

## หลักการใช้ดุลพินิจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครอง Principles of Using Legal Discretion in Issuing Administrative Orders

ชัชณูชา หมั่นถนอม\*  
Chidsanucha Manthanom\*

(Received: 15 January 2025, Revised: 3 May 2025, Accepted: 22 June 2025)

### บทคัดย่อ

บทความวิชาการฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอการกระทำทางปกครองที่มีลักษณะการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อการบริหารองค์กร โดยคำสั่งทางปกครองมีส่วนประกอบสำคัญ ได้แก่ ลักษณะ รูปแบบ และความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแบ่งเป็นองค์ประกอบที่เป็นรูปธรรมและนามธรรม องค์ประกอบที่เป็นรูปธรรม ได้แก่ การมีอำนาจตามกฎหมาย และรูปแบบหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ ส่วนองค์ประกอบที่เป็นนามธรรม ได้แก่ ดุลพินิจ เมื่อหน่วยงานทางปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองในรูปแบบใดก็ตาม ผู้มีอำนาจจำเป็นต้องใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งนั้น โดยต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่เป็นแนวทาง เช่น การพิจารณาตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักความเหมาะสม และหลักความจำเป็น หากการใช้ดุลพินิจเกิดข้อผิดพลาด เช่น การไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน หรือการใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ตลอดจนการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมทางปกครอง ทั้งในส่วนของผู้รับคำสั่งและผู้ออกคำสั่งนั้น

คำสำคัญ : คำสั่งทางปกครอง / ดุลพินิจตามอำเภอใจ / ดุลพินิจ

### Abstract

This academic article aims to present administrative actions characterized by the exercise of discretion in issuing administrative orders for organizational management. Administrative orders comprise essential elements, including characteristics, form, and legal validity, which are further divided into tangible and intangible components. The tangible components include having legal authority and adhering to prescribed forms and procedures, while the intangible component pertains to discretion. When administrative agencies issue administrative orders in any form, the authorized individuals must exercise discretion in doing so. This process must follow specific guidelines, such as adhering to the principles of legality, the principle of no power without law, proportionality, appropriateness,

\*ปร.ด. (รัฐประศาสนศาสตร์), ศึกษานิเทศก์ชำนาญการพิเศษ, สำนักงานเขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษายะลา

\*Ph.D. (Public Administration), Study Supervisor, Senior Professional Level, The Secondary Educational Service Area Office Yala

Corresponding Author: Chidsanucha Manthanom, E-mail: joemajor5931@gmail.com

and necessity. Errors in the exercise of discretion such as failure to exercise discretion, exceeding the discretion granted by law, distorting the use of discretion, or disregarding constitutional rights and freedoms along with the violation of general legal principles, which constitutes arbitrary use of discretion, inevitably affect administrative justice. Such errors impact both the recipients of the orders and the authorities issuing them.

**Keywords:** Administrative order / Arbitrary Discretion / Discretion

## บทนำ

มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จะเห็นได้ว่าการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นในครั้งแรกเป็นลักษณะของรูปธรรม กล่าวคือมีลักษณะที่มีรูปแบบขั้นตอนระเบียบกำหนดไว้เกือบทุกลักษณะแต่มีอีกส่วนหนึ่งที่เป็นลักษณะนามธรรม คือ ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจถือได้ว่าเป็นการใช้ความรู้สึกนึกคิดของผู้มีอำนาจในการตัดสินใจในการกระทำทางปกครอง ในการทำความเข้าใจความหมาย “ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง” นั้น จำต้องพิจารณาตำแหน่งแห่งที่ของดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างของบรรทัดฐานทางกฎหมายคือ ดุลพินิจที่ปรากฏตัวในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย และปัญหาของดุลพินิจในส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554)

บทความนี้มีจุดมุ่งหมายศึกษาและวิเคราะห์การออกคำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดโดยมิชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบเพื่อจะศึกษาปัญหาที่เกิดจากการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์ทางวิชาการ และนำไปเป็นกรณีศึกษาให้เกิดความเข้าใจ รวมทั้งเป็นแนวทางสำหรับการใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องของฝ่ายปกครองต่อไปในอนาคต

## ดุลพินิจตามกฎหมายในการออกคำสั่งทางปกครอง

### 1. ความหมายของดุลพินิจในฝ่ายปกครอง

ในการดำเนินการกิจการของรัฐตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ กำหนดให้แต่ละฝ่ายต่างดำเนินการไปตามหน้าที่โดยฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่ในการตรากฎหมายขึ้นเพื่อให้ฝ่ายบริหารมีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ แต่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงได้ในทุกเรื่อง ทุกกรณี ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ด้วยข้อจำกัดนี้ฝ่ายนิติบัญญัติจำเป็นต้องตรากฎหมายด้วยถ้อยคำที่กว้าง เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจในการดำเนินการกิจการของรัฐได้อย่างราบรื่น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองไว้ด้วยเหตุ 3 ประการ 1) เหตุผลเกี่ยวกับภารกิจของรัฐสมัยใหม่จะต้องจัดทำภารกิจพื้นฐานเพื่อการดำรงอยู่ของรัฐ เช่น ด้านความมั่นคง การป้องกันประเทศ และภารกิจอื่น ๆ ที่ทำให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น เป็นต้น 2) เหตุเกี่ยวกับการตรากฎหมายที่ใช้บังคับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในอนาคต นับแต่วันที่ใช้กฎหมาย เพราะไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าการกระทำหรือเหตุการณ์ในอนาคตจะเป็นเช่นไร และ 3) เหตุเรื่องความยุติธรรมเฉพาะกรณี อาจเกิดจากอำนาจผูกพันทำให้การใช้กฎหมายของฝ่ายปกครองเกิดความไม่เป็นธรรม บนพื้นฐานความเสมอภาคของบุคคล (ศุภชัย บุญอำพันธ์, 2567) คำจำกัดความของดุลพินิจและการใช้อำนาจในบริบทของกฎหมายปกครองนั้นเป็นอำนาจชนิดหนึ่งที่กฎหมายบัญญัติให้ฝ่ายปกครองสามารถเลือกตัดสินใจการกระทำทางปกครองให้เหมาะสมสอดคล้องกับกรณีหรือข้อเท็จจริง

ดุลพินิจฝ่ายปกครอง หมายถึง การใช้อำนาจที่ฝ่ายปกครองได้รับจากฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐปรับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม เพื่อให้การออกคำสั่งทางปกครองเป็นไปอย่างถูกต้องตามขอบเขตของกฎหมาย เพื่ออำนวยความสะดวกธรรมชาติให้กับประชาชน (บุญญรัตน์ โสคันดาลชัย, 2560)

## 2. อำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจอาจแบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ กล่าวคือ 1) ดุลพินิจตัดสินใจ คือ ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นผลทางกฎหมาย และ 2) ดุลพินิจวินิจฉัย คือ ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงกับปัญหาการยอมรับดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ปรากฏในโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ด้วยการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพื้นฐานสำคัญเมื่อใดที่กฎหมายที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยมิได้กำหนดองค์ประกอบหรือเงื่อนไขการใช้อำนาจไว้อย่างชัดเจนแล้ว ในการบังคับใช้กฎหมายย่อมจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการใช้อำนาจในเรื่องนั้น ๆ ดังนั้น ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงเกิดขึ้นจากการที่ตัวบทกฎหมายเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กฎหมายได้อย่างยืดหยุ่นและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นการเฉพาะเรื่องเฉพาะราย เพื่อมิให้เกิดการใช้บทบัญญัติของกฎหมายแข็งกระด้างและเพื่อมุ่งหมายให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เฉพาะเรื่องเฉพาะรายนั้น ๆ อำนาจดุลพินิจสามารถแบ่งออกได้หลายประเภทตามการกระทำต่าง ๆ ของรัฐแต่ยังคงมีลักษณะร่วมกัน ได้แก่ การที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยกำหนดถ้อยคำที่มีลักษณะไม่แน่นอนตายตัว หรือให้ทางเลือกในการใช้อำนาจหรือมาตรการได้หลายทางในขอบเขตที่กำหนด ซึ่งการยอมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในเรื่องนั้น ๆ เพื่อให้มีการบริหารกฎหมายให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และมีให้เกิดการหยุดชะงักในการปฏิบัติหน้าที่หรือขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2568) ซึ่งการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นไปเพื่อการบรรลุผลสำเร็จในการดำเนินการตามวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จึงเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องตรวจสอบ 1) ข้อเท็จจริง ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และ 2) การใช้อำนาจดุลพินิจตามกฎหมาย ซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนผลให้ถูกต้องและเหมาะสม ด้วยความเป็นกลาง และโดยปราศจากอคติ เพื่อให้เกิดความโปร่งใสในการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐตามความเหมาะสมแก่กรณี (กาญจนา สุขบุรณ์, 2566)

