำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลนั้นภายในกำหนดใน 2 ปี นับแต่วันที่ ทราบคำสั่ง และให้คณะกรรมการฯ พิจารณาคำร้องภายใน 60 วันนับแต่วันที่ยื่นคำร้อง หากเห็น

ว่าไม่มีเหตุผลที่ ก.ต. จะพิจารณาให้ยุติเรื่องและแจ้งให้ผู้ถูกลงโทษทราบเพื่ออุทธรณ์ต่อ ก.ต. ต่อไป ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ต. กำหนด แต่ถ้าหากเห็นว่ามิใช่เหตุผลให้ก็ให้ส่งเรื่องแก่ ก.ต. พิจารณา และ คำวินิจฉัยเช่นว่านี้เป็นที่สุด

กรณีที่ ก.ต. มีมติเปลี่ยนแปลงมติเดิมและมีผลให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัยกลับเข้ารับราชการตำแหน่งใด ให้เลขานุการดำเนินการตามนั้น และสิทธิในการร้องทุกข์ของผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากมติของ ก.ต. ให้ร้องทุกข์ต่อ ก.ต. ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งหรือได้รับทราบมติของ ก.ต. คำวินิจฉัยของ ก.ต. เป็นที่สุด

หากผู้ได้รับความเดือดร้อนจากคำสั่งลงโทษทางวินัยไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวในการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้เป็นผลได้แล้วก็สามารถใช้ช่องทางแก้ไขเยียวยาภายนอกองค์กรได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ประกาศและมีผลบังคับใช้ขึ้นภายหลังที่ประเทศไทยเปลี่ยนแปลงระบบศาล จากระบบศาลเดี่ยวเป็นระบบศาลคู่ ซึ่งมีศาลปกครองแยกเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม และมีอำนาจพิจารณาคดีพิพาททางปกครอง อีกทั้งยังได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในการคุ้มครองสิทธิของผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งรวมถึงคำสั่งลงโทษทางวินัยทุกประเภทด้วย โดยกฎหมายดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานกลาง ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3¹⁶ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

โดยกรณีการแก้ไขเยียวยาคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งลงโทษทางวินัย) ในปัจจุบันซึ่งถือว่าเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่บทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติยกเว้นข้อพิพาทดังกล่าวซึ่งที่มีลักษณะเป็นคดีปกครองไม่ให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง โดยกำหนดว่า “การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ” ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น บทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าว จึงเป็นบทบาทของศาลยุติธรรมตามมาตรา 271 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่ง

¹⁶ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 3 วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมายต่างๆ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องใดไว้เฉพาะและมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็นธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่าหลักเกณฑ์ที่กำหนดในพระราชบัญญัตินี้

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับขั้นตอนและระยะเวลาอุทธรณ์หรือโต้แย้งที่กำหนดในกฎหมาย

กำหนดว่า “ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทั้งปวง เว้นแต่คดีที่รัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น” (ซึ่งกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยดังกล่าวจะขอกล่าวต่อไป)

อนึ่ง กรณีการตรวจสอบการใช้อำนาจในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการตุลาการของผู้มีอำนาจตามกฎหมาย แม้องค์กระอติสรรตามรัฐธรรมนูญ คือ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะมีอำนาจในการพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่บทบัญญัติในมาตรา 24 (4) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 กำหนดให้ “เรื่องเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลหรือการลงโทษทางวินัยของข้าราชการ พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือของราชการส่วนท้องถิ่น” ไม่อยู่ในการพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ดังนั้น กรณีการโต้แย้งในเรื่องการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการจึงไม่อยู่ในอำนาจขององค์กระดังกล่าว

2.1.4.2 บทบาทและการใช้อำนาจของ ก.ต. ที่กระทบสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลภายนอกองค์กระ

จากที่ได้กล่าวถึงบทบาทของ ก.ต. ที่กระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเฉพาะแก่ข้าราชการตุลาการนั้น ก.ต. ยังมีบทบาทในด้านที่กระทบต่อสิทธิของประชาชนภายนอกองค์กระได้ เช่นเดียวกัน ได้แก่ บทบาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครรับราชการตุลาการ กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และรวมถึงมติอื่นๆ ของ ก.ต. โดยเฉพาะการมีมติปฏิเสธสิทธิในการเป็นผู้มีสิทธิสอบเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา กรณีการใช้อำนาจดังกล่าวของ ก.ต. นั้น มักเป็นข้อโต้แย้งอยู่เสมอ และเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของการประกาศกำหนดคุณสมบัติ และวิธีการสอบเพื่อสรรหาบุคคลเพื่อเข้ารับราชการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาดังที่เคยปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และประกาศของ ก.ต. เกี่ยวกับการทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม¹⁷

ด้วยเหตุแห่งข้อพิพาทดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องทราบถึงประเภทของการสรรหาบุคคลเพื่อมาเข้ารับราชการตุลาการ คุณสมบัติของบุคคลผู้มีสิทธิในการสมัครสอบ และ

¹⁷ ประกาศคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม เรื่อง กำหนดวันและเวลายื่นใบสมัครทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ฉบับลงวันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ. 2548

ลักษณะต้องห้ามต่างๆ โดยพิจารณาตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

โดยเรื่องดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในส่วนที่ 2 การสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ และการคัดเลือกพิเศษแห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

โดยบุคคลผู้ที่ประสงค์จะเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษานั้น ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ กฎหมายได้กำหนดช่องทางไว้ 3 ช่องทาง กล่าวคือ การสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ และการคัดเลือกพิเศษ บุคคลที่จะสมัครเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- ก. มีสัญชาติไทยโดยการเกิด
- ข. ผู้สมัครสอบคัดเลือกหรือผู้สมัครทดสอบความรู้ ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์ ผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปีบริบูรณ์
- ค. เป็นผู้เลื่อมใสในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามรัฐธรรมนูญด้วยความบริสุทธิ์ใจ
- ง. เป็นสามัญสมาชิกแห่งเนติบัญญัติยสภา
- จ. ไม่เป็นผู้มีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี
- ฉ. ไม่เป็นผู้มีหนี้สินล้นพ้นตัว
- ช. ไม่เป็นผู้อยู่ระหว่างถูกสั่งให้พักราชการหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการไว้ก่อน ตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามกฎหมายอื่น
- ซ. ไม่เป็นผู้เคยถูกลงโทษไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ รัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ
- ฌ. ไม่เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ
- ญ. ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ คนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือมีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการหรือเป็นโรคที่ระบุไว้ในระเบียบของ ก.ต. และ
- ฎ. เป็นผู้ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นสมควรรับสมัครได้

หลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

“การสมัครสอบคัดเลือก” ของบุคคลที่มีคุณสมบัติดังกล่าวต้นแล้วนั้น ต้องมีคุณสมบัติและได้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายตามความในมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ดังนี้

เป็นนิติศาสตร์บัณฑิต หรือสอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา และได้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายเป็นจำศาล รองจำศาล เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าพนักงานบังคับคดี หรือพนักงานคุมประพฤติของศาลยุติธรรม พนักงานอัยการ นายทหารเหล่าพระธรรมนูญ ทนายความ หรือประกอบวิชาชีพอย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายตามที่ ก.ต. กำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสองปี ทั้งนี้ ให้ ก.ต. มีอำนาจออกระเบียบกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพนั้นๆ ด้วย

หลักเกณฑ์และวิธีการสมัครสอบคัดเลือกให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

“การสมัครทดสอบความรู้” ของบุคคลที่มีคุณสมบัติทั่วไปแล้ว ต้องมีคุณสมบัติและได้ประกอบวิชาชีพ ดังนี้

(1) สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา และ

(2) มีคุณวุฒิต่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) สอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือสอบไล่ได้ปริญญาเอกทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยในประเทศไทย ซึ่ง ก.ต. รับรอง

(ข) สอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสองปีหรือหลายหลักสูตรรวมกันไม่น้อยกว่าสองปี ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 27 (3) เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

(ค) สอบไล่ได้ปริญญาโททางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยในประเทศไทย ซึ่ง ก.ต. รับรอง และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 27 (3) เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

(ง) เป็นนิติศาสตรบัณฑิตชั้นเกียรตินิยมและได้ประกอบวิชาชีพเป็นอาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี

(จ) เป็นนิติศาสตรบัณฑิตและเป็นข้าราชการศาลยุติธรรมที่ได้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในตำแหน่งตามที่ ก.ต. กำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าหกปี และเลขาธิการสำนักงานศาลยุติธรรมรับรองว่ามีความซื่อสัตย์สุจริต มีความรู้ความสามารถและมีความประพฤติดีเป็นที่ไว้วางใจว่าจะปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการตุลาการได้

(ฉ) สอบไล่ได้ปริญญาโทหรือปริญญาเอกในสาขาวิชาที่ ก.ต. กำหนดและเป็นนิติศาสตรบัณฑิต และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 27 (3) หรือได้ประกอบวิชาชีพตามที่ ก.ต. กำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามปี หรือ

(ช) สอบไล่ได้ปริญญาตรีหรือที่ ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีในสาขาวิชาที่ ก.ต. กำหนดและได้ประกอบวิชาชีพตามที่ ก.ต. กำหนดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี จนมีความรู้ความเชี่ยวชาญในวิชาชีพนั้น และเป็นนิติศาสตรบัณฑิต

ให้ ก.ต. มีอำนาจออกระเบียบกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพตาม (2) (จ) (ฉ) และ (ช) ด้วย

หลักเกณฑ์และวิธีการสมัครทดสอบความรู้ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

และผู้ประสงค์จะเข้ารับ “การคัดเลือกพิเศษ” ต้องมีคุณสมบัติตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนี้

(1) มีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) เป็นหรือเคยเป็นศาสตราจารย์หรือรองศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยของรัฐ

(ข) เป็นหรือเคยเป็นอาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปี

(ค) เป็นหรือเคยเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญหรือข้าราชการประเภทอื่นในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้อำนวยการกองหรือเทียบเท่าขึ้นไป

(ง) เป็นหรือเคยเป็นทนายความมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสิบปี

(2) สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

(3) เป็นผู้มีความรู้ความสามารถและประสบการณ์ดีเด่นในสาขาวิชากฎหมายตามที่ ก.ต. กำหนด และ

(4) เป็นผู้มีชื่อเสียงสุจริต มีบุคลิกภาพ มีความประพฤติ และทัศนคติที่เหมาะสมแก่การปฏิบัติหน้าที่ข้าราชการตุลาการ

หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกพิเศษ ให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อสมควรจะมีการสอบคัดเลือก ทดสอบความรู้ หรือคัดเลือกพิเศษเมื่อใดให้เลขาธิการ ก.ต. เสนอ ก.ต. เพื่อมีมติให้จัดให้มีการสอบคัดเลือกทดสอบความรู้ หรือคัดเลือกพิเศษ

ให้ ก.ต. มีอำนาจออกระเบียบกำหนดหลักสูตรและวิธีการสอบคัดเลือกการทดสอบความรู้และการคัดเลือกพิเศษ ตลอดจนการกำหนดอัตราส่วนการบรรจุระหว่างผู้ที่สอบคัดเลือกได้ ผู้ที่ทดสอบความรู้ได้ และผู้ที่ผ่านการคัดเลือกพิเศษ

