

แนวทางการใช้อำนาจดุลพินิจ ที่ไม่เป็นปฏิบัติต่อกฎหมาย*

องอาจ เจ๊ะยะห์ลี¹ ลีริรักษ์ ชัยญะไพศาล²

(วันที่รับบทความ: 28 มีนาคม 2568; วันที่แก้ไขบทความ: 15 พฤษภาคม 2568; วันที่ตอบรับบทความ: 19 พฤษภาคม 2568)

บทคัดย่อ

บุคคลผู้ใช้อำนาจรัฐต้องอาศัยบทบัญญัติแห่ง กฎ หรือกฎหมายเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพราะองค์กรของรัฐเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายกำหนดขึ้นและให้มีอำนาจ เพราะฉะนั้นแล้วการใช้อำนาจรัฐของบรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายจึงจำเป็นต้องชอบด้วยกฎหมายทุกการกระทำ ตามหลักการของระบบนิติรัฐ แต่การใช้อำนาจรัฐ ที่เรียกว่าอำนาจดุลพินิจ แม้จะมีกฎหมายกำหนดกรอบของผู้ใช้อำนาจไว้ เพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่เป็นกลางของการใช้อำนาจที่นำไปสู่การใช้ดุลพินิจที่มีชอบ ก็มีวาทะที่จะเกิดข้อพิพาทในหลาย ๆ กรณีที่เกิดมาจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตกอยู่ภายใต้ความมิชอบด้วยกฎหมาย จึงสรุปให้เห็นเป็นประจักษ์ว่า เพียงแต่กฎหมายที่มีอยู่ ยังไม่สามารถเป็นเกราะป้องกันการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้รอดพ้นจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบได้ จึงควรมีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีชอบ ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

คำสำคัญ: อำนาจดุลพินิจ, ไม่เป็นปฏิบัติ, กฎหมาย

* บทความวิชาการ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต

¹ รองศาสตราจารย์, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต, E-mail: ongard.j@pkru.ac.th

² อาจารย์, หลักสูตรบัญชีบัณฑิต คณะวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต, E-mail: sirirak.t@pkru.ac.th

Guidelines for Using Discretionary Powers No Contrary to the Law^{*}*Ongard Jeyalee¹ Sirirak Thanyaphaisan²**(Received: March 28, 2025; Revised: May 15, 2025; Accepted: May 19, 2025)*

Abstract

State officials must exercise state power based primarily on the provisions of rules or laws. This is because state institutions are legally established and granted authority by law. Therefore, the exercise of state power by officials must be lawful in every action, in accordance with the principles of the rule of law. However, the exercise of state power known as discretionary power, though governed by legal frameworks to prevent bias or misuse, still often leads to disputes. Many cases arise from the unlawful use of discretionary power by state officials. This clearly demonstrates that the existing laws are insufficient to fully safeguard against the misuse of administrative discretion. Therefore, there should be clearly written guidelines for the use of discretionary power by administrative bodies, to prevent any misuse, as stipulated in the Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, Section 9, paragraph one (1).

Keywords: Discretionary Power, Impartiality

^{*} The Article form Phuket Rajabhat University

¹ Assoc. Prof., Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Phuket Rajabhat University, E-mail: ongard.j@pkru.ac.th

² Lecturer, Accounting Department, Faculty of Management Sciences, Phuket Rajabhat University, E-mail: sirirak.t@pkru.ac.th

