

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการดำเนินการทางวินัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม

การดำเนินการขององค์กรของรัฐโดยทั่วไปย่อมจะต้องมีระบบการบริหารงานบุคคลภายในองค์กร เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีระเบียบ มีประสิทธิภาพ และเพื่อให้บรรลุจุดมุ่งหมายขององค์กรนั้น ๆ ระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้ควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ เรียกว่า “วินัย” (discipline) หากมีผู้ฝ่าฝืนไม่ประพฤติปฏิบัติตามวินัยที่ได้กำหนดไว้ องค์กรนั้นจะต้องดำเนินการและลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้กระทำการฝ่าฝืนข้อกำหนด

จากที่ได้ศึกษาการดำเนินการทางวินัยข้าราชการของต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า สำหรับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการของไทยไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) กับคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) จะมีบทบาทและลักษณะการใช้อำนาจที่คล้ายคลึงกันภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ดังที่ได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 พบว่าในต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี ซึ่งเป็นประเทศที่มีคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการเหมือนกับประเทศไทย ดังนั้น การใช้อำนาจการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการของประเทศไทยนั้น จึงมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

สำหรับความสำคัญในการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ขึ้นในประเทศไทย เกิดจากสภาพปัญหาหลายประการด้วยกัน อันเนื่องมาจากก่อนที่จะมีประกาศใช้ พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และร้องทุกข์ของข้าราชการพลเรือน จะมีลักษณะเป็นการกระจายอำนาจให้ อ.ก.พ. ของกระทรวง ทบวง กรม ต่าง ๆ เป็นผู้พิจารณา จึงเกิดปัญหาในเรื่องการความมีเอกภาพ ปัญหาเรื่องความล่าช้าในการพิจารณา และปัญหาเรื่องสถานะของ ก.พ. ที่มีได้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านในการพิจารณาอุทธรณ์และร้องทุกข์อย่างแท้จริง เพราะเมื่อ ก.พ. มีมติเป็นอย่างไรแล้วจะต้องรายงานต่อนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งการ ดังนั้น มติของ ก.พ.จึงมิได้ถือเป็นที่สุดจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงได้มีการปฏิรูประบบวินัย อุทธรณ์ และร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐขึ้น ซึ่งก่อให้เกิดการปรับเปลี่ยนบทบาทของ ก.พ. ใหม่ โดยให้ทำหน้าที่เพียงผู้จัดการงาน

บุคคลของฝ่ายบริหารเท่านั้น จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า กรณีสามารถเปรียบเทียบถึง บทบาทและลักษณะที่มีความคล้ายคลึงกันกับการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการแยกบทบาทของคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (C.S.C) และคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (MSPB) ออกจากกันเพื่อนเป็นการถ่วงดุล อำนาจซึ่งกันและกัน

แม้ในปัจจุบันพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จะพยายามแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับระบบวินัยข้าราชการที่เคยเกิดขึ้นในอดีต ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของปัญหาที่มาของคณะกรรมการ ด้านวินัย ปัญหาการขัดกันของบทบัญญัติกฎหมาย ปัญหามาตรฐานระหว่างองค์กรกลางที่วินิจฉัยโทษทางวินัยที่ต่างกัน ปัญหาความล่าช้าในกระบวนการทางวินัย เป็นต้น

สำหรับวิทยานิพนธ์ในบทที่ 4 อันเป็นบทวิเคราะห์ปัญหา ผู้เขียนได้ทำการศึกษา วิเคราะห์ถึงแนวทางการดำเนินการทางวินัยของไทยและของต่างประเทศ ซึ่งแต่ละส่วนนั้นก็ มีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจหลายประเด็น ซึ่งจะได้กล่าวถึงรายละเอียดในหัวข้อ 4.1 ปัญหา สถานะของคณะกรรมการตุลาการที่พิจารณาลงโทษทางวินัย 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับข้อกฎหมายที่ ให้อำนาจ ก.ต. ในการดำเนินการทางวินัยข้าราชการ แบ่งออกเป็นหัวข้อย่อย 4.2.1 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการลงโทษทางวินัยข้าราชการ 4.2.2 ปัญหาความล่าช้าในขั้นตอนการสอบสวน 4.2.3 การอุทธรณ์หรือร้องทุกข์ 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคำสั่งลงโทษทางวินัยต่อ ศาล มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาสถานะของคณะกรรมการตุลาการที่พิจารณาลงโทษทางวินัย

ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 กำหนดให้มีคณะกรรมการตุลาการ ศาลยุติธรรม (ก.ต.) ขึ้น โดยทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรม มี อำนาจพิจารณาบรรจุ แต่งตั้ง โยกย้าย เลื่อนชั้น เลื่อนตำแหน่ง และให้พ้นจากตำแหน่ง ตลอดจนดำเนินการทางวินัยและการลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ และตาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งและวรรคสองของมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 โดยกำหนดที่มาของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม

คณะหนึ่งประกอบด้วยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน 12 คน ซึ่งข้าราชการตุลาการในแต่ละชั้นศาล เว้นแต่ผู้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา เป็นผู้เลือกจากข้าราชการตุลาการในชั้นศาลของตนเอง กล่าวคือ ชั้นศาลฎีกาให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลฎีกาในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 6 คน ชั้นศาลอุทธรณ์ให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภายในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค จำนวน 4 คน และศาลชั้นต้นให้เลือกจากข้าราชการตุลาการที่ดำรงตำแหน่งในศาลชั้นต้นในตำแหน่งที่ไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาล จำนวน 2 คน และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจากการเลือกของวุฒิสภา จำนวน 2 คน และประธานศาลฎีกาซึ่งเป็นโดยตำแหน่ง รวมทั้งสิ้น 15 คน

เมื่อพิจารณาถึงที่มาของ ก.ต. แล้ว จะเห็นว่าที่มาของคณะกรรมการตุลาการนั้นเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ถูกเลือกมาเป็นตัวแทนในแต่ละชั้นศาล ซึ่งถือว่าเป็นคณะกรรมการที่ผู้พิพากษาส่วนใหญ่เห็นแล้วว่าเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์ในการปฏิบัติงาน และในอีกหน้าที่หนึ่งก็เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบทางด้านวินัย โดยทำหน้าที่พิจารณาให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ผู้เขียนเห็นว่าที่มาของของ ก.ต. มีลักษณะเป็นการควบคุมกันเองโดยคนในองค์กรเดียวกันแบบเบ็ดเสร็จ เพราะเป็นการเลือกผู้พิพากษาในแต่ละชั้นศาลเข้ามาเป็นตัวแทน เพื่อควบคุมดูแลงานด้านวินัยตลอดจนถึงการพิจารณาให้คุณให้โทษแก่ผู้พิพากษาด้วยกันเอง ในทางหลักการเห็นว่าการมีคณะกรรมการตุลาการในประเทศไทยนั้นมีความเหมาะสมอยู่แล้ว แต่ในทางข้อเท็จจริงการดำเนินการลงโทษผู้พิพากษาที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยนั้นต้องอาศัยความเชี่ยวชาญและความชำนาญในการรวบรวมพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อประกอบการวินิจฉัยว่าบุคคลนั้นสมควรได้รับโทษตามที่ได้มีการกล่าวหาหรือถูกร้องเรียนไว้หรือไม่ และประการสำคัญในการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการตุลาการซึ่งมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบจากองค์กรอื่นของรัฐได้ เช่นเดียวกับข้าราชการทั่วไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและไม่เป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงที่มาและอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สามารถวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของคณะกรรมการตุลาการในการพิจารณาลงโทษทางวินัยกับข้าราชการตุลาการของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศพอสรุปได้ว่าประเทศฝรั่งเศสศาลที่มีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับวินัยของผู้พิพากษานั้นมีการแบ่งข้าราชการตุลาการออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ข้าราชการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาและข้าราชการตุลาการ

ฝ่ายอัยการต่างก็มีสถานะเป็นเจ้าของหน้าที่ฝ่ายตุลาการเหมือนกัน ซึ่งจะแตกต่างกับรูปแบบของข้าราชการฝ่ายตุลาการและพนักงานอัยการในประเทศไทย เพราะการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้พิพากษาและอัยการของประเทศฝรั่งเศสจะเป็นไปในกระบวนการเดียวกัน คือ เริ่มจากต้องจบการศึกษาระดับปริญญาทางด้านกฎหมาย หลังจากนั้นจะเข้าสู่การสอบคัดเลือกเพื่อเข้าโรงเรียนเจ้าหน้าที่ฝ่ายตุลาการแห่งชาติ (Ecole Nationale de la Magistrature) โดยผู้ที่สำเร็จการศึกษาสามารถเลือกที่จะเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการก็ได้ และเมื่อเข้าทำงานเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการแล้ว 2 ปี ผู้นั้นก็สามรถที่จะสลับงานได้ถ้าหากมีความต้องการ¹ ด้วยเหตุนี้เอง รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 จึงได้บัญญัติให้คณะกรรมการตุลาการของประเทศฝรั่งเศสประกอบไปด้วย 2 องค์คณะ คือ องค์คณะที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับข้าราชการตุลาการฝ่ายผู้พิพากษาและองค์คณะที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับข้าราชการตุลาการฝ่ายอัยการ ดังนั้นคณะกรรมการตุลาการจึงเป็นองค์กรเพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดและลงโทษทางวินัยแก่ผู้พิพากษา ภายใต้หลักเกณฑ์วิธีพิจารณาความที่มีลักษณะคล้ายศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการรับฟังความทุกฝ่าย ซึ่งคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการนั้น ตามมาตรา 57 ของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้บัญญัติให้ต้องแสดงเหตุผลและถือว่าเป็นที่สุดจะอุทธรณ์ต่อไปไม่ได้

สำหรับในประเทศไทย จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าปัญหาสถานะของคณะกรรมการตุลาการในการพิจารณาลงโทษวินัยนั้น มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาในเรื่องการออกคำสั่งลงโทษทางวินัย ซึ่งเป็นเรื่องของการบริหารงานบุคคลที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งตามหลักกฎหมายปกครองต้องอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่เมื่อมีข้อยกเว้นตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่ไม่ให้การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาข้อพิพาททางวินัย ดังนั้น หากพิจารณาหลักกฎหมายที่ให้อำนาจบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิหรือเสรีภาพสามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวศาลยุติธรรมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษา และการบริหารงานบุคคล

¹ ธนวิธ โชติรัตน, “แนวทางการพัฒนาการวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลภาครัฐโดยคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและศาลปกครอง”, (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 73.