### 2.1 กรณีใช้ดุลพินิจตัดสินใจ

ดุลพินิจตัดสินใจเป็นดุลพินิจที่จะเลือกตัดสินใจวินิจฉัยในส่วนที่เป็นผลทางกฎหมายเป็นส่วนที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจใช้อำนาจโดยพิจารณาว่ากฎหมายที่ให้อำนาจกำหนดผลของการใช้อำนาจไว้เช่นไร เมื่อมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นครบองค์ประกอบตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถที่จะเลือกผลในทางกฎหมายหรือมาตรการในการดำเนินการตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ได้ ดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนของผลทางกฎหมายนี้อาจเรียกว่า “ดุลพินิจตัดสินใจ” ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กฎหมายกำหนดเปิดช่องไว้ให้ โดยจะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 กรณี ได้แก่ ดุลพินิจตัดสินใจว่าจะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการและดุลพินิจเลือก (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2568) หากพิจารณาโครงสร้างบรรทัดฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจองค์กรฝ่ายปกครองดำเนินการจะพบว่าองค์กรนิติบัญญัติกำหนดองค์ประกอบส่วนเหตุอันเป็นเงื่อนไขของผลทางกฎหมายไว้ และเมื่อองค์ประกอบที่เกิดขึ้นครบถ้วนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถเลือกผลในทางกฎหมายที่กำหนดไว้ได้ผลในทางกฎหมายที่กำหนดไว้มี 2 กรณีใหญ่ ๆ คือ กรณีที่ (1) เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วน

แล้วองค์กรฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการตัดสินใจว่าจะดำเนินการ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554) เช่น เมื่อคณะกรรมการสอบสวนวินัยมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหามีความผิดวินัยไม่ร้ายแรง หรือมีความผิดวินัยอย่างร้ายแรง แล้วแต่กรณี ผู้มีอำนาจสามารถตัดสินใจที่จะลงโทษทางวินัยในกรณีความผิดวินัยไม่ร้ายแรง คือ ภาคทัณฑ์ หรือ ตัดเงินเดือน หรือ ลดเงินเดือน อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือสามารถตัดสินใจที่จะลงโทษทางวินัยในกรณีความผิดวินัยอย่างร้ายแรง คือ ปลดออก หรือ ไล่ออก อย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนกรณีที่ (2) เมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้วและองค์กรเจ้าหน้าที่ตัดสินใจที่จะดำเนินการ องค์กรเจ้าหน้าที่สามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการที่กฎหมายกำหนดได้ (วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 2554) เช่น เมื่อผู้รับอนุญาตตั้งฟาร์มสุกรดำเนินการเป็นการสร้างความเดือดร้อนรำคาญเนื่องจากส่งกลิ่นเหม็นเป็นมลพิษทางอากาศ มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 บัญญัติให้ ให้เจ้าพนักงานควบคุมมลพิษมีอำนาจดังนี้ 1) เข้าไปในอาคาร สถานที่และเขตที่ตั้งโรงงานหรือแหล่งเกิดมลพิษ เพื่อควบคุมการปล่อยมลพิษ 2) ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้รับใบอนุญาตจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ปรับปรุง หรือ ซ่อมแซม 3) ออกคำสั่งเป็นหนังสือสั่งปรับเจ้าของแหล่งกำเนิดมลพิษ 4) ออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ผู้รับใบอนุญาตหยุดหรือปิดการดำเนินการ หรือเพิกถอนใบอนุญาต หรือ 5) ออกคำสั่งเป็นหนังสือเพิกถอนการเป็นผู้ควบคุมตามมาตรา 68 หรือ 70 ในกรณีผู้ควบคุมไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

## 2.2 กรณีใช้ดุลพินิจวินิจฉัย

ดุลพินิจวินิจฉัยเป็นอำนาจดุลพินิจที่ปรากฏในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุซึ่งในการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถเลือกตัดสินใจตามความพอใจได้ แต่จะต้องตรวจสอบโดยวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่นั้นเพียงพอที่จะเชื่อว่ามีข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้นหรือไม่ แม้ว่าการวินิจฉัยข้อเท็จจริงนี้อาจมีความเห็นที่แตกต่างกันเกิดขึ้นได้ (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2568) เช่น เมื่อข้าราชการที่มีสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการ ตามมาตรา 7 แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้าน พ.ศ. 2547 ต่อมาได้กู้เงินเพื่อปลูกสร้างบ้าน จึงได้ขอใช้สิทธิตามมาตรา 17 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกฤษฎีกาเดียวกัน บัญญัติว่า ในกรณีที่ข้าราชการซึ่งมีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกานี้ ได้เช่าซื้อหรือผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านที่ค้างชำระอยู่ในท้องที่ที่ประจำสำนักงานใหม่ เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยและได้อาศัยอยู่จริงในบ้านนั้น ให้ข้าราชการผู้นั้นมีสิทธินำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้ดังกล่าวมาเบิกค่าเช่าบ้านข้าราชการได้ไม่เกินจำนวนเงินที่กำหนดไว้ตามบัญชีอัตราค่าเช่าบ้านข้าราชการท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ ตามความในมาตรานี้จะเกิดกรณีขึ้น 2 กรณี คือ กรณีแรกข้าราชการที่เช่าซื้อหรือกู้เงินเพื่อซื้อบ้านที่สร้างเสร็จแล้ว และใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยและได้อาศัยอยู่จริงในบ้านนั้นซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้ตามตัวบทกฎหมาย แต่ในกรณีที่สอง ข้าราชการที่กู้เงินเพื่อปลูกสร้างบ้านซึ่งสภาพของบ้านไม่สามารถเข้าอยู่ได้ทันทีนับแต่วันที่ก่อหนี้ตามหลักความเสมอภาคแล้วทั้ง 2 กรณีควรเบิกค่าเช่าบ้านเพื่อผ่อนชำระเงินกู้ได้ตั้งแต่วันที่เกิดหนี้ หากตีความในประโยคที่ว่า “และได้อาศัยอยู่จริงในบ้านนั้น” ก็จะทำให้ข้าราชการกรณีที่สองไม่สามารถเบิกค่าเช่าบ้านได้ในระหว่างก่อสร้างจนกว่าบ้านจะสร้างแล้วเสร็จและได้อาศัยอยู่จริง จึงทำให้เกิดความไม่เสมอภาคขึ้น ในการตีความตัวบทกฎหมายมาตรานี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในคำพิพากษา คดีหมายเลขแดงที่ อ 208/2554 ศาลเห็นว่า บ้านที่ยังสร้างไม่เสร็จจึงไม่มีสภาพเป็นบ้านที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัย ผู้ก่อสร้างที่มีหนี้เกิดขึ้นจากการดำเนินการดังกล่าว ถือเป็นหนี้เพื่อการก่อสร้างให้เป็นบ้านที่สมบูรณ์ก่อนเข้าอยู่อาศัย ข้าราชการดังกล่าวก็มีสิทธิสามารถนำค่าเช่าซื้อหรือเงินกู้เพื่อที่อยู่อาศัยมาขอเบิกค่าเช่าบ้านได้ (ศาลปกครอง, 2554)

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวศาลได้ตีความกฎหมายตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งมีเจตนารมณ์สำคัญ อยู่ 2 ประการ คือ 1) เพื่อช่วยเหลือข้าราชการที่ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัยเนื่องจากทางราชการเป็นเหตุ และ 2) เพื่อสนับสนุนให้ข้าราชการได้มีบ้านอยู่อาศัยเป็นของตนเอง ในกรณีตามมาตรา 17 ทั้งสองกรณีเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ทั้ง 2 ข้อ ดังนั้นองค์การฝ่ายปกครองอาจต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัยในการพิจารณาว่าจะอนุมัติให้ผู้ยื่นคำขอใช้สิทธิในกรณีที่สองว่ามีลักษณะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ โดยอาศัยหลักการตีความทางกฎหมายปกครองประกอบด้วย