บทนำ

ในบริบทของการขับเคลื่อนหน้าที่ของรัฐโดยองค์กรที่เรียกว่า **หน่วยงานทางปกครอง (Administrative Agency)** ซึ่งเป็นองค์กรที่ต้องใช้กฎหมายเป็นกลไกแห่งการขับเคลื่อนภายใต้ระบบที่เรียกว่า **หลักนิติรัฐ (System Legal State)** เป็นระบบที่การรัฐต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย และการดำเนินการใด ๆ ภายในอำนาจหน้าที่ที่จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งคือหลักการกระทำของรัฐในฐานะของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย (Jeyalee, 2022, p.11) อันหมายถึงหลักการที่รัฐหรือหน่วยงานทางปกครองยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งระบบนี้เป็นหลักประกันเกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรภาครัฐในด้านต่าง ๆ ต้องเป็นไปด้วยความเสมอภาค (**Equality**) ความเป็นธรรม (**Fairness**) และ **ความถูกต้อง (Accuracy)** ว่าสิทธิของประชาชนจะไม่ถูกละเมิดเมื่อมีการใช้อำนาจออกไป ภายใต้วัตถุประสงค์เพียงหนึ่งเดียว คือ **เพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)** ทั้งนี้เพื่อให้ภารกิจที่กฎหมายกำหนดบรรลุตามวัตถุประสงค์ในการใช้อำนาจต่าง ๆ ย่อมจะมีกลไกและวิธีการที่มีข้อแตกต่างกัน ตามบริบทหน้าที่ของหน่วยงานและกฎหมายที่ให้อำนาจกระทำ ที่เรียกว่า **กฎหมายปกครอง (Administrative Law)** และกฎหมายปกครองดังกล่าว นี้หมายถึง บรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือการจัดโครงสร้างของฝ่ายปกครอง (Wisarutphit, 2019, p.11) เพราะฉะนั้นแล้วจึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้อง ดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายในกระบวนการต่าง ๆ ที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง

เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าความเป็นตัวตนที่แท้จริงในบริบททางสังคม ของหน่วยงานทางปกครองนั้น เป็นเพียงการสมมติฐานให้มีฐานะเป็นบุคคลในทางกฎหมาย และให้อยู่ในสถานะของผู้ทรงอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย ครั้นจะใช้อำนาจก็ต้องอาศัยเจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้กระทำการ (Act) แทนทั้งสิ้น เพราะฉะนั้นแล้วกลไกของอำนาจเมื่อถูกใช้ผ่านบุคคลธรรมดา ความบกพร่องย่อมเกิดขึ้นได้และอาจส่งผลให้ผลของการกระทำทางปกครองที่เรียกว่า **นิติกรรมทางปกครอง (Administrative law)** ที่ออกไปสู่ภายนอกเป็นนิติกรรมที่มีชอบหรืออาจจะไม่สมบูรณ์ก็อาจเป็นไปได้เป็นปกติธรรมดา แม้จะมีกฎหมายบัญญัติถึงกระบวนการ ขั้นตอน วิธีการใช้อำนาจในการกระทำการแทนหน่วยงานทางปกครองต่าง ๆ ไว้โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับ กระบวนการขั้นตอน วิธีการในการดำเนินการแทนหน่วยงานทางปกครองตามกฎหมายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่จัดว่าเป็นกฎหมายกลางและกฎหมายสำคัญในการขับเคลื่อนกลไกภาครัฐที่ลงมือกระทำ โดยบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐทั้งหลายยึดถือเป็นหลักสำคัญในการปฏิบัติงานในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการใช้อำนาจทางปกครอง ทั้งนี้เพราะการใช้อำนาจที่มีกฎหมายกำหนดเป็นกรอบกว้าง ๆ เมื่อเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการในการใช้อำนาจต่าง ๆ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องใช้อำนาจในการดำเนินการตามความเหมาะสม เพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะมากที่สุด เพราะมิเช่นนั้นแล้วการใช้อำนาจดังกล่าวอาจเป็นการใช้ที่มีชอบ

