

บทที่ 2

ความหมาย แนวคิด ทฤษฎีในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต และการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน

เนื้อหาในบทที่ 2 เป็นเนื้อหาเกี่ยวกับความหมาย แนวความคิดและทฤษฎีการทุจริต ทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของรัฐ แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษทรัพย์สิน แนวคิดการป้องกันและปราบปรามการทุจริต กรณีรื้อรอยคดีปกติ รวมถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

2.1 ความหมาย และทฤษฎีเกี่ยวกับการทุจริต

ในปัจจุบันทั่วโลกต่างตระหนักแล้วว่าปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันนั้น ส่งผลกระทบต่ออย่างกว้างขวางไม่ว่าจะเป็นการกระทบกระเทือนต่อระบบเศรษฐกิจระดับชาติ สถาบันทางประชาธิปไตย ตลอดจนการปกครองด้วยระบบนิติธรรม (Rule of Law) โดยแต่ละประเทศหรือกลุ่มประเทศนั้น มีวิธีจัดการกับปัญหาการทุจริตที่แตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ ตามประเพณีทางกฎหมาย วิวัฒนาการของระบบการเมืองการปกครอง และของความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งมีรูปแบบ วิธีการ การดำเนินการ ความก้าวหน้า หรืออุปสรรคที่แตกต่างกันออกไป

2.1.1 ความหมายของการทุจริต

คำว่า “ทุจริต” หรือ “การคอร์รัปชัน (Corruption)” นั้น มีความหมายที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

คำว่า “ทุจริต” นั้น นักกฎหมายและนักวิชาการของไทยหลายท่านได้ให้คำนิยามไว้แตกต่างกันไป กล่าวคือ

หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช ได้ให้ความเห็นไว้ว่า การที่เจ้าพนักงานเรียก และรับสินบนจากรายธุระพอจะจัดเข้าได้ในประเภท น้อราษฎร์ คือ เป็นการเรียกเอาเงินหรืออามิสอย่างอื่นเพื่อปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติราชการเป็นการให้คนแก่ผู้ให้สินบน แต่การบังหลวงเป็นการที่เจ้าพนักงาน

ทำทุจริตต่อหน้าที่เสียหายแก่ผลประโยชน์ของแผ่นดิน ทั้งนี้ จะเป็นโดยสมคบกับราษฎรเบียดบังผลประโยชน์หรือไม่ก็ตาม¹

ศาสตราจารย์ ดร. อุกฤษ มงคลนาวิน ได้ให้ความหมายไว้ว่า น้อราษฎ์ คือ การกินสินบน ริคไถประชาชน ส่วนการบังหลวง คือ การกินสินบนหรือยกยอกเอาทรัพย์สินราชการไปให้ประโยชน์ส่วนตัว หรือว่าในกรณีที่แสวงหาประโยชน์โดยที่ทำให้ราชการเสียประโยชน์ประโยชน์นั้นก็ทำเพื่อตนเองหรือผู้อื่น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย²

ศาสตราจารย์ ธานินทร์ ภัยวิเชียร ได้ใช้คำว่า “น้อราษฎ์บังหลวง” อย่างที่มีความหมายเหมือนคำว่า “Corruption” ในภาษาอังกฤษซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างไว้ เนื่องจากเห็นว่ายังมีข้อโต้แย้งกันระหว่างผู้ทรงคุณวุฒิ บางท่าน กล่าวคือ บางท่านให้ความหมายคำว่า “น้อราษฎ์บังหลวง” เฉพาะการเบียดบังยกยอกทรัพย์สินของรัฐของสาธารณะเท่านั้น ซึ่งมีความหมายแคบกว่า Corruption แต่บางท่านก็มีความเห็นว่าน่าจะรวมถึงการกินสินบาตรคาดสินบนและแสวงหาอำนาจโดยวิธีการอันผิดทำนองคลองธรรมด้วยเช่นเดียวกับคำว่า Corruption³

เมื่อพิจารณาคำว่า “ทุจริต” หรือ “การคอร์รัปชัน” (Corruption) ที่ใช้กันในองค์การและความร่วมมือระหว่างประเทศ คำว่า “Corruption” นั้น (“Corruptus” ในภาษาละติน ซึ่งแปลว่า “to destroy”) นั้น ในภาษาไทยใช้ “การทุจริต” เช่น “การต่อต้านการทุจริต” แปลจาก “Against corruption” ใน UNCAC นั้น สามารถให้ความหมายได้หลายประการ ทั้งอย่างแคบเฉพาะกิจกรรมหรืออย่างกว้างครอบคลุมมิติทางสังคมไปจนถึงความหมายกว้างที่ใช้กันในระดับโลก อาทิ

ธนาคารโลก (World Bank) ถือว่า การทุจริตเป็น “An abuse of entrusted power by politicians or civil servants for personal gain” โดยระบุว่า การทุจริตคอร์รัปชันนับเป็นอุปสรรคที่สำคัญที่สุดต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากบิดเบือนการปกครองในหลักนิติธรรม บ่อนทำลายรากฐานสถาบันระดับชาติ ซึ่งเป็นฐานสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ ผลกระทบของการทุจริตมีต่อสังคมทุกส่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อคนยากจน ซึ่งได้รับผลกระทบมากที่สุดจากความถดถอยทางเศรษฐกิจ และเป็นกลุ่มคนซึ่งต้องพึ่งพาความช่วยเหลือจากบริการสาธารณะ โดยที่คนเหล่านี้ไม่อยู่ในวิสัยที่จะเข้าไปติดสินบน การน้อ โกง และการใช้เอกสิทธิ์ทางเศรษฐกิจ

¹ นกสร ปิติกะวงษ์, “ปัญหาที่เกิดขึ้นจากกระบวนการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินในกรณีร้ายคดีปกติ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555), น. 9 - 10.

² เพิ่งอ้าง, น. 9.

³ กมล สกกลเดชา, “การทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ : บทวิเคราะห์ทางกฎหมายในแง่ความหมายและการใช้คำ ในกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), น. 71.

อย่างมิชอบ (Misappropriation of economic privileges) ต่าง ๆ ได้อย่างจริงจัง การทุจริตจึงเป็นการทำลายนโยบายและโครงการต่าง ๆ ที่มุ่งแก้ไขปัญหาความยากจนอยู่ในตัว

องค์การระวางประเทศของเอกชน (INGO) ชื่อ Transparency International ถือว่า การทุจริต คือ การใช้อำนาจสาธารณะของตนเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว (The use of one's public position for illegitimate private gain

สำหรับองค์การสหประชาชาติ (UN) ภายใต้ Global Programme against Corruption ให้คำจำกัดความการทุจริตในลักษณะของคำจำกัดความเพื่อทำงาน (Working definition) คือ การใช้อำนาจในทางมิชอบเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว (Abuse of power for private gain)⁴ เป็นต้น

สำหรับกฎหมายของประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(1) ได้ให้คำนิยามของคำว่า “โดยทุจริต” หมายความว่า เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2558 มาตรา 4 ก็ได้ให้คำนิยามของคำว่า “ทุจริตต่อหน้าที่” หมายความว่า ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในตำแหน่งหรือหน้าที่ หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติอย่างใดในพฤติการณ์ที่อาจทำให้ผู้อื่นเชื่อว่ามีตำแหน่งหรือหน้าที่ซึ่งตนมิได้มีตำแหน่งหรือหน้าที่นั้น หรือใช้อำนาจในตำแหน่งหรือหน้าที่ ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

จากการให้ความหมายของคำว่า “ทุจริต” หรือ “คอร์รัปชัน” ของนักวิชาการของประเทศไทยและองค์กรระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้นนั้น แม้จะให้ความหมายที่แตกต่างกันออกไป แต่เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว นิยามของคำว่า “ทุจริต” หรือ “คอร์รัปชัน” มีจุดร่วมเดียวกัน คือ “การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ข้าราชการ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง รวมไปถึงเอกชน ประชาชนที่เกี่ยวข้อง ที่ได้กระทำการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐและของเอกชนเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่น

2.1.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการทุจริต

การทุจริตคอร์รัปชันในปัจจุบันมีวิวัฒนาการมาจากอดีตที่อาจจะนำไปสู่สาเหตุของการกระทำผิดในรูปแบบต่าง ๆ จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการทุจริต

⁴แสวง บุญเฉลิมวิภาส, รายงานวิจัย เรื่อง การศึกษาพันธกรณีและความพร้อมของประเทศไทยในการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน ป.ป.ช. , 2551), น. 11.

คอร์รัปชัน ประกอบไปด้วย ทฤษฎีอุปถัมภ์ ทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกัน ทฤษฎีการทุจริต และทฤษฎีในการควบคุม กล่าวคือ⁵

1. ทฤษฎีอุปถัมภ์

สังคมไทยนั้นมีความสัมพันธ์ในลักษณะของการพึ่งพาอาศัย และมีความไม่เท่าเทียมกัน โดยที่ต่างฝ่ายต่างมีผลประโยชน์ต่างตอบแทน ซึ่งฝ่ายที่มีฐานะทางเศรษฐกิจสูงกว่าจะเป็นผู้ให้ทางด้านวัตถุและฝ่ายที่มีฐานะด้อยกว่าจะตอบแทนด้วยความจงรักภักดี ซึ่งเรียกว่า “ระบบอุปถัมภ์”

ลักษณะความสัมพันธ์ดังกล่าวมีองค์ประกอบของความเป็นมิตรรวมอยู่ด้วยแต่เป็นมิตรที่ขาดคุณภาพ กล่าวคือ อีกฝ่ายหนึ่งมีอำนาจเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งมากเกินไป เพื่อใช้ในการแสวงหาประโยชน์ซึ่งกันและกัน ระบบอุปถัมภ์ก่อให้เกิดหรือมีส่วนสนับสนุนให้เกิดการคอร์รัปชันเนื่องจากระบบอุปถัมภ์เป็นระบบซึ่งมีการพึ่งพาอาศัยและช่วยเหลือกันทำให้เกิดพวกพ้องในองค์กรทำให้ง่ายต่อการเกิดการทุจริตและประพฤติมิชอบและยากต่อการตรวจสอบ

2. ทฤษฎีเกี่ยวกับความต้องการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับลำดับชั้นความต้องการของมาสโลว์ เป็นการเน้นย้ำความต้องการของมนุษย์ซึ่งมีความต้องการไม่มีที่สิ้นสุด ความต้องการพื้นฐาน คือ ความต้องการทางกายภาพและชีวภาพ และความต้องการระดับสูง คือ ความต้องการที่จะประสบความสำเร็จ ดังนั้น การจัดอันดับความต้องการจึงเริ่มต้นจากลำดับชั้นสูงสุดไปต่ำสุด ดังนี้

- 1) ประสบความสำเร็จสูงสุด หรือความต้องการประจักษ์ตน
- 2) ได้รับการยกย่องและเป็นที่ยอมรับ
- 3) ความต้องการในสังคม ความรักและความเป็นเจ้าของ
- 4) ความปลอดภัยและความมั่นคง
- 5) ความต้องการพื้นฐานทางกายและชีวภาพ

ความต้องการเหล่านี้ของมนุษย์ก่อให้เกิดการทุจริตขึ้น เนื่องจากต้องการจะตอบสนองความต้องการของตนเอง ไม่ว่าจะทรัพย์สินหรือเงินทอง ซึ่งเป็นส่วนประกอบที่เกิดเป็นการทุจริตขึ้นได้

3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการป้องกัน

“การป้องกันอาชญากรรม” หมายถึง ความพยายามที่จะสกัดกั้นล่วงหน้า มิให้อาชญากรรมเกิดขึ้น ซึ่งกระทำทั้งก่อนที่อาชญากรรมจะเกิดขึ้นเพื่อลดหรือขจัดการเกิดอาชญากรรม

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และคนอื่นๆ, รายงานการวิจัยเรื่อง การศึกษาและความต้องการเบื้องต้นของหน่วยงานในประเทศไทยในกรณีจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003, (กรุงเทพมหานคร : กระทรวงยุติธรรม, 2548), น. 26-44.

รวมถึงการดำเนินการแก้ไขอาชญากรรมและการปราบปรามอาชญากรรมด้วยซึ่งไม่แตกต่างจากการควบคุมอาชญากรรม ซึ่งแนวทางในการป้องกันอาชญากรรมมี 3 แนวทาง คือ

- 1) แนวทางการลงโทษ
- 2) แนวทางแก้ไข
- 3) แนวทางการใช้สิ่งป้องกันภัย
4. ทฤษฎีการทุจริต

ทฤษฎีนี้เกิดขึ้นเมื่อมีปัจจัย 3 ประการ คือ

1) ความไม่ซื่อสัตย์ เมื่อมนุษย์ไม่หมดความต้องการ ความโลภ แม้ถูกสะกดด้วยจริยธรรม คุณธรรม และบทลงโทษทางกฎหมาย ก็ตาม ความจำเป็นทางเศรษฐกิจมีส่วนผลักดันให้บุคคลตัดสินใจกระทำความผิดเพื่อให้ตนเองอยู่รอด เมื่อมีโอกาสที่จะกระทำความผิดได้ง่ายแล้วทัศนคติในการกระทำความผิดก็จะคิดว่า ไม่เป็นสิ่งร้ายแรง ดังนั้น ความไม่ซื่อสัตย์จึงเป็นส่วนที่มีความสำคัญในการก่อให้บุคคลทุจริตเพื่อต้องการสิ่งตอบแทนหรือผลประโยชน์

2) โอกาส ผู้กระทำความผิดพยายามที่จะหาโอกาสที่เอื้ออำนวยต่อการทุจริต โอกาสที่เข้าวนต่อการทุจริตย่อมกระตุ้นให้เกิดการทุจริตได้ง่ายขึ้นกว่าโอกาสที่ไม่เปิดช่องนโยบายของฝ่ายบริหารจัดการที่ไม่มีระเบียบเพียงพอต่อการที่จะรับคนไม่ซื่อสัตย์เข้ามาทำงาน ดังนั้น การควบคุมด้วยกลไกภายในจึงมีความสำคัญอย่างยิ่งเพราะเป็นการลดโอกาสของบุคคลในการกระทำความผิด

3) การจูงใจ เป็นองค์ประกอบข้อสุดท้ายที่มีความสำคัญที่สุด เนื่องจาก การทำความเข้าใจถึงมูลเหตุจูงใจให้บุคคลตัดสินใจกระทำการทุจริตจะนำไปสู่การหามาตรการในการป้องกันการทุจริตด้วยประเภทของการจูงใจให้บุคคลกระทำการทุจริต สามารถจำแนกได้ ดังนี้

- (1) มีความทะเยอทะยานอย่างไม่มีที่สิ้นสุด
- (2) ปรารถนาจะยกระดับความเป็นอยู่ให้ดีขึ้นเพื่อทัดเทียมบุคคลในสังคม
- (3) ปัญหาทางการเงิน ซึ่งต่อเนื่องมาจากปัญหาการพนัน หรือความเจ็บป่วย
- (4) ความต้องการที่จะแก้เผ็ดซึ่งอาจมาจากผู้บังคับบัญชา
- (6) ทำเพื่ออุคมคติของตนเอง

5. ทฤษฎีกลไกในการควบคุม

การทุจริตต่อหน้าที่หรือการคอร์รัปชันเป็นอาชญากรรมประเภทหนึ่ง ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวเป็นทฤษฎีของนักอาชญาวิทยา คือ Reckless อธิบายว่า ความสามารถในการควบคุมตนเองและระบบการควบคุมภายนอก ได้แก่ กฎเกณฑ์ ระเบียบ จารีตประเพณี มีความอ่อนแอ ประเภทของการทุจริตต่อหน้าที่มีปัจจัยภายนอกและภายใน ดังนี้

1) สาเหตุที่เกิดจากภายในของผู้กระทำความผิด ประกอบด้วย โอกาส สิ่งจูงใจการเสี่ยงภัยและความไม่ซื่อสัตย์

2) สาเหตุที่เกิดมาจากภายนอกหรือสิ่งแวดล้อม ประกอบด้วย มูลเหตุทางด้านเศรษฐกิจและการครองชีพ มูลเหตุทางด้านการเมือง มูลเหตุทางด้านสภาพแวดล้อมทางด้านสังคมมูลเหตุจากการบริหารงานที่ขาดประสิทธิภาพมูลเหตุทางกฎหมายหรือระเบียบที่มีช่องว่าง และมูลเหตุจากการที่ตำแหน่งหน้าที่เอื้ออำนวยต่อการกระทำความผิด