เมื่อได้ประกาศผลการสอบคัดเลือก การทดสอบความรู้ หรือการคัดเลือกพิเศษแล้ว ก.ต. อาจมีมติให้บัญชีสอบคัดเลือก ทดสอบความรู้ หรือคัดเลือกพิเศษคราวก่อนเป็นอันยกเลิกก็ได้และเมื่อบุคคลที่ผ่านกระบวนการดังกล่าวแล้ว ให้ ก.ต. เป็นผู้พิจารณาและเสนอให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้สั่งบรรจุและแต่งตั้งต่อไป

ในส่วนของลักษณะทางกฎหมายกรณีที่ถูกกฎหมายให้อำนาจ ก.ต. ซึ่งเป็นองค์กรบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการสามารถออกประกาศ หรือระเบียบที่กำหนดวิธีการหรือคุณสมบัติของบุคคลทั่วไปเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลที่ประสงค์จะเข้ารับราชการตุลาการ โดยมีได้เนื้อหาสาระเฉพาะรายหรือเฉพาะกรณีหนึ่งกรณีใด แต่มีลักษณะเป็นนามธรรม (Abstract) และเนื้อหาของสาระของประกาศหรือระเบียบดังกล่าวก็มีเนื้อหาที่ทำให้ผู้อ่านทราบและเข้าใจเนื้อหาของประกาศนั้นชัดเจน ดังนั้น สถานะทางกฎหมายของประกาศหรือระเบียบที่ ก.ต. ออกมาใช้บังคับ จึงมีลักษณะเป็น “กฎ” (norm) ตามทฤษฎี “การกระทำทางปกครอง” ตามที่อธิบายมาแล้ว

นอกจากที่กล่าวมาแล้วนั้น บทบาทของ ก.ต. ที่มีเป็นข้อพิพาทสืบเนื่องกับประกาศและระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสอบเข้ารับราชการตุลาการนั้น คือ มติของ ก.ต. ที่ปฏิเสธสิทธิการเป็นผู้มีสิทธิสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการตุลาการ โดยลักษณะทางกฎหมายของมติดังกล่าวนั้น เมื่อพิจารณาทฤษฎีเกี่ยวกับ “การกระทำทางปกครอง” แล้ว สามารถอธิบายได้ ดังนี้

เป็นกรณีที่คณะกรรมการตุลาการในฐานะฝ่ายปกครอง ซึ่งใช้อำนาจในทางปกครองออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานะทางกฎหมายของบุคคล โดยเฉพาะเจาะจง คือ ผู้ประสงค์จะสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการตุลาการ และเนื้อหาของคำสั่งดังกล่าว มีลักษณะที่ผู้รับคำสั่งทราบถึงการปฏิเสธสิทธิของตนอย่างชัดเจน โดยกรณีการใช้อำนาจของ ก.ต. ดังกล่าวนั้น หากใช่เป็นการใช้อำนาจทางตุลาการแต่อย่างใดแม้จะมีกรรมการดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการก็ตาม

กล่าวโดยสรุป ลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งปฏิเสธสิทธิการเป็นผู้มีสิทธิสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการตุลาการดังกล่าวนี้ มีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ทั้งตามทฤษฎีและหลักกฎหมายปกครองตามที่กล่าวข้างต้น และตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539



อนึ่งการกระทำของ ก.ต. ดังที่กล่าวข้างต้นและมักเกิดเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการออกกฎ และการกำหนดคุณสมบัติของบุคคล รวมทั้งการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคล ตลอดจนการมีมติปฏิเสธสิทธิของบุคคลที่ประสงค์จะใช้สิทธิในการสมัครสอบเพื่อเข้ารับราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ซึ่งเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการเลือกปฏิบัติขัดต่อหลักความเสมอภาคนั้น ได้มีแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 โดยมีเนื้อหาซึ่งพอสรุปของข้อเท็จจริง แนวคำวินิจฉัย และความเห็นของตุลาการเสียงข้างน้อย โดยกรณีนี้ผู้เขียนขอนำสรุปคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับมติไม่รับสมัครบุคคลเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการมาประกอบการพิจารณาด้วย เนื่องจากเป็นคดีที่มีลักษณะข้อเท็จจริงของบุคคลเดียวกัน ดังนี้

การต่อสู้เพื่อสิทธิของนายศิริมิตร บุญมุล ทนายความพิการด้วยโรคโปลิโอ ท้ายที่สุดก็ประสบความสำเร็จเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการอัยการ หรือ ก.อ.) ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ซึ่งมีผลทำให้ในการสมัครสอบเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยในครั้งต่อไป นายศิริมิตร บุญมุล จะไม่มีปัญหาจากเหตุผลเพราะมีร่างกายไม่เหมาะสม โดยเหตุที่กรณีของนายศิริมิตร บุญมุล ได้เคยต่อสู้เป็นคดีในศาลถึง 3 ศาล กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองสูงสุด ในที่นี้ขอสรุปสาระสำคัญของแต่ละศาล และหลังจากนั้นผู้เขียนจะวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลแต่ละศาล

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545

ในกรณีนี้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ยื่นหนังสือ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2545 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็น ดังนี้

ก. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 30 หรือไม่

ข. การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) และคณะกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับราชการคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณา คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 26 (10) คำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะใช้ควบคู่กับ มาตรา 26 (11) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้ว เห็นสมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม

พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมฯ มาตรา 26 (10) ดังกล่าว เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 “มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 แต่อย่างใด”

สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะอนุกรรมการ ตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการขอให้วินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะอนุกรรมการดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจ จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ด้วยอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เสียข้างมาก จำนวน 8 คน วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 จึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียข้างน้อยจำนวน 3 คน เห็นว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เฉพาะคำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 เนื่องจากเป็น บทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง (Ultra vires) ซึ่งเป็นการเกินขอบเขตโดยอ้าง เหตุตามความเหมาะสมแทนความสามารถ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2545

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองกลางยื่นคำร้อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยในประเด็นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

เรื่องนี้เป็นกรณีที่นายศิริมล บุญมุด ฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการอัยการ หรือ ก.อ. ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็น ข้าราชการอัยการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองกลางพิจารณา แล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องโต้แย้งว่า มาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเรื่องนี้แล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) คำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ” จะใช้ควบคู่กับมาตรา 33 (12) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่คณะกรรมการแพทย์มีจำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.อ. จะได้กำหนดได้ตรวจร่างกายและจิตใจแล้ว และ ก.อ. ได้พิจารณารายงานของแพทย์เห็นว่าสมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายอัยการ จึงเห็นว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนูญมาตรา 29 และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 816/2546

คดีนี้เป็นคดีที่นายศิริมิตร บุญมูล ฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาให้

ก. บทบัญญัติมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการฯ และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสิทธิสอบผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

ข. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการตัดสิทธิในครั้งนี้ที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ

ศาลปกครองกลางพิพากษาว่า “ ... การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการตามรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะอนุกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้ เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (ก.อ.) เห็นชอบตามความเห็นของคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกผู้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด และเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยเหตุผล ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีในการสอบอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงชอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการถูกตัดสิทธิในครั้งนี้ที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษพิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.142/2547

นายศิริมิตร บุญมูล ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลางที่ 816/2546 ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า “ ... คณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของ

ผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 นั้น โดยความเห็นของคณะกรรมการแพทย์ฯ และคณะอนุกรรมการพิจารณาคณะคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ เป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีในการประชุมครั้งที่ 6/2544 เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2544 ในส่วนที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย พ.ศ. 2544

บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545 และ 44/2545

ก. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการวินิจฉัยประเด็นเดียวกัน แต่เกี่ยวกับกฎหมาย 2 ฉบับ กล่าวคือ มาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ทั้งสองมาตราดังกล่าวมีถ้อยคำในทำนองเดียวกัน และมีประเด็นให้วินิจฉัยในประเด็นเดียวกันว่ามาตราดังกล่าวขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งสองคำวินิจฉัยนั้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญเหมือนกันว่า ทั้งสองกรณีไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ และทั้งสองเรื่องต่างมีความเห็นฝ่ายข้างน้อยที่เห็นว่าทั้งสองมาตราดังกล่าวขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หากจะวิเคราะห์กันว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่นในกรณีนี้ที่บัญญัติว่า “มีกายไม่เหมาะสม” เป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนอยู่ในตัวเอง ในทางกฎหมายของต่างประเทศมองเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน ประเทศส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นเรื่องของดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย ยกเว้นประเทศเยอรมันเท่านั้นที่เห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของดุลพินิจแต่เป็นเรื่องของการประเมินข้อเท็จจริงให้เข้ากับองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่า ได้ประเมินข้อเท็จจริงโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาในเรื่องนี้อาจจะนำมาสู่ประเด็นขอบเขต

ในการตรวจสอบของศาลมีเพียงใด และศาลสามารถตรวจสอบเรื่องใดได้บ้าง ซึ่งผู้เขียนไม่ขอกล่าวรายละเอียดในเรื่องนี้ แต่ประเด็นที่จะเกี่ยวโยงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคือ การที่องค์กรนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะไม่ชัดเจนในตัวเอง ดังกล่าวจะเป็นการจัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ท้ายที่สุดคงต้องยอมรับข้อจำกัดในการตรากฎหมายว่า องค์กรนิติบัญญัติก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดได้ในทุกเรื่อง องค์กรนิติบัญญัติก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดได้ในทุกเรื่อง หลายเรื่องจึงต้องมีการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองไปกำหนดรายละเอียด บางเรื่องบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง เช่น “เพื่อประโยชน์ส่วนรวม” “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” “เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม” “เพื่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นต้น กรณีเหล่านี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตีความหรือประเมินข้อเท็จจริงว่า เข้าองค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ ในกรณีเหล่านี้ หากถือตามความเห็นของฝ่ายข้างน้อยของศาลรัฐธรรมนูญที่เห็นว่า กฎหมายที่บัญญัติในลักษณะดังกล่าวจะขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญก็คงก่อให้เกิดผลกระทบอย่างสำคัญต่อกระบวนการตรากฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเองก็ไม่เห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายข้างน้อยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าการวินิจฉัยของฝ่ายข้างมากของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยโดยมิได้วางหลักหรือมิได้คำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอันเกิดจากการประเมินข้อเท็จจริงในกรณีของถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด เพราะโดยแท้จริงแล้ว การจะกระทบสิทธิในกรณีนี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ใช้บทบัญญัติของกฎหมายด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ในชั้นการใช้กฎหมายด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ในชั้นการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ด้วยเหตุนี้เองการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวจึงต้องคำนึงอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ข้อจำกัดของการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และประการที่สอง การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอันเกิดจากการใช้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และประการที่สอง การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอันเกิดจากการใช้กฎหมายดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ トラบเท่าที่การใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงนั้น อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ หากเป็นไปตามเงื่อนไขเช่นนี้จึงจะถือว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่หากกรณีเป็นไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ การใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการประเมินข้อเท็จจริงอันเกี่ยวเนื่องกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง และการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้ควบคุมตรวจสอบของศาล บทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง

นั้นย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองเรื่องดังกล่าวยังขาดความรอบด้านในการที่จะวินิจฉัยวางหลักในเรื่องที่เกี่ยวกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นด้วยกับฝ่ายข้างมากแต่ยังต้องเพิ่มเติมสาระสำคัญในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลไปด้วย โดยเฉพาะในระบบกฎหมายไทยที่มีองค์กรบางองค์กรใช้กฎหมายแล้วไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ กรณียิ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่