ต่อกฎหมายก็ได้ แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจกระทำตามความเหมาะสมก็ตาม เพราะการใช้อำนาจดังกล่าวนี้ขัดต่อหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ภายใต้อำนาจที่ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่เป็นการกระทบสิทธิ จำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลได้เฉพาะที่กฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการใช้อำนาจก่อนการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ที่มีกลไกแห่งการตัดสินใจ (Decision) บนพื้นฐานทางการใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และโดยเฉพาะการใช้ อำนาจดุลพินิจ (Discretion) ซึ่งผลของนิติกรรมทางปกครองออกมา มีทั้งปัจจัยที่เป็นบวก และลบอันส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้อื่น และนำมาสู่การเอาผลของการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวมาฟ้องร้องคดีต่อศาล และนำไปสู่การยกเลิก เพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเป็นจำนวนมากเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจที่ชอบ ถึงแม้กฎหมายจะกำหนดกรอบแห่งการใช้ดุลพินิจไว้ แต่เป็นเพียงการกำหนดกรอบไว้ อย่างกว้าง ๆ ใน ความสัมพันธ์เชิงรูปแบบ (Form Relations) ที่ความสัมพันธ์ในตัวบุคคลระหว่างผู้ก่อตั้งนิติกรรมในทางปกครองกับคู่กรณีอีกฝ่ายในฐานะผู้รับผลของนิติกรรม ไม่ว่าจะเป็นทายาทโดยธรรมหรือทายาทโดยกฎหมาย หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเชิงธุรกิจการพาณิชย์ ทั้งสิ้นแม้จากกฎกระทรวงฉบับล่าสุด ที่ออกมาบังคับใช้

ซึ่งมีอีกหลายปัจจัยที่มีผลทำให้การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายทั้ง ๆ ที่ได้มีการปฏิบัติตามรูปแบบ กฎเกณฑ์ หรือเงื่อนไขแห่งกฎหมายที่กำหนดถึงความสัมพันธ์ในเชิงรูปแบบ ทั้งนี้เพราะการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ยังมีเงื่อนไขอื่น ๆ อีกมากมายที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นต้นเหตุแห่งการทำให้ดุลพินิจต่าง ๆ ของบรรดาเจ้าหน้าที่รัฐตกเป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำกำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

เนื้อเรื่อง

การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อคู่กรณีนั้น มีทั้งการกระทำที่เป็นการออกกฎ คำสั่ง การกระทำอื่นใด ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อคู่กรณีอีกฝ่ายคือ การกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ไม่ว่าจะเป็นโดยการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเป็นการกระทำที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในการใช้อำนาจของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่รัฐอย่างที่กำลังกล่าวมาแล้วนั้นในฐานะผู้ใช้อำนาจปกครอง หากกฎหมายกำหนดให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจ หรือพิจารณาตัดสินใจว่าจะใช้อำนาจในทางใด หรือเลือกที่จะกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ กรณีเช่นนี้ ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจพิจารณา

เลือกกระทำการ หรือมักเรียกกันว่า “อำนาจดุลพินิจ” โดยเลือกอย่างใดแล้วนั้นต้องมีเหตุผลที่เหมาะสม ที่เป็นหลักประกันว่าได้ใช้ดุลพินิจนั้นโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความหมายของดุลพินิจ

หากพิจารณาจากความหมายของคำว่าดุลพินิจ ตามเนื้อหาของกฎหมายในความหมายของแต่ละประเทศเราสามารถให้ความหมาย เพื่อเป็นแนวทางของการศึกษาได้ดังนี้ เช่น

คำว่าดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ หมายถึง อำนาจที่เลือกที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายให้ทางเลือกไว้

คำว่าดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกา หมายถึง อำนาจเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งกฎหมายให้ทางเลือกมาแล้ว และการไม่เลือกกระทำก็ถือเป็นดุลพินิจอย่างหนึ่ง

คำว่าดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส หมายถึง การเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเลือกไม่กระทำ ต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย จะเลือกตามอำเภอใจไม่ได้

คำว่าดุลพินิจ ตามความหมายของกฎหมายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หมายถึง การเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือเลือกไม่กระทำ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและต้องอยู่บนพื้นฐานและบรรทัดฐานที่ฝ่ายปกครองได้เคยปฏิบัติมา

สำหรับความหมาย ของคำว่าดุลพินิจ ตามกฎหมายไทย ในเบื้องต้นเป็นการให้ความหมายตามตามพจนานุกรมแปล ไทย-ไทย ราชบัณฑิตยสถาน คำว่า ดุลพินิจ (อ่านว่า ดุน-ละ-พิ-นิจ) ประกอบด้วยคำว่า ดุล กับคำว่า พินิจ. ดุล แปลว่า เท่ากัน เสมอกัน เท่าเทียมกัน. พินิจ แปลว่า การพิจารณา. ดุลพินิจ จึงมีความหมายว่า การวินิจฉัยที่สมควร การพิจารณาด้วยความเที่ยงธรรม (Office of the Royal Society, online)