### 3 การใช้ดุลพินิจทางปกครอง

ดุลพินิจทางปกครองควรใช้เมื่อใด ดังที่กล่าวมาข้างต้นดุลพินิจที่ระบุไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นเป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความหมายของคำสั่งทางปกครองเป็นไปตาม มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งบ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิ หรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง การออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำทางปกครอง ตระหง่าน เกียรติศิริโรจน์ (2566) ได้กล่าวว่าการกระทำทางปกครองนั้นจะแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ 1) การกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว ได้แก่ การออกกฎ การออกคำสั่งทางปกครอง และการกระทำอื่นใด 2) การกระทำทางปกครอง 2 ฝ่าย คือ สัญญาของฝ่ายปกครอง ได้แก่ สัญญาทางปกครองและสัญญาทางแพ่ง ดุลพินิจจะมีผลเกี่ยวเนื่องในการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียว โดยเฉพาะการออกคำสั่งทางปกครอง

#### 3.1 คำสั่งทางปกครอง

มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า 1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งบ หรือมีผลกระทบต่อสภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่จะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ 2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ชาญชัย แสงวงศ์ (2563) ได้อธิบายถึงคำสั่งทางปกครองซึ่งมีสาระสำคัญ 5 ประการ คือ

ประการที่ 1) องค์ประกอบในแง่ผู้ออกคำสั่งซึ่งต้องเป็นเจ้าหน้าที่ตามความหมายของเจ้าหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

ประการที่ 2) องค์ประกอบในแง่ของการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในเรื่องนั้นๆ

ประการที่ 3) องค์ประกอบในแง่วัตถุประสงค์ ซึ่งจะต้องมุ่งผลในทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

ประการที่ 4) องค์ประกอบในแง่ของผลต่อผู้รับคำสั่ง เป็นการกระทำที่ก่อให้เกิดผลเฉพาะกรณีที่กำหนดสภาพทางกฎหมายที่เป็นอยู่ในกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ

ประการที่ 5) องค์ประกอบในแง่การเกิดผลในระบบกฎหมาย เป็นการกระทำที่มีผลโดยตรงภายนอกฝ่ายปกครองมีความสำคัญในการชี้ให้เห็นว่าคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นเมื่อใด โดยปกติจะเกิดผลเมื่อแจ้งคำสั่งทางปกครองโดยชอบเป็นต้นไป

### 3.2 คำสั่งทางปกครองทั่วไป

คำสั่งทางปกครองอาจมีผลต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งในกรณีนั้น ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมและเจาะจงเฉพาะราย แต่คำสั่งทางปกครองบางกรณีที่เรียกว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไป วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2554) อธิบายว่าคำสั่งทางปกครองทั่วไปอาจเกิดได้ 2 ลักษณะคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมแต่กฎเกณฑ์นั้นมีผลบังคับเฉพาะกับบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เช่น ฝ่ายปกครองมีคำสั่งห้ามมิให้นาย ก. ประกอบกิจการซ่อมจักรยานยนต์ตั้งแต่เวลา 18.00 น. ถึง 06.00 น. ของอีกวันหนึ่ง ซึ่งเป็นการกำหนดกรณีที่เป็นนามธรรมคือช่วงเวลาแต่ไม่ได้กำหนดเจาะจงว่าวันใดและกำหนดเฉพาะรายนาย ก. เป็นต้น อีกลักษณะหนึ่งคือ องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นรูปธรรมแต่กฎเกณฑ์นั้นมีผลใช้บังคับไม่จำกัดจำนวน เช่น สัญญาอนุญาตไฟจราจร ที่มีผลบังคับในกรณีที่มีบุคคลใดที่ขับรถเข้าไปในเขต ต้องปฏิบัติตามสัญญาไฟจราจรนั้น ซึ่งเป็นการกำหนดกรณีที่เป็นรูปธรรม คือสัญญาอนุญาตไฟจราจรแต่ไม่เจาะจงเฉพาะราย

### 3.3 การเริ่มทำคำสั่งทางปกครอง

ในการออกคำสั่งทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นจะเกิดขึ้นได้ 3 กรณี 1) โดยการร้องขอ เช่น การขออนุญาต ขอดจดทะเบียน ขอสัญชาติ 2) โดยการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น การสั่งให้หรือถอนอาคารที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และ 3) โดยคำแนะนำหรืออนุมัติหรือให้ความเห็นชอบ เช่น การแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งบางตำแหน่ง

### 3.4 ประเภทของคำสั่งทางปกครอง

1) ก่อตั้งสิทธิ ให้สิทธิ หรือให้ประโยชน์ เช่น การอนุญาตให้ตั้งสถานบริการ การอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร การให้ทุนการศึกษา

2) ปฏิเสธสิทธิ หรือไม่ให้ประโยชน์ เช่น การไม่อนุญาต ไม่อนุมัติ ไม่รับรอง ไม่รับจดทะเบียน หรือไม่รับอุทธรณ์

3) เพิกถอนสิทธิ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตต่าง ๆ

4) รับรู้สิทธิของประชาชน เช่น การรับจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

5) สร้างภาระกำหนดหน้าที่ให้ต้องปฏิบัติ เช่น คำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินตามมาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

6) วินิจฉัยอุทธรณ์

### 3.5 ลักษณะของคำสั่งทางปกครอง

1) เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจให้มีหน้าที่ในเรื่องนั้น

2) เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง คือ ไม่ใช่อำนาจในทางนิติบัญญัติ เช่น การอนุมัติพระราชกำหนด ไม่ใช่อำนาจทางรัฐบาล เช่น การทูต ไม่ใช่อำนาจในทางตุลาการ เช่น ในการตัดสินคดี ไม่ใช่อำนาจเกี่ยวกับการดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เช่น การไม่รับแจ้งความของเจ้าหน้าที่ตำรวจ หรือการดำเนินการทางแพ่ง เช่น การบังคับคดีทางแพ่งของเจ้าพนักงานบังคับคดี

3) เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย กล่าวคือ จะต้องมุ่งประสงค์เพื่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล

### 3.6 รูปแบบของคำสั่งทางปกครอง

ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถออกคำสั่งได้หลายรูปแบบตามความเหมาะสมและจำเป็น มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองอาจทำเป็นหนังสือหรือวาจาหรือโดยการสื่อความหมาย ในรูปแบบอื่นก็ได้ แต่ต้องมีข้อความหรือความหมายที่ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้ ชาลูนชัย แสงวงศ์ (2563) กล่าวว่าความชัดเจนของกฎหมายเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง คำสั่งทางปกครองจึงอยู่ในบังคับของหลักการดังกล่าวด้วย คำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะกระทำในรูปแบบใดต้องมีความหมายที่ “ชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจได้” ทั้งนี้ไม่ว่าต่อผู้รับคำสั่งหรือบุคคลที่สามก็ตาม

รูปแบบที่ 1 คำสั่งด้วยวาจา ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เลือกที่จะทำคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาแล้วนั้น ถ้าผู้รับคำสั่งร้องขอภายใน 7 วันนับแต่วันที่คำสั่งดังกล่าว ให้ยื่นเป็นหนังสือ เจ้าหน้าที่จะต้องออกหนังสือยืนยันคำสั่งทางปกครองของตนให้ผู้รับคำสั่ง กรณีนี้มิใช่การมีคำสั่งใหม่เป็นหนังสือและต้องนับผลทางกฎหมายใหม่แต่อย่างใด หากแต่เป็นการออก “หนังสือยืนยัน” ว่าคำสั่งด้วยวาจาที่ตนทำไปก่อนนั้นมีเนื้อหาเช่นใดและมีเหตุผลอย่างไร แต่ผลของคำสั่งทางปกครองเกิดแล้วตั้งแต่ขณะที่ได้มีคำสั่งด้วยวาจา

รูปแบบที่ 2 คำสั่งเป็นหนังสือ เป็นไปตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสืออย่างน้อยต้องระบุ วัน เดือน และปี ที่ทำคำสั่ง ชื่อและตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่ง พร้อมทั้งมีลายมือชื่อของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้น ประกอบมาตรา 37 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครอง เป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย

- (1) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ
- (2) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง
- (3) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ

รูปแบบที่ 3 คำสั่งโดยวิธีการอื่น คำสั่งทางปกครองอาจสื่อความหมายโดยวิธีอื่นนอกจากหนังสือหรือวาจา เช่น ไฟสัญญาณจราจร เป็นต้น

