

ดุลพินิจในการพิจารณาความเสียหายอย่างร้ายแรง

Discretion to Consider Serious Damage

กันตินันท์ นามตะ

มหาวิทยาลัยราชภัฏชัยภูมิ

Kantinannamata

ChaiyaphumRajabhat University

sahay-panjok@hotmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะวิเคราะห์ และเสนอแนะแนวทาง ถึงประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาใช้ดุลพินิจในเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรง ในการดำเนินการสอบสวนวินัยร้ายแรง ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 ในประเด็นการพิจารณาว่าเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับรัฐแล้ว ความเสียหายนั้นต้องมากน้อยเพียงใดจึงจะถือว่าเป็นความเสียหายอย่างร้ายแรง อันจะนำไปสู่การกระทำที่เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง เนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้ให้คำจำกัดความ หรือนิยาม ไว้ให้ครอบคลุมถึงเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงว่าต้องมากน้อยเพียงใด รวมทั้งกฎหมายอื่น ก็ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ ทำให้การพิจารณาคดีในศาลปกครองของตุลาการศาลปกครอง หรือการพิจารณาทางปกครองของคณะกรรมการ ต้องใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าการกระทำให้ราชการเสียหายอย่างร้ายแรงนั้น ต้องเสียหายมากน้อยเพียงใดถึงจะถือว่าเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง เมื่อเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจแล้ว ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป ทำให้เกิดปัญหาในเรื่องความเป็นธรรม ความเป็นกลางหรือมาตรฐานในการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งอาจจะไม่เป็นธรรม บทความนี้จะนำเสนอในมุมมองของการวิเคราะห์ปัญหาที่เกิดขึ้น และจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อไป

คำสำคัญ: ดุลพินิจ; ความเสียหายอย่างร้ายแรง; วินัย

Abstract

This article is written and constructed to analyze the problem and effects of personal discretion used to determine whether an unlawful action is considered to be a violation of serious disciplines or not. In the Teacher Civil Service and Educational Personnel Act, B.E. 2547, Section 39, it misses a description of the measurement of the degree of such a violation, so that there is no certain standard, which can be referred to in trials. Since this type of trials must be considered case-by-case, this may lead to a confusion in the Chamber of the Administrative Court, possibly resulting as the abuse of discretion and unfairness from civilians' perspectives. This study conducts an in-depth investigation of the problem from various points of view, and offers some practical solutions to the National Legislative Assembly of Thailand as well as other authorities to take into consideration.

Keywords: Discretion; Serious damage; Discipline

บทนำ

“...วินัย แท้จริงมีอยู่สองอย่าง อย่างหนึ่งคือวินัยตามที่ทราบกันและถือกัน อันได้แก่ข้อปฏิบัติที่บัญญัติไว้เป็นกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับต่างๆให้ถือปฏิบัติอีกอย่างหนึ่งคือวินัยในตนเองที่แต่ละคนจะต้องบัญญัติขึ้นสำหรับควบคุมบังคับให้มีความจริงใจและให้ประพฤติปฏิบัติตามความจริงใจนั้นอย่างมั่นคง มีลักษณะเป็นสัจจาธิฐานหรือการตั้งสัตย์สัญญาให้แก่ตัว วินัยอย่างนี้ จัดเป็นตัววินัยแท้เพราะให้ผลจริงและแน่นอนยิ่งกว่าวินัยที่เป็น บทบัญญัติทั้งเป็นปัจจัยสำคัญที่จะเกื้อกูลให้การถือการใช้วินัยที่เป็นบทบัญญัตินั้นได้ผลเที่ยงตรง ถูกต้อง สมบูรณ์เต็มเปี่ยมตามเจตนารมณ์สำคัญที่วินัยในตนเองนี้จะต้อง บังเกิดขึ้นจากการที่ได้ยั้งคิดแล้วได้ใช้สติปัญญา ความเฉลียวฉลาด พิจารณาไตร่ตรองอย่างละเอียดรอบคอบแล้วจนเห็นประจักษ์ในเหตุในผลที่แน่แท้และเมื่อเป็นวินัยที่กลั่นกรองขึ้นจากสติปัญญาความฉลาดรอบคอบก็ย่อมจะทำให้รู้จักผิดชอบชั่วดี ทรงความศักดิ์สิทธิ์คุ้มครองป้องกันผู้ปฏิบัติให้พ้นจากภัยอันตรายและเหตุแห่งความเสื่อมเสียทั้งปวงได้ ทั้งทางกายทางใจ พาให้เจริญรุ่งเรือง พร้อมด้วยศักดิ์ศรีเกียรติ อำนาจทุกประการ...”

พระบรมราชาบาทพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว

ในพิธีพระราชทานกระบี่ และปริญญาบัตร แก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากโรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้า

โรงเรียนนายเรือ และโรงเรียนนายเรืออากาศ

เมื่อวันพุธที่ 25 มีนาคม 2524

วินัยข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา เป็นบทบัญญัติที่มีบทลงโทษผู้กระทำผิดตามกฎหมายระเบียบ ข้อบังคับ โดยมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 เป็นกฎหมายบริหารงานบุคคลที่เป็นกฎหมายหลัก โดยกำหนดโทษทางวินัยออกเป็น 2 ส่วนคือ วินัยไม่ร้ายแรง กับวินัยร้ายแรง โดยแบ่งตามมาตรฐานโทษ กล่าวคือ วินัยอย่างไม่ร้ายแรง มีบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิด คือ ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน และลดเงินเดือน และวินัยอย่างร้ายแรง จะมีบทลงโทษผู้กระทำความผิด คือ ปลดออกและไล่ออก โดยก่อนที่จะมีการดำเนินการมีคำสั่งลงโทษทางวินัยไม่ว่าจะเป็นความผิดร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงนั้น จะต้องผ่านขั้นตอนหรือกระบวนการในการสืบสวนหรือสอบสวน ซึ่งเป็นไปตาม กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับของมหาวิทยาลัยนั้น ๆ ซึ่งเป็นไปในรูปแบบของการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาทำการสอบสวน ตามกฎหมายที่ได้ให้อำนาจไว้ เมื่อกรรมการได้รับการแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่แล้ว จึงดำเนินการตามขั้นตอนตามระเบียบกฎหมาย หรือข้อบังคับของแต่ละมหาวิทยาลัย ประกอบกับการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตัดสิน ในบางกรณีที่ต้องใช้ดุลพินิจ

กรณีการใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยว่าการกระทำที่ทำให้ราชการเสียหายอย่างร้ายแรง อันจะทำให้การกระทำนั้นเป็นความผิดวินัยร้ายแรงนั้นจะต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงว่าต้องเสียหายมากน้อยเท่าไรประการใดถึงจะถือว่าเสียหายร้ายแรง ซึ่งในปัจจุบันนั้นไม่มีคำจำกัดความหรือบทนิยามใดบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้เลยว่าการจะต้องได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้น ๆ มากน้อยเท่าไรจึงจะเป็นความผิดวินัยร้ายแรง จึงทำให้คณะกรรมการต้องใช้ดุลพินิจในการพิจารณาตัดสินในเรื่องความเสียหายร้ายแรงมากเกินไป ทำให้การดำเนินการสอบสวนทางวินัยในบางกรณีนั้นอาจตกเป็นที่ครหาว่าเสื่อมความยุติธรรมหรือไม่เป็นธรรมเท่าที่ควร จึงเป็นที่มาของการสะท้อนปัญหาในครั้งนี้เนื่องจากการพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในเรื่องใดหากเป็นประเด็นที่ต้องใช้ดุลพินิจไม่ว่าจะใช้ดุลพินิจมากหรือน้อยย่อมก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความไม่ยุติธรรมเข้ามาเกี่ยวข้อง ยิ่งต้องใช้ดุลพินิจมากความล่อแหลมที่จะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมก็จะมีช่องว่างเพิ่มมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากหลักการแห่งการใช้ดุลพินิจที่เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครอง ที่จะได้กล่าวถึงดังต่อไปนี้

ดุลพินิจ

ความหมายของดุลพินิจ ในกรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาเลือกสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่างได้ โดยกฎหมายไม่ได้วางเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการสั่งการในเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะ หรือให้อำนาจสั่งการตามที่เห็นสมควร หรือกฎหมายอาจบัญญัติให้เลือกสั่งการอย่างหนึ่งอย่างใดในหลายอย่างที่ยกกฎหมายกำหนด ฝ่ายปกครองย่อมต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่าควรเลือกสั่งการอย่างไร ดังนั้นดุลพินิจของฝ่ายปกครอง จึงหมายถึง การที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือกระทำการไปในทางใดทางหนึ่ง ในกรณีที่กฎหมายให้ทางเลือกหลายทาง ซึ่งหากเลือกกระทำการไปในทางใดโดยมีเหตุผลอันสมควรแล้ว ก็ล้วนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้ากฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมถือไม่ได้ว่าฝ่ายปกครองมีดุลพินิจ แต่เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้

นักกฎหมายของประเทศต่างๆ เข้าใจความหมายของคำว่า “ดุลพินิจ” ใกล้เคียงกัน จะแตกต่างกันบ้างเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ในประเทศอังกฤษ S.A. de Smith and J.M. Evans (1980 : 278) อธิบายว่า “ดุลพินิจ” หมายถึงอำนาจที่จะเลือกกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในกรณีที่มีทางเลือกหลายทาง ถ้ามีทางเลือกที่ชอบด้วยกฎหมายเพียงทางเดียว ย่อมไม่ใช้การใช้ดุลพินิจแต่เป็นการปฏิบัติตามหน้าที่

นักกฎหมายสหรัฐอเมริกาโดย Kenneth C. Davis (1972 : 9) กล่าวว่า “เจ้าพนักงานของรัฐมีดุลพินิจได้ในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเลือกโดยอิสระในระหว่างทางเลือกกระทำการเป็นไปตามหลายทางหรือทางที่จะไม่กระทำ

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ Witsarutphit (1991: 53) กล่าวสรุปคำอธิบายของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสว่า “อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งทั้งหลาย อย่างซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งอำนาจดุลพินิจคืออำนาจที่กฎหมายให้แก่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครององค์กรนั้นตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่ง

ตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้นตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร

กมลชัย รัตนสากววงศ์ Rattanasakaowong (1986 : 53) ได้สรุปคำอธิบายของ Vgl.G. Puttrrer นักกฎหมายชาวเยอรมันว่า “ดุลพินิจฝ่ายปกครองย่อม หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองสามารถกระทำการด้วยการตัดสินใจตามความคิดเห็นของตนในคดีเฉพาะราย ดุลพินิจนี้อาจผูกพันกับแนวปฏิบัติหรือหลักการในการวินิจฉัยการใช้ดุลพินิจอันเป็นกฎเกณฑ์ภายใน ซึ่งฝ่ายปกครองได้กำหนดขึ้นเองภายในของเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมาย”

ดังนั้น อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้ดุลพินิจได้เมื่อกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองตัดสินใจอย่างอิสระที่จะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบรรดาทางเลือกเหล่านั้นล้วนชอบด้วยกฎหมาย หากมีกรณีที่ทางเลือกบางอย่างบางประการมิชอบด้วยกฎหมาย ดุลพินิจก็จะลดลงไปตามลำดับ

เหตุผลที่ต้องให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง

การที่กฎหมายจำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจได้บ้างนั้น เนื่องจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายปกครองเองไม่อยู่ในวิสัยที่จะตรากฎหมายหรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีลักษณะทั่วไป และแน่นอนชัดเจนให้ครอบคลุมกรณีต่างๆ ได้เนื่องจากสภาวการณ์ทางสังคม การเมือง และเศรษฐกิจที่ผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา หรือความหลากหลายของพฤติกรรมของมนุษย์ และสรรพสิ่ง จึงมีความจำเป็นต้องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการใช้พิจารณาญาณในการพิจารณาข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์เฉพาะเรื่องบ้าง เพื่อให้การบริหารประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้มากที่สุด