และคำว่า “Administrative discretion” หรือดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ของรัฐว่า หมายถึง อำนาจของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้อำนาจตัดสินใจเพื่อการปฏิบัติ หน้าที่ของตน (Office of the Thai Bar Association, online)

หลักการและแนวคิดทฤษฎีการใช้อำนาจ ปัจจัยสำคัญของการใช้อำนาจฝ่ายปกครอง “แม้จะมองว่าการใช้ดุลพินิจเป็นสิ่งที่ชั่วร้าย แต่ก็เป็นสิ่งชั่วร้ายและจำเป็น” (Wisrutphit, 2019, p.11) เพราะเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้ฝ่ายปกครองสามารถบรรลุเป้าหมายในกิจกรรมได้ แต่ต้องอยู่บนหลักความเป็นกลาง เป็นธรรม และเสมอภาค ตามหลักการแนวคิดทฤษฎีกฎหมาย (Rule of law Theory) หมายถึง อำนาจในการตัดสินใจดำเนินการภายใต้กรอบของหลักนิติธรรม (Office of the Thai Bar Association, online) เพื่อให้มั่นใจว่าการตัดสินใจนั้นอยู่ภายในขอบเขตที่กำหนดโดยกฎหมาย ข้อบังคับ และแบบอย่างทางกฎหมาย หลักนิติธรรมเน้นความรับผิดชอบ ความเป็นธรรม และข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีอำนาจ

ดังนั้นในหลักการใช้อำนาจ ของฝ่ายปกครองในการทำกิจกรรมในทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1) **อำนาจผูกพัน (Mandatory Power)** คือ อำนาจที่องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐต้องปฏิบัติเมื่อมี ข้อเท็จจริงเกิดขึ้น ตามที่กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ได้บัญญัติกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้ว

2) **อำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power)** คือ อำนาจที่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติในฐานะเจ้าหน้าที่ หรือ องค์กรฝ่ายปกครองของรัฐสามารถเลือกตัดสินใจ โดยอิสระภายใต้กรอบของกฎหมาย

เพราะฉะนั้นแล้วจะเห็นได้ว่าหากพิจารณาจากความหมายของคำว่าดุลพินิจ ของกฎหมาย ปกครองแล้ว ย่อมหมายถึงความอิสระของผู้ใช้อำนาจปกครองในกรณีหนึ่งกรณีใดที่กฎหมายให้อำนาจ นั้น ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ แต่ทั้งนี้แม้จะเป็นความเป็นอิสระแต่ก็จะถูกควบคุมภายใต้หลักการและแนวคิด ความเป็นกลาง ความเป็นธรรม และปราศจากการมีส่วนได้เสียในการใช้อำนาจนั้น ๆ แม้โดยรูปแบบ ภายนอกกฎหมายได้กำหนดหลักประกัน ความเป็นกลาง ความเป็นธรรม และการปราศจากการมีส่วนได้ เสียโดยกฎหมายไว้อย่างชัดเจนแล้ว นั่นคือการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองจะต้องปราศจากการตกอยู่ ภายใต้อำนาจมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวงที่ออกตาม ความในมาตรา 13 ดังกล่าวด้วย

บางกรณีเพียงแต่กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติวิธี ปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ยังคงไม่เพียงพอที่จะคุ้มกันดุลพินิจของฝ่ายปกครองให้เป็นดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายทุก ดุลพินิจได้ แม้ในความเป็นจริงที่ปรากฏผู้ใช้อำนาจทางปกครองไม่มีส่วนได้เสีย หรือไม่เป็นผู้ที่มีส่วน เกี่ยวข้องทั้งในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่ชัดเจน ทั้งมิได้ตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 13 ที่นำไปสู่การใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ แต่ยังมีข้อเท็จจริงอื่นที่นำไปสู่การเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมาย และทำให้ ผู้ได้รับผลกระทบเอาผลของนิติกรรมยื่นฟ้องต่อศาลให้ยกเลิกเพิกถอน ทั้ง ๆ ที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้นั้น มีความเป็นกลาง ในการพิจารณาใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว ทั้งนี้หากเหตุอื่นที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของ ฝ่ายปกครองตกเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายนั้นมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนย่อมทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจ ของฝ่ายปกครองหลุดพ้นจากการตกเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมาย ที่จะนำไปสู่ความมิชอบด้วยกฎหมายได้