ข. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไม่กล่าวอ้างมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญและให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของมาตรา 26 (10) พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ศาลรัฐธรรมนูญยกแต่ข้อความโดยมิได้ให้เหตุผลว่า “สิทธิ” ในเรื่องอะไรที่มีได้ถูกกระทบกระเทือนและที่กล่าวหา “ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ” มีข้อเท็จจริงและมีข้อพิจารณาอย่างไร

องค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่ใช้และตีความกฎหมาย การที่จะใช้และตีความกฎหมายจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับข้อความกฎหมายและให้เหตุผลในทางกฎหมายว่า กรณีข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายนั้นๆ หรือไม่อย่างไร การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นสิทธิในเรื่องใด หากจะกล่าวโดยสรุปก็คือ สิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐภายใต้หลักความเสมอภาค การที่บุคคลหนึ่งถูกห้ามมิให้สมัครสอบคัดเลือก เนื่องจากคุณสมบัติทางด้านร่างกายของบุคคลนั้น กรณีย่อมไปกระทบต่อสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐภายใต้หลักความเสมอภาค แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้เหตุผลว่าไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิอย่างไร มิใช่เป็นเพียงแต่การอ้างถ้อยคำของกฎหมาย เพราะการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวมีอาจจะทำให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด นอกจากนี้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกลับไปยืนยันว่าสิ่งเหล่านี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็จะส่งผลให้หลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

ค. ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้ยกข้อเท็จจริงมากล่าวอ้างว่ากรณีที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งโดยย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ความสามารถความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย ซึ่งการสมัครสอบคัดเลือกตำแหน่งร่างกาย

และจิตใจว่ามีความสมบูรณ์สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช้เพียงแต่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในห้องพิจารณาเท่านั้นบางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาลปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาจึงมีมาตรการที่แตกต่างและเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ที่กล่าวมาเป็นเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่จะให้เหตุผลว่าบทบัญญัติมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญอย่างไร

หากพิจารณาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้แล้ว พอดีสรุปเหตุผลในทางหลักกฎหมายได้ว่า ตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่แตกต่างไปจากตำแหน่งอื่นเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ดังนั้น มาตรการที่แตกต่างเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง จึงมีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างได้ กรณีย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน” จากการให้เหตุผลศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลว่าตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาแตกต่างไปจากตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง จึงสามารถนำมาสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ประเด็นสำคัญที่จะต้องตรวจสอบคือความแตกต่างที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างว่าแตกต่างนั้นเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันที่มีเหตุผลที่จะยอมรับได้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างโดยกล่าวถึงลักษณะงานของผู้พิพากษาที่อาจจะต้องทำหน้าที่นอกศาล เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เหตุผลแรกเป็นเหตุผลในแง่ของกายภาพและอีกเหตุผลหนึ่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เหตุผลทั้งสองประการจะถือว่าเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้หรือไม่

จากเหตุผลแรกของศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในเรื่องของการกระทำภาระหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ซึ่งโดยแท้จริงแล้วอาชีพ หน่วยงานที่รับสมัครสอบสามารถใช้เหตุผลในเรื่องความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดว่าบุคคลนั้นไม่สามารถทำภาระหน้าที่นั้นๆ ได้ หน่วยงานย่อมมีสิทธิปฏิเสธได้อยู่แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดว่าแค่ไหนเพียงใดที่เป็นความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดว่าไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ดังนั้น เหตุผลจากความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้ย่อมเป็นเหตุผลทั่วไปที่หน่วยงานย่อมนำมาใช้เป็นเหตุผลในการปฏิเสธได้อยู่แล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุผลพิเศษที่จะนำมาอ้างได้เฉพาะตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ปัญหาคือบกพร่องแค่ไหนเพียงใดจึงเป็นเหตุผลของการปฏิเสธ หากมีการ

ปฏิเสธเพราะความบกพร่องทางกาย โดยมีได้พิจารณาว่าถึงขนาดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ การปฏิเสธดังกล่าวอาจเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ท้ายที่สุดจะต้องมีการวางหลักความบกพร่องทางกาย แคะไหนเพียงใด ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้ เพราะมิใช่ความบกพร่องทางกายแคะไหนเพียงใด ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้ เพราะมิใช่ความบกพร่องทางกายทุกกรณีที่อาจอ้างเหตุผลของการเลือกปฏิบัติ มีเฉพาะความบกพร่องทางกายในกลุ่มหนึ่งเท่านั้นที่อาจอ้างเหตุผลของการเลือกปฏิบัติให้แตกต่างได้ และความบกพร่องทางกายในกลุ่มนั้นจะต้องมีลักษณะเช่นใด และนี่คือความต้องการในการอธิบายในทางกฎหมายโดยคำวินิจฉัยของศาล มิใช่เพียงการกล่าวอ้างถ้อยคำ ในรัฐธรรมนูญแล้วนำไปสู่ข้อสรุปว่าไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ แต่ที่สำคัญกว่าคืออะไรเป็นเกณฑ์ที่จะบอกว่าเลือกปฏิบัติหรือไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งยังค้นหาไม่พบจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ชัดเจนว่า ทั้งสองศาลตีความข้อเท็จจริงเดียวกันไปในทิศทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลปกครองกลางตีความว่า “...การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการตามรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการ ได้ เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป” แต่ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “...จึงน่าจะเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยดังกล่าว ... การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าว จะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร...”

หากพิจารณาการให้เหตุผลของศาลปกครองทั้งสองแล้วจะเห็นได้ว่า มีความเป็นไปในทิศทางที่แตกต่างกัน ประเด็นที่ทำให้เหตุผลของศาลปกครองกลางมีน้ำหนักน้อยลงก็คือ การที่ผู้ฟ้องคดีแสดงให้เห็นว่า ตนเคยเป็นทนายความ ซึ่งมีลักษณะงานที่ใกล้เคียงกับงานของอัยการ นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความเห็นรับรองความสามารถทางกายของผู้ฟ้องคดีรวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทนายความว่า สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติทั่วไป ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เอง ทำให้การให้เหตุผลของศาลปกครองกลางที่กล่าวว่า “...จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการ ได้ เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป...” จึงเป็นการให้เหตุผลที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏ ในขณะที่

ศาลปกครองสูงสุดกลับเห็นว่าความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ทนายความของผู้ฟ้องคดีประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่เกี่ยวกับความสามารถทางกายของผู้ฟ้องคดี โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องพิจารณาความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีก่อน จึงจะสามารถให้เหตุผลที่หนักแน่นได้ว่าการที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้อย่างไร จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดมีความชัดเจน และเป็นเกณฑ์สำคัญที่จะนำไปสู่ข้อพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ตามหลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญให้เหมือนกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน กล่าวเฉพาะกรณีนี้สิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันก็คือ ความสามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้ หากผู้ฟ้องคดีสามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้ ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสาระสำคัญสามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้ ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับผู้สมัครรายอื่นๆ แต่หากพิจารณาความสามารถในการปฏิบัติงานในหน้าที่ราชการอัยการของผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ดังกล่าวได้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากผู้สมัครรายอื่นๆ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีย่อมปฏิเสธที่จะรับสมัครผู้ฟ้องคดีได้ เกณฑ์ในการเปรียบเทียบจึงมิใช่เป็นการเปรียบเทียบในเชิงกายภาพระหว่างบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการ ดังที่ศาลปกครองกลางใช้เป็นเกณฑ์ในเชิงกายภาพระหว่างบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการ ดังที่ศาลปกครองกลางใช้เป็นเกณฑ์ในการเปรียบเทียบเพราะบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการย่อมแตกต่างในสาระสำคัญในทางกายภาพ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ใช่เกณฑ์ที่จะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ ดังนั้น เกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องนี้ของศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค และข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการวางบรรทัดฐานที่สำคัญสำหรับการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็น “สาระสำคัญ” ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่างตามหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญ

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรตุลาการตามมาตรา 28 วรรคสอง¹⁸ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

จากข้อเท็จจริงในคดีของนายศิริมิตร บุญมูล จะเห็นได้ว่า การที่มีองค์กรตุลาการมาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ย่อมก่อให้เกิดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้ดีกว่ากรณีศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของ

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 28 วรรคสอง บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ในทางศาลได้

เจ้าหน้าที่ได้ หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว นายศิริมิตร บุญมูล ได้ฟ้องโต้แย้งมติ ก.ต. ดังกล่าวต่อศาลแพ่ง โดยอาศัยอำนาจฟ้องตาม ป.วิ.พ. มาตรา 55 เนื่องจากการฟ้องโต้แย้งมติ ก.ต. ดังกล่าว ไม่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ ตามที่ได้บัญญัติยกเว้นไว้ใน มาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ศาลแพ่งมีคำพิพากษายกฟ้อง นายศิริมิตร บุญมูล จึงยื่นอุทธรณ์เฉพาะปัญหาข้อกฎหมายโดยตรงต่อศาลฎีกา ซึ่งขณะนี้คดียังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา คงต้องรอฟังว่าผลแห่งคดีจะเป็นประการใด ซึ่งกรณีย่อมแตกต่างไปจากมติของคณะกรรมการอัยการที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองที่อาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนเห็นว่า กรณีของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายที่ไปกระทบสิทธิของบุคคลแล้ว แต่ปราศจากเขตอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว ข้อเท็จจริงในคดีของนายศิริมิตร บุญมูล จึงเป็นตัวอย่างที่ดีในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ จากกรณีศึกษาในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ จากกรณีศึกษาในเรื่องนี้ควรจะนำไปสู่การตีความมาตรา 28 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการทั่วไปว่า การละเมิดสิทธิของบุคคล โดยเฉพาะจากหน่วยงานของรัฐทั้งหลาย ย่อมอยู่ภายใต้การถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เสมอ¹⁹

นอกจากกรณีดังกล่าวแล้ว ก.ต. ยังได้ออกประกาศรับสมัครบุคคลเพื่อทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยผู้เขียนเห็นว่ายังคงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาคตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้ประกาศ ณ วันที่ 18 พฤษภาคม พ.ศ. 2548 โดยมีสาระสำคัญดังนี้

ด้วยคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 12/2548 เมื่อวันที่จันทร์ที่ 16 พฤษภาคม 2548 กำหนดให้มีการทดสอบความรู้เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ตามพระราชบัญญัติระเบียบ

¹⁹ บรรเจิด สิงคนดี. (2548, พฤษภาคม – สิงหาคม). “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครอง : กรณีสิทธิในการสมัครสอบของทนายความพิการด้วยโรคโปลิโอ.” *ตุลพาห*, 52, 2. หน้า 23 – 36.

ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เฉพาะผู้สมัครตามมาตรา 28 (2) (ก)²⁰ ได้แก่ผู้ที่มีคุณวุฒิสอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสามปี หรือสอบไล่ได้ปริญญาเอกทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยในประเทศไทย และผู้สมัครตามมาตรา 28 (2) (ข)²¹ ได้แก่ผู้ที่มีคุณวุฒิสอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสองปี หรือหลายหลักสูตรรวมกันไม่น้อยกว่าสองปี โดยกำหนดวันและเวลายื่นใบสมัครสอบตามความในข้อ 5 แห่งระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2545 และตามระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือก ผู้สมัครทดสอบความรู้ หรือผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือกพิเศษ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2545

โดยประกาศของ ก.ต. ดังกล่าวนั้นได้อาศัยอำนาจตามข้อ 5 แห่งระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อ 3²² แห่งระเบียบ

²⁰ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

มาตรา 28 ผู้สมัครทดสอบความรู้ตามมาตรา 26 ต้องมีคุณวุฒิและได้ประกอบวิชาชีพ ดังต่อไปนี้

- (1) สอบไล่ได้ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา และ
- (2) มีคุณวุฒิอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) สอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือสอบไล่ได้ปริญญาเอกทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยในประเทศไทย ซึ่ง ก.ต. รับรอง

(ข) สอบไล่ได้ปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางกฎหมายจากต่างประเทศ โดยมีหลักสูตรเดียวไม่น้อยกว่าสองปีหรือหลายหลักสูตรรวมกันไม่น้อยกว่าสองปี ซึ่ง ก.ต. เทียบไม่ต่ำกว่าปริญญาตรี และได้ประกอบวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในมาตรา 27 (3) เป็นเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี

ฯลฯ

ฯลฯ

²¹ แห่หลังเดิม.

²² ระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548

ข้อ 3 ให้ยกเลิกความในข้อ 5 ของระเบียบคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา พ.ศ. 2545 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ข้อ 5 เมื่อสมควรจะมีการทดสอบความรู้เมื่อใด ให้เลขาธิการ ก.ต. เสนอขอความเห็นชอบจาก ก.ต. เพื่อจัดให้มีการทดสอบความรู้ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์แห่งราชการศาลยุติธรรม ก.ต. อาจจะกำหนดให้มีการทดสอบความรู้ผู้สมัครตามความในมาตรา 28 (2) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เฉพาะข้อ (ก) (ข) (ค) (ง) (จ) (ฉ) หรือ (ช) ข้อใดข้อหนึ่ง หรือหลายข้อในการทดสอบความรู้แต่ละคราวก็ได้

คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมว่าด้วยการสมัครและการทดสอบความรู้ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548

เมื่อพิจารณาข้อกำหนดของระเบียบดังกล่าวแล้วเห็นได้ว่ามีลักษณะที่เป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลผู้ที่ศึกษาหรือจบการศึกษาในระดับเดียวกับที่ประกาศ ดังกล่าวกำหนด ทั้งที่เป็นปริญญาในประเทศไทยและมีคุณสมบัติอื่นๆ ครบถ้วนตามที่ ก.ต. กำหนด เช่นเดียวกัน

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครองของประเทศไทย

2.2.1 ประวัติความเป็นมา

เมื่อประมาณปี 2542 ได้มีการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และต่อมาในปี 2544 ได้มีการก่อตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย เป็นครั้งแรก โดยแยกเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมในบทบาทด้านการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ตามที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้ระบบศาลภายในประเทศไทยเปลี่ยนจากระบบศาลเดี่ยวเป็นระบบ ศาลคู่

แต่เดิมในอดีตนั้นบรรดาคดีต่างๆ ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้หลักนิติรัฐของศาลยุติธรรม ซึ่งขณะนั้นเป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจตุลาการเพียงองค์กรเดียวเท่านั้น ดังนั้น ข้อพิพาทจากการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการตุลาการก็ อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมเช่นเดียวกัน

ต่อมาในการดำเนินงานของทางราชการซึ่งต้องมีการติดต่อสัมพันธ์กันระหว่าง ประชาชนกับหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะมีทั้งกรณีที่ประชาชนพึงพอใจในการ ดำเนินงานของทางราชการ กับกรณีที่ประชาชนรู้สึกว่าคุณไม่ได้ได้รับความเป็นธรรม หรือได้รับการ ปฏิบัติที่ไม่ถูกต้อง หรือไม่ได้รับความสะดวกรวดเร็วอย่างที่ควรจะเป็น ซึ่งก่อให้เกิดหรืออาจจะ ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายจนเป็นข้อพิพาทหรือข้อโต้แย้งระหว่างประชาชนกับทาง ราชการขึ้น จึงจำเป็นต้องมีองค์กรที่มีความเป็นกลาง มีความรอบรู้และความเชี่ยวชาญในหลัก กฎหมายมหาชนมาทำหน้าที่ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว องค์กรนี้ก็คือศาลปกครองนั่นเอง

ให้ ก.ต. ประกาศเกี่ยวกับการรับสมัคร และแต่งตั้งคณะกรรมการทดสอบความรู้ขึ้นคณะหนึ่งตาม จำนวนที่จำเป็น ทั้งนี้ ให้คำนึงถึงคุณสมบัติ ความรู้ความสามารถ ประสบการณ์ในการสอน และการเป็น กรรมการสอบวิชากฎหมายของผู้ซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็นส่วนสำคัญ”

²³ โภคิน พลกุล. (2548). *สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง สำนักงานศาลปกครอง*. หน้า 2 – 5.

เหตุผลสำคัญที่จำเป็นต้องมีศาลปกครองอีกประการหนึ่งก็คือ นิติสัมพันธ์ส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนจะมาจากการออกกฎหมาย หรือการออกคำสั่ง ซึ่งเป็นการกระทำที่ฝ่ายปกครองดำเนินการเองฝ่ายเดียว มิใช่ตั้งอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันดังเช่นการผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลตามกฎหมายเอกชน ทั้งยังทำเป็นเอกสาร ซึ่งเกือบทั้งหมดจะอยู่ในความครอบครองของฝ่ายราชการ จึงเป็นการยากที่เอกชนจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยืนยันข้อกล่าวอ้างของตน ดังนั้น การดำเนินคดีปกครองและหลักกฎหมายที่ใช้ในการตัดสินคดีปกครองจึงต้องมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีทั่วไป กล่าวคือ ในการดำเนินคดีต่างๆ ไป (คดีแพ่งและคดีอาญา) ศาลมีหน้าที่กำกับควบคุมให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาและการเสนอพยานหลักฐานของกลุ่มความเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดและรับฟังพยานหลักฐานที่แต่ละฝ่ายเสนอแล้ววินิจฉัยไปตามข้อเท็จจริงนั้นๆ ซึ่งเรียกว่า “ระบบกล่าวหา” แต่ในคดีปกครองนิติสัมพันธ์ส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนมิได้ตั้งอยู่บนหลักความเท่าเทียมกันดังที่กล่าวมาข้างต้น หากถือหลักอย่างเคร่งครัดว่าการค้นหาความจริงเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องพิสูจน์ข้อกล่าวอ้างของตนอย่างเช่นในคดีต่างๆ ไป ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมแก่เอกชนในการต่อสู้คดีได้ ด้วยเหตุนี้ในคดีปกครองศาลจึงต้องมีหน้าที่มากไปกว่าการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายกล่าวอ้างและนำเสนอ โดยจะมีบทบาทสำคัญในการตรวจสอบแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี และดำเนินกระบวนการ เช่น การใช้มาตรการต่างๆ ในการแสวงหาข้อเท็จจริง การกำหนดระยะเวลาให้คู่กรณีต้องชี้แจงข้อเท็จจริงหรือส่งเอกสารหลักฐาน การซักถามคู่กรณีหรือพยาน เป็นต้น ซึ่งเรียกว่า “ระบบไต่สวน”

เนื่องจากคดีปกครองเป็นเรื่องเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น ผู้ที่จะเป็นตุลาการในศาลปกครองจึงต้องเป็นผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารราชการเป็นอย่างดี อีกทั้งต้องมีความรู้อย่างลึกซึ้งเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง นอกเหนือจากความรู้พื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปของไทย เช่น กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา

ด้วยเหตุผลจากความจำเป็นในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะในเรื่องของความไม่เท่าเทียมกันในนิติสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชน ซึ่งทำให้ต้องมีวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ หรือการที่ต้องมีตุลาการที่มีความรู้ทางกฎหมายมหาชนและประสบการณ์ในการบริหารราชการแผ่นดินเป็นพิเศษ เพื่อตัดสินชี้ขาดคดีปกครอง จึงทำให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นอีกระบบศาลหนึ่งต่างหาก เพื่ออำนวยความสะดวกธรรมชาติทางปกครองให้แก่ประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพและสร้างบรรทัดฐานที่ถูกต้องและเหมาะสมในการปฏิบัติราชการดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ได้มีการตรากฎหมายจัดตั้ง “คณะกรรมการกฤษฎีกา” ขึ้นใน พ.ศ. 2476 โดยให้มีหน้าที่หลัก 2 ด้านทำนองเดียวกับคณะที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน คือ การให้คำปรึกษาและร่างกฎหมาย กับการพิจารณาวินิจฉัยคือปกครอง และหน้าที่ในประการหลักนี้ไม่ได้มีการดำเนินงาน เนื่องจากต้องมีกฎหมายกำหนดรายละเอียดอีกชั้นซึ่งก็ไม่ได้มีการตรากฎหมายดังกล่าว

ต่อมาใน พ.ศ. 2522 ได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เพื่อให้หน้าที่ทั้ง 2 ด้านของคณะกรรมการกฤษฎีกามีการปฏิบัติอย่างจริงจัง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนของประชาชนจากการปฏิบัติหน้าที่ของทางราชการโดยได้ใช้ระบบ “ร้องทุกข์” เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัย จากนั้นจึงเสนอคำวินิจฉัยนั้นให้นายกรัฐมนตรีพิจารณาสั่งการต่อไป อันเป็นการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การเป็นศาลปกครองที่สมบูรณ์ในอนาคต

จากวิวัฒนาการตั้งแต่อดีตมาจนถึงการใช้ระบบ “ร้องทุกข์” นั้น ได้แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ที่ชัดเจนในการจัดตั้งหรือพัฒนาระบบวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางปกครองว่าต้องการให้เป็นอีกระบบหนึ่งแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลหลักในคดีทั่วๆ ไป รัฐบาลในสมัยต่างๆ รวมทั้งนักวิชาการและผู้เกี่ยวข้อง ก็ได้สนับสนุนให้มีการจัดตั้งศาลปกครองตามแนวทางนี้ เพราะเข้าใจถึงสภาพของคดีปกครองและการดำเนินคดีปกครองซึ่งมีลักษณะพิเศษดังที่กล่าวมา ทั้งนี้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 ใน พ.ศ. 2538 ของรัฐสภา ด้วยการให้มีศาลปกครองเป็นศาลอีกระบบหนึ่งแยกต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม และโดยการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อปรับเปลี่ยนอำนาจหน้าที่ในส่วนงานวินิจฉัยร้องทุกข์ของคณะกรรมการกฤษฎีกาให้เป็นศาลปกครองเต็มรูปแบบ

อย่างไรก็ดี การจัดตั้งศาลปกครองตามแนวทางดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แต่เพื่อให้การจัดตั้งศาลปกครองเป็นผลสำเร็จ รัฐบาลในขณะนั้นจึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ และร่างกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องต่อสภาผู้แทนราษฎร ในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2540 โดยมีหลักการให้ยกเลิกงานวินิจฉัยร้องทุกข์ของคณะกรรมการกฤษฎีกา และให้โอนเรื่องร้องทุกข์ไปเป็นคดีปกครองทั้งให้มีการจัดตั้งหน่วยธุรการของศาลปกครองขึ้นใหม่ แทนที่จะให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาทำหน้าที่ดังกล่าว ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบัน ซึ่งเกิดขึ้นจากแรงผลักดันในการปฏิรูปการเมืองของประชาชน ก็ได้ยืนยันหลักการให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นศาลอีกระบบหนึ่งต่างหากจากระบบศาลยุติธรรม เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2535 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2538

และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยมีหลักการในการทำงานเดียวกับร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรใน พ.ศ. 2540 ที่กล่าวมา