นักกฎหมายปกครองบางท่านเห็นว่าแม้ในกรณีที่กฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับได้กำหนดให้ฝ่ายปกครองสั่งการใดๆ ถ้าไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ ฝ่ายปกครองย่อมมีวิจรรย์ญาณเลือก “ช่วงเวลา” เหมาะสมที่จะสั่งการดังกล่าวได้ อย่างน้อยที่สุดภายในเวลาอันสมควรตามความจำเป็นของทางราชการ การสั่งการล่าช้าเกินสมควรอาจถือว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบได้

จากที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น การที่จะพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในเรื่องใด เพียงใดนั้น อาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์กว้างๆ 2 ประการ ดังนี้

1. กฎหมายไม่ได้วางเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการสั่งการในเรื่องนั้นไว้ด้วยเฉพาะหรือกฎหมายให้เจ้าหน้าที่เลือกสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งในหลายอย่างในกรณีนี้ จึงต้อง

พิจารณากฎหมายเป็นหลักว่ากฎหมายได้วางหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของการใช้อำนาจ หรือทางเลือกให้สั่งการไว้หรือไม่ มากน้อยเพียงใด ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 มาตรา 39 วรรคห้า Civil Service Act in 2547, Higher Education Institutions (2004 : 44) บัญญัติว่า “การปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบ แบบแผนของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของทางราชการ หรือขาดการเอาใจใส่ระมัดระวังรักษาประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง เป็นความผิดวินัยร้ายแรง” บทบัญญัติดังกล่าวนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้วางเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเพื่อสั่งการในเรื่องของการพิจารณาถึงความเสียหายอย่างร้ายแรงเลยว่า ราชการต้องเสียหายเป็นจำนวนเท่าไรจึงจะถือว่าเป็นความเสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง อันจะเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง หากว่าราชการไม่เสียหายอย่างร้ายแรงแล้ว ผู้กระทำความผิดตามมาตรา นี้ ก็จะไม่ถือว่ากระทำความผิดวินัยร้ายแรง ซึ่งอัตราโทษสำหรับความผิดวินัยร้ายแรงและไม่ร้ายแรงนั้นก็ยังมีอัตราโทษที่แตกต่างกันอยู่พอสมควร กรณีตามบทบัญญัตินี้จึงเห็นว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองหรือผู้มีอำนาจพิจารณาทางปกครองต้องมีดุลพินิจในการพิจารณาประเด็นตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้

จะเห็นได้ว่าหากกฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้มาก หรือบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีทางเลือกในการสั่งการไว้น้อยเท่าไร ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวก็จะลดลงตามลำดับ หรือแทบจะไม่มีเลยในกรณีที่กฎหมายได้วางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการสั่งการไว้ทุกประการ เช่น ในกรณีของการจดทะเบียนสมรส ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่มีเงื่อนไขครบตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ มีสิทธิร้องขอให้จดทะเบียนสมรสได้ และให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนสมรสให้นายทะเบียนจะใช้ดุลพินิจไม่จดทะเบียนสมรสหรืออ้างเหตุอื่นที่ขัดต่อกฎหมายไม่ได้ เช่น จะไม่จดทะเบียนสมรสโดยอ้างคำสั่งของกระทรวงมหาดไทยที่ห้ามจดทะเบียนสมรสให้คนไทยกับหญิงต่างด้าวที่ยังไม่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวไม่ได้

แต่ถ้ากฎหมายวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการใช้อำนาจไว้น้อย หรือบัญญัติไว้กว้างๆ หรือบัญญัติให้ทางเลือกสั่งการไว้มาก ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจดังกล่าวก็จะมากขึ้นตามลำดับ ในการจะพิจารณาว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นมีดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือกฎเพิกถอนใดนั้นต้องพิจารณา ดังนี้ ก) ในกรณีนั้น เจ้าหน้าที่ที่มีดุลพินิจใน

การที่จะเลือกสั่งการ หรือเลือกไม่สั่งการได้หรือไม่ โดยพิจารณาว่ามีกฎหมายบังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องทำคำสั่งทางปกครองหรือกฎในกรณีนั้นหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายบังคับไว้ เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่สั่งการประการใดก็ได้ แต่หากกฎหมายบังคับหรือกำหนดหน้าที่ให้เจ้าหน้าที่ต้องทำคำสั่ง เจ้าหน้าที่จะปฏิเสธไม่ทำโดยอ้างว่ามีดุลพินิจไม่ได้ ข) แต่ถ้าหากมีกฎหมายบังคับให้ต้องทำ ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่ากฎหมายได้วางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดหรือทางเลือกในการทำคำสั่งทางปกครองหรือกฎไว้เพียงใด โดยพิจารณาแยกคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองนั้นออกเป็นส่วนๆ และพิจารณาว่ากฎหมายได้วางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดหรือทางเลือกในเรื่องของแบบหรือขั้นตอน วัตถุประสงค์ อำนาจในการสั่งการ หรือเหตุในการสั่งการไว้มากน้อยเพียงใด เช่น ถ้ากฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของการทำคำสั่งทางปกครองไว้เจ้าหน้าที่ย่อมมีดุลพินิจทำคำสั่งดังกล่าวด้วยวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษร หรือโดยวิธีอื่นได้ หรือ ในกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดเหตุของการทำคำสั่งทางปกครองไว้ หรือกำหนดไว้กว้างๆ ว่า “ตามแต่จะเห็นสมควร” เจ้าหน้าที่ย่อมมีดุลพินิจทำคำสั่งดังกล่าวโดยอาศัยเหตุใดๆ ก็ได้ตามที่เห็นควร เท่าที่ไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างใดก็ตาม แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดวัตถุประสงค์ของการสั่งการในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ก็ถือว่าฝ่ายปกครองต้องทำคำสั่งทางปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่เลือกสั่งการได้หลายอย่าง เจ้าหน้าที่ย่อมมีดุลพินิจในการเลือกสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่เห็นสมควร