2.2 รูปแบบของการทุจริต

นวนน้อย ตรีรัตน์ และคณะ ได้แบ่งการทุจริตคอร์รัปชันตามผู้แสดงหลักออกเป็น 2 ประเภท คือ⁶

1) การทุจริตของข้าราชการประจำในกระบวนการปกครองโดยการใช้อำนาจรัฐเพื่อผลประโยชน์ทางการเงิน

2) การทุจริตในแวดวงการเมืองจากการที่นักการเมืองใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งเพื่อหาผลประโยชน์ทางการเงินหรือทางด้านการเมือง และโดยรูปธรรมแล้วการทุจริตคอร์รัปชันอาจแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ ได้แก่

2.1) การใช้อำนาจในการอนุญาตให้ละเว้นจากการปฏิบัติตามกฎระเบียบของรัฐเพื่อลดต้นทุนการทำธุรกิจ กรณีนี้สามารถเกิดขึ้นได้จากเรื่องที่มีระดับความรุนแรงต่ำ เช่น การจ่ายสินบนให้ตำรวจเมื่อทำผิดกฎจราจร ไปจนถึงเรื่องที่มีระดับความรุนแรงสูง เช่น การจ่ายสินบนเพื่อให้มีการคุ้มครองธุรกิจที่ผิดกฎหมายต่างๆ

2.2) การใช้อำนาจในการจัดสรรผลประโยชน์ในรูปแบบของสิ่งของ และบริการหรือสิทธิให้แก่เอกชน เช่น การออกใบอนุญาตการประกอบธุรกิจ การให้สัมปทาน และการจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

2.3) การใช้อำนาจในการสร้างอุปสรรคในการให้บริการแก่ภาคประชาชนและภาคธุรกิจ เนื่องจากเงินเดือนและผลตอบแทนในระบบราชการต่ำเกินไปจนขาดแรงจูงใจในการทำงาน เช่น การสร้างความล่าช้าในการให้บริการเพื่อให้มีการจ่ายเงินค่าน้ำร้อนน้ำชา

โดยที่รูปแบบการคอร์รัปชันประเภทที่ 2.1 และ 2.2 สามารถพบเห็นได้ง่ายกระบวนการและวิธีการไม่ซับซ้อนแต่อย่างใด แต่การคอร์รัปชันในรูปแบบที่ 2.2 มักมีการดำเนินการอย่างสลับซับซ้อน เป็นเครือข่ายที่มีความสัมพันธ์กันเพื่อสร้างอำนาจในการผูกขาดให้กับกลุ่มธุรกิจ โดย

⁶ นภสร ปิติกะวงษ์, เพิ่งอ้าง, น. 15.

อำนาจในการผูกขาดจะก่อให้เกิดผลประโยชน์ส่วนเกินหรือกำไรที่มากผิดปกติ และกระบวนการในการแสวงหาค่าเช่า (Rent – Seeking) หรือกระจายผลประโยชน์ มักจะเกิดขึ้นพร้อม ๆ กันไปด้วย โดยกระบวนการเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับการทุจริตคอร์รัปชันและความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์

ศาสตราจารย์พิเศษ วิษามหาคุณ แบ่งกรณีการทุจริตคอร์รัปชันออกเป็น 5 ประเภทได้แก่

1) การทุจริตเชิงนโยบาย

เป็นรูปแบบใหม่ของการทุจริตที่แบบขล โดยอาศัยรูปแบบของกฎหมายหรือมติของคณะรัฐมนตรีหรือมติของคณะกรรมการเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์ทำให้ประชาชนส่วนใหญ่เข้าใจผิดว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องชอบธรรม ซึ่งประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงดังนี้

ก. มีการกำหนดนโยบายที่จะทำโครงการหรือกิจการ โดยองค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือรัฐบาลที่อ้างอิงประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชนเป็นอันดับแรก

ข. มีการเตรียมการรองรับ โครงการหรือกิจการนั้นให้มีความชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายหรือกฎระเบียบ

ค. ท้ายสุดคือผลประโยชน์อันมิควรได้เกิดขึ้นแก่บุคคลหรือกลุ่มบุคคล หรือพวกพ้องหรือญาติมิตรของผู้กำหนดนโยบาย อาจเป็นเงิน ทรัพย์สิน สิทธิประโยชน์อย่างอื่น ซึ่งมักจะเป็นผลประโยชน์มหาศาลที่ตกกับฝ่ายบริหารที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดครอบงำฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายข้าราชการประจำ

2) การทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ

เป็นการใช้อำนาจและหน้าที่ในความรับผิดชอบของตนในฐานะของเจ้าหน้าที่ของรัฐเอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง ปัจจุบันมักเกิดจากความร่วมมือกันระหว่างนักการเมือง พ่อค้าและข้าราชการประจำ อันมีลักษณะเป็นธุรกิจทางการเมืองที่เห็นได้อย่างชัดเจนคือ นักการเมืองและนักธุรกิจร่วมกันครอบครองที่ดินของรัฐโดยมิชอบ ทั้งนี้โดยมีข้าราชการฝ่ายปกครองและเจ้าพนักงานที่ดินให้ความร่วมมือหรือได้รับผลประโยชน์ตอบแทน

3) การทุจริตในการจัดซื้อจัดจ้าง

การทุจริตประเภทนี้จะพบได้ทั้งรูปแบบของการฮั้ว ตั้งแต่ขั้นตอนการออกแบบกำหนดรายละเอียดหรือคุณสมบัติของงาน กำหนดเงื่อนไข กำหนดราคากลาง ออกประกาศ ประกวดราคา การขายแบบ การรับและเปิดซอง การประกาศผล การอนุมัติ การทำสัญญาทุกขั้นตอนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างล้วนมีช่องโหว่ให้มีการทุจริตกันได้อย่างง่ายดาย นอกจากนี้ยังมีการทุจริตที่มาเหนือเมฆ คือการอาศัยความเป็นหน่วยงานราชการด้วยกัน จึงได้รับการยกเว้นและการไม่ถูก

เฟื่องเลี้ยง แต่ความจริง ผลประโยชน์จากการรับงานและเงินที่ได้จากการรับงานไม่ได้นำส่งกระทรวงการคลัง แต่เป็นผลประโยชน์ของกลุ่มบุคคลซึ่งไม่แตกต่างอะไรกับการจ้างบริษัทเอกชน

4) การทุจริตในการให้สัมปทาน

เป็นการแสวงหาหรือเอื้อประโยชน์โดยมิชอบจากโครงการหรือกิจการของรัฐ ซึ่งรัฐได้อนุญาตหรือมอบให้เอกชนดำเนินการแทนให้ลักษณะสัมปทานผูกขาดในกิจการใดกิจการหนึ่ง เช่น การทำสัญญาสัมปทานโรงงานสุรา การทำสัญญาสัมปทานโทรคมนาคม เป็นต้น

5) การทุจริตโดยการทำลายระบบตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

เป็นการพยายามดำเนินการให้ได้บุคคลซึ่งมีสายสัมพันธ์กับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในอันที่จะเข้าไปดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ทำให้องค์กรเหล่านี้มีความอ่อนแอไม่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

เมื่อพิจารณาจากการให้คำจำกัดความของคำว่า “คอร์รัปชัน” อาจสรุปได้ว่าการทุจริตคอร์รัปชัน นั้น มีองค์ประกอบสำคัญอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ มีการกระทำที่มิชอบโดยอาศัยโอกาสจากตำแหน่งหน้าที่ และวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ แต่ในปัจจุบันสังคมโลกยังคงมีแนวโน้มที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการจำกัดขอบเขตของการกระทำว่าการกระทำนั้นเป็นการคอร์รัปชันหรือไม่อยู่เป็นอย่างมาก ดังนั้น ที่ประชุมระหว่างประเทศจึงได้จำแนกประเภทของการคอร์รัปชันไว้ 2 ลักษณะ ได้แก่⁷

1) จำแนกตามตำแหน่งหน้าที่ และฐานะของผู้กระทำ กล่าวคือ เลขาธิการสหประชาชาติ (UN Secretary) ได้เสนอแนะไว้ในการประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการป้องกันอาชญากรรม และการปฏิบัติต่อนักโทษว่า คอร์รัปชันนั้นอาจกระทำโดยผู้มีอำนาจหน้าที่และฐานะที่แตกต่างกัน การจำแนกในลักษณะนี้มีประโยชน์ในแง่การหาวิธีป้องกันและแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม เช่น ความร้ายแรงและขนาดของการคอร์รัปชันที่กระทำโดยผู้นำประเทศ รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐ ย่อมไม่เหมือนกับการคอร์รัปชันซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย ในระดับประเทศนั้น ประเทศต่างๆ จะมีกฎหมายกำหนดให้การคอร์รัปชันเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมายอาญา และโทษสำหรับผู้กระทำการคอร์รัปชันซึ่งเป็นเจ้าพนักงานระดับสูง ส่วนใหญ่แล้วจะได้รับโทษที่หนักกว่าผู้เป็นเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยเพราะความเชื่อที่ว่า การคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่

⁷ ศิริศักดิ์ ดิยะพรรณ, “ปัญหาการคอร์รัปชัน,” วารสารอัยการ, เล่มที่ 19, ปีที่ 219, น. 36 – 37

ระดับสูงจะก่อให้เกิดความเสียหายมากกว่า แต่ความเป็นจริงแล้วก็ยังไม่มียกขบวนหรือหลักเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัวว่าการคอร์รัปชันซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยจะเกิดความเสียหายน้อยกว่า หรือการคอร์รัปชันเพียงเล็กน้อยไม่ใช่เรื่องสำคัญ เพราะการคอร์รัปชันไม่ว่าระดับใดก็ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมโดยรวมทั้งสิ้น

2) การจำแนกตามวิธีการ

ลักษณะของการคอร์รัปชัน ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่ทำโดยไม่เปิดเผยระหว่างผู้ให้สินบนกับผู้รับสินบน ซึ่งถือเป็นการคอร์รัปชันตามโอกาส และเกิดขึ้นเป็นครั้งคราวในระดับเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อย แต่มีการคอร์รัปชันอีกประเภทหนึ่งซึ่งกระทำกันเป็นระบบและมีขนาดใหญ่ โดยมีกระบวนการใหญ่โต ซับซ้อน มีผู้ร่วมกระทำผิดกันเป็นกลุ่ม เป็นการคอร์รัปชันระดับข้ามชาติหรือระหว่างประเทศ ซึ่งก่อความเสียหายเป็นอย่างมาก เพราะผู้กระทำคอร์รัปชันเป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวกเพื่อทำความผิดร้ายแรงอื่น ๆ เช่น ค้ายาเสพติด อาวุธ หรือการก่อการร้าย เป็นต้น

การคอร์รัปชันอย่างเป็นระบบยังเกิดขึ้นในกระบวนการธุรกิจระหว่างประเทศด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกลุ่มของผู้นำและผู้บริหารประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีอำนาจตัดสินใจหรืออนุมัติโครงการใหญ่ การคอร์รัปชันประเภทนี้ แม้มิได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อประกอบอาชญากรรมอื่น แต่ก็ส่งผลเสียหายร้ายแรงต่อระบบเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศได้ เช่นกัน เนื่องจากมูลค่าของโครงการและจำนวนเงินที่ต้องเสียไปกับการกระทำดังกล่าว⁸

การคอร์รัปชันในกระบวนการธุรกิจนั้นมีหลากหลายรูปแบบ ซึ่งอาจจะเกิดจากการขายสินค้าและบริการในหน่วยงานของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ ที่เป็นผู้ซื้อหรือจัดจ้าง เช่น ควบคุมไปรษณีย์ อุปกรณ์ อะไหล่ต่างๆ ที่ใช้ในรถยนต์ อุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือเป็นการทำสัญญาโฆษณาในรัฐวิสาหกิจ ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง ธุรกิจบริษัทที่ปรึกษา เป็นต้น หรือกระทำทางด้านอื่นๆ เพื่อธุรกิจของตน ไม่ว่าจะเป็นการติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยตรง การให้เงินสนับสนุนพรรคการเมือง การให้ความช่วยเหลือในการหาเสียงของนักการเมือง โดยฝ่ายขายหรือฝ่ายการตลาด หรือตัวแทนทางการค้าของบริษัทหรือที่ปรึกษาของบริษัท เป็นต้น

ส่วนของผู้กระทำความผิด คือ มีผู้เกี่ยวข้องสองฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายผู้ให้และฝ่ายผู้รับในฝ่ายผู้ให้อาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล รวมทั้งกลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กร ในฝ่ายผู้รับนั้น คือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยอาจเป็นในระดับใดก็ได้ตั้งแต่เจ้าหน้าที่ระดับล่างไปจนถึงระดับสูง รวมถึงนักการเมืองอีกด้วย

⁸ ศิริศักดิ์ ดิยะพรรณ, *เพ็ญอังก*, น. 37.

ในปัจจุบัน มีการพัฒนารูปแบบการทุจริตคอร์รัปชัน กล่าวคือ นอกจากมีการทุจริตคอร์รัปชันภายในประเทศของตนแล้ว ยังมีการทุจริตคอร์รัปชันภายนอกราชอาณาจักรอีกด้วยซึ่งผู้กระทำความผิดอาจเป็นได้ทั้งรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งภาคเอกชน ตัวอย่างเช่น บริษัทซึ่งจดทะเบียนในต่างประเทศเข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทยและกระทำการทุจริตคอร์รัปชันในหลากหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการให้สินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูง หรือนักการเมืองเพื่อประโยชน์ในกิจการของตน ขณะเดียวกันบริษัทซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยก็อาจไปดำเนินกิจการในต่างประเทศและกระทำความผิดดังกล่าวได้เช่นกัน

ลักษณะการกระทำความผิดนั้น การฉ้อราษฎร์บังหลวงเป็นการกระทำความผิดอย่างลับ ๆ มิได้ปรากฏให้ผู้อื่นเห็นอย่างชัดแจ้ง เฉพาะผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเท่านั้นจึงจะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิด ทำให้การแสวงหาพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นเรื่องลำบากยากยิ่ง และมักจะไม่มี การฟ้องร้องดำเนินคดีตามกฎหมาย โดยทั่วไปจะเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับกิจการต่าง ๆ ตั้งแต่กิจกรรมเล็ก ๆ เรื่อยไปจนถึงกิจกรรมขนาดใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ โครงการก่อสร้างสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐาน เช่น ท่าอากาศยาน ถนน หลวง ทางรถไฟ ระบบการคมนาคมและการขนส่งต่าง ๆ โครงการอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ โครงการพัฒนาที่อยู่อาศัย การให้สัมปทานต่าง ๆ เป็นต้น โดยมีผู้กระทำความผิดหลายคนและมักจะเกี่ยวข้องกับเจ้าหน้าที่ระดับสูง รวมทั้งนักการเมืองด้วย

กรณีที่กลุ่มอาชญากรที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรเข้าไปมีส่วนเกี่ยวข้องกับการฉ้อราษฎร์บังหลวงของเจ้าหน้าที่ระดับสูง หรือนักการเมืองนั้น การกระทำความผิดก็ยิ่งเลวร้ายมากขึ้น กล่าวคือ นอกจากจะทำให้การดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดเป็นไปอย่างยากลำบากแล้ว ในบางกรณี นักการเมืองซึ่งรับสินบนจากกลุ่มดังกล่าวก็อาจสนับสนุนให้มีการประกาศใช้กฎหมายที่เอื้อประโยชน์ต่อกลุ่มอาชญากรของตนเพื่อเป็นการตอบแทนความช่วยเหลือเรื่องเงินทุนที่ใช้ในการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้ง⁹

เมื่อพิจารณาตามลำดับขั้นของการทุจริตคอร์รัปชันในประเทศไทย พบว่าการทุจริตคอร์รัปชันในประเทศไทย สามารถจำแนกออกเป็น 2 ระดับ¹⁰ ได้แก่ การทุจริตในระดับชาติและการทุจริตในระดับท้องถิ่น

การทุจริตในระดับชาติ ในปัจจุบันต้องยอมรับว่า “การทุจริตเชิงนโยบาย” (Policy Corruption) นับเป็นประเด็นที่ต้องได้รับการแก้ไขอย่างเร่งด่วน เพราะนับวันยังมีแนวโน้มของ

⁹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *เพ็งอ้าง*, น. 9-10.