2.2.2 เขตอำนาจศาลปกครอง

โดยลักษณะของคดีพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองนั้น สามารถแบ่งเป็น 2 กรณี คือ คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองกลาง (ศาลปกครองชั้นต้น) และคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

2.2.2.1 คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองชั้นต้น บัญญัติไว้ในมาตรา²⁴ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 5 ประเภท คือ

²⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด

(6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

เรื่องดังต่อไปนี้ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

(1) การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

(2) การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ

(3) คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ซึ่งอาจแยกออกเป็นการกระทำทางกฎหมาย หรือที่เรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” และการกระทำทางกายภาพ หรือที่เรียกว่า “การปฏิบัติการ” การกระทำทางปกครองที่กล่าวมาเป็นการใช้อำนาจที่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถดำเนินการได้เองฝ่ายเดียวโดยไม่ต้องให้อีกชนยินยอมก่อน ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ เช่น การออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป หรือการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งลงโทษทางวินัย คำสั่งอนุญาต อนุมัติ คำสั่งแต่งตั้ง ประกาศผลการสอบแข่งขันเข้ารับราชการหรือเข้าศึกษาต่อซึ่งเป็นกรณีของนิติกรรมทางปกครอง ส่วนคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการปฏิบัติการใดๆ ของเจ้าหน้าที่ ก็เช่น การก่อสร้างสะพาน ถนน การขุดลอกคลองสาธารณะหรือท่อระบายน้ำสาธารณะ การก่อสร้างห้องสุขาสาธารณะ หรือการก่อสร้างที่พักคนโดยสาร เป็นต้น

ลักษณะคดีประเภทนี้ได้แก่ คดีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 (1) นั้นเอง และคดีดังกล่าว มาตรา 72 (1) บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือการสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน จึงมักเรียกคดีประเภทนี้ว่าเป็นคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎ หรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำ แต่การที่ศาลปกครองจะเพิกถอนหรือสั่งห้ามการกระทำทางปกครองได้ ก็เพราะเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเหตุที่ทำให้การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหากจำแนกตามมาตรา 9 (1) แล้วมีอยู่ด้วยกัน 10 ประการ คือ

ประการแรก เป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ การกระทำโดยไม่มีอำนาจนั้นได้แก่ กรณีที่ผู้ที่กระทำการไม่มีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือกรณีที่ผู้กระทำการมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย แต่ไม่ใช่หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้นๆ เช่น ในเรื่องใบอนุญาตสถานบริการ พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 กำหนดให้อำนาจในการออกหรือเพิกถอนใบอนุญาตเป็นของผู้บังคับบัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับกรุงเทพมหานคร และผู้ว่าการจังหวัดในจังหวัดอื่นๆ ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ในตำแหน่งอื่นๆ ไม่ว่าจะอยู่ในระดับตำแหน่งที่สูงกว่าหรือต่ำกว่าเจ้าหน้าที่ดังกล่าว เช่น สารวัตรในสถานีตำรวจนครบาล

แ
ห
่
น
ง
ใ
น
ค
ด

แห่งหนึ่ง หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะไม่มีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตสถานบริการได้ หากปรากฏกรณีทำนองนี้ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจ

ประการที่สอง เป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ เหตุใดกรณีนี้ ความจริงแล้วอาจรวมเป็นเหตุเดียวกับเหตุการณ์แรกได้เพราะต่างก็เป็นเรื่องของความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เพื่อความชัดเจนมิให้ต้องตีความหมายของ

ความบกพร่องในเรื่องอำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ ว่าจำกัดหรือขยายครอบคลุมถึงกรณีใดบ้าง กฎหมายจึงกำหนดให้มีกรณีการกระทำ “นอกเหนืออำนาจหน้าที่” อีกกรณีหนึ่ง ซึ่งหมายถึงว่าหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยถูกต้องตามกฎหมายอยู่แล้ว และมีอำนาจหน้าที่ที่จะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งด้วย เพียงแต่ได้กระทำการไปนอกเหนืออำนาจหน้าที่ที่ตนมีอยู่ เช่น กรณีการใช้อำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็น เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล องค์การบริหารส่วนจังหวัด ฯลฯ ซึ่งโดยหลักจะมีอำนาจจำกัดอยู่เฉพาะในเขตพื้นที่การปกครองของตนเท่านั้น ดังนั้น หากเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งหนึ่งใช้อำนาจไม่ว่าจะเป็นการออกคำสั่งหรือออกข้อบัญญัติของท้องถิ่นให้มีผลใช้บังคับในพื้นที่การปกครองของเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งอื่น ต้องถือว่าเทศบาลหรือองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งนั้นกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ (Ultra Vires)

ประการที่สาม เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย การกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย นับว่าเป็นเหตุที่มีความหมายกว้างที่สุด และสอดคล้องกับอำนาจหน้าที่พื้นฐานของศาลปกครองที่เป็นองค์กรควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครองใดก็ตามที่เป็นเหตุให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้ย่อมถือว่าเป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อเป็นเหตุหนึ่งที่ศาลสามารถใช้เป็นเกณฑ์ในการเพิกถอนการกระทำทางปกครอง จึงต้องมีความหมายหรือขอบเขตที่ชัดเจนในระดับหนึ่ง และเมื่อเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงควรจะหมายถึง กรณีต่างๆ ที่นอกเหนือจากที่มีการกำหนดไว้แล้ว ซึ่งได้แก่กรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการ โดยสำคัญผิดในข้อเท็จจริง สำคัญผิดในข้อกฎหมายหรือการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายผิดพลาด

ประการที่สี่ เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายกรณีนี้ก็คือเช่น กฎหมายกำหนดว่าการกระทำทางปกครองในเรื่องนั้นต้องกระทำเป็นหนังสือ ดังนั้น หากไม่ได้กระทำเป็นหนังสือก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุนี้ หรือกฎหมายกำหนดว่าการกระทำทางปกครองนั้นจะต้องผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรใดก่อนเพื่อขอคำปรึกษาหารือ หรือขอความเห็น ดังนั้น หากได้มีการกระทำไปโดยไม่ผ่านการพิจารณาของเจ้าหน้าที่หรือองค์กรเช่นนั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุนี้เช่นกัน

ประการที่ห้า เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น การจะมีการกระทำทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยทั่วไปหน่วยงานฯ หรือเจ้าหน้าที่ฯ จะต้องปฏิบัติตามวิธีการต่างๆ ซึ่งอาจมีรายละเอียดและลักษณะที่หลากหลายแตกต่างกันตามสภาพของงาน อย่างไรก็ดี เพื่อให้การดำเนินงานของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพ

และเกิดความรวดเร็วบางครั้งฝ่ายปกครองจะต้องปรับวิธีการต่างๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ด้วย โดยบางกรณีอาจใช้วิธีการหนึ่ง แต่ในบางกรณีอาจใช้วิธีการอีกอย่างหนึ่ง หรือดเว้นไม่ใช้วิธีการดังกล่าว

ด้วยเหตุนี้ เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้จึงมุ่งหมายเฉพาะการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นเท่านั้น โดยคำนึงถึงว่า วิธีการที่ฝ่ายปกครองอาจนำมาใช้มีอยู่มากมายหลากหลาย แต่เฉพาะกรณี วิธีการอันเป็นสาระสำคัญเท่านั้นที่หากมีการไม่ปฏิบัติตามจะกระทบต่อความถูกต้องสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

ตัวอย่างในกรณีเช่นนี้ เช่น มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน” ดังนั้น หากฝ่ายปกครองออกคำสั่งที่มีลักษณะดังกล่าวโดยไม่ได้ให้คู่กรณีมีโอกาสทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้ง ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น

ประการที่หก เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต อย่างไรก็ตามจึงเรียกว่าเป็นการกระทำ “โดยไม่สุจริต” นั้น โดยหลักจะพิจารณาจากมูลเหตุ (motif) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการกระทำทางปกครองนั้นๆ เป็นต้นว่า เจ้าหน้าที่ที่ได้ดำเนินการไปโดยใช้เหตุผลส่วนตัวหรือโดยกลั่นแกล้งผู้รับคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เช่น การที่ข้าราชการรายหนึ่งกับผู้บังคับบัญชาที่มีเรื่องขัดใจ โดยข้าราชการรายนั้นได้เคยร้องเรียนตามกฎหมายกล่าวหาผู้บังคับบัญชาของตน ซึ่งในที่สุดปรากฏว่าข้อร้องเรียนไม่มีมูลความจริงแต่อย่างใด ฝ่ายผู้บังคับบัญชาไม่พอใจจึงแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการรายนั้น โดยอ้างว่าการกระทำความผิดของข้าราชการรายนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อภาพพจน์และชื่อเสียงของหน่วยงานอันเป็นมูลความผิดวินัยอย่างร้ายแรง กรณีนี้เห็นได้ว่า เป็นการแต่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยโดยไม่สุจริต นั่นคือเป็นการใช้อำนาจโดยมีวัตถุประสงค์นอกเหนือจากวัตถุประสงค์ของกฎหมาย เป็นความไม่พอใจส่วนตัวที่ถูกผู้บังคับบัญชาร้องเรียน ทั้งๆ ที่การใช้สิทธิร้องเรียนตามกฎหมายเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งของหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตย และกฎหมายก็บัญญัติรับรองสิทธิของข้าราชการที่จะต้องร้องเรียนผู้บังคับบัญชาได้ (คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ที่ 75/2534)

ประการที่เจ็ด เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้เป็นเหตุที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาคหรือหลักความเท่าเทียมกัน อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลและมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาโดยตลอด

ประการที่แปด เป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ มีความหมายว่า การจะมีการกระทำทางปกครอง อย่างใดอย่างหนึ่งนั้น หากจะมีขั้นตอนใดที่ต้องปฏิบัติตามก็ต้องเป็นขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ เท่านั้น ถ้าปรากฏว่าฝ่ายปกครองได้ให้เอกชนปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ แต่เป็น ขั้นตอนที่ฝ่ายปกครองกำหนดหรือสร้างขึ้นเองโดยไม่จำเป็นแก่การมีการกระทำทางปกครอง เช่นนั้นแต่ประการใด ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่เก้า เป็นการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร ความหมายของการกระทำที่สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกับการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น เพียงแต่เหตุในกรณีนี้จะพิจารณาในแง่ที่ว่า เป็นภาระที่เกิดกับประชาชนและเป็นภาระที่เกินสมควรหรือไม่ ภาระในที่นี้อาจเป็นภาระอย่างใดก็ได้ เช่น ภาระทางด้านค่าใช้จ่ายหรือภาระที่ต้องกระทำการหรือคว่นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง และ

ประการสุดท้าย เป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในการใช้อำนาจของหน่วยงานฯ หรือเจ้าหน้าที่ฯ หากกฎหมายกำหนดให้เลือกพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะใช้อำนาจนั้นหรือไม่ หรือเลือกพิจารณาตัดสินใจได้ว่าจะกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายให้ทางเลือกไว้ กรณีเช่นนี้ ถือว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจพิจารณาเลือกกระทำการ หรือมักเรียกกันว่า “อำนาจดุลพินิจ” และโดยปกติย่อมเป็นเรื่องที่ศาลไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยแท้ดังกล่าว เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายไว้วางใจให้หน่วยงานฯ หรือเจ้าหน้าที่ฯ ที่กฎหมายให้อำนาจเป็นผู้เลือกตัดสินใจ การเข้าไปตรวจสอบจะเท่ากับว่าศาลทำตนเป็นเจ้าหน้าที่ฯ หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฯ เสียเอง