2. การใช้ดุลพินิจสั่งการของฝ่ายปกครองนั้น ต้องไม่ใช่เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ หรือไม่ชอบด้วยเหตุผลอย่างแท้จริง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของการใช้ดุลพินิจ เนื่องจากการที่กฎหมายให้ดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองนั้น ก็มีวัตถุประสงค์ให้ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณพิจารณาเลือกสั่งการหรือไม่สั่งการหรือสั่งการให้เหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ในแต่ละกรณีเพื่อประโยชน์ของประชาชน ดังนั้น ไม่ใช่กรณีที่ฝ่ายปกครองจะมีอำนาจเลือกสั่งการอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจ หากเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจแล้วย่อมไม่ใช่ดุลพินิจอีกต่อไป แต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ฝ่ายปกครองใช้วิจารณญาณเลือกสั่งการไปในทางใดทางหนึ่ง โดยเห็นว่าเหมาะสมที่สุดกับข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ในเรื่อนั้นแล้ว การสั่งการดังกล่าวยังไม่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบ แม้จะไม่เหมาะสมที่สุดหรือผิดพลาดบ้างก็ตาม แต่ถ้าการผิดพลาดดังกล่าวร้ายแรงถึงขนาดที่บุคคลทั่วไปย่อมไม่กระทำหรือขัดต่อเหตุผลโดยชัดแจ้งอันเห็นว่าเป็นการใช้อำนาจตาม

อำเภอใจแล้ว ย่อมไม่ใช่เป็นดุลพินิจอีกต่อไป หลักเกณฑ์ข้อนี้มีลักษณะเป็นการกำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจหรือพิจารณาของฝ่ายปกครองให้อยู่ภายใต้หลักเหตุผลและสามัญสำนึก

ขั้นตอนในการใช้ดุลพินิจ

ในการพิจารณาทำคำสั่งทางปกครองและการใช้ดุลพินิจในแต่ละเรื่องนั้นมีขั้นตอนหลายขั้นตอนและแตกต่างกันตามเรื่องที่พิจารณา อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไป อาจแยกพิจารณาได้เป็น 3 ขั้นตอนใหญ่ๆ โดยแยกเป็นขั้นตอนการรวบรวมข้อเท็จจริง ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย และขั้นตอนการใช้ดุลพินิจ ดังนี้

1. ขั้นตอนการรวบรวมพยานหลักฐาน และการรับฟังข้อเท็จจริงในขั้นตอนนี้ เจ้าหน้าที่มีหน้าที่แสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานต่างๆ ตรวจสอบสถานที่ ตลอดจนรับฟังคำชี้แจงของคู่กรณี ผู้เชี่ยวชาญ หรือบุคคลอื่นๆ ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ในการพิจารณา และตรวจสอบข้อเท็จจริงต่างๆ ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ รวมทั้งให้คู่กรณีมีโอกาสในการทราบข้อเท็จจริงโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานที่จำเป็นต่อการพิจารณาสั่งการ ทั้งนี้ ตามระบบไต่สวน ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 28 และมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยมาตรา 28 บัญญัติว่า “ในการพิจารณาทางปกครอง เจ้าหน้าที่อาจตรวจสอบข้อเท็จจริงได้ตามความเหมาะสมในเรื่องนั้นๆ โดยไม่ต้องผูกพันอยู่กับคำขอหรือพยานหลักฐานของคู่กรณี” และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เจ้าหน้าที่ต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่การพิสูจน์ข้อเท็จจริง ในการนี้ให้รวมถึงการดำเนินการดังต่อไปนี้ (1) แสวงหาพยานหลักฐานทุกอย่างที่เกี่ยวข้อง (2) รับฟังพยานหลักฐาน คำชี้แจงหรือความเห็นของคู่กรณีหรือของพยานบุคคลหรือพยานผู้เชี่ยวชาญที่คู่กรณีกล่าวอ้าง เว้นแต่เจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการกล่าวอ้างที่ไม่จำเป็น ฟุ่มเฟือยหรือเพื่อประวิงเวลา (3) ขอข้อเท็จจริงหรือความเห็นจากคู่กรณี พยานบุคคล หรือพยานผู้เชี่ยวชาญ (4) ขอให้ผู้ครอบครองเอกสารส่งเอกสารที่เกี่ยวข้อง (5) ออกไปตรวจสอบสถานที่ และในวรรคสองบัญญัติว่า คู่กรณีต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริง และมีหน้าที่แจ้งพยานหลักฐานที่ตนทราบแก่เจ้าหน้าที่” (Administrative Procedure Act, BE 2539, 1996 : 1)

2. ขั้นตอนการปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง เมื่อรวบรวมพยานหลักฐานและข้อเท็จจริงได้ทั้งหมดแล้ว เจ้าหน้าที่ต้องนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงว่า

เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่หากไม่เข้าเงื่อนไขต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว
เจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจใช้อำนาจต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ในกรณีนี้ โดยทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่
ไม่มีดุลพินิจเพราะเป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ต้องนำกฎหมายมาปรับบทเข้ากับข้อเท็จจริงที่มีอยู่ว่า
เป็นกรณีตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ เจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจเลือกตีความกฎหมายไป
ในทางใดทางหนึ่งได้ เพราะหากปรับบทหรือตีความไม่ถูกต้อง ศาลก็จะวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่
ตีความกฎหมายผิดและการกระทำของเจ้าหน้าที่โดยอ้างกฎหมายนั้นเป็นการกระทำที่ไม่
ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นเรื่องที่ศาลประสงค์ให้เจ้าหน้าที่มีวิจารณญาณในเรื่องนั้นมาก
ศาลก็อาจให้ฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่มีดุลพินิจตามสมควรในการปรับบทและตีความว่า
ข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นเข้าเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ แต่หาก
เจ้าหน้าที่ทำคำสั่งทางปกครองโดยฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจโดยไม่มีพยานหลักฐานหรือ
เหตุผลสนับสนุนเพียงพอ ก็อาจเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ได้ เนื่องจากการให้
ลักษณะของกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงในเรื่องที่จะใช้อำนาจ แท้ที่จริงแล้วก็คือการวินิจฉัยว่า
ข้อเท็จจริงในเรื่องที่จะกระทำการ เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง ตามที่ตรวจสอบและรับ
ฟังเป็นที่ยุติมาแล้วในขั้นตอนที่หนึ่งนั้น เป็นข้อเท็จจริงประเภทเดียวกันกับข้อเท็จจริงอันเป็น
เหตุให้เกิดอำนาจกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ นั่นเอง

3. ขั้นตอนการใช้ดุลพินิจพิจารณาสั่งการตามความเหมาะสมแก่กรณี เมื่อ
เจ้าหน้าที่ฟังข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายแล้ว จะใช้อำนาจหรือสั่งการตามที่กฎหมายให้
อำนาจไว้หรือไม่เนื่องจากกรณีกฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาว่าจะใช้อำนาจ
ต่างๆที่กำหนดไว้หรือไม่ โดยไม่ได้บังคับว่าเจ้าหน้าที่จะต้องใช้อำนาจดังกล่าวหากเป็นการ
กระทำความผิดครั้งแรกและเป็นเรื่องเล็กน้อย เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ายังไม่
สมควรที่จะใช้มาตรการการลงโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เจ้าหน้าที่อาจพิจารณาลงโทษ
โดยว่ากล่าวตักเตือนผู้กระทำความผิดไว้ก่อนก็ได้ หรือจะเลือกใช้มาตรการใดแก่กรณี
ที่เกิดขึ้นตามข้อเท็จจริงในเรื่องนั้นๆ หากเจ้าหน้าที่เห็นว่าการกระทำนั้นผิดถึงขนาดที่
เจ้าหน้าที่ควรต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนด เจ้าหน้าที่ก็ต้องเลือกพิจารณาว่าควรจะใช้
มาตรการใดต่อการกระทำความผิดดังกล่าวตามข้อเท็จจริง โดยพิจารณาตามความเหมาะสม
ของมาตรการจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ ในเรื่องผลกระทบต่อสังคมและประชาชน
ผลเสียหายต่อราชการ และหลักความได้สัดส่วนระหว่างการกระทำความผิดดังกล่าวกับ
มาตรการที่จะใช้ด้วยหากเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่ร้ายแรงมาก เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งเพียงการ

ลงโทษสถานเบาแก่ผู้กระทำความผิด หรือหากเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นเรื่องที่ร้ายแรงมาก เจ้าหน้าที่อาจพิจารณาลงโทษในสถานหนักแก่ผู้กระทำความผิดตามข้อเท็จจริงนั้นก็ได้ โดยหลักการพิจารณานั้นประกอบไปด้วยหลักการอยู่ 3 ประการ ได้แก่ 1) พิจารณาจากผลดี ผลเสีย หรือผลกระทบต่างๆ จากการกระทำความผิดในข้อเท็จจริงในแต่ละเรื่อง 2) ชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีผลเสีย หรือพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกสั่งการแต่ละอย่าง โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าการออกคำสั่งทางปกครอง จะมีผลดีหรือผลเสียมากกว่ากัน 3) ตัดสินใจใช้ดุลพินิจว่าจะเลือกสั่งการ หรือทำคำสั่งทางปกครองอย่างไรในหลายอย่างให้เหมาะสมกับพฤติการณ์แห่งกรณี เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การใช้ดุลพินิจเพื่อออกคำสั่งทางปกครอง

การออกคำสั่งทางปกครอง ของผู้ใช้อำนาจปกครอง รวมไปถึงการพิจารณาทางปกครองในรูปแบบของคณะกรรมการนั้น ตามทฤษฎีแล้วมีการจำแนกอำนาจที่กฎหมายให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งต่างๆ ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ อำนาจผูกพัน และ อำนาจดุลพินิจ

“อำนาจผูกพัน” คือการที่กฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการโดยบัญญัติบังคับไว้เป็นการล่วงหน้าว่า เมื่อมีข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้เกิดขึ้นในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งแล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการอย่างนั้น เช่น จะต้องออกคำสั่งทางปกครองที่มีข้อความตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้แล้วอย่างชัดแจ้ง ดังนั้น แก่นสาระของอำนาจผูกพันจึงได้แก่ “พันธะ” หรือ “หน้าที่” (Duty) ที่จะต้องกระทำการในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดให้กระทำนั่นเอง

“อำนาจดุลพินิจ” คืออำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการโดยปล่อยให้ฝ่ายปกครองวินิจฉัย และตัดสินใจได้อย่างอิสระว่าในกรณีเฉพาะเรื่องกรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการหรือไม่ และหากสมควรจะกระทำการ สมควรกระทำการในกรณีนั้นอย่างไร เช่น สมควรจะออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ และหากสมควรออกคำสั่งทางปกครอง สมควรออกคำสั่งโดยมีข้อความอย่างไร ดังนั้น แก่นสาระของอำนาจดุลพินิจจึงได้แก่ “เสรีภาพในอันที่จะเลือก” (Freedom of choice) คือเลือกวินิจฉัยและตัดสินใจว่าใน

กรณีใดกรณีหนึ่งสมควรจะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการ หากสมควรกระทำการสมควรจะกระทำการอย่างไรจึงจะเหมาะสมแก่กรณี