¹⁰ สำนักงาน ป.ป.ช., *แผนยุทธศาสตร์สำนักงาน ป.ป.ช. 5 ปี* (พ.ศ. 2556-2560), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน ป.ป.ช.), น. 2-5.

ความรุนแรงมากยิ่งขึ้น โดยการทุจริตเชิงนโยบายเป็นรูปแบบการทุจริตที่นักการเมืองใช้อำนาจทางด้านการบริหารราชการแผ่นดิน รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติที่ได้มาจากความไว้วางใจของประชาชน เป็นเครื่องมือในการออกกฎหมาย การแก้ไขกฎหมาย การแก้ไขระเบียบ ข้อบังคับและนโยบาย ในบางครั้งการทุจริตเชิงนโยบายเป็นรูปแบบการทุจริตที่นักการเมืองอาศัยช่องโหว่ของกฎหมาย กฎระเบียบ และตีความกฎหมาย กฎระเบียบให้เอื้อประโยชน์ต่อตนเอง และพวกพ้อง การทุจริตเชิงนโยบายนับเป็นสิ่งที่อันตรายต่อสังคม เนื่องจากท้ายที่สุดแล้ว การกระทำการทุจริตของนักการเมืองจะกลายเป็นสิ่งที่ชอบธรรม เนื่องจากมีกฎหมาย กฎระเบียบ และนโยบายรองรับ

การทุจริตเชิงนโยบาย สามารถปรากฏในรูปแบบอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็น การซื้อขายตำแหน่งในระดับสูงทางราชการ ได้แก่ ตำแหน่งอธิบดี ตำแหน่งผู้บริหารในรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีอำนาจในการอนุมัติเห็นชอบโครงการต่าง ๆ ได้ ซึ่งต้นเหตุเหล่านี้นำไปสู่การตรวจสอบที่หละหลวม ในโครงการก่อสร้าง การจัดซื้อจัดจ้างในภาครัฐ และพยายามใช้วิธีพิเศษในการดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงกฎเกณฑ์ มาตรการป้องกันการทุจริตต่าง ๆ โดยในแต่ละกระบวนการ ขั้นตอนมีการแบ่งผลประโยชน์กันในหมู่พวกพ้อง เช่น การทำแบบก่อสร้างให้มีความชัดเจนน้อย การใช้งบประมาณจากต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้ระเบียบจัดจ้างของสำนักนายกรัฐมนตรี เสนอโครงการเร่งด่วนเพื่อจัดจ้างโดยวิธีพิเศษ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบของสัญญาการว่าจ้างแบบเหมารวม (Turnkey Contract) ซึ่งผู้รับเหมาสามารถดำเนินการออกแบบและก่อสร้างโครงการให้แล้วเสร็จได้ด้วยตนเอง ข้อดี คือ ความรวดเร็วของโครงการเนื่องจากมีผู้ที่เกี่ยวข้องน้อยราย แต่ข้อเสียที่สำคัญ คือ การเอื้อประโยชน์ต่อการทุจริตอย่างมาก เนื่องจากผู้รับเหมาโครงการสามารถปรับเปลี่ยนแผนงานต่าง ๆ ได้ตลอดเวลา และสามารถปรับเพิ่มค่าใช้จ่ายและขออนุมัติงบประมาณได้ค่อนข้างง่าย อีกทั้ง ยังเปิดช่องให้บริษัทเอกชนเรียกร้อยค่าขาดเศษจากรัฐได้ ซึ่งมักเกิดจากการทำสัญญาที่หละหลวมมีช่องว่างให้หน่วยงานของรัฐเสียเปรียบ

การทุจริตในระดับท้องถิ่น พบว่า ปัจจัยที่มีผลต่อการขยายตัวของการทุจริตในระดับท้องถิ่น ได้แก่ การกระจายอำนาจลงสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ว่าโดยหลักการแล้วการกระจายอำนาจจะมีวัตถุประสงค์สำคัญ เพื่อให้บริการต่าง ๆ ของรัฐสามารถตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนมากขึ้น มีประสิทธิภาพขึ้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วกลับทำให้แนวโน้มของการทุจริตในท้องถิ่นเพิ่มมากยิ่งขึ้นเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การบริหารส่วนตำบล ซึ่งจากบทความงานวิจัย เรื่อง “การทุจริตคอร์รัปชันในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น : มาตรการและกลไกป้องกัน” โดย รองศาสตราจารย์ ดร. โกวิท พวงงาม พบว่า ลักษณะการทุจริตในส่วนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จำแนกเป็น 7 ประการ ดังนี้

1. การทุจริตด้านงบประมาณ การทำบัญชี การจัดซื้อจัดจ้าง และการเงินการคลัง ส่วนใหญ่เกิดจากการละเลยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

2. สภาพหรือปัญหาที่เกิดจากตัวบุคคล

3. สภาพการทุจริตอันเกิดจากช่องว่างของกฎ ระเบียบ และกฎหมาย

4. สภาพหรือลักษณะปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากการขาดความรู้ความเข้าใจ และขาดคุณธรรมจริยธรรม

5. สภาพหรือลักษณะปัญหาที่เกิดจากการขาดการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบ

6. สภาพหรือลักษณะปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากการตรวจสอบขาดความหลากหลายในการตรวจสอบจากภาคส่วนต่าง ๆ

7. สภาพหรือลักษณะปัญหาของการทุจริตที่เกิดจากอำนาจ บารมี และอิทธิพลท้องถิ่น ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ว สาเหตุและปัจจัยที่นำไปสู่การทุจริต สามารถสรุปเป็นประเด็นได้ดังนี้

1. โอกาส แม้ในปัจจุบันประเทศไทยจะได้มีการพัฒนากลไกในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เช่น การจัดตั้งองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการทุจริต การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการทุจริต แต่กลไกดังกล่าวยังคงมีช่องว่างที่ทำให้เกิดโอกาสของการทุจริต ซึ่งโอกาสดังกล่าวเกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เข้มแข็ง กฎหมาย ระเบียบ ไม่รัดกุม และอำนาจหน้าที่ โดยเฉพาะข้าราชการระดับสูงก็เป็นอีกโอกาสหนึ่งที่ทำให้เกิดการทุจริต

2. สิ่งจูงใจ เป็นที่ยอมรับว่าสภาวะทางเศรษฐกิจที่มุ่งเน้นเรื่องของวัตถุนิยม สังคมทุนนิยม ทำให้คนในปัจจุบันมุ่งเน้นที่การสร้างหารายด้วยเหตุนี้ จึงเป็นแรงจูงใจให้เจ้าหน้าที่มีแนวโน้มที่จะทำพฤติกรรมทุจริตมากยิ่งขึ้น

3. การขาดกลไกในการตรวจสอบความโปร่งใส ปัจจุบันรูปแบบของการทุจริต มีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการทุจริตเชิงนโยบายที่ทำให้การทุจริตกลายเป็นความชอบธรรมในสายตาของประชาชน ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยยังขาดกลไกในการตรวจสอบความโปร่งใสที่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงเป็นการยากที่จะเข้าไปตรวจสอบการทุจริตของบุคคลเหล่านี้

4. การผูกขาด ในบางกรณีการดำเนินการของภาครัฐ ได้แก่ การจัดซื้อจัดจ้าง เป็นเรื่องของการผูกขาด ดังนั้น จึงมีความเกี่ยวข้องเป็นห่วงโซ่ผลประโยชน์ทางธุรกิจ ในบางครั้งพบบริษัทมีการให้สินบนแก่เจ้าหน้าที่เพื่อให้ตนเองได้รับสิทธิในการดำเนินงานโครงการของภาครัฐ รูปแบบของการผูกขาด ได้แก่ การผูกขาดโครงการก่อสร้างและ โครงสร้างพื้นฐานของรัฐ

5. การได้รับคำตอบแทนที่ไม่เหมาะสม รายได้ไม่เพียงพอต่อรายจ่าย ความยากจนถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ข้าราชการมีพฤติกรรมการทุจริต เพราะความต้องการที่จะมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องแสวงหาช่องทางเพื่อเพิ่ม “รายได้พิเศษ” ให้กับตนเองและครอบครัว

6. การขาดจริยธรรม คุณธรรม ปัจจุบันคนมีความละอายต่อบาปและเกรงกลัวต่อบาปน้อยลง และมีความเห็นแก่ตัวมากยิ่งขึ้น มองแต่ประโยชน์ส่วนตนเป็นที่ตั้งมากกว่าที่จะยึดผลประโยชน์ส่วนรวม

7. มีค่านิยมที่ผิดโดยเห็นว่าการทุจริตเป็นวิถีชีวิตเป็นเรื่องธรรมดาเป็นชื่อเป็นคนชื่อเห็นคนโกงเป็นคนฉลาด ย่อมจะทำการทุจริตต่อราษฎร์บังหลวง โดยไม่มีความละอายต่อบาป และไม่เกรงกลัวต่อกฎหมายของบ้านเมือง

2.3 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐ

เนื่องจากรัฐมีหน้าที่หรือภารกิจที่จะต้องดำเนินกิจการอันเป็นประโยชน์สาธารณะหรือกิจการที่เป็นประโยชน์ส่วนรวมในด้านต่าง ๆ จึงทำให้รัฐมีอำนาจรัฐและสามารถใช้อำนาจรัฐเกี่ยวกับปกครองในฐานะผู้ปกครองกับประชาชนซึ่งอยู่ในฐานะผู้ใต้ปกครอง โดยฐานะของรัฐดังกล่าวมีเอกสิทธิ์เหนือกว่าประชาชนซึ่งเป็นเอกชน แต่การใช้อำนาจรัฐดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย

2.3.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité)

ตามแนวความคิดทฤษฎีเสรีนิยม การปกครองที่เป็นประชาธิปไตยนั้นถือว่า แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ตามทฤษฎีเสรีนิยมกำหนดให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยเน้นเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งถือว่ารัฐจะก่อให้เกิดความเสียหายหรือจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามอำเภอใจไม่ได้ ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีอยู่ ทฤษฎีนี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากมาจากแนวคิดของมองเตสกีเยอ (Montesquieu) เรื่องการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร อันทำให้เกิดแนวความคิดให้รัฐอยู่ภายใต้กฎหมาย¹¹

ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาคู อธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Principe de légalité) หมายความว่า นิติกรรมทุกอย่างของรัฐที่กระทำโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต้องสอดคล้องกับตัวบทกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับ

¹¹ ปรีชา จำรัสศรี, หลักกฎหมายมหาชน, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุตราไพศาล, 2555), น. 179.

ของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นหลักประกันที่สำคัญสำหรับ “ผู้อยู่ได้ปกครอง” และก่อให้เกิดหลักนิติรัฐ (L'Etat de droit) ขึ้น การเคารพหลักความชอบด้วยกฎหมาย คือ การเคารพต่อลำดับชั้นของนิติกรรมซึ่งมีกฎหมายอยู่ในลำดับสูงสุด ภารกิจของศาลก็คือทำให้ “ผู้ปกครอง” และ “ผู้ได้ปกครอง” เคารพลำดับชั้นดังกล่าว ในรัฐเสรีประชาธิปไตยปัจเจกชนมีสิทธิเรียกร้องให้มีการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย¹²

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ อธิบายว่า¹³ ตามแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย นั้นถือว่า แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตย แต่รัฐก็ต้องเคารพกฎหมาย ซึ่งมีอยู่ 2 ทฤษฎีหลัก คือ

1. ทฤษฎีว่าด้วยการจำกัดอำนาจตนเองด้วยความสมัครใจ (Auto-Limitation)

ทฤษฎีนี้อธิบายโดยนักกฎหมายเยอรมัน ชื่อ เยียร์ริง (Ihering) และเจลลิเนค (Jellinek) ได้สรุปแนวความคิดสาระสำคัญได้ว่า รัฐจำกัดตนเองในทางกฎหมายได้ก็ด้วยความยินยอม ด้วยความสมัครใจของรัฐเอง มีกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดถึงรูปแบบและเงื่อนไขการใช้อำนาจภายในรัฐ ซึ่งเท่ากับเป็นการจำกัดการกระทำของรัฐให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้น ๆ ว่าต้องใช้อย่างไร มีข้อจำกัดอย่างไร เป็นต้น

2. ทฤษฎีนิติรัฐ (Etat de Droit)

Jean Jacques ROUSSEAU เป็นผู้เสนอแนวความคิดเรื่อง นิติรัฐ เป็นคนแรกและคนต่อมาได้แก่มองเตสกีเยอ (Montesquieu) ส่วนบุคคลซึ่งได้สรุปแนวความคิดเรื่องนี้ไว้ได้อย่างชัดเจน คือ การ์ เดอ มัลแบร์ (Care de Malberg) นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศส

ทฤษฎีเสรีนิยม ได้ก่อให้เกิดแนวความคิดในเรื่องนิติรัฐ ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน และเพื่อเป็นหลักประกันแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชน รัฐต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมายซึ่งเป็นเครื่องมือในการปกครอง ขณะเดียวกันกฎหมายก็เป็นสิ่งค้ำประกันหรือรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะถูกละเมิดหรือการใช้อำนาจของรัฐแบบอำเภอใจ

รัฐจะฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ที่รัฐสร้างขึ้นไว้แล้วไม่ได้ หากกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งหรือไม่เหมาะสมรัฐก็ต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลง และวิธีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ของกฎหมายนั้น เช่น รัฐธรรมนูญ กำหนดให้มีกระบวนการตราพระราชบัญญัติ หรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญไว้อย่างไร ก็จะต้องทำตามกฎหมายนั้น

¹² ชาลส์ แซงส์คีย์, กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 275.

¹³ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537), น. 48-55.

กาเร่ เดอ มัลแบร์ (Care de Malberg) นักกฎหมายชาวฝรั่งเศสได้ให้แนวคิดโดยชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่าง “นิติรัฐ (Etat de Droit)” กับ “รัฐตำรวจ (Etat de police)” ไว้ดังนี้

“รัฐตำรวจ” เป็นรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง สามารถนำเอาวิธีการต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าเป็นประโยชน์ในการดำเนินการทางปกครองมาใช้กับประชาชนได้ในลักษณะที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ ทั้งนี้ เพื่อเผชิญกับสถานการณ์และเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายที่ตนประสงค์ได้ทุกเวลา ระบอบรัฐตำรวจจึงตั้งอยู่บนความคิดที่ว่า “เพื่อจุดมุ่งหมายที่ตนประสงค์หรือต้องการก็เพียงพอแล้วที่จะทำให้วิธีการต่าง ๆ ที่ตนนำมาใช้ถูกต้องชอบธรรม”

รัฐตำรวจจึงมีแนวความคิดที่ตรงกันข้ามกับนิติรัฐ ซึ่งตามความคิดของกาเร่ เดอ มัลแบร์ (Care de Malberg) ได้สรุปว่ารัฐและหน่วยงานของรัฐทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชน มีอำนาจก่อให้เกิดการกระทำหรือละเว้นการกระทำ ในสิทธิหน้าที่แก่เอกชนฝ่ายเดียว โดยปัจเจกชนไม่สมควรใจได้ถึงแม้ว่ากฎหมายมหาชนให้อำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนก็ตาม แต่กฎหมายมหาชนก็จำกัดอำนาจรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ไม่ให้ใช้อำนาจนอกกรอบที่กฎหมายกำหนดทำให้ได้มีการควบคุมการกระทำขององค์กรของรัฐทุกองค์กรให้ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือนิติกรรมทางปกครองของฝ่ายปกครองให้ชอบด้วยกฎหมาย และมีการควบคุมการกระทำขององค์กรตุลาการ ซึ่งได้แก่คำพิพากษา และคำสั่งของศาลให้ชอบด้วยกฎหมาย โดยจะมีองค์กร และกระบวนการควบคุมซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น มีศาลสูงสุด หรือศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมาย และรัฐธรรมนูญ¹⁴ เป็นต้น

2.3.2 หลักนิติรัฐ

ศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์ ได้อธิบายแนวความคิดและสาระสำคัญของหลักนิติรัฐไว้¹⁵ พอสรุปได้ดังนี้

1. แนวความคิดเกี่ยวกับหลักนิติรัฐ

รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐาน ของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยอาจจำแนกสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ เป็น 3 ประเภท คือ

1.1 สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกายสิทธิเสรีภาพในเลหสถานสิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

¹⁴ ปรีชา จำรัสศรี, *เพิ่งอ้าง*, น. 179-181.