อย่างไรก็ตามในอีกด้านหนึ่ง เมื่อมีหลักการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานฯ และเจ้าหน้าที่ฯ ต้องกระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุนี้การใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบจึงเป็นเหตุอีกประการหนึ่งที่ศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบได้ เช่น กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนให้อำนาจผู้บังคับบัญชาสั่งลงโทษข้าราชการที่กระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรงโดยอาจลงโทษลดขั้นเงินเดือน ตัดเงินเดือน หรือภาคทัณฑ์ ถ้าปรากฏว่า ข้าราชการรายหนึ่งถูกลงโทษลดขั้นเงินเดือน ซึ่งเป็นโทษที่สูงสุดในกรณีนี้ ทั้งที่ความผิดของข้าราชการดังกล่าวเป็นที่เห็นได้ อย่างชัดเจนว่าไม่ถึงขนาดหรือไม่ได้สัดส่วนกับการต้องรับโทษลดขั้นเงินเดือนเมื่อเทียบกับกรณีอื่นๆ ที่เคยมีการกระทำผิดและมีการลงโทษกัน เช่นนี้ ถือว่าการสั่งลงโทษดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจโดยมิชอบ

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร เช่น กรมทะเบียนการค้าทำหน้าที่รับจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท หรือกรมที่ดินมีหน้าที่ในการรับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมอสังหาริมทรัพย์ หากกรมทะเบียนการค้าหรือกรมที่ดินปฏิเสธไม่รับคำขอแล้วไม่พิจารณาคำขอว่าสมควรจดทะเบียนให้ตามคำขอหรือไม่ ถือเป็น การละเลยต่อหน้าที่ตามกฎหมาย แต่ถ้าวินิจฉัยมาแล้วแต่ดำเนินการล่าช้า เช่น กรณีการจดทะเบียนเรื่องใด กฎหมายหรือระเบียบภายในระบุว่าให้พิจารณารับจดทะเบียนหรือไม่ภายใน 30 วัน หากพ้นกำหนด ก็ถือว่าปฏิบัติหน้าที่ล่าช้า หากไม่มีการกำหนดระยะเวลาไว้ ก็ต้องพิจารณาจากระยะเวลาตามปกติ วิทยาลัยว่าเรื่องนั้นจะต้องใช้เวลาเท่าใด หากพ้นระยะเวลาไปแล้วก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คดีลักษณะดังกล่าวนี้ได้แก่คดีที่กล่าวในมาตรา 9 (2) ซึ่งตามมาตรา 72 (2) บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาสั่งให้หัวหน้างานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลปกครองกำหนด

คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดทางปกครองหรือความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือความเสียหายเกิดจากการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร คดีตามลักษณะนี้ต้องคำนึงว่าการละเมิดนั้นต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น การใช้อำนาจของตำรวจในการจับกุมผู้ต้องหา หากการจับกุมทำให้กระสุนปืนตำรวจพลาดไปถูกประชาชนได้รับบาดเจ็บ ก็เป็นคดีละเมิดที่ฟ้องต่อศาลปกครองได้ แต่ถ้าวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามปกติ เช่น พนักงานขับรถของทางราชการขับรถชนคนบาดเจ็บ หรือนายแพทย์โรงพยาบาลผ่าตัดผิดพลาดทำให้คนไข้พิการอย่างนี้ไม่ใช่เป็นละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรม สำหรับกรณีความรับผิดชอบอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เช่น กรณีการฟ้องคดีเพื่อเรียกเงินค่าทดแทนจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คดีประเภทนี้มีข้อสังเกตว่าจะเป็นที่ประชาชนฟ้องทางราชการได้ฝ่ายเดียว ลักษณะคดีตามกรณีนี้ได้แก่กรณีตามมาตรา 9 (3) นั่นเอง ซึ่งมาตรา 72 (3) บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองพิพากษาให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อเยียวยาการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอื่นนั้น

คดีพิพาทอันสืบเนื่องมาจากสัญญาทางปกครอง เช่น สัญญาสัมปทาน สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค เช่น ลูกคลอง ถนน สายส่งไฟฟ้า โครงการประปาของเทศบาล เป็นต้น

ลักษณะคดีนี้ได้แก่กรณีตามมาตรา 9 (4) นั่นเอง และมาตรา 72 (3) ได้บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองในการพิพากษาให้ใช้เงิน หรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ เพื่อเยียวยาความเสียหายจากการผิดสัญญาหรือเพื่อปฏิบัติตามสัญญา

คดีพิพาททางปกครองอื่น ๆ เช่น คดีที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นการกระทำ อย่างหนึ่งอย่างใด เช่น มาตรา 118 ทวิวรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พระพุทธศักราช 2456 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติฯ (ฉบับที่ 14) พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติให้ กรมเจ้าท่าฟ้องศาลเพื่อบังคับให้ผู้ที่ปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างล่วงล้ำลำน้ำเรือถอนสิ่งก่อสร้างดังกล่าว หรือคดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เช่น มาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติ การปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 หรือมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ที่บัญญัติให้ผู้ที่ไม่พอใจคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการอุทธรณ์ตามพระราช บัญญัติดังกล่าวยื่นฟ้องต่อศาลปกครองได้ภายในกำหนดหนึ่งเดือน

ลักษณะนี้ได้แก่คดีตามมาตรา 9 (5) และ (6) นั้นเอง และศาลมีอำนาจตามมาตรา 72 (3) สั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายหรือตาม มาตรา 72 (4) สั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในกรณีที่มีการฟ้องให้ศาลมี คำพิพากษาแสดงความเป็นอยู่ของสิทธิหรือหน้าที่นั้น

มีคดี 3 ประเภทที่กฎหมายบัญญัติมิให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้แก่ การ ดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบ ข้าราชการฝ่ายตุลาการ และคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลชำนาญพิเศษสังกัดศาลยุติธรรม ได้แก่ ศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่าง ประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนาญพิเศษอื่น 25

22.22 คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด บัญญัติไว้ในมาตรา 11²⁶ แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด ขณะนี้ที่ประชุมใหญ่ฯ ยังไม่ได้กำหนดให้คดีพิพาท เกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้ จึงต้องฟ้องคดี

²⁵ โภคิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 44 – 53.

²⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 11 ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ประชุมใหญ่ตุลาการใน ศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา หรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(3) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

(4) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ดังกล่าวต่อศาลปกครองชั้นต้น เพราะเป็นคดีตามมาตรา 9 (1) อยู่แล้ว และเมื่อใดที่มีประกาศกำหนดของที่ประชุมใหญ่ฯ ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทใดฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้ ก็ต้องใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 9 (1) อำนาจของศาลในการพิพากษาคดีจะเป็นไปตามมาตรา 72 (1)

คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายขอพระราชทานกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยปกติคดีประเภทนี้ก็เป็นคดีลักษณะเดียวกับคดีตามมาตรา 9 (1) นั่นเอง แต่ด้วยความสำคัญของกฎดังกล่าวจึงให้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรง อำนาจของศาลในการพิพากษาคดีจะเป็นไปตามมาตรา 72 (1)

ลักษณะคดีที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดปัจจุบันไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายเฉพาะดังกล่าว

คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น คดีประเภทนี้มีการกำหนดขั้นตอนการตรวจอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์และการพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ

อนึ่ง คดีเกี่ยวกับการโต้แย้งคำวินิจฉัยตามมาตรา 11 (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ผู้ฟ้องคดีอาจเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 9 (3) ไปพร้อมกันก็ได้ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็จะมีอำนาจพิพากษาเช่นเดียวกับศาลชั้นต้นดังที่กล่าวมาแล้ว²⁷

ส่วนคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ได้แก่ คดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินคดีอาญา คดีพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิทางแพ่ง คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำความเสียหายระหว่างประเทศ หรือความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติตามมาตรา 9 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

2.3 เรื่องที่ควรตรวจสอบการกระทำของ ก.ต.

แม้ ก.ต. จะเป็นองค์กรบริหารงานบุคคลที่อยู่ในองค์กรของฝ่ายตุลาการซึ่งเป็นองค์กรแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางตุลาการ แต่ ก.ต. นั้น มิได้มีลักษณะของการใช้อำนาจทางตุลาการดังที่กล่าวแล้ว หากแต่เป็นการใช้อำนาจในลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง แม้จะมีกรมการดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการ แต่การกระทำในฐานะกรมการ ก.ต. นั้น ข้าราชการตุลาการดังกล่าวก็มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในการอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่จะกระทำการทางปกครองอันมีผลกระทบต่อสาระสำคัญของสิทธิของบุคคลได้ โดยการกระทำดังกล่าวนั้น ย่อมต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ ภายใต้หลักกฎหมายดังต่อไปนี้

²⁷ โภกิน พลกุล. เล่มเดิม. หน้า 53 – 54.

2.3.1 หลักนิติรัฐ (Legal State)

หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานที่นานาอารยประเทศในปัจจุบันต่างยอมรับและนำไปปฏิบัติ โดยหลักการดังกล่าวมีลักษณะดังนี้

(ก) ในประเทศนั้นกฎหมายจะต้องอยู่เหนือสิ่งใดหมด กระทำต่างๆ ในทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง หรือตำรวจจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และชอบด้วยกฎหมาย หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรอยู่ที่กฎหมาย ถ้าเจ้าพนักงานของรัฐเข้ามากลั่นกรายสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานก็ย่อมจะมีความผิดอาญา

(ข) ในประเทศที่นิติรัฐ ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของรัฐย่อมกำหนดไว้แน่นอน เริ่มแต่การแบ่งแยกอำนาจออกเป็นสามอำนาจ คือ อำนาจอธิบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการและมีขอบเขตในการใช้อำนาจทั้งสามนี้ วัตถุประสงค์ของรัฐก็คือ อำนาจของเจ้าพนักงานของรัฐลดหลั่นกันลงมาก็เป็นอำนาจที่วัดได้ คือ เป็นอำนาจที่มีขอบเขตเท่านั้น เช่น ในประเทศไทย บุคคลย่อมทราบได้จากกฎหมายว่า เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองอันได้แก่ นายอำเภอ หรือเจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจหน้าที่เพียงใด จะใช้อำนาจแก่ราษฎรได้หรือไม่เพียงใด

(ค) ในประเทศนิติรัฐ ผู้พิพากษาต้องมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยจะต้องมีหลักประกันดังกล่าวนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญและเพียงแต่รัฐใดจะจัดให้ผู้พิพากษาเป็นอิสระสำหรับการพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาเท่านั้น ก็มีศาลแพ่งและศาลอาญาที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาที่มีอิสระสำหรับพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ความสำคัญที่จะต้องใช้ศาลยุติธรรมมีอำนาจควบคุมฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ทั้งในการกระทบต่อราษฎรทางอาญา หรือการกระทำละเมิดในทางแพ่ง โดยนัยนี้ นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานรัฐในทางแพ่ง โดยนัยนี้ นิติรัฐจึงเป็นรัฐยุติธรรม กล่าวคือ ศาลยุติธรรมควบคุมการกระทำของเจ้าพนักงานของรัฐในทางอาชญาคดี (ส่วนในประเทศซึ่งเป็นระบบศาลคู่ ก็ให้อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยการกระทำทางปกครองอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง)

2.3.2 หลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตย

หลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการแบ่งแยกซึ่งการใช้อำนาจอธิปไตยโดยแบ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ

ซึ่งทั้งสามองค์กรแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยนั้น หลักการดังกล่าวมีความมุ่งหมายไม่ให้แต่ละองค์กรเข้ามาก้าวท้าวการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน แต่เป็นการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกัน ทั้งนี้ก็เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจทั้งสามอำนาจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพียงกลุ่มหรือคนเดียว

(Absolute power) ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนภายใต้หลักนิติรัฐ ที่มีกฎหมายเป็นกรอบอำนาจของแต่ละบุคคลในอันที่จะกระทำการใดๆ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบการกระทำว่าเป็นการละเมิดต่อบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ หากมีการละเมิดเกิดขึ้น ก็จะเป็นหน้าที่ขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำและคำพิพากษาขององค์กรดังกล่าวก็จะผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตาม โดยองค์กรแบ่งแยกการใช้ อำนาจอธิปไตยมีบทบาทดังนี้

“องค์กรนิติบัญญัติ” มีบทบาทในด้านการบัญญัติกฎหมายขึ้นใช้บังคับภายในประเทศในฐานะตัวแทนประชาชน ซึ่งได้รับมอบอำนาจอธิปไตยจากประชาชน

“องค์กรบริหาร” มีบทบาท 2 ประการ คือ

บทบาทในด้านการบริการปกครองประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และบทบาทในด้านการบริหารสาธารณะในการอำนวยความสะดวกในด้านการบริโภค สาธารณูปโภค และการรักษาความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สินของประชาชน เช่น การก่อสร้างถนน ประปา ไฟฟ้า และการรักษาพยาบาล เป็นต้น และ “องค์กรตุลาการ” ซึ่งเป็นองค์กรที่ต้องมีความอิสระจากองค์กรอื่นๆ เนื่องจากเป็นองค์กรที่ต้องใช้อำนาจทางตุลาการในการอำนวยความสะดวกธรรมชาติธรรมแก่ประชาชนด้วยความบริสุทธิ์และยุติธรรม

2.3.3 หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง²⁸

“การกระทำทางปกครอง” เป็นการกระทำเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายในอันที่ส่งผลกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้

“การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย” นั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมอยู่ใต้หลักบังคับที่ว่าในการดำเนินกิจการต่างๆ ในทางปกครองจัดต้องให้เป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือถ้าจะกล่าวให้แน่ชัดลงไปก็คือว่าการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นข้อจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน หลักอันนี้เป็นหลักรากฐานของกฎหมายปกครอง แต่ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีศาลปกครอง ศาลปกครองได้ทำหน้าที่เป็นผู้พิทักษ์รักษาและบังคับให้เป็นไปตามหลักนี้อย่างเต็มที่ โดยเปิดโอกาสให้เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองมีทางควบคุมฝ่ายปกครองต่อศาลปกครอง เมื่อเห็นว่ากระทำการอันใดโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและศาลปกครองมีอำนาจที่จะสั่งเพิกถอนการกระทำนั้นได้

²⁸ ประยูร กาญจนกุล. (2538). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. หน้า 164 – 168.

ในทางการเมืองหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นระหว่าง ประโยชน์สองฝ่าย ประโยชน์ฝ่ายหนึ่ง คือการให้หลักประกันแก่เอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองต่อการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งมักจะมีการขยายการใช้หลักนี้บังคับให้กว้างออกไป ประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งขัดแย้งต่อประโยชน์ที่กล่าวข้างต้นก็คือ การให้ความอิสระแก่ฝ่ายปกครองในการดำเนินงาน เพราะในบางกรณีฝ่ายปกครองจำเป็นจะต้องได้รับอำนาจอิสระบางอย่างเพื่อดำเนินงานปกครองให้เหมาะสมกับสถานการณ์ เช่น การให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลยพินิจได้ตามควรแก่กรณีเป็นต้น เพราะฉะนั้น การใช้หลักนี้บังคับจึงต้องมีข้อผ่อนคลายเป็นบางประการ เพื่อรักษาประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย คือ ทั้งฝ่ายเอกชนผู้อยู่ใต้การปกครองและทั้งฝ่ายปกครอง ดังจะได้อธิบายต่อไปในขั้นแรกนี้จะได้อธิบายรายละเอียดของหลักที่ว่า การกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนว่ามีสาระสำคัญอย่างไร

หลักนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบทกฎหมายที่วางระเบียบจำกัดอำนาจของฝ่ายปกครองและกิจกรรมของฝ่ายปกครอง

ตามหลักทั่วไปการกระทำในทางปกครองทุกอย่างต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ความจริงหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนี้มีได้ใช้บังคับแต่เฉพาะฝ่ายปกครองฝ่ายเดียวเท่านั้น เพราะหลักว่าด้วยการกระทำในทางปกครองต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหลักทั่วไปของระบบนิติรัฐ ที่ยอมรับนับถือกันในประเทศต่างๆ สมัยนี้ว่า กิจกรรมทั้งปวงของรัฐต้องอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมาย ฉะนั้น องค์การอื่นๆ ของรัฐไม่เฉพาะแต่ฝ่ายปกครองก็ต้องอยู่ใต้บังคับแห่งหลักนี้เช่นเดียวกัน แต่การใช้หลักนี้บังคับแก่องค์การอื่นๆ ของรัฐมีข้อแตกต่างกับลักษณะที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ สำหรับฝ่ายตุลาการ แม้จะถือว่าผู้พิพากษาต้องปฏิบัติตามหลักนี้อย่างเคร่งครัดก็ตาม แต่ผู้พิพากษาก็มีหน้าที่เพียงแต่ใช้กฎหมายปรับแก้คดี และจะต้องพิจารณาตัดสินคดีให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น นอกจากนี้ยังมีการควบคุมกันเป็นชั้นๆ โดยให้มีการอุทธรณ์และฎีกาต่อศาลสูงได้ด้วย

สำหรับฝ่ายนิติบัญญัติ การใช้หลักนี้บังคับเป็นไปในลักษณะอีกอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องบัญญัติบทกฎหมายไม่ให้ขัดกับรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือบทกฎหมายใดๆ ฉะนั้น การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเช่นเดียวกัน

แต่อย่างไรก็ดี ในที่นี้จะพิจารณาแต่เฉพาะเรื่องการกระทำในทางปกครองเพราะเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายปกครองโดยตรง การกระทำของฝ่ายตุลาการหรือการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการกระทำในทางปกครอง

2.3.5 หลักการเปิดโอกาสให้คู่กรณี

หลักการนี้ เป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้อยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครอง ในการที่จะได้รับการโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานเพื่อหักล้างข้อกล่าวอ้างหรือข้อกล่าวอ้าง ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ผู้รับคำสั่งซึ่งยากที่จะแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในภายหลัง หรือแม้จะสามารถแก้ไขได้ก็อาจจะเป็นการสร้างมลทินหรือมัวหมองแก่ตำแหน่งที่ของบุคคลนั้น ในอนาคตได้

โดยกรณีนี้ประเทศไทยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 30³⁰ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

(2) เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี

(3) เป็นญาติของคู่กรณี คือ เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานไม่ว่าชั้นใดๆ หรือเป็นที่น้องหรือลูกพี่ลูกน้องนับได้เพียงภายในสามชั้น หรือเป็นญาติเกี่ยวพันทางแต่งงานนับได้เพียงสองชั้น

(4) เป็นหรือเคยเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้พิทักษ์หรือผู้แทน หรือตัวแทนของคู่กรณี

(5) เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือเป็นนายจ้างของคู่กรณี

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา 16 ในกรณีที่มีเหตุอื่นใดนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13 เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ หรือกรรมการ ในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง เจ้าหน้าที่หรือกรรมการผู้นั้นจะทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นมิได้

³⁰ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

มาตรา 30 ในกรณีมีคำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ที่ต้องให้คู่กรณีมี โอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ความในวรรคหนึ่งมิให้นำมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้ เว้นแต่เจ้าหน้าที่จะเห็นสมควรปฏิบัติเป็นอย่างอื่น

(1) เมื่อมีความจำเป็นรีบด่วนหากปล่อยให้เนิ่นช้าไปจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ ผู้หนึ่งผู้ใดหรือจะกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

(2) เมื่อจะมีผลทำให้ระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ในการทำคำสั่งทางปกครองต้องล่าช้า ออกไป

(3) เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่คู่กรณีนั้นเองได้ให้ไว้ในคำขอ คำให้การหรือคำแถลง

(4) เมื่อโดยสภาพเห็นได้ชัดในตัวเองว่าการให้โอกาสดังกล่าวไม่อาจกระทำได้

(5) เมื่อเป็นมาตรการบังคับทางปกครอง

(6) กรณีอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง



2.3.6 หลักการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง³¹

ในทางทฤษฎีแล้ว อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งต่างๆ นั้นอาจจำแนกออกได้เป็นสองประเภทด้วยกัน ได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power-Compétence Liée) และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power-Pouvoir discrétionnaire)

อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้นอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่งและจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่ได้กำหนดไว้ เช่น กฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์แก่เอกชน โดยบัญญัติกำหนดเงื่อนไขแห่งการออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ไว้หลายประการ ถ้าเอกชนคนหนึ่ง ซึ่งยื่นคำร้องขอใบอนุญาตล่าสัตว์ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ครบถ้วน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ให้แก่ผู้ร้อง หรือเมื่อปรากฏว่าฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตให้ล่าสัตว์ให้แก่ผู้ร้อง หรือเมื่อปรากฏว่าชายและหญิงซึ่งยื่นคำร้องขอจดทะเบียนสมรสมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ครบถ้วน นายทะเบียนครอบครัวจะต้องจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องเสมอ จะเห็นได้ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือหน้าที่นั่นเองแต่ที่เรายังเรียกกันอยู่ว่าอำนาจผูกพันนั้นแท้ที่จริงแล้วก็คือหน้าที่นั่นเอง แต่ที่เรายังเรียกกันอยู่ว่าอำนาจผูกพันก็ด้วยเหตุผลแต่เพียงว่าคำวินิจฉัยสั่งการที่เป็นผลมาจากการที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองปฏิบัติหน้าที่ของตนนี้เป็นสิ่งที่กฎหมายยอมรับว่ามีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้เท่านั้นเอง

อำนาจดุลพินิจ เป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับอำนาจผูกพัน มีผู้พยายามให้คำนิยามของอำนาจนี้ไว้หลายสำนวนด้วยกัน เป็นต้นว่า

“...อำนาจดุลพินิจย่อมปรากฏขึ้นทุกครั้งที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองกระทำการอย่างอิสระ โดยที่กฎหมายมิได้บัญญัติกำหนดการอันตนจักต้องกระทำไว้ล่วงหน้า” “องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจดุลพินิจเมื่อกฎหมายมิได้บัญญัติบังคับให้ตนกระทำการอันใดอันหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงแต่เปิดช่องให้เลือกได้ว่าจะกระทำการหรือละเว้น ไม่กระทำการ หรือในกรณีที่ตกลงใจว่าจะกระทำการ ก็สามรถเลือกการอันใดอันหนึ่งในบรรดาการหลายๆ ประการที่แตกต่างกันออกไป” “อำนาจดุลพินิจมิใช่จะอะไรอื่นหากแต่เป็นความสามารถอันกฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะเลือกว่าในบรรดาคำสั่งสองหรือหลายคำสั่งซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนแต่ออกได้ทั้งสิ้นนั้น คำสั่งใดที่ตนเห็นว่าสามารถดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายแห่งอำนาจหน้าที่ของตนได้ดีที่สุด” “ข้อความคิดที่แท้จริงของดุลพินิจทางปกครองเกี่ยวเนื่องกับสิทธิในอันที่จะเลือก

³¹ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. (2547). การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ. หน้า 86-95.

กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาคำสั่งต่างๆ อย่างซึ่งเป็นไปได้ที่จะกระทำและซึ่งเปิดช่องให้
 วิญญูชนมีความเห็นแตกต่างกันออกไปได้ว่าการใดเป็นการอันพึงปรารถนา” “ดุลพินิจ คือ อำนาจ
 ในอันที่จะออกคำสั่งซึ่งในทางทวารวิสัยแล้วไม่อาจตัดสินได้ว่าถูกหรือผิด” “อำนาจดุลพินิจ คือ
 เสรีภาพที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะตัดสินใจว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณี
 ไດกรณีหนึ่ง สมควรเลือกคำสั่งใดในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่างที่แตกต่างกันออกไป และออกคำสั่ง
 ตามที่ได้ตกลงใจเลือกไว้”

คำนิยามของอำนาจดุลพินิจที่นักกฎหมายท่านต่างๆ ได้ให้ไว้ข้างต้นนี้ แม้จะมีความ
 แตกต่างกันไปบ้าง แต่ความแตกต่างดังกล่าวก็คงเป็นแต่เพียงความแตกต่างกันในแง่ของการใช้
 ถ้อยคำแสดงออกซึ่งความคิดเท่านั้น ตัวความคิดที่ถ้อยคำเหล่านั้นแสดงออกมาหาได้แตกต่างกันไม่
 คำนิยามเหล่านี้ล้วนแต่แสดงออกมาซึ่งความคิดที่ว่า อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในอันที่จะ
 ตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่ง ในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้
 เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง อำนาจดุลพินิจ
 คือ อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้
 องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง
 ตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความ
 อย่างไร เช่น เมื่อปรากฏว่าราษฎรคนหนึ่งปลูกสร้างอาคาร โดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าพนักงาน
 ท้องถิ่นสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งให้ราษฎรคนนั้นรื้อถอนอาคาร
 หรือไม่ หรือเมื่อปรากฏว่าผู้รับอนุญาตตั้งสถานบริการคนใดคนหนึ่งดำเนินการสถานบริการขัด
 ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี พนักงานเจ้าหน้าที่ที่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า
 สมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และในกรณีที่ตกลงใจว่าสมควรออกคำสั่งพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ยัง
 สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรออกคำสั่งพักใช้ใบอนุญาตหรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาต

อย่างไรก็ตาม อำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งนั้น
 ส่วนใหญ่แล้วจะเป็นอำนาจที่ประกอบด้วยอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจผสมกันไป บางกรณี
 กฎหมายบัญญัติว่าเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมี
 หน้าที่ที่จะออกคำสั่ง (ซึ่งเป็นอำนาจผูกพัน) แต่สามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่า สมควรจะออก
 คำสั่งอย่างไร ในบรรดาคำสั่งหลายๆ อย่างที่กฎหมายเปิดช่องให้เลือกออกได้ (ซึ่งเป็นอำนาจ
 ดุลพินิจ) เช่น เมื่อข้าราชการคนใดคนหนึ่งกระทำการอันกฎหมายว่าด้วยกฎระเบียบข้าราชการ
 พลเรือนบัญญัติว่าเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งมีหน้าที่ที่จะต้องออก
 ค่ำ

ลงโทษข้าราชการคนนั้นทางวินัย แต่ผู้มีอำนาจบรรจุแต่งตั้งสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งปลดออกหรือไล่ออกจากราชการ บางกรณีกฎหมายบัญญัติว่า เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ (ซึ่งเป็นอำนาจดุลพินิจ) แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งแล้ว จะต้องออกคำสั่งมีเนื้อความตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะเจาะจง เช่น เมื่อปรากฏว่าบุคคลซึ่งได้สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติได้กระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบกระเทือนต่อความมั่นคงหรือขัดต่อประโยชน์ของรัฐ หรือเป็นการเหยียดหยามประเทศหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถจะตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าสมควรจะออกคำสั่งถอนสัญชาติของบุคคลนั้นหรือไม่ แต่เมื่อตัดสินใจไปในทางที่จะออกคำสั่งถอนสัญชาติก็ต้องออกคำสั่งถอนสัญชาติของบุคคลนั้น

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า เราอาจแยกแยะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองหรืออีกนัยหนึ่ง คำสั่งทางปกครองออกได้เป็นสองส่วนด้วยกัน คือ ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (Faits juridiques-Tatbestand) หรืออีกนัยหนึ่ง ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Conditions d'exercice du pouvoir) ซึ่งหากเกิดขึ้นแล้วจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายตามที่กำหนดไว้ส่วนหนึ่งและผลทางกฎหมายเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้น (Dispositif-Rechtsfolge) อีกส่วนหนึ่ง ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ อาจเป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือการกระทำของบุคคล หรือคุณสมบัติของสิ่งของหรือคุณสมบัติของบุคคลหรือสภาวะการณ์ทางสังคมก็ได้ และอาจเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ส่วนผลทางกฎหมายเมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นนั้น อาจเป็นกรณีที่เกิดหน้าที่ (Obligation) หรือความสามารถ (Faculté) แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองในอันที่จะออกคำสั่งและหรือออกคำสั่งใดๆ ก็ได้ตามแต่จะเห็นสมควร การที่จะทราบว่าองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันหรืออำนาจดุลพินิจนั้นจะต้องพิจารณาว่ากฎหมายใช้ถ้อยคำกำหนดผลทางกฎหมาย เมื่อปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุเกิดขึ้นไว้อย่างไร เช่น “จะต้อง” หรือ “มีอำนาจ” หรือ “สามารถ” หรือ “อาจ...ก็ได้” แต่ถ้อยคำเหล่านี้ก็เป็นเพียงเครื่องบ่งชี้เบื้องต้นเท่านั้น จึงจะสามารถทราบได้อย่างถ่องแท้ว่ากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือไม่และภายในขอบเขตที่กว้างแคบเพียงใด

องค์กรศาลที่จะมาควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะควบคุมได้กรณีต่อไปนี้ มิให้ใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ (Ultra Vires) ถ้ากฎหมายกำหนดให้ใช้ดุลพินิจแต่

เจ้าหน้าที่ไม่ใช้ก็ผิดเหมือนกัน เช่น ให้คำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง แต่เจ้าหน้าที่ไม่คำนึงถึงแล้วออกคำสั่งไปเลย ดังนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้ดุลพินิจโดยบิดเบือน เพราะตนเองมีผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียหรือมีอคติ (Abuse of Power)³²

2.3.7 หลักความเสมอภาค

หากจะมองในอีกแง่มุมหนึ่งแล้วก็คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน มีบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้ในมาตรา 5 ว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำหนด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน” และในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” และวรรคสอง ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” ตามหลักรัฐธรรมนูญหลักนี้ องค์กรต่างๆ ของรัฐซึ่งรวมทั้งฝ่ายปกครองด้วย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค

จะเห็นได้ว่าหลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้าม กลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไป ตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน เฉพาะต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่างๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อเขาเหล่านั้นอย่างเดียวกัน ในทางปฏิบัติก็มีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทๆ เช่น ผู้เยาว์ บุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ข้าราชการ ทนายความ วิศวกร เกษตรกร ฯลฯ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไป อย่างไรก็ตาม การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทๆ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไป ที่เรียกว่า “การปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกัน” (different treatment) นั้น ใ้ว่าจะกระทำได้เสมอไปในทุกกรณีหาไม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติวางข้อจำกัดการกระทำดังกล่าวขององค์กรต่างๆ ของรัฐไว้ 2 ประการ ดังต่อไปนี้

ประการแรก ห้ามมิให้แบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงศาสนานิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนาต่างๆ แตกต่างกันไป ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 38 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ในการใช้เสรีภาพดังกล่าวตามวรรคหนึ่ง (ซึ่งได้แก่ เสรีภาพในการถือศาสนา นิกายของ

³² กมลชัย รัตนสกววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 55 – 56.

ศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติ พิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่พลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน) บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐกระทำการใดๆ อันเป็นการรอนสิทธิ หรือทำให้เสียประโยชน์อันควรมีควรได้เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น”

ประการที่สอง ถึงแม้ว่าการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทโดยพิจารณาจากเรื่องอื่นๆ นอกจากความเชื่อทางศาสนาแล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกัน จะกระทำได้และบางกรณีเป็นสิ่งที่จำต้องกระทำด้วยก็ตาม แต่การกระทำเช่นนี้ก็จะต้องมีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังด้วย การแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภทแล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกันออกไป โดยปราศจากเหตุผลที่ “ควรค่าแก่การรับฟัง” (raison objectivement plausible) ถือว่าเป็น “การเลือกที่รักมักที่ชัง” หรืออีกนัยหนึ่ง “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล” (unfair discrimination) ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากความในมาตรา 30 ที่ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้” อย่างไรก็ตาม วรคดีของมาตราเดียวกันนี้ไม่ให้ถือว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น” เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามความในวรรคสาม

การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีใดไม่เป็นไปตามเงื่อนไขประการใดประการหนึ่งดังกล่าวข้างต้น ถือว่าเป็น “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล” ซึ่งต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ

ฝ่ายปกครองต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคดังมีนัยข้างต้นทั้งในกรณีที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออก “กฎหมายลำดับรอง” หรือ “กฎ” (Subordinate Legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น ระเบียบ ข้อบังคับ หรือบทบัญญัติอื่นใดที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปโดยไม่มุ่งหมายจะให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ และในกรณีที่ใช้ดุลพินิจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติออก “คำวินิจฉัยสั่งการ” ที่มีผลบังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ³³

³³ สำนักงานศาลปกครอง. (2546). การกระทำของฝ่ายปกครอง : หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง. หน้า 30 – 33.

2.3.8 หลักการให้เหตุผลในการออกคำสั่งทางปกครอง

การให้เหตุผลของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีประโยชน์ต่อกระบวนการพิจารณาทางปกครองอยู่หลายประการด้วยกัน เช่น การทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองมีความเข้าใจและยอมรับปฏิบัติตามคำสั่งด้วยความเห็นใจ ทำให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนั้นจะได้โต้แย้งคัดค้านได้ตรงประเด็น เป็นการแสดงถึงความกระฉับกระชวยของคำวินิจฉัยว่าฟังข้อเท็จจริงอย่างไร ปรับบทกฎหมายอย่างไร และเพราะเหตุใดจึงใช้อำนาจดุลพินิจเช่นนั้น นอกจากนี้ยังทำให้เกิดความสะดวกในการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตรวจสอบภายในของฝ่ายปกครอง และองค์กรตรวจสอบที่ใช้อำนาจตุลาการด้วย พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลประกอบคำวินิจฉัยการของตนในกรณีที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือหรือแรกเริ่มออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจา แต่ผู้รับคำขอให้ยืนยันคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นหนังสือเว้นแต่การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปตามคำขอของผู้รับคำสั่งและไม่กระทบสิทธิและหน้าที่ของผู้อื่น หรือเหตุผลนั้นเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปหรือจะต้องรักษาไว้เป็นความลับของทางราชการ และไม่ได้ให้เหตุผลตามที่กล่าวมานี้อาจเยียวยาด้วยการให้เหตุผลในภายหลังได้³⁴

³⁴ กมลชัย รัตนสกววงศ์. เล่มเดิม. หน้า 315 – 316.