### 4 ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

การใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทุกระดับคือ การใช้อำนาจตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีเหตุผลอันสมควรภายในขอบเขตแห่งกฎหมาย ขอบเขตที่เวลากำหนดอย่างเป็นกลาง โปร่งใส ไม่บิดเบือนวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ไม่ใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลขณะเดียวกันจะต้องสงวนรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ของส่วนรวมด้วยนอกจากนี้การใช้ดุลพินิจจะต้องไม่ฝ่าฝืนระเบียบภายในของฝ่ายปกครองที่วางไว้เป็นแนวปฏิบัติขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองมี 3 ขั้นตอน ดังนี้ (กาญจนา สุขาบวรณ, 2566)

**ขั้นตอนที่ 1** การวินิจฉัยข้อเท็จจริง กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากการขอรับการใช้บริการจากภาครัฐ และต้องพิจารณาว่าพยานหลักฐานที่มีอยู่เพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าได้เกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ หลักการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่ต้องแสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้องและให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงและมีโอกาสแสดงพยานหลักฐานของตน ซึ่งเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจที่กฎหมายเฉพาะกำหนดแล้ว

**ขั้นตอนที่ 2** การปรับบทกฎหมาย กล่าวคือ บางกรณีกฎหมายจะบัญญัติข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบโดยใช้ถ้อยคำที่มีความชัดเจนแน่นอน แต่บางกรณีกฎหมายบัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายกว้าง ๆ และไม่มีคำจำกัดความไว้หรือไม่อาจกำหนดความหมายได้แน่นอน เจ้าหน้าที่จะต้องปรับบทกฎหมายให้เข้ากับข้อเท็จจริงที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอันเป็นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

**ขั้นตอนที่ 3** การตัดสินใจ กล่าวคือ ต้องพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้เพียงประการเดียวหรือหลายประการ หากกฎหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจกำหนดทางเลือกในการตัดสินใจได้หลายทาง ซึ่งเป็นดุลพินิจตัดสินใจและดุลพินิจวินิจฉัยนั่นเอง ผู้มีอำนาจตัดสินใจ จะต้องเลือกใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับกรณี

#### 4.1 กรณีตัวอย่างการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง

**การวินิจฉัยข้อเท็จจริง** ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการส่วนท้องถิ่นมีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านเพราะผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้จัดที่พักอาศัยให้เนื่องจากที่พักอาศัยของทางราชการไม่ว่าง ผู้ฟ้องคดีจึงขอใช้สิทธิเบิกค่าเช่าซื้อที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตามข้อ 14 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยค่าเช่าบ้านของข้าราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2548 ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้เลื่อนระดับเป็นระดับ 7 ผู้ถูกฟ้องคดีจึงจัดให้เข้าอยู่บ้านพักตามข้อ 1 (1) ของหนังสือกระทรวงมหาดไทยและระเบียบการเบิกค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดี

**การปรับบทกฎหมาย** ด้วยเหตุดังกล่าวข้าราชการส่วนท้องถิ่นผู้ที่จะสามารถใช้สิทธิตามข้อ 14 ได้นั้น จึงต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านตามข้อ 6 เสียก่อน แต่ทั้งนี้ ด้วยสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านตามข้อ 6 เป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขบังคับ อันเป็นเหตุให้สิ้นสิทธิหรือเป็นเหตุให้สิทธิในการได้รับค่าเช่าบ้านต้องระงับไป หากต่อมาภายหลังความเดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัยอันเนื่องมาจากทางราชการเป็นเหตุเช่นว่านั้น ได้ระงับไปแล้ว ข้าราชการส่วนท้องถิ่นผู้นั้น ย่อมสิ้นสิทธิที่จะได้รับค่าเช่าบ้านต่อไป

**การตัดสินใจ** 1) ผู้มีอำนาจแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีให้เข้าพักอาศัยในที่พักของทางราชการ ตามข้อ 1 (1) ของหนังสือกระทรวงมหาดไทย เพราะเมื่อข้อเท็จจริงอันเป็นส่วนเหตุเกิดขึ้นครบถ้วนแล้วและองค์กรเจ้าหน้าที่ตัดสินใจที่จะดำเนินการ องค์กรเจ้าหน้าที่สามารถเลือกดำเนินการตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งในบรรดามาตรการที่กฎหมายกำหนด และ 2) สั่งงดใช้สิทธิการเบิกค่าเช่าบ้าน (เช่าซื้อ) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัย เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดเงื่อนไขทางข้อเท็จจริงในการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถเลือกตัดสินใจได้ตามความพอใจแต่เป็นการตัดสินใจตามข้อเท็จจริง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า สิ้นสิทธิที่จะได้รับค่าเช่าบ้าน จึงต้องออกคำสั่งดังกล่าว (ศาลปกครอง, 2567)

#### 5. หลักการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่

หลักการใช้ดุลพินิจอาจเป็นการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองแบบกลาย ๆ มีหลักการสำคัญ ๆ ในการพิจารณาตรวจสอบความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนี้ (บุญญรัตน์ โชคบัณฑิตาลชัย, 2560)

**1) หลักความชอบด้วยกฎหมาย** กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนที่จะต้องกระทำการต่าง ๆ ตามกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ตน หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจโดยชัดแจ้งแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิได้ หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ ประกอบด้วยหลักการย่อยสองหลัก คือ

1.1) หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันตนต่อกฎหมายที่บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง และใช้อำนาจโดยไม่ให้ขัดกับกฎหมายในลำดับชั้นต่าง ๆ

1.2) หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น

**2) หลักความได้สัดส่วน** การใช้อำนาจดุลพินิจต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน เพื่อควบคุมให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาความเหมาะสมกับกรณีแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นกรณีไป หลักความได้สัดส่วนนี้มีหลักการอันเป็นสาระสำคัญ คือ

2.1) หลักแห่งความเหมาะสม กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองที่สามารถจะดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้อย่างเหมาะสม หากการออกคำสั่งทางปกครองจะนำไปสู่การกระทำที่ไม่สามารถจะบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายตามความเป็นจริงได้เลยย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่เหมาะสมขัดต่อหลักความได้สัดส่วน

2.2) หลักความจำเป็น กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยพิจารณาว่าหากเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด และหากเป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์กับประชาชน ฝ่ายปกครองจะต้องเลือกออกคำสั่งที่จะมีผลทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุด

2.3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองโดยเลือกมาตรการที่จะเป็นประโยชน์กับส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน หากมาตรการใดเมื่อลงมือปฏิบัติแล้วจะมีประโยชน์กับสาธารณชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะเกิดกับราษฎร เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องไม่เลือกใช้มาตรการนั้น

## 6 การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดหรือตามอำเภอใจ

การใช้ดุลพินิจจะอยู่บนพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการที่เรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องผูกพันต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองจึงต้องชอบด้วยกฎหมายเสมอ มิฉะนั้นจะเป็นการใช้ดุลพินิจโดยอำนาจตามอำเภอใจ (อนูวัฒน์ บุญพันธ์, 2554) ซึ่งมีลักษณะดังต่อไปนี้

1) การไม่ใช้ดุลพินิจ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจทั้ง ๆ ที่ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้น องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ไม่ทำ เช่น ไม่ได้สั่งสลายการชุมนุมประท้วงปิดถนน ทำให้บุคคลทั่วไปไม่อาจสัญจรไปมาได้

2) การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ อาจเป็นกรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเพื่อพิจารณาทางปกครองโดยที่กำหนดไม่น้อยกว่า 5 คน แต่ผู้ที่มีคุณสมบัติในองค์กรอาจมีไม่ครบ ตามจำนวน จึงแต่งตั้ง แค่ 3 คน เป็นต้น คำว่าเกินกว่ากฎหมายกำหนดไม่ได้หมายความว่าถึงจำนวนที่เกินเท่านั้นอาจหมายความรวมถึงการใช้อำนาจที่ไม่ตรงตามที่กฎหมายกำหนดทุกกรณี

3) การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน การใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในกรณีนี้เกิดขึ้นมากที่สุด โดยความผิดพลาดของการใช้ดุลพินิจอาจจะเกิดขึ้นจากกรณีนี้ดังต่อไปนี้ กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองละเลยไม่สนใจวัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายมอบดุลพินิจให้ตน หรือ กรณีองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ได้นำพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นมาพิจารณาซึ่งน้ำหนักก่อนตัดสินใจ หรือ กรณีที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ

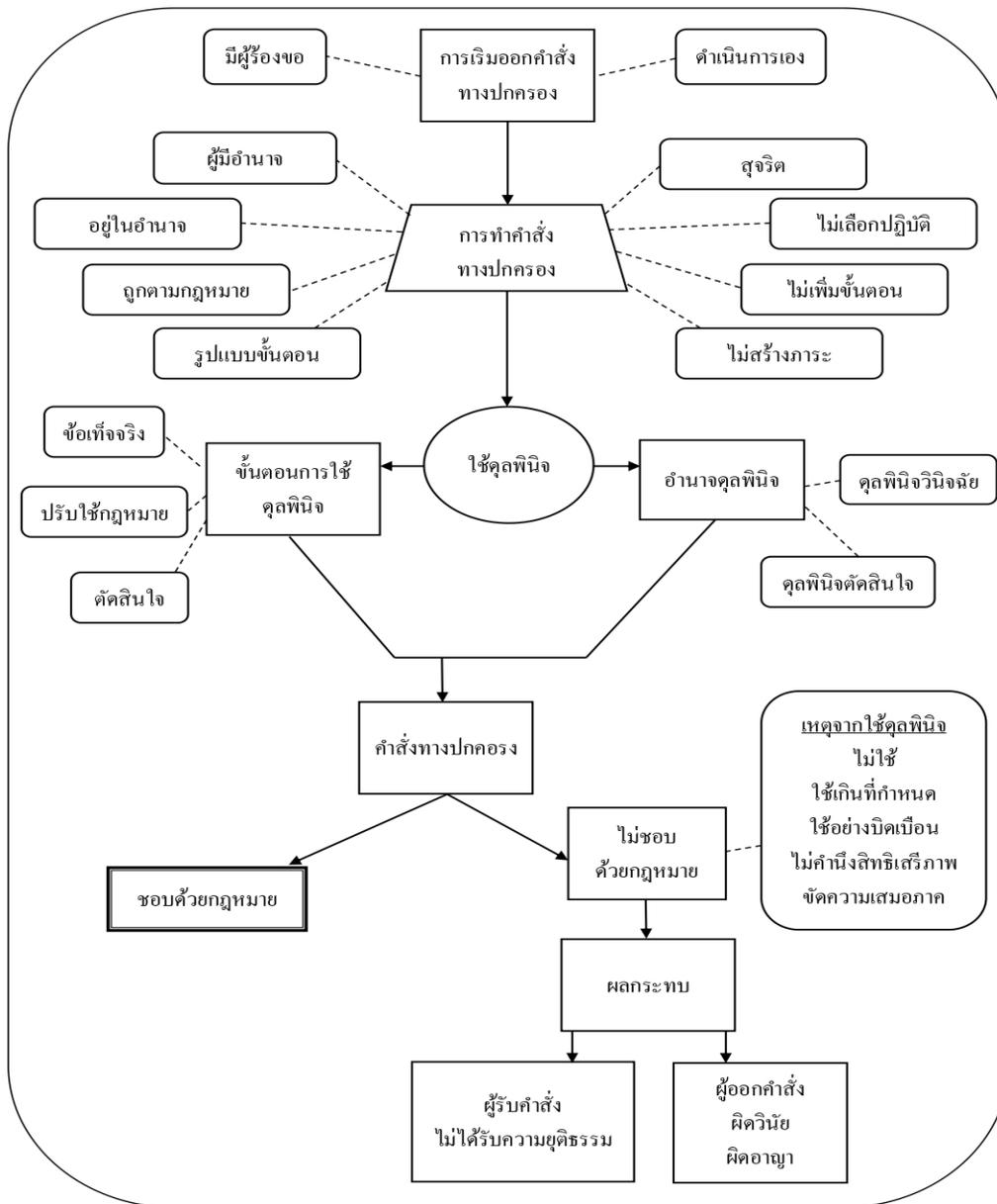
4) การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

5) การใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป

สรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจทางปกครองนั้นเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการออกคำสั่งทางปกครอง หากเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ คำสั่งทางปกครองนั้นก็จะเป็นคำสั่งที่มีชอบด้วยเช่นกัน และแม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะมีชอบด้วยกฎหมายแต่คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังมีสภาพที่ใช้บังคับต่อผู้รับคำสั่งอยู่ตลอดจนกว่าจะมีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งนั้น ดังนั้นการควบคุมที่ทำให้ไม่เกิดความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ต้องดำเนินการตามขั้นตอนการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง การปรับบทกฎหมาย และการตัดสินใจเลือกใช้ดุลพินิจ โดยคำนึงถึงหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักการกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักความได้สัดส่วน หลักแห่งความเหมาะสม และหลักความจำเป็น เพื่อไม่ให้เกิดความผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจได้ ไม่ว่าจะเป็นการไม่ใช้ดุลพินิจ การใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ การใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน การใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ และการใช้ดุลพินิจขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความยุติธรรมทางปกครอง

#### **7. กระบวนการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง**

จากหลักการที่กล่าวมาถึงแม้การใช้อำนาจดุลพินิจจะเป็นนามธรรมและขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายอย่างที่ไม่สามารถกำหนดสูตรที่ตายตัวได้เนื่องจากการใช้ดุลพินิจของคนนั้นเป็นนามธรรมไม่สามารถคาดการณ์ได้ว่าในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งทางปกครองในเรื่องเดียวกันนั้น แต่โดยเจ้าหน้าที่คนละคน หรือต่างพื้นที่ หรือต่างบริบทกัน หรือด้วยเหตุปัจจัยอื่น ๆ จะออกคำสั่งในเรื่องนั้นได้เหมือนกันหรือตรงกัน แต่ขั้นตอนกระบวนการหรือข้อควรคำนึงอาจสามารถนำเสนอเป็นภาพกระบวนการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองนำไปประยุกต์ใช้ในการออกคำสั่งทางปกครองเพื่อการบริหารราชการที่ดีต่อไป ดังภาพต่อไปนี้



ภาพที่ 1 กระบวนการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง  
ที่มา: จัดทำโดยผู้เขียน

## 8 การวิเคราะห์การใช้ดุลพินิจทางปกครอง

กรณีตัวอย่างที่ 1 ผู้ฟ้องคดีเป็นข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดินตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ถูกฟ้องเป็นประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ได้มีคำสั่งที่ 1 เป็นหนังสือแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี และมีคำสั่งที่ 2 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีพักราชการระหว่างการสอบสวน ผู้ถูกฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งทั้ง 2 ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังนี้ (ศาลปกครอง, 2547)

ประเด็นที่ 1 เนื่องจากเป็นคำสั่งที่กระทำโดยปราศจากอำนาจเพราะผู้ถูกฟ้องคดีไม่ใช่ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุแต่งตั้งตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนและสั่งให้ผู้ฟ้องพักราชการได้

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดีต้องนำกฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) มาบังคับใช้ตามที่ผู้ถูกฟ้องดำเนินการนั้น เห็นว่า มาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินออกระเบียบเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล และ ข้อ 7 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2543 กำหนดให้ การออกจากราชการ การสั่งพักราชการ วินัย การสอบสวน และการลงโทษทางวินัย ให้เป็นไปตามระเบียบนี้ การใดที่ไม่ได้ระบุไว้ให้นำกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน มาบังคับใช้โดยอนุโลม และข้อ 8 วรรคหนึ่งของ กฎ ก.พ. กำหนดให้ อำนาจหน้าที่ของนายกรัฐมนตรี้และรัฐมนตรีเป็นอำนาจหน้าที่ของประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ดังนั้นโดยผลของกฎหมายแล้วผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของผู้ฟ้องคดี ย่อมมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดี

สรุปได้ว่า ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งที่ 1 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี และออกคำสั่งที่ 2 สั่งให้ผู้ฟ้องคดีพักราชการระหว่างการสอบสวนได้ ซึ่งเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้งหรือได้รับมอบอำนาจให้มีหน้าที่ในเรื่องนั้น ฉะนั้นแล้วผลของคำสั่งทางปกครองทั้ง 2 ฉบับ ยังคงมีผลบังคับแม้ว่าจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