¹⁵ วรพจน์ วิสสุตพิชญ์, “นิติรัฐ: หลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตย,” ในหนังสือ “ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน”, สำนักพิมพ์นิติธรรม, พ.ศ. 2540, น. 1-7.

1.2 สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

1.3 สิทธิเสรีภาพในการมีส่วนร่วมในกระบวนการทางการเมือง ได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนร่วม หรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดแจ้ง และเป็นกรทั่วไประหว่างองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร

2. สาระสำคัญของหลักนิติรัฐ

สาระสำคัญของหลักนิติรัฐมี 3 ประการ¹⁶ คือ

2.1 บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะมีอำนาจสั่งการให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ต่อเมื่อมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องใช้อำนาจนั้นภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้

2.2 บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิและเสรีภาพของราษฎรนั้น จะต้องมิใช่ความระบุไว้ชัดแจ้งพอสมควรว่าให้องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารองค์กรใดมีอำนาจล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร และกฎหมายดังกล่าวจะต้องไม่ให้อำนาจแก่องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารล่วงล้ำ เข้าไปในแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎรเกินขอบเขตแห่งความจำเป็นเพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ

2.3 การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายที่ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของ

¹⁶ ชาญชัย แสงวงศ์, *เพ็ญอ้าง*, น. 277.

องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารอาจจะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการอีกองค์กรหนึ่ง แยกต่างหากองค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง และคดีอาญาก็ได้

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักนิติรัฐดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของ สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้”

นอกจากนั้น บทบัญญัติอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้นำหลักการดังกล่าวข้างต้น ไปบัญญัติรับรองไว้เป็นวรรคสองของแต่ละมาตรา โดยวรรคหนึ่ง จะบัญญัติรับรองสิทธิหรือเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งให้แก่บุคคล เช่น มาตรา 43 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่าง เป็นธรรม” ส่วนวรรคสองของมาตรา 43 บัญญัติว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคง ของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ.”

2.3.3 หลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

คำว่าสิทธิและเสรีภาพ นั้น มีความหมายและสาระสำคัญ ดังนี้¹⁷

สิทธิ หมายถึง อำนาจที่กฎหมายให้การรับรองให้ผู้เป็นเจ้าของสิทธิสามารถเรียกร้องให้ผู้อื่นที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำบางอย่างให้เกิดประโยชน์แก่ผู้เป็นเจ้าของสิทธินั้น

เสรีภาพ หมายถึง ภาวะของบุคคลที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นหรือเป็นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง บุคคลย่อมมีเสรีภาพอยู่ตราบเท่าที่ไม่ถูกบังคับให้กระทำใน สิ่งที่ไม่ต้องการทำ หรือตราบเท่าไม่ถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวางไม่ให้กระทำในสิ่งที่ต้องการจะทำหรือ อาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า เสรีภาพ คือ อำนาจของบุคคลในการกำหนดกับตนเอง (Self - determination) เป็นอำนาจที่บุคคลที่อยู่เหนือตนเองและเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับบุคคลอื่น

สิทธิ และเสรีภาพต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายให้การรับรองแก่บุคคลแต่ในสาระสำคัญ แล้วเห็นได้ว่า มีข้อแตกต่างกันที่สำคัญ คือ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นซึ่งจะเป็นคนหนึ่งหรือหลายคนต้องกระทำหรือต้องละเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้

¹⁷ ภูริชญา วัฒนรุ่ง, หลักกฎหมายมหาชน, มหาวิทยาลัยรามคำแหง, (ม.ป.ท. : ม.ป.พ., 2552), น. 331

เกิดประโยชน์กับผู้เป็นเจ้าของสิทธิ แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและจะไม่กระทำในสิ่งที่ตนไม่ประสงค์จะกระทำ แม้ว่าการมีอำนาจดังกล่าวนี้อาจจะก่อหน้าที่ให้กับบุคคลอื่น ก็เป็นเพียงหน้าที่ที่ต้องละเว้นไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดขวางการใช้เสรีภาพของบุคคลนั้น หรือเป็นหน้าที่ที่จะต้องเคารพเสรีภาพของผู้อื่นเท่านั้น บุคคลผู้ใช้เสรีภาพหาได้มีอำนาจเรียกร้องให้บุคคลอื่นต้องกระทำการในลักษณะที่เป็นการส่งเสริมหรืออำนวยความสะดวกให้กับการใช้เสรีภาพของตนไม่

สิทธิเสรีภาพรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้แก่ประชาชนนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพ ที่ถือว่ามนุษย์ทุกคนจำเป็นจะต้องมีและจำเป็นจะต้องใช้เพื่อพัฒนาบุคลิกภาพทางด้านกายภาพและทางด้านจิตใจแห่งตนและเป็นคุณค่าสูงสุดที่องค์กรของรัฐทุกองค์กรไม่ว่าจะเป็นสถาบันรัฐสภา ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ สถาบันรัฐบาลผู้ใช้อำนาจบริหาร หรือสถาบันศาลผู้ใช้อำนาจตุลาการ จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองบรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่ให้การรับรองสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น การดำเนินการของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ แม้จะกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็ต้องไม่เป็นการทำลายหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การรับรองไว้

หลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักย่อยของหลักนิติรัฐ อีกหลักหนึ่ง ในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายต่างยอมรับความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการที่จะพัฒนาบุคลิกภาพของตนไปตามประสงค์ของบุคคลนั้น ๆ ดังนั้น เพื่อความเป็นอิสระของปัจเจกบุคคลในการพัฒนาบุคลิกภาพของแต่ละคน รัฐจึงต้องให้ความเคารพต่อแดนของสิทธิ และเสรีภาพของปัจเจกบุคคล การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลโดยอำนาจรัฐ จะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายซึ่งผ่านความเห็นชอบจากตัวแทนประชาชนให้อำนาจกระทำการดังกล่าว

หากพิจารณาหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนกับการควบคุมฝ่ายปกครองแล้ว อาจกล่าวได้ว่าฝ่ายปกครองเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประชาชนมากที่สุด ดังนั้น การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจึงมีโอกาสที่จะกระทบต่อสิทธิของประชาชนมากเช่นกัน ข้อเรียกร้องจากหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงเรียกร้องให้สามารถควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองได้ ซึ่งการควบคุมฝ่ายปกครองตามข้อเรียกร้องนี้อาจจะเป็นการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง หรืออาจเป็นการควบคุมโดยองค์กรภายนอกก็ได้ แต่การที่จะทำให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุความมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิได้นั้นจะต้องให้สิทธิแก่ประชาชนที่ถูกละเมิดสิทธิสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ ทั้งนี้ เนื่องจากองค์กรตุลาการเป็นองค์กรเดียวที่มีหลักประกันความเป็นอิสระ ดังนั้น การที่ประชาชนสามารถเข้าถึงองค์กรตุลาการได้ย่อมเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนได้ว่า

องค์กรตุลาการจะพิจารณาเรื่องของตนอย่างถูกต้องและเป็นธรรมโดยปราศจากการมีอิทธิพลจากองค์กรอื่น ๆ โดยเหตุนี้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเรียกร้องว่าอย่างน้อยประชาชนจะต้องสามารถได้รับความคุ้มครองจากองค์กรตุลาการได้

หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยองค์กรตุลาการถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เพราะถ้าฟังการบัญญัติคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญมากมายเพียงใดก็ตาม แต่หากประชาชนถูกละเมิดสิทธิแล้วไม่อาจขอให้ศาลบังคับให้เป็นไปตามสิทธิที่บัญญัติรับรองคุ้มครองได้ สิทธิและเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ไร้ความหมาย ด้วยเหตุนี้เองสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลจึงเป็นสิทธิที่เป็นสาระสำคัญของระบบการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในประเทศเยอรมันนี้ ถึงบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพโดยอำนาจมหาชน ย่อมมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ กรณีที่มีปัญหาในเรื่องเขตอำนาจศาลให้ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม.” การบัญญัติไว้เช่นนี้จึงเป็นการบัญญัติรับรองการคุ้มครองโดยองค์กรตุลาการโดยปราศจากช่องว่าง ดังนั้น จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่าการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้น ย่อมเรียกร้องการเข้ามาควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้เพื่อเป็นการถ่วงดุลการใช้อำนาจเหนือของฝ่ายปกครองที่มีเหนือปัจเจกบุคคลเพื่อตรวจสอบว่าการกระทำดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ดังนั้น ในเบื้องต้นหากพิจารณาถึงความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครองจากข้อพิจารณาทางกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าการควบคุมฝ่ายปกครองนั้นเป็นความจำเป็นที่มีพื้นฐานมาจากหลักนิติรัฐไม่ว่าจะเป็นหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ดี หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่ดี และหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดี และหากจะกล่าวโดยสรุปในมุมมองของกฎหมายถึงความจำเป็นในการควบคุมฝ่ายปกครอง ในด้านหนึ่งก็เพื่อมิให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในอีกด้านหนึ่งก็เพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองบรรลุวัตถุประสงค์ของการกระทำหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่มุ่งเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวมนั่นเอง¹⁸

2.3.4 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคมีที่มาจากแนวความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติที่เห็นว่าความเสมอภาคตั้งอยู่บนพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ทุกคนที่เกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติของมนุษย์ ทุกคนที่เกิดมามีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามธรรมชาติ และทุกคนต้อง

¹⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น.21-22.

เคารพสิทธิและเสรีภาพของกันและกัน ทั้งนี้ มุมมองของสำนักกฎหมายธรรมชาติมองว่าสิ่งเหล่านี้มี และคิดว่ามนุษย์ทุกคนมาตั้งแต่กำเนิดและแม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองไว้ สิ่งเหล่านี้ก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ เพราะเป็นสิ่งที่ธรรมชาติที่รัฐและทุกคนไม่อาจปฏิเสธได้

หลักความเสมอภาคเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ มนุษย์จะดำรงอยู่ อย่างมีศักดิ์ศรี หากมนุษย์มีสิทธิ และเสรีภาพเท่าเทียมกันกับมนุษย์คนอื่น ๆ ในสังคม อย่างไรก็ตาม หลักความเสมอภาคนั้น คงมีหมายถึงความเสมอภาคในทางกฎหมายเท่านั้น กล่าวคือ บุคคลย่อมมี สิทธิ และหน้าที่ในทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลอื่น ๆ มิใช่หมายถึงความเสมอภาคในทางวัตถุ สิ่งของซึ่งความเสมอภาคในทางกฎหมายนั้นเป็นได้ทั้งความเสมอภาคทางสิทธิ หรือในทางหน้าที่ ก็ได้

ฝ่ายปกครองมีความผูกพันต่อหลักความเสมอภาค เพราะฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อ กฎหมายอย่างเคร่งครัด อันเป็นการผูกพันต่อฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายหรือ อำนาจในการกำหนดมาตรการที่จะเป็นการแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงการกระทำใดที่อาจ ละเมิดต่อหลักความเสมอภาคได้ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่เป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน ได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น เนื่องจากภารกิจของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปจะ เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์อันเป็นเรื่องเฉพาะราย ดังนั้น การละเมิดต่อหลักความเสมอภาคจะเกิดขึ้นได้ก็ ต่อเมื่อฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติต่อกรณีเฉพาะเรื่องตั้งแต่ 2 กรณีขึ้นไปให้แตกต่างกัน โดยหลักแล้ว การปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันของฝ่ายปกครองจะเกิดขึ้นได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่าย ปกครองในการใช้ดุลพินิจอิสระในการเลือกใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่ง แต่หากกฎหมายได้ กำหนดองค์ประกอบในทางกฎหมายและกำหนดผลไว้อย่างชัดเจน โดยมิได้กำหนดให้ฝ่าย ปกครองใช้ดุลพินิจในการที่จะเลือกผลทางกฎหมายแต่อย่างใด เมื่อได้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตาม องค์ประกอบในทางกฎหมายแล้ว แต่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการให้เป็นไปตามผลทางกฎหมาย ในกรณีนี้ ก็ถือเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคเช่นกัน เพียงแต่การปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาคในกรณี นี้เป็นการใช้กฎหมายอย่างผิดพลาด

หลักความเสมอนั้นนำไปสู่ความผูกพันตนเองของการใช้ดุลพินิจ ซึ่งความผูกพัน ดังกล่าวนั้นย่อมได้รับการยืนยันจากการปฏิบัติของฝ่ายปกครองอย่างต่อเนื่องในกรณีที่เจ้าหน้าที่ ของรัฐได้ใช้ดุลพินิจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งในแนวทางนั้นมาโดยตลอด ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐ มิอาจจะใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมาได้ เว้นแต่จะมีเหตุผลที่สำคัญที่สามารถ แสดงให้เห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องใช้ดุลพินิจให้แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติที่ผ่านมา ๆ มา แต่เจ้าหน้าที่ฝ่าย ปกครองอาจเปลี่ยนแปลงแนวปฏิบัติที่ได้ปฏิบัติมาเป็นเวลายาวนานในเรื่องใด เรื่องหนึ่งได้ เมื่อการ

เปลี่ยนแปลงนั้นได้ผ่านการไตร่ตรองอย่างมีเหตุผล และการเปลี่ยนแปลงนั้นจะนำไปสู่การปฏิบัติอย่างเสมอภาคกันในอนาคต¹⁹

หลักความเสมอภาคนั้น มิได้หมายความว่าทุกคนจะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องคำนึงถึงข้อแตกต่างแต่อย่างใด กล่าวคือ กรณีที่มีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันสองข้อเท็จจริง จะต้องนำข้อเท็จจริงทั้งสองนั้นมาเปรียบเทียบกันเสียก่อน แต่เนื่องจากไม่มีข้อเท็จจริงใดที่จะเหมือนกันทุกประการ การเปรียบเทียบกันจึงมีความหมายเพียงการเปรียบเทียบกันในสาระสำคัญเท่านั้น โดยบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งสามารถเปรียบเทียบกับอีกบุคคลหนึ่ง กลุ่มบุคคลหนึ่ง หรือข้อเท็จจริงหนึ่งได้โดยนำลักษณะที่เป็นสาระสำคัญในเรื่องนั้น ๆ เป็นจุดยึดโยงในการเปรียบเทียบ โดย Gerhard Leibholz เห็นว่า การพิจารณาว่าอะไรเป็นสาระสำคัญหรือไม่นั้น มีเนื้อหาเช่นเดียวกับหลักข้อห้ามมิให้ใช้อำนาจอย่างอำเภอใจหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ซึ่งมีหลักอันเป็นสาระสำคัญว่า “จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันไม่ให้แตกต่างกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญไม่เหมือนกัน ไม่ให้เท่าเทียมกัน” ดังนั้น จากหลักกฎหมายดังกล่าวมิได้ห้ามมิให้ปฏิบัติให้แตกต่างกัน แต่ในทางตรงข้ามการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันกลับเป็นการขัดหลักความเสมอภาค²⁰

2.3.5 แนวคิดเกี่ยวกับการกิจของรัฐ

การจัดแบ่งประเภทของหน้าที่ของรัฐนั้น มีทฤษฎีที่เป็นที่ยอมรับกันมาแต่เดิมคือการแบ่งหน้าที่ของรัฐออกเป็น 3 ประเภท แต่ในปัจจุบันมีทฤษฎีที่เสนอความเห็นว่าการแบ่งหน้าที่ของรัฐออกเป็น 4 ประเภท²¹

1. การแบ่งหน้าที่ของรัฐแบบดั้งเดิม

ตามทฤษฎีนี้ซึ่งปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่ในปัจจุบัน หน้าที่ของรัฐอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ หน้าที่ทางนิติบัญญัติ หน้าที่ทางบริหารหรือทางปกครอง และหน้าที่ทางตุลาการ

¹⁹ สุรพงษ์ อินทรถาวร, การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ : ศึกษากรณีการไต่สวนข้อเท็จจริงเพื่อดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549), น. 25-26.

²⁰ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 113

²¹ ชาญชัย แสงศักดิ์, กฎหมายมหาชน ความเป็นมา ทฤษฎี และหลักการที่สำคัญ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น. 207-209.