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้นเป็นเรื่องในทางทฤษฎี แต่ในทางปฏิบัติแล้ว อำนาจผูกพันโดยแท้นั้นมีน้อยมาก เช่น อำนาจของเจ้าหน้าที่ควบคุมการเกียจคร้านอายุราชการของข้าราชการที่จะต้องขึ้นบัญชีข้าราชการที่จะมีอายุครบหกสิบปีบริบูรณ์ในวันสิ้นงบประมาณใด งบประมาณหนึ่งในบัญชีข้าราชการที่ต้องเกียจคร้านเมื่อสิ้นปีงบประมาณนั้นส่วนอำนาจดุลพินิจบริบูรณ์นั้นไม่อาจพบเห็นได้เลยในรัฐที่ได้ชื่อว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งในรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ อำนาจที่กฎหมายมอบให้ฝ่ายปกครองใช้กระทำการไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดส่วนมากจะเป็นอำนาจที่มีทั้ง “ความผูกพัน” “หน้าที่” และ “ดุลพินิจ” หรือ “เสรีภาพในอันที่จะเลือก” ผสมกัน กล่าวคือ ในกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการเหล่านั้นซึ่งมีหลายขั้นตอน บางขั้นตอนฝ่ายปกครองจะมีความผูกพันหรือหน้าที่ และบางขั้นตอนฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจหรือเสรีภาพในอันที่จะเลือก

ดังนั้น จึงเป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากันถึงกระบวนการตัดสินใจใช้อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองในเรื่องใดเรื่องหนึ่งซึ่งเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจนั้นจะต้องดำเนินการอย่างไรบ้างเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการออกคำสั่งทางปกครอง

การควบคุมการใช้ดุลพินิจ

หลักการใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ที่ประเทศต่างๆ ในระบบเสรีประชาธิปไตยยึดถือ ไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือระบบกฎหมาย Common Law ก็ตาม โดยแต่ละประเทศอาจใช้เทคนิคทางกฎหมายในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่แตกต่างกันออกไป โดยอาจเรียกชื่อต่างกัน แต่มีผลทางกฎหมายคล้ายกัน เพื่อให้บรรลุถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่นการใช้หลักเรื่องความผิดพลาดหรือความบกพร่องที่เห็นประจักษ์ หรือแจ้งชัด (ErreurManifeste) หรือหลักความได้สัดส่วน (Proportionnalite) ของศาลปกครองฝรั่งเศส หรือหลักกฎหมายอเมริกันที่ว่าการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องใช้อย่างมีเหตุผลหรือหลักความสมเหตุสมผล (Reasonableness) โดยศาลแต่ละประเทศจะวินิจฉัยข้อเท็จจริงแต่ละกรณีเป็นเรื่องราวๆ ไป

การที่ศาลต้องใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจนั้นผิดพลาดร้ายแรงถึงขนาดที่บุคคลทั่วไปย่อมไม่กระทำหรือขัดต่อเหตุผลโดยชัดแจ้งนั้น ก็เนื่องจากว่า

การใช้ดุลพินิจดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายปกครอง ศาลมีหน้าที่เพียงตรวจสอบหรือควบคุมให้การใช้ดุลพินิจดังกล่าวให้อยู่ในขอบเขตและเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครอง มิฉะนั้น จะกลายเป็นว่า ศาลเข้าไปทำหน้าที่เป็นผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติเสียเอง

ศาลฎีกาไทยเคยวินิจฉัยและวางหลักในเรื่องการใช้ดุลพินิจว่ามีขอบเขตอย่างไร และใช้ดุลพินิจอย่างไรจึงจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 646-647/2510 (ประชุมใหญ่) โดยคงเทียบเคียงมาจากคำพิพากษาของศาลอเมริกัน และมีความตอนหนึ่งว่า “...กรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและกฎหมายบัญญัติให้คำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายนั้น หมายความว่าคำวินิจฉัยนั้นจะเป็นที่สุดก็ต่อเมื่อเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องตามกฎหมายที่ให้อำนาจมีคำสั่งและมีคำวินิจฉัยเช่นนั้น มิได้หมายความว่า แม้คำสั่งคำวินิจฉัยนั้นจะไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะต้องถึงที่สุด นำมาฟ้องร้องต่อศาลไม่ได้ไปด้วย ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ว่า คำสั่งคำวินิจฉัยนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ศาลย่อมไม่รู้ข้อเท็จจริงหรือดุลพินิจที่เจ้าหน้าที่รับฟังหรือวินิจฉัยมา โดยถือว่าการใช้ดุลพินิจก็เป็นปัญหาข้อเท็จจริง การจะฟังข้อเท็จจริงหรือใช้ดุลพินิจไปในทางใด จะถือว่าเป็นการมิชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เว้นแต่การฟังข้อเท็จจริงหรือการใช้ดุลพินิจนั้นมีพยานหลักฐานหรือเหตุผลสนับสนุนเพียงพอหรือมิได้เป็นไปโดยสุจริต อันถือได้ว่าการวินิจฉัยเช่นนั้นไม่เป็นการชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง”

ดังนั้น การใช้ดุลพินิจสั่งการที่ไม่ชอบก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างหนึ่ง เช่นเดียวกับการที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองประการอื่น

ความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่บกพร่อง เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิได้คำนึงถึงขอบเขตหรือความผูกพันทางกฎหมาย ตามหลักการกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องชอบด้วยกฎหมาย สิ่งที่จะต้องสังเกตในเบื้องต้นก็คือ ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ผ่านขั้นตอนของการพิจารณาว่าข้อเท็จจริงของเรื่องนั้นครบเงื่อนไขในส่วนองค์ประกอบที่จะก่อให้เกิดอำนาจในการใช้ดุลพินิจ และฝ่ายนิติบัญญัติให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในเรื่องนั้นด้วย เมื่อเงื่อนไขในส่วนขององค์ประกอบของปทัสฐานสมบูรณ์แล้ว จึงหันมาพิจารณา

ดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจบกพร่องนอกขอบเขตอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่างดังต่อไปนี้หรือไม่