ประเด็นที่ 2 การแต่งตั้ง พลเอก ธ. ปลัดกระทรวงกลาโหม ที่มีใช้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินหรือกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและไม่ใช้ข้าราชการฝ่ายพลเรือน เป็นประธานสอบสวนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การนำ กฎ ก.พ. มาบังคับใช้โดยอนุโลมในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยนั้นต้องนำมาบังคับใช้ทั้งหมดหรือไม่ เห็นว่า การนำกฎหมายอื่นที่มาใช้อนุโลมนั้น ในทางกฎหมาย หมายความว่า การนำหลักการและรายละเอียดของกฎหมายอื่นมาใช้บังคับเพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายที่กำหนดให้มีการอนุโลมกฎหมายอื่นมาใช้บังคับบรรลุผล แต่ทั้งนี้ต้องไม่ขัดหรือแย้งกับเจตนารมณ์และหลักการของกฎหมายที่กำหนดให้มีการอนุโลม ซึ่งการแต่งตั้งคณะกรรมการตามกฎหมายที่ใช้โดยอนุโลมต้องนำรายละเอียดเกี่ยวกับจำนวนและคุณสมบัติของคณะกรรมการสอบสวน ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญของการออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัย ตามข้อกำหนดของ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 18 (พ.ศ. 2540) ที่นำมาใช้โดยอนุโลม ดังนั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แต่งตั้งกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคนหนึ่งเป็นประธานการสอบสวนทางวินัย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องแต่งตั้งประธานจากข้าราชการฝ่ายพลเรือน การแต่งตั้ง พลเอก ธ. ปลัดกระทรวงกลาโหม ซึ่งเป็นข้าราชการทหาร ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการทหาร พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า ข้าราชการทหาร หมายความว่า ทหารประจำการและข้าราชการกลาโหมพลเรือนที่บรรจุในตำแหน่งอัตราทหาร ซึ่งมีใช้ข้าราชการพลเรือน จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจทางปกครองของผู้มีอำนาจในการตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัย เป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ในส่วนของขั้นตอนที่ 1 การการวินิจฉัยข้อเท็จจริง ที่ว่า พล.เอก. ธ มิได้เป็นข้าราชการพลเรือนเกิดความบิดเบือนในเหตุ และเมื่อเข้าสู่ขั้นตอนที่ 2 การปรับบทกฎหมาย หากมิใช่ข้าราชการพลเรือนไม่สามารถแต่งตั้งให้เป็นประธานกรรมการสอบสวนวินัยได้ เป็นผลมาจากการบิดเบือนข้อเท็จจริงในขั้นตอนที่ 1 ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีปรับใช้กฎหมายผิดและผู้ถูกฟ้องคดีได้เลือกตัดสินใจในขั้นตอนที่ 3 การตัดสินใจ แต่งตั้ง พล.เอก. ธ เป็นประธานคณะกรรมการสอบสวนวินัยโดยไม่ถูกต้อง จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดในลักษณะการใช้ดุลพินิจอย่างบิดเบือน

อย่างไรก็ตาม มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 บัญญัติว่า ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาด

คุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้ที่ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งจาก บทบัญญัตินี้ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลต่อไป ถึงแม้ว่าจะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขหรือโดยเหตุอื่น และได้มีบทบัญญัติหลักเกณฑ์ที่จะเพิกถอนคำสั่งทาง ปกครองไว้ในมาตรา 49 ถึงมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ประเด็นที่ 3 เมื่อแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่ถูกต้องจึงไม่เป็นเหตุที่จะสั่งให้ผู้ฟ้องพักราชการได้

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งพักราชการผู้ฟ้องคดีเนื่องจาก เหตุที่ผู้ฟ้องคดีมีกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยร้ายแรงจนถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวน และผู้ฟ้องคดีมี พฤติการณ์ที่แสดงว่าถ้าคงอยู่ในหน้าที่ราชการจะเป็นอุปสรรคต่อการสอบสวนพิจารณาและมีคำสั่งแต่งตั้ง คณะกรรมการสอบสวนวินัยแล้ว แม้ว่าต่อมาภายหลังจะปรากฏว่าเป็นคำสั่งที่ 1 มีชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หาได้มีผลทำให้คำสั่งที่ 2 ที่สั่งโดยขอให้ผู้ฟ้องคดีพักราชการดังกล่าวเสียไปด้วยไม่

สรุปได้ว่า การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งพักราชการนั้นผู้ฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจตามขั้นตอนและ ถูกต้อง กล่าวคือ ในขั้นตอนที่ 1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริง เมื่อปรากฏว่ามีองค์ประกอบครบ คือ ถูกกล่าวหาว่า มี ความผิดวินัยอย่างร้ายแรง มีการตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง และพฤติการณ์ที่แสดงว่าถ้าคง อยู่ในหน้าที่ราชการจะเป็นอุปสรรคต่อการสอบสวนพิจารณา เมื่อเข้าสู่ขั้นที่ 2 การปรับบทกฎหมาย เป็นไป ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 107 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ประกอบกับ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 11 (พ.ศ. 2538) ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเป็นการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อ กฎหมายได้อย่างสอดคล้อง จึงเลือกตัดสินใจในการใช้ดุลพินิจในขั้นตอนที่ 3 โดยการออกคำสั่งพักราชการผู้ ฟ้องคดี เป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ เป็นไปตาม มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กล่าวไว้ข้างต้น

**กรณีตัวอย่างที่ 2** ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งพนักงานห้องปฏิบัติการวิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัย ๘. ปฏิบัติหน้าที่ที่ศูนย์เพาะเลี้ยงเนื้อเยื่อ ต่อมาผู้ฟ้องคดี ได้มีคำสั่งย้ายผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติหน้าที่ในสังกัดงาน ประชาสัมพันธ์ และแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีถูกร้องเรียนว่าไม่ปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วย ความซื่อสัตย์สุจริต ไม่ดูแลเอาใจใส่ผลประโยชน์ของทางราชการ ผู้ฟ้องคดีจึงได้อุทธรณ์ต่อคณะกรรมการ อุทธรณ์ประจำมหาวิทยาลัย ๘. คณะกรรมการมีมติไม่รับอุทธรณ์เนื่องจากพ้นระยะเวลาอุทธรณ์ ต่อมามีการ ประเมินผลการปฏิบัติงาน ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งมหาวิทยาลัย ๘. เรื่องเลื่อนค่าจ้างลูกจ้างประจำ โดยไม่เลื่อนขั้น ค่าจ้างให้ผู้ฟ้องคดี และมีเหตุผลว่ามีผลการปฏิบัติงานไม่ถึงเกณฑ์ ผู้ฟ้องคดีจึงร้องทุกต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ ประจำมหาวิทยาลัย ๘. แต่ไม่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ (ศาลปกครอง, 2567)

ประเด็น การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เลื่อนขั้นค่าจ้างชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำสั่งไม่เลื่อนขั้นค่าจ้างเป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่ หลักเกณฑ์และวิธีการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการ ปฏิบัติงานของลูกจ้างประจำ ตามหนังสือกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2553 ข้อ 8 กำหนดให้ ให้นำ ระบบเปิดซึ่งใช้ในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนตามมติคณะรัฐมนตรี มาใช้กับลูกจ้างประจำ ข้อ 9 กำหนดให้ มีคณะกรรมการระดับกรม เพื่อพิจารณากลับกรองผลการประเมินให้เกิดมาตรฐานและความเป็นธรรมในการ ใช้ดุลพินิจของผู้บังคับบัญชา ก่อนเสนอต่อผู้มีอำนาจสั่งเลื่อนขั้นค่าจ้าง ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในการประเมิน

ดังกล่าวผู้ถูกฟ้องคดีได้นำหลักเกณฑ์ข้างต้นมาใช้เพื่อพิจารณาเลื่อนชั้นค่าจ้างแล้ว และผู้ถูกฟ้องคดีได้แจ้งผู้ฟ้องคดีทราบว่า ปฏิบัติไม่เหมาะสมหลายประการและได้กล่าวตักเตือนด้วยวาจาในเบื้องต้นซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อการประเมินการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีได้ โดยผู้ฟ้องคดีได้รับทราบว่ามีภาระงานหนักให้ทราบจริง แต่ผู้ฟ้องคดียังปฏิบัติซ้ำอีกเป็นระยะ ๆ ดังนั้นการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีจึงถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กระทรวงการคลังกำหนดให้ถือปฏิบัติแล้ว จึงเป็นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้ดำเนินการตามรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ ลูกจ้างประจำของส่วนราชการที่จะได้รับการพิจารณาเพื่อเลื่อนค่าจ้างนั้น ต้องเป็นผู้ที่ได้ปฏิบัติงานตามหน้าที่ของตนด้วยความสามารถและด้วยความอุตสาหะจนเกิดผลดีหรือความก้าวหน้าแก่ราชการ ซึ่งประเมินจากการลา พุทธิกรรมการมาทำงาน การรักษาวินัย การปฏิบัติตนเหมาะสมกับการเป็นลูกจ้างประจำของส่วนราชการ และข้อควรพิจารณาอื่น ๆ ของผู้นั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ปฏิบัติงานให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล ไม่ได้ใช้ความอุตสาหะในการปฏิบัติงานเท่าที่ควร ตลอดจนไม่รักษาวินัยและปฏิบัติตนให้เหมาะสม และไม่มีปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีมีเหตุโกรธเคืองกับผู้ฟ้องคดีหรือมีพฤติกรรมที่มีลักษณะอคติต่อผู้ฟ้องคดี การออกคำสั่งไม่เลื่อนชั้นค่าจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการออกคำสั่งที่ขัดด้วยกฎหมาย

สรุปได้ว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งไม่เลื่อนชั้นค่าจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี ได้ใช้ดุลพินิจตามขั้นตอนในขั้นตอนที่ 1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริง เมื่อปรากฏว่ามีองค์ประกอบครบ คือ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้ปฏิบัติงานให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผล ไม่ได้ใช้ความอุตสาหะในการปฏิบัติงานเท่าที่ควร ตลอดจนไม่รักษาวินัยและปฏิบัติตนให้เหมาะสม และได้มีการแจ้งข้อบกพร่องและกล่าวตักเตือน เมื่อเข้าสู่ขั้นที่ 2 การปรับบทกฎหมาย เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในหลักเกณฑ์และวิธีการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติงานของลูกจ้างประจำ ตามหนังสือกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 24 สิงหาคม 2553 จึงเลือกตัดสินใจในการใช้ดุลพินิจในขั้นตอนที่ 3 โดยการออกคำสั่งไม่เลื่อนชั้นค่าจ้างผู้ฟ้องคดี ซึ่งเป็นดุลพินิจวินิจฉัย และเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบ

**กรณีตัวอย่างที่ 3** จำเลยเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจอนุญาตให้โจทก์ลาหรือไม่ได้ เมื่อปรากฏว่าจำเลยมีปัญหาไม่พอใจกับโจทก์มาก่อน และเมื่อโจทก์ยื่นใบลาจก้วงหน้าตามระเบียบแต่จำเลยไม่อนุญาตและภายหลังโจทก์ได้ยื่นใบลาป่วยแทนใบลาจก จำเลยจึงเกษียณคำสั่งคาดโทษโจทก์ว่าเป็นการลาเท็จ เพื่อหาเหตุตั้งคณะกรรมการสอบสวนการลาของโจทก์อันเป็นเหตุลงโทษทางวินัย แม้ภายหลัง คณะอนุกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ประจำเขตพื้นที่การศึกษา (อ.ก.ค.ศ.เขตพื้นที่การศึกษา) เขตพื้นที่การศึกษาเขต 8 พิจารณายกเลิกคำสั่งดังกล่าวแล้ว แต่โจทก์ก็ยังมีได้รับการเลื่อนเงินเดือนตามปกติ การกระทำของจำเลยจึงเป็นการก่อความเสียหายแก่โจทก์ เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่อยู่บนรากฐานของความสมเหตุสมผล เป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ ถือได้ว่าจำเลยปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์(กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา, 2564, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4436/2562) มีประเด็นวิเคราะห์ดังนี้

ประเด็นที่ 1 ผู้บังคับบัญชาไม่อนุญาตให้โจทก์ลาจก ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าโจทก์ได้ยื่นใบลาจก้วงหน้าตามระเบียบ จำเลยต้องใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ขั้นตอนที่ 1 เมื่อกฎหมายกำหนดเงื่อนไขของเหตุและข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบครบถ้วน ขั้นตอนที่ 2 ผู้บังคับบัญชามีได้มีการปรับข้อกฎหมายให้เป็นไปตามที่ควรจะเป็น จึงตัดสินใจในขั้นตอนที่ 3 ไม่อนุญาตให้โจทก์ลาจก จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบขัดต่อหลักการใช้ดุลพินิจ หลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของความสมเหตุสมผล

ประเด็นที่ 2 โจทก์ยื่นใบลาป่วยแทนใบลาอีกที่ไม่ได้รับอนุญาตและจำเลยเกษียณว่าเป็นการลาเท็จ และออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยโจทก์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ขั้นตอนที่ 1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริง โจทก์ได้ยื่นใบลาป่วยแทนใบลาอีกจริง ขั้นตอนที่ 2 การปรับใช้กฎหมาย ข้อ 18 วรรคสี่ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการลาของข้าราชการ พ.ศ. 2555 กำหนดว่า การลาป่วยไม่ถึง 30 วัน ไม่ว่าจะเป็นการลาครั้งเดียวหรือหลายครั้งติดต่อกัน ถ้าผู้มีอำนาจอนุญาตเห็นสมควร จะสั่งให้มีใบรับรองของแพทย์ตามวรรคสามประกอบใบลา หรือสั่งให้ผู้ลาไปรับการตรวจจากแพทย์ของทางราชการเพื่อประกอบการอนุญาตก็ได้ จึงตัดสินใจในขั้นตอนที่ 3 ออกคำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัย จึงเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่มีองค์ประกอบครบ แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการยื่นใบลาป่วยแทนใบลาอีกเป็นผลมาจากที่จำเลยไม่อนุญาตให้ลาอีกโดยเหตุที่มีปัญหาไม่พอใจกับโจทก์มาก่อนจึงถือเป็นการกั้นกั้วผู้อื่นให้ได้รับโทษทางวินัยคำสั่งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปในส่วนของความสมเหตุสมผล

ประเด็นที่ 3 จำเลยไม่พิจารณาเลื่อนเงินเดือนให้โจทก์ตามปกติซึ่งเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัย ในขั้นตอนที่ 1 เนื่องจากโจทก์ได้รับการตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย แม่ อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาได้ยกเลิกคำสั่งดังกล่าวแล้ว ขั้นตอนที่ 2 การปรับใช้กฎหมาย ข้อ 10 ของกฎ ก.ค.ศ. การเลื่อนเงินเดือนของข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2561 กำหนดให้ ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษาซึ่งจะได้รับการพิจารณาเลื่อนเงินเดือนในแต่ละครั้งต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้ (2) ในกรณีที่แล้วมาต้องไม่ถูกสั่งลงโทษทางวินัยที่หนักกว่าภาคทัณฑ์ หรือไม่ถูกศาลพิพากษาในคดีอาญาให้ลงโทษในความผิดที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือความผิดที่ทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน ซึ่งมีใช้ความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ จึงเป็นการปรับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดการใช้ดุลพินิจเกินกว่าที่กฎหมายบัญญัติ ทำให้การตัดสินใจในขั้นตอนที่ 3 ไม่พิจารณาเลื่อนเงินเดือนให้โจทก์การกระทำดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สรุปได้ว่า เมื่อเหตุแห่งการออกคำสั่งมาด้วยความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะการใช้ดุลพินิจที่ผิดพลาดทำให้คำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย จึงเป็นผลให้ผู้ออกคำสั่งมีความผิดฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์อันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 ด้วย

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 จำคุก 1 ปี โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนด 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ศาลอุทธรณ์ภาค 7 พิพากษากลับให้ยกฟ้อง ศาลฎีกา พิพากษากลับ ให้บังคับคดีไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

## 8.1 ผลการวิเคราะห์เหตุแห่งการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จากกรณีตัวอย่าง

### กรณีตัวอย่างที่ 1

1) คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี ผิดพลาดในขั้นตอนที่ 1 การวินิจฉัยข้อเท็จจริง

2) คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพักราชการระหว่างการสอบสวน เป็นไปตามขั้นตอนไม่เกิดความผิดพลาด

### กรณีตัวอย่างที่ 2

คำสั่งไม่เลื่อนขั้นค่าจ้างให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นไปตามขั้นตอนไม่เกิดข้อผิดพลาด