1.1 หน้าที่ทางนิติบัญญัติ

หน้าที่ทางนิติบัญญัติ คือ การออกกฎหมายที่มีผลบังคับสำหรับปัจเจกชน และนิติบุคคลทั้งหมดที่อยู่ในรัฐ ตลอดจนคนต่างด้าวที่พำนักอยู่ในดินแดนของรัฐนั้นด้วย

หน้าที่ทางนิติบัญญัตินี้ปกติจะถ่ายทอดออกมาในรูปของนิติกรรมที่เรียกว่า “รัฐบัญญัติ” และนิติกรรมอื่นที่รัฐธรรมนูญและแนวคำวินิจฉัยของศาลยอมรับให้มีค่าเท่ารัฐบัญญัติ อันได้แก่ รัฐกำหนดและ หลักกฎหมายทั่วไป

ในคำนิยามคลาสสิก รัฐบัญญัติมีลักษณะที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงตัวบุคคลและมีเอกภาพ ดังที่มาตรา 6 แห่งปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 ได้กล่าวว่า “รัฐบัญญัติใช้บังคับกับทุกคน ไม่ว่าจะเป็นการลงโทษหรือคุ้มครองก็ตาม” ผลที่ตามมาคือหลักว่าด้วยความเสมอภาคในการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตย

1.2 หน้าที่ทางบริหารหรือทางปกครอง

หน้าที่ทางบริหารหรือทางปกครอง คือ หน้าที่ในการบังคับใช้รัฐบัญญัติและกระทำการทั้งหลายทั้งปวงที่จำเป็นต่อการปกครองและการบริหาร ไม่ว่าจะเป็นการบริหารรัฐกิจโดยทั่วไป การทูต การรักษาความสงบเรียบร้อย การคลัง ฯลฯ โดยการกระทำเหล่านี้อาศัยฐานอำนาจตามกฎหมายจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และรัฐบัญญัติ นั่นคือ ทฤษฎีคลาสสิกแต่ในทางปฏิบัติได้มีการขยายหน้าที่ทางปกครองนี้ไปในทางที่ไม่สอดคล้องกับทฤษฎีคลาสสิก

การกระทำดังกล่าวข้างต้นอาจจะเป็นนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเฉพาะรายโดยเฉพาะเจาะจงตัวบุคคลหรืออาจเป็นนิติกรรมที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่เจาะจงตัวบุคคลหรือที่เรียกกันว่า “กฎ”

1.3 หน้าที่ทางตุลาการ

หน้าที่ทางตุลาการ คือ หน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายสองฝ่าย ซึ่งอาจจะเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยงานกับหน่วยงานหรือระหว่างเอกชนกับหน่วยงานก็ได้ หน้าที่นี้ คือ การตีความบทบัญญัติของกฎหมายหรือข้อกำหนดของกฎและในบางกรณีก็ต้องอุดช่องโหว่ของกฎหมายด้วย ซึ่งในกรณีนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลก็อาจเป็นบ่อเกิดของกฎหมายได้เช่นกัน

หน้าที่ทางตุลาการแตกต่างจากหน้าที่ทางบริหาร การกระทำของผู้พิพากษาเรียกกันว่า “คำพิพากษา” ซึ่งมีสภาพบังคับและมีผลใช้บังคับได้ โดยคำพิพากษาที่ถึงที่สุดแล้วนั้น ไม่อาจได้รับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้อีกแม้แต่โดยผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้ทำคำพิพากษานั้นเอง

2. ภารกิจของรัฐ

วิวัฒนาการบทบาทของรัฐได้พัฒนาจนอาจแบ่งภารกิจของรัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ ภารกิจหลักของรัฐและภารกิจรองของรัฐ²²

2.1 ภารกิจหลักของรัฐ

ภารกิจหลักของรัฐ คือ ภารกิจที่รัฐจะต้องทำเพราะเป็นสัญลักษณ์ของรัฐและอำนาจอธิปไตย ภารกิจเช่นนี้เป็นอำนาจผูกขาดของรัฐที่ผู้ปกครองใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ภารกิจขั้นพื้นฐานของรัฐมีอยู่ 4 ประการ คือ

ก. อำนาจผูกขาดในการใช้กำลังบังคับ (หรือหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อย)

การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศและการรักษาเอกราชจากการรุกรานจากภายนอก (การป้องกันประเทศ) เป็นความรับผิดชอบของรัฐแต่เพียงผู้เดียว โดยไม่อาจมอบอำนาจผูกขาดนี้ไปยังปัจเจกชนโดยที่ไม่มีการควบคุมจากรัฐได้

ในประเทศที่อยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ หน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศของ “ตำรวจ (La police)” นั้น รวมทั้งการป้องกัน และปราบปราม การใช้กำลังบังคับเช่นนี้เป็นอำนาจของ “ผู้ปกครอง” ซึ่งต้องใช้ภายใต้กฎเกณฑ์ที่ชัดเจนของกฎหมาย

นอกจากนี้รัฐยังมีหน้าที่ในการป้องกันประเทศจากการรุกรานจากภายนอกอีกด้วย ซึ่งเป็นหน้าที่ของกองทัพ และทหารที่จะต้องอยู่ภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาของรัฐบาล และของนักการเมืองที่เป็นพลเรือน

ข. อำนาจผูกขาดในการอำนวยความสะดวก (หน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี)

การชำระไว้ซึ่งระบบกฎหมายนั้นเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่งของนิติรัฐศาลมีหน้าที่บอกว่ากฎหมายกำหนดไว้อย่างไรในการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น การอำนวยความสะดวกจึงเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งรัฐไม่อาจปล่อยให้เอกชนตัดสินปัญหาข้อพิพาทกันเอง แต่จะต้องอาศัยวิถีทางตามกฎหมายในการระงับหรือตัดสินข้อพิพาท โดยการนำคดีขึ้นสู่ศาล

ค. อำนาจผูกขาดในการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (หรือหน้าที่ทางการทูต)

รัฐเพียงผู้เดียวเท่านั้นที่มีความสามารถทางกฎหมายอย่างเต็มที่ที่จะผูกพันตนโดยการทำสนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐอื่น บริษัทเอกชนประจำชาติหรือบริษัทข้ามชาติ แม้ว่าจะมีพลังทางเศรษฐกิจ และการเงินมากสักเพียงใดก็ตาม ก็ไม่มีคุณสมบัติที่จะทำข้อตกลงผูกพันรัฐได้ การดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นอำนาจผูกขาดของรัฐ ซึ่งจะอยู่ในเขต

²² เฝิงอ๋าง, น. 212-213.

อำนาจของรัฐสภาหรือของรัฐบาลหรือจะแบ่งเขตอำนาจกันอย่างไรย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศ

ง. อำนาจผูกขาดในด้านเงินตราและการคลัง (หรือหน้าที่ทางงบประมาณ)

ความสำคัญของเงินตราในฐานะที่เป็นสัญลักษณ์ของอำนาจอธิปไตยนั้นเป็นที่ประจักษ์กันอยู่แล้ว โดยสิทธิในการกำหนดเงินตรา และในการพิมพ์ธนบัตรขึ้นใช้ในประเทศนั้นเป็นสิทธิของรัฐมานานแต่ไหนแต่ไรแล้ว

การแสดงออกถึงอำนาจผูกขาดของการคลังสาธารณะ คือ การจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐ ซึ่งจะต้องมีการจัดทำประมาณการรายจ่ายและรายรับที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานของรัฐและมีการอนุมัติโดยการลงมติของรัฐสภา

หน้าที่ทางงบประมาณนี้มีความสำคัญทางการเมือง โดยรัฐสภาได้สำรองและได้รับอำนาจนี้มาจากกษัตริย์ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งต้องยอมรับว่าจะจัดเก็บภาษีจากประชาชนได้ ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้แทนราษฎรก่อน

2.2 ภารกิจของรัฐ

ภารกิจของรัฐ คือ ภารกิจที่รัฐอาจจะทำด้วยตนเองหรือไม่ก็ได้ โดยรัฐอาจมอบหมายให้ปัจเจกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำ ถึงแม้ว่าภารกิจจะมีความสำคัญในทางปฏิบัติก็ตาม แต่ก็ไม้อาจถือว่าภารกิจของรัฐเป็นเงื่อนไขของอำนาจอธิปไตย องค์กรอื่นนอกจากรัฐอาจเป็นผู้จัดทำภารกิจของรัฐเพื่อประโยชน์ส่วนรวมได้เช่นกัน ตัวอย่างของภารกิจของรัฐ คือ การศึกษา การสังคมสงเคราะห์ การจัดองค์กรทางเศรษฐกิจและการแบ่งปันทรัพย์สิน การขนส่งมวลชน การสื่อสารทางวิทยุโทรทัศน์ เป็นต้น

ดังนั้น การมอบหมายความรับผิดชอบในการทำภารกิจให้แก่อำนาจจึงเป็นทางเลือกทางการเมือง ดังนั้น ขอบข่ายของภารกิจของรัฐในระบอบเสรีประชาธิปไตย และในระบอบคอมมิวนิสต์จึงแตกต่างกัน

2.4 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษริบทรัพย์สิน

การริบทรัพย์สินนั้น มีแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.4.1 แนวคิดเกี่ยวกับการลงโทษ

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงสภักย์ ได้อธิบายแนวคิดในการลงโทษไว้ว่าการลงโทษมีความมุ่งหมาย ดังนี้²³

²³จิตติ ดิงสภักย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536), น. 11.

1. เพื่อกระทำตอบแทนต่อการกระทำผิดหรือแก้แค้นทดแทน (Expiation, Retribution)
2. เพื่อป้องกันสังคม ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประการ คือ
 - 2.1 การป้องกันทั่วไป (Prevention General) ซึ่งได้แก่
 - 1) การปราบปราม (Deterrence) คือ การไม่ให้ผู้กระทำผิด คิดทำผิดขึ้นอีก และไม่ให้คนอื่นเอาเป็นเยี่ยงอย่าง เพื่อปราบปรามให้เกรงขามและรักษาความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป
 - 2) ความมั่นคงของชุมชน (Protection of Society, Social Solidarity) โดยแสดงให้เห็นว่าชุมชนมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ยอมให้มีการกระทำผิดเช่นนั้นเกิดขึ้น
 - 2.2 การป้องกันเฉพาะ (Prevention Special) ซึ่งได้แก่
 - 1) การป้องกัน (Prevention) คือ ไม่ให้ผู้นั้นกระทำความผิดได้อีกตลอดไป เช่น ประหารชีวิต หรือโดยชั่วคราว เช่น การขังโดยมีกำหนดเวลา
 - 2) การดัดนิสัย (Reform) คือ การให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวเป็นพลเมืองที่ดีต่อไป โดยความมุ่งหมายดังกล่าวข้างต้นอาจมีน้ำหนักแตกต่างกันไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับระยะเวลาและพฤติกรรมแวดล้อม เช่น ในช่วยแรกเมื่อเกิดการกระทำความผิดใหม่ ๆ ความรู้สึกของชุมชนอาจหนักไปในทางแก้แค้นทดแทนต่อผู้กระทำความผิดและต้องการให้เกิดการปราบปราม แต่ในเวลาต่อมาอาจคลายลง จนนำไปสู่การอภัยโทษ และปล่อยตัวชั่วคราวก่อนครบกำหนดโทษในที่สุด
- 2.4.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการลงโทษ

การลงโทษโดยรัฐมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง 2 ทฤษฎีที่สำคัญ²⁴ ดังนี้

 1. ทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) ประกอบด้วยเงื่อนไข ดังนี้
 - 1) การลงโทษต้องเป็นการทดแทนความเสียหาย (Vindication) หมายถึง ความถูกต้องของการลงโทษจะต้องกระทำลงไปเพื่อเป็นการทดแทนหรือแก้แค้นให้แก่ผู้เสียหายจากการที่ผู้กระทำความผิดได้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้น
 - 2) การลงโทษต้องกระทำเพื่อให้เกิดความเป็นธรรม (Fairness) โดยมีหลักการว่าการจะให้กฎหมายมีผลคุ้มครองประโยชน์สุขแก่ส่วนรวม คนทุกคนจะต้องเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้น การลงโทษผู้กระทำความผิดจึงทำให้ทั้งผู้กระทำความผิด และผู้ที่เชื่อฟังกฎหมายได้เห็นว่าหากเขาได้ละเมิดกฎหมายจะต้องถูกดำเนินคดีและผู้ที่ได้เปรียบจากการฝ่าฝืนกฎหมายจะต้องถูกลงโทษ
 - 3) การลงโทษจะต้องได้สัดส่วนกับความผิด (Proportionality of Punishment) โดยทฤษฎีนี้เห็นว่า จำนวนโทษที่ผู้กระทำความผิดควรจะได้รับจะต้องเท่ากับความเสียหายที่เขาได้

²⁴ ณรงค์ ใจหาญ, กฎหมายอาญาว่าด้วยโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 20.

กระทำลงไป เว้นแต่เป็นการกระทำความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม และเพื่อปกป้องสังคมให้ปลอดภัยยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องลงโทษสูงกว่าความเสียหายที่ผู้กระทำก่อขึ้น หรือเป็นกรณีที่ผู้กระทำผิดไม่มีโอกาสที่จะกระทำผิดนั้นได้อีก จึงอาจมีการลงโทษต่ำกว่าสัดส่วนแห่งความผิดนั้นได้

2. ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) ทฤษฎีนี้มองสังคมมนุษย์และกฎหมายอาญาว่ามีลักษณะ 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก มนุษย์พยายามแสวงหาความพอใจและหลีกเลี่ยงความเจ็บปวด ประการที่สอง สังคมควรจะมีการดำเนินการตามหลักประโยชน์สูงสุดเพื่อมวลสมาชิกจำนวนสูงสุด และประการสุดท้าย ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายอาญาการพิจารณาถึงความร้ายแรงของความผิดแต่ละฐาน ควรพิจารณาจากความเสียหายซึ่งกระทำต่อสังคม

ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian Theory) นี้มีเป้าหมายในการทำให้อาชญากรรมลดลง และเชื่อว่าการลงโทษผู้กระทำผิดจะก่อให้เกิดผลดีอื่นจะทำให้อาชญากรรมลดลงได้ ดังนี้

1) เป็นการข่มขู่หรือยับยั้ง (Deterrence) ซึ่งการข่มขู่หรือยับยั้งนี้ยังมีผลต่อผู้กระทำผิด และต่อประชาชนทั่วไปที่คิดจะกระทำผิดนั้น ดังนั้น การข่มขู่จึงเป็นการข่มขู่เฉพาะตัวผู้กระทำผิด (Specific Deterrence) ซึ่งหมายความว่า การลงโทษมีผลเป็นการข่มขู่จึงเป็นการข่มขู่ผู้กระทำผิดให้กลัวไม่กล้าจะกระทำผิดฐานเดียวกันนี้อีก ส่วนการข่มขู่โดยทั่วไป (General Deterrence) หมายถึง การลงโทษบุคคลผู้กระทำผิดเพื่อให้เป็นตัวอย่างแก่คนทั่วไป หรือผู้ที่มีความคิดจะกระทำผิดได้เห็นว่า เมื่อใดจะต้องถูกลงโทษเช่นเดียวกับบุคคลผู้กระทำผิดนี้ และจะก่อผลทำให้ประชาชนทุกคนมีความเกรงกลัวโทษไม่กล้ากระทำผิด

โดยพื้นฐานความเชื่อของการลงโทษเพื่อข่มขู่ คือ การที่บุคคลจะคิดกระทำการใดเป็นผลมาจากแรงผลักดันจากสภาพภายนอกด้วย ดังนั้น เมื่อใดที่คนคิดจะกระทำผิดเขาก็จะต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียที่อาจเกิดขึ้นเสียก่อน หากเขาเห็นว่า จะเกิดผลดีมากกว่าแล้วเขาก็จะตัดสินใจกระทำผิด แต่หากเขาเห็นว่า มีผลเสียมากกว่าเขาก็จะไม่กระทำผิด ด้วยเหตุนี้วิธีการป้องกันมิให้คนกระทำผิดจึงต้องกำหนดอัตราโทษซึ่งก่อให้เกิดผลเสียแก่ผู้กระทำผิดมากกว่าผลดีที่เข้าจะได้รับจากการกระทำผิดนั้น เพื่อให้เขาล้มเลิกความตั้งใจที่จะกระทำผิด