1. การใช้ดุลพินิจมากเกินไปที่กฎหมายกำหนด คือ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกวินิจฉัยในสิ่งที่เกินกว่าขอบเขตที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจในส่วนผลทางกฎหมาย
2. การไม่ใช้ดุลพินิจ คือ การที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ ในขณะที่เดียวกันนั้น ฝ่ายปกครองก็ผูกพันโดยมีหน้าที่จะต้องใช้ดุลพินิจ การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจ อาจเกิดจากความสะเพร่า หรือสำคัญผิดว่าตนผูกพันต้องวินิจฉัยเช่นนั้น โดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ
3. การใช้ดุลพินิจอย่างมิชอบ หรืออย่างบิดเบือน คือ การใช้ดุลพินิจที่ไม่ได้ยึดถือวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือการไม่ได้นำเอาผลประโยชน์ของมหาชน และผลประโยชน์ของเอกชนมาพิจารณาอย่างเพียงพอ หรือหาผลประโยชน์ส่วนตัว อุดมการณ์ทางการเมืองของตนมาเกี่ยวข้องในการใช้ดุลพินิจ

ความบกพร่องในการใช้ดุลพินิจข้อนี้ เป็นการพิจารณาการใช้ดุลพินิจด้านอัตวิสัยของผู้ใช้ ซึ่งจะสัมพันธ์กับหลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองวินิจฉัยอาศัยความเป็นมิตรหรือศัตรู เป็นมูลเหตุชักจูงใจมาเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจ

เรื่องการใช้ดุลพินิจฝ่ายปกครองดังกล่าวข้างต้นนี้ ได้รับการยอมรับในทางตำราและคำพิพากษาของศาล ต่อมา สหพันธ์รัฐได้บัญญัติไว้ในมาตรา 40 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มีใจความว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับมอบอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการได้ตามดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องใช้ดุลพินิจให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น และอยู่ภายในขอบเขตแห่งกฎหมายของการใช้ดุลพินิจซึ่งมลรัฐต่างๆ ก็มีกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่และบัญญัติเรื่องดุลพินิจไว้ด้วยความเดียวกัน

การควบคุมตรวจสอบความบกพร่องของการใช้ดุลพินิจโดยศาลปกครอง

การควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้นมุ่งที่การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่บกพร่องและเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ จึงจำกัดอยู่ที่การควบคุมความถูกต้องหรือความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น และศาลปกครองจะพิจารณาพิพากษาให้เป็นผลเสียแก่โจทก์มากกว่าคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองไม่ได้ ทั้งศาลจะต้องตรวจสอบการใช้

ดุลพินิจของฝ่ายปกครองได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ให้เหตุผลในการวินิจฉัยของตนว่าทำไมถึงวินิจฉัยเช่นนั้น จึงเป็นการบังคับให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลในการใช้ดุลพินิจทุกครั้ง มิฉะนั้น นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวย่อมบกพร่องในเรื่องวิธีสับัญญัติ

เหตุผลทางวิชาการที่มีให้ศาลปกครองก้าวเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาของดุลพินิจว่าชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายมากน้อยเพียงใด ได้แก่

1. ประเด็นเรื่องความมั่นคงทางกฎหมาย (Rechtssicherheit) เพราะฝ่ายปกครองเป็นผู้บริหารกฎหมายปกครอง และเป็นความประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้ดุลพินิจ หากให้ศาลปกครองมาเป็นผู้วางแผนบริหารกฎหมายอีกครั้งย่อมเป็นการกระทบต่อความมั่นคงทางกฎหมายเพราะศาลปกครองจะนำเอาดุลพินิจของตนมาแทนดุลพินิจของฝ่ายปกครอง สำหรับคดีที่มาสู่ศาลจะทำให้เกิดความไม่เป็นเอกภาพในการบริหารกฎหมาย

2. ศาลปกครองใช้อำนาจตุลาการนี้จะต้องอยู่ภายในขอบเขตของการแบ่งหน้าที่กันทำ คือควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่กระทำการทุกสิ่งในฐานะผู้บังคับบัญชาของฝ่ายปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือฝ่ายตุลาการชอบที่จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองกระทำการถูกต้องตามแบบระเบียบทางกฎหมายหรือไม่ และในกรณีจะเป็นอาจกำหนดให้ฝ่ายปกครองพิจารณาวินิจฉัยใหม่อีกครั้ง

หลักการควบคุมตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลปกครองที่กล่าวมาข้างต้นนี้เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่ปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ปัจจุบันนี้สหพันธ์รัฐได้ตราเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 114 แห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาลปกครอง 1960 มีใจความว่า “ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้รับอำนาจจากฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกระทำการตามดุลพินิจ ศาลชอบที่จะควบคุมตรวจสอบว่า นิติกรรมทางปกครอง หรือการปฏิเสธที่จะออกนิติกรรมทางปกครอง หรือการไม่กระทำการดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ เนื่องมาจากการใช้ดุลพินิจที่เกินไปกว่าหรือนอกไปจากที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือได้ใช้ดุลพินิจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการมอบอำนาจนั้น”

ผลของการใช้ดุลพินิจที่บกพร่อง

ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีได้คำนึงถึงหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ เช่น หลักความสมควรแก่เหตุ หลักความเสมอภาค หรือสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ หรือการใช้ดุลพินิจบกพร่อง ย่อมมีผลทำให้นิติกรรมทางปกรรณนั้นผิดกฎหมาย ซึ่งเป็นเหตุให้

ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษายกคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครองดังกล่าว แล้วให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองพิจารณาเรื่องนั้นใหม่โดยใช้ดุลพินิจให้ถูกต้อง นิติกรรมทางปกครองที่ผิดกฎหมายนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษาให้เปลี่ยนแปลง ย่อมมีผลใช้บังคับ ซึ่งต่างกับกรณีนิติกรรมทางปกครองที่เป็นโมฆะ เช่น กรณีผิดพลาดอย่างร้ายแรง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือกรณีการปฏิบัติตามจะเป็นความผิดทางอาญา เป็นต้น