ของข้าราชการตุลาการ (ก.ต.) รัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติให้อำนาจไว้จึงควรเป็นเรื่องภายในของ ศาลยุติธรรมหากให้องค์กรอื่นเข้ามาตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว อาจเป็นการแทรกแซง การใช้อำนาจภายในองค์กรตุลาการจนทำให้ขาดความเป็นอิสระในการบริหารงานได้

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ปัญหาการกระทำของ ก.ต. ก่อนที่จะเข้าสู่ กระบวนการดำเนินการพิจารณาของ ก.ต. นั้น ควรจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการกระทำของ ก.ต. โดยหลักเป็นการกระทำทางปกครองที่เป็นขั้นตอนก่อนเข้าสู่กระบวนการดำเนินการของ ก.ต. ซึ่งควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง โดยผลที่ได้จากการศึกษาก็พบว่าในต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศญี่ปุ่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลีมีลักษณะการใช้อำนาจของ คณะกรรมการตุลาการและรูปแบบการบริหารงานบุคคลคล้ายคลึงกับประเทศไทย โดยประการ ที่สำคัญคือ การวินิจฉัยข้อพิพาทจากการกระทำของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองสูงสุด ของทั้งสองประเทศดังกล่าวได้มีคำวินิจฉัยยอมรับให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด แต่ ประเทศไทยกรณีตัวอย่างที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าไม่ให้เรื่องดังกล่าวอยู่ในอำนาจของศาล ปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ได้แก่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 181/2545 ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม ได้ทำบันทึกคืนสำนวนคดีต่ออธิบดีผู้พิพากษาศาล เนื่องจากมีการแทรกแซงการพิจารณาคดีเป็น เหตุให้อธิบดีดังกล่าวไม่พอใจและรายงานต่อกระทรวงยุติธรรมว่าผู้ฟ้องคดีเรียกรับสินบนจากผู้ต้องหาในคดี ต่อมาจึงมีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และส่งเรื่องให้ ก.ต. พิจารณา จนมีมติ ลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าขั้นตอนการสอบสวนและส่งเรื่องให้ ก.ต. พิจารณาจนมีมติลงโทษให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าขั้นตอนการสอบสวน ความผิดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษ แต่คณะอนุกรรมการตุลา การพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีเหตุต้องทบทวนคำสั่งจึงยกคำร้อง ผู้ฟ้องคดีจึงอุทธรณ์คำสั่งต่อ ก.ต. แต่ ก.ต. พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ฟ้องคดีจึงขอให้ศาลเพิก ถอนคำสั่งสอบสวนความผิดทางวินัยดังกล่าว

คำวินิจฉัย เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาล ยุติธรรม พ.ศ. 2543 เห็นว่าเป็นเรื่องการลงโทษทางวินัยซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของ ก.ต. และการ ดำเนินการสอบสวนและการพิจารณาโทษทางวินัยของ ก.ต. ในกรณีนี้เป็นการดำเนินการตาม

ขั้นตอนของกฎหมายแล้ว และแม้ลักษณะข้อพิพาทจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง แต่เป็นการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คดีจึงไม่อยู่ในอำนาจที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 587/2545 กรณีที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะข้าราชการตุลาการถูกร้องเรียนต่อประธานศาลฎีกาในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ให้ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยไม่ต้องสอบสวน เนื่องจากผู้ร้องเรียนซึ่งดำรงตำแหน่ง ก.ต. ถูกผู้ฟ้องคดีมีหนังสือขอให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและพนักงานสอบสวนดำเนินคดีฐานความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและกฎหมายเกี่ยวกับการฟอกเงิน ต่อมาผู้ฟ้องคดีจึงถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดวินัยร้ายแรง ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งตั้งคณะกรรมการฯ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ประธานศาลฎีกาทบทวนคำสั่งดังกล่าว แต่กลับถูกเพิกเฉย จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน

คำวินิจฉัยศาลพิจารณาทะลาการพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 แล้วเห็นว่า ในเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนกรณีเกี่ยวกับความผิดวินัยร้ายแรง ซึ่งเป็นขั้นตอนหนึ่งเพื่อนำไปสู่การพิจารณาของ ก.ต. ตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ จึงเป็นการขอให้ศาลปกครองก้าวล่วงไปตรวจสอบการดำเนินการเกี่ยวกับวินัยและการลงโทษข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมของ ก.ต. คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.15/2546 ผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมถูกรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2521 ตั้งคณะกรรมการสอบสวนความผิดทางวินัยร้ายแรง โดยอ้างว่าผู้ฟ้องคดีให้สัมภาษณ์หนังสือพิมพ์ว่าติดอธิบดีกรมบังคับคดีและอธิบดีรองอธิบดีกรมบังคับคดีสั่งการให้ผู้พิพากษาเรียกเก็บค่าธรรมเนียมเจ้าพนักงานบังคับคดีในเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้จากการบังคับคดี ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนดังกล่าว

คำวินิจฉัยศาลพิจารณาทบัตินิติของกฎหมายตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 แล้ว เห็นว่า การตรวจสอบและการบริหารงานบุคคลของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมนั้น ซึ่งเป็นการใช้อำนาจทางปกครองเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ หรือ ก.ต. เพื่อเป็นหลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา แม้การตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะเป็นการใช้อำนาจของรัฐมนตรีฯ แต่การดำเนินการตามขั้นตอนก็ต้องส่งเรื่องให้ ก.ต. พิจารณาความผิดและกำหนดโทษและลงโทษซึ่งเป็นการเชื่อมโยงเป็นกระบวนการเดียวกันไม่อาจแยกจากกันได้ ซึ่งบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ กำหนดให้การดำเนินการดังกล่าวเป็นการดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ แม้จะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองก็ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง จึงพิพากษายกคำฟ้อง

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับข้อกฎหมายที่ให้อำนาจ ก.ต. ในการดำเนินการทางวินัย

4.2.1 ปัญหาการใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ

การมีคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงต้องมีการใช้ดุลพินิจตั้งแต่ในส่วนขอเท็จจริง ข้อกฎหมาย และการพิจารณาปรับบทข้อกฎหมายกับขอเท็จจริงเพื่อกำหนดข้อยุติ การใช้ดุลพินิจดังกล่าวมิได้แบ่งแยกกันเป็นเอกเทศ แต่จะเป็นการใช้ดุลพินิจพิจารณาโดยคำนึงถึงความสำคัญในรายละเอียดอย่างรอบคอบ และมีเหตุผล นอกจากนี้ในความเป็นจริงการมีคำสั่งลงโทษทางวินัยยังอาจจะมีสาเหตุในจิตใจของผู้บังคับบัญชาในฐานะผู้ออกคำสั่ง ซึ่งเป็นสาเหตุส่วนตัวและเป็นสิ่งชักนำให้เกิดการออกคำสั่งนั้น ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจจึงต้องมีในทุกขั้นตอน ด้วยเหตุผลนี้ผู้สั่งลงโทษทางวินัยเองก็ต้องตรวจสอบความถูกต้องก่อนออกคำสั่งลงโทษ ซึ่งในกรณีนี้ คือความชอบด้วยกฎหมายของทั้งข้อกฎหมายและข้อเท็จจริง ก่นที่จะออกคำสั่งลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการผู้ใดผู้หนึ่งในเรื่องที่ถูกกล่าวหา นั้น กล่าวคือ ในส่วนที่เป็นข้อกฎหมาย ต้องแน่ชัดว่ากฎหมายซึ่งรวมทั้งกฎและระเบียบ ที่อ้างนั้นมีสภาพใช้บังคับอยู่ มิใช่เป็นกฎหมายที่ถูกยกเลิกไปแล้วหรือเป็นกฎหมายที่ยังไม่มีการประกาศใช้ หรือมิใช่เป็นกฎหมายที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงไปแล้ว และยังคงต้องตีความเพื่อใช้กฎหมายนั้นอย่างถูกต้องด้วย และในส่วนที่เป็นข้อเท็จจริงก็ต้อง