2) เป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูจิตใจผู้กระทำผิด (Reformation and Rehabilitation) โดยมีความมุ่งหมายต่อตัวผู้กระทำผิดโดยตรง มิได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่น และมีเป้าหมายที่จะใช้การลงโทษเป็นวิธีการเปลี่ยนหรือแก้ไขหรือเยียวยารักษาจิตใจของผู้กระทำผิดให้ลดความรู้สึกต่อต้านกฎหมาย และกลับมามีความเห็นดีเห็นชอบด้วยการปฏิบัติตามกฎหมาย ตลอดจนมีความสามารถยับยั้งตนเองมิให้คิดหรือกระทำการอันเป็นความผิดอีกต่อไป

3) เป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้นั้นกระทำผิด (Incapacitation) โดยมองว่าการลงโทษทำให้บุคคลนั้นหมดความสามารถที่จะกระทำผิดสังคมจึงปลอดภัยจากการกระทำผิดซึ่งเกิดจากบุคคลผู้

ต้องรับโทษนั้น ซึ่งวิธีการลงโทษตามแนวความคิดนี้จะต้องเป็นวิธีที่ทำให้ผู้นั้นหมดโอกาสกระทำผิดตลอดไป เช่น การประหารชีวิต การเนรเทศ หรือจำคุกมีกำหนดเวลาจนกว่าจะแน่ใจว่าผู้นั้นไม่เป็นอันตรายแก่สังคมอีก เป็นต้น

2.4.3 ความหมายของโทษริบทรัพย์สิน

ศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภัทย์ ให้ความหมายว่า การริบทรัพย์สิน คือ การริบทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดเอาเป็นของรัฐ ซึ่งจะริบเฉพาะสิ่งที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดเท่านั้น²⁵

รองศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ให้ความหมายว่า การริบทรัพย์สิน คือ โทษอย่างหนึ่งซึ่งทำให้ผู้กระทำความผิดสูญเสียทรัพย์สินของตนไป แต่ก็เป็นการเพื่อความปลอดภัยด้วย เพราะบางกรณีแม้ไม่มีผู้กระทำความผิดศาลก็ริบทรัพย์สินนั้น ได้เพื่อมิให้มีการใช้ทรัพย์สินดังกล่าวไปในทางมิชอบต่อไป²⁶

นอกจากนี้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ให้ความหมายของการริบทรัพย์สินไว้ด้วยว่า

“การริบทรัพย์สิน หมายถึง การที่รัฐพรากเอาทรัพย์สินมาจากบุคคลใดโดยไม่มีค่าตอบแทนให้ เนื่องจากการที่บุคคลนั้น ได้กระทำความผิดขึ้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง หมายถึงการบังคับเอาไปซึ่งทรัพย์สินเฉพาะอย่างอันมีความเกี่ยวพันอยู่กับการกระทำความผิด”²⁷

ส่วน Black's Law Dictionary ได้ให้คำจำกัดความของการริบทรัพย์สินไว้ 2 ความหมาย ได้แก่ ความหมายแรก คือ การบังคับเอาทรัพย์สินให้ตกเป็นของรัฐ ส่วนความหมายที่สอง คือ การบังคับเอาทรัพย์สินโดยรัฐ หรือผู้กระทำการแทนรัฐ นอกจากนี้ยังให้คำจำกัดความถึงการริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture) ว่า หมายถึง กระบวนการของรัฐที่บังคับต่อบุคคลในการบังคับเอาทรัพย์สิน เพื่อเป็นการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดอาญา

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการต่อต้านการทุจริต ค.ศ. 2003 United Nations Convention against Corruption 2003 (UNCAC) ได้กำหนดนิยามเกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน ว่า

²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, *เพิ่งอ้าง*, น. 893.

²⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 13, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554), น. 223.

²⁷ กัมปนาท แส่นโกชน, “การริบทรัพย์สินตามมูลค่า,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 10.

“การริบทรัพย์สิน ซึ่งรวมถึงการริบโดยเจาะจงตัวทรัพย์สินในกรณีที่ใช้บังคับได้ หมายถึง การบังคับเอาทรัพย์สินไปอย่างถาวรโดยคำสั่งศาลหรือโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจอื่น²⁸

2.4.4 วัตถุประสงค์ของการลงโทษริบทรัพย์สิน

การริบทรัพย์สินนั้น เป็นการกระทำให้ผู้กระทำผิดต้องสูญเสียทรัพย์สิน อันเป็นการลงโทษต่อกองทรัพย์สินของผู้กระทำผิดถือเป็นการลงโทษที่มีวัตถุประสงค์เพื่อทดแทนความผิดที่ผู้กระทำผิดได้ก่อขึ้นตามหลักทฤษฎีทดแทน (Retributive Theory) ในขณะที่เดียวกันยังมีวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่หรือยับยั้งผู้กระทำผิด และเป็นการตัดโอกาสมิให้ผู้กระทำผิดใช้ทรัพย์สินที่ถูกริบเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอีกตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ด้วย (Utilitarian Theory) โทษการริบทรัพย์สิน ไม่มีวัตถุประสงค์ในลักษณะเป็นการแก้ไขหรือฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด แต่การริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิดมีวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่า กล่าวคือ นอกจากมุ่งหมายให้เป็นการลงโทษแล้วยังคงมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำความผิดอีกด้วย โดยเห็นได้จากการริบทรัพย์สินที่ได้ใช้ในการกระทำความผิดนั้น จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจ ส่วนการริบทรัพย์สินที่มีไว้ใช้เพื่อกระทำความผิดจะเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินประเภทนั้นก่อนที่จะถูกนำไปใช้ในการกระทำความผิด หรือทำให้เกิดโอกาสที่จะกระทำความผิดหมดไป หรือลดน้อยลง²⁹

2.4.5 ประเภทของการริบทรัพย์สิน

การริบทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดและเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิด มี 3 ประเภท³⁰ ดังนี้

1. การริบทรัพย์สินทางอาญา

การริบทรัพย์สินทางอาญาต้องมีการพิสูจน์ความผิด โดยการพิจารณาคดีหรือจำเลยรับสารภาพผิดเมื่อได้มีคำพิพากษาแล้ว ศาลสามารถมีคำสั่งถึงที่สุดให้ริบทรัพย์สินซึ่งมักจะเป็นส่วนหนึ่งของคำพิพากษาลงโทษ ในบางประเทศการริบทรัพย์สินเป็นคำสั่งเชิงบังคับในประเทศอื่น ๆ

²⁸ นิติพันธ์ ประจวบเหมาะ, “บทวิเคราะห์เรื่องการค้าและการดำเนินการของประเทศไทยในการอนุวัติการพันธกรณีอนุสัญญา UNCAC ว่าด้วยเรื่องการติดตามทรัพย์สินคืน,” (กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน ป.ป.ช., 2555), น. 10.

²⁹ ลัดดา เดือนสว่าง, *เพ็งอ้อ*, น. 26.

³⁰ The Stolen Asset Recovery Initiative (StAR), *คู่มือการติดตามสินทรัพย์กลับคืนแนวทางสำหรับผู้ปฏิบัติงาน*, แปลโดย ศูนย์ประสานงานตามพันธกรณีและข้อตกลงระหว่างประเทศ สำนักงาน ป.ป.ช., (กรุงเทพมหานคร: สำนักงาน ป.ป.ช., 2555), น. 131-133.

ศาลหรือลูกขุนสามารถใช้ดุลยพินิจในการกำหนดให้มีหรือไม่ก็ได้ และการริบทรัพย์ทางอาญาอาจเป็นระบบการริบตัวทรัพย์หรือระบบการริบทรัพย์ตามมูลค่าก็ได้

ในบางประเทศอาจมีการใช้มาตรฐานการพิสูจน์แตกต่างกันใน 2 ช่วงคดี คือในระหว่างการชี้ขาดตัดสินคำพิพากษา และในระหว่างกระบวนการพิจารณาทรัพย์ ในระหว่างการชี้ขาดตัดสินคำพิพากษาพนักงานอัยการจะมีหน้าที่พิสูจน์ความผิดของจำเลยตามมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาไม่ว่าจะเป็น “การพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (Beyond a Reasonable)” หรือ “หากมีหลักฐานพิสูจน์พียงได้ว่า (Intimate Conviction)” โดยก่อนมีคำสั่งริบทรัพย์จะต้องมีการพิสูจน์ความผิดตามมาตรฐานการพิสูจน์นี้ ภาระการพิสูจน์ต่อมาคือ ในช่วงระหว่างศาลพิจารณาคดีริบทรัพย์ในบางประเทศภาระการพิสูจน์ในช่วงที่สองนี้อาจใช้มาตรฐานที่ต่ำกว่าคือ “การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน” (Balance of Probabilities) ประเทศอื่น ๆ อาจใช้มาตรฐานการพิสูจน์เช่นเดียวกับที่ใช้ในคดีอาญา

เนื่องจากจะต้องมีการพิสูจน์ความผิดก่อน จึงเป็นการยากที่จะใช้วิธีการนี้เพื่อริบทรัพย์ของผู้กระทำความผิด

2. การริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษ หรือการริบทรัพย์ทางแพ่ง

การริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษ (Objective Confiscation or extinction de domino) ในประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า Civil Confiscation หรือ Civil Forfeiture การริบทรัพย์ประเภทนี้ให้อำนาจในการริบทรัพย์ได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ความผิดหรือคำพิพากษาลงโทษ เพราะเป็นการริบทรัพย์ที่ตัวทรัพย์ไม่ใช่ที่บุคคลที่ครอบครอง หรือเป็นเจ้าของทรัพย์ ซึ่งโดยทั่วไปต้องการพิสูจน์ว่าทรัพย์นั้นได้มาจากหรือเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด นอกจากนั้น การริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษนี้ยังไม่มี ความเชื่อมโยงกับการพิสูจน์ความผิดหรือการได้มาซึ่งคำพิพากษาลงโทษด้วย

การริบทรัพย์แบบนี้มักเกิดขึ้นได้ 2 วิธี วิธีแรก คือ การริบทรัพย์ในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา แต่ไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาถึงที่สุดหรือพิสูจน์ได้ว่ากระทำผิด ตัวอย่างประเทศที่ใช้วิธีการนี้ ได้แก่ ลิกเตนสไตน์ สโลเวเนีย และประเทศไทย เป็นต้น ในกรณีนี้กฎหมายว่าด้วยการริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษจะผนวกอยู่ในประมวลกฎหมายอาญา กฎหมายฟอกเงิน หรือกฎหมายอาญาอื่น ๆ ที่มีอยู่แล้ว และถือเป็นกระบวนการพิจารณาคดีอาญาที่ต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ส่วนวิธีที่สอง คือ การริบทรัพย์โดยกฎหมายที่เป็นอิสระที่ใช้กระบวนการพิจารณาคดีแยกต่างหาก และมักจะดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (แทนที่จะเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา) ตัวอย่างประเทศที่ใช้วิธีการนี้ ได้แก่ โคลัมเบีย แอฟริกาใต้ อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ในประเทศที่ใช้วิธีพิจารณาความแพ่งใช้มาตรฐาน

การพิสูจน์ที่ต่ำกว่า คือ ใช้การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หรือ “พิสูจน์โดยพยานหลักฐานที่มีน้ำหนักมากกว่า” ในการริบทรัพย์ ซึ่งเป็นการแบ่งเบาภาระในการดำเนินคดี

บางประเทศจะดำเนินการริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษก็ต่อเมื่อกระบวนการพิจารณาคดีอาญาเสร็จสิ้น หรือในประเทศอื่น ๆ กระบวนการพิจารณาคดีริบทรัพย์ถูกสั่งให้หยุดไว้ก่อน จนกว่าการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาจะแล้วเสร็จ

การริบทรัพย์ที่ไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษมีประโยชน์ในบริบทต่าง ๆ โดยเฉพาะเมื่อไม่สามารถดำเนินการหรือไม่มีกฎหมายบัญญัติให้กระทำได้ เช่น กรณีเมื่อจำเลยตาย หลบหนีคดี หรือได้รับความคุ้มครองจากการฟ้องคดี กรณีพบทรัพย์สิ้นแต่ไม่รู้ว่าเป็นของใคร หรือกรณี มีหลักฐานไม่เพียงพอพิสูจน์ความผิดของจำเลยหรือมีคำพิพากษาให้ปล่อยตัวจำเลย (ในประเทศที่ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่า) การริบทรัพย์ประเภทนี้มีประโยชน์สำหรับคดีใหญ่ ๆ ที่มีความสลับซับซ้อนซึ่งอยู่ระหว่างการสืบสวนสอบสวนทางอาญา และมีความจำเป็นที่จะต้องยับยั้งและริบทรัพย์ก่อนมีการฟ้องคดีอาญา

3. การริบทรัพย์ทางปกครอง

การริบทรัพย์ทางปกครองกระทำได้โดยไม่ต้องมีคำวินิจฉัยของศาล โดยมากใช้สำหรับการริบทรัพย์เมื่อไม่มีการคัดค้านการยึดทรัพย์และเป็นไปตามข้อกำหนดบางอย่าง เช่น มีการแจ้งให้ฝ่ายต่าง ๆ ทราบทั่วกันโดยเปิดเผยต่อสาธารณะ ไม่มีการยื่นคัดค้าน นอกจากนั้นอาจมีข้อกำหนดทางกฎหมายสำหรับการริบทรัพย์ทางปกครอง เช่น มูลค่าสูงสุดของทรัพย์สินหรือทรัพย์สินบางประเภทที่จะทำการริบได้ กฎหมายต่าง ๆ ที่กำหนดให้ดำเนินการริบทรัพย์ทางปกครองได้มักจะกำหนดให้การตัดสินใจดำเนินการริบทรัพย์ทางปกครองต้องได้รับอนุญาตจากศาล

การริบทรัพย์ทางปกครองโดยทั่วไปมักจะเกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายศุลกากร กฎหมายปราบปรามการค้ายาเสพติด และกฎหมายว่าด้วยการรายงานการพกพาสกุลเงินข้ามพรมแดน เช่น อาจใช้ในการริบยานพาหนะที่ใช้ขนส่งสิ่งของต้องห้าม หรือเงินสดที่อยู่ในความครอบครองของผู้ส่งของ ในกรณีเช่นนี้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามกฎหมายโดยปกติจะเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ศุลกากร กระบวนการนี้ทำให้การริบทรัพย์เป็นไปได้อย่างรวดเร็วและประหยัด³¹

³¹ ลัดดา เดือนสว่าง, *เพ็งฮ้าง*, น. 29.

2.4.6 รูปแบบการริบทรัพย์สิน

การริบทรัพย์สิน มีรูปแบบที่อาจแบ่งได้ 2 รูปแบบ กล่าวคือ การริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สิน หรือการริบทรัพย์สินแบบเจาะจงตัวทรัพย์สิน (Property-based Confiscation or Forfeiture) และการริบทรัพย์สินตามมูลค่า (Value-based Confiscation) ซึ่งแต่ละรูปแบบมีลักษณะดังต่อไปนี้³²

1. การริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สิน หรือการริบทรัพย์สินแบบเจาะจงตัวทรัพย์สิน (Property-based Confiscation or Forfeiture)

การริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สินเป็นประธานของความผิด หรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด โดยรูปแบบนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง ได้แก่

1) ทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด (Crime Fruit) เช่น ทรัพย์สินที่ได้มาจากการลักทรัพย์ เป็นต้น

2) ทรัพย์สินที่ทำหรือมีไว้เป็นความผิด (Prohibits Items) เช่น ปืนไม่มีทะเบียน ธนบัตรปลอม ยาเสพติด เป็นต้น

3) ทรัพย์สินที่ใช้หรือมีไว้ใช้ในการกระทำความผิด (Instrumentalities of Crime) เช่น มีดหรือปืนที่ใช้ในการฆ่าผู้อื่น เป็นต้น

เนื่องจากการมุ่งเน้นที่ตัวทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดโดยตรง ดังนั้น ในการริบทรัพย์สินในรูปแบบนี้ กฎหมายจึงกำหนดให้ต้องมีการพิสูจน์ความเชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินกับการกระทำความผิด โดยหากเป็นการกระทำความผิดทางอาญา มาตรฐานการพิสูจน์จึงต้องพิสูจน์ความผิดของจำเลยโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ศาลจึงจะสามารถริบทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้นได้

รูปแบบการริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สินนี้จึงมีประโยชน์มากในกรณีที่สามารถเชื่อมโยงทรัพย์สินกับพยานหลักฐานของการกระทำความผิดได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากไม่สามารถเชื่อมโยงทรัพย์สินกับการกระทำความผิดได้ เช่น จำเลยไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงกับการกระทำความผิดนั้นก็จะไม่สามารถริบทรัพย์สินนั้นได้

อนึ่ง รูปแบบการริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สินนี้ใช้แพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศในยุโรปหลายประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย การริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สินนี้มีลักษณะเป็นการริบทรัพย์สินโดยไม่คำนึงว่าขณะที่ริบทรัพย์สินนั้นผู้ใดเป็นเจ้าของทรัพย์สิน หรือผู้กระทำความผิดจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ครอบครองหรือไม่จึงทำให้ผู้กระทำความผิดจะไม่สามารถหลีกเลี่ยงมิให้ทรัพย์สินถูกริบได้

³² เห่งอ้าง, น. 29-31.