สรุป

จากหลักการของเรื่องดุลพินิจที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้นเห็นว่า การใช้ดุลพินิจนั้น เป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้แก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาตัดสินด้วยหลักการ ที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมายซึ่งต้องประกอบกับความมีคุณธรรมและจริยธรรม ของตัวเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าจะมีจิตสำนึกแห่งการใช้ดุลพินิจให้ไปในทิศทางใด เพื่อดำรงไว้ซึ่ง ความยุติธรรมมากน้อยเพียงใด หากฝ่ายนิติบัญญัติมิได้บัญญัติกฎหมายให้เกิดดุลพินิจผูกพัน ให้มากแล้ว ประเด็นต่าง ๆ ก็จะเป็นเรื่องของดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งต้องพึงความยุติธรรมของตัว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาตัดสินให้เกิดความยุติธรรมมากที่สุด

ดังเช่นประเด็นที่ผู้เขียนหยิบยกขึ้นมาเป็นข้อสังเกตและวิเคราะห์ เสนอแนะ แนวทางในการแก้ไข้ปัญหาที่เกิดขึ้นจริงจากการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนใน สถาบันอุดมศึกษา หรือพนักงานในสถาบันอุดมศึกษาในการพิจารณาทางปกครองในเรื่องที่ เกี่ยวกับสอบสวนวินัยร้ายแรง ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพล เรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ในประเด็นที่เกี่ยวข้องเรื่องการพิจารณาถึงความเสียหาย ของทางราชการอย่างร้ายแรง ว่าต้องเสียหายเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะถือว่าเป็นความผิดวินัย อย่างร้ายแรง ตามมาตรา 39 วรรคห้า เนื่องจากว่าฝ่ายนิติบัญญัติ มิได้มีการนิยามถึงความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ว่าต้องมากน้อยเท่าใด อันจะถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจผูกพันจากตัว บทกฎหมาย ซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะตัดสินตามตัวบทกฎหมายได้เลย ไม่จำเป็นต้องใช้ ดุลพินิจ ซึ่งจะทำให้การพิจารณาปกครองในเรื่องดังกล่าวนี้เปี่ยมไปด้วยความยุติธรรม แต่ เนื่องจากมิได้มีการนิยามเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงไว้ จึงทำให้ตกเป็นดุลพินิจของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจในการวินิจฉัยตัดสินก่อนที่จะมีการออกคำสั่งทาง ปกครองอันจะกระทบสิทธิของผู้กระทำความผิดทางวินัย ในเรื่องดังกล่าวอันจะนำมาซึ่งข้อ ครหาถึงความยุติธรรม และเป็นประเด็นพิพาทขึ้นสู่ศาลตามลำดับ

ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะลดจำนวนข้อพิพาทอันจะนำไปสู่การใช้สิทธิทางศาลนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรแก้ไขกฎหมายหรือเพิ่มเติมในเรื่องเกี่ยวกับความเสียหายอย่างร้ายแรงว่าต้องมีจำนวนไม่น้อยเท่าไรจึงจะถือว่าเป็นความผิดวินัยร้ายแรงตามมาตรา 39 วรรคห้า เพื่อลดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองให้น้อยที่สุดเนื่องจากการใช้ดุลพินิจนั้นอาจเป็นการใช้ดุลพินิจในการกลั่นแกล้ง หรือการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจ หรือแม้กระทั่งการตัดสินใจบนเจ้าหน้าที่ในการใช้ดุลพินิจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเพื่อให้ตนเองหรือพวกพ้องของตนได้รับประโยชน์จากการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานฝ่ายปกครอง อันจะนำไปสู่การกระทำ ความผิดทางอาญาที่มีสาเหตุมาจากคดีปกครองได้ หากมีการแก้ไขหรือเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องที่คุณเขียนได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้น ข้อพิพาทที่อาจจะเป็นเหตุให้เกิดคดีขึ้นสู่ศาลก็จะลดน้อยลงทั้งในคดีปกครองและคดีอาญา เนื่องจากมีบทบัญญัติกฎหมายไว้อย่างชัดเจน

หากฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวไว้ข้างต้นนี้แล้ว ผู้เขียนเชื่อเป็นอย่างยิ่งว่า อำนาจดุลพินิจในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้พิจารณาทางปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจที่น่ากลัวนั้น จะถูกตีกรอบให้อยู่ภายใต้การตรวจสอบควบคุมโดยศาลปกครอง รวมไปถึงศาลยุติธรรม เชื่อแน่ว่าในอนาคตบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรมจะได้รับการพัฒนาให้มากขึ้นในขณะที่สัดส่วนความเดือดร้อนของตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐที่กระทำความผิดอันจะถูกสอบสวนวินัยที่ได้รับจากการใช้อำนาจดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใช้อำนาจปกครองในการพิจารณาทางปกครองจะลดน้อยถอยลงเป็นเงาตามตัว

References

- Administrative Procedure Act, BE 2539. (1996). Government Gazette.*Online*. Retrieved January 15, 2018.From : <http://www.local.moi.go.th/law13.htm>
- Civil Service Act in 2547, higher education institutions. (2004). Government Gazette.*Online*.Retrieved December 12, 2017.From : <http://hrm.ru.ac.th/index.php/2015-04-21-03-48-26/381-rank01-02>
- Kenneth C. Davis. (1972).*Administrative Law Text*.(3rd ed.). West Publisher.
- Rattanasakaowong, K. (1986). The basic idea about the administrative discretion of the Federal Republic of Germany.Botbundit, *Law Journal of the Thai Bar*. 42(1), 53.
- S.A. de smith and J.M.E vans. (1980).*Judicial Review of Administrative Action*.London : Stevenson Co., Ltd.
- Witsarutphit, W. 1991.Judicial Control of the Exercise of Administrative Discretion.Botbundit,*Law Journal of the Thai Bar*.47(1), 53.