ตรวจสอบว่าการรับฟังข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นได้รับฟังมาได้ปฏิบัติตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดอย่างครบถ้วนและสมบูรณ์

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงเป็นอำนาจที่ฝ่ายปกครองสามารถตัดสินใจเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้กระทำหรือไม่กระทำได้เพื่อการดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งอำนาจนี้จะเกิดขึ้นเมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติบังคับให้กระทำการอย่างใดโดยเฉพาะเจาะจงแต่ให้ออกสเลือกว่าจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด²

ในเรื่องการใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการ ถือเป็นคำสั่งทบทวนขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองที่จะต้องใช้อำนาจภายในขอบเขตของกฎหมาย ดังนั้น การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรศาล จึงเป็นกลไกสำคัญที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ ทั้งยังเป็นการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายปกครอง และให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษได้รับการคุ้มครองในกรณีคำสั่งกระทบสิทธิของข้าราชการในฐานะส่วนตัว โดยข้าราชการผู้ได้รับความเสียหายจากผลของคำสั่งนั้นอาจฟ้องต่อศาลได้ และศาลย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบว่าคำสั่งดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือขอบเขตที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าการใช้ดุลพินิจในการสั่งลงโทษข้าราชการนั้นมีขั้นตอนที่จะต้องพิจารณาจากการกระทำผิดของข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาได้ 2 กรณี คือ

1. การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 บัญญัติไว้ในมาตรา 80 ว่า “ในกรณีที่ข้าราชการตุลาการกระทำผิดวินัยไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะต้องไล่ออก ปลดออก หรือให้ออก ประธานศาลฎีกาจะสั่งลงโทษงดเลื่อนตำแหน่ง หรืองดเลื่อนเงินเดือนเป็นเวลาไม่เกินสามปี หรือถ้ามีเหตุสมควรปรานีจะสั่งลงโทษเพียงภาคทัณฑ์และจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ด้วยก็ได้ ทั้งนี้ ต้องให้คณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลตามมาตรา 47 วรรคสอง พิจารณากลับกรองเสนอความเห็นและได้รับความเห็นชอบจาก ก.ต. ก่อน” กล่าวคือ ประธานศาลฎีกาจะดำเนินการตามวิธีการที่เห็นสมควรซึ่งไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และ

² L. Michoud อังโน ประสาท พงษ์สุวรรณ และสุรีย์ เผ่าสุทธาวร, “ขอบเขตใหม่ในการควบคุมดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 15, ตอน 1, น. 79, (เมษายน 2539).

วิธีการในการพิจารณากรณีความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงไว้อย่างชัดเจน หากปรากฏว่ากรณีมีมูลในความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงกฎหมายก็ได้เปิดช่องไว้ให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจสั่งลงโทษตามควรแก่กรณี แต่ทั้งนี้จะต้องให้โอกาสแก่ผู้ถูกกล่าวหามีโอกาสนำพยานหลักฐานมาสู้บแก้ในข้อที่เป็นผลร้ายต่อตนได้อย่างเต็มที่ เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ ตามหลักความยุติธรรม หลักความได้สัดส่วนและหลักความรวดเร็ว

การดำเนินการทางวินัยความผิดอย่างไม่ร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการกับข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการพลเรือนก็ตาม แม้จะไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการทางวินัยไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายว่าจะต้องใช้วิธีการดำเนินการอย่างไร และการพิจารณาลงโทษกรณีความผิดอย่างไม่ร้ายแรงนั้นผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งลงโทษภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน หรือลดขั้นเงินเดือนได้ตามควรแก่กรณีโดยไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นทำการสอบสวนก็ได้ ดังที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้วางแนวทางไว้ในลักษณะเดียวกัน กล่าวคือ กำหนดให้เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาที่จะพิจารณาและลงโทษ หากพิจารณาแล้วก็จะเห็นว่าเรื่องการให้อำนาจผู้บังคับบัญชาในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว นั้น ซึ่งอาจเกิดทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือ “ข้อดี” ของการให้อำนาจแก่ผู้บังคับบัญชาในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่จะออกคำสั่งลงโทษทางวินัยอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้คณะกรรมการดำเนินการให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพื่อให้การดำเนินการทางวินัยเป็นไปด้วยความรวดเร็ว ส่วน “ข้อเสีย” นั้น การที่พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวข้างต้นให้อำนาจแก่ผู้บังคับบัญชามากเกินไปอาจก่อให้เกิดการพิจารณาและการลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาอย่างไม่เป็นธรรมได้ แม้จะเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรงก็ตาม เนื่องจากผู้บังคับบัญช่าย่อมมีหน้าที่ควบคุมดูแลความประพฤติและการปฏิบัติงานให้อยู่ในระเบียบหรือข้อบังคับขององค์กรของตน ย่อมมีความเป็นไปได้ที่การทำงานหรือการควบคุมดูแลผู้ใต้บังคับบัญชาอาจมีการกระทบกระทั่งกันได้ หรืออาจไม่ชอบพอกันเป็นการส่วนตัวระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาขึ้นได้ ประกอบกับการใช้ดุลพินิจในการตัดสินใจของผู้บังคับบัญชาแต่ละคนก็มีมาตรฐานที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งทำให้ผู้บังคับบัญชาที่เป็นผู้พิจารณาและลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาอาจเกิดจากอคติและความลำเอียงขึ้นได้ อันอาจส่งผลทำให้การพิจารณาและลงโทษเป็นไปโดยไม่ถูกต้องและเป็นธรรม

2. การดำเนินการทางวินัยกรณีความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

กรณีความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 77 มาตรา 78 และมาตรา 79 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ดังต่อไปนี้

(1) ทุจริตต่อหน้าที่ราชการ

(2) กระทำความผิดอาญาและต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(3) ไม่ถือและปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนและประเพณีปฏิบัติของทางราชการและจริยธรรมของข้าราชการตุลาการ และการไม่ถือและปฏิบัติตามนั้นเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(4) ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการอันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง หรือ

(5) ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

ในกรณีความผิดวินัยอย่างร้ายแรงนี้ การลงโทษทางวินัยจะเป็นในลักษณะการไล่ออก ปลดออกและให้ออก โดยผู้มีอำนาจพิจารณาสั่งลงโทษ คือ ประธานศาลฎีกา

สำหรับความผิดวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการพลเรือนสามัญได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 85 ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ดังต่อไปนี้

(1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต

(2) ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(3) ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

(4) กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

(5) ดุหมิ่น เหยียดหยาม กดขี่ ช่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อราชการอย่างร้ายแรง

(6) กระทบความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(7) ละเว้นการกระทำหรือการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(8) ละเว้นการกระทำหรือการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 80 วรรคสองและมาตรา 82 (11) หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (10) ที่มีกฎ ก.พ. กำหนดให้เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง

สำหรับการดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงแก่ผู้ถูกกล่าวหาอาจเกิดขึ้นได้ 2 ทาง คือ ทางแรกเป็นการดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงที่เกิดจากผู้บังคับบัญชาดำเนินการเอง เป็นกรณีที่มีการร้องเรียนกล่าวหาเมื่อผู้บังคับบัญชาได้มีการสืบสวนข้อเท็จจริง หากผลการสืบสวนผู้บังคับบัญชาเห็นว่ากรณีมีมูลเป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ผู้บังคับบัญชาจะต้องดำเนินการทางวินัยกับข้าราชการผู้นั้นทันที โดยแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงและผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง จะต้องเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งตามมาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 สำหรับการดำเนินการวินัยอย่างร้ายแรงนั้น การสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงจะต้องดำเนินการสอบสวนตามกฎหมาย ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณา ทางที่สอง คือ การดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงที่เกิดจากการชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ หน้าที่ตามมาตรา 19 (3) ที่บัญญัติว่าไต่สวนและวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ร่ำรวยผิดปกติ กระทบความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่กระทบความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ซึ่งสำหรับกรณีดังกล่าวนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกลงโทษมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ. ได้ภายในสามสิบวัน หากต่อมาทราบผลการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว แต่ยังไม่พอใจก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ สำหรับในกรณีดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาใช้กับผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นข้าราชการตุลาการได้³

³ มาตรา 92 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาความผิดร้ายแรงไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการวินัยกรณีความผิดร้ายแรงของข้าราชการตุลาการที่ให้ลงโทษในชั้นการปลดออกนั้น ประธานศาลฎีกาจะสั่งลงโทษได้ เมื่อข้าราชการตุลาการผู้ใดกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงแต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะถูกไล่ออกจากราชการ หรือถึงขั้นที่ต้องไล่ออกแต่มีเหตุอันควรลดหย่อน หรือการให้ออกนั้น ประธานศาลฎีกาจะสั่งลงโทษได้ เมื่อข้าราชการตุลาการผู้ใดกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงแต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะต้องถูกปลดออก หรือถึงขั้นที่ต้องปลดออก แต่มีเหตุอันควรลดหย่อน ตามมาตรา 78 และมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีความผิดวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการพลเรือนที่ให้อำนาจผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 97 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

แต่อย่างไรก็ตามแนวทางดังกล่าวก็มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ คือ “ข้อดี” เป็นการกำหนดลักษณะความผิดทางวินัยร้ายแรงไว้อย่างชัดเจนและง่ายต่อการใช้ดุลพินิจในการลงโทษสำหรับผู้กระทำผิด เมื่อได้ผ่านกระบวนการพิจารณาทั้งหลายตามขั้นตอนของกฎหมายแล้ว