เช่น กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยถึงคณะกรรมการว่าบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการ สอบสวนวินัยร้ายแรงจะต้องมีความเป็นกลาง ทั้งนี้เพราะการสอบสวนวินัยเป็นการพิจารณาทางปกครอง ครั้นเมื่อบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการสอบสวนวินัยร้ายแรงจำนวนสองในสาม เคยเป็นคณะกรรมการ สอบหาข้อเท็จจริงในเรื่องดังกล่าวมาแล้ว ต่อมาเมื่อมีการพิจารณาในชั้นการสอบสวนย่อมมีการพิจารณา และใช้ดุลพินิจไปในทิศทางเดียวกันกับการสอบหาข้อเท็จจริง จึงเห็นว่าเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่พิจารณา ทางปกครองดังกล่าว มีสภาพร้ายแรงตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

พ.ศ. 2539 และมีความไม่เป็นกลาง จึงวินิจฉัยให้คำสั่งลงโทษวินัยอันเป็นนิติกรรมทางปกครองประเภทคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ในปัจจุบันมติที่ประชุมใหญ่ จะไม่ถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียก็ตาม และ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2546 กรณีที่ศาลวินิจฉัยให้คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้แก่ข้าราชการพลเรือนประจำปี มีข้อเท็จจริงปรากฏโดยชัดแจ้งว่าผู้ใช้อำนาจดุลพินิจ มีเหตุโกรธเคืองจากการทะเลาะวิวาทกับบุคคลผู้เป็นคู่กรณีในที่สาธารณะ และจะมีการทำร้ายร่างกายกันหลายครั้งแล้ว จึงมีความเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเป็นคำสั่งที่มิชอบ ทั้งนี้ ย่อมทำให้ผลของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว เป็นนิติกรรมที่มิชอบ เพราะเหตุแห่งความมิชอบดังกล่าวเกิดขึ้นอย่างชัดแจ้งและปรากฏออกมาในรูปของการฝ่าฝืนข้อกฎหมาย และหากพิจารณาเปรียบเทียบจากผลของคำสั่งศาลปกครองทั้งสอง จะพบว่าคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2546 ทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ปรากฏชัดว่าคู่กรณีและเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการใช้ดุลพินิจย่อมจะไม่เป็นกลางในการใช้อำนาจดุลพินิจอย่างชัดแจ้ง มีผลทำให้ผลของดุลพินิจมิชอบ ในขณะที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.834/2558 ไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือข้อเท็จจริงที่เป็นประจักษ์อย่างชัดแจ้งว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจไปในทางที่ไม่เป็นกลาง ครั้นเมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการออกไป กลไกแห่งการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลกลับวินิจฉัยว่าการที่บุคคลดังกล่าวในฐานะเจ้าหน้าที่รัฐใช้ดุลพินิจไปแล้วนั้น เป็นเหตุให้ดุลพินิจดังกล่าวตกเป็นดุลพินิจที่มิชอบได้ เมื่อเปรียบเทียบกับ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.33/2557,อ.229/2554,2143/2555 คดีพิพาทเกี่ยวกับการโอนย้ายข้าราชการระดับสูงโดยมิชอบ กรณีนายถวิล เปลี่ยนศรี จากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (นักบริหารระดับสูง) ซึ่งเป็นหน่วยงานสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ปฏิบัติงานขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ให้ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ (นักบริหารระดับสูง) นายจาตุร อภิชาตบุตร จากตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (นักบริหาร 10) สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ให้ไปดำรงตำแหน่งผู้ตรวจราชการกระทรวง (ผู้ตรวจราชการ 10) สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย และกรณีนายพิรพล ไตรทศวิทย์ ที่ในขณะดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงมหาดไทย ได้ถูกคำสั่งให้โอนไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักนายกรัฐมนตรี โดยทั้งสามคดีดังกล่าวศาลปกครองได้วินิจฉัยว่าเป็นการโอนย้ายโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ ไม่มีเหตุผลที่เป็นจริงและสมเหตุสมผลรองรับ ไม่สอดคล้องตามระบบคุณธรรมและเจตนารมณ์ของกฎหมายเกี่ยวกับการโอนย้าย อันถือเป็นการวางบรรทัดฐานและหลักการสำคัญเกี่ยวกับการโอนย้ายข้าราชการประจำให้มีความชัดเจน

จากตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ.33/2557,อ.229/2554,2143/2555 ดังกล่าวที่ผู้เขียนหยิบยกมาเพื่อเป็นแนวทาง และกรณีศึกษาเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จะเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดีคือนายกรัฐมนตรีมีการใช้อำนาจดุลพินิจตามกฎหมาย ในการสั่งย้ายผู้ได้บังคับบัญชา โดยปราศจากการตกอยู่

ภายใต้บทบัญญัติของมาตรา 13 และ กฎกระทรวงดังกล่าวข้างต้น ก็มีวาทะที่การใช้ดุลพินิจดังกล่าวตกเป็นดุลพินิจโดยมิชอบ

เพราะฉะนั้น ปัจจัยในทางข้อเท็จจริงที่มีส่วน ทำให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองตกเป็นนิติกรรมทางปกครองที่มีชอบแล้วนั้น ยังมีปัจจัยอื่น ๆ อีกที่มีผลทำให้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตกเป็นดุลพินิจที่มีชอบได้ หากเกิดขึ้นภายใต้การมีส่วนร่วมผสมของการเป็นปฏิบัติต่อกฎหมายจากผู้ใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จึงพอจะสรุปได้ว่าการใช้อำนาจทางปกครองในความหมายของคำว่าดุลพินิจ จะต้องอยู่บนพื้นฐานของความเป็นกลาง และต้องไม่มีสิ่งหนึ่งสิ่งใดมาควบคุมหรือบังคับในการใช้ดุลพินิจนั้น มีความเป็นอิสระลดน้อยถอยลงไปจากมาตรฐานทั่ว ๆ ไป หากเจ้าหน้าที่รัฐคนอื่น ๆ มาเป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองในดุลพินิจในเรื่องเดียวกัน แต่ก็คงเป็นเรื่องที่ยากหากคงปล่อยให้บรรดาเจ้าหน้าที่รัฐแต่ละคน ต่างใช้ดุลพินิจตามความอิสระของตนตามความหมายของดุลพินิจ โดยไม่มีการสร้างเกณฑ์อันเป็นมาตรฐานกลางที่แคบกว่ากฎเกณฑ์ที่มีอยู่ มาเป็นคู่มือในการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองอย่างเป็นรูปธรรม

ซึ่งจากแนวความคิดของผู้เขียน ไปสอดคล้องกับ บทสรุปเรื่อง “ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่จัดทำขึ้นโดยคณะทำงานศึกษาและยกร่างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่สรุปว่า “การใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภทจะมีลักษณะที่แตกต่างกัน และมีความเฉพาะเจาะจงแตกต่างกันไปตามแต่ละภารกิจ เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นเหมาะสมและเป็นธรรม ในแต่ละกรณีอันส่งผลให้เป็นการยากที่จะกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจได้อย่างตายตัว ประกอบกับ การกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด อย่างหนึ่งเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น อาจกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวจึงยังคงต้องคำนึงหลักการพื้นฐานทั่วไปที่ต้องสอดคล้องกับ หลักกฎหมายต่าง ๆ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เช่น หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน” (Working Group on the Study and Drafting of Guidelines for the Use of Discretion by Government Officials, Office of the Council of State, online)

วัตถุประสงค์

บทความนี้แสดงให้เห็นเป็นปรากฏชัดว่า ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง แม้จะปราศจากการตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับ กฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 13 (2) ที่กำหนดกรณีอื่นที่เจ้าหน้าที่จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ พ.ศ. 2566 ที่กล่าวมาข้างต้น ยังมีเหตุอื่นที่ทำให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตกเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายได้อีกเช่นกัน