### กรณีตัวอย่างที่ 3

1) คำสั่งไม่อนุญาตให้โจทก์ลาอีก ผิดพลาดในขั้นตอนที่ 3 การตัดสินใจ

2) คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยโจทก์จากการที่โจทก์ยื่นใบลาป่วยแทนใบลากิจที่ไม่ได้รับอนุญาต ในข้อหาลาเท็จ เป็นไปตามขั้นตอนไม่เกิดข้อผิดพลาด แต่มีเหตุปัจจัยอื่นที่ถือเป็นการก่อกวนผู้อื่นให้ได้รับโทษทางวินัย

3) คำสั่งไม่พิจารณาเลื่อนเงินเดือนให้โจทก์ตามปกติ ผิดพลาดในขั้นตอนที่ 2 การปรับใช้กฎหมายสรุปได้ว่า การเกิดข้อผิดพลาดในการใช้ดุลพินิจสามารถเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของการใช้ดุลพินิจโดยมีปัจจัยจากการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ไม่เป็นไปตามความเป็นจริง ปัจจัยในการปรับใช้ข้อกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งไม่มีความรู้ความเข้าใจและไม่เป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง และ ปัจจัยการตัดสินใจโดยยึดข้อเท็จจริงจากการวินิจฉัยและการปรับใช้ข้อกฎหมายที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นข้อพึงระวังสำหรับเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง

## สรุปและข้อเสนอแนะ

### 1. สรุปการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองสำหรับผู้มีอำนาจทางปกครอง

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองเป็นกระบวนการที่หน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจในการกำหนดสิทธิ หน้าที่ หรือสถานะทางกฎหมายของบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด โดยจะต้องเป็นผู้มีอำนาจทำคำสั่งผู้ที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ หน่วยงานของรัฐที่ได้รับอำนาจจากกฎหมาย เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจตามกฎหมาย องค์การอิสระหรือหน่วยงานอื่นที่ได้รับอำนาจในการตัดสินใจทางปกครอง ซึ่งมีรูปแบบของคำสั่งทางปกครองคำสั่งทางปกครองสามารถมีรูปแบบที่แตกต่างกันไป เช่น คำสั่งที่เป็นหนังสือ คำสั่งด้วยวาจา คำสั่งในลักษณะอื่นที่สามารถเข้าใจได้ โดยการริเริ่มทำคำสั่ง หรือการออกคำสั่งทางปกครองอาจเกิดขึ้นจากการดำเนินการโดยหน่วยงานรัฐเอง จากคำร้องขอจากประชาชนที่ต้องการให้รัฐออกคำสั่งหรือจากข้อกำหนดทางกฎหมายที่บังคับให้รัฐต้องดำเนินการ ตามประเภทของคำสั่งทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการให้สิทธิหรือประโยชน์ หรือการกำหนดภาระหรือข้อจำกัด หรือสั่งห้าม ซึ่งมีองค์ประกอบหน้าที่สำคัญคือการใช้ดุลพินิจ ไม่ว่าจะเป็นดุลพินิจวินิจฉัย หรือดุลพินิจตัดสินใจ ตามขั้นตอนที่อาจยึดถือเป็นแนวทางของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง คือ การวินิจฉัยข้อเท็จจริง การปรับใช้กฎหมาย และ การตัดสินใจ

### 2. ข้อเสนอแนะ

การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองต้องเป็นไปตามหลักกฎหมาย ความเป็นธรรม และความสมเหตุสมผล จากการพิจารณาข้อเท็จจริง ประเมินผลกระทบ และเลือกใช้แนวทางที่เหมาะสมที่สุด เพื่อให้คำสั่งทางปกครองสามารถถูกตรวจสอบหรือโต้แย้งได้หากไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายหรือมีการใช้อำนาจโดยมิชอบ ซึ่งอาจจะกำหนดเป็นหลักการได้ดังนี้

1. การรวบรวมข้อมูล คือ การตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง
2. การพิจารณาตามกฎหมาย คือ การปรับใช้ข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น
3. การประเมินทางเลือก คือ วิเคราะห์แนวทางที่เป็นไปได้ในการพิจารณาตัดสินใจ
4. การตัดสินใจ คือ เลือกแนวทางที่เหมาะสมที่สุดและออกคำสั่ง

การควบคุมการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองบางประเภทสามารถนำเทคโนโลยีมาปรับใช้เพื่อให้เกิดมาตรฐานของการพิจารณา การใช้เทคโนโลยีในการควบคุมและปรับปรุงการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองเป็นแนวทางที่สามารถช่วยลดอคติ และเพิ่มความโปร่งใสในการบริหารงานภาครัฐ โดยมีแนวทางดังนี้

1. การใช้ปัญญาประดิษฐ์ (AI) ในการวิเคราะห์ข้อมูลขนาดใหญ่ วิเคราะห์แนวโน้มและพฤติกรรมของการตัดสินใจในอดีต ในการตัดสินใจเพื่อให้การใช้ดุลพินิจมีมาตรฐานมากขึ้น
2. ระบบช่วยตัดสินใจอัตโนมัติ โดยการพัฒนาระบบแนะนำแนวทางการตัดสินใจให้เจ้าหน้าที่ โดยอิงจากกฎหมาย ข้อบังคับ และข้อมูลที่เป็นข้อเท็จจริง เพื่อลดความแตกต่างในการใช้ดุลพินิจของแต่ละบุคคล
3. การใช้ระบบอัตโนมัติในการตัดสินใจแบบอิงดุลพินิจ เพื่อลดขั้นตอนการพิจารณาซึ่งสามารถกำหนดเกณฑ์ที่ชัดเจน ลดความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ต้องใช้ดุลพินิจในกรณีที่มีกฎหมายตายตัว สามารถบันทึกเหตุผลการตัดสินใจทุกขั้นตอน เพื่อให้มีหลักฐานตรวจสอบย้อนหลัง
4. การใช้ Blockchain เพื่อเพิ่มความโปร่งใส การบันทึกข้อมูลที่ไม่สามารถแก้ไขได้ ใช้เทคโนโลยี Blockchain ในการบันทึกกระบวนการตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ ทำให้ทุกฝ่ายสามารถตรวจสอบได้ ลดการทุจริตและอคติ สามารถใช้กับระบบที่ต้องมีการอนุมัติหรืออนุญาตจากภาครัฐ ทำให้ทุกขั้นตอนมีความโปร่งใสมากขึ้น

### บรรณานุกรม

- กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา. (2564). คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4436/2562, คำพิพากษาย่อยยาว. สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มกราคม 2568 จาก <https://deka.in.th/view-638503.html>.
- กาญจนา สุขานุรณ์. (2566). แนวทางการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใต้กรอบของกฎหมาย ศึกษากรณี มาตรการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019. *วารสารการเมืองการบริหารและกฎหมาย*. 15(2), 1-19.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2563). คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ตระหง่าน เกียรติศิริโรจน์. (2566). *คัมภีร์คดีปกครอง*. กรุงเทพฯ: พิมพ์อักษร.
- บุญญรัตน์ โขชน์นาคาลชัย. (2560). การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง: กรณีศึกษาการปฏิบัติตามคำสั่งคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ ที่ 10/2559. *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร*. 10(1), 10-14.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2554). *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์.
- ศาลปกครอง. (2547). คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ 55/2545 คดีหมายเลขแดงที่ อ 28/2547. 1-32.
- ศาลปกครอง. (2554). คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ 642/2550 คดีหมายเลขแดงที่ อ 208/2554. 22-23.
- ศาลปกครอง. (2567). คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อ 1093/2559 คดีหมายเลขแดงที่ อ 24/2567. 19-20.
- ศาลปกครอง. (2567). คำพิพากษาคดีหมายเลขดำที่ อบ. 161/2560 คดีหมายเลขแดงที่ อบ. 11/2567. 1-22.
- ศุภชัย บุญอำพันธ์. (2567). การใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรวิชาชีพแพทยสภา. *วารสารเชียงใหม่วารสาร*. 16(1), 98-111.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2568). ความเบื้องต้นเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ. สืบค้นเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2568 จาก <https://www.lawreform.go.th/uploads/files/1593488899-2md2a-80h4b.pdf>
- อนุวัฒน์ บุญนันท์. (2554). *การควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย*. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.