“ข้อเสีย” หากผู้บังคับบัญชาที่จะสั่งลงโทษในความผิดทางวินัยอย่างร้ายแรง แต่มีเหตุอันควรลดหย่อน จากไล่ออกเป็นปลดออก หรือจากปลดออกเป็นให้ออก โดยอาศัยเหตุอันควรลดหย่อน กล่าวคือ ในทางปฏิบัติผู้บังคับบัญชามักให้ความเมตตาสงสาร เห็นอกเห็นใจผู้ใต้บังคับบัญชา หรือเป็นระบบอุปถัมภ์ที่อาศัยความสนิทสนมคุ้นเคยจากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งอาจทำให้ผู้บังคับบัญชาใช้ดุลพินิจตัดสินลงโทษผู้ใต้บังคับบัญชาไปในทางโน้มเอียงหรือไม่ให้ความเป็นธรรม ทำให้การพิจารณาลงโทษก่อให้เกิดระบบสองมาตรฐานขึ้น

4.2.2 ปัญหาความล่าช้าในขั้นตอนการสอบสวน

เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนของกระบวนการสอบสวนทางวินัยจนถึงการพิจารณาลงโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นข้าราชการตุลาการหรือข้าราชการพลเรือน แม้ในทางปฏิบัติจะอ้างถึงการให้หลักประกันและความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกกล่าวหา แต่ในอีกด้านหนึ่งอาจถือได้ว่าเป็นปัญหาและอุปสรรคที่ทำให้เกิดความล่าช้าในการดำเนินการทางวินัยค่อนข้างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องขั้นตอนของกระบวนการสอบสวนทางวินัยในด้านต่าง ๆ เช่น การ

แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน การประชุมคณะกรรมการเพื่อวางแนวทางในการสอบสวน การแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ การรวบรวมพยานหลักฐานและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบก่อนที่จะดำเนินการออกมติหรือคำสั่งลงโทษใดๆ ซึ่งกระบวนการสอบสวนต่าง ๆ เหล่านี้ กฎหมายได้ขยายระยะเวลาในการสอบสวนออกไปได้อีกถึง 180 วัน เช่น ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติไว้ใน

มาตรา 70 ในการสอบสวนตามมาตรา 69 คณะกรรมการสอบสวนต้องแจ้งข้อกล่าวหา และสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา ให้ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยทราบ โดยไม่ต้องระบุชื่อพยานก็ได้ และต้องให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงและนำพยานหลักฐานเข้าสืบแก้ข้อกล่าวหาได้ด้วย

หลักเกณฑ์การสอบสวนและวิธีการสอบสวนให้เป็นไปตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนด โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันได้รับแต่งตั้ง เว้นแต่กรณีมีเหตุจำเป็นที่ทำให้การสอบสวนไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลานั้นก็ให้ขยายระยะเวลาออกไปอีกได้ไม่เกินสองครั้งโดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกินสิบห้าวัน และต้องแจ้งให้ประธานศาลฎีกาทราบพร้อมทั้งแสดงเหตุที่ต้องขยายเวลาไว้ด้วยทุกครั้ง แต่ถ้าขยายระยะเวลาแล้วการสอบสวนยังไม่แล้วเสร็จ คณะกรรมการสอบสวนจะขยายเวลาต่อไปอีกได้ ต่อเมื่อได้รับอนุมัติจากประธานศาลฎีกา ตามระเบียบที่ ก.ต. กำหนด ทั้งนี้ ต้องไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

เมื่อคณะกรรมการสอบสวนได้ทำการสอบสวนเสร็จแล้ว ให้จัดทำรายงานความเห็นเสนอต่อประธานศาลฎีกา และให้ส่งรายงานดังกล่าวต่อเลขาธิการ ก.ต. เพื่อดำเนินการเสนอต่อคณะอนุกรรมการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลตามมาตรา 47 วรรคสอง พิจารณากลับกรองเสนอ ความเห็นภายในระยะเวลาที่ ก.ต. กำหนด

และตามกฎหมาย ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ว่าด้วยการสอบสวนพิจารณาบัญญัติไว้ใน ข้อ 12 ให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการสอบสวนภายในกำหนดระยะเวลา ได้กำหนดขั้นตอนไว้ค่อนข้างมากโดยเริ่มตั้งแต่การประชุมคณะกรรมการสอบเพื่อวางแนวทางการสอบสวน การแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ การรวบรวมพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้อง การแจ้งข้อกล่าวหาที่ปรากฏพยานหลักฐานและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหา

ทราบก่อนที่จะดำเนินการออกมติหรือคำสั่งลงโทษใดๆ ซึ่งกระบวนการสอบสวนต่าง ๆ เหล่านี้ กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาไว้ถึง 180 วัน และยังสามารถขยายระยะเวลาออกไปได้อีกเป็น 270 วัน การสอบสวนที่พิจารณานี้จึงเป็นการสอบสวนที่ใช้เวลานานมาก จึงทำให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการดำเนินการทางวินัยอันจะส่งผลกระทบต่อขวัญและกำลังใจของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ร้องเรียนในที่สุด

4.2.3 การอุทธรณ์หรือร้องทุกข์

การอุทธรณ์นั้นเป็นกรณีที่ผู้ถูกลงโทษทางวินัยร้องขอให้ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ได้ยกเรื่องขึ้นพิจารณาใหม่ให้เป็นไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ร้อง ซึ่งการอุทธรณ์เป็นกระบวนการในการบริหารงานบุคคลในระบบคุณธรรมที่สำคัญประการหนึ่งเพื่อเป็นหลักประกันความเป็นธรรมและความมั่นคงในอาชีพแก่ข้าราชการ ทำให้ผู้บังคับบัญชาเพิ่มความระมัดระวังในการพิจารณาดำเนินการสั่งลงโทษ

ส่วนการร้องทุกข์นั้นเป็นกรณีที่ข้าราชการร้องเรียนต่อผู้บังคับบัญชาว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อตนโดยไม่ถูกต้อง หรือไม่ปฏิบัติต่อตนให้ถูกต้องตามกฎหมาย หรือมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาต่อตน และให้หมายรวมถึงกรณีถูกสั่งให้ออกจากราชการด้วย การร้องทุกข์เป็นวิธีการหนึ่งที่เปิดโอกาสให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาได้ระบายความคับข้องใจในการปฏิบัติของผู้บังคับบัญชาเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลที่ผู้บังคับบัญชาปฏิบัติต่อตนว่าเป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง เพื่อผู้บังคับบัญชาจะได้มีโอกาสทบทวนการปฏิบัตินั้น และแก้ไขในสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หรือชี้แจงเหตุผลความถูกต้องที่ได้ปฏิบัติไปให้ผู้ร้องทุกข์ทราบและเข้าใจ หรือพิจารณาให้ความเป็นธรรม นอกจากนี้ยังเป็นการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของผู้บังคับบัญชาให้เป็นไปโดยถูกต้องและเป็นธรรมด้วย

ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 114 มาตรา 115 มาตรา 116 มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 119 มาตรา 120 และมาตรา 121 บัญญัติไว้สรุปแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี ดังนี้

1. กรณีถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) ซึ่งมีใช้การลงโทษทางวินัย อันได้แก่ สาเหตุจากการเจ็บป่วยไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนได้สม่ำเสมอ ขาดคุณสมบัติทั่วไปตามมาตรา 36 ก. (1) หรือ (3) หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 ข. (1) (3) (6) หรือ (7) ไม่สามารถปฏิบัติราชการให้มีประสิทธิภาพและเกิด

ประสิทธิผลในระดับอันเป็นที่น่าพอใจของทางราชการ หย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการบกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติดนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ ถูกสอบสวนว่ากระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ตามมาตรา 93 และผลการสอบสวนไม่ได้ความแน่ชัดพอพึงลงโทษตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แต่มีมลทินหรือมัวหมองในกรณีที่ถูกสอบสวน และเมื่อต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษหรือต้องรับโทษจำคุกโดยคำสั่งของศาล

2. กรณีเห็นว่าผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจหน้าที่ปฏิบัติต่อตนไม่ถูกต้องและเป็นกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ตามหมวด 9 การอุทธรณ์ได้ ตามมาตรา 122 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

ส่วนการอุทธรณ์ของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ถูกลงโทษทางวินัยตามหมวดนี้ชอบที่จะขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยได้หากปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่า ผู้ถูกลงโทษทางวินัยไม่ได้กระทำความผิด โดยยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลตามมาตรา 47 วรรคสอง ภายในสองปี นับแต่วันที่ทราบคำสั่งดังกล่าว

ให้คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาล พิจารณาคำร้องที่ยื่นตามวรรคหนึ่งให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำร้อง หากเห็นว่าคำร้องไม่มีเหตุผลที่ ก.ต. จะพิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษ ให้ยุติเรื่องแล้วแจ้งให้ผู้ถูกลงโทษทราบเพื่ออุทธรณ์ต่อ ก.ต. ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.ต. กำหนด หากเห็นว่าคำร้องมีเหตุผลสมควรที่ ก.ต. จะได้พิจารณาทบทวนคำสั่งลงโทษนั้น ให้ส่งเรื่องพร้อมเสนอความเห็นให้ ก.ต. พิจารณา คำวินิจฉัยของ ก.ต. ให้เป็นที่ที่สุด