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาโดยสรุป โดยหลักการกรณีของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้ฝ่ายปกครองได้มีทางเลือก และมีอิสระในการตัดสินใจกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด เพื่อให้การใช้อำนาจมีความเคลื่อนไหวไม่แข็งกระด้าง โดยมีการพิจารณาก่อนการใช้อำนาจดุลพินิจโดยละเอียดและรอบคอบ แต่มีวาทกรรมใช้อำนาจดุลพินิจตกเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีขอบ และนำมาซึ่งการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว นอกจากจะเป็นการสร้างภาระแก่ฝ่ายปกครองแล้ว ยังเป็นการบั่นทอนจิตใจเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจ และยังเป็นการเพิ่มคดีในชั้นศาลปกครอง

ดังนั้นเพื่อลดจำนวนการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่อาจเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมาย และนำมาซึ่งดุลพินิจที่มีขอบ จึงควรกำหนดแนวทาง หรือหลักเกณฑ์กลาง เกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เพื่อให้ฝ่ายปกครองถือปฏิบัติ โดยศึกษาแนวปฏิบัติจากการกระทำของฝ่ายปกครอง และแนวคำวินิจฉัยของศาลที่เห็นตรงกันว่า เป็นดุลพินิจที่ปราศจากการเป็นปฏิปักษ์ต่อกฎหมาย เช่น การกำหนดให้การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องไม่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของหลักสิทธิมนุษยชน หรือสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ โดยชัดแจ้ง แต่ทั้งนี้ต้องผ่านการศึกษาในรูปแบบของงานวิจัย เพื่อนำเอาผลการศึกษามาสร้างเป็น กฎที่เป็นเกณฑ์กลาง และสามารถปรับใช้ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริงทั่วไป ที่อาจสร้างผลกระทบต่อความเป็นกลาง ความโปร่งใส และความเป็นธรรมในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง และส่งผลให้การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นดุลพินิจที่มีขอบ

ฉะนั้นโดยบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงเห็นควร ให้มีการศึกษา ค้นหา ในรูปแบบของงานวิจัย เพื่อค้นหาแนวทางในการสร้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อมาปรับใช้ให้สอดคล้องและเหมาะสมกับข้อเท็จจริง โดยปราศจากเหตุแทรกแซงใด ๆ ที่เป็นการสร้างผลกระทบต่อความเป็นกลาง ไม่โปร่งใส และขาดความเป็นธรรม ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยไม่เป็นอิสระ ที่ส่งผลให้การพิจารณา มีความโน้มเอียงไปในทิศทางหนึ่งทิศทางใดได้ ซึ่งหากกฎหมายปกครองมีการกำหนดกรอบแห่งการใช้ดุลพินิจไว้ให้เป็นมาตรฐานกลางและแคบกว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน เพื่อกำหนดขึ้นเป็นแนวทาง และถือปฏิบัติ ในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ โดยสามารถนำไปปรับใช้กับการใช้อำนาจดุลพินิจในทุกกรณีของนิติกรรมทางปกครองได้ จะเป็นการลดอัตราการเกิดขึ้นของการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่มีขอบได้

เอกสารอ้างอิง

Jeyalee, O. (2022). *Administrative law*. Bangkok: Wangaksorn Publishing. (In Thai).

Office of the Royal Society. (n.d.). Retrieved August 19, 2023, from <http://legacy.orst.go.th/?know> (In Thai).

Office of the Thai Bar Association. (online). Retrieved on August 19, 2024, from <http://legacy.orst.go.th/?know>.

Office of the Thai Bar Association. (online). Retrieved on May 10, 2025, from <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2009/09/legal-theory-lexicon-rules-standards-and-principles.html>

Wisaratphit, W. (2019). *Some fundamental ideas and principles of administrative law* (2nd ed.). Bangkok: Winyuchon Publication House. (In Thai).

Working Group on the Study and Drafting of Guidelines for the Use of Discretion by Government Officials, Office of the Council of State. (n.d.). *Introduction to the use of discretion by government officials*. Retrieved August 19, 2023, from <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/03-4-1.pdf> (In Thai).