2. การริบทรัพย์ตามมูลค่า (Value-based Confiscation)

การริบทรัพย์ที่เน้นที่มูลค่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด และมักกำหนดโทษเป็นเงินจำนวนเท่ากับมูลค่าดังกล่าว ในรูปแบบนี้จะเป็นการบอกจำนวนผลประโยชน์ที่จำเลยได้รับโดยตรงจากการกระทำความผิด และมูลค่าที่เพิ่มขึ้นที่เป็นผลมาจากการเพิ่มขึ้นของมูลค่าทรัพย์สิน (ผลประโยชน์ทางอ้อม) ในการตัดสินลงโทษศาลจะกำหนดให้จำเลยมีความรับผิดชอบเท่ากับผลประโยชน์นั้น คำตัดสินนี้อาจบังคับเป็นหนี้ตามคำพิพากษาหรือค่าปรับกับทรัพย์สินใด ๆ ของจำเลยก็ได้ไม่ว่าทรัพย์สินนั้นจะเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดหรือไม่

การริบทรัพย์ตามรูปแบบนี้มีได้ระบุให้ริบทรัพย์สินใดเป็นการเฉพาะอย่างรูปแบบริบทรัพย์สินที่ตัวทรัพย์สินที่จะต้องพิสูจน์เชื่อมโยงระหว่างทรัพย์สินและการกระทำความผิดของจำเลย ดังนั้นพนักงานอัยการหรือโจทก์ไม่มีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าทรัพย์สินที่ขอริบเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดหรือไม่ หน้าที่ของพนักงานอัยการหรือโจทก์จึงมีเพียงการนำเสนอพยานหลักฐานว่า ผู้กระทำความผิดได้รับทรัพย์สินจากการกระทำความผิดเป็นมูลค่าเท่าใด เมื่อพิสูจน์ได้แล้วศาลก็จะมีคำสั่งให้ริบทรัพย์สินเป็นมูลค่าเท่านั้น หากผู้กระทำความผิดไม่ชำระตามคำสั่งให้ริบทรัพย์สิน คำสั่งให้ริบทรัพย์สินจะสามารถใช้บังคับกับทรัพย์สินทุกชนิดของผู้กระทำความผิดโดยไม่คำนึงว่าทรัพย์สินนั้นจะได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด

2.5 แนวคิดการป้องกัน และปราบปรามการทุจริตกรณีรัวรายผิดปกติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องขอให้ทรัพย์สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตกเป็นของแผ่นดินได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยบทบัญญัติมีที่มาจากสภาพความเป็นจริงในทางกฎหมายที่ว่า การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยการใช้มาตรการดำเนินคดีอาญาในความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ไม่สามารถนำไปบังคับใช้กับผู้ดำรงตำแหน่งหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดได้โดยสมบูรณ์ ทั้งนี้ เพราะมาตรการลงโทษบุคคลในคดีอาญาจะต้องอาศัยการพิสูจน์ข้อเท็จจริงจนปราศจากความสงสัยว่าบุคคลที่ถูกกล่าวหาได้กระทำความผิดจริง หากมีข้อสงสัยตามสมควร ศาลจะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย รัฐธรรมนูญจึงได้สร้างระบบการร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินเพื่อเป็นกลไกการ

ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐนอกเหนือจากมาตรการดำเนินคดีอาญา จากแนวความคิดดังกล่าว³³ มีข้อพิจารณา 3 ประการ คือ

1. ลักษณะมาตรการการดำเนินการ กรณีร้ายชัดปกติ
2. ลักษณะมาตรการการดำเนินการริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางแพ่ง
3. ผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชนจากกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่ง

2.5.1 ลักษณะมาตรการการดำเนินการ กรณีร้ายชัดปกติ

จากการที่ได้ดำเนินการศึกษารูปแบบลักษณะของการทุจริตคอร์รัปชัน และลักษณะสภาพปัญหาการทุจริตคอร์รัปชันในสังคมไทยปัจจุบัน พบว่ามีลักษณะที่ซับซ้อน มีการทุจริตคอร์รัปชัน 3 ฝ่าย คือ ตัวเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งสังกัดหน่วยงานรัฐ ภาคธุรกิจ และภาคการเมือง พบว่านอกจากการกระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ กระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งมีมาตรการการดำเนินการในทางอาญา และทางวินัย ถือว่าเป็นมาตรการที่สามารถแก้ปัญหาได้พอสมควร แต่หากพิจารณาสภาพปัญหาและผลกระทบของการทุจริตคอร์รัปชันแล้ว เห็นว่ามาตรการทั้งสองยังไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้ทั้งหมด ซึ่งเป็นเพียงมาตรการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดเท่านั้น แต่ในส่วนของรัฐในฐานะผู้เสียหายนั้น ถือว่าไม่ได้รับการเยียวยาในความเสียหายที่เกิดจากการกระทำทุจริตดังกล่าว เพราะเมื่อพิจารณาการกระทำทุจริตส่วนใหญ่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง สาเหตุหลักเป็นเรื่องของผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เพื่อตนเองหรือพวกพ้อง ผู้กระทำความผิดได้รับผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินจำนวนมาก ซึ่งถึงแม้จะมีมาตรการดำเนินการทางวินัย ไม่ว่าจะเป็นลงโทษ ปลดออก ไล่ออก หรือมาตรการทางอาญา ซึ่งมีโทษจำคุก ปรับ ริบทรัพย์สิน ก็ตาม แต่มาตรการเหล่านี้ก็ไม่สามารถดำเนินการทางทรัพย์สินที่ได้มาโดยการทุจริต หรือได้มาโดยปราศจากความชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเต็มที่

จากปัญหาดังกล่าวจึงมีแนวความคิดการดำเนินการกับตัวทรัพย์สินที่ได้มาจากการทุจริตต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ทรัพย์สินที่ได้มาโดยไม่สมควรเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ หรือใช้อำนาจหน้าที่ในตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าว เนื่องจากมีแนวคิดในเรื่องของทรัพย์สินสกปรก โดยจะเป็นการดำเนินการโดยตรงกับทรัพย์สิน ซึ่งอาจมีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ และเป็นการดำเนินโดยตรงที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาของเจ้าของทรัพย์สิน โดยเป็นคดีการเมืองหรือ

³³ สุรพล นิติไกรพจน์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ, 2546), น. 210. ตรวจสอบเชิงอรธ

กึ่งการเมือง³⁴ ซึ่งบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรการนี้ จะมีใช้บุคคลประชาชนทั่วไป แต่จะจำกัดเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องด้วยบุคคลเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับรัฐ ใน 2 สถานะ คือ สถานะแรกเป็นเครื่องมือของรัฐ การกระทำใด ๆ ในสถานะดังกล่าวมิได้อาศัยสิทธิและหน้าที่ในฐานะส่วนตัว แต่เป็นการกระทำในฐานะองค์กรของรัฐเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ สถานะที่สอง ในฐานะเอกชนที่มีความสัมพันธ์ในฐานะเป็นลูกจ้างของรัฐ แต่มิได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่เป็นความสัมพันธ์พิเศษตามกฎหมายมหาชน ในการดำเนินกิจการสาธารณะประโยชน์

2.5.2 ลักษณะมาตรการการริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางแพ่ง

อาชญากรรมสังคมนั้นยุคก่อนมีลักษณะเป็นการกระทำโดยปัจเจกบุคคลซึ่งฝ่าฝืนต่อกฎหมายด้วยการใช้ความรุนแรง ไม่มีความซับซ้อนเป็นอาชญากรรมทั่วไป เช่น การปล้นทรัพย์ ข่มขืนกระทำชำเรา ฆ่าคนตายโดยเจตนา เป็นต้น รัฐสามารถนำผู้กระทำความผิดเหล่านั้นมาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและพิสูจน์ความผิดของอาชญากรได้โดยง่าย แต่ต่อมาอาชญากรได้พัฒนารูปแบบการก่ออาชญากรรมอย่างหลากหลาย และก่อให้เกิดความเสียหายต่อสังคมอย่างมหาศาล ซึ่งอาชญากรรมที่ได้พัฒนานั้น รวมถึงกรณีที่บุคคลในฐานะซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้กระทำการทุจริตคอร์รัปชัน นอกราชการบังหลวงด้วย ซึ่งลักษณะของอาชญากรประเภทนี้ถือว่าผู้กระทำความผิดทุจริตเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ การดำเนินการมีลักษณะซับซ้อนเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจจำนวนมาก และสามารถปกปิดการกระทำของตน หากต่อกรณีที่รัฐจะสามารถพิสูจน์ตรวจสอบให้เห็นถึงการกระทำความผิดได้อย่างชัดเจน และเมื่อการทุจริต หรือการหาประโยชน์โดยใช้ตำแหน่งหน้าที่ที่ตนมีอยู่นั้น มีเงินหรือทรัพย์สินเป็นแรงจูงใจในการกระทำความผิด เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทุจริตจึงจำเป็นต้องปิดบังแหล่งที่มาของเงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ด้วยการบิดเบือนเงินหรือทรัพย์สินเหล่านั้นให้เสมือนว่าเป็นรายได้หรือทรัพย์สินที่ได้มาโดยชอบตามกฎหมาย รัฐจึงจำเป็นต้องใช้มาตรการต่าง ๆ เพื่อทำลายวงจรการทุจริตดังกล่าว มาตรการดังกล่าวจึงถูกสร้างขึ้นเพื่อริบทรัพย์สินทั้งหมดที่ได้จากการกระทำความผิด ไม่ว่าจะทรัพย์สินเหล่านั้นจะถูกปกปิดแปรเปลี่ยนสภาพ แปรรูปเป็นทรัพย์สินใหม่

กลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีได้นำกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่ง (Civil Forfeiture) มาใช้บังคับเพื่อทำลายเศรษฐกิจของอาชญากรซึ่งได้มาจากการกระทำความผิดอาญา โดยได้รับอิทธิพลมาจากศาสนาคริสต์ เรื่องการริบทรัพย์สินให้กับพระผู้เป็นเจ้า ดังปรากฏในคัมภีร์ไบเบิลว่า “ถ้าวัวทำร้ายผู้ใดถึงตาย วัวนั้นจะถูกขว้างปาด้วยก้อนหินและห้ามบริโภคเนื้อวัว

³⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง,” วารสารกฎหมาย, ปีที่ 17, ฉบับที่ 3, น. 124 (กันยายน 2546).

แต่เจ้าของวัวไม่ต้องรับโทษ” จะเห็นว่าเมื่อวัวทำความเสียหายแก่ผู้อื่น เจ้าของวัวจะสูญเสียสิทธิในทรัพย์สิน โดยไม่พิจารณาความบริสุทธิ์หรือความผิดของเจ้าของวัวจึงเกิดหลัก Deodand³⁵ ที่ว่าทรัพย์สินใดไม่ว่าเป็นสิ่งที่มีชีวิตและไม่มีชีวิต หากเป็นเหตุอันก่อให้เกิดความตายหรืออันตรายต่อมนุษย์แล้ว จำเป็นต้องริบทรัพย์สินนั้นมาเป็นของรัฐ ซึ่งมีพื้นฐานสมมุติฐานทางกฎหมายว่า เครื่องมือหรือเครื่องใช้ที่ทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายถือว่าเป็นทรัพย์สินที่ใช้ในการกระทำความผิด และอาจใช้ทำร้ายผู้อื่นต่อไปจะต้องถูกริบเพราะผิดกฎหมายโดยตัวทรัพย์สินนั่นเอง จะไม่พิจารณาความผิดหรือความบริสุทธิ์ของเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นที่มาของแนวคิดการริบทรัพย์สินในประเทศอังกฤษ สมัยกลาง เพื่อยุติการทะเลาะวิวาท โดยริบทรัพย์สินที่เป็นต้นเหตุแห่งความตายให้กับญาติพี่น้องของผู้ตาย เพราะเชื่อว่าจะทำให้ผู้ตายนอนตายตาหลับ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการแก้แค้นทดแทน (Retribution) จากแนวคิดดังกล่าวกระบวนการริบทรัพย์สินของประเทศอังกฤษ จึงแบ่งเป็น 2 ประเภท คือ

ก. กระบวนการพิจารณาคดีต่อทรัพย์สิน (In Rem) Black’s Law Dictionary ได้ให้คำนิยามคำว่า “In Rem” ไว้ว่า “[Latina against thing] Involving or determining the status of a thing, and therefore the right of persons generally with respect to that thing” ซึ่งหมายถึง กระบวนการที่ดำเนินการโดยตรงต่อทรัพย์สิน และมีผลต่อกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งอยู่ในเขตอำนาจของศาล โดยไม่พิจารณาความผิดต่อเจ้าของทรัพย์สิน จึงไม่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความผิดทางอาญาต่อเจ้าของทรัพย์สิน คำพิพากษาในกระบวนการนี้มีผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินเท่านั้น ไม่สามารถลงโทษผู้กระทำความผิดหรือลงโทษผู้ใดได้และคำพิพากษามีผลผูกพันบุคคลภายนอก รวมทั้งผู้ที่อ้างว่ามีสิทธิ แม้จะไม่ทราบทรัพย์สินของตนถูกฟ้องเพื่อริบด้วย ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคือ ศาลซึ่งทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตอำนาจศาล

ข. กระบวนการพิจารณาคดีต่อบุคคล (In Personam) Black’s Law Dictionary ได้ให้คำนิยามคำว่า “In Personam” ไว้ว่า “[Latina against person] 1. Involving or determining the personal right and obligation of the parties 2. brought against a person rather than property” เป็นการริบทรัพย์สินทางกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเป็นการริบทรัพย์สินต่อผู้ประกอบอาชญากรรมร้ายแรง และทรยศต่อชาติ มีวัตถุประสงค์เพื่อการลงโทษบุคคล โดยต้องพิจารณาว่าบุคคลผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามฟ้องจริงหรือไม่ และเมื่อโจทก์พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าบุคคลนั้นกระทำความผิดจริง ศาลจึงจะมีคำพิพากษาลงโทษบุคคลนั้น โดยไม่พิจารณาว่าทรัพย์สินมีความผิดหรือไม่ กระบวนการริบ

³⁵ วีระพงษ์ บุญโญภาส, รายงานวิจัยเรื่องการพัฒนากฎหมายป้องกันและปราบปรามองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ (ระยะที่ 2), (กรุงเทพมหานคร : สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด, 2548), น. 179.

ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินคดีอาญา ซึ่งเป็นกระบวนการพิจารณาที่มุ่งตัวบุคคล ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบของบุคคลนั้น ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี คือ ศาลที่มีอำนาจเหนือบุคคล คำพิพากษาย่อมมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความซึ่งปรากฏตัวต่อหน้าศาลเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันบุคคลทั่วไป

สหรัฐอเมริกา ได้นำหลัก Deodand มาเป็นพื้นฐานความคิดกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่ง โดยในปี ค.ศ. 1970 รัฐสภาได้ออกกฎหมายกำหนดริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งไว้ในกฎหมายการเดินเรือและศุลกากรสำหรับเรือ (Maritime and Custom Laws) เพื่อริบทรัพย์สินที่ต้องห้ามหรือเรือที่ลำเลียงสินค้าต้องห้าม เนื่องจากการดำเนินคดีกับเรือที่ลำเลียงสินค้าต้องห้ามจนศาลได้มีคำพิพากษาแก่ลูกเรือ แต่ศาลสหรัฐอเมริกาไม่มีอำนาจในการดำเนินคดีกับเจ้าของเรือ หรือดำเนินการริบเรือดังกล่าวได้ เพราะไม่ได้เข้ามาอยู่ในเขตอำนาจศาลสหรัฐอเมริกา เรือดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการกระทำความผิดอีก สหรัฐอเมริกาจึงนำกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งมาแก้ปัญหาดังกล่าว³⁶

ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้พัฒนานำกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งมาใช้เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญา เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ความผิดเกี่ยวกับการได้ทรัพย์สินมาโดยการทุจริต

การแบ่งแยกระหว่างการริบทรัพย์สินทางอาญา (Criminal Forfeiture) กับ การริบทรัพย์สินโดยปราศจากการพิสูจน์ความผิดทางอาญา (Non-Conviction Based Forfeiture – NCB Forfeiture) โดยทั่วไป การริบทรัพย์สินเพื่อเรียกคืนประโยชน์และเครื่องมือในการกระทำความผิดประกอบไปด้วย 2 ลักษณะ ได้แก่ การริบทรัพย์สินทางอาญา และการริบทรัพย์สินโดยปราศจากการพิสูจน์ความผิดทางอาญา การริบทรัพย์สินทั้งสองกรณีวัตถุประสงค์เหมือนกัน กล่าวคือ

ก. บุคคลผู้ที่ดำเนินกิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่พึงที่จะรับประโยชน์ หรือผลกำไรใด ๆ จากการความผิดเหล่านั้น ผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่ได้รับจะต้องถูกริบและใช้ในการเยียวยาเหยื่อหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นไม่ว่าจะเป็นรัฐ หรือปัจเจกบุคคล

ข. กิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหลายจะต้องถูกยับยั้ง การกำจัดผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากความผิดจะลดแรงจูงใจที่บุคคลจะกระทำความผิดตั้งแต่ก่อนที่จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ส่วนการริบเครื่องมือที่ใช้ในการกระทำความผิดก็เป็นการสร้างความเชื่อมั่นว่า เครื่องมือ

³⁶ พรพิมล โสจิรัตน์, “การริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางแพ่งตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์เปรียบเทียบกับกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น.10-14.

พวกนี้จะไม่ได้อาศัยเพื่อวัตถุประสงค์ในการทำความผิดต่อไปในอนาคตซึ่งเช่นเดียวกับเป็นการยับยั้งการทำความผิด (ซึ่งอาจเกิดขึ้นในอนาคต)

ลักษณะการริบทรัพย์สินด้วยกระบวนการทางแพ่ง (Civil Forfeiture)

1. การริบทรัพย์สินทางแพ่งเป็นการกระทำที่มุ่งตรงต่อทรัพย์สิน (In Rem) และเป็นคนละส่วนกับการดำเนินคดีอาญาต่อตัวบุคคล (In Personam) ประเด็นในการพิจารณาคดี คือ ทรัพย์สิน ซึ่งต้องมีการดำเนินการฟ้องโดยตรงต่อทรัพย์สิน

2. การตายของจำเลยมิได้ทำให้กระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งสิ้นสุดเหมือนเช่นคดีอาญา เพราะการริบทรัพย์สินตามมาตรการทางแพ่งนี้ แม้จำเลยจะตายระหว่างการดำเนินคดีริบทรัพย์สินทางอาญา ก็สามารถดำเนินคดีริบทรัพย์สินผู้ตายในคดีแพ่งได้ เพราะการริบทรัพย์สินในทางแพ่งไม่คำนึงว่าเจ้าของทรัพย์สินจะถูกศาลตัดสินว่าได้ทำความผิดจริงหรือไม่แต่ประการใด จึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาทางอาญาก็สามารถริบทรัพย์สินจำเลยที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดได้เหมือนเช่นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิดอื่นๆ ทรัพย์สินที่ถูกริบอาจเป็นของผู้กระทำผิด หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้อง โดยไม่ต้องอ้างอิงความผิดทางอาญาเพื่อเป็นเงื่อนไขในการริบทรัพย์สิน และการริบทรัพย์สินทางแพ่งสามารถดำเนินคดีควบคู่ไปกับการดำเนินคดีอาญา โดยจำเลยไม่มีสิทธิอ้างว่าถูกเจ้าหน้าที่ดำเนินการฟ้องริบทรัพย์สินทางอาญาแทนมาตรการริบทรัพย์สินในเบื้องต้นแล้ว จึงไม่สามารถดำเนินการริบทรัพย์สินทางแพ่งของจำเลยได้อีก

3. การฟ้องคดีจะต้องฟ้องยังศาลที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ ซึ่งถือเป็นเขตอำนาจศาล เป็นการฟ้องที่ทรัพย์สินนั้นเป็นจำเลยแห่งคดีโดยตรง จึงไม่ต้องคำนึงว่าจะได้ผู้ทำความผิด หรือมีผู้ทำความผิดในคดีนี้มาด้วยหรือไม่ ทรัพย์สินที่ถูกริบอาจเป็นของผู้กระทำผิดเอง หรือของผู้อื่นซึ่งเกี่ยวข้อง

4. กระบวนการริบทรัพย์สินเริ่มเมื่อมีเหตุอันควรสงสัย (Probable Cause) ว่าเป็นทรัพย์สินที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐจะต้องแสดงให้เห็นถึงเหตุอันควรสงสัยว่าทรัพย์สินดังกล่าวเชื่อมโยงกับการทำความผิด และเจ้าของทรัพย์สินมีภาระต้องแสดงตัว และพิสูจน์ว่าทรัพย์สินของตนไม่สมควรต้องถูกริบ ซึ่งเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ (Reverse Burden of Prove) ให้แก่ผู้ต้องหาหรือจำเลย

5. การรับฟังพยานหลักฐานอาศัยการชั่งน้ำหนักพยาน (Preponderance of the evidence) เมื่อเจ้าหน้าที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นทรัพย์สินที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยรัฐมีภาระหน้าที่นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อแสดงเหตุสงสัยว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิด และเปิดโอกาสให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิโต้แย้ง ผู้อ้างสิทธิมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์เพื่อหักล้างพยานหลักฐานของทางรัฐ ทั้งสองฝ่ายมีภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ให้เห็นถึง

พยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือมากกว่า โดยศาลจะพิจารณาว่าพยานหลักฐานของฝ่ายใดมีความน่าเชื่อถือก่อนจะมีคำพิพากษา หรือคำสั่งให้ริบทรัพย์

6. ถือว่าตัวทรัพย์นั้นเป็นสิ่งผิดกฎหมาย คดีริบทรัพย์ทางแพ่งเป็นการฟ้องที่ตัวทรัพย์สินนั้นเป็นจำเลยในคดีโดยตรงเพราะถือว่าทรัพย์สินนั้นมีมลทินตั้งแต่มีการกระทำความผิด มีบทสันนิษฐานว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด หรือรับโอนมาโดยไม่สุจริต และการริบทรัพย์นี้ มีผลทำให้ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของรัฐมาตั้งแต่กระทำความผิด การโอนทรัพย์สินกันต่อๆ มาในภายหลังไม่เป็นเหตุอ้างให้หลุดพ้นการริบทรัพย์ และผู้รับโอนจะอ้างว่าตนรับโอนมาโดยสุจริตไม่ได้

7. ยึดหลักเกณฑ์ในคดีแพ่งเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการริบทรัพย์สิน กรณีการริบทรัพย์สินทางแพ่งตามหลักกฎหมายสหรัฐอเมริกา จะไม่นำหลักการทางอาญามาใช้บังคับกับกระบวนการริบทรัพย์ทางแพ่ง ซึ่งไม่ถือเป็นการลงโทษ เช่น หลัก Double Jeopardy หรือหลักการห้ามฟ้องซ้ำในคดีอาญาเดียวกันมาใช้ในการริบทรัพย์ทางแพ่ง หรือยกฟ้องคดีอาญา

8. เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการยึดทรัพย์ก่อนริบ (Administrative Forfeiture Proceeding) มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการป้องกันการโยกย้าย จำหน่ายจ่ายโอน หรือนำพาทรัพย์สินนั้นไปหลบซ่อนเสียก่อน ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจยึดทรัพย์สินที่อาจริบได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก่อนที่คดีจะเข้าสู่ขั้นตอนการริบทรัพย์

อย่างไรก็ตามกระบวนการริบทรัพย์ทางแพ่งยังไม่เป็นที่ยุติโดยปราศจากข้อโต้แย้งทางด้านทฤษฎี และปัญหาผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน ซึ่งจะได้กล่าวถึงในลำดับต่อไป

2.5.3 ผลกระทบต่อหลักสิทธิมนุษยชนจากกระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่ง

สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิที่มนุษย์ทุกคนไม่ว่าจะอยู่ในประเทศใด หรือภูมิภาคใดของโลก มีอยู่ฐานะที่เป็นมนุษย์ เป็นสิทธิทั้งในความเป็นส่วนบุคคลและสิทธิในการอยู่ร่วมกันในสังคม ตั้งแต่เกิดจนตาย ซึ่งสิทธิเหล่านี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคน ย่อมได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมเสมอภาคกัน ส่วนคำว่า “สิทธิ” มีนักนิติศาสตร์ได้ให้คำจำกัดความไว้หลายทัศนะ ดังนี้

ความเห็นของรองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย “สิทธิ คือ ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยื่นกับผู้อื่น เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้น สิทธิหรือกฎหมาย จึงเป็นเรื่องของการแบ่งขอบเขตหรือการแบ่งส่วนว่า ส่วนของใครเป็นของคนนั้น เมื่อเป็นส่วนของใครก็เป็นความชอบธรรมของคนนั้นที่จะใช้ส่วนนั้นภายในขอบเขตนั้น สิทธิจึงเป็นความชอบธรรมของคนนั้นที่จะใช้ส่วนภายในขอบเขตนั้น สิทธิจึงเป็นความชอบธรรม”³⁷

³⁷ สมยศ เชื้อไทย, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง ภาคทั่วไป : ความรู้กฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น. 97-99.

ความเห็นของ Pieroth และ Schlink เห็นว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) หมายถึง สิทธิของปัจเจกบุคคลอันเป็นสิทธิที่ผูกพันต่อรัฐ สิทธิขั้นพื้นฐานเหล่านี้เรียกร่องการให้เหตุผลจากรัฐในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว”

จากคำจำกัดความของคำว่า “สิทธิ” เห็นได้ว่า สิทธิก่อให้เกิดผลทางกฎหมาย 2 มิติ คือ บุคคลผู้ทรงสิทธิ ย่อมเป็นผู้ได้รับความคุ้มครองมิให้อำนาจใดมาล่วงละเมิดผลประโยชน์ที่กฎหมายรับรองแก่บุคคลนั้น และก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลโดยทั่วไปและรัฐที่ต้องเคารพงดเว้นการกระทำใดอันเป็นการฝ่าฝืนขอบเขตแห่งความรับรองตามกฎหมายดังกล่าว

ก. สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ได้ถูกรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 11³⁸

หลักการริบทรัพย์สินทางแพ่งเป็นการพรากทรัพย์สินไปจากบุคคล โดยไม่คำนึงถึงว่า บุคคลนั้นจะถูกพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญาหรือไม่ และไม่คำนึงว่าจะมีผลกระทบกระเทือนสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์หรือไม่

ดังนั้น ข้ออ้างอันเป็นพื้นฐานที่สนับสนุนว่ากระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่งไม่ใช่การดำเนินคดีอาญา เพราะเป็นการพิจารณาคดีที่ตัวทรัพย์สิน ไม่เกี่ยวกับตัวบุคคล และไม่ใช่อำนาจลงโทษ แต่เป็นเพียงวิธีการป้องกันนั้น ก็ไม่สามารถกล่าวอ้างนำมาหักล้างสิทธิมนุษยชนที่มนุษย์ ทุกคนพึงได้รับความคุ้มครองและสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ได้ ถึงแม้ว่าคำพิพากษาส่วนมากของต่างประเทศจะมีคำตัดสินว่ากระบวนการริบทรัพย์สินทางแพ่ง ไม่ขัดกับหลักกฎหมายดังกล่าว แต่ก็ไม่สามารถอธิบายหักล้างสภาพโดยธรรมชาติของการริบทรัพย์สินได้ เพราะการริบทรัพย์สินของบุคคลย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันสังคม และลงโทษไปในขณะเดียวกัน เมื่อการริบทรัพย์สินของบุคคลเป็นการลงโทษบุคคลแล้ว รัฐก็ไม่สามารถที่บังคับโทษริบทรัพย์สินแก่บุคคลนั้น โดยที่เขาไม่ได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญา เพราะบุคคลนั้นย่อมต้องถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเขาเป็นผู้บริสุทธิ์ มิฉะนั้น ผลจะกลายเป็นว่ารัฐปฏิบัติต่อผู้ที่ไม่ได้รับการ

³⁸ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 11

“(1) บุคคลที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญา มีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ จนกว่าจะมีการพิสูจน์ว่า มีความผิดตามกฎหมายในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย ณ ที่ซึ่งตนได้รับหลักประกันทั้งหมดที่จำเป็นในการต่อสู้คดี

(2) บุคคลใดจะถือว่ามีความผิดทางอาญาใดๆ ด้วยเหตุที่ตนได้กระทำ หรือละเว้นการกระทำใดๆ ซึ่งกฎหมายของประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ได้กระทำนั้นมิได้ถูกระบุให้เป็นความผิดทางอาญามีได้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นหนักกว่าโทษที่จะใช้อยู่ในขณะกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นไม่ได้”

พิสูจน์ว่ากระทำความผิดอาญาจนปราศจากข้อสงสัยตามสมควรด้วย มาตรฐานการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ต่ำกว่าบุคคลซึ่งศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาเสียอีก

ข. สิทธิในทรัพย์สินของบุคคล

ในประเทศตะวันตกเรื่องสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่เกิดจากการพัฒนาของสังคมยุคกลาง โดยชนชั้นกลางได้เรียกร้องต่อชนชั้นปกครองให้มีการประกันสิทธิ และเสรีภาพบางประการ และมีแนวความคิดของลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) โดยคิดว่ามนุษย์เกิดมามีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สามารถกำหนดชะตากรรมตัวเอง (Self-Determination) และมีแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของตน สิทธิ (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันจะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล โดยบุคคลในฐานะผู้ทรงสิทธิที่จะกระทำใด ๆ กับทรัพย์สินของตนเอง และชอบที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดจากรัฐหรือเอกชน และมีสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลอื่น ๆ ที่จะละเมิดสิทธิของตน³⁹ เสรีภาพ (Liberty) คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่น สามารถจะกำหนดตนเองได้ ไม่ถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตนเอง (Self-determination) ฉะนั้น จะเห็นได้ว่า สิทธิแตกต่างจากเสรีภาพ ซึ่งเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ความสัมพันธ์กับผู้อื่น และจนกระทั่งปัจจุบัน ในทางสากล สิทธิในทางทรัพย์สินของบุคคล ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 17⁴⁰

สิทธิในทรัพย์สินของปัจเจกบุคคล เป็นหลักกฎหมายที่มีมาตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมัน⁴¹ นักนิติศาสตร์โรมันให้ทัศนะแห่งสิทธิว่า บุคคลย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิในทรัพย์สิน (Sottettin Giruidici) ส่วนทรัพย์สินย่อมเป็นกรรมแห่งสิทธิ (Oggetti Giuridici) และทรัพย์สินแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ทรัพย์สิน (Iura in re) และสิทธิในการได้รับชำระหนี้ (Nomina หรือ Obligations) ทัศนะดังกล่าวได้เป็นพื้นฐานได้รับการปรุงแต่งจากนักนิติศาสตร์ในยุคต่าง ๆ ต่อมา แต่ทัศนะดังกล่าวก็ยังดำรงอยู่จนถึงปัจจุบัน คือ ทรัพย์สิน ในฐานะเป็นกรรมแห่งสิทธิและบุคคลเป็นประธานแห่งสิทธิ ที่มีสิทธิไม่ว่าจะเป็นทรัพย์สินและบุคคลสิทธิเหนือทรัพย์สินนั้น

³⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น.21.

⁴⁰ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 17

“(1) บุคคลมีสิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยลำพังตนเองและโดยการร่วมกับผู้อื่น

(2) การยึดทรัพย์สินของบุคคลใดไปเสียโดยพลการจะกระทำมิได้”

⁴¹ ประชุม โลมฉาย, หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2546), น.273.