ในกรณีที่ ก.ต. มีมติเปลี่ยนแปลงมติเดิม และมีผลให้รับผู้ถูกลงโทษทางวินัยกลับเข้ารับราชการในตำแหน่งข้าราชการตุลาการตำแหน่งใด ให้เลขานุการ ก.ต. ดำเนินการให้เป็นไปตามมติของ ก.ต. ต่อไป”

จากบทบัญญัติข้างต้น การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยของข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมเป็นเพียงการขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย หากปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้ถูกลงโทษทางวินัยไม่ได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา ซึ่งการขอให้ทบทวนใหม่นั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นการใช้สิทธิการอุทธรณ์ได้อย่างแท้จริง แต่อย่างไรก็ตาม การขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยจะต้องยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการศาล

ยุติธรรมศาลประจำชั้นศาลเพื่อพิจารณาก่อน หากคณะอนุกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ประจำชั้นศาลเห็นว่าไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำผิดก็ให้มีมติ ยกอุทธรณ์ หรือถ้าปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำผิด ก็ให้มีมติส่ง เรื่องให้ อ.ก.ต. ประจำชั้นศาลกลับกรองเสนอความเห็นต่อ ก.ต. เพื่อประกอบการพิจารณา เมื่อ ก.ต. ได้วินิจฉัยเป็นประการใดแล้วให้เลขานุการ ก.ต. แจ้งให้ผู้อุทธรณ์ หรือประธาน อ.ก.ต. ประจำชั้นศาลทราบเพื่อให้เป็นไปตามมติ มติของ ก.ต. ให้ถือเป็นที่สุด

เมื่อได้มีการจัดตั้งศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล ปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้าราชการพลเรือนผู้ถูกลงโทษทางวินัยจะ ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย โดยเมื่อมีการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทางวินัยแล้ว หากคำ วินิจฉัยในชั้นอุทธรณ์ยังไม่เป็นที่พอใจของผู้อุทธรณ์ ผู้นั้นมีสิทธินำคดีวินัยมาฟ้องต่อศาล ปกครองได้ จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าประเด็นน่าสนใจที่ต้องพิจารณา ในกรณีที่ถูกผู้ถูกลงโทษ ทางวินัยถึงแก่กรรม และทายาทของบุคคลดังกล่าวประสงค์ที่จะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ว่าผู้ถึงแก่กรรมถูกลงโทษโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทายาทของผู้นั้นจะต้องอุทธรณ์คำสั่งลงโทษ ทางวินัยก่อนหรือไม่

ในประเด็นนี้ศาลปกครองเห็นว่า พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎ ก.พ. ที่เกี่ยวข้อง มิได้บัญญัติให้ทายาทโดยธรรมของข้าราชการพลเรือนมีสิทธิอุทธรณ์ คำสั่งลงโทษทางวินัยดังเช่นผู้ถูกคำสั่งลงโทษทางวินัย ดังนั้นทายาทโดยธรรมซึ่งเป็นผู้เสียหาย จากคำสั่งลงโทษทางวินัยจึงมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยมิต้อง อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ดังตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองในคดีต่อไปนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 353/2549 มาตรา 124 และ มาตรา 126 แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ผู้ถูกลงโทษมีสิทธิอุทธรณ์ได้ และในการ อุทธรณ์คำสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออก ให้อุทธรณ์ต่อ ก.พ.ภายใน 30 วันนับแต่วันที่ทราบ คำสั่ง และตามข้อ 3 ของกฎ ก.พ. ฉบับที่ 16 (พ.ศ.2540) ว่าด้วยการอุทธรณ์และการพิจารณา อุทธรณ์ กำหนดว่า การอุทธรณ์คำสั่งลงโทษให้อุทธรณ์ได้สำหรับตนเองเท่านั้น จะอุทธรณ์แทน ผู้อื่นหรือมอบหมายให้ผู้อื่นอุทธรณ์แทนไม่ได้ โดยทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้อุทธรณ์ เมื่อ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมของ นาย จ. เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย จากคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดังกล่าว กรณีตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งสองเป็นกรณีที่ไม่มี กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำคดีมา

ฟ้องต่อศาลตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงมีสิทธิ นำคดีมาฟ้องต่อศาลได้

แต่สำหรับข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมแล้ว เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 ได้บัญญัติไว้ว่าการดำเนินการของ คณะกรรมการตุลาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมที่ถูกลงโทษทางวินัยโดยการดำเนินการของ คณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) จึงไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในอันที่จะนำคดีวินัยมาฟ้องต่อ ศาลปกครองได้เหมือนดังข้าราชการพลเรือน ดังนั้นเมื่อข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมถูก ลงโทษทางวินัย พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 บัญญัติให้มีสิทธิเพียงการยื่นขอให้คณะกรรมการตุลาการทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยเท่านั้น และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตุลาการถือเป็นที่สุด⁴

ผู้เขียนเห็นว่าการที่ข้าราชการพลเรือนได้ถูกลงโทษทางวินัยแล้ว และผู้ถูกลงโทษมี สิทธิอุทธรณ์คำสั่งภายหลัง หากคำวินิจฉัยในชั้นอุทธรณ์ยังไม่เป็นที่พอใจของผู้อุทธรณ์ ผู้นั้นมี สิทธินำคดีวินัยฟ้องต่อศาลปกครองได้ จึงเป็นข้อดีประการหนึ่งที่มีลักษณะเป็นการให้สิทธิแก่ผู้ ถูกลงโทษในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้สองทาง กล่าวคือ ทางคณะกรรมการ พิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) และทางศาลปกครอง ส่วนข้าราชการตุลาการนั้นพบว่าสิทธิใน การอุทธรณ์ของผู้ถูกลงโทษทางวินัยชอบที่จะขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัยได้หาก ปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่า ผู้ถูกลงโทษทางวินัยไม่ได้กระทำความผิด โดยยื่นคำร้อง ต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลตามมาตรา 47 วรรคสอง ภายในสองปี นับแต่วันที่ทราบคำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา 83 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการตุลาการ ศาลยุติธรรม เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการอุทธรณ์คำสั่งคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม ประจำชั้นศาลที่ให้ผู้ติเรื่องขอทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย พ.ศ. 2544 กำหนดและสรุปไว้ว่า การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ถ้า ก.ต. เห็นว่า

1. ไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำความผิด ก็ให้มีมติยกอุทธรณ์

⁴ มาตรา 83 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

2. ถ้าปรากฏหลักฐานชัดเจนในภายหลังว่าผู้อุทธรณ์ไม่ได้กระทำความผิด ก็ให้มีมติส่งเรื่องให้ อ.ก.ต. ประจำชั้นศาลกลั่นกรองเสนอความเห็นต่อ ก.ต. เพื่อประกอบการพิจารณา

3. เมื่อ ก.ต. ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์และมีมติดังกล่าวข้างต้น เป็นประการใดแล้วให้เลขานุการ ก.ต. แจ้งให้ผู้อุทธรณ์ หรือประธาน อ.ก.ต. ประจำชั้นศาล แล้วแต่กรณีทราบหรือดำเนินการให้เป็นไปตามมติ ก.ต. โดยเร็ว มติของ ก.ต. ให้เป็นที่สุด

แต่ทั้งนี้ การอุทธรณ์คำสั่งคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมประจำชั้นศาลเป็นการอุทธรณ์เฉพาะในเรื่องขอให้ทบทวนคำสั่งลงโทษเท่านั้น ผู้ที่ถูกลงโทษมีสิทธิร้องทุกข์ต่อไปได้ โดยสามารถร้องทุกข์ต่อ ก.ต. ภายในสองปีนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง หรือได้รับทราบมติของ ก.ต. คำวินิจฉัยของ ก.ต. ให้เป็นที่สุด

ในกรณีที่ ก.ต. มีมติให้ผู้ร้องทุกข์กลับเข้ารับราชการ ในตำแหน่งข้าราชการตุลาการตำแหน่งใด หรือแต่งตั้งให้ผู้ร้องทุกข์ไปดำรงตำแหน่งข้าราชการตุลาการตำแหน่งใด ให้เลขานุการ ก.ต. ดำเนินการให้เป็นไปตามมติของ ก.ต. ต่อไป ส่วนเงินเดือนของผู้กลับเข้ารับราชการดังกล่าวให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยกรณนั้น ถ้าไม่มีกฎหมายดังกล่าว ให้ถือเสมือนว่าผู้นั้นเป็นผู้ถูกสั่งพักราชการ ทั้งนี้ตามมาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543

จึงเห็นได้ว่าในระบบการบริหารงานบุคคลของศาลยุติธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัยนั้น กระบวนการลงโทษทางวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมไม่มีการเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนหรือความเสียหายแก่ข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ถูกลงโทษ โดยเมื่อข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมถูกลงโทษทางวินัยแล้วไม่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษต่อองค์กรใด คงมีเพียงสิทธิการขอให้คณะกรรมการตุลาการทบทวนคำสั่งลงโทษเท่านั้น ซึ่งแม้ว่าข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมจะมีอำนาจหน้าที่แตกต่างจากข้าราชการพลเรือนก็ตาม แต่ในส่วนของการบริหารงานบุคคลข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิเช่นเดียวกับข้าราชการพลเรือนทั่วไปที่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งลงโทษได้ ทั้งเมื่อยังไม่พอใจผลการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ก็ยังมีสิทธินำคดีฟ้องต่อศาลปกครองได้ ดังนั้นปัญหาเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์ของข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมถือเป็นปัญหาสำคัญที่ควร

ได้รับการปรับปรุงแก้ไขในกระบวนการดำเนินการทางวินัย และการอุทธรณ์ของข้าราชการ ตลาการศาลยุติธรรม เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ถูกลงโทษต่อไป⁵

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องคำสั่งลงโทษทางวินัยต่อศาล

กรณีที่คณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม (ก.ต.) มีคำวินิจฉัยลงโทษข้าราชการ ตลาการโดยไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกแล้วแต่กรณี ในความผิดวินัยอย่างร้ายแรง ตาม มาตรา 83 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 และ ภายหลังข้าราชการตุลาการผู้นั้นได้ขอให้ ก.ต. ทบทวนคำสั่งลงโทษทางวินัย เนื่องจากปรากฏ หลักฐานใหม่ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำความผิด โดยยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการตุลาการศาล ยุติธรรมประจำชั้นศาลเพื่อขอให้ทบทวนคำสั่งดังกล่าว หรือข้าราชการตุลาการผู้นั้นได้ร้องทุกข์ ต่อคณะกรรมการตุลาการขอให้วินิจฉัยเพื่อขอกลับเข้ารับราชการ ตามมาตรา 84 แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการฯ เมื่อคณะกรรมการตุลาการมีการทบทวน คำสั่ง และให้ผู้นั้นกลับเข้ารับราชการตามมาตรา 83 วรรคสาม หรือเมื่อคณะกรรมการตุลาการ เปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยคำร้องทุกข์และให้ผู้นั้นกลับเข้ารับราชการตามมาตรา 84 วรรคสาม ข้าราชการตุลาการผู้นั้นจึงขอที่จะใช้สิทธิเรียกร้องเงินทดแทนและสิทธิต่างๆ อันพึงจะได้รับ ระหว่างที่ถูกให้ออกจากราชการ จึงเป็นการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องศาล ยุติธรรมได้ ตามมาตรา 28 วรรคสอง และวรรคสาม

ในกรณีปัญหาที่ศาลปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้วินิจฉัยโดยอ้างว่าไม่มีกฎหมายกำหนด รายละเอียดการใช้สิทธิทางศาล หรือคดีมิได้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลนั้น ผู้เขียน เห็นว่าเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 บัญญัติว่า “ไม่ว่า กรณีใดๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้น เคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์” และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 กำหนดว่าใน

⁵ วิเทพ พัชรภิญโญพงศ์, “เอกสารวิชาการ เรื่อง การลงโทษวินัยอย่างร้ายแรง: ศึกษาเปรียบเทียบวินัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรมกับวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญ”, หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 9 , วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2549, น. 43.

กรณีที่ไม่มียกกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง ก็ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียง และถ้าไม่มีก็ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายทั่วไป ก็ต้องอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทพื้นฐานที่กำหนดเกี่ยวกับการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับตามสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 28 วรรคสอง หรือวรรคสามแล้วแต่กรณี ปัญหาการอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยตรงในการฟ้องศาล ในกรณีที่ไม่มียกกฎหมายกำหนดรายละเอียดในการฟ้อง การอ้างสิทธิเมื่อถูกละเมิดหรือการใช้สิทธิทางศาลบังคับรัฐ ตามรัฐธรรมนูญย่อมอ้างได้เสมอ โดยนำคดีไปฟ้องศาลยุติธรรมได้โดยตรง แต่การนำคดีมาฟ้องศาลปกครองนั้น มีข้อจำกัดของอำนาจฟ้อง ตามมาตรา 9 วรรคสอง (2) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ สำหรับการนำคดีไปฟ้องศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง ก็มีข้อจำกัดเพราะขาดบทกฎหมายรองรับอำนาจในการใช้สิทธิของประชาชนต่อศาลรัฐธรรมนูญ มีเพียงการใช้สิทธิทางศาลของประชาชน 2 มาตรา คือ มาตรา 212 และมาตรา 28 แต่ในการนำคดีละเมิดสิทธิมาขึ้นศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 นั้น จำกัดเฉพาะกรณีบทบัญญัติของกฎหมายที่อ้างว่าขัดหรือแย้งรัฐธรรมนูญ โดยการใช้สิทธิดังกล่าวนั้นต้องผ่านเงื่อนไขที่ไม่อาจใช้สิทธิทางอื่นได้แล้วจึงนำคดีมาเสนอศาลรัฐธรรมนูญได้ ส่วนประเด็นปัญหาละเมิดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น ไม่อาจฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง⁶

กรณีที่จะขอยกเป็นตัวอย่างในการใช้สิทธิทางศาลอันเนื่องมาจากการละเมิดสิทธิและเสรีภาพจากองค์กรตุลาการที่เกิดขึ้นกับนายศิริมิตร บุญมูล ทนายความพิการด้วยโรคโปลิโอ และทำที่สุดก็ประสบความสำเร็จเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการอัยการ หรือ ก.อ.) ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ซึ่งมีผลทำให้ในการสมัครสอบเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยในครั้งต่อไป นายศิริมิตร บุญมูล จะไม่มีปัญหาจากเหตุผลเพราะมีร่างกายไม่เหมาะสม โดยเหตุที่กรณีของนายศิริมิตร บุญมูล ได้เคยต่อสู้เป็นคดีใน

⁶ บุญชัย วสุนธรา, “การใช้สิทธิทางศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรค 2 และ วรรค 3”, (นิติศาสตร์มหาบัณฑิตย สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 133-134.

ศาลถึง 3 ศาล กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองสูงสุด ซึ่งท่าน ผศ. ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ได้วิเคราะห์คำวินิจฉัยที่เป็นสาระสำคัญของศาลแต่ละศาลไว้ดังนี้⁷

1. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครอง

1.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 16/2545

ในกรณีนี้ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ยื่นหนังสือ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม 2544 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็น ดังนี้

ก. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 60 (10) (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 30 หรือไม่

ข. การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.) และคณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครเข้ารับการคัดเลือก เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้องแล้วเห็นว่า มีข้อเท็จจริงเพียงพอที่จะวินิจฉัยได้แล้ว โดยมีประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเบื้องต้นว่า การที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็น เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเป็นไปตามมาตรา 198 วรรคหนึ่งหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า ตามคำร้องมีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญที่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเรื่องและผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเสนอมาได้

ประเด็นที่ศาลจะต้องพิจารณา คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า มาตรา 26 (10) คำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ” จะใช้ควบคู่กับ

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, (ตุลาคม 2548), คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครอง : กรณีสิทธิในการสมัครสอบ, สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2553, จาก <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=813>

มาตรา 26 (11) ที่บัญญัติว่า “เป็นผู้ที่ผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจโดยคณะกรรมการแพทย์ จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่ง ก.ต. กำหนด และ ก.ต. ได้พิจารณารายงานของคณะกรรมการแพทย์แล้วเห็นว่า สมควรรับสมัครได้” บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เป็นไปตามความจำเป็นและความเหมาะสมของฝ่ายตุลาการ จึงเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ดังกล่าว เป็นลักษณะตามข้อยกเว้นของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ซึ่งไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30

สำหรับประเด็นที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะอนุกรรมการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 43 ประจำปี 2542 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนุญมาตรา 30 หรือไม่นั้น พิจารณาแล้วเห็นว่า เป็นการขอให้วินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.ต. และคณะอนุกรรมการดังกล่าว ซึ่งมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจ จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนุญ ด้วยอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนุญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนุญเสียงข้างมาก จำนวน 8 คน วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญมาตรา 30 จึงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนุญ

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนุญเสียงข้างน้อย จำนวน 3 คน เห็นว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 26 (10) เฉพาะคำว่า “มีกาย ... ไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการ” ขัดต่อรัฐธรรมนุญมาตรา 30 เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวาง ซึ่งเป็นการเกินขอบเขต โดยอ้างเหตุผลตามความเหมาะสมแทนความสามารถ

1.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนุญที่ 44/2545

ในกรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองกลางยื่นคำร้อง ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ 2545 ขอให้ศาลรัฐธรรมนุญวินิจฉัยในประเด็นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) (2) ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนุญ มาตรา 30 หรือไม่

เรื่องนี้เป็นกรณีที่นายศิริมิตร บุญมูล ฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการอัยการ หรือ ก.อ. ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี เนื่องจากเป็นผู้มีบุคลิกภาพและร่างกายไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการอัยการ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 มาตรา 33 (11) ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ศาลปกครองกลางพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องโต้แย้งว่า มาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 และยังไม่มีความวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงขอการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว และส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัยต่อไป ตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ

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

1.3 คำพิพากษาศาลปกครอง ที่ 816/2546

คดีนี้เป็นคดีที่นายศิริมิตร บุญมูล ฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการอัยการ (ก.อ.) ที่มีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลพิพากษาให้

ก. บทบัญญัติมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ตัดสิทธิสอบผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

ข. ให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการตัดสิทธิในครั้งที่ผ่าน มาเป็นกรณีพิเศษ

ศาลปกครองกลางพิพากษาว่า “... การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการตามรายงาน ผลการตรวจร่างกายของคณะอนุกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็น อุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้เมื่อเทียบกับ บุคคลปกติทั่วไป การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (ก.อ.) เห็นชอบตามความเห็นของคณะอนุกรรมการ พิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสภาพร่างกายไม่เหมาะสมที่จะ เป็นข้าราชการอัยการตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ ฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่ กฎหมายกำหนด และเป็นการใช้ดุลพินิจอย่างเป็นธรรมและชอบด้วยเหตุผล ดังนั้น การที่ผู้ถูก ฟ้องคดีตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีในการสอบอัยการผู้ช่วยประจำปี พ.ศ. 2544 จึงชอบด้วยกฎหมาย จึง ไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติเปิดให้ผู้ฟ้องคดีสอบทดแทนการถูกตัดสิทธิ ในครั้งที่ผ่านมาเป็นกรณีพิเศษ พิพากษายกฟ้อง

1.4 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ.142/2547

นายศิริมิตร บุญมุล ได้ยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง ที่ 816/2546 ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า “...คณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีขาดคุณสมบัติตามมาตรา 33 (11) และ (12) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 นั้น โดยที่ความเห็นของ คณะกรรมการแพทย์ฯ และคณะอนุกรรมการพิจารณาคุณสมบัติของผู้สมัครสอบคัดเลือกฯ เป็น เพียงความเห็นเบื้องต้นที่เสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อประกอบการพิจารณาเท่านั้น การที่ผู้ถูกฟ้อง คดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะ ทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับ สมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยโดยไม่ชอบด้วย มาตรา 33 (11) แห่งพระราช บัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ ฟ้องคดีตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พิพากษากลับคำพิพากษาของ

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

2. บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาของศาลปกครอง

2.1 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 และมีประเด็นให้วินิจฉัยในประเด็นเดียวกันว่า มาตราดังกล่าวขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งสองคำวินิจฉัยนั้นศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยมีสาระสำคัญเหมือนกันว่า ทั้งสองกรณีไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ และทั้งสองเรื่องต่างมีความเห็นฝ่ายข้างน้อยที่เห็นว่าทั้งสองมาตราดังกล่าวขัดต่อมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ

หากจะวิเคราะห์กันว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจง เช่นในกรณีนี้ที่บัญญัติว่า “มีกายไม่เหมาะสม” เป็นถ้อยคำที่ไม่ชัดเจนอยู่ในตัวเอง ในทางกฎหมายของต่างประเทศมองเรื่องดังกล่าวแตกต่างกัน ประเทศส่วนใหญ่เห็นว่าเป็นเรื่องของดุลพินิจในส่วนขององค์ประกอบของกฎหมาย ยกเว้นประเทศเยอรมนีเท่านั้นที่เห็นว่าการดังกล่าวไม่ใช่เรื่องของดุลพินิจแต่เป็นเรื่องของการประเมินข้อเท็จจริงให้เข้ากับองค์ประกอบของกฎหมาย ซึ่งมีผลทำให้ศาลเข้าไปตรวจสอบการประเมินข้อเท็จจริงของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่า ได้ประเมินข้อเท็จจริงโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งประเด็นปัญหาในเรื่องนี้อาจจะนำมาสู่ประเด็นขอบเขตในการตรวจสอบของศาลมีเพียงใด และศาลสามารถตรวจสอบเรื่องใดได้บ้าง ซึ่งผู้เขียนไม่ขอกล่าวรายละเอียดในเรื่องนี้ แต่ประเด็นที่จะเกี่ยวโยงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคือ การที่องค์กรนิติบัญญัติ บัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะไม่ชัดเจนในตัวเองดังกล่าวจะเป็นการขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ายากที่สุดคงต้องยอมรับข้อจำกัดในการตรากฎหมายว่า องค์การนิติบัญญัติก็มีข้อจำกัดที่ไม่สามารถตรากฎหมายกำหนดรายละเอียดได้ในทุกเรื่อง หลายเรื่องจึงต้องมีการมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครอง

ไปกำหนดรายละเอียดบางเรื่องบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง เช่น “เพื่อประโยชน์ส่วนรวม” “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม” “เพื่อศีลธรรมอันดีของประชาชน” เป็นต้น กรณีเหล่านี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องตีความหรือประเมินข้อเท็จจริงว่าเข้าองค์ประกอบของกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ ในกรณีเหล่านี้ หากถือตามความเห็นของฝ่ายข้างน้อยของศาลรัฐธรรมนูญที่เห็นว่า กฎหมายที่บัญญัติในลักษณะดังกล่าวขัดกับมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญก็คงก่อให้เกิดผลกระทบอย่างสำคัญต่อกระบวนการตรากฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเองก็ไม่เห็นด้วยกับความเห็นฝ่ายข้างน้อยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การวินิจฉัยของฝ่ายข้างมากของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยโดยมิได้วางหลักหรือมิได้คำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอันเกิดจากการประเมินข้อเท็จจริงในกรณีของถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงแต่อย่างใด เพราะโดยแท้จริงแล้ว การจะกระทบสิทธิในกรณีนี้ จะเกิดขึ้นต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ใช้บทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงดังกล่าว และประเมินข้อเท็จจริงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุใดเหตุหนึ่ง ดังนั้น ความไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมเกิดขึ้นได้ในขั้นการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ด้วยเหตุนี้เองการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าวจึงต้องคำนึงถึงอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง ข้อจำกัดของการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และประการที่สอง การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอันเกิดจากการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น ในเรื่องนี้ หากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยโดยคำนึงถึงหลักทั้งสองประการดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญควรจะวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการประเมินข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงนั้น อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรตุลาการ หากเป็นไปตามเงื่อนไขเช่นนี้จึงจะถือว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่หากกรณีเป็นไปในทางตรงกันข้าม กล่าวคือ การใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่เป็นการประเมินข้อเท็จจริงอันเกี่ยวข้องกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง และการใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะไม่เฉพาะเจาะจงนั้น ย่อมขัดกับรัฐธรรมนูญได้ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองเรื่องดังกล่าวยังขาดความรอบด้านในการที่จะวินิจฉัยวางหลักในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำในทางกฎหมายที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง

ข. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวอ้างมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ และให้เหตุผลว่า บทบัญญัติของมาตรา 26 (10) พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ศาลรัฐธรรมนูญยกแต่ข้อกฎหมายโดยมิได้ให้เหตุผลว่า “สิทธิ” ในเรื่องอะไรที่มีได้ถูกกระทบกระเทือนและที่กล่าวหา “ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ” มีข้อเท็จจริงและมีข้อพิจารณาอย่างไร

องค์กรศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นองค์กรที่ใช้และตีความกฎหมาย การที่จะใช้และตีความกฎหมายจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายและให้เหตุผลในทางกฎหมายว่า กรณีข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายนั้นๆ หรือไม่อย่างไร การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิ ในเบื้องต้นต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นสิทธิในเรื่องใด หากจะกล่าวโดยสรุปก็คือสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐภายใต้หลักความเสมอภาค การที่บุคคลหนึ่งถูกห้ามมิให้สมัครสอบคัดเลือก เนื่องจากคุณสมบัติทางด้านร่างกายของบุคคลนั้น กรณีย่อมไม่กระทบต่อสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐภายใต้หลักความเสมอภาค แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการจำกัดสิทธิดังกล่าวไม่เป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิในการเข้าสู่ตำแหน่งภาครัฐ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องให้เหตุผลว่าไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิอย่างไร มิใช่เป็นเพียงแต่การอ้างถ้อยคำของกฎหมาย เพราะการใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวมีอาจจะทำให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญเกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด นอกจากนี้ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกลับไปยืนยันว่าสิ่งเหล่านี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งก็จะส่งผลให้หลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไม่มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

ค. ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ โดยศาลได้ยกข้อเท็จจริงมากล่าวอ้างว่า การที่หน่วยงานใดจะรับบุคคลเข้าทำหน้าที่ในตำแหน่งใดย่อมต้องพิจารณาถึงความรู้ความสามารถความเหมาะสมที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้นด้วย ซึ่งการสมัครสอบคัดเลือกตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา นอกจากจะพิจารณาความรู้ความสามารถแล้วยังต้องพิจารณาสุขภาพของร่างกายและจิตใจว่ามีความสมบูรณ์สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ และมีบุคลิกลักษณะที่ดีพอที่จะเป็นผู้พิพากษา ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ การปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษามีใช่เพียงแต่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีในห้องพิจารณาเท่านั้น บางครั้งต้องเดินทางไปนอกศาลปฏิบัติหน้าที่ เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เพื่อสืบพยานที่มาศาลไม่ได้ การพิจารณาเพื่อรับสมัครสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการและแต่งตั้งให้ดำรง

ตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาจึงมีมาตรการที่แตกต่างและเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง ที่กล่าวมาเป็นเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่จะให้เหตุผลว่าบทบัญญัติมาตรา 26 (10) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญอย่างไร

หากพิจารณาเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้แล้ว พอจะสรุปเหตุผลในทางหลักกฎหมายได้ว่า ตำแหน่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่แตกต่างไปจากตำแหน่งอื่นเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ ดังนั้น มาตรการที่แตกต่างเข้มงวดกว่าการคัดเลือกบุคคลไปดำรงตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง จึงมีเหตุผลที่จะปฏิบัติให้แตกต่างได้ กรณีย่อมไม่เป็นการเลือกปฏิบัติตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “จะต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน” จากการให้เหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่ให้เหตุผลว่าตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาแตกต่างไปจากตำแหน่งอื่นอยู่บ้าง จึงสามารถนำมาสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันได้ ประเด็นสำคัญที่จะต้องตรวจสอบคือความแตกต่างที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างว่าแตกต่างนั้นเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างกันที่มีเหตุผลที่จะยอมรับได้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างโดยกล่าวถึงลักษณะงานของผู้พิพากษาที่อาจจะต้องทำหน้าที่นอกศาล เช่น เพื่อเดินเผชิญสืบ เหตุผลแรกเป็นเหตุผลในแง่ของกายภาพและอีกเหตุผลหนึ่งผู้พิพากษาเป็นตำแหน่งที่มีเกียรติโดยปฏิบัติหน้าที่ ในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ เหตุผลทั้งสองประการจะถือว่าเป็นความแตกต่างในสาระสำคัญที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างได้หรือไม่

จากเหตุผลแรกของศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในเรื่องของการกระทำภาระหน้าที่ของผู้พิพากษานั้น ซึ่งโดยแท้จริงแล้วอาชีพทุกอาชีพ หน่วยงานที่รับสมัครสอบสามารถใช้เหตุผลในเรื่องความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดว่าบุคคลนั้นไม่สามารถทำภาระหน้าที่นั้นๆ ได้ หน่วยงานย่อมมีสิทธิปฏิเสธได้อยู่แล้ว ปัญหาที่ต้องพิจารณาในรายละเอียดแค่นั้นเพียงใดที่เป็นความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดว่าไม่สามารถทำหน้าที่ได้ ดังนั้น เหตุผลจากความบกพร่องทางร่างกายที่ถึงขนาดไม่สามารถทำหน้าที่ได้ย่อมเป็นเหตุผลทั่วไปที่หน่วยงานย่อมมาใช้เป็นเหตุผลในการปฏิเสธได้อยู่แล้ว เหตุผลดังกล่าวจึงไม่ใช่เหตุผลพิเศษที่จะนำมาที่จะนำมาอ้างได้เฉพาะเฉพาะตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ปัญหาคือบกพร่องแค่นั้นเพียงใดจึงเป็นเหตุผลของการปฏิเสธ หากมีการปฏิเสธเพราะความบกพร่องทางกายโดยมิได้พิจารณาว่าถึงขนาดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ การปฏิเสธดังกล่าวอาจเป็นการเลือกปฏิบัติ

ไม่เป็นธรรมตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญได้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องมีการวางหลักความบกพร่องทางกายแค่ไหนเพียงใด ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้แตกต่างกันได้ และความบกพร่องทางกาย

2.2 บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครอง

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด จะเห็นได้ชัดเจนว่า ทั้งสองศาลตีความข้อเท็จจริงเดียวกันไปในทิศทางที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ศาลปกครองกลางตีความว่า “...การที่ผู้ฟ้องคดีมีรูปกายพิการตามรายงานผลการตรวจร่างกายของคณะกรรมการแพทย์ดังกล่าว จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้ เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป” แต่ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “...จึงน่าเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วยดังกล่าว ... การที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีมติไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดี โดยมีได้พิจารณาความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลหนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าว จะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้อย่างไร ...”

หากพิจารณการให้เหตุผลของศาลปกครองทั้งสองแล้วจะเห็นได้ว่า มีความเป็นไปในทิศทางที่แตกต่างกัน ประเด็นที่ทำให้เหตุผลของศาลปกครองกลางมีน้ำหนักน้อยลงก็คือ การที่ผู้ฟ้องคดีแสดงให้เห็นว่า ตนเคยเป็นทนายความ ซึ่งมีลักษณะงานที่ใกล้เคียงกับงานของอัยการ นอกจากนี้ ยังมีผู้ให้ความเห็นรับรองความสามารถทางกายของผู้ฟ้องคดี รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะทนายความว่า สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติทั่วไป ดังนั้น จากข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เอง ทำให้การให้เหตุผลของศาลปกครองกลางที่กล่าวว่า “... จึงเป็นความแตกต่างที่ถึงขั้นเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการที่จะปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของพนักงานอัยการได้ เมื่อเทียบกับบุคคลปกติทั่วไป ...” จึงเป็นการให้เหตุผลที่ไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏ ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดกลับเห็นว่า ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ทั้งนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาจากข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ทนายความของผู้ฟ้องคดี ประกอบกับ

ข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับความสามารถทางกายของผู้ฟ้องคดี โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องพิจารณาความสามารถที่แท้จริง ในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีก่อน จึงจะสามารถให้เหตุผลที่หนักแน่นได้ว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้อย่างไร จะเห็นได้ว่า เกณฑ์ในการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดมีความชัดเจน และเป็นเกณฑ์สำคัญที่จะนำไปสู่ข้อพิจารณาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ตามหลักเกณฑ์ที่จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญให้เหมือนกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญต่างกันให้แตกต่างกัน กล่าวเฉพาะกรณีนี้สิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันก็คือ ความสามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้ หากผู้ฟ้องคดีสามารถที่จะปฏิบัติงานในหน้าที่ของราชการอัยการได้ ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับผู้สมัครรายอื่น ๆ แต่หากพิจารณาความสามารถในการปฏิบัติงานในหน้าที่ราชการอัยการของผู้ฟ้องคดีแล้ว ผู้ฟ้องคดีไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ดังกล่าวได้ ในกรณีนี้ย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีสาระสำคัญที่แตกต่างไปจากผู้สมัครรายอื่น ๆ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีย่อมปฏิเสธที่จะรับสมัครผู้ฟ้องคดีได้ เกณฑ์ในการเปรียบเทียบจึงมิใช่เป็นการเปรียบเทียบในเชิงกายภาพระหว่างบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการ ดังที่ศาลปกครองกลางใช้เป็นเกณฑ์ในการเปรียบเทียบเพราะบุคคลทั่วไปกับบุคคลที่พิการย่อมแตกต่างในสาระสำคัญในทางกายภาพ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ใช่เกณฑ์ที่จะนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ ดังนั้น เกณฑ์ในการพิจารณาในเรื่องนี้ของศาลปกครองสูงสุดจึงเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค และข้อห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ อันเป็นการวางบรรทัดฐานที่สำคัญสำหรับการพิจารณาว่าเรื่องใดเป็น “สาระสำคัญ” ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่างตามหลักความเสมอภาคของรัฐธรรมนูญ

3. หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิโดยองค์การตุลาการตามมาตรา 28 วรรคสอง (3) ของรัฐธรรมนูญ

จากข้อเท็จจริงในคดีของนายศิริมิตร บุญมูล จะเห็นได้ว่า การที่มีองค์การตุลาการมาควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ย่อมก่อให้เกิดหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้ดีกว่ากรณีที่ศาลไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ได้ กรณีของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหลายที่ไปกระทบสิทธิของบุคคลโดยหลักทั่วไปบุคคลที่ถูกกระทบสิทธิย่อมมีสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องคดีต่อศาลได้เสมอไม่ควรจะมี

กรณีของการใช้อำนาจมหาชนที่ไปกระทบสิทธิของบุคคลแล้ว แต่ปราศจากเขตอำนาจที่จะควบคุมตรวจสอบการกระทำดังกล่าว ข้อเท็จจริงในคดีของนายศิริมิตร บุญมูล จึงเป็นตัวอย่างในเรื่องหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ จากกรณีศึกษาในเรื่องนี้ควรจะนำไปสู่การตีความมาตรา 28 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญให้มีผลเป็นการทั่วไปว่า การละเมิดสิทธิของบุคคลโดยเฉพาะจากหน่วยงานของรัฐทั้งหลาย ย่อมอยู่ภายใต้การถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้เสมอ

จากการศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในเรื่องนี้เห็นว่าศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยโดยวางบรรทัดฐานเพื่อเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาที่สำคัญว่า อะไรคือ “สาระสำคัญ” ในเรื่องนั้น ๆ ที่จะนำไปสู่การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่าง กล่าวเฉพาะกรณีของบุคคลพิการที่ใช้สิทธิในการสมัครเข้ารับราชการ “สาระสำคัญ” ที่นำไปสู่การปฏิบัติให้เหมือนหรือแตกต่าง คือ “ความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ในหน้าที่นั้น ๆ” เป็นเกณฑ์ที่เป็นสาระสำคัญหาใช่ความเหมือนหรือความแตกต่างในทางกายภาพไม่ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องนี้จึงเป็นการพิจารณาที่สอดคล้องกับหลักความเสมอภาค หากบุคคลที่พิการนั้นมีความสามารถที่จะปฏิบัติหน้าที่นั้น ๆ ได้เทียบเท่ากับคนธรรมดาทั่วไป